



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAT DE DRET

**EXPROPIACIÓN DE INVERSIONES FORÁNEAS:
POTENCIALES LITIGIOS Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR:
Dña. Ivette S. Esis Villarroel

DIRIGIDA POR:
Dr. D. Carlos A. Esplugues Mota
Catedrático de Derecho Internacional Privado

Valencia, 2012

“Encontrar el necesario equilibrio entre la solución equitativa del caso concreto y la seguridad jurídica es el objetivo fundamental del Derecho Internacional (...) en el siglo XXI”.

Tatiana B. de Mackelt

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIATURAS	vii
LISTA DE DECISIONES ARBITRALES Y JUDICIALES ANALIZADAS	ix
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I – LA INVERSIÓN FORÁNEA: POTENCIALES LITIGIOS Y PLURALIDAD DE MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SURGIDOS A SU AMPARO	
1. LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL COMERCIO INTERNACIONAL: RIESGOS Y POTENCIALES LITIGIOS	9
2. PLURALIDAD DE MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA. ALGUNOS EJEMPLOS RELEVANTES: DE LA VÍA DIPLOMÁTICA AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN	13
2.1. <i>Intervención diplomática</i>	13
2.2. <i>Iniciativas de regulación convencional respecto a la protección de inversiones extranjeras</i>	19
2.2.1. Proyecto de Convención de la OECD sobre Protección de la Inversión Extranjera (1967)	20
2.2.2. Otras iniciativas	22
2.3. <i>Arbitraje de inversión</i>	23
2.3.1. Punto de partida: El Convenio de Washington de 1965 y la creación del CIADI como institución especializada en la administración de los arbitrajes de inversión	25
2.3.2. La dinámica realidad presente: Mitos y realidades sobre el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial internacional: Propuesta de distinción entre ambas figuras	27
3. EL COMPLEJO SISTEMA DE FUENTES EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SU ARTICULACIÓN	34
3.1. <i>Convenios Multilaterales</i>	34
3.1.1. Tratado de la Carta de la Energía	35
3.1.2. Asociación de Naciones del Sudeste Asiático	36
3.1.3. Tratado de Libre Comercio de América del Norte	37
3.1.4. Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos de América y República Dominicana	38
3.1.5. Mercado Común del Sur	39
3.2. <i>APPRI</i> s	40
3.3. <i>Legislaciones nacionales</i>	42
3.4. <i>A modo de valoración final</i>	44

4. LAS BASES DEL CIADI Y SU JURISDICCIÓN	45
4.1. <i>Competencia:</i>	45
4.1.1. Competencia <i>rationae personae</i> : Consentimiento y nacionalidad de las partes	47
4.1.1.1. Consentimiento	48
4.1.1.1.1. Consentimiento en sede convencional	50
4.1.1.1.2. Consentimiento en sede nacional	53
A. Primer supuesto normativo: oferta abierta al arbitraje de inversión	54
B. Segundo supuesto normativo: oferta ambigua al arbitraje de inversión	55
B.1. Un caso controvertido: La LPPI de Venezuela:	
¿oferta abierta o no?	56
C. Valoración final	62
4.1.1.1.3. Consentimiento en sede contractual	64
4.1.1.1.4. Vinculación del Estado al arbitraje de inversión a través de entidades político-territoriales y de empresas estatales	67
4.1.1.2. Nacionalidad del Inversionista	70
4.1.1.2.1. Determinación de la nacionalidad del inversor como persona física	71
4.1.1.2.2. Determinación de la nacionalidad del inversor como persona jurídica	75
A. El supuesto especial del <i>forum treaty</i>	77
4.1.2. Competencia <i>ratione materiae</i> : Naturaleza jurídica de la diferencia	82
4.1.2.1. Aproximación económica y jurídica del vocablo “inversión”	84
4.1.2.2. Calificaciones convencionales y nacionales del término “inversión”	85
4.1.2.2.1. Derechos contractuales: ¿supuesto especial de inversión?	88
4.1.2.3. Definición del término “inversión” en la práctica arbitral	90
4.2. <i>Reglas de procedimiento arbitral y el Derecho aplicable al fondo del asunto. Breves referencias</i>	94
4.2.1. Reglas de procedimiento arbitral	94
4.2.1.1. Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI	97
4.2.1.1.1. Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario	98
4.2.2. Determinación del Derecho aplicable a los méritos en un arbitraje de inversión	101
4.2.2.1. Arbitraje de Inversión: ¿De Derecho o de equidad?	102
4.2.2.2. La elección del Derecho aplicable al fondo del asunto:	105
4.2.2.2.1. Elección directa e indirecta de las partes del Derecho aplicable	106
4.2.2.2.2. Identificación del Derecho aplicable por parte del Tribunal Arbitral, a falta de acuerdo de las partes	109
A. El Derecho del Estado receptor y sus normas de DIPr	109
B. Normas de Derecho Internacional y su relación con el Derecho del Estado receptor	112
B.1) Fuentes del Derecho Internacional	113
B.2) Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho del Estado anfitrión de la inversión foránea	115
4.2.2.3. Otras previsiones convencionales en materia de identificación del Derecho aplicable a los méritos del asunto en el marco de un arbitraje de inversión	120

CAPÍTULO II - EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN FORÁNEA: DE LAS CALIFICACIONES Y LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE UNA EXPROPIACIÓN LÍCITA EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

SECCIÓN PRIMERA: CALIFICACIONES DE LOS TÉRMINOS ‘INVERSIÓN’ Y ‘EXPROPIACIÓN’

1. DE LA CALIFICACIÓN DEL TÉRMINO ‘INVERSIÓN’, COMO INTERÉS PROTEGIDO EN LOS INSTRUMENTOS CONVENCIONALES EN LA MATERIA	125
1.1. <i>Concepto de “inversión”</i>	127
1.2. <i>De la calificación de una propiedad como “inversión”: pasos a seguir</i>	130
1.2.1. Calificación del bien como propiedad conforme al Derecho del Estado receptor	131
1.2.2. Calificación de la propiedad como inversión bajo el convenio regional o el APPRI	138
2. DE LA CALIFICACIÓN DEL TÉRMINO “EXPROPIACIÓN”	141
2.1. <i>“Expropiación” versus “confiscación” y “nacionalización”</i>	143
2.2. <i>Antecedentes históricos: De la ola de nacionalizaciones y expropiaciones a las iniciativas de 1962 y 1974</i>	146
2.2.1. Breve cronología de las modernas nacionalizaciones y expropiaciones	146
2.2.2. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1962, titulada “soberanía Permanente sobre los recursos naturales”	150
2.2.3. Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974)	151
2.2.4. Valoración de esta etapa como antecedente histórico de las expropiaciones	152
2.3. <i>Tratamiento convencional del término expropiación</i>	153
2.4. <i>Distinción entre expropiaciones directas e indirectas: ¿resurgimiento de las directas?</i>	160

SECCIÓN SEGUNDA – CONDICIONES GENERALES DE UNA EXPROPIACIÓN LÍCITA CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

1. DE LAS MEDIDAS EXPROPIATORIAS Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS: EXPROPIACIONES LÍCITAS E ILÍCITAS	165
2. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE UNA EXPROPIACIÓN LÍCITA BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL	174
2.1. <i>Primer requisito: Utilidad pública como motivo o causa de la expropiación</i>	176
2.2. <i>Segundo requisito: Ausencia de discriminación</i>	184
2.3. <i>Tercer requisito: El debido proceso</i>	190
2.3.1. El debido proceso: Cuestiones generales	191
2.3.2. El debido proceso en APPRIs y convenios regionales: Solución convencional general	195
2.3.3. El debido proceso en APPRIS y convenios regionales: Solución convencional especial	199
2.3.3.1. Debido proceso y el estándar del trato justo y equitativo	202
2.3.3.2. El debido proceso y el estándar de plena protección y seguridad	210
2.4. <i>Cuarto requisito: Pago de compensación</i>	213

CAPÍTULO III DE LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS: IDENTIFICACIÓN, TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO

1. NOTA INTRODUCTORIA	219
2. HACIA UNA DESCRIPCIÓN DE LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS: SOLUCIONES CONVENCIONALES Y TIPOLOGÍA	220
2.1. <i>Soluciones convencionales</i>	223
2.2. <i>Tipos de expropiaciones indirectas</i>	226
3. IDENTIFICACIÓN DE UNA MEDIDA GUBERNAMENTAL COMO EXPROPIACIÓN INDIRECTA: ¿ES POSIBLE?	230
3.1. <i>Carácter de la medida estatal</i>	232
3.1.1. Medidas regulatorias legítimas	234
3.1.2. Medidas regulatorias que podrían configurar una expropiación indirecta	238
3.1.2.1. Proporcionalidad de la medida	239
3.1.2.2. De las medidas discriminatorias, no transparentes o abusivas	242
3.1.2.3. Beneficio obtenido por el Estado receptor	246
3.2. <i>Grado de interferencia de la medida estatal en la inversión</i>	250
3.2.1. Impacto económico	250
3.2.2. Duración	254
3.3. <i>Protección de las legítimas expectativas del inversor</i>	257
3.3.1. Las legítimas expectativas del inversor y el estándar del trato justo y equitativo	262
3.4. <i>Punto de consideración final en la identificación de una expropiación indirecta: ¿Estudio conjunto de los factores analizados o de sólo uno de ellos?</i>	267
3.4.1. La doctrina de un solo efecto (“ <i>sole effect doctrine</i> ”)	268
3.4.2. Análisis conjunto de los factores involucrados	270
4. LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS: ¿ACTOS ILÍCITOS INTERNACIONALES?	274

CAPÍTULO IV DETERMINACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS COMPENSACIONES Y LAS INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE EXPROPIACIONES EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

1. NOTA INTRODUCTORIA	279
2. DE LA DISTINCIÓN ENTRE LOS TÉRMINOS “COMPENSACIÓN” E “INDEMNIZACIÓN” EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN	280
2.1. <i>Punto de partida: Análisis de la decisión del TPJI en el asunto Chorzow Factory (1928)</i>	281
2.2. <i>Segundo punto de consideración: Del deber de reparación expuesto en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales</i>	283
2.3. <i>Propuesta de distinción entre ambos términos</i>	284
2.4. <i>Funciones de la “compensación” y la “indemnización”</i>	286

3. DETERMINACIÓN DE LA COMPENSACIÓN: DE LA LLAMADA FÓRMULA HULL A LAS ACTUALES SOLUCIONES CONVENCIONALES Y SU VALORACIÓN PRÁCTICA	289
3.1. <i>Fórmula Hull: compensación pronta, adecuada y justa</i>	290
3.2. <i>Propuestas de determinación de la compensación</i>	291
3.2.1. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU (1962)	292
3.2.2. La Carta de Derechos y Deberes Económicos (1974)	293
3.2.3. Restatement Third of Foreign Relations de Estados Unidos (1987)	294
3.2.4. Guía de tratamiento para la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial (1992)	295
3.2.5. Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OCED (1998)	296
3.2.6. Acuerdo Modelo de Inversión del IISS (2005)	297
3.3. <i>Previsiones convencionales respecto a la determinación y contenido de la compensación</i>	298
3.3.1. Valor económico de la inversión	299
3.3.1.1. Métodos de valoración	300
3.3.1.2. Valoración de la inversión en la práctica	302
3.3.2. Pago de intereses	304
3.3.3. Moneda de pago	306
4. DE LA INDEMNIZACIÓN: SUPUESTOS DE APLICACIÓN Y DETERMINACIÓN	308
4.1. <i>Actos estatales susceptibles de indemnización</i>	309
4.1.1. Expropiaciones directas que no cumplen los requisitos convencionales y las expropiaciones indirectas	309
4.1.2. La expropiación ilegal de Derechos contractuales versus el incumplimiento contractual	310
4.2. <i>Determinación y contenido de la indemnización</i>	317
4.2.1. De la ausencia de previsión convencional a la aplicación del principio de reparación	317
4.2.2. Determinación de la indemnización conforme al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales	320
4.2.3. Conceptos incluidos en la indemnización	321
4.2.4. Valoración de la indemnización en la práctica	324
4.2.5. Propuesta de aproximación en cuanto a la valoración de la indemnización	331
CONCLUSIONES	335
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	343
ANEXO NORMATIVO	363

LISTA DE ABREVIATURAS

APPRI	Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones
ASEAN	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
CAFTA-Dr	Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CEDH	Carta Europea de Derechos Humanos
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados
CIDH	Convención Interamericana de Derechos Humanos
CNUDMI / UNCITRAL	Comisión de la Organización de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CW	Convenio de Washington sobre Arreglos de Diferencias relativos a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados
DIPr	Derecho Internacional Privado
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

IISS	Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
LPPI	Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
Proyecto de Artículos	Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales
TCE	Tratado de la Carta de la Energía
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
OCDE	Organización de Cooperación Económica y el Desarrollo
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

LISTA DE DECISIONES ARBITRALES Y JUDICIALES ANALIZADAS

I. DECISIONES ARBITRALES

A) ASUNTOS ADMINISTRADOS BAJO LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI

- ARAMCO v. Arabia Saudita* *Arabian American Oil Company v. Reino de Arabia Saudita*, Laudo Arbitral de fecha 23/08/1958. Texto parcialmente disponible en: <http://www.trans-lex.org/260800> [Fecha de visita: 12/04/2011].
- BP v. Libia* *BP Exploration Co. (Lybia) Ltd. v. República Árabe de Libia*, Laudo Arbitral sobre méritos de fecha 10/10/1973. Texto parcialmente disponible en: <http://www.trans-lex.org/131500> [Fecha de visita: 15/03/2011].
- Biloune v. Ghana* *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre y el Gobierno de Ghana*, Laudo Arbitral de fecha 27/10/1989. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 15/07/2011]
- Chemtura v. Canadá* *Chemtura Corporation (antes Crompton Corp.) v. Gobierno de Canadá*, Laudo Arbitral de fecha 02/08/2010. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 05/06/2011].
- CME v. República Checa* *CME Czech Republic, B.V. (The Netherlands) v. República Checa*, Laudo Arbitral parcial de fecha 13/09/2001 y Laudo Arbitral final de fecha 14/03/2003. Este procedimiento arbitral tuvo lugar en Estocolmo. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 19/09/2011].

- Encana v. Ecuador* *Encana Corporation v. Ecuador*, Caso No. UN 3481, Laudo Arbitral de fecha 03/02/2006. Arbitraje *ad hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, administrado ante el London Court of International Arbitration (LCIA). Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 21/03/2011].
- Kuwait v. AMINOIL* *American Independent Oil Company (AMINOIL) v. Gobierno de Kuwait*, Laudo Arbitral de fecha 24/03/1982, texto disponible en: <http://www.trans-lex.org/261900> [Fecha de visita: 14/04/2011].
- LLAMCO v. Libia* *Libyan American Oil Company (LLAMCO) v. República Árabe de Libia*, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 12/04/1977. Texto disponible en: <http://www.trans-lex.org/261400> [Fecha de visita: 13/04/2011].
- Methanex v. Estados Unidos* *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*. Laudo Arbitral de fecha 21/10/2005. Texto disponible en: http://www.naftaclaims.com/disputes_us_methanex.htm [Fecha de visita: 15/04/2011].
- Occidental v. Ecuador* *Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador*. Caso No. LCIA UN 3467, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 01/07/2004. Asunto administrado por el London Court of International Arbitration siguiendo las reglas de arbitraje de CNUDMI. Texto disponible en: http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm [Fecha de visita: 22/04/2011].
- Pope & Talbot v. Canadá* *Pope & Talbot, Inc. v. Gobierno de Canadá*. Laudo Arbitral parcial de fecha 26/06/2000. Texto disponible en: <http://www.naftaclaims.com> [Fecha de visita: 08/06/2011].

Saluka v. República Checa

Saluka Investment NV v. República Checa, Laudo arbitral de fecha 17/03/2006. Texto disponible en: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf> [Fecha de visita: 19/04/2011].

S.D. Myers Inc. v. Canada

S.D. Myers Inc. v. Gobierno de Canada. Laudo Arbitral Parcial de fecha 13/11/2000. Texto disponible en: http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmymyers.htm [Fecha de visita: 28/08/2009].

TOPCO v. Libia

Texaco Overseas Petroleum Company v. República Árabe de Libia, Laudo Arbitral de fecha 19/01/1977. Texto parcialmente disponible en: <http://www.translex.org/261700> [Fecha de visita: 12/04/2011].

B) ASUNTOS ADMINISTRADOS POR EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

AAPL v. Sri Lanka

AAPL v. República de Sri Lanka, Caso No. ARB/87/3, Laudo Arbitral de fecha 27/06/1990. Texto parcialmente disponible en: <http://translex.org/240500> [Fecha de visita: 20/03/2010].

ADC y otros v. Hungría

ADC Affiliate Limited; ADC & ADMC Management Limited v. República de Hungría, Caso No. ARB/03/16, Laudo Arbitral sobre méritos dictado el día 02/10/2006. Su texto original está disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 28/08/2009].

Aguas de Tunari v. Bolivia

Aguas de Tunari, S.A. v. República de Bolivia, Caso No. ARB/02/3, Laudo Arbitral sobre jurisdicción de fecha 21/10/2005. Publicado en: http://www.iisd.org/pdf/2005/AdT_Decision-en.pdf [Fecha de visita: 15/07/2010].

Amco y otros v. Indonesia

Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v. República de Indonesia, Caso No. ARB/81/1, Laudo Arbitral sobre méritos de fecha 20/11/1984. Texto disponible en: <http://www.trans-lex.org/240200> [Fecha de visita: 23/08/2011].

American Manufacturing v. Zaire

American Manufacturing & Trading Inc. v. República de Zaire, Caso ARB/93/1, Laudo Arbitral de fecha 21/02/1997. Texto disponible en: www.ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm [Fecha de visita: 15/09/2009].

Aucoven v. Venezuela

Autopista Concesionada de Venezuela vs. República de Venezuela, Caso No. ARB/00/5 Decisión sobre jurisdicción de fecha 27/09/2001, Publicado en: www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm. [Fecha de visita: 15/04/2009].

Azurix v. Argentina

Azurix Corporation v. República Argentina, Caso ARB/01/12, Laudo Arbitral sobre jurisdicción de fecha 08/12/2003. Laudo Arbitral sobre méritos de fecha 14/07/2006. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 23/03/2011].

Brandes Investment v. Venezuela

Brandes Investment Partners, L.P. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso No. ARB/08/03, Laudo sobre jurisdicción de fecha 02/08/2011. Texto disponible en: <http://www.italaw.net> [Fecha de visita: 15/09/2011].

Cemex y otros v. Venezuela

Cemex Caracas Investments B.V y Cemex Caracas II Investments, B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso No. ARB/08/15, Laudo sobre jurisdicción de fecha 30/12/2010. Texto disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 05/01/2011].

CMS v. Argentina

CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina, Caso No. ARB/01/8, Laudo Arbitral de

fecha 12/05/2005. Texto disponible en:
<http://www.italaw.com> [Fecha de visita:
15/08/2011].

Compañía Santa Elena v. Costa Rica *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. República de Costa Rica*, Caso No. ARB/96/1, Laudo Arbitral dictado el día 17/02/2000. Texto disponible en:
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>
[Fecha de visita: 13/04/2011].

Duke Energy v. Perú *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. República del Perú*, Caso No. ARB/03/28, Laudo Arbitral sobre jurisdicción de fecha 01/02/2006. Texto disponible en:
<http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita:
09/08/2011].

Emilio Maffezini v. España *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*. Caso No. ARB/97/7, Laudo sobre jurisdicción de fecha 25/01/2000. Texto disponible en:
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>
[Fecha de visita: 18/04/2010].

Fedax v. Venezuela *Fedax, N.V. v. República de Venezuela*, Caso No. ARB/96/3, Laudo Arbitral sobre jurisdicción de fecha 11/07/1997. Texto disponible en:
<http://www.worldbank.org/icsid> [Fecha de visita:
11/08/2010].

Gemplus y otros v. México *Gemplus, S.A.; Gemplus Industrial, SA de CV y Talsud, SA v. Estados Unidos Mexicanos*. Casos No. ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4, Laudo Arbitral de fecha 16/06/2010. Texto disponible en:
<http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita:
15/05/2011].

Goetz y otros v. Burundi *Antoine Goetz y otros v. República de Burundi*. Caso No. ARB/95/3, Laudo Arbitral de fecha 10/02/1999. Texto disponible en <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 20/04/2011].

Holiday Inns v. Marruecos

Holiday Inns, S.A. v. Reino de Marruecos. Caso No. ARB/ 72/1, Laudo Arbitral de fecha 12/05/1974. Texto parcialmente disponible en: <http://www.trans-lex.org/125500> [Fecha de visita: 09/08/2011].

Impregilo S.p.A. v. Argentina

Impregilo S.p.A. v. República de Argentina, Caso No. ARB/07/17, Laudo Arbitral de fecha 21/06/2011. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 15/02/2012].

Impregilo S.p.A. v. Paquistán

Impregilo S.p.A. v. República Islámica de Paquistán, Caso No. ARB/03/03, Laudo Arbitral sobre Jurisdicción de fecha 22/04/2005. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 15/02/2012].

Joseph Lemire v. Ucrania

Joseph Charles Lemire v. Ucrania, Caso No. ARB/06/18, Laudo Arbitral sobre Jurisdicción de fecha 14/01/2010. Texto publicado en: <http://www.iareporter.com/downloads/20100406> [Fecha de visita: 28/03/2011].

Klöckner v. Camerún

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais, Caso No. ARB/81/2, Laudo Arbitral de fecha 21/10/1983 y Decisión de Anulación del Laudo por parte del Comité Especial de Apelaciones de fecha 03/05/1985. Texto disponible en: <http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 25/08/2011].

Letco v. Liberia

Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) v. República de Liberia, Caso ARB/83/2, Laudo Arbitral de fecha 31/03/1986. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 20/04/2011].

LG&E v. Argentina

LG&E Energy Corporation, LG&E Capital Corporation y LG&E International Corporation v. República

Argentina. Caso No. ARB/02/1, Laudo Arbitral sobre jurisdicción de fecha 30/04/2004; Laudo Arbitral sobre responsabilidad de fecha 03/10/2006. Laudo Arbitral final de fecha 25/07/2007. Publicado en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 20/03/2011].

Metalclad v. México

Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos, Caso No. ARB (AF)/97/01, Laudo Arbitral de fecha 30/08/2000. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 20/11/2010].

Middle East v. Egipto

Middle East Cement Shipping and Handling Co., S.A. v. República Árabe de Egipto. Caso No. ARB/99/6, Laudo Arbitral de fecha 12/04/2002. Texto disponible en: <http://www.ita.law.uvic.ca> [Fecha de visita: 21/06/2011].

Mobil y otros v. Venezuela

Mobil Mobil Corporation Venezuela Holdings B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holding, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso No. ARB/07/27, Laudo sobre jurisdicción de fecha 10/06/2010. Texto disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 15/06/2010].

Noble Energy v. Ecuador

Noble Energy Inc. y MachalaPower Cia. Ltda. v. República de Ecuador, Caso No. ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 05/03/2008. Texto disponible en: <http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 15/08/2011].

Pan American v. Argentina

Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company v. Argentina. Casos ARB/04/08 y ARB/03/13. Laudo sobre jurisdicción de fecha 27/07/2006. Texto disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PanAmericanBPJurisdiction-eng.pdf> [Fecha de visita: 21/04/2011].

PSEG v. Turquía

PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. República de Turquía, Caso No. ARB/02/5. Laudo Arbitral de fecha 19/01/2007.

Texto disponible en: <http://www.ita.law.uvic.ca/documents/PSEGGlobal-Turkey-Award.pdf> [Fecha de visita: 19/04/2011]

Salini v. Marruecos

Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Reino de Marruecos, Caso No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 23/07/2001. Texto disponible en: <http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 15/12/2010].

Señor Olgún v. Paraguay

Señor Eudoro A. Olgún v. República de Paraguay, Caso No. ARB/98/5, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 26/07/2001. Texto disponible en: <http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 16/10/2011].

Señor Tza Yap Shum v. Perú

Señor Tza Yap Shum v. República del Perú, Caso No. ARB/07/6, Laudo sobre jurisdicción y competencia de fecha 19/06/2009. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 11/02/2011]

Siemens v. Argentina

Siemens, AG v. Argentina, Caso No. ARB/02/8, Laudo Arbitral de fecha 06/02/2007. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 27/07/2011].

SPP v. Egipto

Southern Pacific Properties (Middle East) v. República Árabe de Egipto, Caso No. ARB/84/3, Laudo arbitral dictado el día 20/05/1992. Texto disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 04/04/2010].

Suez y otros v. Argentina

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. v. República Argentina / AWG v. República Argentina (siendo ambos casos consolidados)

en un mismo arbitraje. El primero, No. ARB/03/19 y el segundo, sin número, pero administrado bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL). Laudo Arbitral sobre Responsabilidad de fecha 30/07/2010. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 19/05/2011].

Tecmed v. México

Técnicas Medioambientales S.A. (Tecmed) v. Estados Unidos Mexicanos. Caso ARB (AF) /00/02, Laudo Arbitral sobre méritos de fecha 29/05/2003. Texto disponible en: <http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 21/04/2011].

Tokios Tokeles v. Ucrania

Tokios Tokeles v. Ucrania, Caso No. ARB/02/18, Laudo sobre jurisdicción de fecha 29/04/2004. Texto disponible en: <http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 30/06/2010].

Tradex v. Albania

Tradex Hellas, S.A. v. República de Albania, Caso ARB/94/2, Laudo arbitral parcial sobre jurisdicción dictado el día 24/12/1996. Texto disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 15/04/2010]

Vacumm Salt v. Ghana

Vacuum Salt Products Limited v. República de Ghana, Caso No. ARB/92/1, Laudo de fecha 16/02/1994. Publicado en la página oficial del CIADI: <http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 15/07/2010].

Waguib Elie George Siag v. Egipto

Waguib Elie George Siag v. República Árabe de Egipto, Caso No. ARB/05/15, Laudo sobre jurisdicción de fecha 11/04/2007 y Laudo sobre méritos de fecha 01/06/2009. Texto publicado en: A.A.V.V., *World Trade & Arbitration Materials*, Vol. 21, Issue No. 5. Kluwer Law International, The Netherlands, October, 2009, pp. 1171-1341.

Waste Management v. México

Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos. Caso ARB (AF)/00/3, Laudo Arbitral de fecha 30/04/2004. Texto original disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 05/05/2011].

Wena Hotels v. Egipto

Wena Hotels Ltd. v. República Árabe de Egipto, Caso No. ARB/98/4, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 08/12/2000. Texto disponible en: <http://icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 23/04/2011].

World Duty Free v. Kenia

World Duty Free Company Limited v. República de Kenia, Caso No. ARB/00/7, Laudo Arbitral de fecha 04/10/2006. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 19/08/2011].

Ynceysa vs. El Salvador

Ynceysa Vallisoletana, S.L. vs. El Salvador. Caso No. ARB/03/6, Laudo arbitral de fecha 02/08/2006. Texto disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 20/04/2010]

C) ASUNTOS ADMINISTRADOS POR EL INSTITUTO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO (SCC)

Nykomb v. Letonia

Nykomb Synergetics Technology Holding A.B. v. República de Letonia. Laudo Arbitral de fecha 16/12/2003, Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 15/04/2011]

RosInvestCo v. Rusia

RosInvestCo UK, Ltd. v. Federación Rusa. Laudo Arbitral de fecha 12/09/2010. Caso No. SCC Arbitration V 079/2005. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 05/05/2011].

D) ASUNTOS DECIDIDOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL DE RECLAMACIONES ENTRE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA – REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN

Amoco y otros v. Irán

Amoco International Finance Corporation v. Gobierno de la República Islámica de Irán, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company y Kharg Chemical Company Limited, Caso No. 56, Laudo Arbitral No. 310-56-3, de fecha 14/07/1987. Texto disponible en: <http://www.trans-lex.org/231900> [Fecha de visita: 13/04/2011].

Starret v. Irán

Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc. v. Gobierno de la República Islámica de Irán, Bank Markazi Iran, Bank Oman and Bank Mellat, Laudo No. 314-24-1, de fecha 14/08/1987. Texto disponible en: www.trans-lex.org/232100 [Fecha de visita: 19/09/2011].

Tippetts y otros v. Irán

Tippetts, Abbett, Mc. Carthy, Stratton v. TAMS – AFFA Consulting Engineers of Iran, Gobierno de la República Islámica de Irán, Civil Aviation Organization, Plan and Budget Organization, Iranian Air Force, Ministry of Defense, Bank Melli, Bank Sakhteman, Mercantile Bank of Iran and Holland, Laudo No. 141-7-2, de fecha 22/06/1984, 6 Iran – US CTR. Texto disponible en la página web: <http://www.trans-lex.org/231000> [Fecha de visita: 03/06/2011].

II. DECISIONES JUDICIALES

A) TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

Chorzow Factory

Decisión sobre Indemnización de fecha 13/09/1928, Fábrica en Chorzow (Alemania v. Polonia), Publicaciones del Tribunal Permanente de Justicia, Serie A, No. 17, Leyden, A.W.Sijthoff's Publishing Company, 1928, disponible en el siguiente link:

<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1&PHPSESSID=cdf2b471170f8633d88dcc3469220a44> [Fecha de visita: 10/11/2009].

B) SENTENCIAS JUDICIALES NACIONALES

Venezuela

Recurso de Interpretación del único aparte del Artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia de fecha 17/10/2008, Exp. No. 08-0763. Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño.

Texto disponible en:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.htm> [Fecha de visita: 20/03/2011].

INTRODUCCIÓN

La circulación transfronteriza de capitales foráneos se ha convertido, hoy día, en parte muy esencial de nuestra realidad cotidiana. Los inversionistas extranjeros, en aras de obtener lucrativos rendimientos, buscan nuevos mercados para dinamizar sus actividades en otras regiones del mundo. Los Estados receptores de dicha inversión ante la necesidad de generar empleo, aumentar la productividad, impulsar la transferencia de tecnología y mejorar el contexto socio económico de su población, compiten entre sí para ofrecer las mejores condiciones económicas y legales para atraer dichos capitales.

De acuerdo a las recientes estadísticas publicadas por la CEPAL correspondientes a los años 2010 y 2011¹, a pesar de la crisis financiera internacional actual –que se evidencia con más fuerza en los países desarrollados y tradicionalmente exportadores de capital-, América Latina y el Caribe se ha convertido en una de las regiones de mayor crecimiento económico y en principal receptora del 40% de la inversión extranjera mundial. Un aspecto interesante que revela el documento concluido por este importante organismo multilateral es que algunos países de la Región –como Brasil, Chile y México- se han transformado no sólo en Estados importadores sino también en exportadores de capital hacia otras zonas geográficas (en cifras, esta exportación abarca alrededor de 43.000 millones de dólares)².

La inversión foránea, a diferencia de una operación comercial que se realiza con relativa rapidez, es conducida a través de un proceso –generalmente largo y costoso- de análisis de mercado y de las condiciones legales y riesgos del

¹ A.A.V.V., *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe*. Documento informativo concluido por CEPAL – ONU. División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Unidad de Inversión y Estrategias Empresariales, 2010. Texto disponible en: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/9/43289/2011-137-LIE-Lanzamiento-WEB.pdf> [Fecha de visita: 04/11/2011]. Véase también: A.A.V.V., *Balace preliminar de las economías de América Latina y el Caribe 2011*. Documento preparado por la División de Desarrollo Económico de la CEPAL – ONU. Texto parcialmente disponible en: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/45581/P45581.xml&xsl=/de/tpl/p9f.xsl&base=/de/tpl/top-bottom.xsl> [Fecha de visita: 30/03/2012].

² A.A.V.V., *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe...*, cit., pp. 11-12.

Estado receptor. Superado favorablemente dicho estudio, el aporte realizado por el inversionista foráneo se articula a través de vehículos corporativos y figuras contractuales y societarias existentes bajo el Derecho del país anfitrión. A su vez y dependiendo de cada caso en concreto, esta inversión es potencialmente susceptible de gozar de protección internacional a través de los convenios transfronterizos que haya podido concluir el Estado receptor de la inversión y el Estado del cual es nacional el inversor extranjero.

En este escenario debemos destacar la ausencia de un instrumento convencional multilateral que aglutine las reglas básicas que garanticen previsibilidad y seguridad jurídica a los inversionistas foráneos y también a los Estados receptores. Frente a ello, hoy día, existe un complicado entramado de fuentes eventualmente aplicables a la promoción y protección de inversiones: desde convenios internacionales de carácter regional -como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o el Tratado de la Carta de la Energía (TCE)-, convenios bilaterales en la materia (APPRI), hasta algunas legislaciones nacionales especiales. En particular, resulta altamente significativo el creciente número de APPRI concluidos en todo el mundo. Según recientes estudios elaborados por la UNCTAD³, se calcula que existen más de 6.092 convenios -cifra que incluye APPRI, Tratados de Doble Tributación y otros Acuerdos sobre Inversión Extranjera- en todo el mundo y que, durante el año 2010, se concluyeron alrededor de 3 acuerdos de esta naturaleza semanalmente⁴.

En paralelo a este dinámico panorama, los Estados receptores de inversión constantemente actualizan su normativa local para adaptarla a las necesidades del mercado internacional y, también, para armonizarla con sus propias políticas públicas en pro de la protección del medio ambiente y la salud colectiva, entre algunos ámbitos. Si bien les asiste el derecho de imponer restricciones a la inversión foránea, una vez que la aceptan les acompaña también el deber de mantener un tratamiento mínimo estándar y las condiciones de previsibilidad y seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros.

Sin embargo, todo lo anterior no excluye el potencial riesgo de que el Estado receptor por las razones que sean, por acción o por omisión, efectúe

³ A.A.V.V., *Informe sobre las inversiones en el mundo 2011. Panorama general*. UNCTAD, ONU, Nueva York – Ginebra, 2011, p. 13. Texto disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/wir2011overview_sp.pdf [Fecha de visita: 20/10/2011].

⁴ A.A.V.V., *Informe sobre las inversiones en el mundo 2011...*, cit., p. 14.

interferencias que vayan en detrimento de la inversión extranjera o que, incluso, generen su pérdida. Estas intervenciones pueden manifestarse a través de medidas gubernamentales que hagan imposible la viabilidad económica del proyecto de inversión. Una de estas interferencias responde a la expropiación, entendida ésta como la desposesión total o parcial de los atributos del Derecho de propiedad - uso, goce y disposición- ejercida por el Estado receptor contra los activos del inversor extranjero.

Con la apertura de los países a la inversión foránea y la competencia que se ha generado entre los países receptores en aras a su atracción, se llegó a considerar que la expropiación constituía un problema del pasado. Sin embargo, asistimos como testigos a la denominada “nueva ola de expropiaciones directas y nacionalizaciones”⁵, especialmente en algunos países latinoamericanos como Argentina, Bolivia, Ecuador o Venezuela. Este escenario se complica aún más ante la existencia, cada vez más frecuente, de las denominadas expropiaciones indirectas, es decir, aquellas situaciones en las cuales los Estados anfitriones, lejos de atacar directamente la titularidad de la inversión, proceden a dictar ciertas medidas gubernamentales que traen como consecuencia la privación, a los inversores foráneos, de los beneficios de su inversión, sin que medie un título formal por el cual se transfiera la propiedad a favor de los primeros. Toda esta situación no sólo ha generado problemas entre los Estados y los inversionistas extranjeros, sino que también ha dado lugar a complicados cuestionamientos a los operadores jurídicos respecto a la licitud internacional o no de dichas expropiaciones.

La conflictividad entre los países receptores y los inversionistas extranjeros, no resuelta por vía amistosa, ha generado en las dos últimas décadas un crecimiento exponencial de los arbitrajes de inversión, administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Este tipo de arbitraje se ha convertido en el mecanismo por excelencia de resolución de los conflictos surgidos con ocasión de una inversión foránea, gracias a la conclusión del Convenio sobre Arreglos de Diferencias relativos a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (denominado Convenio de

⁵ REINISCH, A., «Expropriation», en: *The Oxford Handbook of International Investment Law* (MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. y SCHREUER, C., Eds.). Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, p. 408.

Washington -CW-) por parte del Banco Mundial, así como por la posterior ratificación de dicho convenio por 146 países de la comunidad internacional⁶.

La complejidad y trascendencia de este dinámico escenario ha motivado -a la vez que justifica- la elaboración del presente Trabajo. Un Trabajo que cuenta con un claro y principal objetivo: determinar el régimen jurídico internacional de la expropiación de la inversión extranjera. Y, en particular, se pretende lograr a través del examen de tres importantes cuestiones. En primer lugar, se trata de verificar cuáles son los requisitos esenciales que, bajo el Derecho Internacional, se esgrimen para reconocer la legalidad de una expropiación. En segundo lugar, identificar la existencia de una potencial expropiación indirecta conforme a las pautas establecidas por el Derecho Internacional y a la práctica existente en la materia; y, finalmente, en tercer lugar, analizar los problemas inherentes a la compensación y la indemnización que, en principio, debe pagar el Estado receptor al inversionista, con especial referencia a su concreción y a los problemas que ésta presenta.

Estos tópicos son analizados en nuestro Trabajo en profundidad y para ello nos acompañamos del análisis crítico de las fuentes legales potencialmente aplicables así como de la práctica generada por los supuestos arbitrales existentes en la materia, de los que -con todas las limitaciones lógicas- se pueden extraer ciertas líneas de conducta en interpretación de este estratégico sector. Aunque son únicamente vinculantes para las partes involucradas y, por tanto, no podemos referirnos a una verdadera jurisprudencia arbitral -lo que complica el análisis de la problemática planteada-, sí ilustran al operador jurídico respecto a la interpretación de los principales aspectos controvertidos en este ámbito. Dada la cantidad de laudos arbitrales citados y con el propósito de facilitar la ubicación de cada asunto, el lector encontrará la cita del caso en el texto seguido del año de publicación del laudo estudiado⁷, así como el resto de las referencias a pie de página⁸.

⁶ De acuerdo a los datos oficiales del CIADI para el 21/03/2012, actualmente 157 países han suscrito el CW, de los cuales 147 han depositado el instrumento de ratificación. Mencionamos que son 146 el número de países contratantes, toda vez que Venezuela denunció el referido convenio internacional el 25 de enero de 2012. Véase la página web de dicha institución arbitral en: <http://www.icsidworldbank.org> [Fecha de visita: 21/03/2012].

⁷ Por ejemplo: *Duke Energy v. Perú* (2006).

⁸ A modo ilustrativo: *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Perú*, Caso No. ARB/03/28, Laudo Arbitral sobre jurisdicción de fecha 01/02/2006.

A los fines de cumplir el objetivo principal de la investigación, iniciamos el Trabajo con la introducción al arbitraje de inversión en el Capítulo I. Particularmente nos centramos en su distinción con el arbitraje comercial internacional, el análisis de sus principales fuentes de origen convencional y nacional, así como el examen de los requisitos esgrimidos en el CW para la determinación de la base de la jurisdicción del CIADI y la competencia de los Tribunales Arbitrales que se constituyen bajo las Reglas de Arbitraje de esta importante institución arbitral internacional.

Posteriormente, en el Capítulo II, examinamos en una primera sección un aspecto de transcendental importancia para la identificación de la problemática planteada: la calificación de los términos “inversión” y “expropiación” junto a las fuentes aplicables y los criterios que, en la práctica arbitral, se han desarrollado respecto de ellos. La segunda sección de dicho Capítulo está referida al análisis de los requisitos de la legalidad internacional de una expropiación directa, el cual se concatena con la revisión sucinta de algunas normas del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales de 2001 (Proyecto de Artículos).

De seguidas, en el Capítulo III desarrollamos el complicado tema relativo a las expropiaciones indirectas y, especialmente, los parámetros establecidos por la doctrina, las fuentes legales aplicables y la práctica arbitral para la identificación de éstas como verdaderas expropiaciones o, por el contrario, como medidas gubernamentales legítimas. Finalizamos el Trabajo con el Capítulo IV, en el que exponemos los más relevantes aspectos relacionados con la compensación que debe pagar el Estado receptor al inversionista extranjero por la expropiación de sus activos; la diferenciación -al menos, terminológica- con el vocablo indemnización, los conceptos que deben incorporarse y los distintos métodos que han sido aplicados para su cálculo.

CAPÍTULO I

LA INVERSIÓN EXTRANJERA: POTENCIALES LITIGIOS Y PLURALIDAD DE MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SURGIDOS A SU AMPARO

1. LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL COMERCIO INTERNACIONAL: RIESGOS Y POTENCIALES LITIGIOS

Hoy en día, la liberalización paulatina de las fronteras nacionales producto de la globalización ha perfeccionado una creciente unidad económica mundial basada en la libre oferta y demanda de productos y servicios, impulsada gracias al desarrollo de las telecomunicaciones y de los medios de transporte⁹. La velocidad y la complejidad de las transacciones comerciales internacionales han requerido de una regulación especializada y revisada a la par de las necesidades de los agentes económicos, producto de lo cual coexisten legislaciones nacionales, normativa internacional, así como usos y prácticas desarrolladas por los operadores del comercio transfronterizo¹⁰.

De igual forma, la resolución de conflictos entre los comerciantes ha requerido también de la salvaguarda de la celebridad que aparejan sus actividades. Por ello, en complemento del tradicional sistema de administración de justicia estatal, han emergido los denominados medios alternos de resolución de conflictos, que garantizan la efectividad y rapidez necesaria para solucionar las controversias comerciales. De estos mecanismos y sin restar méritos a ninguno de ellos, el arbitraje comercial es especialmente protagonista, toda vez que brinda soluciones expeditas, expertas y confidenciales a los asuntos planteados.

Mientras cientos de transacciones comerciales se realizan en apenas minutos, también coexiste en el ámbito internacional otra realidad: la de la inversión extranjera. A diferencia de la velocidad de una operación comercial, por ejemplo, de compra-venta de mercaderías, la articulación y la ejecución de un proyecto de inversión requiere, generalmente, de un largo periodo de tiempo¹¹.

⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado*, LiberLibro, Madrid, 2003, p. 11; MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLA, A., «Economía de la globalización», en: *Globalización y Derecho* (CANCIO MELIÁ, M., ed.), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2005, pp. 17-18.

¹⁰ MERCADO PACHECO, P., «Estado y globalización ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?» en *Globalización y Derecho* (CANCIO MELIÁ, M., ed.), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2005, pp. 132-133.

¹¹ DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, p. 3.

Por ello, antes de iniciarlo, tanto los inversionistas como los Estados receptores analizan con cuidado los pros y los contras de la inversión a realizar.

Por una parte, los inversionistas foráneos estudian, desde la perspectiva económica, el mercado del Estado receptor y, desde el punto de vista jurídico, analizan tanto la legislación local y su práctica. Igualmente estudian los convenios internacionales, de los que aquel sea parte contratante en materia impositiva y con respecto a la promoción y protección de inversiones. En dicho estudio se agregan también los posibles riesgos económicos y políticos que conlleve la inyección de capital y el tiempo de recuperación del dinero y el tiempo invertido, entre otros extremos a analizar.

Los Estados receptores, por su parte, en ejercicio de su soberanía no están obligados, en principio, a admitir cualquier tipo de inversión extranjera en su territorio. Les asiste el Derecho a excluirla, a imponer restricciones y a dictar normas que la regulen. Sin embargo, una vez que admiten la inversión foránea para satisfacer las necesidades socioeconómicas existentes, tienen el deber de garantizar al inversionista un tratamiento mínimo de garantías de protección de su inversión¹².

En definitiva, los objetivos perseguidos tanto por los inversionistas como por los Estados receptores confluyen, por un lado, en la búsqueda de nuevos mercados donde la inversión produzca mejores rendimientos. Por otro, en la necesidad de los Estados de atraer dicha inversión para desarrollar productos y servicios; impulsar o, en su caso, diversificar la economía y mejorar las condiciones sociales de la población¹³. Este juego de intereses genera un importantísimo volumen de inversión extranjera en el mercado internacional.

Tal ha sido su importancia y la necesidad apremiante de reglas claras en su promoción y protección que se calcula, actualmente, en no menos de 2500 los APPRI's concluidos entre distintos países. De acuerdo a los datos estadísticos publicados por la UNCTAD en el periodo 2008-2009, de esos 2500 APPRI's, 23%

¹² DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 7.

¹³ ORTIZ RAMÍREZ, E., «La inversión extranjera y los economistas», en <http://www.analitica.com/va/economia/opinion/5313886.asp> [Fecha de consulta: 11/10/2008]; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2008, p. 9; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina*. 1º ed., Iustel, Madrid, 2008, p. 40.

corresponden a Latinoamérica y el Caribe, con un promedio de 10 APPRI's celebrados por país¹⁴. En paralelo a esta enorme red de acuerdos, también coexisten otros convenios multilaterales tales como TLCAN¹⁵, ASEAN¹⁶, TCE¹⁷, CAFTA-Dr¹⁸ y, MERCOSUR¹⁹, por mencionar sólo algunos, en los que igualmente se establecen una serie de reglas de protección de inversiones en sus respectivos ámbitos de aplicación regional.

Ahora bien, cuando se ejecuta la inversión programada por ambas partes, la situación entre el Estado receptor y el inversionista cambia respecto a su momento inicial. Se trata de una relación dinámica susceptible de altibajos. El desarrollo del proyecto de larga duración resulta, en muchos casos, un momento crucial en la relación Estado - inversionista. A diferencia del inversor extranjero, el Estado mantiene la potestad soberana de modificar, en forma unilateral, los términos y condiciones bajo los cuales fue pactada la inversión; promulgar leyes cuyo contenido contraste abiertamente con el sistema legal anterior e, incluso, ordenar la expropiación de bienes e intereses en manos de inversionistas extranjeros ubicados en su territorio²⁰.

La expropiación se entiende, en términos generales, como la transferencia coactiva de la propiedad a favor del Estado o un ente estatal para su consecuente

¹⁴ UNCTAD, *Recent developments in international investment agreements (2008-2009)*. United Nations, International Investment Agreement (IIA) Monitor 3, New York – Geneva, 2009, p. 2. Consultado en la página web: <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=3150&lang=1> [Fecha de visita: 30/05/2010]

¹⁵ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). En siglas inglesas, NAFTA. Texto disponible en la página web: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx> [Fecha de visita: 15/03/2011].

¹⁶ Asociación de Naciones del Sudeste Asiático; en siglas inglesas ASEAN. Texto disponible en: <http://www.asean.org/> [Fecha de visita: 15/03/2011].

¹⁷ Tratado de la Carta de Energía o en siglas inglesas, ETC. Texto disponible en: <http://www.encharter.org/> [Fecha de visita: 15/03/2011].

¹⁸ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, en siglas inglesas CAFTA-Dr. Texto disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text> [Fecha de visita: 15/03/2011].

¹⁹ Mercado Común del Sur. En este ámbito, debemos destacar el Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR. Texto disponible en: www.mercosur.int [Fecha de visita: 15/03/2011].

²⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Contratos internacionales de Estado» en *Curso de Contratación Internacional*. Colex, Madrid, 2003, p. 578; LEBOULANGER, P., «Some issues in ICC awards relating to State contracts», en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 15 / No. 2. International Arbitration Court, Paris, 2004, p. 96.

explotación, previo pago de una indemnización. Aunque tenga por objeto la consecución de un fin de utilidad pública o de interés general, para el inversionista es un riesgo ineludible, que se acentúa cuando se desarrollan en el Estado receptor cambios socioeconómicos emprendidos por sus autoridades gubernamentales, no planteados durante las negociaciones y el inicio de la operación de inversión.

En este orden de ideas, asistimos como testigos a la denominada “nueva ola de expropiaciones directas y nacionalizaciones”, especialmente en la Región Latinoamericana²¹. Cabe destacar que las expropiaciones directas se consideraban, hasta fechas recientes, como parte de un pasado histórico que nos remontaba a las grandes nacionalizaciones emprendidas por países exportadores de petróleo entre 1950 y 1980. Esta nueva “ola” de expropiaciones se ha enmarcado en ciertas reformas políticas, sociales y económicas emprendidas por los gobiernos de algunos países de la región tales como Argentina, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela.

La conflictividad entre los Estados receptores y los inversionistas no resuelta por vía amistosa, ha generado un crecimiento exponencial de procedimientos arbitrales en materia de inversión. El reporte estadístico del CIADI, demuestra que más del 30% de sus casos registrados obedecen sólo a problemas suscitados con inversiones en países latinoamericanos²².

Si bien no se discute la potestad soberana de los Estados receptores de expropiar bienes propiedad del inversor foráneo, lo que sí es objeto de importantes discusiones en la doctrina y en la práctica es si hay lugar a una reparación por los daños ocasionados y, de acordarla, cómo se establecería su monto y bajo qué método. Pero, antes de entrar a analizar con profundidad estos problemas, es menester comprender cómo funciona el arbitraje de inversión, sus

²¹ REINISCH, A., «Expropriation...», *cit.*, p. 408. Véase también: FERNÁNDEZ MASÍA, E., «Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras», en *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 7, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, julio-diciembre, 2007, p. 24. Véase también: MOURRA, M.H., «The conflicts and controversies in Latin American treaty-based disputes», en *Latin American Investment Treaty Arbitration* (MOURRA, M.H., y CARBONNEAU, T.E., Ed.). Kluwer Law International, Penn State Institute of Arbitration Law and Practice, The Netherlands, 2008, p. 5

²² Así lo revela la carga de casos del CIADI: AA.VV., *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas 2012-1*. Banco Mundial, Washington, 2012, p. 11. Este documento está publicado en la página web del CIADI: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 15/02/2012]. El estudio especifica el porcentaje correspondiente a cada zona del continente americano: 30% América del Sur; 7% Centroamérica y el Caribe y 5% América del Norte (Canadá, Estados Unidos y México).

fuentes, así como la labor del CIADI como ente administrador por excelencia de este tipo de procedimientos.

Pretendemos en este Capítulo aproximar de forma sucinta la evolución del sistema de resolución de controversias entre Estados receptores e inversionistas foráneos, desde la vía diplomática hasta la creación del CIADI. Seguidamente estudiamos el arbitraje de inversión, su múltiple y fragmentado sistema de fuentes, así como sus diferencias respecto al arbitraje comercial internacional. Finalmente, examinamos los criterios expuestos en el Convenio de Washington con relación al establecimiento de la jurisdicción del CIADI, conjugado con las soluciones convencionales existentes y los parámetros que, en la práctica, desarrollan distintos laudos arbitrales. Concluimos con un breve comentario de las reglas de procedimiento arbitral desarrollado por este centro internacional de arbitraje.

2. PLURALIDAD DE MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA. ALGUNOS EJEMPLOS RELEVANTES: DE LA VÍA DIPLOMÁTICA AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

La realidad compleja que acompaña a la inversión ha dado lugar a la aparición de diversos medios de resolución de controversias. Entre los más característicos resultan ser la vía diplomática y, ahora en forma creciente, el arbitraje de inversiones.

2.1. Intervención diplomática

Tradicionalmente, hasta bien entrado el Siglo XX, los problemas entre los Estados receptores y los inversionistas, en particular aquéllos relacionados con las eventuales expropiaciones o sobre el pago de los daños producto de estas medidas, se resolvían por vía diplomática entre los países involucrados. Tal situación obedecía a que la protección internacional de la propiedad de personas físicas y jurídicas era ejercida directamente por los Estados. Al ser considerados

como los únicos sujetos del orden jurídico internacional, eran los legitimados para hacer valer la protección de sus nacionales más allá de sus fronteras²³.

Bajo las normas del Derecho Internacional y, específicamente, de acuerdo a las normas sobre protección diplomática existentes para la época, una vez que el inversionista hubiese agotado las instancias judiciales del Estado receptor, sin obtener reparación alguna, debía acudir ante su propio Estado. Éste, a su vez, efectuaba negociaciones con el Estado receptor de la inversión, en pro del reclamo de los intereses de su nacional, atendiendo al respeto de estándares mínimos de protección que debían garantizar a los extranjeros en su territorio.

Los Estados receptores, por su parte, de no atender la petición formulada, podían ser sujeto de reclamos por responsabilidad internacional, al no ejecutar la obligación de reparar al otro Estado, ante instancias tales como: (A) Comisiones *Ad Hoc* o el Tribunal Permanente de Justicia (TPJI), cuando no (B) de actuaciones armadas sin más o (C) embargo de bienes, vías todas que en la práctica actuaban como complementarias a la mencionada opción diplomática²⁴. Algunos ejemplos importantes, a los efectos de nuestra investigación, merecen ser destacados:

(A) Así, en primer lugar, y como reflejo de la actividad puramente diplomática, respecto a la protección de las personas físicas y jurídicas, conviene recordar el asunto *Barcelona Traction, Light and Powers Co., Ltd. (Bélgica) vs. España*, cuya sentencia fue dictada el 5 de febrero de 1970²⁵. En este caso, una compañía constituida bajo la legislación canadiense, cuyos accionistas eran nacionales belgas, fue expropiada por España. Los accionistas, a través del gobierno de Bélgica, iniciaron una demanda contra España por la pérdida y destrucción de su inversión ante la Corte Internacional de Justicia. Si bien la Corte se declaró incompetente, dictaminó:

“It has been maintained that a State could make a claim when investments by its nationals abroad were affected in violation of the right of the State itself to have its nationals enjoy a certain

²³ VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1998, p. 1.

²⁴ VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de...*, *cit.*, pp. 2-3; DIMSEY, M., *The resolution of international investment disputes: challenges and practical solutions*. Eleven international publishing, Utrecht, 2008, p. 5 y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El sistema arbitral del CIADI*. Porrúa, Universidad Iberoamericana y Universidad Autónoma de México, México, 2006, p. xxxiv.

²⁵ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, *cit.*, p. 33.

*treatment. But, in the present state of affairs, such a right could only result from a treaty or special agreement. And no instrument of such a kind was in force between Belgium and Spain*²⁶.

Esta última frase enunciada por la Corte Internacional de Justicia evidenciaba la necesidad apremiante, tanto para los inversionistas como para los Estados receptores de inversión, de contar con un cuerpo normativo en materia de promoción y protección de inversiones, con el objetivo de dar continuidad a la dinamización del capital en el mercado internacional.

Aunque las gestiones diplomáticas arrojaban ciertos resultados favorables en pro de la resolución de conflictos, no siempre se lograba el objetivo de saldar la diferencia entre el inversor y el Estado receptor. El uso de la fuerza para constreñir a un Estado a que cumpla sus obligaciones, como ocurrió con el bloqueo de las costas venezolanas a principios del Siglo XX, generó una fuerte controversia. Las voces de protesta revelaron la necesidad de sustituir la coacción por un método de resolución de conflicto pacífico entre las partes involucradas: el arbitraje.

Los asuntos relativos a las expropiaciones de fábricas de ciudadanos alemanes en Polonia, así como la nacionalización de la actividad petrolera en México, en detrimento de los intereses de personas jurídicas foráneas, como veremos a continuación, denotaban otra realidad. Nos referimos a la exigencia, por parte de los Estados receptores, de revisar los parámetros estándares mínimos respecto a tratamiento igualitario entre nacionales y extranjeros, sin discriminación alguna. Ello en respuesta a la excesiva protección diplomática que exigían los Estados exportadores de capital.

La imposibilidad de acudir directamente ante el Tribunal Internacional de Justicia representaba para el inversor también un problema, dado que sólo podía tener acceso a ella a través de la representación diplomática de su Estado. De ahí que la decisión del asunto *Barcelona Traction* sirvió para denotar otro importante aspecto: la inexistencia de tratados de inversión que permitiese a las partes defender sus derechos y resolver sus conflictos en forma directa. Sin pretender sustituir la vía diplomática, hacía falta un paso definitivo en pro del establecimiento de estándares mínimos internacionales en el tratamiento de

²⁶ Véanse las dos decisiones del Tribunal en el siguiente link: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=1a&case=50&code=bt2&p3=5> [Fecha de visita: 05/12/2009].

nacionales y extranjero, así como de la posibilidad de iniciar un arbitraje internacional en casos de problemas entre Estados e inversores, no resuelto por vía amistosa.

(B) Más, como decimos, junto a esta actividad diplomática han existido otras situaciones en las que se ha ido mucho más allá, llegando incluso al recurso directo de la fuerza. Un ejemplo de este recurso directo a la vía armada para satisfacer las expectativas a las que se pretendía tener derecho viene constituido por el supuesto del bloqueo de Venezuela realizado a principios de la primera década del Siglo XX, por fragatas de Alemania e Inglaterra.

El motivo de dicho bloqueo era obligar a la República a reconocer sus deudas con entes crediticios de estos países, así como el pago de los daños y perjuicios sufridos por sus nacionales como consecuencia de la inestabilidad política y económica de Venezuela, producto, por un lado, de la guerra entre caudillos y, por otro, de la negativa de las autoridades gubernamentales venezolanas a pagar sus acreencias. Italia, Francia, España, México y Bélgica se unieron días más tarde a la protesta para exigir el pago de deudas vencidas. La mediación entre ambas partes fue emprendida por Estados Unidos y, en 1903, se llegó finalmente a un acuerdo con la firma de los Protocolos de Washington.

Ante esta situación, Argentina protestó formalmente el bloqueo y desde allí, el diplomático Luis María Drago, en 1902, reclamó "... la ilegalidad del cobro violento de la deuda, ejercido por grandes potencias en detrimento de Estados pequeños"²⁷. Drago estaba en desacuerdo con el uso de la fuerza por parte de varios países para obligar compulsivamente a otro al pago de sus deudas. El origen de la declaración de Drago provino de las ideas de Carlos Calvo respecto al principio de igualdad de los Estados, cuyo postulado fue publicado en 1868, en su libro *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*²⁸.

²⁷ FUNDACIÓN EMPRESAS POLAR, *Conociendo nuestra Historia*. Información disponible en: <http://www.fundacionempresaspolarg.org/nosotros/educacional/instituc/castgobi.html#bloqueo> [Fecha de visita: 04/12/2009]. En efecto, el Presidente de Venezuela en ese entonces era Cipriano Castro quien, para distraer a la población de la difícil condición económica del país, notificó el bloqueo de la siguiente forma: "¡Venezolanos! La planta insolente del extranjero ha profanado el sagrado suelo de la patria!

²⁸ CALVO, C., *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. Amyot Librairie Diplomatique y Durant et Pedone-Lauriel Libraires-Éditeurs, Paris, 1968.

A los efectos de nuestro estudio, este hecho es de particular importancia, toda vez que Calvo consideraba que los extranjeros debían tener los mismos derechos y deberes que los nacionales (sin que les asistiese un privilegio especial)²⁹. Por tanto, en el supuesto de existir alguna controversia entre éstos y los Estados, debían agotarse las vías judiciales locales (desde el punto de vista procedimental), aplicando el ordenamiento jurídico interno al caso concreto (desde la óptica material)³⁰.

Además de los hechos ocurridos en Venezuela, se suscitaron intervenciones armadas de Francia e Inglaterra en Argentina y de Francia en México, ante lo cual Calvo consideraba que "... el cobro de créditos y la gestión de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos, y como los Estados europeos siguen invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas, no hay razón para que no se la impongan también en sus relaciones con los otros Estados del Nuevo Mundo"³¹.

Varios textos constitucionales de países latinoamericanos conservan aún disposiciones inspiradas en esta tesis y, de hecho, ha sido la bandera enarbolada por varios Estados a la hora de fundamentar su posición contra el arbitraje de inversión³². Sin embargo, es muy importante destacar que, a diferencia de lo que generalmente se conoce, Calvo no tenía una postura contraria a este tipo de medio de resolución de conflictos. Sólo rechazó el uso de "... la fuerza armada como mecanismo de atender reclamos privados; no excluyó la posibilidad de resolverlos mediante arbitraje"³³.

²⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de Arbitraje...*, cit., p. 42; MOURRA, M.H., «The conflicts and controversies in Latin America...», cit., p. 8. Al respecto, Fernández Masiá refiere a la Doctrina Calvo como: "... el sometimiento exclusivo de sus conflictos a las leyes y tribunales del Estado receptor de la inversión y a la obligación de renuncia por parte del inversor del ejercicio de la protección diplomática por su propio Estado". Véase FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «La realidad del arbitraje de inversiones desde la perspectiva latinoamericana», en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro* (ZAPATA DE ARBELÁEZ, A; BARONA VILAR, S. y ESPLUGUES MOTA, C., Dirs.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 60.

³⁰ SHAN, W., «Is Calvo dead?» en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, 2007, p. 126 [disponible en la base de datos Hein Online, fecha de visita: 04/12/2009].

³¹ BREWER-CARÍAS, A., *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*. T. I, 4^o ed. aumentada y anotada con la jurisprudencia del TSJ hasta marzo de 2004, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 300-301.

³² Por ejemplo, los artículos 116 de la Constitución argentina; 24 de la Constitución boliviana; 14 de la Constitución ecuatoriana; 27, fracción I, de la Constitución mexicana y el 151 del texto constitucional venezolano.

³³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de Arbitraje...*, cit., p. 42. Esta aclaratoria fue también expuesta oralmente por Ignacio Suárez Arzorena durante su intervención en la XVIII Conferencia de la

(C) Un interesante ejemplo de litigio en el ámbito de las inversiones y de recurso a un mecanismo peculiar de resolución del mismo diferente de la pura vía diplomática lo constituye el conocido caso *Alemania vs. Polonia*, decidido por el TPJI y cuya decisión fue dictada el 25 de mayo de 1926³⁴. El Estado alemán reclamaba a Polonia por la expropiación de fábricas y extensiones de tierras dedicadas a la actividad agrícola, que eran propiedad o estaban bajo el control de ciudadanos y compañías alemanas, ubicadas en la Alta Silesia. El Tribunal afirmó que la expropiación constituye la derogatoria de las reglas aplicables al tratamiento de los extranjeros ubicados en territorio de otros Estados y al respeto de los Derechos adquiridos. En la medida que dicho acto no cumpla con los requisitos establecidos en convenios suscritos por el Estado expropiante con otros países, era considerado como incompatible y anulable. Sólo las expropiaciones por causa de utilidad pública y compensación son aceptadas en el Derecho internacional.

En este asunto, el Tribunal determinó que la Ley polaca del 14 de julio de 1920 no era compatible con los principios expuestos en el Convenio de Ginebra, suscrito por Alemania y Polonia, toda vez que dicho instrumento internacional impedía la expropiación de los intereses, bienes y derechos contractuales de personas físicas y jurídicas procedentes de Alemania en la zona de la Alta Silesia. Esta legislación declaraba como nulos e inexistentes tales intereses y no permitía a los interesados ejercer acción judicial contra las autoridades polacas ni les preveía una justa indemnización. Por tal motivo, el Tribunal consideró que la expropiación sin indemnización es contraria al Derecho Internacional consuetudinario, toda vez que los Estados no pueden tratar a los extranjeros con prácticas discriminatorias³⁵.

Finalmente, otro ejemplo de actuación desarrollada por un Estado o grupo de Estados contra otro, con motivo de una actuación de aquel respecto de una inversión realizado por éste es desarrollado por Estados Unidos contra México y que se canalizó a través de un embargo comercial. En 1938 las autoridades

Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, celebrada en Tegucigalpa, Honduras, durante el mes de marzo de 2009.

³⁴ A.A.V.V., *Case concerning the German interests in Polish Upper Silesia* Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A, No. 7, A.W. Sijthoff's Publishing Co., Leyden, 1929, pp. 21-89. Texto disponible en la página web: <http://www.iccij.org/pcij/seriesa.php?p1=9&p2=1&PHPSESSID=cdf2b471170f8633d88dccc3469220a44> [Fecha de visita: 24/01/2010]

³⁵ DE YANGUAS MESSÍA, J., *Derecho internacional privado*, 3º ed., Neus, Madrid, 1971, pp. 53-55.

mexicanas decidieron nacionalizar los intereses estadounidenses en el sector energético y les ofrecieron a los inversionistas una compensación por la desposesión de sus bienes en territorio mexicano. Las compañías petroleras recurrieron a su gobierno para que, a través de un embargo contra todas las exportaciones mexicanas hacia su país, se lograra un acuerdo y, al mismo tiempo, se desalentaran posibles nacionalizaciones en otros países.

El embargo se realizó y el acuerdo fue concretado años después, en 1943, cuando los inversionistas fueron compensados por la cantidad de 24 millones de dólares³⁶. En la resolución de este problema, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, en respuesta a la propuesta mexicana, se pronunció acerca de una pronta, justa y efectiva compensación, que perdura hasta nuestros días y que, como veremos más adelante, se conoce como “Fórmula Hull”.

2.2. Iniciativas de regulación convencional respecto a la protección de inversiones extranjeras

Como hemos visto en el aparte anterior, el recurso a la fuerza, en sus diversas formas, y la vía diplomática constituyeron métodos de solución de conflictos de inversiones foráneas utilizados en la práctica. Estos mecanismos resultaban engorrosos y traumáticos para los Estados involucrados, especialmente para los países anfitriones de dicha inversión, sobre todo cuando se utilizaba la fuerza militar o el bloqueo económico. Esta situación generó voces de protesta y evidenció la necesidad de contar con reglas uniformes y claras respecto al sistema de protección de inversiones.

Teniendo en cuenta este requerimiento, la Organización de Cooperación Económica y el Desarrollo (OCED) preparó, en 1960, un Proyecto de Convención sobre Protección de la Inversión Extranjera compuesto por un Preámbulo, catorce artículos y un anexo. El objetivo trazado por este organismo internacional con este Proyecto fue armonizar la normativa sobre promoción y protección de inversiones. Posteriormente, en 1998, este mismo organismo propuso otro Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI). Asimismo,

³⁶ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, New York, 2008, p. 11.

el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable preparó también un Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversiones de 2005 (MAII).

Cabe destacar que, a pesar del esfuerzo desarrollado por estos organismos, ninguno de estos instrumentos ha logrado convertirse en un convenio internacional. Sin embargo, algunas de sus soluciones resultan importantes a los efectos de nuestro estudio, dado que se encuentran presentes en la realidad práctica y teórica. Abordemos, a continuación, en forma sucinta, sus principales rasgos.

2.2.1. Proyecto de Convención de la OCED sobre Protección de Inversiones Extranjeras (1967)

En líneas generales, el Proyecto de Convención sobre Protección de la Inversión Extranjera contempló el deber de los Estados de brindar un trato justo y equitativo a la propiedad de bienes en manos de extranjeros en su territorio, con el compromiso de mantener dicha seguridad y protección durante un tiempo razonable y de no dictar medidas discriminatorias o consideradas no razonables. Asimismo, en atención al principio *pacta sunt servanda*, consagró la obligación de los Estados de cumplir los términos y condiciones de los acuerdos suscritos con otros Estados en materia de protección de la inversión propiedad de extranjeros en el territorio de los otros Estados parte³⁷.

En su artículo 3 estableció el compromiso de los Estados de no expropiar, directa o indirectamente, la propiedad de nacionales de otros Estados, salvo que dicha medida cumpla una serie de parámetros:

1. Que sea motivada por causas de interés general y sea cumplido el debido proceso;
2. No constituya una medida discriminatoria o contraria a cualquier acuerdo suscrito previamente, y
3. Se acompañe de una justa compensación.

³⁷ El texto del Proyecto de Convención está disponible en la página oficial de la OCED: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf> [Fecha de visita: 09/12/2009].

Resulta muy interesante esta norma puesto que, como veremos en el Capítulo II al analizar las condiciones de una expropiación directa, dichos requerimientos continúan siendo los parámetros habitualmente contenidos en los acuerdos regionales y bilaterales en la materia, para identificar cuándo una medida de esta naturaleza es legal o no desde el punto de vista internacional. Más aún, este Proyecto adelantó, en su artículo 5, que cualquier violación a su normativa por parte de los Estados contratantes acarrearía la obligación de reparar los daños ocasionados por su acción u omisión.

Es muy importante destacar que el Proyecto desarrolló un sistema de resolución de conflictos entre Estados y nacionales de otros Estados bastante similar al que expone, hoy día, el Convenio de Washington. De acuerdo a sus preceptos, cualquier disputa entre los Estados parte, relacionada con la interpretación y aplicación del proyecto de Convención, habría sido resuelta ante un Tribunal Arbitral, constituido previamente en consonancia con las disposiciones de su Anexo, y transcurrido el lapso de 60 días en el cual las partes hubiesen llegado al acuerdo de elevar ante esa instancia su problema. Vencido dicho lapso sin el consentimiento de ambas, quedaba automáticamente acordado que el Tribunal Arbitral tuviese jurisdicción para conocer y decidir el asunto. Los comentarios del Proyecto indicaron que este Tribunal sería el Tribunal Internacional de Justicia o un Tribunal Arbitral *ad hoc*.

Ahora bien, si un inversionista de uno de los Estados parte se consideraba agraviado por alguna medida impuesta por el Estado receptor, podía iniciar un proceso arbitral contra éste. El procedimiento contemplado en el Proyecto era un tanto diferente al actualmente establecido en el Convenio de Washington. El Proyecto expresaba que la persona física o jurídica debía, en primer lugar, acudir a los entes autorizados del Estado de su procedencia con el objetivo de notificar su intención de iniciar un proceso contra el otro Estado. Esto, para asegurar que no exista un proceso previo entre los dos países involucrados dentro del lapso de 6 meses contados a partir de la notificación realizada por el inversionista. El Estado contra el cual se iniciaba el proceso arbitral contaba con la potestad de realizar una declaración general o particular conforme a la cual aceptaba o no la jurisdicción del Tribunal Arbitral. La declaración podía ser luego revocada. Sin embargo, los particulares mantenían el Derecho a reclamar por los daños ocasionados por sus acciones u omisiones durante los siguientes 5 años.

Aunque este Proyecto no logró el éxito esperado resulta, en definitiva, un importantísimo precedente para nuestro objeto de estudio y para la realidad normativa actual del arbitraje en materia de inversiones. La indicación de los requerimientos necesarios para la licitud de una expropiación en un convenio internacional constituía una imperiosa necesidad. Los inversionistas extranjeros reclamaban mayores garantías a los Estados receptores por el riesgo de expropiaciones discriminatorias y nacionalizaciones de sectores estratégicos motivadas por un nacionalismo económico exacerbado evidenciado en algunos países en desarrollo. Al mismo tiempo, los Estados receptores se mostraban reticentes ante los inversionistas por el temor de no recibir los beneficios de sus propios recursos naturales y la explotación de sectores claves de sus economías, controlados por extranjeros³⁸. El Proyecto evidenciaba también la necesidad de la creación de una modalidad de arbitraje entre Estados e inversores.

2.2.2. Otras iniciativas

Además del Proyecto de Convenio de 1967, en los últimos tiempos otras iniciativas emprendidas por organismos como la OCED y más recientemente, del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), concluyeron en la elaboración de otros textos sobre promoción y protección extranjera. Sus soluciones, mucho más recientes y complejas, las analizamos progresivamente en el Capítulo II, cuando nos referimos a los requisitos internacionales para una expropiación lícita desde el punto de vista internacional. No obstante, en este apartado procederemos ahora a examinar, muy sucintamente, algunas de las cuestiones más generales de cada instrumento.

(A) Por un lado, la OCED concluyó en 1998 un nuevo Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversión (*Multilateral Agreement on Investment*)³⁹. A través de este nuevo documento, el organismo internacional proponía la promoción de la cooperación económica entre los Estados, considerando la importancia de la inversión foránea en el desarrollo de los países. Por ello, el texto contiene una normativa especializada que trata de asegurar un régimen jurídico confiable, transparente y previsible para todos los involucrados. Entre sus soluciones

³⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de Arbitraje...*, cit., p. 178.

³⁹ Texto disponible en la página oficial de la OCED: http://www.oecd.org/document/35/0,3343,en_2649_33783766_1894819_1_1_1_1,00.html [Fecha de visita: 07/08/2011].

destacan las calificaciones autónomas de ciertos términos como inversión e inversor; la protección de la inversión foránea y los inversionistas; los mecanismos de solución de disputas entre Estados y entre Estado receptor e inversionista extranjero; los servicios financieros; el régimen impositivo, así como la normativa relativa a la implementación de este texto como convenio internacional.

(B) Por otro lado, el Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversiones (2005) que preparó el IISD⁴⁰, también contiene una serie de normas que tienen como objetivo cardinal promover el crecimiento sustentable de los países no sólo a nivel local, sino también a niveles regional y global. Tomando en consideración este cometido, el Modelo desarrolla una serie de reglas relativas al tratamiento de los inversionistas extranjeros; los Derechos y obligaciones del Estado receptor y del inversor, así como los mecanismos de solución de conflictos entre Estados y entre el inversionista foráneo y el país receptor de su inversión.

Como afirmamos, ninguno de los proyectos que hemos mencionado en este aparte se convirtió en un tratado internacional. Sin embargo, las soluciones resultan muy importantes para el desarrollo del sistema de protección de inversiones foráneas. Aunque las contenidas en los instrumentos más recientes las analizamos en el Capítulo II, debemos destacar la importancia del proyecto de 1967, como texto pionero en la materia, ante la apremiante necesidad de Estados y de inversores extranjeros de tener reglas convencionales claras y previsibles.

2.3. El arbitraje de inversión

Los casos de intervención diplomática mencionados anteriormente citados junto al esfuerzo desarrollado por organismos internacionales –y entre ellos, la OCED- revelaron la necesidad de crear un nuevo mecanismo de resolución de conflictos entre Estados e inversionistas⁴¹. En la práctica –tal como en su día

⁴⁰ Texto disponible en la página oficial del Instituto: <http://www.iisd.org/> [Fecha de visita: 07/08/2011].

⁴¹ Se requería de un mecanismo de resolución de conflictos que coexistiese, en el ámbito internacional, con el tradicional ejercicio de la protección diplomática desarrollada por los Estados respecto a la propiedad de sus nacionales en el extranjero. VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de...*, cit., p. 4.

comentó el jurista argentino Calvo⁴²— el arbitraje ha resultado el método directo y pacífico por excelencia para resolver este tipo de litigios que pueden surgir entre las partes.

La realidad reflejaba desde principios del Siglo XX la inexistencia de soluciones convencionales, por lo cual era cada vez más frecuente la celebración de acuerdos de arbitraje en los contratos de inversión entre un particular y un Estado⁴³. De esta forma se cumplía el objetivo de tener acceso a un método de resolución de conflictos imparcial, por el cual las partes se sustraían de la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor. Sin embargo, como hemos afirmado, planteada la necesidad de instaurar la vía arbitral en materia de inversiones, en paralelo a la protección diplomática, era importante desarrollar un tipo de arbitraje especializado, que tomase en consideración las particularidades que acompañan a la realidad de la inversión.

Nos referimos a un arbitraje que, por las partes involucradas, debía ser distinto a los propios del Derecho Internacional Público, donde sólo intervienen los Estados soberanos⁴⁴. Y, al mismo tiempo, convenía que fuese distinto al arbitraje comercial internacional, dado que el objeto de esta específica modalidad de arbitraje consiste en la resolución de un problema suscitado por una inversión y no producto de una operación comercial⁴⁵.

Se erige entonces un arbitraje denominado mixto o de inversión que, tal como afirma Rueda García: “... es una categoría propia en el campo del arbitraje internacional, *un tertium genus* a caballo entre las dos tradicionales anteriores, el arbitraje interestatal y el arbitraje comercial”⁴⁶. Con este planteamiento, sólo faltaba por articular el foro neutral donde se ventilasen este tipo de arbitrajes y la creación de la normativa convencional que brindara soluciones uniformes a las partes respecto al procedimiento arbitral y el Derecho aplicable a los méritos del

⁴² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de Arbitraje...*, cit., p. 42; FERNÁNDEZ MASÍA, E., «La realidad del arbitraje de inversiones...», cit., p. 60.

⁴³ DUGAN, C.; WALLACE, D. JR.; RUBINS, N. Y SABAH, B., *Investor – State...*, cit., p. 48.

⁴⁴ VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de...*, cit., pp. 4-5.

⁴⁵ SOTO COAGUILA, C., «Protección de las inversiones extranjeras», en *Revista Legal Columnas, Muñiz-Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados*, Magna Ediciones, Lima, Noviembre – Diciembre 2007, p. 20. RUEDA GARCÍA, J.A., *Las medidas cautelares en el Arbitraje de Inversiones*. Tesis Doctoral presentada por su autor para optar al título de Doctor en Derecho. Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, 2009, p. 60.

⁴⁶ RUEDA GARCÍA, J.A., *Las medidas cautelares en el Arbitraje...*, cit., p. 55.

asunto. Esta opción a favor del arbitraje de inversiones se acompañó pronto del diseño de un marco normativo adecuado de origen diverso a través del cual se buscó tanto su consolidación y apoyo como su canalización. Dedicaremos las próximas páginas a ello.

2.3.1. Punto de partida: El Convenio de Washington de 1965 y la creación del CIADI como institución especializada en la administración de los arbitrajes de inversión

El CW fue concluido en Washington el 18 de marzo de 1965, gracias a la participación de varios miembros y directivos del Banco Mundial. Este convenio, de enorme trascendencia, estableció como método de solución de conflictos entre Estados e inversionistas los mecanismos del arbitraje y de la conciliación. La celebración de este Tratado fue la respuesta acertada de los Directivos del Banco Mundial, ante la necesidad de impulsar la circulación transfronteriza de capitales.

La condición de igualdad entre el inversionista y, especialmente, el Estado receptor de la inversión, fue un reto a enfrentar por parte de los redactores del CW. De allí que, por un lado, este instrumento convencional reconoce *ius standi* al inversionista para dirimir su conflicto directamente con el Estado receptor, a través del arbitraje de inversión o la conciliación en él previstos, sin recurrir a la protección diplomática o al ejercicio de acciones ante tribunales internacionales⁴⁷. Así, el inversor, como afirma García Rodríguez, “... logra una protección autónoma ya que no depende de la voluntad soberana del Estado de su nacionalidad para recibir dicha protección y para establecer el *quantum* del daño sufrido”⁴⁸.

Por otro, en alusión a los Estados receptores, el Convenio no excluye la posibilidad de que el inversionista agote previamente los recursos internos ante sus órganos judiciales, tal como estipula su artículo 26; permite que el problema sea decidido conforme a su propio Derecho, a falta de acuerdo de las partes al respecto, como indica su artículo 42, y evita las eventuales intromisiones en el

⁴⁷ SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention. A Commentary*. 2º ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 6.

⁴⁸ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «Pluralismo jurídico e inversión extranjera: Las controversias entre el inversor y el Estado receptor», en: *Pacis Artes, Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campo*. T. II – Derecho internacional privado, Derecho Constitucional y Varia. Eurolex y Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2005, p. 1571.

proceso del Estado del cual es nacional el inversionista⁴⁹. Por tanto, la ratificación –o en su caso, la adhesión– al Convenio de Washington permite a los Estados ofrecer el arbitraje como una garantía pro – inversión, al tiempo que lo protege contra otras actuaciones judiciales que, en el ámbito internacional, puedan ejercer los inversionistas contra ellos⁵⁰.

El CW creó un centro de arbitraje, con jurisdicción de carácter internacional, que administra los procedimientos de arbitrajes y de conciliaciones en este sector⁵¹. Nos referimos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI o ICSID, en sus siglas inglesas). Esta institución “... intenta establecerse como una jurisdicción neutral y autónoma, que procura mantener el equilibrio entre los intereses de los inversionistas y de los Estados y ‘despolitizar’ o ‘desnacionalizar’ el arreglo de las diferencias que pudieran surgir en materia de inversiones a fin de mantener el conflicto fuera de cualquier interferencia estatal”⁵².

El CIADI, como institución especializada, ha desarrollado una intensa labor. Si bien han sido muy pocos los casos de conciliaciones, respecto al arbitraje de inversión la realidad ha sido otra. Durante los años 1972 y 1996, es decir, en un lapso de 24 años, sólo fueron registrados 38 casos. Ahora bien, en los últimos 14 años, entre 1997 y 2011, el número de asuntos atendidos se ha incrementado exponencialmente, llegando a la cifra de 329 casos⁵³. Estos datos nos revelan una explosión de controversias que, en materia de inversión, se han suscitado hasta el presente. Tal incremento obedece al número creciente de países ratificantes del Convenio de Washington y, además, a la existencia de una enorme red de cientos de APPRI y una serie de acuerdos multilaterales que remiten al arbitraje de inversión administrado por el CIADI⁵⁴.

⁴⁹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 45-47.

⁵⁰ SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, cit., pp. 7-8.

⁵¹ A.A.V.V., «Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio de Washington», texto disponible en www.worldbank.org/icsid [Fecha de consulta: 15/09/2009].

⁵² GRACIARENA, M.C., *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*. 1º ed., LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2006, p. XVII. Véase también FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras...*, cit., p. 16.

⁵³ A.A.V.V., *Carga de casos del CIADI – Estadísticas...*, cit., p. 8.

⁵⁴ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras...*, cit., pp. 33-36.

2.3.2. La dinámica realidad presente: Mitos y realidades sobre el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial internacional. Propuesta de distinción entre ambas figuras.

Luego de varios años de práctica, la trascendencia pública del arbitraje de inversión ha ocasionado la reticencia de ciertos países a este mecanismo de resolución de conflictos. Sus detractores han llegado a calificar al CIADI como un organismo que, lejos de ser un centro neutral entre las partes, está al servicio de los intereses del inversionista y en contra de los Estados⁵⁵, por el volumen de los laudos arbitrales dictados contra éstos⁵⁶. Asimismo, consideran que los Tribunales Arbitrales que se constituyen bajo sus reglas desconocen las realidades socioeconómicas de los Estados receptores y que, en ocasiones, los mismos árbitros son también asesores de los inversionistas, lo que resta imparcialidad e independencia⁵⁷.

Esta situación ha reavivado una vieja concepción contraria al arbitraje de inversión por algunos países latinoamericanos, en atención a la Doctrina esgrimida por Carlos Calvo, en su acepción más restrictiva. Cabría entender que rememorando las bases de dicha posición, algunos Estados latinoamericanos consideran que los Estados soberanos sólo aceptan la jurisdicción de sus tribunales locales para la resolución de problemas con inversionistas extranjeros. Y, en fechas recientes, hemos sido testigos, por un lado, de la denuncia por parte de Bolivia y Ecuador al Convenio de Washington, tendencia fomentada por Venezuela y a la que finalmente ésta se ha adherido. En este último caso, en fecha 24 de enero de 2012 el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela emitió un comunicado conforme al cual formalizó la denuncia del Convenio de Washington a los fines de “...*proteger el derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social de la nación, sustrayéndolo de una*

⁵⁵ FRUTOS-PETERSON, C., «El impacto de la participación de los Estados latinoamericanos en el arbitraje de inversión», en: *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 1, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, enero-junio 2010, pp. 37-38.

⁵⁶ Resulta muy interesante destacar que, en contraste a esta postura, el 56% de los laudos dictados bajo las reglas de arbitraje del CIADI han favorecido a los Estados receptores, mientras que el 46% restante ha sido a favor de los inversionistas. Véase al respecto: AA.VV., *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas 2012-1...*, cit., p. 13.

⁵⁷ RONDÓN DE SANSÓ, H., *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*. Caracas, Edit. ExLibris, 2010, pp. 97-99.

jurisdicción internacional”⁵⁸. Mientras que, por otro lado, se cuestiona la teoría del consentimiento estatal al arbitraje de inversión, como ha ocurrido en Venezuela – y de lo cual ampliaremos nuestro análisis más adelante- .

Pero, en adición a estas circunstancias, la oposición al arbitraje en materia de inversiones a partir de posiciones soberanistas ha producido unos efectos colaterales hacia otras instituciones de resolución de controversias distintas al mero recurso a los tribunales estatales. Así, se ha generado un impacto desfavorable hacia el arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, al confundirlo con la práctica del arbitraje de inversión. La oposición al primero conlleva una creciente oposición al segundo, siendo que existen diferencias esenciales entre uno y otro.

Coincidimos con Frutos – Peterson en afirmar que la conexión práctica entre ambas figuras está dando lugar a reconsiderar los potenciales efectos de una sobre la otra: a) si el arbitraje comercial internacional resultará afectado con la reaparición de la Doctrina Calvo (en su restrictiva interpretación); o, b) si el arbitraje comercial internacional resultará una alternativa para aquellos Estados reticentes al arbitraje de inversión⁵⁹. Sólo el transcurrir del tiempo nos dirá cuál de las dos tendencias tendrá mayor peso en la práctica internacional. Por lo pronto, ante el dinamismo y la complejidad de ambas figuras, consideramos necesario incidir en la existencia de notables distinciones entre una y otra:

1) Así, en primer lugar, y desde un punto de vista formal –aunque trasciende esta dimensión- la cláusula arbitral en un arbitraje comercial está inserta en una cláusula de un contrato o en un documento separado donde se plasma el consentimiento de ambas partes de iniciar un proceso arbitral cuando se suscite entre ellas una disputa. En claro contraste con lo anterior, en el de inversión el

⁵⁸ Véase el texto del comunicado en: www.mre.gob.ve [Fecha de visita: 25/01/2012]. Asimismo, se argumentó la denuncia sobre la base del artículo 151 constitucional que “*invalida en su espíritu y en su letra, las disposiciones del mencionado Convenio*”. Nos llama la atención este razonamiento toda vez que el propio artículo constitucional permite el sometimiento de las diferencias relativas a contratos de interés público celebrados por la República a una jurisdicción foránea, cuando su naturaleza así lo exija (es decir, cuando el carácter patrimonial del asunto recomiende la inclusión de una cláusula arbitral o de sumisión expresa a un tribunal extranjero). Véase al respecto: ÉSIS VILLARROEL, I. y HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., «Venezuela», en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro* (ZAPATA DE ARBELÁEZ, A; BARONA VILAR, S. y ESPLUGUES MOTA, C., Dirs.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 726-727.

⁵⁹ FRUTOS-PETERSON, C., «El impacto de la participación de los Estados latinoamericanos...», *cit.*, pp. 39-40.

acuerdo de arbitraje se encuentra plasmado en un acuerdo contenido en un APPRI, en un convenio multilateral, en una Ley nacional de promoción y protección de inversiones o en una cláusula inserta en un contrato de inversión.

Excepto en relación con esta última modalidad, la doctrina converge en destacar que, en el momento en que un Estado suscribe el convenio multilateral o el APPRI, según sea el caso, también está aceptando acceder al sistema de arbitraje de inversiones. El inversionista, por su parte, acepta dicha oferta cuando registra la solicitud de arbitraje ante el CIADI o ante la autoridad acordada previamente⁶⁰.

2) Junto a ello, en segundo lugar, en un arbitraje comercial internacional, las partes involucradas en dicho proceso son personas de Derecho privado o incluso Estados, o entes de su propiedad que actúan *iuri gestionis*, en atención a los principios de inmunidad de jurisdicción y ejecución. En el arbitraje de inversión, las partes son, por un lado, un inversionista y, por otro, el Estado anfitrión. Ambos interactúan en un foro neutral –CIADI– en el que discuten directamente su diferencia relativa a la inversión efectuada. Como hemos visto en el inicio de este Capítulo, resultaba muy complicado en el pasado que un inversionista foráneo reclamase directamente ante las autoridades estatales del país receptor las controversias producidas como consecuencia de actos desarrollados por dichas autoridades. Sólo podía recurrir ante sus propias autoridades diplomáticas para que éstas, a su vez, llegaran a un acuerdo o llevaran el conocimiento del asunto ante la Corte Internacional de Justicia⁶¹.

El CIADI, a pesar de ser una dependencia del Banco Mundial, es un centro internacional de arbitraje totalmente independiente e imparcial tanto de este organismo multilateral como de las partes involucradas en un arbitraje bajo su administración.

3) En tercer lugar y en relación a las reglas de procedimiento aplicables a uno y otro tipo de arbitraje, debemos destacar que varían sensiblemente entre uno

⁶⁰ CREMADES, B. Y CAIRNS, D.J., «El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores», en *Revista Mexicana de Derecho internacional privado*. Academia Mexicana de Derecho internacional privado y comparado, México, D.F., 2002, p. 62. Los autores citan el caso *Lanco International Inc. v. República Argentina* y el asunto *American Manufacturing & Trading v. República Democrática del Congo*.

⁶¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de Arbitraje...*, cit., pp. 180-181; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El sistema arbitral...*, cit., p. xxxvii.

y otro. En el arbitraje comercial internacional, el procedimiento depende de la voluntad de las partes al seleccionar un arbitraje institucional o uno independiente. En el arbitraje de inversión, depende de la institución seleccionada de las que aparecen en la cláusula de resolución de conflictos entre el Estado y el inversionista, contenida en el convenio multilateral o en el bilateral: CIADI, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC, en siglas inglesas) por mencionar las más conocidas. Si escogen el CIADI, el laudo arbitral resultante podrá ser ejecutado en los Estados contratantes como si fuera una sentencia nacional con carácter de cosa juzgada. Si se escoge otra institución de arbitraje o se selecciona el arbitraje independiente, bajo las reglas de arbitraje de CNUDMI el laudo puede ser reconocido y ejecutado bajo las pautas de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958⁶².

4) En cuarto lugar, un aspecto muy polémico y discutido en el arbitraje tanto comercial como de inversión se refiere a la confidencialidad del procedimiento y del propio laudo arbitral. En el ámbito del arbitraje comercial internacional es considerada la regla de oro por excelencia, salvo que las partes acuerden la publicidad del laudo. En dichos casos y, particularmente, en los arbitrajes comerciales institucionales, algunos Centros de Arbitraje publican extractos de los laudos, omitiendo la identidad de los involucrados, algunas fechas y otros datos relevantes⁶³. En el arbitraje de inversión la publicidad del laudo requiere, igualmente, el acuerdo de las partes. Sin embargo y a diferencia de otras instituciones arbitrales, el CIADI publica la identidad de las partes y los árbitros, el estado del asunto y los laudos arbitrales tanto de jurisdicción como sobre los méritos de cada caso.

En este orden de ideas, con el propósito de promover la legitimidad de los arbitrajes y fomentar el interés del público respecto a ellos –además del interés de

⁶² BLACKABY, N., «El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina», en: *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 1, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, 2004, p. 19.

⁶³ En efecto, la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC publica periódicamente extractos de laudos arbitrales clasificados por materia, tanto en libros como en su propio Boletín. Véase la página web: <http://www.iccbooks.com>. Asimismo, el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (Chile) también publica los extractos de laudos arbitrales por área de conocimiento. Véase la página web oficial de la referida institución arbitral: http://www.camsantiago.cl/sentencias_arbitrales_indice8.htm [Fecha de visita: 03/01/2012].

las partes involucradas-, en fechas recientes el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) de la CNUDMI ha estado desarrollando un conjunto de Normas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y un Estado entablados en el Marco de un Tratado de Inversión⁶⁴. Sin pretender ahondar exhaustivamente este asunto por cuanto escapa del objetivo de nuestra investigación, podemos señalar que dichas Reglas establecen que la información del arbitraje (partes, objeto del problema, al menos) sea comunicada al público antes de la constitución del Tribunal Arbitral. La parte demandada sería la encargada de efectuar dicha publicación en el momento en que haya recibido la notificación de la solicitud del arbitraje, en un archivo público especialmente creado a estos efectos. Posteriormente, en el curso del procedimiento arbitral, las partes y el Tribunal Arbitral pueden acordar los documentos que podrían ser publicados y cuáles no.

Aunque entendemos que el propósito del Grupo de Trabajo es aclarar públicamente cómo funciona este tipo de arbitrajes y dar oportunidad a la presentación de *amicus curiae* –es decir, de opiniones legales sobre el asunto debatido por parte de terceros ajenos al procedimiento arbitral (generalmente, organizaciones sin fines de lucro) a la consideración del Tribunal Arbitral que conoce del caso-, opinamos que la puesta en práctica de estas Reglas trae consigo la resolución de varios asuntos. (A) En primer lugar, si la base de la jurisdicción del Tribunal Arbitral procede de un contrato de inversión, ambas partes pueden acordar –más fácilmente- la aplicación o no de las Reglas de Transparencia. Sin embargo, si el fundamento de jurisdicción es convencional, el propio APPRI o Tratado debe permitir su eventual aplicación. (B) En segundo lugar, la implementación de estas Reglas acarrea un costo adicional a las partes. Se trata, sin duda, de otro aspecto de importancia a considerar, toda vez que el arbitraje de inversión es costoso. (C) En tercer lugar, la preparación y sistematización de la información a publicar requiere de un sistema virtual y físico adaptado a los requerimientos de las Reglas y del propio arbitraje de inversión. De acuerdo al último documento de la agenda del Grupo de Trabajo II (Conciliación y Arbitraje) de la CNUDMI⁶⁵ –a la fecha de redacción de este Trabajo-, se obtuvo la respuesta

⁶⁴ Véase A.A.V.V., «Preparación de una Norma Jurídica sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y un Estado entablados en el marco de un Tratado de Inversión», en CNUDMI, *Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)*. Viena, 3 al 7/10/2011. Disponible en la página web: <http://www.uncitral.org> [Fecha de visita: 03/12/2011].

⁶⁵ Se obtuvo la respuesta de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, el Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, el Instituto Permanente de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte Permanente de Justicia, CIADI y la Corte Internacional de

de varias instituciones de arbitraje a los efectos de preguntarles respecto al costo de implementación del archivo público de arbitrajes.

5) En quinto y último lugar, un aspecto que la doctrina y la práctica han destacado especialmente refiere a la importancia del Derecho Internacional Público en este tipo de arbitrajes y también con relación con el arbitraje comercial transfronterizo. En los arbitrajes de inversión se discute el cumplimiento -o no- de las garantías ofrecidas por los Estados a los inversionistas contenidos en los APPRIS o en los convenios multilaterales (si aplican), tales como: el principio de trato justo o equitativo, la expropiación lícita y la responsabilidad internacional de los Estados. Al mismo tiempo, los tribunales arbitrales que se constituyen encaran la labor de identificar los requisitos básicos de nacionalidad e inversión. Todos estos conceptos son propios de dicha disciplina jurídica que, conjugados con la internacionalidad inherente en las operaciones de inversión, permiten, al mismo tiempo, analizar también varios aspectos de Derecho Internacional Privado (DIPr)⁶⁶.

En el arbitraje comercial internacional, por el contrario, los asuntos ventilados corresponden a aquellas materias patrimoniales disponibles por las partes. Y el ámbito de materias arbitrables se ha ido ampliando en forma paulatina. Al mismo tiempo, significativamente, cada vez con más frecuencia, los Estados o entes de su propiedad también participan como demandantes o como demandados, en atención a los principios de inmunidad de jurisdicción relativa. La acción estatal por la cual pretenda un Estado sustraerse de los efectos de la cláusula arbitral ya firmada se considera contraria a la seguridad del comercio transfronterizo⁶⁷. El Estado actúa, por lo tanto, como un particular más y en tanto

Arbitraje de la ICC. Con ciertas variantes, algunas instituciones mencionadas expusieron una serie de costos para crear y mantener un archivo público online. Véase A.A.V.V., «Solución de controversias comerciales: preparación de una norma jurídica sobre la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado», en: *CNUDMI, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)*. Nueva York, 6 al 10/02/2012. Disponible en la página web: <http://www.uncitral.org> [Fecha de visita: 02/02/2012].

⁶⁶ RUEDA GARCÍA, J.A., *Las medidas cautelares en el arbitraje...*, cit., p. 39; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de Arbitraje...*, cit., pp. 180-181; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El sistema arbitral...*, cit., p. xxxvii.

⁶⁷ SILVA ROMERO, E., «La distinción entre Estado y Administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado», en *Revista Internacional de Arbitraje* No. 1, Legis – Comité Colombiano de Arbitraje – Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2004, p. 159; ESPLUGUES MOTA, C., «Artículo 2. Numeral II «Artículo 2. Numeral II, Arbitraje internacional con intervención de un Estado u organismo estatal» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Aranzadi, Madrid, 2004, pp. 141-145. MANTILLA-SERRANO, E., «El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea», en *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 2. Legis – Comité colombiano de arbitraje

particular está capacitado para someter sus litigios a arbitraje y a que aquellos que se relacionan con él en esta condición puedan igualmente demandarle.

En definitiva podemos afirmar que la protección diplomática que pueda ejercer un Estado con ocasión de algún problema surgido a un nacional en el territorio de otro Estado, coexiste actualmente en el específico sector de las inversiones con otro mecanismo internacional de solución de conflictos: el arbitraje de inversión. Pese a la oposición existente en algunos sectores en relación a este instituto especializado y sus efectos colaterales hacia otras instituciones distintas a la sumisión a la jurisdicción estatal, el arbitraje de inversión constituye hoy día un sector dinámico y creciente por la complejidad de las cuestiones que en él se ventilan. Y hablar de arbitraje de inversiones implica examinar la labor del CIADI, en cuanto institución que bien de forma directa o indirecta marca gran parte de las pautas de desarrollo de estas materias en la realidad práctica.

Como hemos ya apuntado, siendo el CIADI un foro neutral de resolución de conflictos entre Estados receptores e inversionistas, durante los primeros años de su funcionamiento, este centro internacional no gozó prácticamente de actividad alguna. Sin embargo, desde 1997 la realidad es otra. Varios factores han coadyuvado a ello:

1) En primer lugar, la conflictividad generada entre las partes al compás del incremento del comercio internacional y de la inversión, ha determinado un aumento exponencial en el número de casos de arbitrajes de inversión en el seno del CIADI.

2) Junto a ello, en segundo lugar, un aspecto que ha motivado también el incremento a este recurso ha sido la ratificación del CW por parte de más Estados. El CIADI ha devenido una especie de estándar de seguridad y certeza para el fomento de la inversión.

3) En paralelo, se suma, en tercer lugar, la conclusión de cientos de APPRI y la promulgación de legislaciones nacionales especiales que, en conjunto, estipulan el arbitraje de inversión como método de solución de conflictos y eligen al CIADI como institución administradora.

– Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2005, p. 92; YVES FORTIER, L., «Arbitrability of disputes», en *Global reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, Paris, 2005, p. 270.

El aumento de complejos casos de arbitrajes de este tenor junto a la coexistencia de un sistema amplio de fuentes y de orígenes diversos, la resolución de tales conflictos pasa por el examen de las principales soluciones convencionales y nacionales existentes en este sector, particularmente, a través del análisis de cómo interactúan entre sí y de la manera como condicionan la realidad práctica del instituto. Veamos, a continuación, las principales fuentes tanto convencionales como nacionales existentes en materia de promoción y protección de inversiones.

3. EL COMPLEJO SISTEMA DE FUENTES EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SU ARTICULACIÓN

Como hemos afirmado, junto al CW actualmente existe un amplio entramado de convenios multilaterales y APPRI's concluidos en todo el mundo por los más variados Estados, que coexisten con el mencionado CW y con las legislaciones internas especiales en la materia. Esta amplia red de tratados ha generado un sistema de fuentes muy amplio, que destaca al mismo tiempo, por su carácter profundamente fragmentado, tanto en su naturaleza –bilateral o multilateral–, en sus contenidos –unos y otros difieren entre sí–, en sus ámbitos de vigencia o respecto a los países a los que vinculan.

Todos estos instrumentos convencionales y legales tienen como lugar común la promoción del arbitraje de inversión administrado por el CIADI o por otras reconocidas instituciones internacionales como la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Aproximamos, a continuación, este entramado de fuentes, distinguiendo entre tres planos diferenciados aunque muy interconectados: los convenios multilaterales, bilaterales y legislaciones nacionales.

3.1. *Convenios Multilaterales*

Ante la ausencia de un convenio internacional en materia de promoción y protección de inversiones, se han concluido diversos tratados, generalmente de carácter regional, que incluyen soluciones respecto al sistema de resolución de conflictos entre Estados e inversionistas. En el presente apartado nos centraremos

en enumerar los más importantes convenios en esta materia. Se tratan, en concreto, del TCE, el Tratado de la ASEAN, el TLCAN, el CAFTA-Dr y el Protocolo de Buenos Aires, en el ámbito del MERCOSUR.

3.1.1. Tratado de la Carta de la Energía

Nuestro listado de convenios se inicia con el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE - *Energy Charter Treaty*, en inglés), concluido el 17 de diciembre de 1994 y reformado 10 años más tarde, en el 2004⁶⁸. Este instrumento convencional de corte regional tuvo su origen en la Carta Europea de Energía de 1991, que contaba como objetivo principal iniciar la cooperación energética entre los países de Europa y los pertenecientes al antiguo bloque de la Unión Soviética. Actualmente el TCE es un convenio ratificado por 46 Estados, principalmente de Europa Central, Occidental y del Este, así como otros países de la Región Asiática, incluyendo Japón⁶⁹.

El TCE tiene como propósito fomentar la cooperación entre sus Estados partes en el ámbito energético (incluyendo las actividades de exploración, explotación, comercialización y distribución de hidrocarburos). Sus soluciones contemplan el principio de no discriminación, la consideración de los intereses ambientales y la creación de un ambiente propicio para la inversión y el flujo de tecnología.

El Tratado reconoce plenamente la soberanía de los Estados sobre sus recursos energéticos con arreglo al Derecho internacional, sin menoscabar el régimen de propiedad establecido entre las partes contratantes. Asimismo, contempla una pluralidad de mecanismos de resolución de conflictos surgidos entre los Estados e inversionistas de otros Estados parte. En concreto, se trata de los siguientes:

a) En primer lugar, la sumisión a los tribunales de alguno de los Estados contratantes o a cualquier procedimiento de solución de controversias.

⁶⁸ Véase el texto del Tratado de la Carta de Energía, disponible en su página web oficial: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Annex_ID.pdf [Fecha de visita: 30/03/2011].

⁶⁹ Otros países como Australia, Bielorusia, Islandia, Noruega y Rusia lo han suscrito pero aún falta su ratificación. Más información: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_ratification_status.pdf [Fecha de visita: 30/03/2011].

b) En segundo lugar, en línea de igualdad con el anterior, dado que se trata de soluciones alternativas, que no subordinadas, se hace referencia al arbitraje internacional bajo las reglas del CIADI y el CW, si el inversor y el Estado contratante son partes del citado instrumento internacional.

c) Junto a ello, en tercer lugar, el arbitraje internacional ante el CIADI, siguiendo las reglas del Mecanismo Adicional de Aplicación de Procedimientos por la Secretaría del Centro (Mecanismo complementario), si alguna de los contratantes no es parte del CW.

d) Se menciona seguidamente, en cuarto lugar, al arbitraje independiente, bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

e) Por último, el Tratado permite a las partes la selección de un proceso arbitral administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Una vez que el inversor elige que su arbitraje sea institucional (CIADI o el Instituto de Arbitraje de Estocolmo) o independiente (CNUDMI), no puede luego iniciar otro arbitraje en la otra institución o un proceso distinto ante alguna corte judicial de alguno de los países involucrados. Respecto al consentimiento estatal al arbitraje de inversión, el artículo 26 del TCE indica que los Estados, al ratificar este instrumento multilateral, expresan su consentimiento al arbitraje de inversión, con dos excepciones:

a) En primer lugar, cuando el inversionista opta por iniciar un proceso judicial ante un órgano jurisdiccional local antes de dar inicio al arbitraje de inversión;

b) Junto a ello, en segundo, cuando ante una cláusula paraguas, el inversionista opta por otro método de resolución de conflictos no contemplado previamente por el Estado contratante.

3.1.2. Asociación de Naciones del Sudeste Asiático

El segundo instrumento convencional de corte regional corresponde a la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, en siglas inglesas), creado

el 8 de agosto de 1967 y se conformó por Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia, Birmania y Camboya. El objetivo de la Asociación es acelerar el crecimiento económico de sus países miembros para fomentar la paz y la estabilidad regional.

Posteriormente, ratificaron el texto convencional otros países de la Región: Brunei, Vietnam, Mianmar y Camboya. En el marco del ASEAN, fue concluido el Acuerdo para la Promoción y la Protección de Inversiones entre Indonesia, Singapur, Malasia, Filipinas y Tailandia, el 15 de diciembre de 1987. Dicho texto convencional contiene una cláusula de resolución de conflictos entre inversionistas y Estados receptores, que contempla el arbitraje de inversión, administrado por el CIADI⁷⁰.

3.1.3. Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Junto a los dos ejemplos anteriores, en tercer lugar, varios instrumentos convencionales en el continente americano identifican al CIADI como ente administrador del arbitraje de inversión. Nos referimos al Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México (TLCAN), creado el 17 de diciembre de 1992 y su objetivo primordial ha sido la creación de un área de libre

⁷⁰ El artículo 10 del Acuerdo sobre Promoción y Promoción de Inversiones del ASEAN, indica: *“1. Any legal dispute arising directly out of an investment between any Contracting Party and a national or company of any of the other Contracting Parties shall, as far as possible, be settled amicably between the parties to the dispute. 2. If such a dispute cannot thus be settled within six months of its being raised, then either party can elect to submit the dispute for conciliation or arbitration and such election shall be binding on the other party. The dispute may be brought before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the Regional Centre for Arbitration at Kuala Lumpur or any other regional centre for arbitration in ASEAN, whichever body the parties to the dispute mutually agree to appoint for the purposes of conducting the arbitration. 3. In the event that the parties cannot agree within a period of three months on a suitable body for arbitration, an arbitral tribunal consisting of three members shall be formed. The Parties to the dispute shall appoint one member each, and these two members shall then select a national of a third Contracting Party to be the chairman of the tribunal, subject to the approval of the parties to the dispute. The appointment of the members and the chairman shall be made within two months and three months respectively, from the date a decision to form such an arbitral tribunal is made. 4. If the arbitral tribunal is not formed in the periods specified in paragraph 3 above, then either party to the dispute may, in the absence of any other relevant arrangement request the President of the International Court of Justice to make the required appointments. 5. The arbitral tribunal shall reach its decisions by a majority of votes and its decisions shall be binding. The Parties involved in the dispute shall bear the cost of their respective members to the arbitral tribunal and share equally the cost of the chairman and other relevant costs. In all other respects, the arbitral tribunal shall determine its own procedures”*. Texto disponible en su página web oficial <http://www.aseansec.org/> [Fecha de visita: 30/03/2011]

comercio entre los 3 países involucrados⁷¹. Dicho propósito se ha logrado, luego de varios años de su implementación, a través de la eliminación de obstáculos al comercio, la circulación de bienes y servicios, el fomento de competencia leal en la zona, el aumento de la protección a la inversión extranjera y a la propiedad intelectual. El Capítulo XI de dicho Tratado contiene una pluralidad de mecanismos de resolución de conflictos entre los inversores y los Estados receptores. A los concretos medios recogidos procedemos a referirnos varias veces a lo largo de nuestro trabajo.

3.1.4. Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica

En el ámbito regional americano, otro texto convencional de importancia a efectos de la materia objeto de nuestro estudio corresponde al Tratado de Libre Comercio concluido entre Estados Unidos de América, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y República Dominicana (CAFTA-Dr), concluido el 5 de agosto de 2004. Este instrumento convencional tiene como objetivo contribuir con el desarrollo económico de los países involucrados, a través de la integración regional y la expansión del comercio.

Entre sus normas, nos interesa examinar el artículo 10.16⁷² que contiene la cláusula de resolución de conflictos entre los Estados receptores y los

⁷¹ Texto disponible en su página web oficial: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?x=281> [Fecha de visita: 30/03/2010]; AGUILAR ALVAREZ, G. Y PARK, W., “The new face of investment arbitration: Capital Exporters as host States under NAFTA Chapter 11”, en: *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (VAN DEN BERG, A.J., ed.). International Council for Commercial Arbitration, Congress Series, No. 11, London, 2002, pp. 392 y ss.; ALVAREZ, H., “Arbitration under the North American Free Trade Agreement”, en: *International Arbitration in Latin America* (BLACKABY, N., LINDSEY, D. Y SPINILLO, A., eds.). Kluwer International Law, The Netherlands, 2002, pp. 313 y ss.

⁷² El artículo 10.16 del CAFTA-Dr establece: “1. *In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation: (a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim (i) that the respondent has breached (A) an obligation under Section A, (B) an investment authorization, or (C) an investment agreement; and (ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and (b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim (i) that the respondent has breached (A) an obligation under Section A, (B) an investment authorization, or (C) an investment agreement; and (ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.*

2. *At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration (“notice of intent”). The notice shall specify: (a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the*

inversionistas procedentes de otros Estados Contratantes del referido Tratado. Luego de un periodo de 6 meses para que las partes traten de llegar a un acuerdo mediante la negociación o a través de una mediación, de no llegar a un entendimiento el instrumento remite a las partes a dirimir su conflicto en un arbitraje de inversión, administrado por el CIADI, bajo las Reglas de Arbitraje de esta institución internacional, siempre que los Estados involucrados sean Partes Contratantes del CW.

En caso contrario –que sólo uno de los Estados es parte de referido instrumento multilateral- se aplican las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, a las que haremos referencia más adelante. Asimismo, Este Tratado de libre comercio también contempla la posibilidad de que el inversor y el Estado receptor resuelvan sus conflictos a través de un arbitraje independiente, siguiendo las reglas de procedimiento arbitral de CNUDMI.

3.1.5. Mercado Común del Sur

Finalmente, en quinto lugar, no podemos dejar de mencionar el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), constituido entre Argentina, Brasil, Paraguay y

name, address, and place of incorporation of the enterprise; (b) for each claim, the provision of this Agreement, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions; (c) the legal and factual basis for each claim; and (d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.

3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1: (a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedures for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the Party of the claimant are parties to the ICSID Convention; (b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the Party of the claimant is a party to the ICSID Convention; or (c) under the UNCITRAL Arbitration Rules.

4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant's notice of or request for arbitration ("notice of arbitration"): (a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General; (b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General; or (c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules, are received by the respondent. A claim asserted for the first time after such notice of arbitration is submitted shall be deemed submitted to arbitration under this Section on the date of its receipt under the applicable arbitral rules.

5. The arbitration rules applicable under paragraph 3, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by this Agreement.

6. The claimant shall provide with the notice of arbitration: (a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or (b) the claimant's written consent for the Secretary-General to appoint such arbitrator". Texto disponible en: <http://www.ustr.gov/trade.../cafta-dr-dominican-republic-central-america-ft> [Fecha de visita: 25/02/2011].

Uruguay⁷³. Creado en 1991 a través del Tratado de Asunción, fue posteriormente impulsado como unión aduanera en 1994, a través del Protocolo de Ouro Preto. MERCOSUR tiene dos instrumentos importantes en materia de inversión foránea: los Protocolos de Promoción y Protección de Inversiones de Colonia y Buenos Aires en el marco del sistema MERCOSUR (para Estados partes y para Estados no partes, respectivamente)⁷⁴.

Específicamente, el Protocolo de Colonia en su artículo 9 prevé una serie de métodos de resolución de disputas entre Estados e inversores: arbitraje de inversión ante el CIADI o bajo el mecanismo complementario desarrollado por este organismo, los tribunales del Estado receptor o un arbitraje independiente, administrado bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI. Vale destacar que este Protocolo no está aún vigente, toda vez que Brasil no lo ha ratificado.

3.2. Los *APPRI*s

Junto a los diversos convenios multilaterales que cuentan con normas en materia de protección de inversiones, la realidad actual viene marcada por el florecimiento de los APPRI. Ante la inexistencia de un convenio internacional en materia de promoción y protección de inversiones, la necesidad de reglas claras entre inversionistas y Estados ha llevado a casi todos los países que integran la comunidad jurídica internacional a celebrar APPRI. Estos acuerdos son calificados por la doctrina como, "... acuerdos alcanzados por dos Estados soberanos, mediante los cuales logran avenir llevar a cabo un mismo grado de protección tanto para los inversores, nacionales de cualquiera de los Estados, como para la inversión que éstos puedan llevar a cabo en sus respectivos territorios"⁷⁵.

En el año 1959 fue concluido el primer convenio de este tipo entre Alemania y Paquistán⁷⁶. En fechas más recientes, las estadísticas publicadas por la

⁷³ Texto disponible en: <http://www.mercosur.int> [Fecha de visita: 25/02/2011].

⁷⁴ En todo caso, el artículo 9 del Protocolo de Colonia establece el CIADI como institución administradora del arbitraje de inversión, a solicitud del inversor. Véase: <http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro/%20mercosur/mercosurprincipal.htm> [Fecha de visita: 30/03/2010]

⁷⁵ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El sistema arbitral...*, cit., p. 127.

⁷⁶ DIMSEY, M., *The resolution of international investment disputes...*, cit., p. 13.

UNCTAD en el año 2009, revelan la celebración de más de 2.676 APPRIS en todo el mundo, de los cuales 18% corresponde a América del Sur y el Caribe⁷⁷. Su proliferación obedece, desde la perspectiva estatal, a la necesidad de los Estados – y especialmente de los países en desarrollo– de adaptarse y competir adecuadamente en la economía mundial, para promover obras y actividades de envergadura en sus territorios, que demandan una fuerte inyección de capital⁷⁸. Y, desde el punto de vista del inversor, al requerimiento de estándares mínimos de protección a sus inversiones y de ciertas garantías básicas contenidas en estos acuerdos⁷⁹.

Los APPRIS atienden a una serie de circunstancias socioeconómicas de los países involucrados y, generalmente, establecen una serie de normas de tratamiento que ambos deben ofrecer a los inversionistas. Entre ellas destacan:

a) El tratamiento justo y equitativo de su inversión, concediendo un trato no inferior al estándar mínimo impuesto por los APPRIS previamente suscritos o por la normativa interna;

b) El tratamiento estatal no discriminatorio ni arbitrario contra los inversionistas, para no perjudicar el desarrollo de sus actividades en el territorio del Estado receptor de la inversión;

c) El trato nacional conforme al cual una vez otorgado el permiso para operar en dicho Estado, el inversionista foráneo debe recibir el mismo tratamiento que se concede al nacional;

d) El Derecho de trato de nación más favorecida, que consiste en la garantía ofrecida al inversor de un trato no menos favorable que el concedido a los nacionales de otros Estados;

⁷⁷ United Nations Conference on Trade and Development, *Recent developments in International Investment Agreements (2008 – June, 2009)*, IIA Monitor No. 3. United Nations, New York – Geneva, 2009, disponible en: www.unctad.org/iiia Fecha de visita: 14/12/2009].

⁷⁸ MAEKELT, T., «Tratados bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación», en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, ACPS, Serie Eventos No. 18, Caracas, 2005, pp. 327-328 y, MEZGRAVIS, A., «Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI», en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, ACPS, Serie Eventos No. 18, Caracas, 2005, p. 357.

⁷⁹ BLACKABY, N., «El arbitraje según los tratados bilaterales...», *cit.*, p. 89.

e) El Derecho de libre transferencia de las ganancias obtenidas, en divisas convertibles;

f) El Derecho a compensación por las pérdidas sufridas con ocasión de guerras y hechos violatorios al orden público, así como el Derecho a una justa, efectiva y adecuada indemnización por las medidas expropiatorias directas e indirectas realizadas por el Estado receptor de la inversión⁸⁰.

g) Como adelantamos, una de las últimas cláusulas se refiere a la resolución de conflictos entre los inversionistas y el Estado receptor de la inversión. Agotada la vía conciliatoria, la diferencia debe ser llevada ante el CIADI, la Corte de Arbitraje Internacional de la ICC, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, por mencionar algunas de las más importantes instituciones, u optar por el arbitraje independiente, siguiendo las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

Todos estos principios, comunes a casi todos los APPRI, generan –como afirmamos– una enorme red de soluciones que, con la práctica del arbitraje de inversión, ha alcanzado una dimensión muy compleja. A ello se suma que, hoy día, además de los acuerdos bilaterales ya concluidos, varios países han desarrollado Modelos de APPRI como instrumentos de negociación de estos acuerdos con otros Estados⁸¹. Las soluciones contenidas tanto en los APPRI como en estos Modelos que mencionamos son analizadas con mayor detenimiento en los Capítulos II, III y IV de nuestro Trabajo.

3.3. Legislación nacional en materia de promoción y protección de inversiones extranjeras

Junto a las dos realidades anteriores –convenios multilaterales y bilaterales– numerosos Estados han promulgado leyes especiales sobre promoción y protección de inversiones. Dichas legislaciones tienen como objetivo, en su mayoría, incrementar la captación de capital foráneo para la diversificación y el

⁸⁰ MAEKELT, T., «Tratados bilaterales de protección...», *cit.*, pp. 334-340; BLACKABY, N., «El arbitraje según los tratados bilaterales...», *cit.*, pp. 88-90.

⁸¹ Vale destacar que países como Alemania, Canadá, Colombia, Estados Unidos, Francia y Reino Unido han desarrollado su respectivo modelo de APPRI. El texto de cada Modelo está disponible en: <http://www.italaw.com/investmenttreaties.htm> [Fecha de visita: 13/02/2011].

mejoramiento de las condiciones socioeconómicas existentes en cada país, a través del establecimiento de un marco jurídico previsible⁸².

Si bien existen varias legislaciones especiales en esta materia en el mundo, mencionamos como ejemplos ilustrativos de estos instrumentos legales nacionales la Ley egipcia No. 43 (1984)⁸³; el Estatuto de la Inversión Extranjera No. 600 de Chile, modificada por la Ley No. 19.207, del 25 de marzo de 1993⁸⁴; la Ley de Inversión Extranjera de la República Dominicana No. 16-95 del 20 de noviembre de 1995 y su Reglamento No. 214-04, de fecha 11 de marzo de 2004⁸⁵; la LPPI de Venezuela (1999)⁸⁶ y, la reciente Ley para la Promoción y Protección de Inversiones de Honduras (2011)⁸⁷.

En términos generales, estas legislaciones desarrollan principios y garantías en aras de garantizarle al inversionista foráneo condiciones idóneas para que desarrolle su inversión: trato justo y equitativo, el principio de no discriminación, normativa fiscal, libre convertibilidad de divisas y la repatriación de capitales al exterior. Aunque no todas las soluciones de las leyes que hemos enunciado en el párrafo anterior desarrollan este precepto bajo la misma técnica legislativa pero, al menos, la legislación egipcia, la venezolana y la hondureña expresamente consagran varios mecanismos de resolución de conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados receptores⁸⁸.

⁸² HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., «Protección de inversiones en Venezuela», en: *DeCITA 03.2005, Inversiones Extranjeras*, Zavalia, Buenos Aires, 2005, p. 270.

⁸³ El texto de alguno de los artículos de la Ley Egipcia está publicado en el laudo arbitral del asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Egipto*, de fecha 20/05/1992, caso No. ARB/84/3. Documento disponible en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671_En&caseId=C135 y en: <http://pbosnia.kentlaw.edu/resources/legal/albania/forinv.htm> [Fecha de visita: 04/03/2011].

⁸⁴ Texto disponible de la Ley en:

http://www.sice.oas.org/Investment/NatLeg/Chile/ChDc600_s.asp
[Fecha de visita: 04/11/2011]

⁸⁵ Texto disponible en: www.sice.oas.org/investment [Fecha de visita: 04/11/2011]

⁸⁶ Decreto – Ley No. 356, de fecha 03/10/1999, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.390, de fecha 22/10/1999.

⁸⁷ Decreto No. 51-2011, publicado en La Gaceta No. 32.568, de fecha 15/07/2011.

⁸⁸ El artículo 31 de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones hondureña establece: *“Las Disputas que surjan en relación con la aplicación de la presente Ley entre personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras titulares de una inversión y el Estado serán resueltas en la medida de lo posible mediante negociación y, en su defecto conciliación. Cuando no se logre un acuerdo a través los medios de negociación y conciliación, los inversionistas extranjeros cuya nacionalidad corresponda a un Estado que hubiere suscrito y ratificado el convenio constitutivo del CLADI o que se hubiere adherido al mismo con posterioridad, podrán recurrir a uno de los siguientes mecanismos de solución de conflictos: a. Arbitraje Internacional ante el Centro Internacional*

Esta circunstancia fue contemplada por los redactores del CW, al anticipar que estos instrumentos legales de carácter interno constituían una forma de expresión del consentimiento estatal para someter sus diferencias al arbitraje de inversión⁸⁹. En tal sentido, y como analizamos más adelante en relación con las dos leyes mencionadas de Egipto y de Venezuela, la referencia en estos instrumentos legales al CW y al CIADI ha supuesto, en la práctica, una gran controversia ante la dificultad de determinar el consentimiento estatal al arbitraje de inversión por la ambigua redacción que muestran sus textos. Dependiendo de cómo se interprete, podría llevar al operador jurídico a afirmar la existencia de una oferta abierta del Estado a este mecanismo especializado de resolución de conflictos o, en caso contrario, negarla⁹⁰.

3.4. A modo de valoración final

De lo expresado hasta el momento emana que contamos, en definitiva, con un sistema de fuentes que, en materia de promoción y protección de inversiones, recogen no siempre de manera única pero habitualmente sí

de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) de conformidad con su convenio constitutivo y sus reglas internas. b. Arbitraje nacional o internacional ante uno de los Centros de Conciliación y Arbitraje Nacionales, c. La Justicia Ordinaria. Los inversionistas de países que no sean parte del Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en aquellos casos en que no se hubiese logrado un acuerdo a través de los medios de negociación y conciliación, podrán recurrir a uno de los siguientes mecanismos de solución de conflictos: a. Arbitraje Internacional haciendo uso del mecanismo complementario del CIADI; b. Arbitraje nacional o internacional ante uno de los Centros de Conciliación y Arbitraje Nacionales y, c. La Justicia Ordinaria. Los inversionistas de países que no sean parte del Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en aquellos casos en que no se hubiese logrado un acuerdo a través de los medios de negociación y conciliación, podrán recurrir a uno de los siguientes mecanismos de solución de conflictos: a. Arbitraje Internacional haciendo uso del mecanismo complementario del CIADI; b. Arbitraje nacional o internacional ante uno de los Centros de Conciliación y Arbitraje Nacionales y, c. La Justicia Ordinaria. Una vez incoada la acción utilizando cualquiera de las opciones establecidas en los párrafos anteriores, no se podrá cambiar el mecanismo escogido si no es de común acuerdo entre el Inversionista y el Estado. Cuando el arbitraje fuere nacional, se entenderá que las solicitudes sometidas ante un centro específico obligan a las partes a sujetarse a las normas y reglas del mismo”.

⁸⁹ El texto del Informe de los Directores, respecto a este aparte en su sección 24, indica: “Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta...”.

⁹⁰ Al respecto, Rodríguez Jiménez ha señalado que: “... una cosa es que la mera inclusión en la legislación equivalga a la expresión de consentimiento y, otra de signo diferente es el hecho de que el Estado en su potestad soberana pueda hacer que esta oferta inicial esté condicionada a un posterior consentimiento”. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El sistema arbitral...*, cit., p. 150

privilegiada como método de solución de conflictos entre Estados e inversionistas al arbitraje de inversión. Ante la ausencia de un instrumento convencional de carácter internacional que unifique todas las garantías y los principios en pro de la protección de la inversión foránea, destaca la actual existencia, junto al CW, de un conjunto de convenios de corte regional (ASEAN, MERCOSUR, TLCAN Y CAFTA-Dr) y una enorme red de APPRI que incorporan una serie de soluciones en materia de inversión foránea. A este complejo entramado se suma una serie de legislaciones de carácter nacional cuyo objetivo consiste en brindar al inversionista un orden jurídico previsible.

De este conjunto de fuentes se deriva que, una vez planteada la controversia, el operador jurídico se enfrenta –de partida– a este prisma de fuentes de todo tipo. Su labor consiste en ir analizando cuáles de ellas serían las aplicables al supuesto de hecho en concreto y, especialmente, respecto a la jurisdicción del CIADI (si ésta resulta la institución elegida para administrar el arbitraje) y al Derecho aplicable a los méritos del asunto.

4. LAS BASES DEL CIADI Y SU JURISDICCIÓN

El CW tiene como propósito fundamental facilitar la inversión privada internacional a través de la creación de un clima favorable a ésta⁹¹. Con este objetivo cardinal, tal como nos referimos en líneas anteriores, este instrumento convencional creó el CIADI, institución internacional que se ha convertido en el más importante foro neutral de resolución de conflictos relativos a la inversión foránea suscitados entre Estados anfitriones e inversionistas extranjeros.

En este aparte pretendemos siguiendo la lógica que acompañan a las partes en un litigio cuando se plantean acudir al arbitraje para su resolución, aproximar dos aspectos esenciales del modelo CIADI:

a) En primer lugar, la problemática de la jurisdicción del CIADI. En tal sentido, procederemos a analizar el artículo 25 del citado convenio internacional que contiene las normas para la determinación de la jurisdicción del CIADI. El texto de la disposición convencional señala:

⁹¹ SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, cit., p. 4.

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

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista

en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

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

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

Como veremos, el artículo refiere que las partes tengan nacionalidades distintas para el momento del inicio de la disputa y que ambas hayan prestado el debido consentimiento de someterse al arbitraje de inversión administrado por este centro internacional de arbitraje. Junto a esos requerimientos, también el artículo 25 CW exige que la controversia a ser resuelta constituya un problema legal que haya surgido directamente de una inversión.

b) Seguidamente, en segundo lugar, realizaremos un examen sucinto de ciertos aspectos procesales y de Derecho aplicable al mérito del asunto en un arbitraje de inversión administrado por el CIADI. Nos referimos básicamente a las normas del CW aplicables a ambos temas, así como las reglas que, en esta materia, también ha desarrollado el CIADI en dos supuestos. El primero, cuando el Estado receptor y el Estado nacional del inversionista foráneo son parte del CW y, el segundo, cuando alguna de las partes procede de un Estado no contratante del referido convenio multilateral (denominado Mecanismo Complementario).

4.1. Competencia

El primer aspecto que analizan tanto las partes como el Tribunal Arbitral en un arbitraje de inversión, administrado por el CIADI, se refiere a su jurisdicción⁹². En particular, a la cuestión de si se cumplen los requisitos contenidos en el artículo 25 del CW. Tal como enunciamos en el encabezado de este apartado, la norma indica que la jurisdicción del CIADI se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, entre un Estado parte del citado convenio y el nacional de otro Estado parte, siempre que las partes hayan consentido su sumisión al Centro.

La doctrina ha considerado que la solución expuesta en el artículo puede resumirse en la concurrencia de dos requisitos: por un lado, la competencia del CIADI en razón al consentimiento y la nacionalidad de las partes (competencia *rationae personae*) y, por otro, en razón a la naturaleza jurídica de la pretensión sometida a arbitraje (competencia *rationae materiae*)⁹³. Así, por este orden, vamos a desarrollar las soluciones convencionales y nacionales existentes en relación con ambas cuestiones.

4.1.1. Competencia *ratione personae*: Consentimiento de las partes de someterse a arbitraje y el requisito de nacionalidad

Dos son los requisitos esenciales que recoge el artículo 25 CW a la hora de fijar la competencia *rationae personae* del CIADI: la existencia de consentimiento de las partes y ciertos requerimientos de nacionalidad. Con relación al primero, el

⁹² Debemos aclarar que cierto sector doctrinal, encabezado por Rodríguez Jiménez, plantea la diferenciación entre la *jurisdicción* del CIADI y la *competencia* de cada Tribunal Arbitral que se constituye. Considera la autora que la jurisdicción del Centro está determinada por el cumplimiento de los requisitos del artículo 25 CW, al delimitar el marco de las actividades de este centro internacional de arbitraje. En tanto que la competencia del Tribunal Arbitral corresponde a la “materialización” de las actividades del CIADI a través del panel de árbitros. Si bien comprendemos la distinción terminológica y compartimos su opinión, en la práctica tal diferenciación no resulta siempre tan clara, toda vez que, como veremos a lo largo de todo este apartado, los Tribunales Arbitrales emplean mayormente el vocablo “jurisdicción”, como la facultad para conocer y decidir el asunto planteado en atención al cumplimiento de los requisitos del citado artículo 25 CW. Véase RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El sistema arbitral...*, *cit.*, pp. 4-6 y SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, *cit.*, p. 86.

⁹³ ÁLVAREZ ÁVILA, G., «Las características del arbitraje del CIADI», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II, México, 2002, p. 211.

arbitraje de inversión, al igual que el arbitraje comercial, parte de una piedra angular: el consentimiento de las partes. De acuerdo al artículo 25 CW, se requiere que los participantes dejen constancia de su voluntad de someterse a él, en el momento de la presentación de la solicitud de arbitraje⁹⁴.

Ahora bien, conviene destacar que este consentimiento –al menos la forma de su constatación– varía respecto de otras figuras arbitrales. De esta suerte, en el arbitraje de inversiones, el convenio arbitral no requiere necesariamente del simultáneo intercambio de promesas. A diferencia del arbitraje comercial internacional –donde el consentimiento de las partes resulta plasmada la elección de este mecanismo de resolución de conflictos en una cláusula arbitral en un contrato o en un documento separado–, en el arbitraje de inversión el consentimiento puede manifestarse a través de varias formas, igualmente válidas: convencional, legislativa y contractual⁹⁵. Esto es, a través de la remisión mediante un APPRI, por mandato de la ley interna o con base a lo que expresamente señala un contrato.

Junto a lo anterior, el CW agrega otro requisito imprescindible a los efectos de la determinación de la jurisdicción del CIADI. Tal requerimiento consiste en que las partes involucradas en la controversia tengan nacionalidades diferentes, para el momento en que decidieron someter la diferencia a arbitraje.

4.1.1.1. Consentimiento

La manifestación del consentimiento de las partes en este tipo de arbitraje se desarrolla en tiempos distintos. Para los Estados receptores, la expresión de su anuencia a este mecanismo de resolución de conflictos corresponde a tres potenciales momentos:

a) En primer lugar, al momento de que el Estado concluye un acuerdo multilateral o un APPRI;

⁹⁴ ÁLVAREZ ÁVILA, G., «Las características del arbitraje...», *cit.*, p. 211.

⁹⁵ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., «¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los Tribunales Arbitrales CIADI», en *Estudios sobre Contratación Internacional* (CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., DIRS.). Colex, Madrid, 2006, p. 575.

b) En segundo lugar, al momento en que promulga una ley especial en materia de promoción y protección e inversiones, donde acuerde el arbitraje de inversión; y,

c) Por último, en tercer lugar, al instante en que el Estado suscribe con el inversionista una cláusula arbitral en el contrato de inversión.

Por su parte, el consentimiento del inversor a someter los litigios que surjan en relación con su inversión a arbitraje de inversión, valga la redundancia, se manifiesta:

a) En la cláusula arbitral que firme con su par (Estado receptor de la inversión) inserta en el contrato de inversión y,

b) Mediante una carta en la cual acepte la oferta presentada por el Estado o en el momento en que éste inicie el procedimiento arbitral, con el registro de la correspondiente Solicitud de Arbitraje, de acuerdo a la solución contenida legislación nacional o en el APPRI que aplique como fuente al caso concreto⁹⁶.

Como vemos, la manifestación del consentimiento de las partes es susceptible de verse plasmado en momentos diferentes y a través de distintas opciones, todas igualmente válidas y sin orden de jerarquía. A la hora de proceder a su análisis, y sin restar mérito al análisis del consentimiento del inversionista - que acepta la oferta del Estado cuando inicia un arbitraje de inversión en su contra-, el examen del consentimiento estatal incorpora un grado adicional de complejidad en cuanto plantea al operador jurídico la labor de examinar cuidadosamente la fuente de origen de dicha anuencia: convencional, nacional o contractual. Esta tarea, tal como lo analizamos seguidamente, no siempre resulta sencilla, especialmente en aquellos supuestos en que la voluntad estatal no es expresada con claridad.

⁹⁶ MEZGRAVIS, A., «Las inversiones petroleras en Venezuela...», *cit.*, p. 395; CREMADES, B. Y CAIROS, B.J., «El arbitraje...», *cit.*, p. 62; A.A.V.V., «Informe de los Directores Ejecutivos acerca...», *cit.*, p. 44. DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, *cit.*, pp. 221-222.

4.1.1.1.1. Consentimiento en sede convencional

Al analizar las fuentes convencionales en materia de arbitraje de inversión, comprobamos que diversos convenios multilaterales y, prácticamente, la mayoría de los APPRIs contemplan al CIADI como ente administrador del arbitraje de inversión⁹⁷. Casi todos estos convenios incluyen una primera fase conciliadora, en la cual se desarrollan negociaciones directas entre las partes, por un lapso que varía entre 3 y 6 meses⁹⁸. De no lograr un acuerdo durante ese periodo denominado «*cooling off*», una de ellas puede iniciar el procedimiento arbitral.

La doctrina afirma que la manifestación del consentimiento de los Estados por vía convencional al arbitraje de inversión se efectúa al suscribir y ratificar un tratado multilateral o un acuerdo bilateral en la materia. De esta forma, al concluirlo, también están efectuando una oferta abierta a los inversionistas de otros Estados de acudir a este mecanismo para dirimir una eventual disputa⁹⁹.

Para el caso de los inversores foráneos, la expresión del consentimiento al arbitraje se manifiesta a través del registro de su demanda de arbitraje ante la institución arbitral indicada en la cláusula del texto convencional. Tanto el TCE, el Protocolo de Colonia en el marco del MERCOSUR, así como numerosos APPRIs contienen cláusulas de elección de vías, es decir, el inversionista puede elegir, de la gama de posibilidades que ofrece la cláusula de resolución de conflictos entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, aquel mecanismo que considere más oportuno y viable. Este tipo de cláusula impide la acumulación de dos métodos de solución de conflictos y evita la inseguridad jurídica de tener, eventualmente, dos decisiones (arbitral y judicial) contradictorias¹⁰⁰.

⁹⁷ CREMADES, B, «Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XXIII, Madrid, 2007, p. 16.

⁹⁸ BLACKABY, N., «El arbitraje según los tratados bilaterales...», *cit.*, p. 26.

⁹⁹ CREMADES, B. Y CAIROS, B.J., «El arbitraje...», *cit.*, p. 62. Los autores citan los laudos *Lanco International Inc. Vs. The Argentine Republic* (Decisión preliminar sobre jurisdicción – Caso ARB/97/6) y *American Manufacturing & Trading Vs. Republic of Zaire* (Caso ARB/93/1).

¹⁰⁰ MAEKELT, T., «Tratados bilaterales de protección...», *cit.*, p. 340; TEJERA PÉREZ, V., «La norma *electa una via, non datur recursus ad alteram* en el marco jurídico venezolano de protección y promoción de inversiones», en *Revista de Derecho* No. 23, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2006, pp. 363-367.

En la práctica, cada Tribunal Arbitral analiza cuidadosamente la redacción de la cláusula arbitral del APPRI, como base del consentimiento estatal. Dependiendo de cómo esté redactado dicho acuerdo y de las circunstancias de cada caso en concreto, el panel de árbitros identifica si el Estado receptor hizo una oferta abierta al arbitraje de inversión sin más o, por el contrario, impone ciertas restricciones como el cumplimiento de algún requerimiento previo o restringe las materias objeto del arbitraje¹⁰¹. Veamos dos ejemplos al respecto que ponen de manifiesto los matices, y también las dificultades, que rodean a estas situaciones.

1) Respecto al eventual cumplimiento de requisitos previos antes del inicio de un arbitraje de inversión, en particular, sobre el agotamiento de recursos contemplados en el Estado receptor de la inversión, el asunto *Emilio Agustín Maffezini v. España* (2000) resulta ilustrativo¹⁰². El caso versaba sobre el reclamo efectuado por un ciudadano de origen argentino contra el Reino de España por una información no válida y conforme a la cual realizó una inversión en la región de Galicia. La parte demandada opuso la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral toda vez que el inversor no había agotado los recursos contemplados por la legislación española. El Tribunal Arbitral rechazó este argumento por cuanto España, al suscribir y ratificar el APPRI con Argentina, no hizo reserva alguna sobre ese aspecto. Y, si bien no agotó los recursos internos que le concedía la legislación española, el APPRI permitía al inversor iniciar igualmente el arbitraje¹⁰³.

2) Con relación al contenido del consentimiento estatal expresado en el APPRI, resulta especialmente interesante el caso *Ynceysa Vallisoletana, S.L. v. El Salvador* (2006)¹⁰⁴. El Tribunal Arbitral declinó su jurisdicción por considerar que el consentimiento estatal expresado en el APPRI fue limitado, toda vez que el

¹⁰¹ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, *cit.*, p. 223.

¹⁰² *Emilio Maffezini v. España*. Caso No. ARB/97/7, Laudo sobre jurisdicción de fecha 25/01/2000. Su texto original está disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 18/04/2010]

¹⁰³ *Emilio Maffezini v. España...*, *cit.*, párrafos 21 al 37.

¹⁰⁴ *Ynceysa Vallisoletana L.S. vs. El Salvador*. Caso No. ARB/03/6, Laudo arbitral de fecha 02/08/2006, párrafos 147, 168, 173, 175, 177, 188, 207, 251 y 263. Su texto original está disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 20/04/2010]. Véase también: NEWCOMBE, A., “The obligation of arbitrate fairly and in good faith in investment treaty arbitration”, en: *Kluwer Arbitration Blog*, 19/04/2010, disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/04/19/the-obligation-to-arbitrate-fairly-and-in-good-faith-in-investment-treaty-arbitration/> [Fecha de visita: 20/04/2010].

Estado salvadoreño sólo admite este mecanismo de solución de conflictos cuando la inversión realizada sea legal.

La sociedad demandante, constituida en España, exigía a la República de El Salvador una indemnización ocasionada por la ejecución de medidas equivalentes a una expropiación. Argumentaba, como base del consentimiento estatal, el APPRI celebrado entre ambos países, así como la Ley de Inversión salvadoreña (particularmente el artículo 15, que remite al CIADI la resolución de controversias). El Salvador, por su parte, alegó que las actividades realizadas por la sociedad española eran contrarias a la legislación local, toda vez que la inversión fue ejecutada a través de fraudes, falsificación de documentos y actos de corrupción.

El Tribunal Arbitral indicó que su jurisdicción depende del consentimiento de las partes y, muy especialmente, del elenco de materias comprendidas en el marco de dicho consentimiento. En su estudio, desarrolló un test de identificación del ámbito de aplicación material del consentimiento. Así, apuntó que:

- a) En primer lugar, el árbitro debe analizar la ausencia de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción por las partes contratantes;
- b) Luego, en segundo lugar, ha de identificar la buena fe de ambas, y
- c) Finalmente debe interpretar los argumentos planteados sobre la base del principio de la buena fe.

Tras varias deliberaciones, el Tribunal consideró que la parte demandante no había efectuado actividades lícitas o de buena fe. Todo lo contrario; las inversiones fueron hechas en contravención de las normas jurídicas salvadoreñas, lo que escapaba totalmente de las materias incluidas dentro del consentimiento al arbitraje de inversión por el Estado salvadoreño en el APPRI ni, mucho menos, en su legislación local en materia de inversión. Por lo que consideró que carecía de jurisdicción para conocer y decidir el asunto.

Atendidos estos dos ejemplos podemos afirmar, en definitiva, que el consentimiento estatal por vía convencional en algunos casos resulta una tarea sencilla de verificar: básicamente, cuando la redacción de la cláusula contenida en

el APPRI o en el convenio regional es clara. Sin embargo, siendo la premisa aparentemente sencilla y nítida, la realidad es mucho más compleja de lo que a primera vista pueda parecer. Los dos ejemplos apuntados son reflejo de ello y, fuerzan al operador jurídico a tomar en cuenta en cada caso en concreto todos los elementos del específico litigio, toda vez que ciertos problemas de interpretación pueden ocurrir cuando, como sucedió con el asunto *Maffezini*, se debe dilucidar si el inversionista debió o no agotar los recursos que concede la legislación del Estado receptor o, tal como vimos en el caso *Ynseya*, el Estado restringe las materias por las cuales manifiesta su consentimiento de acudir al arbitraje de inversión. Al final, todo depende de la interpretación del tratado y de las circunstancias planteadas en el supuesto. Resulta, pues, imprescindible un “*case by case approach*”.

4.1.1.1.2. Consentimiento en sede nacional

Como se ha apuntado anteriormente, una segunda forma de manifestar el consentimiento de los Estados al arbitraje de inversión es a través de la promulgación de la oportuna legislación nacional que, con el objetivo de captar capital foráneo en sus mercados, ofrece como garantía al inversionista este mecanismo de solución de conflictos¹⁰⁵. En la práctica, la interpretación de las soluciones contenidas en estas leyes internas ha dado lugar a muchas controversias sobre la existencia o no de la oferta unilateral y abierta de los Estados al arbitraje de inversión.

En este orden de ideas podemos diferenciar entre aquellas legislaciones que inequívocamente identifican al arbitraje de inversión administrado por el CIADI, como método de solución de conflictos; y de las que, por el contrario, contienen referencias ambiguas que dan lugar a no pocas interpretaciones. Los problemas se presentan, básicamente, con relación a este segundo grupo de legislaciones, toda vez que, como señalamos, en ellas no queda claro el consentimiento estatal al arbitraje de inversión.

Conviene que analicemos ambos casos. En tal sentido, a continuación relatamos con casos prácticos ciertas legislaciones nacionales que incorporan una expresa referencia al arbitraje de inversiones como medio de resolución de

¹⁰⁵ SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, *cit.*, p. 196.

controversias de este tipo, junto a otros supuestos normativos en los que se presenta una invitación y otros que mantienen silencio.

A) Primer supuesto normativo: Oferta abierta al arbitraje de inversión

A modo de ejemplo paradigmático de la primera categoría, uno de los instrumentos legales que expresamente contiene una oferta abierta del Estado al arbitraje de inversión, viene constituido por la Ley de Albania sobre Inversión Extranjera de 1993¹⁰⁶. Su artículo 8 abre la posibilidad al inversor foráneo de iniciar este procedimiento arbitral ante el CIADI. Esta legislación fue específicamente analizada en el asunto *Tradex v. Albania* (1996)¹⁰⁷.

En este caso el Tribunal Arbitral tuvo que analizar cuidadosamente si podría asumir o no jurisdicción para conocer de una eventual expropiación por parte de las autoridades albanas de un proyecto agrícola emprendido por un *joint venture* entre una sociedad estatal albana y unos inversionistas griegos. Los demandantes argumentaban que las medidas tomadas por las autoridades del Estado receptor hacían inviable la operación de la empresa conjunta, por lo cual exigían el pago de la inversión realizada, los intereses, así como los costos y costas del arbitraje.

Unos años antes, Albania emprendió una serie de reformas legislativas con el propósito de atraer inversión foránea: promulgó la Ley de Inversión No. 7406 del 31 de julio de 1990; posteriormente, la Ley No. 7512 del 10 de agosto de 1991; la Ley No. 7496 del 4 de agosto de 1992 y, luego, la Ley No. 7764 de 2 de noviembre de 1993 que entró en vigencia el 1 de enero de 1994. Además, celebró un APPRI con Grecia en 1994, que entró en vigor el 4 de enero de 1995.

¹⁰⁶ Ley de Inversión Extranjera de Albania No. 7.764, de fecha 02/11/1993.

¹⁰⁷ *Tradex Hellas, S.A. v. Albania*, Caso ARB/94/2, Laudo arbitral parcial sobre jurisdicción dictado el día 24/12/1996. Su texto original está disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 15/04/2010]. Véase también: SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, *cit.*, p. 197.

El Tribunal Arbitral determinó que sí tenía jurisdicción toda vez que la Ley de 1993 contiene el consentimiento del Estado albanés de ser sometido a un proceso arbitral ante el CIADI:

“... *Starting with Art. 25 of the ICSID Convention, the Tribunal notes, that, although consent by written agreement is the usual method of submission to ICSID jurisdiction, it can now be considered as established and not requiring further reasoning that such consent can also be effected unilaterally by a Contracting State in its national laws the consent becoming effective at the latest if and when the foreign investor files its claim with ICSID making use of the respective national law. Therefore, the 1993 Law together with the Tradex’s Request for Arbitration must be considered as sufficient consent*”¹⁰⁸.

B) Segundo supuesto normativo: Ambigua oferta al arbitraje de inversión

Junto al primer supuesto de carácter legislativo que expresamente indica la oferta estatal al arbitraje de inversión, existen otras legislaciones nacionales que también convienen este mecanismo de resolución de conflictos entre Estados e inversionistas pero en una forma ambigua. Ello obedece a que la redacción del texto de la norma es confusa y, por ende, las interpretaciones que pueda darle el operador jurídico a ésta pueden resultar contradictorias. Citamos a modo ilustrativo dos casos. El primero refiere a la Ley de Inversión Extranjera de Egipto de 1984 y, el segundo, a la LPPI de Venezuela de 1999.

a) Respecto al primer ejemplo de legislación nacional que no indica con claridad el consentimiento estatal al arbitraje de inversión, es decir, la Ley de Inversión Extranjera de Egipto, resulta muy ilustrativo el asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Egipto* (1992)¹⁰⁹. En este caso, los inversionistas reclamaban la expropiación de sus proyectos turísticos, previamente aprobados por las autoridades egipcias competentes, en un área cercana a las Pirámides de Giza. Tal expropiación fue producto de la entrada en vigencia de la Convención de UNESCO sobre la protección de bienes culturales y patrimonio natural (1975), ratificada por Egipto.

El artículo 8 de la Ley egipcia señala:

¹⁰⁸ *Tradex Hellas v. Albania...*, *cit.*, pp. 186-187.

¹⁰⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Egipto*, Caso No. ARB/84/3, Laudo arbitral dictado el día 20/05/1992, párrafos 15 y ss. Su texto original está disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 04/04/2010].

“Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the Framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor’s home country, or within the Framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of Law No. 90 of 1971, where such Convention applies”¹¹⁰.

La República egipcia argumentó que, si bien se contemplaron varias formas de resolución de conflictos Estado–inversionista, la norma no establece un reconocimiento automático a la jurisdicción del CIADI, toda vez que ambas partes debían acordar someterse, en forma expresa, al arbitraje de inversión en un documento separado. El Tribunal Arbitral determinó que, pese a la ambigua redacción de la legislación, Egipto sí había consentido el arbitraje de conformidad con los términos del artículo 25.1 del Convenio de Washington¹¹¹. Y, por tanto, declaró que tenía jurisdicción para decidir la controversia.

b) Ahora bien, el segundo ejemplo de legislaciones que contienen una confusa oferta al arbitraje de inversión por parte del Estado receptor corresponde a la LPPI de Venezuela. Debido a la trascendencia que, en la práctica, ha tenido ésta última, dedicamos, a continuación, un apartado especial para examinarla junto a algunos laudos arbitrales de reciente data.

B.1) La LPPI de Venezuela: ¿Oferta abierta o no?

A pesar de la reciente denuncia del CW por parte de Venezuela, la LPPI venezolana podría, en principio, corresponder a la categoría de legislaciones que, en materia de promoción y protección de inversiones, indican como medio de resolución de conflictos el arbitraje de inversión. Pero, al mismo tiempo, dado que el consentimiento estatal no es automático, requiere de una nueva acción del Estado receptor para establecerlo¹¹². El artículo 22 LPPI es, precisamente, uno de los casos más emblemáticos por este carácter y su ambigüedad. El texto del referido artículo indica:

¹¹⁰ *SPP v. Egipto...*, *cit.*, párrafo 70.

¹¹¹ SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, *cit.*, p. 252.

¹¹² DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, *cit.*, p. 242.

“Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI – MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente”.

El artículo en referencia contiene tres premisas:

1) En primer lugar, el conflicto suscitado entre la República y un inversionista foráneo cuyo país haya suscrito un APPRI, será sometido a arbitraje conforme a la cláusula en él establecida;

2) Junto a ello, si en la controversia aplica el OMGI-MIGA, ésta debe resolverse conforme a los términos de resolución de conflictos contenidos en dicho Convenio; y,

3) Por último, si además aplicable el Convenio de Washington dado que ambas partes pertenecen a Estados parte del Tratado, la disputa será resuelta ante el CIADI.

Podríamos considerar, en atención al oscuro tenor del artículo que cabrían dos interpretaciones potenciales del mismo: la primera, que sí establece el consentimiento expreso del Estado venezolano de someterse al arbitraje de inversiones; y, la segunda: que sólo podría estar involucrado en un arbitraje de inversión si así lo establece el acuerdo multilateral o bilateral que la República haya ratificado¹¹³. Su redacción deja lugar a muchas dudas, por lo que la doctrina ha advertido sobre los riesgos de su interpretación¹¹⁴. La práctica parece haberles dado la razón.

En este orden de ideas, con el propósito de aclarar el espíritu y razón de la legislación en estudio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de

¹¹³ ESIS VILLARROEL, I. y HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., «Venezuela...», *cit.*, p. 742.

¹¹⁴ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, *cit.*, pp. 232-233. Véase también SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, *cit.*, p. 363.

Venezuela (TSJ) conoció de una solicitud de interpretación del artículo 258 constitucional (que incorpora expresamente a los medios alternos de resolución de conflictos como parte del sistema de justicia del país) y del mencionado artículo 22 LPPI.

En su decisión de fecha 17 de octubre de 2008¹¹⁵, la Sala Constitucional del TSJ señaló que el apuntado artículo 258 del texto constitucional contiene el deber de legislador y del operador judicial de promover el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos, así como de adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de los mismos. Ahora bien, en lo que respecta al arbitraje de inversión reconoce que el consentimiento del Estado venezolano de someterse a arbitraje puede estar contenido en una cláusula arbitral, a través de un APPRI o, incluso, de una legislación nacional.

Pero, luego de esgrimir esa premisa, al referirse al artículo 22 LPPI, la Sala consideró que éste no establece una oferta unilateral general de consentimiento al arbitraje internacional, sino que remite al contenido de los Tratados para determinar, caso a caso, la procedencia del arbitraje y el consentimiento estatal. La interpretación judicial del artículo resulta restringida:

“En caso de no existir dicho instrumento, es necesario que la declaración de voluntad del Estado conste por escrito de forma expresa e inequívoca en un contrato mediante la inclusión de una cláusula arbitral o a través de una declaración válidamente otorgada por la autoridad competente; habrá de buscarse si existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna disposición legislativa que someta a arbitraje determinadas materias o relaciones contractuales, sin que sirva en ningún caso como fundamento el contenido del mencionado artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones (...), toda vez que su naturaleza es la de una norma enunciativa, que regula los términos en base a los cuales el Estado puede someter las controversias relativas al objeto de la mencionada ley al sistema de arbitraje internacional”.

Esta interpretación judicial abrió una larga controversia sobre si hay o no, efectivamente, consentimiento expreso de Venezuela al arbitraje de inversión. También se discutieron los efectos que tendría esta sentencia judicial más allá de

¹¹⁵ Recurso de Interpretación del único aparte del Artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia de fecha 17/10/2008, Exp. No. 08-0763. Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño. Texto disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.htm> [Fecha de visita: 20/03/2011].

nuestras fronteras y, especialmente, para los tribunales arbitrales internacionales cuando realicen el examen de su propia competencia¹¹⁶.

En los recientes procedimientos arbitrales contra Venezuela, producto del reclamo de inversionistas por la expropiación de sus intereses en varios sectores económicos por parte de las autoridades gubernamentales, se han dictado laudos sobre jurisdicción muy interesantes al respecto. Como veremos, los dos laudos que citamos a continuación tienen, como lugar común, afirmar la jurisdicción de cada Tribunal Arbitral, descartando la interpretación judicial realizada al artículo 22 LPPI.

1) Nos referimos, en primer lugar, al muy conocido caso *Mobil y otros v. Venezuela* (2010)¹¹⁷. Las sociedades demandantes reclamaban a Venezuela la expropiación de sus inversiones en el área petrolífera del Río Orinoco¹¹⁸. La

¹¹⁶ En este sentido la doctrina se decanta en dos grandes grupos. A favor de quienes consideran que la sentencia no tiene efectos vinculantes para Tribunales Arbitrales extranjeros, ver MEZGRAVIS, A., “El consentimiento en el arbitraje del CIADI”, en: *El Arbitraje de inversión en el Derecho comparado*. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Caracas, 2009. Su presentación está disponible en la página web:

http://www.venamcham.org/demo/eventos/cedca_arbitraje_inversion_2009/arbitraje_de_%20inversion.htm. En contra, ver WEININGER, B., “El Estado y la posible oferta unilateral al arbitraje”, *El Arbitraje de inversión en el Derecho comparado*. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Caracas, 2009. Su presentación está disponible en la página web: http://www.venamcham.org/demo/eventos/cedca_arbitraje_inversion_2009/presentacion/Bernardo_Weininger_el_estado_posible_oferta_unilateral.ppt#256,1, El Estado y la Posible Oferta Unilateral de Arbitraje [Fecha de visita: 18/04/2010]

¹¹⁷ *Mobil Corporation Venezuela Holdings B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holding, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Venezuela*, Caso No. ARB/07/27, Laudo sobre jurisdicción de fecha 10/06/2010. Texto disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 15/06/2010].

¹¹⁸ El problema se inició cuando, en el marco de la vigencia de la Ley Habilitante (que autorizó al Presidente de la República a dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan, entre ellas, las energéticas), el Ejecutivo Nacional dictó normas relativas a hidrocarburos para adecuarlas *en armonía con el principio de plena soberanía de los recursos naturales*. Muy particularmente, esta Ley le permitió al Ejecutivo promulgar leyes normativas habilitaron al Estado asumir directamente o por medio de entes de su propiedad, el control de las actividades realizadas por las asociaciones que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, incluyendo los convenios de asociación, para regularizar y ajustar sus actividades dentro del nuevo marco legal vigente. Es así como, en octubre de 2007, fue promulgada la Ley sobre los efectos del proceso de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación de la faja petrolífera del Orinoco, así como de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas. De acuerdo a este instrumento legal, fueron extinguidos todos los convenios de exploración a riesgos y ganancias compartidas que, una vez convertidos en empresas mixtas, les sea transferido el derecho a ejercer las actividades primarias. Como consecuencia de lo anterior y sobre la base del principio de reversión, fueron transferidas a las nuevas empresas mixtas los intereses, los activos, las acciones y participaciones

demandada esgrimió, como parte de sus argumentos contra la jurisdicción del Tribunal Arbitral, que el artículo 22 LPPI no contiene una previsión expresa y clara sobre el consentimiento estatal al arbitraje y, por tanto, debe interpretarse conforme a los principios legales del ordenamiento jurídico venezolano, además de los establecidos en la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ¹¹⁹.

El Tribunal Arbitral determinó que sí tenía jurisdicción para conocer del asunto, toda vez que el APPRI Venezuela – Reino de los Países Bajos, contempla expresamente el arbitraje de inversión, administrado por el CIADI. En lo que respecta al argumento de la demandada, el panel arbitral indicó que puede conocer sobre la existencia de la oferta unilateral contenida en la legislación local por parte del Estado receptor y de su aceptación por parte del inversor.

Asimismo, acotó que la interpretación de un Estado sobre su consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional no es vinculante, por lo que la interpretación dada por las autoridades o tribunales venezolanos sobre el artículo 22 no puede controlar la decisión del Tribunal Arbitral para decidir acerca de su propia competencia¹²⁰.

2) Un argumento similar fue esgrimido en el asunto *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas Cemex II Investments B.V. c. Venezuela* (2010)¹²¹, relativo al reclamo realizado por las compañías dedicadas a la producción de cemento cuyos activos en dicho país fueron expropiadas sin compensación. Esgrimían como base de la jurisdicción del Tribunal Arbitral, no sólo el APPRI concluido entre Venezuela y el Reino de los Países Bajos, sino también el artículo 22 LPPI, entendiéndolo como oferta abierta por parte de Venezuela a este mecanismo. La demandada, por su parte, consideraba que el artículo 22 debía, al menos, ser interpretado conforme al Derecho venezolano y, por ende, seguir el criterio expuesto por el TSJ.

que eran propiedad de tales personas jurídicas de Derecho privado que intervenían en los referidos proyectos.

¹¹⁹ *Mobil y otros v. Venezuela...*, cit., párrafos 71 y 72: “Venezuela adds that it did not say that the issue of consent in this proceeding is governed exclusively by Venezuelan laws and did not say that the recent Venezuelan Supreme Court decision alone requires dismissal of this case”.

¹²⁰ *Mobil y otros v. Venezuela...*, cit., párrafos 74 y 75.

¹²¹ *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments, B.V. v. Venezuela*, Caso No. ARB/08/15, Laudo sobre jurisdicción de fecha 30/12/2010, publicado en la página oficial del CIADI: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 05/01/2011].

El Tribunal Arbitral sostuvo el criterio de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, conforme al cual la interpretación que realice un Estado soberano sobre su propio consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional no es vinculante ni determinante. Sin embargo, y a diferencia del laudo del caso *Mobil*, éste realizó un interesante análisis respecto a si debía o no interpretarse el referido artículo 22 conforme a las normas venezolanas o de acuerdo a la normativa internacional.

El propio Tribunal Arbitral reconoció que los laudos arbitrales de inversión prácticamente no contemplan este aspecto. Sin embargo, atendiendo a las reglas expuestas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), señaló que:

“... Los actos unilaterales en virtud de los cuales un Estado consiente a la jurisdicción del CLADI son ofertas permanentes formuladas por un Estado soberano a inversionistas extranjeros conforme al Convenio del CLADI. Esas ofertas pueden incorporarse o no a la legislación interna, pero sea cual fuere su forma, deben interpretarse de acuerdo con el Convenio del CLADI y los principios de derecho internacional que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados”¹²².

Dada la oscuridad y dificultad que acompañan a la redacción del artículo, como ya hicimos referencia, el Tribunal Arbitral determinó que el artículo 22 LPPI no establece claramente la oferta unilateral de Venezuela al arbitraje de inversión para resolver las controversias que abarca el CW y, por tanto, no la consideró como base para identificar su jurisdicción.

3) El último asunto –aún más reciente- donde se ha ventilado la controversia sobre la interpretación del artículo 22 LPPI corresponde al caso *Brandes Partners, Ltd. v. Venezuela* (2011)¹²³. Este caso se relacionó con el reclamo por la nacionalización de los Derechos que tenían los inversionistas en la principal compañía de telecomunicaciones del país (CANTV) y tuvo como particularidad, a diferencia de los dos casos anteriormente citados, que se argumentó como única base de la jurisdicción del Tribunal Arbitral la citada norma.

En este litigio, el panel de árbitros declinó su jurisdicción toda vez que consideró que el referido artículo 22 LPPI no contiene una oferta abierta al

¹²² *Cemex y otros v. Venezuela*, Caso No. ARB/08/15, Laudo sobre jurisdicción de fecha 30/12/2010, párrafo 79.

¹²³ *Brandes Investment Partners, L.P. v. Venezuela*, Caso No. ARB/08/03, Laudo sobre jurisdicción de fecha 02/08/2011. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 15/09/2011].

arbitraje de inversión por parte de Venezuela. Dicha norma, en opinión del Tribunal Arbitral, tiene una redacción confusa e imprecisa a diferencia del lenguaje directo y claro que caracteriza el resto del articulado de la Ley especial. Por esta razón, el propio Tribunal se preguntó: si los redactores de la legislación fueron capaces de expresar las ideas con total claridad, ¿por qué no lo fueron respecto a la garantía fundamental de todo inversor de acudir al arbitraje de inversión?¹²⁴

Asimismo, el Tribunal también aclaró que si bien el artículo 258 de la Constitución venezolana contempla como parte del sistema de justicia del país los medios alternos de resolución de conflictos -y, de ellos, el arbitraje-, no puede considerarse que dicha norma constitucional pueda ser interpretada como base de la jurisdicción de un panel de árbitros en el marco de un arbitraje de inversión. Por tanto, dada la inexistencia de otro texto legal convencional o nacional por el cual pueda inferirse sin lugar a dudas el consentimiento de la República a este arbitraje especializado, el Tribunal concluyó el incumplimiento de dicho requisito contemplado en el artículo 25 CW¹²⁵.

C) Valoración final

El análisis de estos dos grandes supuestos normativos pone de manifiesto cómo la identificación de la oferta unilateral de los Estados al arbitraje de inversión no resulta siempre una tarea sencilla. Debe atender el operador jurídico al estudio sistemático de los convenios multilaterales que puedan resultar aplicables y, muy especialmente, en la compleja red de APPRI. Si bien la doctrina indica que al concluir un Estado un convenio en esta materia con otro Estado, éste ya manifiesta su consentimiento al arbitraje de inversión, la práctica arbitral entiende la necesidad de atender al caso concreto y nos refiere al análisis de la cláusula arbitral expuesta en el instrumento convencional aplicable. Puede suceder que su formulación imponga o exija al inversionista, como requisito previo al arbitraje, el cumplimiento de algún requisito o el agotamiento de los recursos legales internos.

¹²⁴ *Brandes Investment v. Venezuela...*, cit., párrafos 86-91.

¹²⁵ *Brandes Investment v. Venezuela...*, cit., párrafos 96, 108 y 118. Véase también Comunicado de prensa de Petróleos de Venezuela, S.A. de fecha 03/08/2011, texto disponible en la página web oficial: <http://www.pdvsa.com> [Fecha de visita: 11/08/2011].

Este estudio también se extiende y aplica en aquellos asuntos en los que el consentimiento estatal se manifiesta a través de la promulgación de leyes especiales en la materia. Si bien, en algunos supuestos la voluntad de someterse a un arbitraje de inversión de un Estado es clara, como vimos en la legislación albanesa, en otros no siempre resulta así.

Los ejemplos paradigmáticos de la ley egipcia y, sobre todo, la legislación especial venezolana, resultan muy interesantes. A pesar de su ambigüedad, dos importantes parámetros podemos extraer de los mismos.

1) En relación con la Ley egipcia y tal como ocurrió en el asunto *SPP*, si el Estado, a través de su legislación interna, brinda la posibilidad de múltiples vías de solución de conflictos por medio del arbitraje de inversión, su consentimiento a este procedimiento es evidente y no puede pretender exigir al inversor un requisito posterior adicional.

2) Respecto a la segunda, es decir, la LPPI venezolana de 1999, conforme a los laudos analizados (casos *Mobil*, *Cemex* y *Brandes*), la pretensión de invocar los efectos extraterritoriales de una sentencia judicial interna –que interpreta el artículo 22 de la citada ley- en el marco de un arbitraje internacional no ha tenido éxito. En los dos primeros asuntos, los Tribunales Arbitrales disponían de un texto convencional claro y cierto (APPRI Venezuela – Reino de los Países Bajos) donde se manifiesta el consentimiento estatal.

Una situación distinta pero con resultados parecidos a los casos *Cemex* y *Mobil* se desarrolla cuando es invocado, como única base del consentimiento, la LPPI. Así, en el asunto *Brandes*, el Tribunal Arbitral declinó su jurisdicción por la ambigüedad del referido artículo 22. Ahora bien, la reciente denuncia de Venezuela al CW, que se hace efectiva el 24 de julio de 2012, plantea una serie de interrogantes que el operador jurídico debe resolver. Por un lado, la fórmula confusa del artículo 22 LPPI queda parcialmente sin efecto, debiendo el demandante recurrir al arbitraje estipulado en la cláusula de resolución de conflictos del APPRI vigente entre la República y el Estado del cual es nacional el inversor (sea un arbitraje institucional administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC o por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo; o, sea un arbitraje independiente bajo las Reglas de Arbitraje de CNUDMI). O, si en la controversia aplica el OMGI-MIGA, ésta debe resolverse

conforme a los términos de resolución de conflictos contenidos en dicho Convenio. Por otro, debemos estar atentos a la eventual renegociación de los APPRIS concluidos –si, finalmente, se ejecuta- y a las previsiones de los nuevos acuerdos de este tipo que, en el futuro, se suscriban y ratifiquen con otros países.

4.1.1.1.3. Consentimiento en sede contractual

Junto al consentimiento plasmado en sede convencional y en sede nacional a través de la legislación local, otra forma de expresión de la anuencia de las partes al arbitraje de inversión se realiza a través de la inserción de una cláusula arbitral en el contrato concluido entre los involucrados. En términos generales debemos referir que cuando las circunstancias socioeconómicas y legales que rodean un proyecto de envergadura así lo exigen, se celebra entre el Estado receptor y el inversionista un complejo contrato de inversión. De esta forma, la articulación de la operación por vía contractual facilita la inyección de capital y la transferencia de tecnología necesaria para llevarla a cabo. En dichos contratos las partes pueden insertar una cláusula arbitral (y, en este caso, de un arbitraje de inversión) en el referido texto.

Se erige así una tercera vía de manifestación del consentimiento de las partes –tanto inversor como Estado- a este mecanismo especializado de resolución de conflictos. Esta posibilidad ya fue contemplada por los Directivos del Banco Mundial¹²⁶, por lo que el CIADI ofrece una variedad de modelos de cláusula arbitral, en atención a distintos supuestos, a los fines de que sirvan a las partes como criterios orientadores de redacción¹²⁷.

A diferencia de las anteriores manifestaciones, la expresión del consentimiento en sede contractual se caracteriza, por un lado, porque el acuerdo

¹²⁶ En efecto, el punto 24 del Informe de los Directores del Banco Mundial indica: “... El convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento. El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido”.

¹²⁷ Dichas cláusulas están publicadas en la página oficial del CIADI, en atención a si la controversia es presente o futura, al tipo de controversia, a las partes, el método de selección de árbitros, derecho aplicable, recursos procesales, renuncia a la inmunidad respecto a la ejecución de laudos, lugar del arbitraje, costas procesales, entre otros: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-spa/main-spa.htm> [Fecha de visita: 27/02/2011]

de las partes se expresa a la vez en un mismo documento¹²⁸. Por otro, porque la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel trascendental, toda vez que tanto el Estado receptor como el inversionista son plenamente conscientes de las consecuencias que trae la inclusión del acuerdo arbitral en su contrato¹²⁹.

Precisamente, el primer arbitraje de inversión administrado por el CIADI correspondió al asunto *Holiday Inns v. Marruecos* (1974)¹³⁰, en el que la base de jurisdicción del Tribunal Arbitral fue un acuerdo de arbitraje suscrito entre los involucrados. En este caso, los inversionistas reclamaban el incumplimiento por parte de las autoridades marroquíes de un contrato para la construcción y desarrollo de hoteles, así como de contratos de financiamiento, concluidos previamente. El Tribunal Arbitral, luego del estudio de las circunstancias del caso, afirmó su jurisdicción para conocer y decidir el asunto.

Aunque hoy en día la cantidad de asuntos administrados por el CIADI que tienen como base de jurisdicción una cláusula arbitral corresponde a sólo 21% del total de casos, el análisis del referido acuerdo constituye, en este supuesto, una tarea imprescindible para el operador jurídico¹³¹. Dos supuestos recientes así lo revelan. Nos referimos a los asuntos *Duke Energy v. Perú* y *Noble Energy y otros v. Ecuador*.

a) En el primer asunto *Duke Energy v. Perú* (2006)¹³², las partes –el Estado peruano y el inversionista procedente de las Islas Bermudas– habían concluido un contrato de estabilidad jurídica, que incluyó una cláusula arbitral CIADI. El inversor foráneo reclamaba al Estado anfitrión el incumplimiento del contrato, toda vez que la República peruana impuso el pago de unos impuestos excesivos a la actividad eléctrica que desarrollaba, lo cual –para el demandante– tal hecho iba

¹²⁸ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., «¿Violaciones contractuales o convencionales...?», *cit.*, p. 576.

¹²⁹ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., «¿Violaciones contractuales o convencionales...?», *cit.*, p. 579. Explica la autora que cuando el consentimiento estatal se expresa por medio de un APPRI o de una legislación local, los países receptores generalmente no están prestan mayor atención a las consecuencias que trae la elección al arbitraje de inversión.

¹³⁰ *Holiday Inns v. Marruecos*, Caso No. ARB/ 72/1, Laudo Arbitral de fecha 12/05/1974. Texto parcialmente disponible en: <http://www.trans-lex.org/125500> [Fecha de visita: 09/08/2011]. Véase SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, *cit.*, p. 193.

¹³¹ AA.VV., *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas 2011-2...*, *cit.*, p. 10.

¹³² *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Perú*, Caso No. ARB/03/28, Laudo Arbitral sobre jurisdicción de fecha 01/02/2006. Texto disponible en: www.icsid.worldbank.org [Fecha de visita: 09/08/2011].

en contra de las garantías y condiciones previamente pactadas. La parte demandada, por su parte, consideraba que el reclamo del inversor estaba excluido de las materias arbitrables bajo la cláusula arbitral.

El Tribunal Arbitral consideró que la pretensión de la parte demandante formaba parte de las materias a ser resueltas por vía arbitral, de acuerdo a la propia voluntad de las partes plasmada en el texto del acuerdo de arbitraje, razón por la cual confirmó su jurisdicción. Al respecto señaló:

“... Icsid jurisprudence confirms that an arbitration agreement should be interpreted with due respect for the principle of good faith should not follow an a priori strict or broad construction and should be construed to achieve objectively fair and functional solution that is consistent with the underlying facts”¹³³.

b) El segundo asunto relativo a la incorporación de una cláusula de arbitraje en un contrato de inversión corresponde a *Noble Energy Inc. y MachalaPower Cia., Ltda. v. Ecuador y Consejo nacional de Electricidad*¹³⁴ (2008). Las partes habían concluido una serie de contratos (de inversión, de concesión y de construcción de una planta generadora de electricidad). En cada uno de los referidos contratos fue incluida una cláusula de arbitraje CIADI y, adicionalmente, existe también un APPRI suscrito entre los Estados involucrados que contempla el arbitraje de inversión administrado por el referido centro internacional.

Los problemas entre las partes se iniciaron cuando las autoridades ecuatorianas dictaron una serie de medidas que tuvieron como efecto –para el inversionista, nacional de Estados Unidos- el desajuste del esquema de facturación, del cobro de créditos por cobrar y el pago del impuesto al valor agregado, causado por las compras de gas natural como combustible para la planta generadora de electricidad.

Entre otras cuestiones, la parte demandada alegaba la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por considerar que el reclamo del inversionista correspondía a asuntos de orden contractual y no convencional. El Tribunal Arbitral, luego del análisis del caso, consideró que los contratos suscritos entre las partes calificaban

¹³³ *Duke Energy v. Perú...*, *cit.*, párrafo 76.

¹³⁴ *Noble Energy Inc. y MachalaPower Cia. Ltda. v. Ecuador*, Caso No. ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 05/03/2008. Texto disponible en: www.icsid.worldbank.org [Fecha de visita: 15/08/2011].

como inversión protegida bajo el APPRI y que, tanto en sede contractual como en sede convencional, no había duda de la voluntad expresa de las partes de someterse al arbitraje de inversión administrado por el CIADI.

Podemos derivar del análisis de los casos mencionados que, en definitiva, el consentimiento manifestado en sede contractual por parte del inversionista foráneo y el Estado receptor, a diferencia de las dos anteriores formas, resulta la vía más directa y clara para seleccionar el arbitraje de inversión. Esto es posible dado que ambas partes consienten en un mismo documento la voluntad de seleccionar este mecanismo de resolución de conflictos.

Ahora bien, no obstante lo anterior, el operador jurídico debe igualmente examinar los elementos fácticos que envuelve cada caso para determinar si el problema suscitado entre las partes puede, efectivamente, ser resuelto por la vía arbitral. Como muestra el asunto *Duke Energy*, es imprescindible que dicha tarea tenga como punto cardinal el respeto al principio de buena fe cuando las partes suscribieron el contrato de inversión. Asimismo, en el supuesto cuando la voluntad de las partes se someterse al arbitraje de inversión se plasma en diferentes instrumentos contractuales y, además, exista un texto convencional vinculante entre los Estados involucrados, es indubitable su consentimiento a este mecanismo especializado de resolución de conflictos, tal como muestra el caso *Noble Energy y otros*.

4.1.1.1.4. Vinculación del Estado receptor al arbitraje de inversión por actos ejecutados por entes de su propiedad o por entidades político-territoriales

Una vez analizadas las tres manifestaciones del consentimiento estatal, finalizamos este apartado refiriéndonos brevemente a un supuesto especial de vinculación de un Estado con el sistema CIADI. En concreto, nos referimos a los casos en los que el Estado receptor se vincula a un arbitraje de inversión, por causa de los actos y las omisiones desarrollados por sus propias entidades político-territoriales o por entes de su propiedad. De acuerdo al artículo 25.3 CW, el consentimiento de la subdivisión política o del organismo estatal a este mecanismo especializado de resolución de controversias requiere de la aprobación del Estado anfitrión, salvo en aquellos supuestos cuando éste notifica al CIADI que no es necesario el cumplimiento de tal requisito.

La mencionada norma nos refiere al hecho de que los Estados pueden actuar en el arbitraje de inversión directamente, como sujetos de Derecho Internacional -tal como hemos expuesto durante la primera parte de este Capítulo- y, también, a través de una subdivisión político-territorial o, incluso, como una compañía estatal. En estos últimos dos supuestos observamos que el artículo 25.3 CW exige la aprobación de su consentimiento por parte del propio Estado contratante¹³⁵. Esta formalidad constituye un elemento facilitador de las negociaciones entre los Estados y los inversores toda vez que, en opinión de la doctrina, permite contactar a las personas claves que laboran en dichas instituciones y contribuye a la eficacia del consentimiento estatal a este tipo de arbitraje¹³⁶.

No obstante lo anterior, debemos resaltar que cada Tribunal Arbitral, conforme al principio *Kompetenz-Kompetenz* tiene la facultad de identificar la condición pública del órgano o de la empresa estatal involucrada en el asunto. En el caso de tratarse de ciertos territorios bajo la administración especial de los Estados, se toma en cuenta la notificación, en el instrumento de ratificación o en documento aparte, de la aplicación del CW a éstos. Dos ejemplos ilustrativos podemos citar al respecto, que ponen de manifiesto la participación de empresas estatales y subdivisiones político-territoriales en el arbitraje de inversión:

1) En primer lugar, en el asunto *Emilio Maffezini v. España* (2000)¹³⁷ el demandante argentino reclamaba al Reino de España por los daños y perjuicios causados por informaciones erradas suministradas por un ente de carácter público -la Agencia Sociedad Española para el Desarrollo Industrial de Galicia, S.A. (SODIGA)-, que dieron lugar al fracaso de su inversión en territorio español. Al respecto, el Tribunal Arbitral consideró que, dado que el APPRI entre Argentina y España no contenía una solución al problema, debía recurrir al Derecho Internacional para identificar su carácter de entidad pública¹³⁸.

Tomando en cuenta las previsiones del artículo 7.2 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, desarrollado por la Comisión de

¹³⁵ En efecto, el artículo 25.3 CW indica: “El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria”.

¹³⁶ FERNÁNDEZ MASIA, E., *Arbitraje en Inversiones Extranjeras...*, cit., p. 78.

¹³⁷ *Emilio Maffezini v. España...*, cit., párrafos 12 y ss.

¹³⁸ *Emilio Maffezini v. España...*, cit., párrafos 71 y ss.

Derecho Internacional, y el análisis de su estructura conforme al Derecho español, el Tribunal observó que dicha sociedad fue creada por un Decreto dictado por el Ministerio de Industria que autorizó al Instituto Nacional de Industria para constituirla.

SODIGA era una empresa pública toda vez que, funcionalmente hablando, sus actividades no eran netamente comerciales sino de instrumento de promoción para el desarrollo económico de Galicia. Debido a esta condición, sus actos y omisiones se entendían imputables al Reino de España. El Tribunal Arbitral determinó que tenía jurisdicción toda vez que SODIGA era una empresa pública regida por el Derecho privado pero que ocasionalmente desempeñaba funciones públicas.

2) En segundo lugar, reflejando también la participación de entidades político – territoriales en una controversia relativa a una inversión, resulta interesante referimos a un conocido caso en el marco del TLCAN: *Metalclad v. México* (2000)¹³⁹. Luego de obtener los permisos federales necesarios para emprender el proyecto de desarrollo y operación de confinamiento de residuos peligrosos en la localidad de San Luis de Potosí, la compañía Metalclad Corp., compra la sociedad Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (Coterin) quien, inicialmente, tenía la licencia y los permisos para operar legalmente. Tras varias reuniones con las autoridades federales mexicanas, éstas aseguraron al inversionista de nacionalidad estadounidense que podría obtener sin mayor inconveniente los permisos locales para construir y operar con normalidad y que la Municipalidad del sector no tenía fundamento para negárselos.

No obstante lo anterior, casi terminada la construcción de la obra, los problemas comenzaron. La Municipalidad ordenó el cese de las actividades por la falta de permiso de funcionamiento local de construcción. Superado el *impasse* y luego de conversaciones sostenidas con el Gobernador de la Región, continuaron las obras hasta la culminación de la planta. El día de la inauguración fue bloqueada la entrada de los trabajadores con la participación de las autoridades estatales y locales, en consideración a los efectos nocivos que su funcionamiento podría tener en el medio ambiente.

¹³⁹ *Metalclad Corporation v. México*, Caso No. ARB (AF)/97/01, Laudo Arbitral de fecha fecha 30/08/2000. Texto disponible en la página web: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 20/11/2010].

La compañía estadounidense demandó a México por violación del artículo 1105.1 TLCAN. El Tribunal Arbitral consideró que la Municipalidad representaba al Estado Mexicano y, por ende, lo hacía responsablemente solidario de los actos y omisiones cometidos por su dependencia político-territorial.

Del análisis de estos dos asuntos podemos inferir que los Estados receptores pueden actuar en un arbitraje de inversión bien como sujetos de Derecho Internacional o bien como subdivisión político-territorial e, incluso, como una empresa estatal. En términos generales el CW exige, para estos dos últimos supuestos, la aprobación de su consentimiento por parte de los países contratantes del texto convencional, salvo en aquellos casos donde éstos últimos indiquen al CIADI que la aprobación no es necesaria.

La práctica arbitral refiere que los distintos paneles de árbitros identifican el estatus de la entidad de Derecho público que actúa en nombre del Estado receptor en este tipo de arbitraje. Así, como observamos en los asuntos examinados, los Estados son responsables de los actos efectuados por sus divisiones político - territoriales (*Metalclad*) o por entes de su propiedad (*Maffezzi*). En ambos casos, los Tribunales Arbitrales aplicaron no sólo las previsiones contenidas en el artículo 25 CW, para determinar el *ius standi* de los Estados receptores, sino también las disposiciones del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, a las que analizamos en el Capítulo II.

4.1.1.2. Nacionalidad del Inversionista

Además del consentimiento de las partes al arbitraje de inversión, el artículo 25 del CW contempla como otro de los requisitos para identificar la jurisdicción de un tribunal arbitral CIADI: que las partes involucradas en la controversia cuenten con nacionalidades diferentes en el momento en que decidieron someter la diferencia a arbitraje.

Dado que en este tipo de arbitraje actúan inversionistas (personas físicas o jurídicas) y Estados receptores de la inversión, debemos analizar con detenimiento las previsiones del artículo 25.2 CW. La norma convencional señala que se entiende por nacional del otro Estado contratante:

1) Por un lado, a toda persona natural que tenga una nacionalidad distinta al Estado receptor de la inversión para el momento en que consintieron el arbitraje de inversión y para la fecha en que se registre la Solicitud de Arbitraje ante el CIADI.

2) Por otro, toda persona jurídica que cuente con una nacionalidad distinta al Estado receptor de la inversión, para el momento en que las partes manifestaron su elección de acudir al arbitraje de inversión. También se hace extensivo esta calificación para aquellas personas jurídicas que, aunque tengan la misma nacionalidad del Estado anfitrión, las partes acordaron considerarla como extranjera, debido a que están sometidas a un control foráneo.

Partimos entonces de la previsión convencional conforme a la cual el inversor tiene una nacionalidad distinta de la del Estado receptor de la inversión. A esta primera apreciación se agrega, además, un requisito de orden temporal: el inversor debe comprobar que tenía una nacionalidad distinta al Estado receptor desde la fecha en que las partes consintieron someterse a este tipo de arbitraje hasta la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje ante el CIADI. Ello lógicamente suscita relevantes problemas a la hora de concretar tal nacionalidad. A continuación examinamos sucintamente en este apartado dos grandes supuestos. El primero, cuando el inversor es una persona física y, el segundo, cuando corresponde a una persona jurídica.

4.1.1.2.1. Determinación de la nacionalidad del inversor como persona física

La identificación de la nacionalidad del inversor cuando se trata de una persona física responde al análisis de las normas del país de origen del inversionista, así como a las previsiones del APPRI suscrito entre los Estados involucrados¹⁴⁰. Tal como muestran los tres casos que, a continuación, citamos, esta determinación no siempre resulta una tarea fácil para el operador jurídico.

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., *Arbitraje en Inversiones Extranjeras...*, cit. p. 86-88; VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo...*, cit., pp. 106-107; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores (Los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 360.

1) En primer lugar, en el conocido asunto *Emilio Maffezzini v. España* (2000)¹⁴¹, el Tribunal Arbitral debió analizar el *ius standi* del inversor, como accionista mayoritario de una compañía constituida y domiciliada en España, para iniciar un arbitraje de inversión contra este país, en su carácter de nacional de Argentina. La sociedad mercantil se denominó Emilio A. Maffezzini, S.A. (EAMSA) y sus accionistas eran: 70% propiedad de Maffezzini y 30% la Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia (SODIGA).

EAMSA contrató a una firma consultora para el estudio del terreno más propicio para la fabricación de productos químicos. SODIGA, por su parte, inició una evaluación para decidir definitivamente cuál sería su participación en el proyecto. Sin embargo, las diferencias surgieron entre ambas, ante la inconsistencia de la información que recibía el inversionista por parte de la sociedad española.

Maffezzini reclamó la indemnización por los perjuicios sufridos por el errado estudio de mercadeo suministrado por SODIGA. Alegó que, de acuerdo al APPRI Argentina y España, como inversor argentino en una sociedad constituida en territorio español “... no está presentando el caso en nombre de EAMSA, sino en su capacidad personal como inversor extranjero (argentino) en la empresa española EAMSA para proteger sus inversiones en dicha sociedad (...)”¹⁴². El Tribunal Arbitral ratificó su jurisdicción al apreciar como válido dicho argumento, toda vez que el APPRI suscrito entre los dos países protegen las inversiones realizadas por las personas que tengan la nacionalidad de una de los Estados partes en sociedades o entes jurídicos creados en el territorio de la otra parte contratante.

2) En segundo lugar, un interesante asunto respecto a la identificación de la nacionalidad del inversor, ante un eventual fraude a la ley, corresponde a *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi v. Egipto* (2007)¹⁴³. Relacionado con una controversia producto de la expropiación de un proyecto turístico en dicho país, se discutió la nacionalidad de uno de los demandantes –Waguih E. G. Siag–. Siag

¹⁴¹ *Emilio Maffezzini v. España...*, *cit.*, párrafos 1-22.

¹⁴² *Emilio Maffezzini v. España...*, *cit.*, párrafos 65-70.

¹⁴³ *Waguih Elie George Siag v. Egipto*, Caso No. ARB/05/15, Laudo sobre jurisdicción de fecha 11/04/2007 y Laudo sobre méritos de fecha 01/06/2009, publicado en: A.A.V.V., *World Trade & Arbitration Materials*, Vol. 21, Issue No. 5. Kluwer Law International, The Netherlands, October, 2009, pp. 1171-1341.

alegó ser nacional libanés y, al mismo tiempo, italiano, por haber adquirido esta segunda nacionalidad al contraer matrimonio con una ciudadana italiana. Egipto argumentó que el demandante mantenía la nacionalidad egipcia, por haber nacido en su territorio¹⁴⁴. También rechazó su condición de nacional libanés, al considerar que había obtenido tal nacionalidad fraudulentamente para evitar cumplir servicio militar obligatorio egipcio.

El Tribunal Arbitral analizó los términos respecto a la nacionalidad contenidos en el APPRI entre Egipto e Italia. En caso de resultar ser nacional italiano, el demandante podría tener cualidad para demandar a Egipto en su condición de inversor extranjero. En su estudio, revisó las pruebas presentadas por ambas partes y las legislaciones especiales en materia de nacionalidad (italiana, egipcia y libanesa). Encontró que, de acuerdo a la Ley egipcia de Nacionalidad No. 26 de 1975, los ciudadanos egipcios no obtenían otra nacionalidad salvo que obtuviesen un permiso por parte del Ministerio del Interior. En el caso de obtener otra nacionalidad, perdían la nacionalidad egipcia a menos que, en la solicitud dirigida a ese Despacho y con la anuencia de éste último, podían retenerla cuando, en el lapso de un año luego de la obtención del permiso, así lo indicaran.

El demandante en cuestión, al obtener la nacionalidad libanesa no hizo dicha declaración en el período indicado en la ley especial y, por tanto, perdió la nacionalidad egipcia. El Tribunal Arbitral llegó a la conclusión de que el Estado receptor no demostró fehacientemente el alegado fraude cometido por el inversionista. En razón de ello, conservando el demandante la nacionalidad italiana, calificaba como inversor foráneo de acuerdo a los términos del referido APPRI entre Italia y Egipto.

3) Finalmente, otro asunto de interés respecto a la nacionalidad de los inversores como personas físicas corresponde al asunto *Tza Yap Shum v. Perú* (2009)¹⁴⁵, toda vez que refiere la identificación de dicho vínculo jurídico con un

¹⁴⁴ De acuerdo a la Ley de Nacionalidad egipcia No. 26 del año 1975, una persona de nacionalidad egipcia no obtenía otra nacionalidad salvo que obtuviese un permiso por parte del Ministerio del Interior. En el caso de obtener otra nacionalidad, perdía la nacionalidad egipcia a menos que, en la solicitud dirigida a ese Despacho y con la anuencia de éste último, podía retenerla cuando en el lapso de un año así lo indicara.

¹⁴⁵ *Señor Tza Yap Shum v. Perú*, Caso No. ARB/07/6, Laudo sobre jurisdicción y competencia de fecha 19/06/2009, publicado en: A.A.V.V., *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 10 (SANTISTEVAN DE NORIEGA, J., SOTO COÁGUILA, C.A., CANTUARIAS SALAVERRY, F., DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P., BULLARD GONZÁLEZ, A., RUSKA MAGUIÑA, C. Y RUBIO GUERRERO, R.,

Estado que ha sufrido una serie de transformaciones en su división político-territorial. Se trató de un asunto relativo al eventual incumplimiento del Estado receptor del APPRI entre China y Perú, producto de ciertas acciones emprendidas por el Estado peruano contra la viabilidad económica de la inversión desarrollada por un nacional chino en una empresa constituida y domiciliada en Perú denominada TSG Perú SAG, que fabricaba alimentos derivados del pescado y los exportaba a mercados de Asia¹⁴⁶.

La parte demandada alegó que el inversionista no era nacional chino, sino residente de la Región Administrativa Especial de Hong Kong y, por ende, no podía calificarse como inversor nacional de otro Estado contratante en los términos del APPRI China- Perú. El Tribunal Arbitral consideró que:

“... No está en disputa que bajo el Derecho internacional, le corresponde a cada Estado determinar de acuerdo con sus leyes las personas que son sus nacionales. Las partes y sus respectivos expertos están de acuerdo que la Ley de Nacionalidad de la República Popular China es la ley que gobierna la adquisición y la pérdida de la nacionalidad china y que la misma tiene vigencia en la Región Administrativa Especial de Hong Kong”¹⁴⁷.

El Tribunal Arbitral determinó que, en atención a la referida legislación, las personas que nacen en territorio chino tienen nacionalidad china. Y, además, se prohíbe que éstos tengan una nacionalidad distinta a ella. Bajo los términos del APPRI, sus disposiciones son aplicables a nacionales de alguno de los Estados contratantes y, en el caso chino, no hace distinción entre quienes residen en Hong Kong y los residentes de otras regiones de dicho país. Dado que el demandante mantuvo la nacionalidad china, calificaba como inversionista y, por tanto, el Tribunal Arbitral afirmó su jurisdicción.

Estos tres asuntos tienen como lugar común el análisis coordinado de las legislaciones existentes en los países involucrados, junto a los APPRIs, a los fines de determinar la nacionalidad del inversor. En los dos últimos casos, se evidencia que el estudio de las circunstancias fácticas y legales respecto a la nacionalidad no siempre resulta del todo sencillo.

Comité Editor). Magna, Lima, 2010, pp. 109-171. El texto del laudo está disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 11/02/2011]

¹⁴⁶ *Señor Tzu Yap Shum v. Perú...*, *cit.*, párrafos 30 y 31.

¹⁴⁷ *Señor Tzu Yap Shum v. Perú...*, *cit.*, párrafo 54.

Las partes demandadas alegan como argumento contra la jurisdicción del Tribunal Arbitral, la falta de cualidad del demandante inversionista en razón de su nacionalidad, tal como ilustra el caso *Maffezzini*. Así, de tener la misma nacionalidad respecto al Estado receptor, el inversionista no podría ampararse en el APPRI. Sin embargo, al descartar el eventual fraude a las legislaciones internas (como ocurrió en los casos *Waguih Elie George Siag y Señor Tza Yap Shum*), y calificar el inversionista como un nacional de otro Estado -vinculado al receptor a través de un APPRI aplicable al asunto-, éste puede ampararse bajo su protección.

4.1.1.2.2. Determinación de la nacionalidad del inversor como persona jurídica

A diferencia del supuesto anterior, debemos destacar que en la mayoría de los casos de arbitrajes de inversión encontramos que los inversionistas son personas jurídicas. Al respecto, el artículo 25.b) del CW indica que todo inversor con tal carácter debe tener una nacionalidad distinta al Estado receptor, desde el momento en que prestaron su consentimiento a la jurisdicción del CIADI o, aún siendo nacional de dicho país, las partes acordaron atribuirle el carácter de extranjero por considerar que está sometida al control foráneo.

En términos generales, el criterio para identificar la nacionalidad del inversor como persona jurídica en este ámbito no está totalmente definido. Depende, en gran medida, del acuerdo multilateral o del APPRI (si contiene alguna calificación autónoma), de las previsiones acordadas por las partes en el contrato de inversión y de la legislación local que resulte aplicable al caso.

La doctrina señala como indicadores: el lugar de la constitución de la persona jurídica, la nacionalidad de los accionistas que ejercen el control de la sociedad o el lugar de la sede social, entre otros¹⁴⁸. Si bien los laudos arbitrales sólo son vinculantes entre las partes involucradas, nos instruyen respecto a la interpretación que, en la práctica, se le está dando a este aspecto. La práctica demuestra que, lamentablemente, la interpretación no siempre es uniforme. Dos ejemplos son significativos de ello:

¹⁴⁸ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores...*, cit., pp. 350 y ss.; DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., pp. 46 y ss.

1) En algunos casos, y tal como se ha dicho ya, se toma en cuenta el lugar de la constitución de la persona jurídica. Ese fue el argumento esgrimido en el caso *Tokio Tokelés v. Ucrania* (2004)¹⁴⁹. Se discutía el incumplimiento de Ucrania del APPRI suscrito con Lituania, producto de las acciones tomadas por las autoridades ucranianas contra los bienes propiedad del inversionista lituano por haber publicado un artículo sobre la oposición de dicho país. El Estado receptor, aunque admitió que la demandante fue constituida bajo la legislación lituana, solicitó romper el velo corporativo alegando que ésta última no tenía el carácter de inversor foráneo, toda vez que era prácticamente controlado por nacionales ucranianos.

El análisis de la estructura societaria de la persona jurídica inversora arrojó que, aunque fue constituida bajo la legislación lituana, el 99% de las acciones estaba en manos de nacionales ucranianos. Posteriormente, al estudiar el APPRI suscrito entre ambos países, el Tribunal no encontró alguna guía u orientación distinta al lugar de constitución como criterio atributivo de nacionalidad de las personas jurídicas. Por ello, consideró al inversionista como nacional lituano y, en consecuencia, sujeto a la protección del APPRI.

2) En otras ocasiones, si bien el lugar de constitución es un elemento importante para determinar la nacionalidad de la persona jurídica, otros asuntos como el control extranjero deben también analizarse. En el asunto *Vacuum Salt Products Limited v. Ghana* (1994)¹⁵⁰, el Tribunal Arbitral analizó el alcance del artículo 25.2.b) del CW respecto al control foráneo de una compañía constituida en el Estado receptor de la inversión, a los fines de identificar si podría calificarla como un inversor extranjero de acuerdo al referido Convenio. En 1988 *Vacuum Salt Products* suscribió un contrato con la República de Ghana con el propósito de desarrollar un proyecto de producción de sal. Dicha compañía era una corporación constituida bajo las leyes de Ghana y, a su vez, controlada por un inversor de nacionalidad griega.

Del análisis de los supuestos fácticos del caso, el Tribunal derivó que, aunque el inversor griego era propietario del 20% de las acciones y que las partes acordaron otorgarle el carácter de extranjera, en la práctica dicha sociedad seguía

¹⁴⁹ *Tokios Tokelés v. Ucrania*, Caso No. ARB/02/18, Laudo sobre jurisdicción de fecha 29/04/2004, Publicado en la página oficial del CIADI: www.icsid.worldbank.org [Fecha de visita: 30/06/2010].

¹⁵⁰ *Vacuum Salt Products Limited v. Ghana*, Caso No. ARB/92/1, Laudo de fecha 16/02/1994. Publicado en la página oficial del CIADI: www.icsid.worldbank.org [Fecha de visita: 15/07/2010].

teniendo la nacionalidad ghanesa. Consecuentemente, el Tribunal entendió que, al no cumplir el requisito del artículo 25.2.b) CW, debía declarar, como así hizo, que no tenía jurisdicción. En su laudo, el Tribunal Arbitral aseveró:

“Foreign control within the meaning of the second clause of article 25.2.b) does not require or imply any particular percentage of share ownership. Each case under that clause must be viewed in its own particular context, on the basis of all the facts and circumstances. There is no formula”¹⁵¹.

Aunque el laudo citado data del año 1994, la frase enunciada por el panel de árbitros es ilustrativa de la práctica desarrollada por los inversionistas. Los dos casos apuntados hasta el momento evidencian que los inversores articulan el vehículo corporativo que les permite canalizar el capital que pretenden invertir, bajo los controles societarios o contractuales necesarios en atención a los supuestos de cada operación.

Esto nos permite considerar que, aunque parezca que la nacionalidad de las personas jurídicas es un aspecto que no genera mayor particularidad, hoy día existen numerosos contratos de inversión y se constituyen sociedades de propósito específico a través de los cuales se articula la inversión foránea con un objetivo: lograr los beneficios y la protección brindada por ciertos APPRI. Estas maniobras son calificadas como *forum treaty*. Veamos con más detenimiento este asunto a continuación.

A. El supuesto especial del *forum treaty*

La enorme red de APPRI junto a la diversidad legislativa existente en la comunidad jurídica internacional plantea a los inversionistas un enorme desafío, particularmente cuando el Estado donde es nacional -y en el que ejerce su actividad comercial- no cuenta con ningún tipo de relación convencional ni tratados en materia de promoción y protección de inversiones con el Estado donde pretende invertir.

Este reto consiste en la búsqueda de la vía más oportuna para obtener los beneficios de la red de tratados que pueda tener el país donde pretende invertir

¹⁵¹ *Vacuum Salt v. Ghana, cit.*, párrafo 43.

con un tercer Estado. La forma más idónea para lograrlo consiste en el análisis del ordenamiento jurídico y de los convenios internacionales concluidos por este último.

Así, si el orden jurídico del tercer Estado permite adquirir la nacionalidad de una persona jurídica a través de la constitución de una sociedad mercantil o mediante la adquisición de acciones del capital social de una compañía, al convertirse en nacional de dicho Estado se beneficia de los tratados favorables a la inversión extranjera celebrados por el Estado receptor. De esta forma, puede articular finalmente la inversión en el territorio de éste último, con las mayores garantías de éxito, procurando evitar en lo posible la mayor cantidad de riesgos. Esta maniobra es conocida como *forum treaty*¹⁵².

En algunos casos, el inversor puede convertirse en nacional de un Estado que, a su vez, aparece vinculado mediante un APPRI con el país receptor; o, sea simplemente nacional de un Estado que tiene una estrecha relación con el país sede de la inversión¹⁵³. Concordamos con la doctrina que, en atención a los supuestos fácticos de cada controversia, la estrategia del *forum treaty* es un evento previsible que, prudentemente, el inversionista estudia para obtener la máxima protección de los APPRIs¹⁵⁴. Veamos, a continuación tres ejemplos de esta situación:

1) En primer lugar, el asunto *Autopista Concesionada de Venezuela v. Venezuela* (2001)¹⁵⁵, conocido también como “Caso Aucoven”, nos refiere al cambio del control accionario de una compañía (Aucoven, C.A.) concesionaria de un importante proyecto vial, constituida en Venezuela. Para el momento de la

¹⁵² PETERSON, L.E., *Investment Treaty News, 2006 – A year in review*. International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2007, p. 6. Texto disponible en: www.iisd.org/pdf/itn_year_review_2006.pdf [Fecha de visita: 18/08/2011].

¹⁵³ MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L., WEINIGER, M., *International investment arbitration: Substantive principles*. Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, p. 131.

¹⁵⁴ DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, *cit.*, p. 54. Los autores señalan al respecto: “It often will be done through the establishment of a company in a State that has favorable treaty relations with the host State and accepts incorporation as a basis for corporate nationality. That conduct will be used as a conduct for the investment. Nationality planning or treaty shopping is not illegal or unethical, but States may regard such practices and take measures against them”.

¹⁵⁵ *Autopista Concesionada de Venezuela vs. Venezuela*, Caso No. ARB/00/5 Decisión sobre Jurisdicción de fecha 27/09/2001, Publicado en la página oficial del CIADI: www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm. [Fecha de visita: 15/04/2009].

celebración del contrato de inversión, el 99% de las acciones de Aucoven eran propiedad de una compañía domiciliada en México –ICA Holding, S.A. de C.V-. Los problemas entre el inversionista y la República surgieron por desacuerdos en el incremento del peaje en la autopista. Los inversores, por su parte, solicitaban el permiso requerido ante las autoridades competentes de Venezuela para transferir el 75% de las acciones de Aucoven a ICATECH, una compañía domiciliada en Estados Unidos. Tal permiso fue concedido.

Venezuela objetó la jurisdicción del Tribunal Arbitral por cuanto consideraba que, en ningún momento, se había acordado que Aucoven fuese tratada como nacional de otro Estado. Asimismo, señalaba que la demandante había incurrido en una conducta engañosa en las oportunidades en las cuales solicitó autorización para la venta de las acciones.

La actora, por su parte, alegaba la fuerza vinculante de la cláusula arbitral CIADI contenida en el contrato y que había actuado diligentemente al solicitar en varias oportunidades la autorización correspondiente a la República de Venezuela para la venta de acciones de Aucoven. Finalmente, el Tribunal Arbitral consideró que Venezuela sí había consentido la transferencia del 75% de las acciones de Aucoven a Icatech, Corp., al no objetar dicho cambio cuando fue notificada.

2) En segundo lugar, en el asunto *Aguas de Tunari, S.A. v. Bolivia* (2005)¹⁵⁶, la sociedad mercantil demandante fue constituida bajo la legislación boliviana y su accionista mayoritario era otra compañía (International Water) constituida en las Islas Caimán. Esta última estaba controlada por una compañía de nacionalidad estadounidense (Bechtel Company). Meses antes de la terminación de la concesión por parte de las autoridades bolivianas, Bechtel decide migrar sus acciones a una sociedad constituida en Luxemburgo y, posteriormente, la adquiere una compañía constituida en el Reino de los Países Bajos.

De acuerdo al APPRI entre Bolivia y el Reino de los Países Bajos, las personas jurídicas controladas directa o indirectamente por nacionales de los Estados involucrados, se consideran como nacionales del país de origen de éstos. El Tribunal Arbitral, luego de estudiar el caso, determinó que tenía jurisdicción,

¹⁵⁶ *Aguas de Tunari, S.A. v. Bolivia*, Caso No. ARB/02/3, Laudo sobre jurisdicción de fecha 21/10/2005. Publicado en: www.iisd.org/pdf/2005/AdT_Decision-en.pdf [Fecha de visita: 15/07/2010].

toda vez que la demandante contaba con la nacionalidad holandesa en los términos expuestos en el citado APPRI.

3) En tercer lugar, un conocido y reciente asunto nos reseña un eventual abuso que pudo haber cometido el inversor en su estrategia de reestructuración corporativa para ampararse de la protección brindada por un APPRI. Nos referimos al caso *Mobil y otros v. Venezuela* (2010), citado anteriormente¹⁵⁷. El relato de los hechos indica que tal reestructuración efectuada por el inversionista fue realizada mucho después del inicio de sus operaciones en Venezuela.

Mobil (constituida en Delaware, Estados Unidos) era propietaria del 100% de Mobil CN Holding (también constituida en Delaware). Esta, a su vez, era propietaria del 100% de Mobil CN Holding (Bahamas), quien tenía el 41 2/3 % de la participación en la Asociación Cerro Negro en Venezuela. Mobil también es la propietaria del 100% de Mobil Venezolana Holding, quien se convirtió en la propietaria de Mobil Venezolana (Bahamas), que, a su vez tuvo el 50% de la participación en la Asociación de La Ceiba, otro convenio petrolero en Venezuela. En octubre de 2005, se constituyó una compañía en los Países Bajos denominada Venezuela Holdings quien, en febrero de 2006, adquirió Mobil CN Holding (Delaware) y, en noviembre de ese mismo año, también adquirió Mobil Venezolana Holdings (Delaware).

Venezuela reclamó que toda esa maniobra corporativa tenía como propósito ganar el acceso al CIADI para las disputas ya existentes, lo cual constituía un abuso al sistema de protección internacional de las inversiones y al sistema del arbitraje de inversión. Por su parte, la demandante manifestó su “sorpresa” por la imposición unilateral del Estado venezolano de aumentar el impuesto de explotación de hidrocarburos de sus proyectos de 1 % a un 16 2/3 %, algo que a su parecer resultaba contrario a las estipulaciones del contrato. Ello motivó la realización de un conjunto de cambios en su estructura para obtener los beneficios del APPRI y del Convenio Bilateral para evitar la Doble Tributación existente entre Venezuela y el Reino de los Países Bajos¹⁵⁸.

¹⁵⁷ *Mobil y otros v. Venezuela...*, *cit.*, párrafos 155, 157, 160, 167 y ss.

¹⁵⁸ En atención a los términos del Convenio de Asociación para la explotación, transporte, mejoramiento y comercialización de crudos extrapesados a ser producidos en el área Cerro Negro de la Faja Petrolífera del Orinoco, entre Lagoven, SA (filial PDVSA) y Mobil Corporation y Veba Oil AG., publicado en G.O. No. 36.224, de fecha 10/06/1997, nos parece “sorpresivo” el argumento esgrimido por la demandante en este aspecto, toda vez que el texto del referido

El Tribunal Arbitral señaló que calificar las reestructuraciones corporativas como conducta abusiva por parte del inversor depende de las circunstancias de cada supuesto. Del estudio del contrato se evidenció la no existencia de una obligación contractual que obligase a la demandante a obtener autorización de la demandada para la aprobación de su estructura societaria y de los cambios corporativos realizados. La demandada, siendo notificada, no objetó las modificaciones. Por tanto, consideró que era una maniobra legítima por parte del inversionista para protegerse de la resolución de los convenios por las autoridades venezolanas y, en particular, por las disputas producto de las acciones de la República.

El análisis de estos tres casos nos lleva a considerar que, ante la complejidad de las operaciones comerciales internacionales, la maniobra del *forum treaty* se hace frecuente. Los inversionistas articulan, como vimos en los asuntos *Aucoven*, *Mobil* y *Aguas de Tunari*, el vehículo corporativo por medio del cual canalizan el capital que pretenden invertir, en atención a los supuestos fiscales y legales aplicables en cada país. Esta situación resulta viable y es aceptada por los Tribunales Arbitrales en tanto que la reestructuración corporativa del inversor sea permitida o, al menos, conocida por el Estado receptor, sin que éste último la haya objetado.

Sin embargo, es discutible la decisión tomada por el Tribunal Arbitral en el caso *Mobil*, por cuanto si bien hubo aceptación del Estado receptor, la reestructuración fue realizada en el momento cuando existían problemas entre las partes y justo después de varios años de operación del proyecto petrolero. Si el inversionista la hubiese hecho antes del surgimiento del problema, no habría planteado mayor inconveniente. Es lógico que, existiendo un Acuerdo para evitar la doble tributación entre los dos países involucrados, tal reestructuración corporativa resulte atractiva para el inversor. Pero, habiéndola realizado en el momento de dificultades, demuestra el ánimo de la demandante de cambiar de nacionalidad, tanto como fuere posible, hasta lograr aquélla que le brindara la protección del APPRI que le resultase más favorable.

Convenio estipulaba que el Ejecutivo Nacional podía establecer un régimen que permita ajustar el impuesto de explotación de 16 2/3% en función de la viabilidad comercial del proyecto.

4.1.2. Competencia *ratione materiae*: Naturaleza jurídica de la diferencia

Además de la determinación de la competencia *ratione personae* - consentimiento y de la nacionalidad de las partes- para identificar la jurisdicción del Tribunal Arbitral conforme al artículo 25 del CW, es también necesario verificar la existencia de una competencia por razón de la materia. En otras palabras que, por un lado, la controversia suscitada entre las partes sea de naturaleza jurídica, es decir, se trate de la violación o el menoscabo de Derechos consagrados en tratados, acuerdos bilaterales o leyes nacionales en materia de inversión, o las controversias suscitadas con motivo del cumplimiento o incumplimiento de un contrato y su consecuente reparación¹⁵⁹. No cabe que se refiera a un conflicto de intereses.

De otro, se exige igualmente que la diferencia jurídica suscitada entre las partes surja directamente de una inversión. En tal sentido, el propio instrumento multilateral no califica autónomamente el término inversión, como tampoco lo hace el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio. Este documento se limita a indicar lo siguiente:

*“No se ha intentado definir el término “inversión”, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (artículo 25.4)”*¹⁶⁰.

Respecto a esta última afirmación, el artículo 25.4 del citado Convenio permite a los Estados indicar en forma expresa al CIADI las clases de diferencias o controversias que podrían ser conocidas y decididas bajo la jurisdicción del Centro. El Informe de los Directores aclara que si bien dicha notificación no constituye una reserva al Convenio de Washington, tal actuación impide el sometimiento expreso de los Estados a la jurisdicción del Centro respecto de aquellas materias consideradas impropias o no arbitrables según sus legislaciones nacionales¹⁶¹.

¹⁵⁹ A.A.V.V., «Informe de los Directores Ejecutivos acerca...», *cit.*, p. 44. MEZGRAVIS, A., «Las inversiones petroleras en Venezuela...» *cit.*, p. 376.

¹⁶⁰ A.A.V.V., «Informe de los Directores Ejecutivos acerca...», *cit.*, p. 44.

¹⁶¹ A.A.V.V., «Informe de los Directores Ejecutivos acerca...», *cit.*, p. 45.

Fue así como, en atención al referido artículo, la República del Ecuador dirigió una comunicación al CIADI notificando que las divergencias suscitadas en materia de inversión en actividades relacionadas con recursos naturales como petróleo, gas y minerales y en las cuales no se ha perfeccionado el expreso consentimiento del inversionista, no serán sometidas a la jurisdicción del Centro, a partir del 23 de noviembre de 2007¹⁶². Posteriormente, Ecuador denunció el Convenio al igual que en el año 2007 lo hizo Bolivia¹⁶³.

Como adelantamos, el CW y el Informe de los Directores Ejecutivos mantienen silencio en relación con el significado del vocablo “inversión” con el propósito de brindar flexibilidad al instrumento multilateral. Esta ausencia de definición exige al operador jurídico y, particularmente a cada Tribunal Arbitral, el análisis de las calificaciones contenidas en otras fuentes igualmente relevantes en este ámbito. Nos referimos a los APPRIS, la legislación del Estado receptor, la doctrina y las orientaciones que otros paneles de árbitros han realizado en casos similares.

En un principio se consideraba que la inversión era un término referido exclusivamente a bienes propiedad de personas físicas o jurídicas, nacionales de otros Estados. Poco a poco, en la medida en que los países fueron incrementando la exportación de capital a otros, fue surgiendo en paralelo la obligación, por parte de los Estados importadores, de brindar la máxima protección al inversionista y, por ende, a su propiedad¹⁶⁴.

Esta situación dio lugar al inicio del régimen internacional de protección de inversiones, sector que ha ido evolucionando hasta la creación de mínimos estándares internacionales que deben brindar los países a los inversionistas extranjeros. De no cumplir con la obligación de proteger la inversión y los

¹⁶² Comunicación de la República del Ecuador por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración a la Secretaría General del CIADI, Nota 56354/GM, de fecha 23 de noviembre de 2007. Texto disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> [Fecha de consulta: 12/01/2008].

¹⁶³ La denuncia de Bolivia del CW se efectuó ante el CIADI el 02/05/2007, de acuerdo al artículo 71 CW, se hizo efectiva el día 03/11/2010; en tanto que la denuncia del citado convenio multilateral por parte de Ecuador se realizó el día 06/07/2009 y entró en vigencia el 07/01/2010. Información disponible en la página web oficial del CIADI:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp> [Fecha de consulta: 12/07/2010].

¹⁶⁴ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3° ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 7-9.

referidos parámetros, se discute la responsabilidad internacional del Estado receptor.

Con el transcurrir del tiempo, la interpretación de la palabra “inversión” fue ampliándose ante la necesidad de los Estados exportadores de proteger no sólo los bienes tangibles, sino también a los bienes intangibles, Derechos contractuales, así como las licencias o permisos necesarios para la legal y efectiva operación de la inversión en los Estados receptores de dicho capital¹⁶⁵. Ha sido la doctrina y, muy especialmente, los diferentes Tribunales Arbitrales quienes han desarrollado y perfilado en la práctica el concepto de inversión. Varias aproximaciones se han incorporado. Como veremos, existe una aproximación de orden económica y otra de orden jurídica.

4.1.2.1. Aproximación económica y jurídica al vocablo “inversión”

La evolución de la definición del término “inversión” ha dado lugar a varias interpretaciones desde el punto de vista económico y también desde el punto de vista jurídico.

1) En primer lugar, desde el contexto económico, una inversión implica un beneficio pecuniario, que tiene un valor determinado y genera dividendos en un tiempo prudencial. Dichos dividendos pueden ser estimables, en atención a complicadas fórmulas contables y al análisis económico del proyecto, pero el inversor no tiene total certeza de obtenerlos. Es uno de los riesgos que asume¹⁶⁶. Este concepto constituye, además, una fórmula que permite distinguir una inversión foránea directa de una inversión portafolio, siendo ésta última aquella que no genera operaciones de largo plazo¹⁶⁷.

2) Ahora bien, bajo la perspectiva jurídica, la calificación del término “inversión” dependerá en gran medida del instrumento convencional o legal aplicable, atendiendo a la variedad de fuentes en materia de promoción y

¹⁶⁵ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign...*, cit., pp. 12-15.

¹⁶⁶ BĚLOHLAVEK, A., *Arbitration, Ordre Public and Criminal Law (Interaction of private and public international and domestic law)*. Vol. I. Taxon, Kiev, 2009, pp. 383-385. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El sistema arbitral...*, cit., p. 454-456.

¹⁶⁷ DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 60.

protección de inversiones a que hemos hecho referencia en este Capítulo. Por tanto, se hace necesario examinar las definiciones contenidas en algunos convenios multilaterales, a excepción del CW, los APPRI y algunas legislaciones locales.

4.1.2.2. Calificaciones convencionales y legales del término “inversión”

A pesar de la falta de calificación autónoma del CW, otros convenios multilaterales, APPRI e, incluso, legislaciones nacionales en materia de promoción y protección de inversiones ofrecen, entre sus soluciones, la definición del término “inversión”. A continuación hacemos referencia a cada una de ellas.

1) En primer lugar, centrándonos en el nivel de convenios multilaterales, el TCE establece, en su artículo 1.6, una definición del vocablo “inversión”, como:

“Cualquier clase de activo, controlado directa o indirectamente por un inversor, incluyendo bienes tangibles e intangibles, movibles o no, y cualquier clase de propiedad entregada en calidad de arrendamiento financiero; la compañía, las acciones o cualquier clase de participación en ella o en joint ventures contractuales, reclamos en dinero, propiedad intelectual, así como cualquier clase de Derecho derivado de licencias o permisos otorgados en materia de energía”.

Por su parte, el Acuerdo ASEAN en materia de protección de inversiones y que vincula a Brunei, Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia, define, en su artículo 1.3, como inversión a cualquier tipo de activo, movable o no, acciones en sociedades mercantiles, participación en contratos de asociación, reclamos judiciales por la obtención de dinero, propiedad intelectual y concesiones.

Junto a ello, debemos mencionar, finalmente, el artículo 1 del Protocolo de Colonia, elaborado en el marco del MERCOSUR, establece también una calificación autónoma del término inversión, como todo tipo de activo propiedad directa o indirecta de un inversor proveniente de una de las Partes contratantes. A tal efecto, presenta un listado a título enunciativo de lo que puede calificar como inversión:

“... Incluye en particular, aunque no exclusivamente:

- a) *la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;*
- b) *acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades;*
- c) *títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;*
- d) *derechos de propiedad intelectual o inmaterial, incluyendo derechos de autor y de propiedad industrial, tales como patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave;*
- e) *concesiones económicas de derecho público conferidas conforme a la ley, incluyendo las concesiones para la búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”.*

2) Junto a estas soluciones convencionales de carácter multilateral, contamos con las definiciones contenidas en los APPRI sobre el término “inversión”. Así, a modo ilustrativo, podemos citar la calificación autónoma que desarrolla el APPRI Modelo de Estados Unidos de 2012¹⁶⁸, que identifica como inversión cualquier activo controlado directa o indirectamente por el inversor una empresa, acciones, cuotas de participación, derechos contractuales, bonos, empréstitos y títulos valores, concesiones, construcciones, producción, propiedad intelectual, licencias, autorizaciones, permisos y demás fórmulas acordadas por el Derecho del Estado receptor.

Aunque resulta bastante complicado compilar las más de 2500 definiciones de inversión contenidas en los APPRI vigentes en unas breves líneas, la doctrina ha considerado la existencia de varios parámetros de calificación del referido término, comunes a todos o, al menos, la mayoría de ellos:

a) Una primera categoría considera que el término inversión implica los derechos otorgados al inversionista gracias a la celebración de contratos de inversión o por imperio de ley y,

b) Junto a ello, la definición de la palabra inversión corresponde a la calificación del Derecho del Estado receptor de la inversión¹⁶⁹.

c) Agregamos a las anteriores una tercera categoría de textos, aquella que opta por incluir un listado descriptivo de actuaciones incardinadas dentro de la

¹⁶⁸ Texto disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> 20/04/2012 [Fecha de visita: 23/04/2012].

¹⁶⁹ DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., pp. 64-65.

noción de inversión: la lista que incorpora el mencionado APPRI Modelo de Estados Unidos, que constituye un buen ejemplo de ello¹⁷⁰.

3) Finalmente, en tercer lugar, también contienen definiciones sobre el término “inversión” algunas legislaciones nacionales sobre promoción y protección de inversiones. A modo ilustrativo, citamos tres ejemplos de este tipo de instrumentos legales.

a) El primero de ellos corresponde a la Ley No. 16.906 de la República Oriental de Uruguay sobre las Normas referidas a la declaración de las inversiones realizadas por inversores nacionales y extranjeros en el territorio nacional. Conforme al artículo 7 de la referida Ley, la inversión foránea es calificada como bienes tangibles e intangibles destinados al ciclo productivo, equipos de procesamiento de datos, mejoras fijas de actividades industriales y agropecuarias, bienes inmateriales como marcas, modelos industriales, patentes, concesiones; así como otros bienes, procedimientos, invenciones que incorporen innovación tecnológica¹⁷¹.

b) El segundo ejemplo de legislaciones locales que definen el término “inversión” responde a la Ley de Promoción de Inversión Extranjera de Perú. Esta Ley contempla una calificación conforme a la cual el vocablo alude a los aportes de propiedad, canalizados a través del Sistema Financiero Nacional; a la conversión de obligaciones privadas con el exterior en acciones; a los bienes ubicados en territorio peruano; a la propiedad intelectual e industrial; los contratos de asistencia técnica y la adquisición de títulos, documentos y papeles financieros, entre otros¹⁷².

c) Y, finalmente, el tercer ejemplo de legislaciones locales corresponde a la LPPI de Venezuela, la cual en su artículo 3.1) califica la inversión foránea como:

¹⁷⁰ También dicha lista puede encontrarse en el Modelo APPRI de Colombia de 2007, en el Modelo APPRI de Alemania de 2008 y el de Noruega de 2007, entre otros. Véase el listado de APPRIs organizado por la UNCTAD en: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx [Fecha de visita: 15/11/2010]

¹⁷¹ Texto publicado en la página web: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=16906&Anchor> [Fecha de visita: 15/11/2010]

¹⁷² Texto publicado en la página web: <http://www.sice.oas.org/investment/NatLeg/Per/dl662.pdf> [Fecha de visita: 15/11/2010]

“Todo activo destinado a la producción de una renta, bajo cualquiera de las formas empresariales y contractuales permitidas por la legislación venezolana, incluyendo bienes muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, sobre los cuales se ejerzan derechos de propiedad u otros derechos reales; títulos de crédito; derechos a prestaciones que tengan valor económico; derechos de propiedad intelectual, incluyendo los conocimientos técnicos, el prestigio y la clientela; y los derechos obtenidos conforme al Derecho público, incluyendo las concesiones de exploración, de extracción o explotación de recursos naturales y las de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de obras públicas nacionales y para la prestación de servicios públicos nacionales, así como cualquier otro derecho conferido por ley, o por decisión administrativa adoptada de conformidad con la Ley”¹⁷³.

Podemos afirmar de estos ejemplos de calificaciones del término inversión, tanto en sede convencional como en sede nacional, la existencia de un lugar común al enunciar una lista de distintos tipos de activos que pueden ser definidos como inversión. De lo que se trata es que, en definitiva, el supuesto de hecho de cada norma –convencional o local- sea lo suficientemente amplia y flexible en aras de que el operador jurídico pueda calificar el activo invocado por el inversionista como una inversión protegida bajo dichos instrumentos legales.

4.1.2.2.1. Derechos contractuales: ¿Un supuesto especial de inversión?

Hoy día en el marco de un arbitraje de inversión es frecuente el supuesto bajo el cual el inversionista foráneo, en aras de lograr la protección brindada por el APPRI, invoca que los compromisos concluidos con el Estado receptor a través de un contrato califican como inversión a los efectos del APPRI aplicable¹⁷⁴. Esta argumentación obedece a la existencia de la denominada “cláusula paraguas” (en siglas inglesas, “umbrella clause”) contenida en el instrumento convencional, la cual consiste en el deber del Estado receptor de cumplir con todas las

¹⁷³ Publicado en G.O. No. 37.489, de fecha 22/07/2002. Asimismo, define la inversión internacional como aquella que es propiedad o es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras. Básicamente, según el Reglamento de la LPPI, entiende por inversión extranjera, aquella en la cual el inversionista foráneo posea el 100% del capital social de la compañía, patrimonio o activos, según la forma jurídica que la empresa adopte. Se considera que una inversión es controlada por inversionistas internacionales, cuando su participación en la misma sea superior al 51% del capital social, patrimonio o activos o que, a juicio de la autoridad competente, ejerza los derechos de propiedad o de uso sobre la totalidad o parte de los activos de la empresa receptora de la inversión; controle la tercera parte de los votos de sus órganos de dirección o administración o ejerza tal dirección mediante cláusulas contractuales o estatutarias.

¹⁷⁴ Véase SATTAR, S., «National Courts and International Arbitration: A double-edged sword?», en *Journal of International Arbitration*, Vol. 21, Issue 1. Kluwer International Law, The Netherlands, February, 2010, pp. 65-66.

obligaciones asumidas con el inversionista extranjero incluyendo también aquellas de origen contractual¹⁷⁵. Por tanto, ha señalado la doctrina que tal interpretación se deriva “... en el hecho de que una disputa relacionada con un contrato de inversión es, en definitiva, una disputa relacionada con la inversión, de manera que el contrato sobre inversión entre un Estado y un inversionista no implica una renuncia a la protección que pueda brindar el tratado bilateral”¹⁷⁶.

Esta definición amplia del concepto de inversión ha traído no pocas discusiones en la doctrina respecto a la eventual confusión entre los reclamos de origen convencional y los de carácter contractual, toda vez que los primeros tienen lugar ante el incumplimiento de un tratado y los segundos se refieren a problemas derivados de las pautas establecidas en un contrato. La clave, en definitiva, para evitar tal confusión radica en la calificación del término inversión¹⁷⁷. Tal como analizamos en el Capítulo II¹⁷⁸, el alegato defendido por los inversionistas extranjeros a los fines de obtener el amparo del instrumento legal aplicable pasa, en primer lugar, por el análisis de la calificación del derecho contractual como activo patrimonial conforme al Derecho del Estado receptor o por el Derecho aplicable al contrato y, en segundo lugar, por la determinación de si dicho activo está protegido por el APPRI.

De calificar como inversión bajo el instrumento legal aplicable y cumplidos los demás requisitos establecidos en el artículo 25 CW, el Tribunal Arbitral afirma su jurisdicción sobre el asunto y continúa el procedimiento arbitral. De no calificar el Derecho contractual como inversión, el inversionista extranjero debe acudir a los mecanismos de resolución de conflictos establecidos en el propio contrato.

Ahora bien, como analizaremos seguidamente, además de las definiciones legales y convencionales del término inversión, la práctica arbitral también ha desarrollado unos esquemas o parámetros de identificación de una inversión foránea, valga la redundancia, en el marco de un arbitraje de inversión tomando en cuenta todas las normativas analizadas.

¹⁷⁵ MAEKELT, T., «Tratados bilaterales de protección de inversiones...», *cit.*, pp. 339-340.

¹⁷⁶ MAEKELT, T., «Tratados bilaterales de protección de inversiones...», *cit.*, p. 340.

¹⁷⁷ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties*. Oxford University Press, Oxford - New York, 2010, p. 284; MAEKELT, T., «Tratados bilaterales de protección de inversiones...», *cit.*, pp. 344-345.

¹⁷⁸ Vid Capítulo II, Sección Primera – Calificaciones de los Términos “Inversión” y “Expropiación”.

4.1.2.3. Definición del término “inversión” en la práctica arbitral

Como acabamos de apuntar, junto a los otros requerimientos de nacionalidad y consentimiento de las partes, exigidos para la identificación de la jurisdicción del CIADI, los Tribunales Arbitrales deben examinar si la propiedad del inversionista foráneo califica como inversión conforme a las soluciones que expone la doctrina y los instrumentos convencionales y legales citados. De esta forma, verifican si, efectivamente, la controversia entre el Estado y el inversor extranjero versa sobre un problema suscitado en el marco de una inversión y determinan la competencia *ratione materiae* del Centro.

La cuestión no siempre resulta fácil de concretar dado que las variaciones que presenta la práctica son, en muchas ocasiones, inimaginables. Citamos, a continuación, cuatro asuntos que nos orientan respecto a la interpretación del término inversión en la práctica y, especialmente, sobre la creación de ciertos parámetros de identificación del referido vocablo en el marco de la misma.

1) En primer lugar, a modo ilustrativo de la cuestión planteada resulta especialmente el asunto *Fedax N.V. v. Venezuela* (1997)¹⁷⁹ que, a efectos de la calificación del término inversión, constituye un importantísimo precedente. En este caso la demandante, una compañía constituida y domiciliada en la Isla de Curaçao (que, para ese momento, formaba parte de las Antillas Neerlandesas), reclamó a la República de Venezuela el pago de unos instrumentos de crédito denominados notas promisorias, emitidas por ésta última, y endosadas a favor de la primera.

Venezuela objetó la jurisdicción del Tribunal Arbitral al señalar que el término inversión, de acuerdo al principio de buena fe, debe atender al significado contenido en los términos del CW, en atención a su objeto y propósito. Las notas promisorias no calificaban, en su opinión, como una inversión directa toda vez que no involucraron la transferencia de recursos durante un largo periodo de tiempo, con el objetivo de adquirir activos en el territorio del Estado receptor. Además, dicha inversión nunca llegó a desarrollarse en Venezuela, sino en el exterior.

¹⁷⁹ *Fedax, N.V. v. Venezuela*, Laudo sobre Jurisdicción de fecha 11/07/1997, Caso No. ARB/96/3, disponible en: www.worldbank.org/icsid [Fecha de visita: 11/08/2010]

El Tribunal Arbitral aclaró que las notas promisorias son instrumentos por medio de los cuales se declara por escrito la existencia de un crédito. Fueron en total 6 notas promisorias suscritas por Venezuela para reconocer su deuda por los servicios prestados bajo un contrato celebrado con la compañía Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. Y, bajo tales circunstancias, la República recibió un crédito por el monto de esas notas pagaderas en un tiempo específico y con la consecuente obligación de pagar intereses.

De acuerdo al artículo 5 del APPRI entre Venezuela y el Reino de los Países Bajos, se incluye bajo la categoría de “inversión” a los instrumentos de crédito y las transacciones efectuadas con ocasión de éstos. Asimismo, la Ley venezolana de crédito público vigente para la época definía que este tipo de operaciones como de interés público, toda vez que involucraban necesidades gubernamentales por lo cual se excluían de las propias de la actividad comercial ordinaria.

Las notas promisorias son instrumentos separados e independientes de la relación contractual que dio origen a la transacción de las partes. Emitidas en dólares americanos, circulan en el mercado internacional y pueden ser endosadas a favor de personas físicas o jurídicas foráneas, quienes se convierten automáticamente en beneficiarios. Por tal motivo, los créditos y los instrumentos financieros no son físicamente transferidos desde el territorio del país de origen. El crédito otorgado al deudor que, en este caso, fue la República, fue utilizado para financiar proyectos en pro del interés nacional y satisfacer las necesidades gubernamentales. Al considerar tales notas como inversión, el Tribunal Arbitral afirmó su jurisdicción.

Un aspecto interesante que planteó este Tribunal fue el análisis de ciertos elementos que permiten identificar la existencia de una inversión:

- a) Que tenga una duración cierta;
- b) Que regularmente arroje beneficios;
- c) Que enfrente riesgos para el inversionista;
- d) Que sea importante y determinante para el desarrollo del Estado receptor.

Además de atender a los requerimientos propios contenidos en el APPRI aplicable, hoy día este análisis se considera un “test” ineludible para los tribunales arbitrales que, en materia de inversión, se constituyan en el futuro¹⁸⁰.

2) En segundo lugar, otro caso importante para la definición del término inversión fue el asunto *Tokios Tokeles v. Ucrania* (2004)¹⁸¹. De acuerdo al APPRI Lituania - Ucrania es calificada como tal cualquier bien propiedad del inversionista en el territorio de uno de los Estados parte, de acuerdo a la legislación especial en la materia del país receptor. El Estado Ucraniano alegaba como defensa que la inversión realizada por la parte demandante no estaba amparada bajo el citado acuerdo bilateral, toda vez que no demostró que el capital invertido procedía de Lituania. El Tribunal Arbitral consideró que el CW estipula que el problema objeto del arbitraje verse sobre una inversión internacional. Sin embargo, no exige que la inversión sea financiada por parte de un capital de un específico origen y, por tanto, no es requisito para determinar la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

La otra defensa alegada por el Estado Ucraniano fue que la inversión fue realizada no estuvo conforme a la legislación vigente, por cuanto hubo errores en los documentos constitutivos de dicha inversión. El Tribunal, luego del estudio de las pruebas, dictaminó que la subsidiaria había obtenido los permisos necesarios para operar legalmente en Ucrania y durante 8 años estuvo registrada como una inversión lituana en dicho país. Según el Tribunal, tomar en consideración y estudio el alegato de la demandada, requeriría examinar detalladamente los procedimientos administrativos del Derecho ucraniano para excluirla o no como una inversión sobre la base de los referidos errores y, hacerlo, en definitiva, sería inconsistente con el propósito y objeto del CW¹⁸².

¹⁸⁰ DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment... cit.*, pp. 68 y ss. Los autores también señalan el asunto *Salini v. Marruecos* (2001) en el cual el Tribunal Arbitral aplicó el denominado *Salini Test* conforme al cual una inversión debe reunir como requisitos: a) la contribución del inversor con equipos, mano de obra y tecnología a la operación; b) una duración del proyecto de 2 a 5 años; c) la existencia de riesgos operacionales y d) que la inversión es aceptada por el Derecho del Estado receptor. Véase: *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Marruecos*, Caso No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 23/07/2001. Texto disponible en: www.icsid.worldbank.org [Fecha de visita: 15/12/2010]. Este test fue seguido más recientemente por el Tribunal Arbitral del asunto *Noble Energy Inc. v. Ecuador...*, *cit.*, párrafo 128.

¹⁸¹ *Tokios Tokeles v. Ucrania*, Caso No. ARB/02/18, Laudo sobre jurisdicción de fecha 29/04/2004, párrafos 74 al 82. Texto disponible en: www.icsid.worldbank.org [Fecha de visita: 15/12/2010].

¹⁸² *Tokios Tokeles v. Ucrania...*, *cit.*, párrafo 86.

3) En tercer lugar, otro asunto donde fue analizado el concepto de inversión de acuerdo a los parámetros expuestos en un APPRI corresponde al asunto *Tza Yap Shum v. Perú* (2009). El Tribunal Arbitral interpretó que dicho término fue definido por las partes contratantes en su más amplia fórmula: bienes muebles, inmuebles y otros derechos reales; acciones, capital y cualquier clase de participaciones, Derechos sobre dinero u obligación y concesiones celebradas mediante ley o contrato así como la exploración y explotación de petróleo¹⁸³.

4) Finalmente, otro caso importante y de reciente data lo constituye el asunto *Cemex Caracas Investments B.V y Cemex Caracas II Investments, B.V. v. Venezuela* (2010), al que hemos hecho referencia anteriormente, relativo a la nacionalización de las compañías dedicadas a la producción de cemento. En este asunto, la calificación del término inversión en el APPRI entre Venezuela y el Reino de los Países Bajos fue fundamental.

La parte demandada argumentó que las demandantes no eran propietarias directas de los activos ubicados en Venezuela y, por tanto, no calificaba como inversión directa contemplada dentro del ámbito de aplicación del referido convenio bilateral. El Tribunal Arbitral desestimó dicho alegato al señalar:

“...Cuando en el TBI se mencionan las inversiones “de” nacionales de la otra Parte Contratante, ello significa que esas inversiones deben pertenecer a dichos nacionales a fin de estar comprendidas en el Tratado. Pero ello no entraña que dichos nacionales deban tener la propiedad directa de esas inversiones. Análogamente, cuando en el TBI se menciona a las inversiones hechas “en” el territorio de una Parte Contratante, todo lo que exige es que el lugar en que se realice la misma inversión se encuentre en ese territorio. Ello no entraña que esas inversiones deban ser hechas “directamente” en dicho territorio”¹⁸⁴.

Del análisis de estos cuatro asuntos podemos puntualizar que, en definitiva, la interpretación que hacen los distintos Tribunales Arbitrales resulta muy amplia, tal como ilustra el caso *Tza Yap Shum*. Son calificados como inversión los activos de propietarios indirectos, como muestra el asunto *Cemex*. Incluso, si el activo circula en el mercado internacional, sin entrar al Estado receptor y, a pesar de ello, genera importantes beneficios para éste último, tal como lo reseña el caso *Fedax*, también constituye una inversión.

¹⁸³ *Señor Tza Yap Shum v. Perú...*, *cit.*, párrafos 105 y 107.

¹⁸⁴ *Cemex y otros v. Venezuela...*, *cit.*, párrafo 157.

Los parámetros para identificar una inversión foránea dependen, en buena medida, del APPRI aplicable. La práctica arbitral refiere la tendencia de los árbitros a seguir particularmente la calificación autónoma de dichos acuerdos bilaterales, como muestra de la voluntad plasmada por las partes, en aras de brindar la protección debida a la inversión.

Finalmente, el análisis jurídico-económico que se realiza en cada arbitraje de inversión, ha creado un test de identificación de una inversión, como fue expuesto en el caso *Fedax*. Es decir, se examina la existencia de una inversión foránea no sólo bajo el análisis del tipo de bien tangible o intangible que posea el inversionista, sino también el riesgo que asume el inversionista, la duración del proyecto, la contribución tecnológica – física – operacional que se despliega así como la contribución al Estado receptor, quien la acepta como legalmente constituida bajo su propia legislación nacional.

4.2. Reglas de procedimiento y el Derecho aplicable al fondo del asunto. Breves referencias.

Revisados como han sido los distintos requerimientos para la determinación de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal Arbitral en el marco de un arbitraje de inversión, desarrollamos a continuación unas breves referencias a las reglas de procedimiento y a la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto en este tipo especializado de arbitraje. Debemos advertir que se trata de un análisis muy sucinto y esquemático, que busca meramente establecer las grandes magnitudes de ambas cuestiones para el entendimiento de algunos de los puntos abordados a lo largo del trabajo.

4.2.1. Reglas de procedimiento arbitral

Respecto a las reglas procesales del arbitraje de inversión, al igual que el arbitraje comercial, éstas descansan sobre la voluntad de las partes. Esto es, debe tenerse en cuenta las disposiciones de la cláusula arbitral inserta en el contrato de inversión. En el supuesto que la base del acuerdo repose en un acuerdo multilateral o en un APPRI, el inversor determina y elige el tipo de arbitraje –

institucional o independiente - allí contemplados, luego de cumplir con el lapso establecido para la eventual conciliación.

Para el caso de elegir el arbitraje institucional, generalmente el CIADI, las partes han de atenerse a las reglas de procedimiento establecidas por el ente administrador. El CIADI posee un reglamento de Arbitraje en los supuestos en los cuales las partes son nacionales de Estados contratantes del CW, y reglas de arbitraje complementarias si una de las partes no es contratante del citado instrumento multilateral, denominadas Mecanismo Complementario.

Resulta interesante que mencionamos brevemente los aspectos resaltantes contenidos en las citadas reglas de procedimiento arbitral, además de las comprendidas en el Convenio de Washington:

a) Vencido el lapso conciliatorio expuesto en el APPRI, la parte demandante debe dirigir una Solicitud de Arbitraje por escrito, con la descripción del objeto de la diferencia, la identidad de las partes y el consentimiento de someterse al arbitraje, a la Secretaría General del CIADI. La Secretaría debe examinar si la materia cumple con los requisitos de jurisdicción del Centro. En caso afirmativo, la registra y procede a notificar a la parte demandada.

b) Dentro de los 90 días siguientes al envío de la notificación a las partes del registro de la solicitud, debe constituirse el Tribunal Arbitral. En este supuesto, las partes deben elegir, preferiblemente, árbitros de nacionalidades diferentes a los países involucrados. Dado que la Lista de Árbitros del Centro es abierta, las partes pueden elegir como árbitros a personas de reconocido prestigio que estén o no en la referida Lista Oficial.

c) Si vencido este plazo aún no se ha constituido el Tribunal Arbitral, a solicitud de una de las partes y luego de las consultas pertinentes, el Presidente del Consejo Administrativo debe efectuar el nombramiento de la Lista de Árbitros del Centro, dentro de los 30 días siguientes al recibo de la solicitud de designación. Se entiende que el Tribunal Arbitral se constituye cuando las partes son notificadas de la aceptación de todos los miembros del Tribunal Arbitral.

d) Dentro de los 60 días siguientes a su constitución, el Tribunal debe celebrar su primera sesión o audiencia, en la sede del Centro o en la institución con la cual exista algún convenio. En ella deben decidir el idioma del arbitraje, el

número y el plazo de presentación de escritos, el número de copias, las costas procesales y la forma de levantar el acta de todas las audiencias.

e) Gracias al principio *Kompetenz-Kompetenz*, el Tribunal tiene la potestad de decidir acerca de su propia competencia y, en virtud de ello, debe resolver todo alegato según el cual la diferencia no puede ser arbitrable por considerarse que está fuera de los límites de la jurisdicción del Centro. La decisión puede dictarse en un laudo arbitral previo o junto al laudo definitivo.

f) El Tribunal puede pedir a las partes la presentación de cualquier otro documento, el testimonio de un testigo o de un experto e, incluso, trasladarse al lugar de los hechos para practicar alguna prueba en específico. El Tribunal decidirá sobre la admisión de las pruebas promovidas por las partes y su valor probatorio.

g) Iniciado el proceso arbitral, las partes pueden solicitar al Tribunal la recomendación de medidas provisionales para salvaguardar sus Derechos. Es interesante la solución expuesta en los artículos 47 del CW y 39.6 de las Reglas de Arbitraje según la cual una de las partes puede solicitar el decreto de medidas provisionales, aún antes de iniciarse el arbitraje, ante cualquier autoridad judicial, siempre que se haya estipulado en el convenio donde conste su consentimiento.

h) En los supuestos de rebeldía de una de las partes, la otra puede solicitar al Tribunal que se avoque a las cuestiones que se le han sometido a su consideración y que dicte el laudo arbitral correspondiente.

i) Cerrada la instrucción de la causa y dentro de los 120 días siguientes, el Tribunal deberá presentar y firmar el laudo. El Secretario del Centro, al recibirlo, procede a autenticar el texto original y notificar a las partes con el envío de una copia certificada. La fecha del laudo corresponde al día de su envío a las partes. Si bien el Centro no puede publicar el laudo sin autorización de las partes, debe incluir parte de los razonamientos jurídicos en sus publicaciones.

j) El laudo puede ser sometido a la solicitud de aclaratorias, revisión o anulación, debidamente fundamentada, que registra el Secretario del Centro y conoce y decide un Comité *ad hoc*. Los laudos arbitrales tienen carácter obligatorio y vinculante para todos los Estados parte del Convenio de Washington. Deben ejecutarse como si fuera una sentencia nacional.

Como se observa, estas reglas consagran los principales lineamientos bajo los cuales se desarrolla un arbitraje de inversión: desde su inicio –una vez finalizada la etapa conciliatoria- hasta el dictamen del laudo arbitral. Al igual que el arbitraje comercial internacional, la normativa expresamente consagra el principio *Kompetenz-Kompetenz* bajo el cual cada Tribunal Arbitral puede conocer y decidir respecto a su competencia para conocer cada asunto. Asimismo, le asiste también flexibilidad a las partes en la etapa probatoria, pudiendo el panel de árbitros solicitarles la presentación de otro documento o testimonio importante para el esclarecimiento del caso. Finalmente y a diferencia del arbitraje comercial, el laudo arbitral es reconocido por los países contratantes del CW como si fuese una sentencia nacional, lo cual agiliza en gran medida su ejecución.

4.2.1.1. Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI

Además de las reglas de arbitraje antes mencionadas, el CIADI cuenta también con otro Reglamento. Nos referimos a las normas del Mecanismo Complementario, producto de la autorización del Consejo Administrativo al Secretariado de dicha institución arbitral, para administrar ciertos procedimientos entre Estados e inversionistas que están fuera del ámbito del Convenio de Washington. Tales procedimientos consisten en:

- a) Reglas de comprobación de hechos;
- b) Reglas de conciliación, y
- c) Reglas de Arbitraje.

Los supuestos en los cuales aplica el CIADI el citado Mecanismo Complementario son los siguientes:

- 1) Cuando resulten aplicables las reglas de comprobación de hechos;
- 2) Para conciliaciones o arbitrajes en los que una de las partes no proceda de un Estado contratante del Convenio de Washington;
- 3) Para conciliaciones o arbitrajes donde, siendo una de las partes nacional de un Estado contratante del referido Convenio, la diferencia no surja

directamente de una inversión. Se exige, en estos casos, que la operación –objeto del problema- no sea una transacción comercial corriente.

En este sentido, es de señalar que el Reglamento del Mecanismo Complementario incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C). Las últimas enmiendas al Reglamento del Mecanismo Complementario adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro entraron en vigor el 10 de abril de 2006.

De acuerdo al Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretariado del CIADI, dado que son competencias que están fuera de la competencia de esta institución, se requiere el acuerdo de las partes a este Mecanismo y su aprobación por el Secretario General. Tal anuencia dependerá de la documentación presentada por los involucrados. Además, de acuerdo al examen que realice, el Secretario puede requerir a las partes, adicionalmente, su acuerdo, en ciertos supuestos:

1) En primer lugar, cuando una de las partes es nacional de otro Estado parte del Convenio, en cuyo caso aceptarían la jurisdicción del CIADI conforme al artículo 25 del Convenio de Washington.

2) En segundo lugar, cuando se comprueba que el objeto de problema se distingue de una operación comercial ordinaria.

3) Y, en tercer lugar, cuando a juicio del Secretario General es probable que la Comisión de Conciliación o el Tribunal Arbitral, consideren que la diferencia surge de una inversión, ambas partes convengan en someter cualquier diferencia a la jurisdicción del CIADI.

4.2.2.1. Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario

Las Reglas de procedimiento arbitral en el Mecanismo Complementario establecen una serie de pautas que, en este apartado, revisamos muy sucintamente.

a) Una vez aceptado el acuerdo de las partes por parte del Secretario General, cualquiera de ellas puede presentar la solicitud de arbitraje ante el CIADI.

b) La Solicitud de Arbitraje debe contener la identificación de las partes, el acuerdo de arbitraje debidamente aprobado; la materia objeto del problema; indicación de la cantidad de dinero reclamada, así como la información que consideren necesaria para el desarrollo del proceso arbitral.

c) Cuando la Solicitud es aceptada por el CIADI, el Secretario General la registra y notifica tanto a la demandante como a la demandada de tal hecho. Es importante destacar que la aceptación de la Solicitud no afecta la competencia del Tribunal Arbitral para conocer y decidir la disputa, en atención al principio *Kompetenz-Kompetenz*. El Secretario se reúne con las partes para la determinación del número y forma de nombramiento de los árbitros. A falta de acuerdo el Tribunal Arbitral estará compuesto por 3 árbitros: los co-árbitros designados por cada parte y, el Presidente, nombrado de común acuerdo por éstos últimos.

d) Transcurridos 90 días después de la notificación del Registro de la Solicitud de Arbitraje, sin que haya tenido lugar el nombramiento, a solicitud de una de las partes, el Presidente del Consejo Administrativo puede hacer la designación faltante, en el lapso de 30 días.

e) Si dentro de los 60 días siguientes al Registro de la Solicitud no se han puesto las partes de acuerdo al número de árbitros ni respecto al método, el Secretario General puede informar a las partes de la constitución, a la brevedad, del Tribunal Arbitral. El Reglamento recomienda un sistema de intercambio de comunicaciones conforme al cual las partes eligen una dupla de candidatos a árbitros: como co-árbitro y como presidente del Tribunal, respectivamente. Si coinciden en el nombre de los candidatos o logran ponerse de acuerdo, designan los miembros del Tribunal Arbitral.

f) El Reglamento no contempla una audiencia de constitución del Tribunal Arbitral si no que entiende que éste se ha constituido en la fecha de notificación a las partes de la aceptación de los árbitros a su cargo. Al celebrar la primera audiencia, los árbitros deben realizar una declaración de independencia respecto a las partes y al problema planteado y se comprometen a mantener la

confidencialidad e imparcialidad debida. Esto no impide a las partes recusar a un árbitro por motivos justificados.

g) El arbitraje se lleva a cabo en el lugar que determine el Tribunal Arbitral, previa consulta a las partes y al Secretariado del CIADI. Asimismo, puede reunirse en el lugar que considere conveniente para facilitar la evacuación de pruebas de inspección y testimoniales.

h) El Tribunal Arbitral sustanciará el proceso arbitral y tomará las decisiones que considere adecuadas en pro del desarrollo del arbitraje, con la consulta a las partes y al Secretariado: idioma del arbitraje, número de copias por escrito presentado, forma y presentación de escritos, formas de envío y confirmación de recepción de documentos, así como fechas y lugar de las audiencias.

i) El Tribunal aplicará las disposiciones legales al fondo de la controversia elegidas por las partes. A falta de acuerdo, aplicará la ley que determine las normas de conflicto y las normas de Derecho internacional, que considere aplicables al caso. El Tribunal Arbitral puede decidir sobre la base de la equidad, siempre que tenga autorización de las partes y la ley aplicable al procedimiento arbitral lo permita.

j) El Tribunal Arbitral tiene facultad para decidir acerca de su propia competencia, como ya adelantamos. Una de las partes puede oponer la excepción de falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral, antes de la constitución del Tribunal o antes del vencimiento del lapso para la presentación de la contestación de la demanda o la dúplica. En estos supuestos, salvo que las partes hayan previsto un procedimiento expedito en su acuerdo, puede suspenderse el proceso arbitral para que el Tribunal dicte el laudo preliminar sobre su jurisdicción o, decida continuar con el arbitraje y decidir sobre el asunto junto a los temas de mérito en un laudo final.

k) Salvo acuerdo en contrario, de oficio o a solicitud de una de las parte, el Tribunal Arbitral puede decretar medidas provisionales para la protección de bienes o evidencias.

l) Respecto a las formas de terminación del arbitraje, el Reglamento contempla: 1. el desistimiento por alguna de las partes; 2. el convenimiento de

ambas respecto al fondo del asunto y la consecuente solicitud al Tribunal de su homologación por medio de un laudo arbitral, y 3. el dictamen del laudo arbitral final, finalizada la articulación probatoria.

m) Con relación a los laudos arbitrales, dentro de los 45 días siguientes a su notificación, cualquiera de las partes puede solicitar: 1. que el Secretario obtenga una interpretación de éste al Tribunal Arbitral; 2. La aclaratoria de cifras o errores y 3. La decisión sobre algún punto omitido en el texto del laudo. En esos casos, el Tribunal Arbitral determina el procedimiento a seguir y su decisión final formará parte del laudo. El laudo arbitral puede ser reconocido y ejecutado en otros países, contratantes del Convenio de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras¹⁸⁵.

Al igual que el anterior, el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario también ofrece flexibilidad a las partes y al Tribunal Arbitral para la tramitación del procedimiento arbitral. Sin embargo, difieren en el sentido que el Secretario del CIADI tiene una labor más decisiva en tanto que debe velar por el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del Mecanismo Complementario, además de las tareas pautadas para la administración del arbitraje.

4.2.2. Determinación del Derecho aplicable a los méritos en un arbitraje de inversión

Revisadas sucintamente las reglas de procedimiento arbitral, previstas tanto en el CW como en los Reglamentos de Arbitraje administrados por el CIADI, finalizamos este último apartado del Capítulo I con una aproximación a la identificación del Derecho aplicable a los méritos del asunto relativo a una inversión por parte de un Tribunal Arbitral. En este orden de ideas, resulta imprescindible comenzar con el examen de las previsiones contenidas en el artículo 42 CW que estipula:

“(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la

¹⁸⁵ El texto de este convenio internacional está disponible en la página web de CNUDMI: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html [Fecha de visita: 15/08/2011].

diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad 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”.

Siguiendo el orden establecido por la referida norma, estudiamos en primer lugar, el supuesto contenido en su último numeral referente al arbitraje de inversión de Derecho o de equidad, según la elección de las partes. En segundo lugar, examinamos los dos grandes supuestos expuestos en el primer aparte del artículo. Por un lado, aquellas ocasiones en que el Estado receptor y el inversionista han procedido a seleccionar el Derecho aplicable al fondo del asunto; y, por otro, cuando el Tribunal Arbitral se enfrenta a la tarea de identificarlo, ante la falta o la ausencia de acuerdo de las partes. Analicemos por separado, a continuación, cada uno de estos supuestos.

4.2.2.1. Arbitraje de inversión: ¿De Derecho o de equidad?

De acuerdo a la previsión del artículo 42.3 CW, las partes pueden autorizar al Tribunal Arbitral a decidir el problema derivado de una inversión conforme a la equidad. Este aspecto ha sido contemplado no sólo en el marco del citado instrumento convencional -en el ámbito del arbitraje de inversión- sino también en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI¹⁸⁶, así como en el de otras prestigiosas instituciones administradoras de arbitrajes comerciales internacionales¹⁸⁷. En ellos se expresa que los Tribunales Arbitrales pueden dictar

¹⁸⁶ Así, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010) establece en su artículo 35.2: “*El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (ex aequo et bono) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo*”; en tanto que Textos disponibles, respectivamente, en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf> [Fecha de visita: 15/08/2011].

¹⁸⁷ En efecto, el artículo 17.3 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC vigente hasta el 31/19/2011 señala una previsión parecida al Reglamento CNUDMI: “*El Tribunal Arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes*”. El nuevo Reglamento de Arbitraje de la mencionada Corte Internacional de Arbitraje expresa una solución similar en su artículo 21.3, que entra en vigencia a partir del 01/01/2012: “*El tribunal arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes*”. Asimismo, el Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo indica en su artículo 22, una norma del mismo tenor de las anteriormente mencionadas: “*El Tribunal*

sus laudos conforme a la equidad, siempre que las partes así lo autoricen. Aunque en la práctica esto ocurre con escasa frecuencia, sí debemos señalar que cuando las partes así lo estipulan, les otorgan a los árbitros una enorme libertad para que, a su leal saber y entender, identifiquen la solución al problema planteado. Tal como señala la doctrina, la selección de un arbitraje de equidad "...se trata de un encargo de la más alta confianza pues los árbitros fijan los parámetros que consideren más adecuados a la controversia y a sus circunstancias"¹⁸⁸.

Sin embargo, debemos advertir también que por el hecho de que puedan los árbitros tener mayor flexibilidad para el dictamen del laudo arbitral, ello no impide que deban tomar en cuenta los ordenamientos jurídicos involucrados en la controversia y, especialmente, las normas imperativas potencialmente aplicables. Su inobservancia puede acarrear la eventual nulidad del laudo arbitral y la denegación de su reconocimiento y ejecución en otros países con conexión directa con el caso planteado.

En el arbitraje de inversión, conforme al citado artículo 42.3 CW, las partes pueden decidir que la controversia sea resuelta *ex aequo et bono*. Tal elección puede identificarse fácilmente cuando se manifiesta de forma expresa en un contrato de inversión. Ahora bien, tomando en cuenta la previsión convencional citada, nos preguntamos: ¿podrían las partes autorizar al Tribunal Arbitral a decidir *ex aequo et bono* a través de una legislación o un APPRI?

La respuesta dependerá de si el propio instrumento legal seleccionado como aplicable por las partes, así lo permita. Este mismo razonamiento opera cuando se trata de un APPRI. Sin embargo, es de advertir que en ambos supuestos no siempre esto ocurre. Ello obedece a que, en primer lugar, generalmente la normativa local y convencional no siempre ofrece una previsión sobre ley aplicable y, en segundo lugar, aunque el artículo no lo indica, se requiere un acuerdo expreso de las partes para que un Tribunal Arbitral pueda decidir en

Arbitral decidirá la controversia ex aequo et bono o como amiable compositeur sólo si ha sido expresamente autorizado por las partes en tal sentido". Textos disponibles en:
http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_spanish.pdf
http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/2012_Arbitration%20and%20ADR%20Rules%20SPANISH.pdf
http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/40948/Arbitration%20Rules_2010_sp_final.pdf
 [Fecha de consulta: 26/10/2011]

¹⁸⁸ ESIS VILLARROEL, I. y HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., «Venezuela...», *cit.*, p. 734.

equidad, so pena de una eventual anulación del laudo¹⁸⁹. Así sucedió en el asunto *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (1981)¹⁹⁰. En este caso, el Gobierno de Camerún, a través de la sociedad estatal SOCAME, contrató los servicios del grupo alemán Klöckner para la construcción de una fábrica de abonos. Se pactó la compra al grupo de los equipos necesarios y se celebraron tanto el contrato de asistencia técnica como otros acuerdos para llevar a cabo la operación conjunta.

Al cabo de un tiempo, el desempeño de la referida fábrica no tuvo los resultados esperados y, en vista de esta situación, Klöckner decidió retirarse. Camerún acusó al inversionista por su incapacidad de prever las dificultades presentes en el mercado de abonos y por su falta de asistencia técnica. Al acudir a arbitraje CIADI, el Tribunal Arbitral determinó la violación del deber de lealtad en el cual incurrió Klöckner por cuanto se encontraba en la obligación de hacer de conocimiento a SOCAME de la situación del mercado y de los eventos que estaban afectando el proyecto. En virtud del artículo 52 del Convenio de Washington, el grupo alemán solicitó la anulación del laudo arbitral ante el Comité de Anulaciones. El Comité anuló el laudo al considerar que el Tribunal Arbitral se había excedido manifiestamente en sus facultades, porque decidió sobre la base de la equidad ciertos aspectos sin tomar en consideración el Derecho camerunés, sin autorización de las partes¹⁹¹.

En este orden de ideas, nos parece interesante la previsión del artículo 54.3 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, toda vez que exige el acuerdo de las partes para autorizar al Tribunal para decidir en equidad y, en adición a ello, también requiere que la ley aplicable al arbitraje lo permita. Generalmente dicha ley corresponde al lugar sede del arbitraje, elegido por las partes o en su defecto, por el Tribunal Arbitral¹⁹². Con este tipo de previsión se trata de garantizar que el laudo arbitral no pueda ser eventualmente anulado.

¹⁸⁹ SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, cit., p. 634.

¹⁹⁰ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros v. Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso No. ARB/81/2, Laudo Arbitral de fecha 21/10/1983 y Decisión de Anulación del Laudo por parte del Comité Especial de Apelaciones de fecha 03/05/1985. Texto disponible en: www.icsid.worldbank.org [Fecha de visita: 25/08/2011].

¹⁹¹ *Klöckner v. Camerún*, Decisión de Anulación..., cit., párrafos 77-79.

¹⁹² ZAMBRANA TÉVAR, N., *La determinación del Derecho aplicable...*, cit., p. 550.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, sí puede suceder que durante el curso del procedimiento arbitral las partes permitan expresamente al Tribunal Arbitral a decidir conforme a la equidad ciertos aspectos tales como los relativos al cálculo de la indemnización o la compensación y el de sus intereses¹⁹³. En forma similar como ocurre en un arbitraje comercial internacional, en el arbitraje de inversión al ser autorizado el Tribunal Arbitral para decidir *ex aequo et bono*, no debe desvincularse de otras normas jurídicas potencialmente aplicables y de principios de orden público internacional. Así, por ejemplo, debe atender a las previsiones del Derecho local del Estado receptor cuando las circunstancias del asunto así lo ameriten, como también a la normativa internacional de protección de Derechos Humanos¹⁹⁴.

4.2.2.2. La elección del Derecho aplicable al fondo del asunto

En términos generales, el principio de autonomía de las partes o autonomía conflictual, consistente en la libertad de las partes en elegir el orden jurídico aplicable a su relación jurídica contractual, ha sido consagrado en varios instrumentos internacionales. Sólo por mencionar algunos, podemos citar en el ámbito europeo, el Reglamento No. 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento “Roma I”)¹⁹⁵ y, en el ámbito interamericano, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI)¹⁹⁶.

¹⁹³ SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, cit., p. 639.

¹⁹⁴ SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, cit., p. 638.

¹⁹⁵ En efecto, su artículo 3 estipula: “*El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”. Reglamento CE No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17/06/2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Texto disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:ES:PDF> [Fecha de visita: 15/08/2011].

¹⁹⁶ El artículo 7 de la CIDADI expresa: “*El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable*”. Esta convención interamericana fue adoptada en el marco de la V Conferencia Especializada Interamericana en Derecho Internacional Privado (CIDIP – V), el 17/03/1994 en México. Actualmente, sólo dos

Ahora bien, en el marco del arbitraje de inversión, el artículo 42.1 CW en su primer aparte prevé la posibilidad de que las partes puedan seleccionar el Derecho aplicable al fondo del asunto. Esta elección puede ser realizada directamente cuando las partes suscriben un contrato de inversión y eligen no sólo el arbitraje de inversión, como mecanismo de resolución de conflictos, sino también el Derecho aplicable al mismo. Y, para los casos de falta de elección o silencio de las partes respecto a su determinación, los Tribunales Arbitrales deben examinar el Derecho del Estado receptor, junto a su sistema de DIPr, y las normas de Derecho Internacional que pueden ser también aplicables. Desarrollamos –a continuación– ambos supuestos en dos apartados distintos.

4.2.2.2.1. La elección directa e indirecta de las partes del Derecho aplicable

Como acabamos de afirmar, el artículo 42.1 CW consagra el principio de autonomía de las partes de forma tal que éstas determinan el ordenamiento jurídico aplicable a su relación jurídica por razones de seguridad jurídica y conveniencia para la operación a desarrollar. En la práctica, cada Tribunal Arbitral revisa detenidamente los supuestos fácticos y las disposiciones del contrato de inversión concluido entre las partes, para determinar la elección realizada por los involucrados del Derecho aplicable a los méritos del asunto sometido a su decisión. Esta elección expresa puede tener la forma de escogencia directa del ordenamiento jurídico o derivar de forma indubitada de los términos del acuerdo.

1) Con relación al primer supuesto, la elección expresa del Derecho aplicable al fondo del litigio, resulta interesante y gráfico citar el caso *World Duty Free v. Kenia* (2006)¹⁹⁷, asunto en el cual el demandante –una sociedad mercantil constituida en la Isla de Man– celebró un contrato de construcción, mantenimiento y operación de tiendas libres de impuestos con la República de Kenia, a ser ubicadas en los aeropuertos internacionales de las principales ciudades de dicho país. El inversionista extranjero reclamaba a la República

países la han suscrito y ratificado: México y Venezuela. Texto disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html> [Fecha de visita: 15/08/2011].

¹⁹⁷ *World Duty Free Company Limited v. Kenia*, Caso No. ARB/00/7, Laudo Arbitral de fecha 04/10/2006. Texto disponible en: www.italaw.com [Fecha de visita: 19/08/2011].

keniana la expropiación ilegal de su propiedad y de sus derechos contractuales por causa de una serie de medidas dictadas por sus autoridades.

El Tribunal Arbitral, siguiendo la previsión del artículo 42.1 CW, revisó el contrato celebrado entre las partes. El estudio arrojó que, en el mismo contrato, se habían seleccionado conjuntamente el Derecho inglés y el Derecho keniano como aplicables. A pesar de esa aparente contradicción al elegir dos ordenamientos jurídicos distintos, el panel de árbitros consideró las disposiciones de ambos tienen soluciones muy parecidas y decidió aplicarlas en forma simultánea. En tal sentido afirmó:

“As an express choice of applicable law to their contractual relation, these two provisions are perhaps awkwardly worded. For present purposes, however, no practical difficulty arises from their inconsistency (...). There is no material difference on the specific points at issue between the position at common law in England and Kenya. Moreover the Tribunal considers the two legal systems to have the same material effect as applied to this case”¹⁹⁸.

Este mismo caso nos conduce al análisis de otro aspecto importante dentro de la elección de las partes del orden jurídico aplicable. Nos referimos a las eventuales limitaciones que limitan este derecho y, particularmente, a la existencia de normas imperativas y las normas de orden público internacional. Ambas son de obligatoria observancia por las partes y el Tribunal Arbitral. Por tanto, su no aplicación puede acarrear, en el ámbito del arbitraje de inversión, la eventual anulación del laudo arbitral.

En este orden de ideas, se demostró en el curso del procedimiento arbitral que el contrato había sido suscrito entre las partes en el marco de una serie de hechos de corrupción. Bajo las normas de los Derechos inglés y keniano - aplicables como ya reseñamos en el caso en estudio-, así como conforme a la normativa internacional en la materia, son ilegales los contratos por medio de los cuales se articulan hechos de corrupción, como también aquéllos que fueron concluidos por actos de esta naturaleza¹⁹⁹. Al ser ilegal el contrato suscrito entre

¹⁹⁸ *World Duty Free v. Kenia...*, *cit.*, párrafo 159.

¹⁹⁹ *World Duty Free v. Kenia...*, *cit.*, párrafos 143-144. Respecto a la aplicación de normas de orden público y de normas imperativas, véase: ZAMBRANA TÉVAR, N., *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el Arbitraje de Inversiones*. Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 475 y ss., y SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, *cit.*, pp. 565-566.

las partes, el Tribunal Arbitral declaró sin lugar el alegato del demandante de expropiación ilícita.

2) Como hemos apuntado ya, la elección del orden jurídico aplicable a los méritos del asunto puede realizarse en forma directa, como mostró el caso *World Duty Free*, pero también puede derivar de forma indubitada de los términos del acuerdo. La práctica refleja que también cabe una elección expresa de la ley aplicable que, sin embargo, se realice de forma indirecta o tácita. Es decir, aunque en un supuesto determinado no hay una cláusula expresa que lo indique en el contrato de inversión, sí existen serios indicios de que las partes acordaron la aplicación de un determinado orden jurídico.

El caso *SPP v. Egipto* (1992)²⁰⁰ resulta muy ilustrativo a estos efectos. El demandante reclamaba la expropiación de ciertos proyectos turísticos, previamente acordados con la República Egipcia, producto de la entrada en vigencia de la Convención de UNESCO sobre protección de bienes culturales y patrimonio natural.

El contrato suscrito entre las partes no incorporaba una cláusula de elección de Derecho aplicable. Sólo tenía ciertas referencias al Derecho egipcio en su preámbulo. El demandado alegaba la aplicación del Derecho egipcio y supletoriamente del Derecho Internacional, en tanto que la demandante argumentaba la aplicación del Derecho del Estado receptor y del Derecho internacional en forma conjunta. Ante esta situación, el Tribunal Arbitral entendió la necesidad de aplicar el Derecho egipcio, como seleccionado por las partes en forma tácita y, la aplicación del Derecho Internacional, en el caso de lagunas existentes en el régimen jurídico local.

Del análisis del artículo 42.1 CW podemos inferir, en definitiva, que el texto convencional permite expresamente a las partes seleccionar el orden jurídico aplicable a los méritos del asunto debatido en un arbitraje de inversión. Dicha selección puede manifestarse explícitamente, tal como ocurrió en el contrato de concesión celebrado entre el inversor y el Estado receptor del asunto *World Duty Free*. Aunque, en este caso, la selección abarcó no uno sino dos órdenes jurídicos diferentes. A pesar de esa aparente contradicción, el Tribunal Arbitral aplicó armónicamente las disposiciones de ambas legislaciones, al encontrar soluciones

²⁰⁰ *SPP v. Egipto...*, *cit.*, párrafos 76 -80.

similares al asunto planteado. Vale destacar que este mismo asunto también nos revela la importancia de la aplicación de las normas de orden público internacional y las normas imperativas, de obligatoria observancia por las partes y por los operadores jurídicos.

4.2.2.2. Identificación del Derecho aplicable por parte del Tribunal Arbitral, a falta de acuerdo de las partes.

Una vez examinados los aspectos referentes a la elección expresa y tácita del Derecho aplicable a los méritos en un arbitraje de inversión, debemos revisar la segunda frase del artículo 42.1 CW. Esta norma convencional refiere que, a falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará la ley del Estado receptor de la inversión, incluyendo sus normas de DIPr, así como las normas de Derecho Internacional que considere aplicables.

Aproximamos, a continuación, con un poco más de detalle, la referencia a ambos órdenes jurídicos (nacional e internacional) realizado por los Tribunales Arbitrales. Este examen incluye, en primer lugar, el análisis del Derecho del Estado anfitrión y su sistema conflictual; y, en segundo lugar, la revisión de las normas de Derecho Internacional y su relación con el orden jurídico del país receptor de la inversión.

A. El Derecho del Estado receptor y sus normas de DIPr

La aplicación del Derecho del Estado anfitrión de la inversión no resulta un aspecto extraño para el inversionista extranjero, ni para el operador jurídico y mucho menos para el propio Estado receptor. Como señala la doctrina, esta previsión convencional responde al reconocimiento explícito de la aceptación de los paneles de árbitros en aplicar este orden jurídico en buena parte de los casos sometidos a su consideración²⁰¹.

La doctrina refiere como ejemplo ilustrativo de la selección del orden jurídico del Estado receptor el asunto *Amco v. Indonesia* (1984)²⁰². Este caso relata el

²⁰¹ FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras...*, cit., p. 276.

²⁰² *Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v. República de Indonesia*, Laudo Arbitral de fecha 20/11/1984. Texto parcialmente disponible en:

reclamo de un inversionista estadounidense por una serie de medidas dictadas por las autoridades indonesias que tuvieron como efecto la expropiación de sus intereses. Las partes habían suscrito previamente un contrato de construcción y posterior operación de un complejo hotelero por un lapso de 30 años.

Luego de una serie de diferencias suscitadas entre ellas, el socio local se impuso sobre la demandante en el manejo del hotel y, posteriormente, las autoridades gubernamentales revocaron al inversor de su licencia para efectuar negocios en dicho país. El Tribunal Arbitral, ante la falta de acuerdo de las partes, indicó que el Derecho aplicable a los méritos del asunto correspondía a la legislación del Estado receptor, junto a las normas de Derecho Internacional.

Respecto a la aplicación de las normas de DIPr del Estado receptor, debemos destacar que dada la pluralidad legislativa mundial, cada Estado tiene su propio sistema conflictual con soluciones muy diversas. Y depende, en buena medida, del asunto planteado para identificar cuál es la disposición aplicable²⁰³. En términos muy generales podemos afirmar que si el problema se refiere a una inversión relativa a un contrato, las previsiones sobre esa materia refieren la aplicación del ordenamiento jurídico más vinculado a la relación contractual, a falta de acuerdo de las partes²⁰⁴. Si se trata, en cambio, de un asunto societario, podría aplicar el Derecho del Estado de su constitución o el del lugar donde la sociedad ejecuta sus actos sociales²⁰⁵.

<http://www.bicli.org> y <http://www.trans-lex.org/240200> [Fecha de visita: 23/08/2011]. Véase también en AAVV: *ICSID Reports – Report of cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 1965, Vol. I (RAYFUSE, R., ED.). The Research Centre for International Law, University of Cambridge, Cambridge, 1993, p. 452.

²⁰³ DOUGLAS, Z., *The international law of investment...*, cit., pp. 45-46.

²⁰⁴ Existen ciertas variantes en este aspecto. En el ámbito convencional interamericano, la CIDACI establece como solución ante la falta o la ausencia de elección del Derecho aplicable, la teoría de la vinculación (artículo 9). La Ley de DIPr de Venezuela sigue esta solución (artículo 30). Sin embargo, en el ámbito europeo en el Reglamento Roma I (artículo 4) se plantean varias soluciones dependiendo del tipo de contrato. Si el caso concreto se enmarca en más de uno de esos tipos contractuales o en el supuesto de no calificar bajo la categoría de alguno de ellos, el operador jurídico debe aplicar el Derecho de la parte que ejecuta la prestación característica (es decir, la prestación no dineraria). Ahora bien, si a pesar de todas estas conexiones, el contrato está más vinculado a otro orden jurídico, se aplicará en definitiva éste último.

²⁰⁵ Respecto al tema societario también existe una diversidad de legislaciones potencialmente aplicables y su identificación a cada aspecto - constitución, requisitos formales, personalidad jurídica, capacidad de goce y capacidad de ejercicio) varía dependiendo del sistema de DIPr involucrado.

En este orden de ideas, es importante destacar la apreciación que, sobre este extremo, realizó el Tribunal Arbitral del asunto *LG&E v. Argentina* (2006)²⁰⁶. El litigio se refirió al reclamo de los demandantes contra la República Argentina por la violación de varios estándares contenidos en el APPRI y el incumplimiento de las garantías ofrecidas en el contrato de licencia para la distribución de gas natural, causados por las medidas tomadas por las autoridades gubernamentales para afrontar la grave situación económica que vivió ese país. Si bien este caso lo iremos desarrollando con más detalle en los siguientes Capítulos de nuestro Trabajo, conviene destacar por los momentos la decisión del Tribunal Arbitral respecto al Derecho aplicable a los méritos. Al aplicar el artículo 42.1 CW señaló lo siguiente:

*“Con relación a la remisión a las normas de Derecho internacional privado, el Tribunal no ha encontrado en los registros del CLADI ningún caso en el que el tribunal de arbitraje haya recurrido a las normas de conflicto del Derecho del Estado parte en la controversia. En el caso Amco v. Indonesia, se confirma este criterio por cuanto el tribunal de arbitraje, presidido por Berthold Goldman, afirmó que no consideraba necesario entablar una discusión sobre las normas de conflicto, pues las partes hacen constantes referencias al Derecho del Estado parte en la controversia y, además, ‘como la diferencia planteada ante este Tribunal tiene por objeto una inversión en Indonesia no hay ninguna duda de que las reglas sustanciales de Derecho común que el Tribunal debe aplicar son del Derecho indonesio’. El Tribunal, en este caso, comparte el mismo criterio”*²⁰⁷.

Esta afirmación del Tribunal es relevante toda vez que, aunque no sean tomadas totalmente en cuenta las normas de DIPr por los paneles de árbitros para la identificación del Derecho aplicable a los méritos del asunto, debemos tener en cuenta que si observamos al arbitraje de inversión como un todo, nos encontramos con la existencia de varios asuntos en paralelo que debe resolver el operador jurídico. Por tanto, al fraccionar cada uno de ellos podemos verificar que reciben un tratamiento distinto al resultarles aplicables otros potenciales ordenamientos jurídicos.

A título enunciativo podemos citar, en primer lugar, el examen de las reglas de procedimiento arbitral aplicables al asunto (si aplica el Reglamento CIADI o el Mecanismo Complementario). En segundo lugar, la identificación del Derecho aplicable al fondo del asunto —que, a su vez, también conlleva una serie

²⁰⁶ *LG&E Energy Corporation, LG&E Capital Corporation y LG&E International Corporation v. Argentina*. Caso No. ARB/02/1, Laudo Arbitral sobre responsabilidad de fecha 03/10/2006. Publicado en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 20/03/2011].

²⁰⁷ *LG&E v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 87.

de otros aspectos, como vamos examinando a lo largo de este apartado del trabajo-. Luego, en tercer lugar, al revisar si se cumplen los requisitos del artículo 25 CW para la determinación de la jurisdicción del Tribunal Arbitral, el operador jurídico debe revisar la nacionalidad del inversionista, cuya identificación dependiendo si es persona física o jurídica corresponde a otro ordenamiento jurídico distinto al Derecho aplicable al fondo del asunto o al procedimiento arbitral.

En este mismo orden de ideas, se examina la calificación de una propiedad como tal bajo el Derecho del Estado receptor, así como su posterior calificación como inversión bajo los términos de la norma convencional que resulte aplicable –que analizamos en el Capítulo II–. Y, finalmente, debe estudiarse el consentimiento de las partes al arbitraje de inversión conforme a las tres potenciales manifestaciones, todas igualmente válidas, desarrolladas en sede contractual, legislativa o convencional.

Todo este entramado de múltiples supuestos y potenciales ordenamientos jurídicos aplicables a una misma situación, junto a las distintas fuentes nacionales y convencionales en el tema, definitivamente evidencia la complicada realidad del arbitraje de inversión. A ello se suma un ingrediente adicional: la aplicación de las normas de Derecho Internacional como la costumbre o los principios de carácter transfronterizos, a que se refiere el artículo 38.1 del ECIJ como aplicables a los méritos del asunto. Sobre ello ahondamos en las próximas líneas.

B. Normas de Derecho Internacional y su relación con el Derecho del Estado receptor

De conformidad con el artículo 42.1 del Convenio de Washington, en su segundo parte, el Tribunal Arbitral debe también aplicar las normas de Derecho internacional. Atendiendo al Informe de Directores del Banco Mundial cuando se concluyó el CW, tales normas corresponden a las fuentes indicadas en el artículo 38.1 del ECIJ, no sin advertir que el ámbito de aplicación de dicha norma corresponde a las diferencias entre Estados²⁰⁸. A continuación desarrollados dos

²⁰⁸ A.A.V.V., «Informe de los Directores Ejecutivos...», *cit.*, pp. 47-48. El Artículo 38(1) del ECIJ indica: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica

breves apartados. Uno, referente al examen del referido artículo 38.1 ECIJ y otro, relativo a la relación entre el Derecho del Estado receptor y el Derecho Internacional.

B.1) Fuentes del Derecho Internacional

El mencionado artículo 38 del ECIJ expone como fuentes del Derecho Internacional, a las convenciones internacionales (generales o particulares), la costumbre internacional, los principios generales de derecho, las decisiones judiciales y la doctrina. De ellas, la doctrina considera como fuentes primarias, las tres primeras y, como secundarias, las dos últimas. Por tanto, siguiendo el orden establecido en el artículo por literales, examinamos brevemente cada una de las fuentes mencionadas:

1) En primer término, el Tribunal Arbitral siguiendo las disposiciones de los artículos 42.1 CW y 38.1 ECIJ, debe analizar las distintas fuentes convencionales, de carácter multilateral, regional y bilateral en materia de promoción de inversiones tales como el propio CW, TCE, TLCAN, CAFTA-Dr, Protocolo de Colonia, así como la enorme red de más de 2500 APPRI's concluidos en todo el mundo. Algunos de estos instrumentos convencionales pueden aplicables a los méritos del asunto.

2) En segundo término, debe aproximar la costumbre internacional. De forma muy simplista, podríamos señalar que bajo tal denominación se entienden como las prácticas generalizadas y uniformes aceptadas como Derecho, ejercidas por los Estados en forma unánime, como resultado de la conciencia jurídica colectiva, repetidas durante un periodo de tiempo²⁰⁹. En este sentido, son normas consuetudinarias la prohibición de expropiación, el estándar mínimo de protección a los extranjeros, la obligación de los Estados a indemnizar al inversor en casos de nacionalización y expropiación, la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados por hechos ilícitos desde el punto de vista

generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59."

²⁰⁹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 5º ed. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 221-227; JUSTE RUIZ, J. Y CASTILLO DAUDÍ, M., *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 104-105; y, BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*. 7º ed. Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, pp. 6-10.

transfronterizo, así como también la Carta de los Derechos Económicos y Obligaciones de los Estados, el día 12 de diciembre de 1974, bajo los auspicios de la Organización de Naciones Unidas²¹⁰ y algunas Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como por ejemplo la Resolución 1803 (XVII), de fecha 14 de diciembre de 1962 respecto a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales²¹¹. Los aspectos más resaltantes de las citadas prácticas generalizadas son analizados en el Capítulo II.

3) En tercer término, los Tribunales Arbitrales deben tomar también en cuenta los principios generales de Derecho tales como *pacta sunt servanda*, la buena fe, la excepción *non adimpleti contractus*, el enriquecimiento ilícito o el deber de mitigar los daños causados²¹².

4) Por último, deben igualmente observar las decisiones judiciales y la doctrina. En ese sentido, a lo largo de nuestro trabajo hemos ido enunciando una serie de decisiones dictadas por Comisiones especiales para la resolución de controversias producto de cambios políticos y económicos en países receptores de inversión foránea, así como de ciertas sentencias de la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, los Tribunales Arbitrales toman en consideración las distintas publicaciones de la doctrina especializada en la protección internacional de la inversión extranjera.

Como podemos apreciar, estamos en presencia de una enorme cantidad de fuentes normativas para la resolución de la controversia relativa a una inversión. Si revisamos cada laudo arbitral que hemos reseñado a lo largo de este Capítulo observaremos que prácticamente todos los Tribunales Arbitrales valoran la existencia de un APPRI o un convenio internacional vigente entre los Estados involucrados. Asimismo, examinan ciertos aspectos del Derecho del Estado demandado, al constituir -en buena parte de los asuntos- la sede de la inversión foránea. Ello no obsta, como analizamos con más detenimiento en los siguientes

²¹⁰ Texto disponible en:

http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1170870172/Carta%20de%20Der.%20y%20deberes%20economicos.doc?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBFD_1170870172%2FCarta+de+Der.+y+deberes+economicos.doc [Fecha de visita: 27/07/2009].

²¹¹ ZAMBRANA TÉVAR, N., *La determinación del Derecho aplicable...*, cit., pp. 317-318.

²¹² ZAMBRANA TÉVAR, N., *La determinación del Derecho aplicable...*, cit., p. 319. SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, cit., pp. 608-609.

Capítulos, a los paneles de árbitros al estudio de la costumbre internacional y de los principios generales del Derecho.

Ahora bien, al aplicar un Tribunal Arbitral en un arbitraje de inversión el ordenamiento jurídico del Estado receptor y el Derecho Internacional, nos preguntamos cómo pueden interrelacionarse ambos órdenes jurídicos en atención a la previsión del artículo 42.1 CW. Conviene que aproximemos esta cuestión, aunque sea de forma breve, dada su trascendencia.

B.2) Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho del Estado anfitrión de la inversión foránea

Sobre la aplicación de las «normas de Derecho Internacional» a que se refiere el segundo aparte del referido artículo 42.1, existe una discusión doctrinal – aún no finalizada– respecto a si tales normas internacionales se deben aplicar como complemento o como correctivo al Derecho del Estado receptor²¹³. En este sentido, se ha argumentado que, por un lado, de acuerdo a los documentos de trabajo preparatorios del CW la intención de los Directivos consistió en que el Derecho Internacional sirviese como correctivo ante lagunas presentadas en el Derecho del Estado anfitrión, así como en aquellas supuestos cuando este mismo Estado infrinja, aplicando su propio ordenamiento, una obligación de carácter transfronteriza que cause daños y perjuicios al inversor extranjero²¹⁴.

Por otro, también se ha afirmado que la aplicación del Derecho Internacional no debe ser simplemente correctiva, toda vez que en un ordenamiento jurídico las propias autoridades tienen sus propios recursos y fuentes para resolver una laguna. Su verdadera función responde al tipo de reclamo del inversor, momento en el cual se verifica si el problema corresponde a un incumplimiento de la legislación del Estado receptor o de una norma convencional²¹⁵.

²¹³ GRAMHAM, J., «¿Dónde queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?», en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, No. 14, Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado, México, 2004, pp. 147-165; VIVES CHILLIDA, J., *El Centro Internacional...*, cit., p. 190.

²¹⁴ SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention...*, cit., pp. 617-618.

²¹⁵ DOUGLAS, Z., *The international law of investment...*, cit., pp.130-133. ZAMBRANA TÉVAR, N., *La determinación del Derecho aplicable...*, cit., p. 345.

La práctica en este aspecto no es uniforme, dado que cada Tribunal Arbitral analiza las circunstancias de cada asunto a su discreción y determina la aplicación del Derecho Internacional. A modo ilustrativo citamos nuevamente el conocido asunto *Klückner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (1981), en el cual se aplicó el Derecho internacional como integrador ante las lagunas y antinomias del Derecho que regía el fondo del asunto²¹⁶. Recordemos que en este caso se relacionó con el reclamo de los inversionistas alemanes contra la República de Camerún por una serie de irregularidades cometidas por las autoridades de dicho país durante la construcción de una fábrica de abonos.

En virtud del artículo 52 del Convenio de Washington, el grupo alemán solicitó la anulación del laudo arbitral ante el Comité de Anulaciones. El Comité anuló el laudo al considerar que el Tribunal Arbitral se había excedido manifiestamente en sus facultades, entre ellas la no aplicación del Derecho camerunés. Respecto a la violación del artículo del artículo 42.1 CW por parte del Tribunal Arbitral, el Comité Especial de Anulaciones afirmó que el referido artículo convencional indica que, a falta de elección del Derecho aplicable, el Tribunal deberá aplicar el Derecho del Estado receptor junto a las normas de Derecho Internacional. Estas normas, en su opinión, poseen un doble papel:

“... Article 42 of the Washington Convention certainly provides that ‘in the absence of agreement between the parties, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute... and such principles of international law as may be applicable’. This gives these principles (perhaps omitting cases in which it should be ascertained whether the domestic law conforms to international law) a dual role, that is: complementary (in the case of a “lacuna” in the law of the State), or corrective, should the State’s law not conform on all points to the principles of international law. In both cases, the arbitrators may have recourse to the “principles of international law” only after having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute (which cannot be reduced to one principle, even a basic one) and after having applied the relevant rules of the State’s law. Article 42(1) therefore clearly does not allow the arbitrator to take his decision solely on the ‘rules’ or ‘principles of international law’”²¹⁷.

En paralelo a esta decisión, la práctica nos revela una variedad de asuntos en los cuales cada Tribunal Arbitral aplicó el Derecho Internacional y el Derecho interno del Estado receptor de una forma diferente. En unos casos, como correctivo del Derecho interno del Estado receptor; en algunos asuntos, los

²¹⁶ VIVES CHILLIDA, J., *El Centro Internacional de Arreglo de...* cit., p. 194.

²¹⁷ *Klückner v. Camerún...*, cit., párrafo 69.

paneles de árbitros atribuyen la misma importancia a estos dos órdenes jurídicos, mientras que en otros casos los paneles de árbitros consideran como complemento y fuente principal el Derecho Internacional sobre el Derecho nacional²¹⁸. A continuación citamos tres asuntos que ejemplifican estas tendencias.

1) En primer lugar, mencionados el caso *Autopista Concesionada de Venezuela v. Venezuela* (2003)²¹⁹. En este asunto, recordemos que se trató del reclamo de unos inversionistas contra la República de Venezuela por la revocación de una concesión para el mantenimiento de una importante autopista en Venezuela y la construcción de un viaducto. El consentimiento de las partes al arbitraje de inversión se manifestó por vía contractual, a través del contrato de concesión concluido entre las partes.

A pesar de la existencia de varias referencias al Derecho venezolano en el referido contrato como para considerar que hubo una elección tácita de las partes a dicho ordenamiento jurídico, el Tribunal Arbitral consideró que no hubo intención mutua de aplicar, en forma exclusiva, ni el Derecho de Venezuela ni el Derecho Internacional. Al aplicar la solución del artículo 42.1 CW, consideró que los méritos debían ser resueltos conforme a los preceptos del contrato (junto a ciertos Decretos aplicables al supuesto), prevaleciendo el Derecho Internacional sobre las normas nacionales en casos de conflicto²²⁰.

2) En segundo lugar, algunos Tribunales Arbitrales aplican las normas de Derecho Internacional en forma prevalente sobre el Derecho interno. Así el asunto *L.G. & E. y otros v. Argentina* (2006) es un ejemplo de esta tendencia. Ante la falta de acuerdo expreso de las partes respecto al orden jurídico aplicable para resolver el problema planteado por la violación de varios estándares contenidos en el APPRI – concluido entre Argentina y Estados Unidos - y el incumplimiento de

²¹⁸ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, *cit.*, pp. 209 y ss. Véase también el interesante estudio práctico efectuado por Zambrana Tévar al respecto: ZAMBRANA TÉVAR, N., *La determinación del Derecho aplicable...*, *cit.*, pp. 348 y ss.

²¹⁹ *Autopista vs. Venezuela...*, *cit.*, párrafos 1-50.

²²⁰ *Autopista vs. Venezuela...*, *cit.*, párrafo 105. Debemos señalar que la decisión sobre el Derecho aplicable en este laudo arbitral resulta muy ambiguo. De la lectura de los hechos y del contrato, se evidencia que hubo elección implícita del Derecho venezolano por las partes. Luego, el propio Tribunal reconoce que siendo el contrato la base del consentimiento al arbitraje de inversión, no puede aplicar el Derecho Internacional en su función correctiva o complementaria. Y, posteriormente, se contradice al decidir aplicar el Derecho Internacional sobre el local en el supuesto que éste último contradiga los preceptos del primero.

las garantías ofrecidas en el contrato de licencia para la distribución de gas natural, el Tribunal Arbitral aplicó la previsión del artículo 42.1 CW.

En opinión del panel de árbitros, el Derecho Internacional priva sobre el Derecho nacional cuando existen contradicciones, por cuanto un Estado no puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones convencionales alegando normas de Derecho interno²²¹. Por cuanto el reclamo del inversor consistió en la violación de estándares convencionales consagrados en el APPRI, el Tribunal consideró la aplicación del Derecho Internacional complementado con el Derecho argentino²²².

3) Seguidamente, en tercer lugar, citamos el asunto *CMS Gas v. Argentina* (2005)²²³ referente al reclamo de un inversionista estadounidense por la suspensión de las tarifas y fórmulas de ajuste del suministro de gas durante la crisis económica argentina. El demandante calificó este problema como un incumplimiento del APPRI concluido entre los países involucrados. El Tribunal Arbitral consideró que la interpretación del artículo 42CW ha dado lugar a muchos debates y cuestionamientos, particularmente respecto a la aplicación del Derecho Internacional como complemento o como correctivo. Y, en este sentido, para la resolución del caso determinó la aplicación del Derecho interno y del Derecho Internacional cuando los hechos de la controversia lo requieran, sin excluir una fuente de otra y sin orden de prelación²²⁴.

4) Finalmente, en cuarto lugar, citamos el asunto *Suez y otros v. Argentina* (2010)²²⁵, referido al reclamo de unos inversionistas británicos, franceses y españoles por la pérdida de su inversión en Argentina y, en particular, por la expropiación indirecta de sus intereses en una concesionaria constituida con el propósito de ofrecer el servicio de distribución de agua en la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores.

²²¹ *LG&E v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 94.

²²² *LG&E v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 98.

²²³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Caso No. ARB/01/8, Laudo Arbitral de fecha 12/05/2005. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 15/08/2011].

²²⁴ *CMS v. Argentina...*, *cit.*, párrafos 115-122.

²²⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. v. Argentina / AWG v. Argentina* (siendo ambos casos consolidados en un mismo arbitraje. El primero, No. ARB/03/19 y el segundo, sin número, pero administrado bajo las reglas de arbitraje de CNUDMI). Laudo Arbitral sobre Responsabilidad de fecha 30/07/2010. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 19/05/2011].

El Tribunal Arbitral a la hora de examinar el Derecho aplicable a los méritos del asunto señaló que la solución al respecto en todos los APPRI involucrados (Francia, España y Reino Unido) es la misma: el fondo se resuelve conforme a las reglas de Derecho elegidas por las partes. Y, en tal sentido agregó que cuando las partes eligen la vía arbitral bajo los términos del tratado, los inversionistas también aceptan las reglas contenidas en ellos. Por tal motivo, consideró la aplicación conjunta de las normas de los APPRI junto a las disposiciones del Derecho argentino (como orden jurídico del Estado receptor) y del Derecho internacional²²⁶.

Todos los asuntos mencionados revelan, en definitiva, una diversidad de interpretaciones respecto a la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. Coincidimos con Zambrana Tévar al afirmar que resulta muy complicado extraer en todos los asuntos un lugar común al respecto, por cuanto “... los tribunales pretenden tener la máxima flexibilidad y capacidad de actuación”²²⁷. Los asuntos *Klöchner* y *Autopista* evidencian la tradicional consideración del Derecho Internacional como complemento o como correctivo del Derecho interno. Sin embargo, podemos también apreciar cierta tendencia de los Tribunales Arbitrales a aplicar las soluciones contenidas en el Derecho Internacional y, en particular, las previsiones del APPRI, como primera fuente, antes de acudir al Derecho nacional, como evidencia *LG&E*. Ello, lógicamente, depende de las circunstancias y, sobre todo, del tipo de reclamo efectuado por el inversor extranjero, como reseña el asunto *CMS Gas*. Y, finalmente, otros paneles de árbitros consideran la aplicación simultánea de ambos ordenamientos jurídicos –convencional y local- como ilustra el caso *Suez y otros*.

4.2.2.3. Otras previsiones convencionales en materia de identificación del Derecho aplicable a los méritos del asunto en el marco de un arbitraje de inversión

Una vez analizada la solución expuesta en el CW respecto a la identificación del Derecho aplicable a los méritos del asunto por parte del Tribunal Arbitral, debemos reseñar también otros instrumentos convencionales

²²⁶ *Suez y otros v. Argentina...*, *cit.*, párrafos 59-63.

²²⁷ ZAMBRANA TÉVAR, N., *La determinación del Derecho aplicable...*, *cit.*, p. 425.

que contienen ciertas normas al respecto. A modo ilustrativo podemos citar las previsiones contenidas (1) en el TCE, (2) en el TLCAN y en el CAFTA-Dr y (3) en el Protocolo de Colonia en el ámbito del MERCOSUR:

1) En primer lugar, ubicándonos en el ámbito europeo, el artículo 26.6 del TCE establece que el Tribunal Arbitral decidirá los asuntos sometidos a su decisión conforme a dicho instrumento convencional y a las normas del Derecho Internacional que resulten aplicables.

2) Ahora bien, en segundo lugar, en el ámbito americano encontramos una variedad de soluciones. Por un lado, la primera aproximación la encontramos contenida en el artículo 1131.1 del TLCAN, que reproduce exactamente la misma solución del TCE, es decir, ordena la aplicación del tratado junto a las normas de Derecho Internacional.

Por otro, la segunda aproximación corresponde al Tratado de Libre Comercio concluido entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana (CAFTA-Dr). Su artículo 10.22 contiene una previsión más detallada. Si el problema suscitado entre las partes se refiere directamente a una inversión, se aplicará el tratado y el Derecho internacional. Si el problema deviene de un contrato de Estado o de una autorización para invertir, éste será resuelto tomando en consideración las normas previstas en el propio contrato o en la autorización, valga la redundancia. A falta de acuerdo, se aplicará el Derecho del demandado, incluyendo sus normas de conflicto y las normas de Derecho Internacional²²⁸.

3) Y, finalmente, la tercera aproximación responde a una solución contenida en una forma más generalizada se ubica en el marco del MERCOSUR. Nos referimos al artículo 9.5 del Protocolo de Colonia el cual indica que todas las controversias entre el Estado receptor y el inversionista serán resueltas por cada Tribunal Arbitral conforme a los acuerdos particulares concluidos por las partes respecto a la inversión, además de las disposiciones de dicho Protocolo, al Derecho de la Parte contratante (parte de la controversia) incluyendo sus normas de conflicto y, finalmente, a los principios del Derecho Internacional en la materia.

²²⁸ Esta misma previsión está contenida en el TLC entre Estados Unidos y Chile, en el artículo 10.21. Texto disponible en la página web: http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf [Fecha de visita: 22/08/2011].

Todas estas disposiciones nos revelan un prisma de soluciones convencionales. El TCE y el TLCAN se orientan hacia la aplicación simultánea del Derecho internacional junto a sus propias disposiciones. En tanto que los más recientes convenios internacionales se inclinan a desarrollar normas más elaboradas que combinan la aplicación del Derecho del contrato (si fuere el caso), los acuerdos pactados entre las partes para la operación de la inversión junto a los preceptos del Derecho internacional y el ordenamiento jurídico del Estado receptor.

Ahora bien, en paralelo a estas disposiciones convencionales, la práctica refiere a que cada Tribunal Arbitral, en consideración a la previsión contenida en la normativa convencional aplicable, determina caso por caso cual es el orden jurídico que rige los méritos del arbitraje de inversión. Las apreciaciones de cada panel de árbitros, como indicamos anteriormente respecto a la aplicación del Derecho interno del Estado receptor y el Derecho Internacional, no coinciden exactamente.

CAPÍTULO II

EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN FORÁNEA: DE LAS CALIFICACIONES Y LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE UNA EXPROPIACIÓN LÍCITA EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

SECCIÓN PRIMERA – CALIFICACIONES DE LOS TÉRMINOS ‘INVERSIÓN’ Y ‘EXPROPIACIÓN’

1. DE LA CALIFICACIÓN DEL TÉRMINO ‘INVERSIÓN’ COMO INTERÉS PROTEGIDO POR LOS INSTRUMENTOS CONVENCIONALES EN LA MATERIA

Los inversionistas foráneos buscan, como propósito final de su inversión, alcanzar los beneficios económicos y monetarios de la actividad económica emprendida, de forma tal que puedan repatriar dichos ingresos al país de origen (o transferirlos a otro de su preferencia) y, así, recuperar el capital invertido. Sin embargo, cuando la inversión se traduce en una obra de gran envergadura o un contrato de larga duración, existen importantes riesgos a considerar. Ello requiere, lógicamente, el análisis exhaustivo de las condiciones económicas y políticas del país donde invierten.

Ahora bien, una vez iniciado el contrato o el proyecto de inversión, los resultados favorables que arrojan estos estudios de factibilidad pueden quedar relegados cuando, por las razones que sean, el clima pro inversión desaparece en el Estado anfitrión²²⁹. Puede suceder que el Estado receptor, una vez iniciada la obra o en pleno proceso de la operación, por acción o por omisión, efectúe interferencias que causan detrimento o, incluso, la pérdida de la inversión.

Calificados como riesgos políticos, estas interferencias pueden configurarse como acciones gubernamentales que hagan imposible la viabilidad económica del proyecto. Se mencionan como ejemplos ilustrativos: el aumento excesivo y no pautado de impuestos; la no entrega de permisos para operar legalmente; la renegociación forzada de contratos ya concluidos; la imposición de nuevos controles estatales no previstos; la nacionalización y la expropiación²³⁰.

Debemos aclarar que, bajo los parámetros del Derecho internacional público, las nacionalizaciones y las expropiaciones constituyen actos desarrollados

²²⁹ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 8.

²³⁰ RUBINS, N. Y KINSELLA, N.S., *International investment, political risks and dispute resolution. A practitioner's guide*. Oceana Publications Inc., New York, 2005, pp. 26-27.

por un Estado, en ejercicio de su soberanía, a través de los cuales una persona física o jurídica es privada de un bien de su propiedad. Estas acciones tienen como objetivo final salvaguardar el interés público de la ciudadanía²³¹. Como analizamos en las próximas páginas, los Estados pueden también nacionalizar y expropiar los recursos naturales que se encuentren en sus fronteras nacionales así como las actividades económicas por causa de utilidad pública y social. Sin embargo, este Derecho vendría acompañado del correlativo deber de compensar al inversor foráneo²³².

Sin embargo, no son estas las únicas situaciones que pueden darse toda vez que, sin discutir la potestad soberana de los Estados, también se han suscitado ciertos problemas cuando la expropiación o la nacionalización no atiende exactamente a fines de interés público. Nos referimos a aquellos supuestos donde las expropiaciones se traducen en actos dictados sobre la base de discriminación, respecto a otros competidores en el mismo mercado económico; por la omisión de otorgamiento de licencias de operación de la inversión; por faltas graves al debido proceso; por interferencias desarrolladas por los órganos gubernamentales del Estado receptor contra el inversionista, o incluso el impago de la compensación correspondiente²³³.

La coexistencia de estas situaciones junto a los estrechos límites que existen entre unas y otras suscitan graves problemas prácticos y generan la existencia –no siempre de fácil concreción e interpretación– de parámetros legales y convencionales que permitan calificar a una expropiación como internacionalmente lícita o no. A la complejidad del debate se une, además, la maleabilidad en el uso de los conceptos –expropiación, nacionalización, confiscación– que siendo diferentes entre sí, se solapan en ocasiones.

La situación planteada nos conduce a analizar en este Capítulo, los principales aspectos relacionados con la problemática de la expropiación de los activos de un inversionista foráneo en el territorio del Estado receptor. Este

²³¹ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 54.

²³² ALVIK, I., *Contracting with Sovereignty: State contracts and international arbitration*. Hart Publishing, Ltd., Oxford and Portland, 2011, pp. 240-248; BISHOP, R. D., «International arbitration of petroleum disputes: The development of a *Lex Petrolia*», en *International Energy and Minerals Arbitration*, Paper 2, Mineral Law Series, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Texas, 2002, p. 21; TSCHANZ, P.-Y., «The contribution of Aminoil award to the law of State contracts», en: *The International Lawyer*, Vol. 18, N° 1. American Bar Association, 1984, p. 278.

²³³ RUBINS, N. Y KINSELLA, N.S., *International investment, political risks...*, cit., p. 13.

estudio debe realizarse en varias etapas, en conjunción con las soluciones convencionales existentes, y atendiendo a las pautas desarrolladas en la práctica a través del análisis de los laudos arbitrales.

Así, en primer lugar, conforme a la doctrina internacional y, muy especialmente, concordando con la posición de Dolzer y Schreuer, debemos analizar la calificación del término “inversión”, como interés protegido en consonancia con el tenor de los convenios multilaterales y APPRI²³⁴. Esto es, debe analizarse si el bien, propiedad de un inversor foráneo, y objeto de la expropiación, califica como inversión protegida bajo el amparo de los instrumentos convencionales.

En segundo lugar, estudiamos el concepto de “expropiación” y lo distinguimos de otros términos como “nacionalización” o “confiscación”, que siendo diferentes se utilizan en ocasiones como casi equivalentes, así como de las denominadas “expropiaciones indirectas”. De seguidas, en tercer lugar, analizamos los principales parámetros que, bajo el Derecho internacional, existen para identificar una expropiación lícita. De no cumplir todos los requerimientos, estaremos en presencia de una expropiación ilegal, cuyas consecuencias acarrearán la responsabilidad internacional del Estado receptor, objeto de nuestro último punto a tratar en este Capítulo.

1.1. *Concepto de inversión*

El objetivo final en el que convergen los más de 2500 APPRI concluidos en todo el mundo, consiste en brindar seguridad jurídica tanto al inversionista como al Estado receptor para que fluya, en el ámbito transfronterizo, la circulación de capitales. La inversión, como interés protegido por estos instrumentos convencionales, por un lado, permite al Estado receptor reducir la pobreza y mejorar su economía. Por otro, brinda al inversionista la oportunidad de abrir nuevos mercados y obtener lucro por sus actividades²³⁵.

²³⁴ DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 90. Los autores señalan al respecto: “... This facet has not traditionally been in the forefront of academic and practical discussions but has received some prominence more recently. Most contemporary treaties in their provisions dealing with expropriation refer to investment”. Véase también: DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., p. 439.

²³⁵ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., pp. 6-9.

La inversión extranjera, desde el punto de vista económico, requiere el esfuerzo pecuniario determinado por un valor en moneda de libre circulación mundial que genera, en el tiempo, unos dividendos estimables. Ahora bien, desde la óptica jurídica, ante la fragmentada y enorme red de APPRI y de ordenamientos jurídicos nacionales, el intérprete debe analizar la calificación en ellos contenida respecto al término “inversión”, en concordancia con los supuestos de cada caso en concreto.

El análisis de los diversos APPRI refleja cómo en ellos se incorpora una premisa común. Como analizamos en el Capítulo I, un aspecto a considerar para la determinación de la jurisdicción de un Tribunal Arbitral, conforme al artículo 25 CW, consiste en que el problema entre el Estado receptor y el inversionista, sea específicamente producto de una inversión. En este sentido, todos los instrumentos convencionales regionales y bilaterales, así como las legislaciones nacionales especiales en la materia, contienen sendas calificaciones del vocablo “inversión”. Un concepto amplio en el que hoy día podemos afirmar que alude no sólo a los bienes tangibles, donde el inversionista, como propietario, tiene el uso, goce y disposición sobre éstos. También se extiende a bienes intangibles, Derechos contractuales, licencias o permisos necesarios para la legal y efectiva operación de la inversión. Dos ejemplos ilustrativos podemos citar en este sentido.

a) Por un lado, a nivel convencional, el APPRI concluido entre el Reino de España y la República Bolivariana de Venezuela contiene una lista de lo que puede calificar como inversión. Así, su artículo I.2 refiere:

“Por inversiones se designa todo tipo de activos, invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante y, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- a) Acciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en sociedades;*
- b) Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin;*
- c) Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;*
- d) Todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, conocimientos técnicos y fondos de comercio;*

e) *Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la Ley o en virtud de un contrato, inclusive los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales*²³⁶.

b) Y, por otro lado, un ejemplo de la calificación de inversión contenida en una legislación nacional corresponde a la Ley de Inversiones de República Dominicana. Su artículo 2, indica lo siguiente:

“Art. 2.- La Inversión Extranjera puede asumir las siguientes formas:

a) Aportes en moneda libremente convertible, canjeada en una entidad de intermediación financiera y/o agente de cambio debidamente autorizado por la Junta Monetaria para realizar intermediación cambiaria.

b) Aportes en naturaleza, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materia prima, productos intermedios y bienes finales, así como aportes tecnológicos intangibles; y

c) Los instrumentos financieros a los que la Junta Monetaria les atribuye la categoría de inversión extranjera, salvo aquellos que sea el producto de aportes o internamiento de una operación de reconversión de deuda externa dominicana.

Párrafo I.- Independientemente de las inversiones contempladas en el literal b) de este artículo, podrán suscribirse contratos de transferencia de tecnología con personas físicas o morales extranjeras, tales como contratos de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de servicios técnicos, de ingeniería básica y de detalle.

*Párrafo II.- Se entiende por aportes tecnológicos intangibles los recursos provenientes de la tecnología, tales como marcas de fábrica, modelos de productos o procesos industriales o de servicios, asistencia técnica y conocimientos técnicos, asistencia gerencial y de franquicias. El reglamento de aplicación de la presente ley determinará el régimen general que se aplicará a la tecnología, incluyendo las áreas en las que se permitirán la capitalización de los aportes tecnológicos intangibles*²³⁷.

Las definiciones en sede convencional bilateral del término inversión son tomadas muy en cuenta por los Tribunales Arbitrales en la práctica, dado que dichos textos constituyen la muestra de la voluntad de los Estados plasmadas en estos instrumentos internacionales. Es así como, en atención a cada asunto y sus

²³⁶ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones, publicado en el Boletín Oficial Español N° 245, de fecha 13/10/1997. Texto disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/VEN_Spain_s.pdf [Fecha de visita: 15/05/2011].

²³⁷ Ley 16-95, del 20/11/1995, de Inversión Extranjera de la República Dominicana. Texto disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/NatLeg/RDM/L_InvsExtranj_s.pdf [Fecha de visita: 15/05/2011].

particularidades, cada panel de árbitros trata de determinar si el problema está relacionado o no con una inversión, como requisito de jurisdicción.

1.2. De la identificación de una propiedad como inversión: pasos a seguir

La doctrina internacional, tal como acabamos de afirmar, expresa como uno de los aspectos centrales en la identificación de una inversión, el examen de verificación de que la propiedad, objeto del problema en un arbitraje de inversión– y, en nuestro caso, punto focal de la expropiación –, se encuentre protegida por los convenios multilaterales y bilaterales aplicables.

Dada la diversidad del complejo entramado de fuentes en el ámbito de la protección de la inversión foránea, cada uno de los instrumentos convencionales identifica cuáles son las inversiones – valga la redundancia – que están incluidas en su ámbito de aplicación material y, por ende, reciben protección internacional. Pero, al mismo tiempo también se debe identificar si la propiedad califica como tal bajo el ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión.

Por ello, a la hora de resolver un problema relativo a la expropiación de intereses de un inversionista extranjero en el territorio de un Estado, el operador jurídico debe articularse en dos etapas:

a) En primer lugar, debe examinar si el bien tangible o no, objeto del problema, constituye una propiedad, conforme al Derecho del Estado receptor. Y,

b) Calificado el bien como propiedad, identificar si está o no amparado bajo la protección brindada por el convenio multilateral o bilateral que resulte aplicable al caso.

Ante el complejo entramado de fuentes convencionales y, al mismo tiempo, la diversidad legislativa respecto a la calificación de una propiedad como tal conforme a los distintos ordenamientos jurídicos existentes, nos aproximamos a analizar estas dos etapas de estudio a través de la práctica arbitral en la materia.

1.2.1. Calificación del bien como propiedad bajo el Derecho del Estado receptor de la inversión

El requisito expuesto en el CW y en muchos APPRI es que las disputas sometidas ante el CIADI se refieran a controversias relativas a una inversión. Tal como refiere la doctrina, generalmente la inversión foránea se articula a través de la adquisición de bienes y Derechos de carácter patrimonial. A su vez, esos activos e intereses están regulados por el ordenamiento jurídico del lugar donde se ubican²³⁸. Incluso, cuando la inversión no se desarrolla expresamente en el Estado receptor ni tiene presencia física en él se exige que, al menos, tenga conexión con dicho Estado por su contribución al desarrollo socio-económico.

Así, en este primer paso de análisis se observa, tanto en los convenios multilaterales como en los APPRI, la ausencia de normas materiales que permitan identificar la existencia, la clasificación, la extensión y la extinción de la propiedad²³⁹. Generalmente en sede convencional sólo se limitan a remitirse a la legislación del Estado anfitrión que identifica la legalidad o no de la inversión²⁴⁰. Ejemplo ilustrativo de ello lo constituye el artículo I.2.e) del APPRI concluido entre España y Venezuela que califica como inversión los Derechos (autorizaciones, concesiones o licencias) para realizar actividades comerciales y económicas otorgados por la legislación de una de las Partes Contratantes. En consecuencia, el operador jurídico debe analizar las normas del Derecho del Estado receptor, a los fines de determinar la existencia o no de la propiedad que es reclamada por el inversor foráneo²⁴¹.

²³⁸ DOUGLAS, Z., *The international law of investment...*, cit., p. 52.

²³⁹ MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration*. Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, p. 69. Estos últimos autores señalan: “The fact that the interpretation of BITs is governed by public international law does not exclude domestic law from consideration by investment treaty tribunals. The main role of domestic law is in defining the scope of the investment protected”. Véase también SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign...*, cit., p. 224. Respecto a la importancia de revisar el orden jurídico del Estado anfitrión, véase: SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 167.

²⁴⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores (Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 159-160. Véase también SHEPSTON OVERLY, M. «When private stakeholders fail: Adapting expropriation challenges in transnational tribunals to new governance theories», en: *Ohio St. Law Journal*, No. 71. Ohio, 2010, p. 350 (disponible en la base de datos Hein online, fecha de visita: 01/04/2011). La autora expresa: “The legal protection for the investor falls under the law of the Host State. However, the law of the Host State must conform to the (...) BIT”.

²⁴¹ DOUGLAS, Z., *The international law of investment...*, cit., p. 171.

Esta tarea de identificación de la propiedad conforme al orden jurídico del Estado anfitrión comprende el examen de su normativa en varios ámbitos. Nos referimos a la legislación de índole laboral, administrativa, financiera, societaria y fiscal existente en dicho país²⁴². Esto obedece a que cada país articula, conforme a su propio orden jurídico, los vehículos corporativos o societarios para atraer la inversión extranjera. Y, para no desequilibrar la balanza de pagos, el Estado receptor puede ofrecer al inversionista, en aras de que éste último pueda repatriar el capital invertido, una serie de beneficios colaterales a la inversión: incentivos fiscales, laborales y crediticios. Estos beneficios, de acuerdo a las previsiones de ciertos APPRI, constituyen parte de la inversión foránea²⁴³.

A efectos de completar el examen de identificación de la propiedad de acuerdo al orden jurídico del Estado receptor y, al mismo tiempo, dada la vinculación entre los bienes (sobre todo, los tangibles) y el territorio del país donde se encuentran ubicados, la doctrina también recomienda el examen del sistema de DIPr del país anfitrión de la inversión²⁴⁴.

En este orden de ideas, si revisamos las normas generales sobre el estatuto real bajo esta disciplina jurídica, encontramos que cada sistema de DIPr contiene una serie de soluciones en atención a las circunstancias de su entorno jurídico. Particularmente, la existencia, el contenido y la extinción de los Derechos reales, se rigen generalmente por la ley del lugar donde están situados los bienes (regla *lex rei sitae*)²⁴⁵. Por tanto, si el objeto del problema se refiere a un bien inmueble, la

²⁴² GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores...*, cit., p. 160. MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, cit., p. 70.

²⁴³ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores...*, cit., pp. 219-220. Este aspecto se vio claramente reflejado en el caso *Encana v. Ecuador* (2006), cuyo APPRI incluía como parte de la inversión los beneficios que ésta produjera en el país. Véase al respecto: *Encana Corporation v. Ecuador*, Caso No. UN 3481, Laudo Arbitral de fecha 03/02/2006. Arbitraje *Ad Hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de CNUDMI y administrado ante el London Court of International Arbitration (LCIA). Texto disponible en: www.italaw.com [Fecha de visita: 21/03/2011].

²⁴⁴ DOUGLAS, Z., *The international law of investment...*, cit., p. 54.

²⁴⁵ Véanse, como ejemplos ilustrativos, las previsiones de la Ley de Derecho internacional privado de Venezuela (Art. 27), de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (Art. 99.1) y la Ley de Derecho Internacional Privado de Italia (Art. 51). Todas coinciden en el principio *lex rei sitae* como solución a la determinación al Derecho aplicable a los bienes inmuebles. Asimismo, conforme al Código Civil de España (Art. 10.1), la ley aplicable a los bienes muebles e inmuebles corresponde al lugar donde se encuentren. Señala la doctrina española que esta solución obedece a criterios de eficiencia económica y previsibilidad, toda vez que en el lugar de ubicación corresponde al mercado que resulta afectado y su determinación y fácil previsión elimina costos de información. Así conforme al Derecho del lugar donde el bien se encuentre, se regula el modo de adquisición, el contenido del Derecho real, las condiciones de oponibilidad frente a terceros y su publicidad.

verificación de la propiedad como tal se realiza conforme al Derecho del lugar donde está ubicado. Si se trata de bienes muebles, las soluciones varían en atención a cada sistema conflictual²⁴⁶. Y si estamos en presencia de bienes incorporales, ante la dificultad de ubicarlos físicamente en algún Estado, se recomienda la aplicación de las normas del Estado expropiante²⁴⁷.

Ahora bien, aunque la doctrina ha recomendado la revisión del ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión para identificar la existencia del bien propiedad del inversionista²⁴⁸, en la práctica lamentablemente no existe un criterio único para la identificación del Derecho conforme al cual se proceda a realizar su identificación. Cada Tribunal Arbitral es discrecional en el análisis de las circunstancias de cada asunto y acude tanto al Derecho del Estado anfitrión, como a las previsiones del APPRI que resulta aplicable. Ello se pone de manifiesto por la realidad diaria de la práctica arbitral. En este sentido, nos referimos de seguidas a los asuntos *Encana Corporation v. Ecuador*, *Azurix Corporation v. Argentina*, *Inceysa Vallisoletana SRL v. El Salvador* y *Fedax v. Venezuela*, en los que se aprecia la variación de criterios de identificación de la propiedad, bien conforme al orden jurídico del Estado receptor de la inversión o bien de acuerdo a la previsión convencional aplicable en cada supuesto.

1) Iniciamos este listado de casos con el conocido asunto *Fedax v. Venezuela* (1997)²⁴⁹. De este litigio, aunque su objeto último no se refiere expresamente a una expropiación, conviene destacar el análisis del Tribunal Arbitral respecto a la calificación de una propiedad (notas promisorias) conforme

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*. 4º ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 536-540. También ESPLUGUES MOTA, C. E IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho internacional privado*. 3º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 447.

²⁴⁶ Al respecto, la Ley de Derecho internacional privado de Suiza determina como Derecho aplicable a la adquisición y pérdida de Derechos reales sobre los bienes muebles, el lugar de su ubicación para el momento en que ocurrió la pérdida. Y, respecto a los bienes incorporales, aplica el orden jurídico del lugar de su utilización (Arts. 100 y ss). Mientras que la Ley italiana en la materia, sólo indica como factor de conexión el lugar donde estén situados (Art. 51 y ss). En el caso de títulos – valores, el Código Español (Art. 10.1), se aplica la ley de lugar de su ubicación. ESPLUGUES MOTA, C. E IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho internacional...*, *cit.*, p. 452. Aunque también se ha indicado como aplicable la *lex situs cartae*, es decir la ley del lugar del bien para el momento en que se perfeccionó el título, es decir, el contrato pactado por las partes. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 554-555.

²⁴⁷ CALVO CARAVACA, A.-L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*. 10º ed. Vol. II, Comares, Granada, 2009, pp. 752-753.

²⁴⁸ MC. LACHLAN QC, C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, p. 289.

²⁴⁹ *Fedax v. Venezuela...*, *cit.*, párrafos 9 y ss.

al Derecho local del Estado receptor. Como analizamos en el Capítulo I de este trabajo²⁵⁰, aunque estos títulos se mantuvieron en el mercado internacional de valores, se discutía acerca de si era una inversión portafolio o una inversión directa. El Tribunal Arbitral determinó que era una inversión a largo plazo toda vez que, de acuerdo a la Ley de Crédito Público venezolana, cuyo objeto era la regulación de las operaciones de dicha naturaleza, las notas constituían una forma de atender a las necesidades del desarrollo del país.

2) El segundo asunto de interés respecto al análisis de los Tribunales Arbitrales de la propiedad conforme al ordenamiento jurídico del Estado receptor es el caso *Salini y otros v. Marruecos* (2001)²⁵¹. El problema entre los inversionistas italianos y el Reino de Marruecos se suscitó por el reclamo que los primeros efectuaron ante una compañía propiedad del segundo, por el impago de una serie de conceptos que los demandantes tuvieron que sufragar en la construcción de un tramo de 50 kilómetros de la autopista que comunica las ciudades de Rabat y Fez.

Los inversores alegaban que, bajo las previsiones del APPRI concluido entre Italia y Marruecos, el derecho a una indemnización por el referido impago constituía un beneficio económico resultante de una inversión y, por ende, calificaba como inversión. El Reino de Marruecos refutó este alegato señalando que la definición convencional del vocablo “inversión” debía ser interpretada conforme a las leyes y regulaciones marroquíes, siguiendo la solución dispuesta en el artículo 1.e) del referido APPRI²⁵².

El panel de árbitros señaló, atendiendo al criterio presentado por la parte demandante, que la remisión al ordenamiento jurídico marroquí debe efectuarse únicamente a los efectos de identificar la legalidad o no de la inversión. De esta forma, se asegura que el APPRI protege sólo la inversión reconocida como

²⁵⁰ Vid Capítulo I, punto 4.2.1.3.

²⁵¹ *Salini v. Marruecos...*, *cit.*, párrafo 30 y ss.

²⁵² El texto del artículo 1.e) del APPRI concluido entre Italia y Marruecos expresamente señala: “Per “investimento” si intende, indipendentemente dalla forma giuridica prescelta e dall’ordinamento giuridico di riferimento, ogni bene investito, prima o dopo l’entrata in vigore del presente Accordo, da persone fisiche o giuridiche, compreso il Governo di una Parte contraente, nel territorio dell’altra Parte Contraente, in conformità delle leggi e dei regolamenti di quest’ultima. In tale contesto di carattere generale il termine “investimento” include principalmente ma non esclusivamente: e) e ogni diritto di natura economica conferito per legge o per contratto, nonché ogni licenza e concessione rilasciata in conformità a vigenti disposizioni per l’esercizio di attività economica, comprese quelle di prospezione, coltivazione, estrazione e sfruttamento di risorse naturali”. Texto disponible en: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_marocco_it.pdf [Fecha de visita: 28/09/2011].

propiedad legalmente adquirida en el Estado anfitrión. En tal sentido, el Tribunal Arbitral afirmó:

“The Tribunal cannot follow the Kingdom of Morocco in its view that paragraph 1 of Article 1 refers to the law of the Host State for the definition of investment. In focusing on ‘the categories of invested assets (...) in accordance with the laws and regulations of the aforementioned Party’, this provision refers to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investment that should not be protected, particularly because they would be illegal”²⁵³.

3) El tercer caso de nuestro listado corresponde al asunto *Azurix Corporation v. Argentina* (2003)²⁵⁴. El litigio versó sobre el reclamo de un inversionista de nacionalidad estadounidense contra la República Argentina por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el APPRI suscrito entre ambos países. En particular, exigía el pago de una indemnización por la expropiación indirecta de su inversión, ante la interferencia ejercida por la Provincia de Buenos Aires a su concesionaria, mientras prestaba el servicio de suministro de agua potable y el mantenimiento y distribución de aguas residuales. El Tribunal Arbitral, al afirmar su jurisdicción, analizó la situación de este servicio público en la referida entidad político – territorial, en atención a la legislación local y, en particular, a las normas de Derecho administrativo por cuanto fue privatizado este sector en 1999.

La referencia a la legislación local, sin embargo, se vio acompañada de una mención al APPRI. En la tarea de identificar la propiedad del inversionista conforme al Derecho argentino y al convenio bilateral aplicable, el Tribunal Arbitral comprobó que el inversionista efectivamente había desarrollado una inversión que estaba constituida por el pago de un canon a dicha entidad político – territorial para tener acceso a la concesión de distribución de agua potable y de tratamiento de aguas residuales en la referida Provincia, por un período de 30 años; la constitución de una sociedad mercantil conforme al Derecho argentino, en atención a las exigencias del pliego de licitaciones presentado por la República Argentina, como vehículo corporativo para encauzar la inversión foránea y, además, se contempló un régimen de tarifas que implicaba, a largo plazo, el retorno de la inversión al concesionario.

²⁵³ *Salini v. Marruecos...*, *cit.*, párrafo 46.

²⁵⁴ *Azurix Corporation v. Argentina*, Laudo Arbitral sobre Jurisdicción de fecha 08/12/2003. Caso ARB/01/12. Texto disponible en la página web: www.italaw.com [Fecha de visita: 23/03/2011]

El panel de árbitros, considerando que las previsiones del APPRI concluido entre Argentina y Estados Unidos le da un amplio significado al vocablo “inversión”, concluyó que tenía jurisdicción para conocer y decidir este asunto toda vez que la inversión realizada conforme a la legislación local estaba amparada bajo el referido convenio bilateral. Y, en tal sentido, afirmó:

“The definition of investment lists a “company”, “shares of stock” and, in a separate category, “any right conferred by law or contract”. A company, shares held in a company or rights under a contract, any contract, qualifies as an investment. Provided the direct or indirect ownership or control is established, rights under a contract held by a local company constitute an investment protected by the BIT. The definition in Article I.1(a) simply lists examples of what an investment is, the list is not exhaustive and each item is independent from each other. The only condition is that, whatever the form an investment may take, it must be directly or indirectly owned or controlled by nationals or companies of the other party to the BIT”²⁵⁵

4) Por último y en cuarto lugar, nos referimos al asunto *Encana Corporation v. Ecuador* (2006)²⁵⁶. El litigio se relacionó con el reclamo de una compañía constituida y domiciliada en Canadá que exigía a la República de Ecuador el reintegro del Impuesto al Valor Agregado a sus filiales, constituidas en Barbados, con ocasión de la ejecución de unos proyectos petrolíferos en territorio ecuatoriano. Ante la negativa de la autoridad fiscal del Estado receptor de reembolsarle dicho impuesto, la demandante argumentaba que tal medida constituía una expropiación de su inversión. El Tribunal Arbitral, aunque declaró sin lugar la pretensión del inversionista por considerar que la negativa de la autoridad fiscal ecuatoriana no la privó de los beneficios de su inversión, realizó una interesante precisión sobre la identificación de la propiedad conforme al orden jurídico del Estado receptor.

En tal sentido señaló que, a pesar de que el APPRI Canadá – Ecuador no contemplaba la referencia a ninguno de los ordenamientos jurídicos involucrados para identificar la inversión, el Tribunal Arbitral consideró, como paso previo a dicho análisis, la definición de la propiedad que tenía el inversionista en territorio ecuatoriano, conforme a la legislación local. En tal sentido, expresó:

“Para que exista la expropiación de una inversión o de un beneficio (en una situación que suponga derechos o reclamaciones legales, para diferenciarlas de la confiscación de activos físicos),

²⁵⁵ *Azurix v. Argentina...*, cit., párrafo 63.

²⁵⁶ *Encana v. Ecuador...*, cit., párrafos 10 y ss.

*los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea. En este caso, la legislación de Ecuador*²⁵⁷.

En resumen, si bien la doctrina ha afirmado la importancia del análisis sobre la existencia, el contenido y la extinción de un bien, para calificarlo como propiedad del inversor extranjero de acuerdo al Derecho del Estado anfitrión, la práctica nos demuestra una serie de soluciones diversas que ponen de manifiesto la ausencia de una línea argumental unitaria sobre este relevante punto.

En este orden de ideas, para algunos Tribunales Arbitrales la calificación que debe realizarse de una propiedad como inversión debe atender primariamente al orden jurídico del país anfitrión o, al menos, demostrar conexión con éste. Como sucedió en el caso *Fedax*, los títulos valores se consideraron propiedad y, por ende, inversión, no en función del lugar de su ubicación, sino conforme a las implicaciones económicas y a la contribución que éstos podían realizar al Estado receptor, de acuerdo a las propias previsiones del Derecho venezolano.

El asunto *Salini* resulta muy interesante en este análisis de calificación de inversión. Ante las divergencias presentadas por las partes, el Tribunal Arbitral determinó que la remisión del propio APPRI al Derecho del Estado receptor para identificar una propiedad como inversión, se realiza únicamente a los efectos de examinar la legalidad de la inversión. Lógicamente, un instrumento convencional en esta materia debe proteger todas aquellas propiedades del inversionista, obtenidas lícitamente en el país anfitrión de la inversión.

En contraste, el panel de árbitros del asunto *Encana*, demostrando la discrecionalidad que asiste a cada Tribunal, aunque el APPRI aplicable no lo exigía, realizó un extenso análisis de la legislación fiscal ecuatoriana para determinar si la demandante tenía o no Derecho al reembolso de IVA que reclamaba como parte de su inversión. Y, finalmente, el caso *Azurix v. Argentina*, evidencia que el análisis de la propiedad del inversionista puede desarrollarse conforme al Derecho local y los APPRI en forma conjunta.

²⁵⁷ *Encana v. Ecuador...*, cit., párrafo 184. En este caso, el Tribunal Arbitral aclaró que el derecho o no al reintegro del IVA corresponde a la legislación del Estado anfitrión. De acuerdo a dicho ordenamiento jurídico y las actuaciones de la autoridad fiscal ecuatoriana, la negativa de los reembolsos de IVA no infringieron las previsiones de protección de inversiones del APPRI vigente entre Canadá y Ecuador.

Estos distintos criterios tienen como lugar común la revisión, al menos en un primer momento, de la propiedad del inversionista conforme al orden jurídico del Estado anfitrión. Ahora bien, la discrepancia se suscita respecto a la valoración que se hace de este examen de calificación. Para algunos Tribunales consiste simplemente en determinar la legalidad de la inversión. Sin objetar la importancia del examen de la referida legalidad, para otros – y coincidimos con esta tendencia – la calificación de la propiedad conforme al Estado receptor es un aspecto relevante toda vez que, visto que estos arbitrajes tienen como carácter fundamental la resolución de conflictos derivados de una inversión, debe examinarse si el activo – alegado por el demandante como tal – verdaderamente responde a los parámetros de propiedad conforme al país anfitrión. Sólo de esta forma, podrá recibir el amparo de protección del APPRI en cuestión.

1.2.2. Calificación de la propiedad como inversión bajo el convenio regional o el APPRI

Una vez definido el bien objeto de la reclamación como propiedad del inversionista, conforme a los parámetros del Derecho del Estado receptor – o de otras normas–, corresponde ahora al operador jurídico la determinación de si dicha propiedad califica como inversión en sede convencional y, por ende, susceptible de ser objeto de protección internacional²⁵⁸. En este sentido, debemos analizar la calificación autónoma contenida en los convenios regionales y en los APPRIs para realizar esta verificación.

Como afirmamos en el Capítulo I²⁵⁹, buena parte de estos instrumentos multilaterales y bilaterales en la materia tienden a contener listas enunciativas de lo que eventualmente podría calificarse como inversión. Este método –tal como señala Douglas– impide a los Estados receptores modificar, en forma unilateral, el ámbito de protección brindada por estos convenios²⁶⁰. En la práctica observamos, con ciertas variantes, que los paneles de árbitros, en atención a cada asunto y sus particularidades, verifican si la propiedad reclamada se puede definir como inversión, al tratar de subsumirla en el supuesto de hecho de la norma de

²⁵⁸ DOUGLAS, Z., *The international law of investment...*, cit., p. 72.

²⁵⁹ Vid Capítulo I, Punto 4.1.2.2.

²⁶⁰ DOUGLAS, Z., *The international law of investment...*, cit., p. 73.

calificación, contenida en estos convenios²⁶¹. Ello da lugar a varias variantes. Veamos algunos ejemplos:

1) En el caso *LG&E y otros v. Argentina* (2004)²⁶², el Tribunal Arbitral realizó un estudio de la propiedad del inversor de nacionalidad estadounidense reclamada como expropiada indirectamente por la República Argentina. Las demandantes eran compañías licenciatarias, encargadas de la distribución de gas natural, siendo LG&E una de sus accionistas. En el contrato de concesión se había pactado una serie de ajustes en las tarifas del servicio.

Ante la difícil situación económica que vivía Argentina entre los años 1999 - 2003, fue promulgada la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario (Ley 25.561), que ordenó la congelación de los ajustes automáticos semestrales que se acordaron en el contrato de concesión. El Tribunal Arbitral consideró que la participación accionaria del inversor estadounidense calificaba como inversión en los términos del APPRI, así como de la Ley No. 21.382 de inversiones de Argentina, toda vez que, conforme a dichos instrumentos, se define la inversión como todo aporte de capital perteneciente a un inversionista foráneo, para desarrollar actividades económicas en el país, así como la adquisición de participación en el capital social de una empresa local.

2) Otro asunto interesante corresponde a *Ynceysa Vallisoletana, S.L. vs. El Salvador* (2006)²⁶³ - que analizamos en el Capítulo anterior -. Llama la atención el estudio desarrollado por el panel de árbitros respecto al tipo de inversión protegida por el APPRI aplicable al caso. En esta ocasión, el Tribunal Arbitral al analizar las previsiones del instrumento convencional identificó que el APPRI sólo ampara a aquellas inversiones legalmente realizadas conforme al Derecho salvadoreño. Aunque la demandante de nacionalidad española reclamaba la expropiación de sus activos, el panel de árbitros consideró que no había realizado sus operaciones en forma lícita. Por tanto, sus activos no calificaban como una inversión, toda vez que el APPRI la excluye de su ámbito de aplicación material.

²⁶¹ DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., 60.

²⁶² *LG&E Energy Corporation, LG&E Capital Corporation y LG&E International Corporation v. Argentina*. Caso No. ARB/02/1, Laudo Arbitral sobre jurisdicción de fecha 30/04/2004. Publicado en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 20/03/2011].

²⁶³ *Ynceysa vs. El Salvador...*, cit., párrafos 145, 147 y 263.

3) Otro interesante asunto fue *Joseph Charles Lemire v. Ucrania* (2010)²⁶⁴. El Tribunal Arbitral debió dilucidar sobre el reclamo de una expropiación por parte de las autoridades ucranianas de la propiedad del inversor estadounidense en el sector de radiodifusión y televisión. Al analizar los activos que poseía el inversor en el territorio ucraniano, la demandante demostró la existencia de bienes inmuebles, adquiridos conforme al Derecho del país anfitrión, aportes de capital y pagos para el funcionamiento de un importante canal de televisión. De acuerdo al APPRI aplicable, todo tipo de inversión en el territorio de uno de los Estados, controlado directa o indirectamente por uno de sus nacionales, califica como inversión.

En definitiva, vistos estos tres ejemplos, puede concluirse que la calificación de una propiedad como tal depende del Derecho del Estado receptor, cuyas normas regulan su existencia, contenido y extinción. Ello obedece a que los diversos APPRI existentes, ante la imposibilidad de contener normas materiales sobre estos asuntos, remiten a las soluciones de cada ordenamiento jurídico interno. Los árbitros analizan no sólo el sistema de DIPr de dicho Estado, sino también las disposiciones relativas a asuntos de Derecho administrativo, laboral, fiscal y societario a la hora de calificar una propiedad conforme al orden jurídico del Estado anfitrión de una inversión.

Ahora bien, una vez identificada, el operador jurídico debe verificar si dicha propiedad califica como inversión bajo el ámbito material de las previsiones del APPRI o el instrumento convencional aplicable, para activar el sistema internacional de protección de inversiones. En este sentido, los Tribunales Arbitrales tienen un alto grado de discrecionalidad para identificar si la propiedad reclamada constituye una inversión en sede convencional bilateral. La solución contenida en cada APPRI orienta al operador jurídico en este estudio, tal como nos demuestra el asunto *Inceysa Vallisoletana*. En ese caso, el APPRI establece claramente que toda inversión puede recibir su amparo siempre que sea

²⁶⁴ *Joseph Charles Lemire v. Ucrania*, Caso No. ARB/06/18, Laudo Arbitral sobre Jurisdicción de fecha 14/01/2010, párrafos 51 – 59. Texto publicado en: <http://www.iareporter.com/downloads/20100406> [Fecha de visita: 28/03/2011]. En el asunto *Suez v. Argentina*, el Tribunal Arbitral indicó: “*A first question is whether the claimants had an investment susceptible of expropriation under the BITs.* (...). *The investors had an indirect interest in the concession to operate the water and sewage system of Buenos Aires for 30 years. Company shares are considered investment under Argentina – France BIT, Argentina – Spain BIT and Argentina – UK. The economic value of such shares would be directly affected by any action taken against the assets of AASA. Thus, the claimants had investments capable of protection from expropriation*” (Subrayado nuestro). *Suez y otros v. Argentina...*, cit., párrafo 105.

legalmente realizada en el Estado anfitrión. En los otros asuntos que mencionamos, los paneles de árbitros interpretaron los APPRIIs aplicables en atención a que ninguno de ellos imponía restricciones para calificar como inversión los aportes de capital a las compañías, constituidas en el Estado receptor, y con quienes éste último había celebrado contratos de concesión, y, mucho menos, los bienes inmuebles propiedad de los inversionistas ubicados en el territorio del Estado anfitrión.

Finalmente debemos advertir que, precisamente, debido a la discrecionalidad de cada panel de árbitros, no puede afirmarse con claridad que el ejercicio de los pasos de identificación de una propiedad como inversión, tal como lo hemos esgrimido, se cumpla de manera uniforme. En algunos asuntos como *Encana* o *Fedax*, sus respectivos Tribunales Arbitrales se detuvieron a estudiar el Derecho local, para posteriormente proceder a determinar la potencial ubicación de la propiedad bajo el amparo de los APPRIIs aplicables. Sin embargo, en otros asuntos como *Suez*, *Salini* o *Charles Joseph Lemire*, el análisis se centró en la segunda parte del estudio, es decir, en la identificación de la propiedad como inversión en sede convencional.

2. DE LA CALIFICACIÓN DEL TÉRMINO ‘EXPROPIACIÓN’

Siendo la expropiación uno de los riesgos más relevantes que corre un inversionista, el vocablo ha recibido no pocas calificaciones. Según la Real Academia Española, alude “... a la privación de la titularidad de un bien o de un derecho a una persona, a cambio de una indemnización”²⁶⁵. Esta transferencia de la propiedad se realiza en forma coactiva de su titular a favor del Estado o un ente estatal para su consecuente explotación.

La expropiación es una institución muy antigua que data de la Edad Media. En esa época, el Señor de un feudo tenía la facultad de privar de algún bien a uno de sus súbditos, siempre que motivara dicha medida en una justa causa. Si tal desposesión se convertía en un acto permanente, con el objetivo de

²⁶⁵ Diccionario de la Real Academia Española, texto disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=expropiar [Fecha de consulta: 21/06/2009].

equilibrar sus efectos y bajo los preceptos del Derecho natural y de gentes, el Señor Feudal debía pagar al afectado una indemnización como compensación por los daños causados²⁶⁶.

Posteriormente, durante la Revolución Francesa, al dictarse la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue proclamado el Derecho de propiedad como inviolable y sagrado en su artículo 17, como respuesta a “... la simple garantía genérica de la indemnización, existente en la época del Estado absoluto”²⁶⁷. La única limitación consistiría, según la referida norma, cuando se prive por causa de “... *necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa*”²⁶⁸.

Hoy día se entiende la expropiación como una medida dictada por las autoridades competentes por medio de la cual se priva a un particular de la titularidad de sus bienes, derechos e intereses de carácter patrimonial, en forma temporal o definitiva²⁶⁹. Puede, además de la privación del Derecho de propiedad, constituir también una medida que limite la facultad de uso y de disposición de un bien, e incluso, una orden de demolición del mismo, para proteger el patrimonio histórico que en él se encuentre ubicado²⁷⁰.

La expropiación, como acto de privación o de limitación del Derecho de propiedad, puede consagrarse mediante la promulgación de una Ley especial en la materia o, desarrollarse por medio de actos cuyos efectos, en su conjunto, modifican el control y la viabilidad económica de la inversión²⁷¹. Cada uno de estos actos contiene la *causa expropriandi*, es decir, el objetivo de interés social o

²⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo II*. 11º ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 211-212. Véase también: SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*. 2º ed. Iustel, Madrid, 2009, p. 434. Este último autor explica que bajo el Derecho natural, el poder expropiatorio del Señor sólo era ejercido lícitamente cuando se entregaba al titular del bien su valor equivalente. De no realizarlo, se convertía en una medida ilícita.

²⁶⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo...*, *cit.*, p. 435.

²⁶⁸ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se encuentra disponible en la página web: http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm [Fecha de visita: 12/04/2011]. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo...*, *cit.*, p. 212.

²⁶⁹ BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo. Parte Especial*. 3º ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 90.

²⁷⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*. 5º ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 723.

²⁷¹ HOBER, K., «Investment arbitration in Eastern Europe...», *cit.*, p. 3.

finalidad pública que se pretende alcanzar con la privación del Derecho de propiedad a su titular²⁷².

A los efectos de analizar con más detenimiento el significado del vocablo expropiación, en primer lugar, analizamos la diferencia de éste frente a otros términos como la confiscación, la expoliación y la nacionalización, ante la confusión general que se presenta al tratar de distinguirlos. Luego, en segundo lugar, examinamos – brevemente – la evolución histórica de las más importantes expropiaciones y nacionalizaciones que han tenido lugar. En tercer lugar, revisamos las distintas calificaciones que ha recibido el término expropiación en sede convencional y por último, desarrollamos la distinción entre los dos grandes tipos de expropiaciones: las directas y las indirectas.

2.1. “Expropiación” versus “confiscación” y “nacionalización”

Si bien la palabra *expropiación* se conoce como desposesión de la propiedad, también ha recibido otras denominaciones, en atención al alcance de la medida impuesta por el Estado. Nos referimos a los términos *confiscación*, *expoliación* y *nacionalización*.

La doctrina distingue la *expropiación* de la *confiscación* en el sentido que la primera lleva consigo la obligación, por parte del ente expropiador, de indemnizar al titular del bien expropiado. En cambio, la segunda – vale decir, la *confiscación* - tiene un contenido sancionatorio²⁷³. Se concibe como la transferencia coactiva de la propiedad a manos del Estado sin indemnización, como consecuencia de la comisión de hechos ilícitos tales como la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, actividades terroristas, la comisión de daños irreparables al medio ambiente, la destrucción de propiedad de neutrales en operaciones militares o incluso la comisión de delitos contra la seguridad de los Estados²⁷⁴.

La *expoliación* se diferencia respecto a la *expropiación* en el sentido que el despojo de la propiedad se realiza con perversidad, por motivos de corrupción o

²⁷² BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo...*, cit., p. 99.

²⁷³ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, cit., p. 199.

²⁷⁴ BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law...*, cit., p. 538.

como botín de guerra²⁷⁵. En tanto que la *expropiación* debe atender a una finalidad pública: se priva a un particular de un bien en beneficio de una colectividad y, además, se cumple un debido proceso legal, junto al pago de una compensación.

Se diferencia, asimismo, la *expropiación* de la *nacionalización* en cuanto al ámbito de aplicación material de la medida. La primera responde a la privación de la titularidad de determinados bienes o derechos, producto de un acto estatal individual o por una legislación, por causa de utilidad pública y social²⁷⁶. En cambio la segunda -es decir, *la nacionalización*- tiene mucho más alcance y obedece a la privación de varias propiedades y Derechos patrimoniales, en forma programada, con ocasión de cambios socioeconómicos iniciados por los Estados en pro de recuperar ciertos recursos o sectores estratégicos de la economía local en manos de compañías privadas nacionales o extranjeras²⁷⁷. En tal sentido, se ha indicado: "... Se entiende la expropiación como la apropiación coercitiva por un Estado de la propiedad privada, usualmente mediante la utilización de medidas administrativas individuales; y las nacionalizaciones no difieren en sustancia de las expropiaciones excepto en que aquéllas están directamente basadas en la ley y tienen una mayor amplitud"²⁷⁸.

Tradicionalmente, al iniciar las nacionalizaciones los Estados receptores argumentan motivos de soberanía nacional respecto a sus recursos naturales, la falta de contribución al país receptor de la tecnología necesaria para explotar sus recursos por parte de los inversionistas foráneos o, que los beneficios que la inversión privada no ha contribuido al bienestar del colectivo²⁷⁹. En tal sentido la doctrina señala: "... La verdadera naturaleza de la llamada nacionalización no es más que una política de Estado dirigida a pasar de forma coactiva del ámbito

²⁷⁵ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, cit., p. 199.

²⁷⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, cit., pp. 203-204.

²⁷⁷ Se plantea que ambos actos públicos atienden a fines distintos. La expropiación obedece a la privación de una propiedad en función del interés público, bajo el principio de no discriminación y una justa compensación. En tanto que la nacionalización atiende a sectores económicos. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, op., cit., pp. 557-558; HERDEGEN, M., *Derecho económico internacional*. 1º ed. Thomson Civitas - Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 291 y FERNÁNDEZ MASÍA, E., «La realidad del arbitraje de inversiones desde la perspectiva latinoamericana...», cit., p. 79.

²⁷⁸ CHAMORRO CORONADO, L.M., *Los acuerdos españoles de promoción y protección recíproca de inversiones*. Alhulia, S.L., Salobreña (Granada), 2006, p. 309.

²⁷⁹ HOBBER, K., «Investment arbitration in Eastern Europe...», cit., p. 3; ESPADA RAMOS, M.L., *Nacionalización y compensación en los contratos de Estado*, La Ley, Madrid, 1989, pp. 12-13 y pp. 100 y ss; BROWNLIE, I., *Principles of Public...*, cit., p. 539; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, cit., p. 204; CHAMORRO CORONADO, L.M., *Los acuerdos españoles de...*, cit., p. 306.

privado al control estatal actividades o empresas consideradas estratégicas o de gran interés público, general o social, ya sea para mejorar o hacer más accesible el uso o disfrute del bien o servicio por parte de la colectividad o para sencillamente excluir totalmente la iniciativa privada (...) del uso del bien o desarrollo de la actividad (...)»²⁸⁰.

Podemos afirmar, en definitiva, que el término *expropiación* alude a la privación de la propiedad de un bien tangible o intangible de una persona física o jurídica, para pasar a manos del Estado o un ente de su propiedad. Tal desposesión obedece a razones de utilidad pública, con el propósito de favorecer los intereses de una colectividad. Esta facultad expropiatoria corresponde a la potestad de los Estados, en ejercicio de su soberanía. Sin embargo, les acompaña también el deber de pagar al propietario del bien – objeto de la expropiación – equivalente a una suma de dinero, a modo de compensación.

Aunque, como hemos visto, se ha distinguido la palabra *expropiación* de otros términos tales como *confiscación* y *nacionalización*, todos coinciden en que tienen como lugar común la privación del Derecho de propiedad. Respecto a la *nacionalización*, podríamos considerar una relación género – especie respecto a la *expropiación* en atención al ámbito material de la medida. Es decir, la *expropiación* constituye la especie, dado que se trata de una medida individual contra un bien en particular, en pro de una finalidad pública. En tanto que la *nacionalización* corresponde al género, en el sentido de que abarca varias expropiaciones de un sector económico, en atención a un proceso socio-económico emprendido por el Estado anfitrión de la inversión.

Con respecto a la *confiscación*, la diferencia con la *expropiación* radica en su objetivo y en el pago de la compensación. Mientras la primera atiende a un criterio sancionatorio por la comisión de un delito, equivalente al no pago de la compensación por la desposesión de Derechos de propiedad. La segunda, en cambio, responde a fines de interés social y le acompaña el deber de compensación al propietario del bien expropiado.

²⁸⁰ CANOVA GONZÁLEZ, A., HERRERA ORELLANA, L.A. Y ANZOLA SPADARO, K., *¿Expropiaciones o vías de hecho?* Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), UCAB, Caracas, 2009, pp. 49-50.

2.2. Antecedentes históricos: De la ola de nacionalizaciones y expropiaciones a las iniciativas internacionales de 1962 y 1974

Los casos de expropiación, confiscación y nacionalización de bienes propiedad de inversores extranjeros no son realidades novedosas. Se han manifestado desde antiguo, constituyendo problemas de vieja data. Se traducían en la privación al inversionista foráneo de los activos de su propiedad, que pasaban a manos del Estado anfitrión, a través de leyes y decretos producto de las circunstancias políticas, económicas y sociales de éste último. Muy particularmente, varios asuntos de relevancia ocurrieron en el marco de las nacionalizaciones que efectuaron varios países para adaptar su estructura y contexto político – económico. Aproximamos en las próximas líneas ejemplos plurales de ello y, posteriormente, examinamos las soluciones contenidas en iniciativas que, bajo el auspicio de la ONU, fueron concluidas en materia de expropiaciones y nacionalizaciones en 1962 y 1974.

2.2.1. Breve cronología de las modernas nacionalizaciones y expropiaciones

1) En primer lugar, como punto de partida, citamos una de las más importantes nacionalizaciones a gran escala que se conoce. Nos referimos a la emprendida por Rusia, durante la primera década del Siglo XX. En el transcurso del proceso que llevó a la consolidación de la Unión Soviética, se abolió el Derecho a la propiedad privada a partir del mes de octubre de 1917. Consecuentemente, fueron confiscadas cientos de propiedades de inversores nacionales y foráneos, sin recibir pago alguno por concepto de compensación. Años más tarde, algunos propietarios recibieron algunos pagos, pero que resultaron insuficientes respecto al valor que tenían sus activos²⁸¹.

2) La revolución comunista y, consecuentemente, la abolición de la propiedad privada que se inició en Rusia fue extendiéndose a países de Europa del Este y China. Tiempo después, los inversionistas extranjeros recibieron algunas

²⁸¹ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., pp. 62-65; LOWENFELD, A.F., *International Economic Law*. 2º ed. International Economic Law Series (JACKSON, J.H., General Ed.), Oxford University Press. Oxford – New York, 2008, p. 470.

compensaciones bajo la figura de acuerdos de compensación global (*lump sum compensations*), cuya cuantía no cubrió el valor de su inversión²⁸².

3) Al culminar la Segunda Guerra Mundial en 1945 comenzó una ola de expropiaciones y nacionalizaciones hasta entrada la década de los años setenta del Siglo XX. Según cifras de la ONU, durante los años 1960 a 1974, se contabilizaron 875 nacionalizaciones o expropiaciones, que ocurrieron en 62 países. Y, el 67,5% de ellas se efectuaron en sólo 10 Estados²⁸³.

En este orden de ideas, la ola de nacionalizaciones se extendió por el Medio Oriente, en especial, en Arabia Saudita, Libia, Kuwait e Irán²⁸⁴. En los primeros países árabes, las nacionalizaciones se centraron en las actividades relacionadas con la exploración y explotación de recursos naturales, cuyos conflictos de orden patrimonial fueron ventilados ante Tribunales Arbitrales²⁸⁵.

²⁸² GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, cit., p. 201. Véase también CALVO CARAVACA, A.-L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado...*, cit., p. 754. Estos últimos autores definen los *lump sum agreement*, como acuerdos de compensación global por medio de los cuales se conviene en el monto de la indemnización de los derechos y bienes expropiados, sobre la base de principios de equidad. Estos acuerdos son celebrados entre el Estado anfitrión de la inversión y el Estado nacional de los inversionistas.

²⁸³ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 69. El autor cita a su vez el documento de Naciones Unidas No. A/9716, intitulado “Permanent Sovereignty over Natural Resources”, de fecha 20/09/1974.

²⁸⁴ LOWENFELD, A.F., *International Economic Law...*, cit., pp. 483- 484.

²⁸⁵ En efecto, estas expropiaciones dieron lugar a una serie de interesantes asuntos. Por ejemplo, en el caso *Arabia Saudita v. Arabian American Oil Company – ARAMCO (1958)*, alegando razones de soberanía nacional, el Gobierno saudí modificó una concesión petrolera mediante regulaciones administrativas y, al mismo tiempo, celebró un contrato de transporte de petróleo con el armador griego Aristóteles Onassis. Las autoridades estatales saudíes consideraban que dicha concesión calificaba como un contrato administrativo y, en consecuencia, esgrimían la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral. La compañía ARAMCO reclamaba el incumplimiento del contrato celebrado con el Estado Saudita por cuanto se había pactado no sólo la producción, sino también el transporte de los hidrocarburos obtenidos. El Tribunal Arbitral -en su laudo dictado el 23/08/1958- desechó el alegato de Arabia Saudita al considerar que respetando las cuestiones relativas a su soberanía, no podía imponerle obligaciones no contempladas en los contratos por éste celebrados. Sin embargo, sí había irrespetado los convenios suscritos con ARAMCO, al haber firmado el contrato de transporte con el famoso armador. Asimismo, el Tribunal calificó la concesión como un contrato y no un servicio público. En otro orden de ideas, en el caso *Texaco (TOPCO) v. Libia (1977)*, el árbitro -en su laudo dictado el 19/01/1977- consideró que la concesión objeto del proceso arbitral no constituía un contrato administrativo conforme al Derecho libio, por cuanto contenía una cláusula de estabilización en el mismo que impedía al Estado libanés modificarlo o abrogarlo unilateralmente. Y, finalmente, en el caso *Kuwait v. AMINOIL (1984)* el Tribunal Arbitral, en su laudo del 24/03/1982, rechazó la teoría del contrato administrativo para justificar la nacionalización, toda vez que si un Estado tiene la potestad de modificar unilateralmente los términos de un contrato, no puede pretender cambiar el equilibrio de derechos

Ahora bien, en Irán, el proceso de resolución de conflictos -originados por las medidas dictadas por las autoridades iraníes contra los intereses estadounidenses en dicho territorio, producto de la Revolución Islámica, y viceversa- fue más complicado, aunque no menos interesante.

Muchos inversionistas de nacionalidad estadounidense e iraní perdieron buena parte o la totalidad de sus activos en ambos países²⁸⁶. Gracias a la intervención del gobierno de Argelia, Irán y Estados Unidos comenzaron las negociaciones para resolver las múltiples controversias por las compensaciones. Durante el mes de enero de 1981 las partes llegaron a un acuerdo: Irán, por un lado, liberó a las personas que permanecían secuestradas en la Embajada Americana; y los Estados Unidos, por otro, se comprometía a desistir de las acciones legales iniciadas contra Irán, así como de las medidas de congelamiento de cuentas bancarias de ciudadanos iraníes en su territorio. Estos acuerdos se denominaron Acuerdos de Argelia, constituidos por dos declaraciones y cinco convenios técnicos²⁸⁷.

y obligaciones que debe existir entre las partes. Véase al respecto: BISHOP, R. D., «International arbitration of petroleum disputes...», *cit.*, p. 33; BUCHEB, J.A., *A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, pp. 89, 101-102. El texto del laudo *Arabia Saudita v. Aramco* se encuentra parcialmente disponible en: <http://www.trans-lex.org/260800> [Fecha de visita: 12/04/2011]. El laudo *Texaco (TOPCO) v. Libia* se encuentra parcialmente disponible en: <http://www.trans-lex.org/261700> [Fecha de visita: 12/04/2011], mientras que el texto del laudo *Kuwait v. AMINOIL* se encuentra parcialmente disponible en: <http://www.trans-lex.org/261900> [Fecha de visita: 14/04/2011].

²⁸⁶ Con el objetivo de diversificar la economía local y de atraer inversión foránea necesaria para lograrlo, en la década de los años 1960 y 1970, el gobierno iraní desarrolló varios proyectos y contratos de *joint venture* con compañías foráneas, provenientes en su mayoría de Estados Unidos, y algunas compañías locales. Al estallar la Revolución Islámica en 1978, producto del descontento de la influencia estadounidense en dicho país, comenzaron los inconvenientes. Los líderes revolucionarios consideraban que dichos inversionistas repatriaban a su país de origen grandes volúmenes de capital, sin contribuir a su propio desarrollo económico. Y, en el nombre de dicha Revolución, fue tomada la Embajada de Estados Unidos en Teherán en noviembre de 1979, con 52 personas que se encontraban en ella, mientras los manifestantes clamaban por el retorno del Shah al país y la devolución de los activos a manos locales. En respuesta a dicha toma, el gobierno de los Estados Unidos - encabezado por su entonces presidente Jimmy Carter - dictó medidas de congelamiento de activos iraníes bajo jurisdicción estadounidense por el monto de 12 billones de dólares, que impedían, incluso, el dictamen de sentencias y su consecuente ejecución contra éstos. Asimismo, varias personas físicas y jurídicas estadounidenses que perdieron sus propiedades en Irán intentaron, sin mucho éxito, demandas en cortes locales estadounidenses con el fin de obtener el secuestro de bienes iraníes en el territorio americano. GONZÁLEZ DE COSSIO, F., *Arbitraje*. 2º ed. Porrúa, México, 2008, pp. 519-521. CARON, D., CAPLAN, L. Y PELLONPÄÄ, M., *The UNCITRAL Arbitration Rules*, 1º ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 3-5.

²⁸⁷ GONZÁLEZ DE COSSIO, F., *Arbitraje...*, *cit.*, pp. 519-521. CARON, D., CAPLAN, L. Y PELLONPÄÄ, M., *The UNCITRAL Arbitration...*, *cit.*, pp. 3-5

A los efectos de resolver las múltiples disputas entre ambos países y entre éstos y sus respectivos nacionales, se acordó la constitución de un Tribunal Arbitral, con sede en La Haya (*Iran – United States Claims Tribunal*)²⁸⁸. La labor de este panel de árbitros fue muy importante, toda vez que dictó una serie de laudos arbitrales que interpretaron el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI (composición de árbitros, proceso arbitral, recusaciones, medidas cautelares). Y, en paralelo a esta labor, el Tribunal dictó una serie de importantes laudos arbitrales en materia de expropiación y nacionalización. Al respecto apunta la doctrina: “... En materia de Derecho Internacional Público y Privado, el Tribunal ha enriquecido la jurisprudencia en materia de interpretación de tratados, reclamaciones de personas con doble nacionalidad, controles de cambios, expulsión ilegal (...). En materia de Derecho internacional de las inversiones extranjeras, el Tribunal ha contribuido al desarrollo de materias como la expropiación, tanto de iure como de facto, los actos de autoridades estatales que generan responsabilidad internacional, las afectaciones de derechos de propiedad, responsabilidad del gobierno por “*takings*”, los estándares de compensación aplicables, la valuación de negocios expropiados y la valuación de bienes tangibles”²⁸⁹.

4) La ola de nacionalizaciones también afectó a varios países latinoamericanos entre 1950 y 1980, abarcando especialmente los sectores productivos de sus respectivas economías. Además del proceso de nacionalización a gran escala liderado por la Revolución Comunista de Fidel Castro en Cuba

²⁸⁸ Este Tribunal estuvo compuesto de 9 árbitros (a tiempo completo), 3 elegidos por Irán, 3 nombrados por Estados Unidos y los 3 restantes (de nacionalidades diferentes a las involucradas en este caso) fueron nombrados por los co-árbitros designados, siendo uno de éstos últimos el Presidente del Tribunal. El trabajo se organizó en 3 cámaras donde desempeñaban su labor 3 árbitros de nacionalidades diferentes. A partir del mes de mayo de 1981 comenzaron las reuniones preparativas y en el mes de julio se iniciaron las audiencias. Las reglas de procedimiento arbitral utilizadas fueron el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI, con las subsiguientes modificaciones acordes a los casos. Fueron interpuestos, en total, 3816 casos: 965, considerados casos extensos que involucraban una cuantía de 250.000 Dólares Americanos; 2782, calificados como causas pequeñas y cuyo monto no excedía de la referida cantidad de dinero, y 69, como reclamos por la venta de bienes y servicios entre ambos países. Véase al respecto: BROWER, C. Y BRUESCHKE, J., *The Iran – United States Claims Tribunal*, Martinus, Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, The Hague – Boston – London, 1998, pp. 10-11; GONZÁLEZ DE COSSIO, F., *Arbitraje...*, *cit.*, p. 522. Otras informaciones sobre los antecedentes del Tribunal de Reclamos puede encontrarse en su página web oficial: <http://www.iusct.org/background-english.html> [Fecha de visita: 27/05/2009].

²⁸⁹ GONZÁLEZ DE COSSIO, F., *Arbitraje...*, *cit.*, p. 524.

inspirado en el Modelo Soviético al que hicimos referencia, otros países como Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, México y Venezuela experimentaron expropiaciones a gran escala de ciertos sectores económicos como la industria de la extracción y comercialización de petróleo y gas, así como el sector de las telecomunicaciones.

5) En quinto lugar, finalizando con la breve cronología de importantes eventos respecto a las nacionalizaciones y expropiaciones que hemos mencionado, debemos examinar algunas iniciativas desarrolladas en esta materia durante los años 60 y 70. En esa época numerosos países en desarrollo reclamaron el reconocimiento internacional de la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales. Esta solicitud fue elevada a la ONU quien, a través de la Resolución de la Asamblea General 1803 (XVII), y posteriormente se reconoció en la Carta sobre Derechos y Deberes Económicos de 1974. Analizamos, a continuación, sus principales disposiciones en materia de expropiación y nacionalización.

2.2.2. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1962 titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”

En el marco de nuestra sinopsis histórica de los hechos más relevantes en materia de expropiaciones y nacionalizaciones, debemos destacar la Resolución n° 1803 (XVII), de fecha 14 de diciembre de 1962, dictada en el seno de la Asamblea General de la ONU. Dicha Resolución ha sido considerada por la doctrina como el *soft law* internacional en materia de expropiaciones y nacionalizaciones²⁹⁰, además que reconoció la potestad soberana de los Estados en administrar y organizar sus recursos naturales, siempre y cuando se ejerza en interés del desarrollo nacional y el bienestar de sus habitantes²⁹¹.

²⁹⁰ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 70 y GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, cit., p. 205.

²⁹¹ United Nations – Office of the High Commissioner for Human Rights. Texto disponible en la página web: http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/c_natres.htm [Fecha de consulta: 17/06/2009]; BISHOP, R. D., «International arbitration of petroleum disputes...», cit., p. 21; TSCHANZ, P-Y., «The contribution of Aminoil award...», cit., p. 278.

La Resolución planteó que la exploración, el desarrollo y la organización de dichos recursos, así como la importación de capital foráneo requerido para dichos propósitos, debía efectuarse de acuerdo a las reglas y condiciones establecidas por las propias naciones. Asimismo, reconocida la facultad de los Estados de expropiar o de nacionalizar activos e intereses patrimoniales de nacionales y extranjeros ubicados en sus respectivos territorios, se exige que la medida expropiatoria (o de nacionalización, según sea el caso) deba estar basada en causas relacionadas con la utilidad pública, seguridad o interés nacional reconocidos sobre los intereses individuales o privados.

A la par de este requerimiento, los Estados tienen también el deber de compensar a los inversionistas²⁹². De no existir acuerdos, tales controversias pueden ser resueltas por vía arbitral. Citamos a continuación, su numeral 4°:

“4. Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with International law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication”.

2.2.3. Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974)

El 12 de diciembre de 1974, bajo los auspicios de la ONU, fue concluida la Carta de los Derechos Económicos y Obligaciones de los Estados²⁹³. Este instrumento tuvo como objetivo “... promover el establecimiento del nuevo orden económico internacional, basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, sin distinción de sistemas económicos y sociales”.

²⁹² BROWNLIE, I., *Principles of Public...*, cit., p. 546.

²⁹³ Resolución n° 3281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU. Texto disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1170870172/Carta%20de%20Der.%20y%20deberes%20economicos.doc?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBFD_1170870172%2FCarta+de+Der.+y+deberes+economicos.doc [Fecha de visita: 27/07/2009].

Tomando en cuenta dicho propósito, la Carta en su artículo 2 consagró el Derecho de los Estados a ejercer libremente su soberanía y, en función de ella, pueden usar, poseer y disponer de sus recursos naturales y de sus actividades económicas. Tal potestad incluye, según el texto de la Carta, la posibilidad de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, a cambio del pago de una compensación apropiada, de acuerdo al Derecho local. En caso de disputas de este último aspecto, sería resuelta ante los tribunales locales y conforme al orden jurídico del Estado expropiante, salvo que, de mutuo acuerdo, sea elegido otro mecanismo de resolución de conflictos²⁹⁴.

2.2.4. Valoración final de esta etapa como antecedente histórico relacionado con las expropiaciones

Como hemos visto, los casos de expropiación y nacionalización de bienes propiedad de inversores extranjeros no son problemas nuevos. Constituyen, hoy día, parte de los riesgos que éstos enfrentan. Por ello, la preocupación de los países importadores y exportadores de capital en este sentido, les llevó a organizar una serie de acciones para acordar ciertos aspectos básicos en la materia.

La relevancia, tanto de la Resolución de Naciones Unidas 1803 (XVII) como la Carta de los Derechos Económicos de 1974, radica en dos aspectos: por un lado, se reconoce la potestad soberana de los Estados de nacionalizar y expropiar bienes o activos propiedad de inversionistas foráneos. Por otro, tal potestad es ejercida conforme al Derecho Internacional siempre que concurren los requisitos básicos de utilidad pública, el principio de no discriminación y la

²⁹⁴ Artículo 2 de la Carta de Deberes y Derechos Económicos: “2.- *Todo Estado tiene el derecho de: a) Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional, con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera; b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional, y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan. Todo Estado deberá, teniendo en cuenta plenamente sus derechos soberanos, cooperar con otros Estados en el ejercicio del derecho a que se refiere este inciso; c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso, el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que libre y mutuamente sea acordada por todos los Estados la elección de otros mecanismos pacíficos sobre la base de la soberanía de éstos y el principio de libre elección de los medios”.*

obligación de indemnizar, aunque respecto a éste último aspecto, existan diferencias.

Si bien la referida Resolución N° 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU ha sido elogiada por la doctrina internacional, varias consideraciones se han hecho respecto a la Carta de Derechos Económicos de 1974 toda vez que, en primer lugar, constituyó la respuesta de los países importadores de capital -quienes exigían plena soberanía sobre sus recursos naturales-, contra los tradicionalmente exportadores, que requerían también reglas claras para poder invertir en los primeros. En segundo lugar y en contraste con la Resolución N° 1803 (XVII), la Carta de 1974 ha sido considerada más como una declaración política que jurídica, dado que, por un lado, los votos a favor para aprobarla provenían de los países importadores de capital, mientras que los exportadores votaron en contra o se abstuvieron²⁹⁵. Y, en tercer lugar, con respecto a la compensación por las expropiaciones realizadas – tema álgido en estos casos -, la Carta sólo indica su pago conforme al Derecho local, dejando a un lado los principios internacionales aplicables al respecto.

Ahora bien, debemos destacar también que ninguna de las iniciativas planteadas a través de la Resolución y la Carta contiene previsiones respecto al tipo de proceso que debía ejercer el inversionista contra el Estado receptor cuando ocurría una expropiación sin cumplir con los parámetros indicados²⁹⁶. Como indicamos en el Capítulo I, la incertidumbre jurídica y la falta de reglas uniformes contenidas en un tratado internacional en la materia, dieron lugar a la conclusión de varios acuerdos regionales y a la enorme y complicada red de APPRI en todo el mundo. En ellos, como veremos, existen previsiones respecto a las condiciones de procedencia de las expropiaciones.

2.3. Calificaciones convencionales del término ‘expropiación’

Cuando se verifica que el bien, objeto de la expropiación, es propiedad de un inversor foráneo y que, a su vez, recibe amparo de un APPRI o de un convenio multilateral por estar contenido dentro de su ámbito de aplicación

²⁹⁵ Fue así calificada por el árbitro único en el asunto *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company (TOPCO) v. Libia*. Véase al respecto, SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, p. 74.

²⁹⁶ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, p. 76.

material, el sistema de protección transfronterizo de inversiones se activa. Tanto el TCE, el Protocolo de Colonia, ASEAN, TLCAN, CAFTA-Dr, como no pocos APPRIS, contemplan la obligación de los Estados anfitriones de la inversión extranjera de no expropiar los bienes de los inversionistas, salvo ciertos requerimientos. Estos requisitos se vinculan a la idea de que la medida expropiatoria esté motivada por causa de utilidad pública o interés general, que no sea discriminatoria, que esté acompañada de la garantía del debido proceso y se pague una compensación. Estudiamos, a continuación, algunos ejemplos en sede convencional sobre esta materia.

1) El artículo 13 del TCE se inicia con el deber de los Estados de no expropiar directa o indirectamente la inversión propiedad de inversionistas foráneos, salvo que esta medida sea dictada por causa de interés público, no sea discriminatoria, sea conforme al debido proceso y acompañada del pago oportuno, adecuado y efectivo de una compensación²⁹⁷.

2) El artículo VI del ASEAN también contiene una previsión respecto a la expropiación y a la nacionalización. En este sentido, la norma contiene el deber de los Estados contratantes de no ejercer ningún tipo de medida expropiatoria sin previo cumplimiento de los requisitos de causa de utilidad pública, bajo el debido proceso, sobre una base no discriminatoria y el pago de una compensación²⁹⁸.

²⁹⁷ Artículo 13 Tratado de la Carta de Energía: “1. *Investments of investors of a Contracting Party in the area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as expropriation), except where such expropriation is: a) for a purpose which is in the public interest; b) not discriminatory; c) carried out under due process of law; and, d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to the fair market value of the investment expropriated at the time immediately before the expropriation or impending expropriation became known in such a way as to affect the value of the investment (hereinafter referred to as the valuation date). Such fair market value shall at the request of the investor be expressed in a freely convertible currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the valuation date. Compensation shall also include interest at a commercial rate established on a market basis from the date of expropriation until the date of payment.* 2. *The investor affected shall have a right to prompt review, under the law of the Contracting Party making the expropriation, by a judicial or other competent and independent authority of that Contracting Party, of its case, of the valuation of its investment, and of the payment of compensation, in accordance with the principles set out in paragraph 1*”. Texto disponible en: <http://www.encharter.org/> [Fecha de visita: 04/04/2011].

²⁹⁸ Artículo VI.1 ASEAN: “*Investments of nationals of any Contracting State shall not be subject to expropriation nationalization or any measure equivalent thereto (in the article referred to as expropriation), except for public use, or public purpose or in the public interest, and under due process of law, on a non-discriminatory basis and upon payment of adequate compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investment affected, immediately before the measure of dispossession became public knowledge and it shall be freely transferable in freely – usable currency from the host country. The compensation shall be settled and paid without unreasonable*

3) El Capítulo XI del TLCAN consagra, en su artículo 1110, la obligación de los Estados Parte de no nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión proveniente de un inversor de otro Estado contratante²⁹⁹. En el último aparte de la norma, puntualiza el Tratado que se considerará como expropiación indirecta de un préstamo, aquella medida que, aunque no tenga carácter discriminatorio, signifique costos mayores al deudor de modo tal que se vea impedido de pagar su deuda.

4) Otro acuerdo regional de importancia es el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA-Dr, en siglas inglesas)³⁰⁰. Si bien reproduce parcialmente la solución expuesta en el

delay. The national of company affected shall have the right, under the law of Contracting Party making the expropriation, to prompt review by a judicial body or some other independent authority of that Contracting Party in accordance with principles set out in this paragraph”.

²⁹⁹ Artículo 1110 TLCAN: *Expropriation and Compensation*: “1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6. 2. Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“date of expropriation”), and shall not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value. 3. Compensation shall be paid without delay and be fully realizable. 4. If payment is made in a G7 currency, compensation shall include interest at a commercially reasonable rate for that currency from the date of expropriation until the date of actual payment. 5. If a Party elects to pay in a currency other than a G7 currency, the amount paid on the date of payment, if converted into a G7 currency at the market rate of exchange prevailing on that date, shall be no less than if the amount of compensation owed on the date of expropriation had been converted into that G7 currency at the market rate of exchange prevailing on that date, and interest had accrued at a commercially reasonable rate for that G7 currency from the date of expropriation until the date of payment. 6. On payment, compensation shall be freely transferable as provided in Article 1109. 7. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with Chapter Seventeen (Intellectual Property). 8. For purposes of this Article and for greater certainty, a non-discriminatory measure of general application shall not be considered a measure tantamount to an expropriation of a debt security or loan covered by this Chapter solely on the ground that the measure imposes costs on the debtor that cause it to default on the debt”. Texto disponible en: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx> [Fecha de visita: 04/04/2011].

³⁰⁰ Artículo 10.7 CAFTA-Dr: “1. No Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation in accordance with paragraphs 2 through 4; and (d) in accordance with due process of law and Article 10.5. 2. Compensation shall: (a) be paid without delay; (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“the date of expropriation”); (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and (d) be fully realizable and freely transferable. 3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation paid shall be no

TLCAN, también consagra la obligación de los Estados de no expropiar directa o indirectamente la propiedad de los inversionistas provenientes de otros Estados parte.

5) En el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Decisión 291 relativa al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, contiene amplias definiciones de los términos inversión extranjera directa, inversión nacional, empresa, reinversión y otros. No hace mención a la obligación de los Estados de no expropiar ni nacionalizar. En caso de algún problema, remite en su artículo 10 a la legislación nacional de los Estados parte su resolución³⁰¹.

6) Otro acuerdo regional de referencia en la región suramericana es MERCOSUR y, en particular, el Protocolo de Colonia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Aunque no está vigente, por no haber sido ratificado por los países del bloque, contiene la obligación de los Estados de no nacionalizar ni expropiar las inversiones en su territorio propiedad de los inversionistas de otros Estados parte. Ahora bien, el Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados no parte del MERCOSUR del 05 de agosto de 1994, si bien reproduce buena parte del texto del Protocolo de Colonia, contempla una regulación sobre la compensación menos compleja, toda vez que, en caso de ocurrir la nacionalización o la expropiación, será equivalente al valor de la inversión objeto de la medida³⁰².

less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment. 4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation paid – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than: (a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus (b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment. 5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with Chapter Fifteen (Intellectual Property Rights)”. Texto disponible en: www.caftaintelligencecenter.com [Fecha de visita: 04/04/2011].

³⁰¹ Artículo 10 Decisión 291, CAN: “En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de inversionistas subregionales o de la transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas”. Texto disponible en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D291.htm> [Fecha de visita: 04/04/2011].

³⁰² Artículo 4 Protocolo de Colonia: “Ninguna de las partes contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de otra parte contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán

7) Finalmente, en nuestra lista de soluciones convencionales, no podemos dejar de lado el entramado de APPRI que también contienen normas al respecto. Dado su altísimo número y, por ende, a la multiplicidad de soluciones que cada uno expone, estudiamos los APPRI modelos de países tradicionalmente exportadores de capital (Alemania, Canadá, Francia y Estados Unidos), a los efectos de identificar su contenido general respecto a las expropiaciones.

a) Por un lado, tenemos que los modelos de APPRI alemán³⁰³ y francés³⁰⁴ consagran la obligación de los Estados parte de no expropiar,

acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación previa, adecuada y efectiva. El monto de dicha compensación corresponderá al valor real que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la decisión de nacionalizar o expropiar haya sido anunciada legalmente o hecha pública por la autoridad competente y generará intereses o se actualizará su valor hasta la fecha de su pago". En tanto, el artículo 2.D.1) del Protocolo de Buenos Aires indica: "Ninguno de los Estados Partes tomará medidas de nacionalización o de expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de terceros Estados, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación justa, adecuada y pronta u oportuna. El pago de dicha compensación corresponderá al valor de la inversión expropiada". Texto disponible en: www.mre.gov.py [Fecha de visita: 04/04/2011].

³⁰³ Artículo 4 APPRI Modelo Alemán: *Compensation in case of expropriation: (1) Investments by investors of either Contracting State shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting State. (2) Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting State except for the public benefit and against compensation. Such compensation must be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation, nationalization or other measure became publicly known. The compensation must be paid without delay and shall carry the usual bank interest until the time of payment; it must be effectively realizable and freely transferable. Provision must have been made in an appropriate manner at or prior to the time of expropriation, nationalization or other measure for the determination and payment of such compensation. The legality of any such expropriation, nationalization or other measure and the amount of compensation must be subject to review by due process of law. (3) Investors of either Contracting State whose investments suffer losses in the territory of the other Contracting State owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, or revolt, shall be accorded treatment no less favorable by such other Contracting State than that State accords to its own investors as regards restitution, indemnification, compensation or other valuable consideration. Such payments must be freely transferable. (4) Investors of either Contracting State shall enjoy most-favored-nation treatment in the territory of the other Contracting State in respect of the matters provided for in the present Article*". El texto del APPRI Modelo de Alemania está disponible en: www.ita.law.uvic.ca/documents/2008-GermanModelBIT.doc [Fecha de visita: 05/04/2011].

³⁰⁴ Artículo 5 APPRI Modelo de Francia: *"Dispossession and indemnification. 1. The investments made by nationals or companies of one Contracting Party shall enjoy full and complete protection and safety on the territory and in the maritime area of the other Contracting Party. 2. Neither Contracting Party shall take any measures of expropriation or nationalization or any other measures having the effect of dispossession, direct or indirect, of nationals or companies of the other Contracting Party of their investments on its territory and in its maritime area, except in the public interest and provided that these measures are neither discriminatory nor contrary to a specific*

nacionalizar o ejercer medidas equivalentes a una expropiación. Si bien en ambos la norma extiende un largo párrafo respecto al problema de la compensación, comienza su texto con el deber de los Estados de garantizar protección plena y seguridad a los inversionistas en su territorio. También indican que tanto la legalidad de la medida gubernamental como el monto de la compensación, deben ser examinados en atención al Derecho local del Estado expropiante – como menciona el de Francia –, o a principios del debido proceso – tal como lo expresa el modelo canadiense-.

b) Por otro lado, los APPRI Modelos de Canadá y Estados Unidos enuncian una norma general en el texto del convenio, en la cual desarrollan el deber de los Estados de no expropiar ni nacionalizar, salvo en casos de utilidad pública, siguiendo el debido proceso y junto al pago de una compensación. Sobre este último aspecto, el modelo estadounidense desarrolla una solución más detallada. Luego, ambos instrumentos contienen unos anexos, en los cuales desarrollan con detenimiento la problemática de las expropiaciones indirectas³⁰⁵.

commitment. Any measures of dispossession which might be taken shall give rise to prompt and adequate compensation, the amount of which shall be equal to the real value of the investments concerned and shall be set in accordance with the normal economic situation prevailing prior to any threat of dispossession. The said compensation, the amounts and conditions of payment, shall be set not later than the date of dispossession. This compensation shall be effectively realizable, shall be paid without delay and shall be freely transferable. Until the date of payment, it shall produce interest calculated at the appropriate market rate of interest. 3. Nationals or companies of one Contracting Party whose investments have sustained losses due to war or any other armed conflict, revolution, national state of emergency or revolt occurring on the territory or in the maritime areas of the other Contracting Party, shall enjoy treatment from the latter Contracting Party that is not less favorable than that granted to its own nationals or companies or to those of the most favored nation". El texto del APPRI Modelo de Francia está disponible en la página web: www.ita.law.uvic.ca/documents [Fecha de visita: 05/04/2011].

³⁰⁵ Artículo 13 APPRI Modelo de Canadá: "1. Neither Party shall nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except for a public purpose, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner and on prompt, adequate and effective compensation. 2. Such compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place ("date of expropriation"), and shall not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value. 3. Compensation shall be paid without delay and shall be fully realizable and freely transferable. Compensation shall be payable in a freely convertible currency and shall include interest at a commercially reasonable rate for that currency from the date of expropriation until date of payment. 4. The investor affected shall have a right, under the law of the Party making the expropriation, to prompt review, by a judicial or other independent authority of that Party, of its case and of the valuation of its investment in accordance with the principles set out in this Article. 5. The provisions of this Article shall not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with the WTO Agreement". El artículo 6 APPRI Modelo de Estados Unidos señala: "1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment

En resumen podemos señalar que en sede convencional, tanto multilateral como bilateral, todos los textos coinciden en el tratamiento de la expropiación y la nacionalización como términos análogos o equivalentes. Todos los textos legales tienen como lugar común el enunciado de la obligación de los Estados de no privar al inversor foráneo de su propiedad, mediante actos de expropiación directa e indirecta. No obstante, también reconocen la potestad soberana de los Estados de expropiar o de nacionalizar reuniendo un conjunto de condicionantes. Ello obedece a que el objetivo de esta medida busca preservar el interés público de los ciudadanos³⁰⁶.

Ahora bien, prácticamente todos señalan los requisitos de procedencia de la expropiación legalmente ejecutada: que sea dictada en pro de la utilidad pública, bajo un procedimiento no discriminatorio, junto al pago de una compensación. Algunos mencionan también el principio del debido proceso como un cuarto requisito. Sin embargo, respecto al tema compensatorio, existen ciertas divergencias en cuanto al cálculo, tiempo y fórmula a aplicar. Estas diferencias son objeto de un mayor análisis en el Capítulo IV.

either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization ("expropriation"), except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment] (1) through (3). 2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall: (a) be paid without delay; (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place ("the date of expropriation"); (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and (d) be fully realizable and freely transferable. 3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment. 4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1(c) – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than: (a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus (b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment. 5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with the TRIPS Agreement". El texto de ambos Modelos se encuentra publicado en: www.ita.law.uvic.ca/documents [Fecha de visita: 05/04/2011].

³⁰⁶ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 288. BEECHEY, J. Y CROCKETT, A., «New generation of bilateral investment treaties: consensus or divergence?», en: *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation* (Rovine, A., ed). The Fordham Papers 2008. Fordham University, School of Law, New York, 2009, p. 15.

2.4. *Distinción entre expropiaciones directas e indirectas: ¿resurgimiento de las directas?*

Como apreciamos en los distintos convenios multilaterales y bilaterales aproximados en el apartado anterior, existe una distinción entre las expropiaciones directas e indirectas. Las expropiaciones directas se entienden como las medidas dictadas por autoridades gubernamentales de un Estado contra bienes propiedad de un inversor foráneo, en pro de una finalidad pública. Esta privación puede ejecutarse a través de un acto individual o a través de una ley³⁰⁷. Por el contrario, las expropiaciones indirectas constituirían, tal como ha referido la doctrina, como ciertas medidas que “... aunque el título de propiedad no se ve afectado por la decisión gubernativa, esta supone que dentro de sus efectos se producen consecuencias en el patrimonio del inversor (...). Es decir, suponen una desposesión o privación sustancial de los derechos de propiedad vinculados a la inversión”³⁰⁸.

Las expropiaciones directas son fácilmente reconocibles por cuanto su dictamen contra una obra, una concesión o una fábrica, tiene como consecuencia inmediata la privación al inversionista foráneo del uso, goce y disposición del bien tangible o intangible, objeto de su propiedad, así como de sus beneficios³⁰⁹. En estos casos, no se discute el Derecho de los Estados, en ejercicio de su potestad soberana de expropiar bienes que estén ubicados en su territorio³¹⁰.

Tanto las iniciativas internacionales mencionadas -es decir, la Resolución No. 1803 y la Carta de los Derechos Económicos de 1974- como los acuerdos multilaterales y bilaterales en la materia que analizamos, coinciden en expresar que esta facultad debe estar articulada necesariamente en torno a la conjunción de tres premisas básicas que deben darse, además, en forma cumulativa:

³⁰⁷ HERDEGEN, M., *Derecho económico internacional...*, cit., p. 290.

³⁰⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras...», cit., p. 20.

³⁰⁹ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 295. DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAH, B., *Investor-State...*, cit., p. 429; DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 92 y MC. LACHLAN QC, C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration...*, cit., p. 290.

³¹⁰ REISMAN, W.M. Y DIGON, ROCIO, «Eclipse of expropriations?», en: *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation* (ROVINE, A., Ed.). The Fordham Papers 2008, Fordham University, School of Law, New York, 2009, p. 43.

a) En primer lugar, que la medida tenga como propósito un objetivo de utilidad pública,

b) Junto a ello, en segundo lugar, que sea dictada bajo el principio de no discriminación y

c) Por último, en tercer lugar, que acompañe a la medida el pago de una debida compensación.

Al fallar en el cumplimiento de alguno de estos requerimientos convencionales, podemos estar en presencia de una expropiación ilícita desde el punto de vista internacional, toda vez que el Estado expropiante incumple con una de las obligaciones establecidas en el tratado multilateral o bilateral, según sea la fuente aplicable³¹¹.

No obstante lo anterior, aunque no existe prácticamente problema en calificar una expropiación como directa, no ocurre lo mismo con las denominadas expropiaciones indirectas. En éstas últimas, como se ha señalado, no es necesaria la apropiación física del bien propiedad del inversionista. Lo que ocurre es que, producto de una serie de medidas gubernamentales, el inversor pierde el control de su inversión (aunque no la titularidad del Derecho de propiedad), o el Derecho a disfrutar de los beneficios económicos que ésta genere y, en otros casos, vea reducido, significativamente, el derecho de disposición sobre ella³¹². Estas actuaciones son mucho menos clases, más sutiles, y generan un mayor grado de dificultad a la hora de verificarlas y constatar sus efectos.

³¹¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., «Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión», en *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 4, Legis - Universidad Sergio Arboleda - Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2006, pp. 145-146. Resulta muy interesante destacar la opinión de este autor, toda vez que considera que el bien jurídico tutelado en sede convencional consiste en la eliminación del abuso de poder por parte de las autoridades gubernamentales. Por tanto, al determinar que su conducta ha sido abusiva y contraria a los preceptos del APPRI, puede acarrear al Estado expropiante responsabilidad internacional.

³¹² GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., «Medidas equivalentes a expropiación...», *cit.*, p. 149. Véase también HERDEGEN, M., *Derecho económico internacional...*, *cit.*, p. 201. Este último autor menciona el conocido caso 4/1983 - *Starrett y otros v. Irán*, decidido por el Tribunal Irán – Estados Unidos. En este asunto, el Tribunal Arbitral señaló que la orden de sustitución del administrador designado por el inversionista para dirigir la compañía estadounidense – dedicada a un proyecto de construcción de viviendas, en un lote de terreno propiedad del inversor- por una persona nombrada por las autoridades gubernamentales libias constituía una expropiación.

Este tipo de medidas que reducen los beneficios o el control de la inversión foránea, sin revocar la titularidad del Derecho de propiedad, se ha convertido en una modalidad reciente de expropiaciones. Esta situación obedece a varias razones:

1) En primer lugar, los Estados importadores de capital tratan de evitar una percepción negativa por parte de los mercados internacionales. Si expropian directamente, su reputación queda seriamente afectada y, con ello, alejan la inversión foránea.

2) En segundo lugar, los Estados anfitriones tienen Derecho a imponer ciertos controles a la inversión extranjera en su territorio. Para ejercerlo, pueden adoptar múltiples fórmulas corporativas en los contratos de inversión de larga duración, para mantener la intervención estatal. Sin embargo, puede suceder que, en ejercicio del poder regulatorio que les asiste, modifiquen posteriormente estas previsiones a través de la promulgación de una ley o un decreto y, en consecuencia, tomen control total de los beneficios producto de la inversión³¹³.

La identificación de una medida gubernamental como una expropiación constituye, por tanto, resulta una tarea complicada. Al respecto, la doctrina coincide en señalar que no existe un criterio único para definir las expropiaciones indirectas, dada la enorme diversidad de casos que actualmente se están presentando³¹⁴. Y, en esas circunstancias, se recomienda el análisis de las medidas gubernamentales dictadas, los efectos que éstas generan al patrimonio del inversionista y el grado del daño³¹⁵, como criterios a partir de los cuales se puede determinar la existencia real de una expropiación real o no. A ello dedicamos todo el Capítulo III de este trabajo, mientras que en este Capítulo II nos ceñiremos al análisis de los requisitos convencionales de las expropiaciones directas.

Podemos resumir, a modo de conclusión en esta primera sección de este Capítulo, que las expropiaciones no constituyen un problema de reciente data. La privación de la propiedad por parte del Estado anfitrión es, en efecto, uno de los

³¹³ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 297.

³¹⁴ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras», cit., p. 23. DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., p. 439; DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 92 y MC. LACHLAN QC, C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration...*, cit., pp. 290 - 291.

³¹⁵ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, cit., pp. 199-200.

mayores riesgos que un inversionista puede enfrentar. Aunque se consideraba que las expropiaciones directas eran un mito y habían quedado relegadas, podemos afirmar que, actualmente, vivimos su resurgimiento acompañado de las denominadas expropiaciones indirectas.

Asimismo, los diversos convenios internacionales en la materia no discuten la potestad soberana de los Estados para dictaminar este tipo de medidas. Sólo exigen el cumplimiento de ciertos requisitos y garantías. Y es ahí, precisamente, donde radica el problema y donde se suscitan las mayores cuestiones de interpretación y de concreción de la existencia real de una situación de expropiación. Ello exige, a los efectos de nuestro estudio, centrarse en el estudio de los requisitos de procedencia que ha de reunir una expropiación lícita. De no cumplir en forma conjunta con ellos, se considera la medida expropiatoria como no legal desde el punto de vista transfronterizo. Dicho acto ilícito tiene, a su vez, implicación con el sistema de responsabilidad internacional de los Estados. Estas dos cuestiones independientes pero relacionadas, y cuyo análisis articulado permite derivar una respuesta a la cuestión suscitada, son los aspectos a considerar en la segunda parte de este Capítulo.

SECCIÓN SEGUNDA – CONDICIONES GENERALES DE UNA EXPROPIACIÓN LÍCITA CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

1. DE LAS MEDIDAS EXPROPIATORIAS Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS: EXPROPIACIONES LÍCITAS E ILÍCITAS

Como hemos afirmamos a lo largo de nuestro trabajo, la desposesión de bienes propiedad de inversionistas foráneos por parte de los países receptores no es más que el ejercicio soberano que les asiste a éstos últimos. La esencia del dictamen de medidas de expropiación, directa e indirecta, se traduce en la transmisión obligada de la propiedad de los particulares a favor de los Estados³¹⁶, pero, al mismo tiempo, también les asiste el deber de cumplimiento de una serie de obligaciones. Estos deberes se traducen en una serie de estándares o garantías para la protección de inversiones y se encuentran en los convenios regionales y APPRI.

El lugar común de la solución convencional en materia de expropiaciones de inversión foránea responde al reconocimiento de la facultad soberana del Estado anfitrión de dictar medidas de desposesión del Derecho de propiedad de bienes e intereses patrimoniales de los inversionistas extranjeros, siempre que sean acompañadas de los requisitos de utilidad pública, no discriminación, debido proceso y el abono de una compensación, que analizamos con detenimiento más adelante. También se reconoce en dichos acuerdos internacionales la posibilidad de que los Estados dicten otro tipo de medidas cuyos efectos son equivalentes a una expropiación – expropiación indirecta -, tales como la pérdida de control de la propiedad o el menoscabo de beneficios económicos similares a los derivados de una expropiación directa, por causa de actos o leyes promulgadas en la materia³¹⁷.

³¹⁶ FRAGA PITTALUGA, L., *El arbitraje en el derecho administrativo*. Torino, Caracas, 2000, p. 104.

³¹⁷ MEZGRAVIS, A., «Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI», en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, ACPS, Serie Eventos No. 18, Caracas, 2005, p. 373; BISHOP, R. D., «International arbitration of petroleum...», *cit.*, p. 21.

Ahora bien, en lo que respecta a nuestro estudio, nos preguntamos: ¿qué sucede si el Estado, actuando en funciones de *iure imperii*, dicta una medida expropiatoria contra Derechos e intereses patrimoniales sin cumplir ninguno de los requerimientos convencionales de utilidad pública, principio de no discriminación, debido proceso y pago de una compensación?

Conforme a la doctrina, un acto estatal es lícito de acuerdo al Derecho Internacional cuando cumple con los requerimientos convencionales indicados para su dictamen³¹⁸. Por tanto, una medida expropiatoria que cumpla con las condiciones antes mencionadas es lícita desde el punto de vista transfronterizo. El problema se presenta cuando el acto estatal no cumple con alguno de esos requisitos y que, por su causa, se producen efectos contrarios a nacionales de otros Estados (en nuestro caso, los inversionistas foráneos), que deben ser indemnizados.

Al ejecutar un Estado un acto ilegal desde la perspectiva transfronteriza, se activa el sistema de responsabilidad internacional de los Estados. Este sistema parte del principio general del Derecho conforme al cual todo aquel que viole una norma y, como producto de esa violación, cause un daño a otra, está obligado a repararle. Por tanto, cuando un Estado -o sus órganos estatales o entes de su propiedad- ejecuta un acto de acción u omisión en contravención de las normas convencionales, infringiendo un daño a otro Estado o a sus nacionales, está en el deber de reparar ese perjuicio³¹⁹.

Sobre este importante tema la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, concluyó en el año 2001 el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales (Proyecto de Artículos)³²⁰.

³¹⁸ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. 1º ed. Colección Arbitraje Comercial y de Inversión. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 259-260.

³¹⁹ MCCORQUODALE, R., *International Law beyond the State. Essays on sovereignty, non-State actors and human rights*. Cameron May Publishing, London, 2011, pp. 336-337. Véase también JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Tecnos, Madrid, 1980, pp. 327 y ss.; y, RESEK, J.F., *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 9º ed. Saraiva Editora, São Paulo, 2002, pp. 261 y ss. Resek explica que la activación del sistema de responsabilidad internacional de los Estados se produce en tanto se demuestre la vinculación del acto estatal con la obligación de Derecho Internacional infringida y el daño causado como consecuencia de éste.

³²⁰ Este Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, fue preparado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 1930. Luego, bajo la responsabilidad de Roberto Ago, Willem Riphagen y Gaetano Arangio-Ruiz,

Conforme a dichas reglas, los Estados, valga la redundancia, son responsables por la comisión de actos (de acción y de omisión) contrarios a las obligaciones previamente contraídas con otros Estados³²¹. Esta misma regla aplica cuando realizados por medio de sus órganos, entes, empresas bajo control estatal e, incluso, personas físicas o jurídicas que estén actuando en su nombre. La calificación de la legalidad o no del acto estatal se efectúa, conforme a dicho instrumento, de acuerdo al Derecho internacional y no conforme al orden jurídico interno del Estado bajo análisis.

Muy particularmente, en este Proyecto se analizan dos aspectos: por un lado, la determinación de la regla o fundamento legal y el contenido de la obligación del Estado. Y, por otro, al verificarse el incumplimiento de la obligación se identifica los deberes que éste último debe ejecutar³²². Por ello, el Proyecto de Artículos consagra la obligación de los Estados de ofrecer las garantías para reparar el daño producto de su actuación, independientemente de lo que establezca su propio Derecho: desde la restitución de la situación hasta el momento previo al hecho que dio lugar a su responsabilidad internacional. Si esto no es posible, la compensación por el daño, incluyendo el lucro cesante y el pago de los intereses generados hasta el día del pago definitivo y, si no es posible ninguna de las dos opciones anteriores, contempla la posibilidad de que el Estado ofrezca disculpas públicamente o exprese su rechazo al acto cometido (*satisfaction*).

Ahora bien, aunque estamos en presencia de un tema de gran interés doctrinal y práctico, el estudio a profundidad del sistema de responsabilidad de los Estados nos aleja del objetivo central de nuestra investigación. Por esta razón, pretendemos analizar únicamente algunos conceptos esgrimidos por la doctrina respecto a la legalidad o no de los actos estatales –y de ellos, las medidas expropiatorias– junto a las referencias prácticas que abordan algunos laudos arbitrales dictados en este ámbito.

su texto final fue aprobado en el año 2001, durante la 85ª sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas el 12/12/2001. Su texto se encuentra disponible en: www.daccess.org/tmp/7791698.htm [Fecha de visita: 11/11/2009].

³²¹ COE, J.J. Y RUBINS, N., «Regulatory Expropriation and the Tecmed case: context and contributions», en: *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ISCID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (WEILER, T., ed.). Cameron May, London, 2007, pp.17 y ss; DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 611.

³²² CRAWFORD, J., «The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A retrospect», en: *American Journal of International Law*, Vol. 96. Vanderbilt University School of Law, Nashville, 2002, pp. 874 y ss.

Tomando en cuenta los Comentarios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, se ha recomendado su aplicación en los arbitrajes de inversión donde se demuestra que la conducta desarrollada por el Estado en cuestión viola las obligaciones internacionales previamente pactadas³²³. En estos supuestos, la parte contra la cual se ha dictado el acto o la omisión puede ser una persona física o jurídica y no sólo otro Estado soberano o sus órganos o entes. Asimismo, de acuerdo al artículo 2 de las citadas Reglas, las obligaciones internacionales que un Estado puede asumir se originan bien de un tratado o de un acuerdo bilateral o bien de un contrato.

En este sentido debemos advertir que, en el arbitraje de inversión, no se objeta la facultad de expropiar propiedades de inversionistas foráneos, como tampoco la potestad estatal de modificar, unilateralmente, la legislación local en materia de inversión o el cambio de los términos y condiciones del contrato de inversión objeto de la controversia³²⁴. Lo que se discute, en este ámbito, es el cumplimiento o no de los requerimientos para identificar la licitud de la expropiación, especialmente en sede convencional. Si la medida dictada no reúne uno de ellos, la expropiación se convierte en un acto contrario a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado receptor de la inversión y, producto de su acción de omisión o de acción, se genera responsabilidad estatal frente al inversionista por los daños producidos³²⁵.

Asimismo, con relación al incumplimiento de los Estados de obligaciones de origen contractual, la doctrina afirma que: “La especificidad del sistema arbitral CIADI consiste en tender un puente entre el régimen de los contratos celebrados entre estados y empresas extranjeras y las normas de derecho internacional sobre responsabilidad del Estado por daños causados a los bienes de los extranjeros, aplicándose a los comportamientos de los Estados en relación a dichos contratos. El tribunal puede calificar la conducta del Estado desde el punto de vista del Derecho internacional, en la medida en que las normas de responsabilidad tienen puntos de referencias como las condiciones de una expropiación, los hechos que

³²³ HOBÉR, K., *Investment arbitration in...*, *cit.*, p. 19.

³²⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Contratos internacionales de Estado», en *Curso de Contratación Internacional*, Edit. Colex, Madrid, 2003, p. 578.

³²⁵ HOBÉR, K., *Investment arbitration in...*, *cit.*, pp. 13-15. El autor señala: “In analyzing alleged expropriations, the first step for tribunals is therefore to determine whether the alleged act and/or omissions are at all attributable to the State in question. If the answer is affirmative, the tribunal must determine, as the second step, whether the acts and/or omissions constitute expropriation”.

pueden atribuirse al Estado o la violación de las obligaciones internacionales sobre el tratamiento de las inversiones extranjeras³²⁶.

Por tanto, en atención a las reglas del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, cuando la medida expropiatoria no cumple los parámetros convencionales que se exigen a los fines de evitar que la desposesión al inversor extranjero genere un enriquecimiento injusto al Estado receptor, éste debe restituir al primero de la propiedad o, en su defecto, indemnizarle³²⁷. En este orden de ideas, citamos varios casos donde se ha discutido el tema de la responsabilidad internacional de los Estados en el marco del sistema de protección de inversiones.

1) En primer lugar, un caso emblemático en el arbitraje de inversión que recoge, en buena medida, varios de los aspectos que estudiamos en este Capítulo es el asunto *Metalclad v. México* (2000) en el marco del sistema TLCAN³²⁸. El Tribunal Arbitral determinó que la actuación de las autoridades mexicanas contra la operación del confinamiento construido por la demandante privó al inversionista de su inversión. En este orden de ideas, analizó la eventual aplicación de las Reglas sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, examinando los actos y omisiones de las autoridades federales y municipales.

Metalclad sostuvo en el proceso arbitral que la República Mexicana, a través de sus gobiernos locales, interfirió en la operación del almacenamiento de desechos, violando los artículos 1105 y 1110 TLCAN (es decir, el estándar de trato justo y equitativo y el de expropiación). El Tribunal Arbitral consideró que aunque los actos de otorgamiento de permisos fueron desarrollados por autoridades municipales y estatales, bajo el Derecho Internacional constituía un acto efectuado por el Estado Mexicano. Tal como analizamos en el punto referente al estándar del trato justo y equitativo, la República Mexicana fue condenada a indemnizar al inversionista foráneo³²⁹:

³²⁶ VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de...*, cit., p. 260.

³²⁷ MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*. Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 133-146. El autor advierte que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en la necesidad de una justa compensación como un requerimiento implícito a toda limitación al Derecho de propiedad, la cual debe buscar un equilibrio entre el interés general y la protección de los Derechos fundamentales del interesado.

³²⁸ *Metalclad v. México...*, cit., párrafos 70 y ss.

³²⁹ *Metalclad v. México...*, cit., párrafo 100.

“...Las Partes en el Tratado deben “[asegurar] la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa”. (Artículo 105 del TLCAN). Una referencia a un estado o provincia incluye a los gobiernos locales de ese estado o provincia. (Artículo 201(2) del TLCAN). El artículo 1108(1) afirma expresamente que las excepciones a los requerimientos de los artículos 1105 y 1110 no se extienden a los estados o gobiernos locales. Este enfoque está en total acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. Esto se expresó claramente en el artículo 10 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados adoptado por la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Internacional en 1975 que, aunque está todavía en discusión, puede, aún así, considerarse como una correcta reafirmación del derecho actual: “[e]l comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad territorial del gobierno o de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa localidad, se considerará como un acto del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en sus atribuciones de conformidad con el derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su ejercicio (Yearbook of the International Law Commission, 1975, vol. ii, p. 61)³³⁰”.

2) En el asunto *Emilio Maffezzini v. España* (2000)³³¹, también resulta ilustrativo cuando un Estado es responsable internacionalmente por la actuación de una entidad³³². Como analizamos en el Capítulo I, este caso se relacionó con el reclamo de un ciudadano argentino contra el Reino de España por una información no válida y conforme a la cual realizó una inversión en la región de Galicia. En particular, Maffezzini reclamó la indemnización por los perjuicios sufridos por el errado estudio de mercadeo suministrado por SODIGA, entidad controlada por el gobierno de Galicia para promover el desarrollo económico de la Región y, por ende, tales actos son imputables al Reino. En tanto que la demandada señalaba que SODIGA era una sociedad comercial privada, conforme al Derecho español y, aunque entidades estatales eran propietarias de parte de sus acciones, no la convertía en un ente público y, menos aún, podía imputarse al Reino de España por sus actos.

El Tribunal Arbitral realizó un análisis estructural y funcional de la situación. Bajo el primer estudio, consideró que SODIGA no era un órgano estatal. Ahora bien, desde el punto de vista funcional, para el momento inicial de

³³⁰ *Metalclad v. México...*, *cit.*, párrafo 73.

³³¹ *Emilio Maffezzini v. España...*, *cit.*, párrafos 74 y ss.

³³² Véase también: COHEN SMUTNY, A., «State Responsibility and Attribution when is a State responsible for the acts of State enterprises? Emilio Agustín Maffezzini v. The Kingdom of Spain», en: *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ISCID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (WEILER, T., ed.). Cameron May, London, 2007, pp. 17 y ss; DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, *cit.*, p. 201.

la inversión, era una empresa estatal que se estaba transformando en una sociedad orientada al mercado. Y, aunque desarrollaba muchas actividades comerciales, se encargaba de ejercer políticas de gobierno para la promoción industrial (lo que no desarrolla una sociedad normalmente), por lo cual su conducta se atribuyó por extensión al Reino de España.

Luego de un exhaustivo análisis, el Tribunal determinó que el Reino de España incumplió la obligación, de acuerdo al APPRI Argentina – España, de brindar al inversionista el trato justo y equitativo, toda vez que SODIGA autorizó un crédito a favor del ciudadano argentino, sin su consentimiento. A pesar de que favorecía a la inversión, hubo falta de transparencia en la referida acción, por lo que condenó a España al pago de una indemnización más intereses compuestos, desde la fecha del laudo hasta el día de su pago³³³.

3) Otro asunto donde ha sido discutida la responsabilidad internacional de los Estados ha sido *Nykomb Synergetics Technology Holding A.B., Stockholm v. Letonia* (2003)³³⁴, en el marco del TCE. En este asunto, aunque no prosperó el reclamo por expropiación del inversor suizo contra Letonia, el Tribunal Arbitral determinó que el Estado anfitrión discriminó al inversor, al rehusarse a pagar una doble tarifa durante ocho años por el suministro del servicio de energía eléctrica, tal como lo habían pactado previamente. Vale destacar que, en el momento de concluir el contrato y para honrar las obligaciones que asumió, el demandante desarrolló una cuantiosa inversión en dicho país.

El Tribunal analizó la base legal del reclamo del inversionista y señaló que se trató de la violación del APPRI. El contrato suscrito entre las partes se consideró una inversión, el cual recibe sólo el amparo en sede convencional, bajo los términos que el instrumento internacional prevé. Por esta razón, no se discutió el incumplimiento o no del mencionado contrato, dado que tal disputa es de naturaleza comercial y excede de los límites de la jurisdicción del panel de árbitros.

³³³ Es de hacer notar que el propio Tribunal Arbitral advierte sobre los riesgos de considerar a los APPRIs como un sistema de seguros contra todo tipo de problemas suscitados en el Estado anfitrión: “... El Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios. Aunque probablemente sea cierto que las políticas y prácticas de SODIGA y sus entidades afiliadas eran deficientes en el período pertinente en España, no puede considerarse que ellas debían atenuar los riesgos comerciales inherentes a cualquier inversión que asumían los inversores”. *Emilio Maffezini v. España...*, *cit.*, párrafo 64.

³³⁴ *Nykomb Synergetics Technology Holding A.B. v. Letonia*. Laudo Arbitral de fecha 16/12/2003, administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. <http://www.encharter.org/index.php?id=342> [Fecha de visita: 15/04/2011].

Ahora bien, en el aspecto que nos interesa, el Tribunal Arbitral para el momento de determinar la reparación al inversor suizo, tomó como fuentes el Proyecto de Artículos así como las previsiones del APPRI aplicable. Y, al respecto indicó que, a falta de la restitución correspondiente, por la violación de la obligación en sede convencional de brindar protección a la inversión foránea libre de discriminación, condenó a la demandada al pago de una indemnización más intereses.

4) Finalmente, debemos hacer referencia a un caso de reciente data - *Gemplus, S.A. y otros v. México* (2010)³³⁵ - relacionado con la expropiación del Estado mexicano de la inversión de dos ciudadanos (francés y argentino, respectivamente). En este asunto, luego de identificar que las medidas estatales contra la concesionaria, encargada del registro de vehículos y propiedad de los inversionistas, tuvieron como efecto la pérdida de la inversión, el Tribunal determinó que, conforme al Derecho internacional, sólo es procedente una indemnización cuando existe un nexo causal entre la violación del tratado (en este caso de los dos APPRIs: Francia – México y Argentina – México) y la pérdida sufrida por los inversionistas extranjeros.

Y, en este sentido, fueron analizadas las previsiones del Proyecto de Artículos, toda vez que la acción del Estado anfitrión constituyó una expropiación ilegítima bajo los términos de los APPRIs aplicables. Ante la imposibilidad de aplicar la previsión de compensación en sede convencional bilateral, el Tribunal Arbitral consideró que, al no poder restituir la inversión, la República demandada debía reparar el daño a los inversores por vía de la indemnización consistente en el monto del capital invertido, el pago de dividendos dejados de percibir y otros gastos.

En definitiva, podemos señalar que el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, concluido por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, recoge una serie de preceptos conforme al cual el operador jurídico debe, en primer lugar, identificar la obligación, en sede convencional o contractual (según sea el caso) que el Estado debe cumplir. Y, en segundo lugar, una vez identificada, debe verificar el cumplimiento o no de dicha obligación. Si se demuestra que con la acción u la omisión del Estado o de sus

³³⁵ *Gemplus, S.A.; Gemplus Industrial, SA de CV y Talsud, SA v. México*. Casos No. ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4, Laudo Arbitral de fecha 16/06/2010, párrafos 11-8 y ss. Texto disponible en: www.icsid.worldbank.org [Fecha de visita: 15/05/2011].

entidades político-territoriales o de sus entes, no ha honrado el compromiso adquirido ante el afectado, cabe entonces la debida restitución o la reparación, si la primera no es posible efectuarla.

En el escrutinio de actos que el Estado desarrolla debemos destacar las medidas expropiatorias por las cuales se desposee a un inversionista foráneo de su inversión. No se discute la potestad soberana que asiste a los Estados de ejercer esta facultad, toda vez que no es un acto ilegal per se. La legalidad de dicha acción depende del cumplimiento de una serie de garantías de trato no discriminatorio, debido proceso legal, causa de utilidad pública y pago de una compensación justa, pronta y adecuada. De no cumplir con los requisitos mencionados, estamos en presencia de una expropiación ilegítima.

En los arbitrajes de inversión, los Tribunales Arbitrales analizan la actuación del Estado y el cumplimiento, a través de sus acciones, de los estándares de tratamiento a la inversión foránea. En todo caso, el operador jurídico debe tener muy claro que ni los convenios regionales y mucho menos los APPRI son una especie de póliza de seguro contra todo tipo de riesgos, como fue expresado en el caso *Maffezzini*. Cada asunto reviste una complejidad especial y no todas las acciones u omisiones estatales generan responsabilidad internacional de los Estados anfitriones frente al inversor foráneo.

A pesar de la falta de uniformidad a la que tanto hemos referencia cuando realizamos el estudio de los casos, debemos señalar que, en lo que respecta a la aplicación del Proyecto de Artículos, el lugar común de todos los asuntos analizados es que los árbitros, al identificar la normativa aplicable y determinar que, efectivamente, el Estado anfitrión incumplió con uno o varios de los estándares previstos en ella, aplican buena parte de los principios contenidos en este instrumento. De esta forma, al ejecutarse un acto ilegal, desde el punto de vista internacional, y sea imposible ordenar la restitución de la inversión, tiene lugar el pago de una indemnización correspondiente.

Así, en el asunto *Metalclad*, en el marco del sistema regional del TLCAN, el Estado anfitrión, a través de una serie de medidas, expropió los Derechos patrimoniales del inversionista estadounidense, y el Tribunal señaló que México era responsable de la actuación de las autoridades locales y federales desde el punto de vista internacional. Una situación parecida la evidencia el asunto *Maffezzini*, por cuanto el Tribunal Arbitral al analizar la actuación de la empresa

Sodiga, determinó que su actuación vinculaba al Reino de España, toda vez que tenía funciones públicas delegadas a pesar de ser una sociedad orientada hacia el mercado. Como parte de dichas funciones, no hubo un tratamiento transparente al inversor de origen argentino.

Ahora bien, el caso *Nykomb*, en el marco del TCE, nos refiere a la protección brindada por este convenio regional a los Derechos contractuales de un inversionista. Se determinó que el motivo del arbitraje de inversión era la violación de los estándares contenidos en el Tratado y no disputas comerciales suscitadas por el contrato. En particular, se advirtió que el contrato suscrito entre las partes de suministro de energía eléctrica recibió el amparo en sede convencional, pero en forma limitada: es decir, que su protección se circunscribe únicamente a sus previsiones y no a otras. El Tribunal Arbitral determinó que Letonia, con sus acciones discriminatorias, había incumplido con los parámetros del Tratado por no brindar un trato justo y equitativo al inversionista y, por ello le condenó al pago de una indemnización. Finalmente, el asunto *Gemplus y otros* evidenció claramente la expropiación de las autoridades mexicanas de los Derechos patrimoniales de los inversionistas cuando, ilegítimamente requisaron la concesionaria (propiedad de éstos) y revocaron el contrato de concesión otorgado sin justificación válida.

2. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE UNA EXPROPIACIÓN LÍCITA CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

Como ya afirmamos en el Capítulo I de este trabajo, los Estados tienen el Derecho de imponer restricciones para la entrada de una inversión foránea a su territorio y, también, de limitar su actividad. Sin embargo, estas restricciones disminuyen cuando las necesidades apremiantes de la economía nacional lo exigen. A los fines de atraer capital foráneo, en muchas oportunidades los Estados receptores articulan modificaciones en su propio orden jurídico interno y concluyen APPRI's para promover la inversión extranjera y, de esta forma, tratan de solucionar las necesidades socioeconómicas apremiantes en sus respectivos territorios.

Ahora bien, una vez que la inversión se ejecuta puede suceder que los países anfitriones decidan, a los fines de proteger el interés general, adoptar medidas expropiatorias contra bienes e intereses de inversionistas extranjeros. En

consecuencia, la propiedad de éstos pasa a manos de un ente estatal, o de un tercero, o ve condicionada su práctica -como ocurre con las expropiaciones indirectas-. La privación del Derecho de propiedad al inversor foráneo no sólo debe cumplir con los parámetros del Derecho local, conforme a sus propios controles legales, sino también de acuerdo a las soluciones convencionales, generalmente contenidas en el APPRI concluido entre los países involucrados³³⁶.

Esto implica que coexisten, en paralelo, requerimientos locales e internacionales con arreglo conforme a los cuales tiene lugar una medida expropiatoria o una nacionalización (según sea su alcance), teniendo los segundos aplicación prevalente sobre los primeros³³⁷. Como afirmamos tanto en el Capítulo I como en el presente, existe un entramado de convenios multilaterales y APPRIS – muy fragmentado – junto a una serie de legislaciones internas especiales en la materia que contemplan soluciones en materia de expropiaciones.

Buena parte de los convenios internacionales afirman la procedencia de una expropiación o de una nacionalización, siempre que le acompañen una serie de requerimientos³³⁸: “a) sea motivada por causa de utilidad pública y social, seguridad o interés nacional; b) procedimiento llegado a cabo sin discriminación (...); c) compensación inmediata, adecuada en valor y efectiva a favor del perjudicado por la medida”³³⁹.

A continuación nos aproximamos al análisis de cada uno de estos requerimientos, en atención a las soluciones convencionales existentes, la opinión de la doctrina internacional y a la práctica que, en los arbitrajes de inversión, se ha venido gestando respecto a la interpretación de cada uno de ellos.

³³⁶ HOBER, K., «Investment arbitration in Eastern Europe...», *cit.*, p. 3. Véase también BROWNLIE, I., *Principles of Public International...*, *cit.*, pp. 533-534.

³³⁷ CHAMORRO CORONADO, L.M., *Los acuerdos españoles de...*, *cit.*, p. 324.

³³⁸ REINISCH, A., «Legality of...», *cit.*, pp. 200-201; WÄLDE, T. Y SABAHI, B., «Compensation, Damages and Valuation», *International Investment Law* (MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F. Y SCHREUER, C., eds.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, pp. 1052-1053.

³³⁹ CALVO CARAVACA, A-L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado...*, *cit.*, p. 509; GONZÁLEZ DE COSSIO, F., *Arbitraje...*, *cit.*, pp. 145-146.

1.1. Primer requisito: Utilidad pública como motivo o causa de la expropiación

Como hemos afirmado, hoy día no cabe duda que los Estados puedan expropiar o nacionalizar bienes, intereses y activos de contenido patrimonial, ubicados en su territorio, y propiedad de personas físicas o jurídicas foráneas. Sin embargo, tal potestad expropiatoria no es ilimitada, toda vez que debe cumplir con ciertas garantías. Al respecto, la doctrina apunta: “Esta concepción material o sustantiva de la expropiación es la que explica que por regla general en Derecho comparado no se haga alusión a la expropiación como una figura concreta como un acto administrativo, ni siquiera como un acto complejo ni como un procedimiento. Es un conjunto de garantías que debe cumplir la autoridad pública para llevar a cabo cualquier privación de la propiedad privada, para que sean legítimas y apegadas al Derecho de propiedad”³⁴⁰.

Una de las garantías que deben cumplir los entes gubernamentales consiste en fundamentar que la medida de desposesión obedezca a causas de utilidad pública o del interés social. Bajo los preceptos del Derecho administrativo, tal justificación corresponde a la *causa expropriandi*, que debe estar definida en la ley, en el decreto o en el acto gubernamental que dicta la medida³⁴¹. De esta forma, al identificar la finalidad pública se logra, por un lado, racionalizar la potestad expropiatoria de los Estados; y, por otro, una vez dictada la medida de desposesión, permite asegurar que el bien será efectivamente utilizado conforme a los fines previstos y no otros³⁴².

En el caso que nos ocupa, cuando la expropiación tiene como objetivo la desposesión de bienes, activos e intereses de contenido patrimonial de inversionistas extranjeros, el requerimiento de utilidad pública o del interés social como motivo de la medida expropiatoria se hace presente. Este requisito ha sido recogido, por un lado, en varios APPRI e instrumentos de carácter regional como TLCAN y en el TCE en sus artículos 1110.1.a) y 13.1, respectivamente. Por otro lado, tal requerimiento también ha sido consagrado en textos convencionales en materia de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 –el llamado Pacto de

³⁴⁰ CANOVA GONZÁLEZ, A., HERRERA ORELLANA, L.A. Y ANZOLA SPADARO, K., *¿Expropiaciones o...?, cit.*, p. 38.

³⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo...*, cit., p. 233.

³⁴² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo...*, cit., p. 464.

San José– determina que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto por razones de utilidad pública o interés social³⁴³. De igual forma, el Protocolo Adicional para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 1³⁴⁴, también ratifica dicho criterio. En el mismo sentido se manifiesta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 17³⁴⁵.

La exigencia de que la medida de desposesión se fundamente en la *causa expropriandi*, como primer requisito de la procedencia internacional de una expropiación, conlleva al análisis de dos conceptos jurídicos indeterminados: la utilidad pública y del interés general. Al respecto, la doctrina considera que ambos términos aluden a la satisfacción de las necesidades de un conglomerado de personas³⁴⁶. La diferencia radica en que la utilidad pública se refiere, en términos generales, a la necesidad de un determinado bien, por parte del Estado, para la construcción de obras de uso público. Mientras que el interés social, por su parte, atiende a una necesidad colectiva que prevalece sobre el Derecho de propiedad de un individuo³⁴⁷.

³⁴³ El texto de la citada Convención se encuentra publicado en el siguiente link: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html> [Fecha de visita: 02/08/2009].

³⁴⁴ Artículo 1 del Protocolo Adicional para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales – Protección de la Propiedad: “*Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas*”. Texto disponible en: <http://www.fundacionpdh.org/normativa/normas/europa/CEDH/1952-Protocolo01-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm#a1> [Fecha de visita: 02/08/2009].

³⁴⁵ Artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Derecho a la propiedad: 1. “*Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general*”. La Carta en referencia fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 18/12/2000, bajo el N° 2000/C 364/01. Texto disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [Fecha de visita: 15/05/2011].

³⁴⁶ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 98.

³⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo...*, cit., p. 233. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo...*, cit., p. 463.

Bajo el Derecho Internacional, estos términos responden a conceptos jurídicos cuya calificación y concreción práctica trae no pocas dificultades³⁴⁸. Su determinación se efectúa conforme al Derecho del Estado que dictó la medida expropiatoria³⁴⁹; y, sin embargo, el tipo de expropiación se definiría de acuerdo a las reglas particulares del Derecho internacional -en este caso, del APPRI o del convenio multilateral que resulte aplicable-³⁵⁰. La interpretación articulada de ambos ordenamientos jurídicos resulta, así, necesaria, y dota a esta cuestión de un grado adicional de complejidad.

Tomando en consideración la calificación de una medida expropiatoria como una expropiación individualmente considerada o una nacionalización, sólo los Estados tendrían discreción para determinar su ámbito y las razones por las cuales tal acción puede satisfacer el interés del colectivo³⁵¹. Sin embargo, observamos que, en la práctica, cada Tribunal Arbitral en función de los supuestos del caso y al sistema de fuentes aplicable, aprecia este requerimiento en forma autónoma y, como veremos, su definición tampoco es uniforme. Una somera aproximación a esta práctica arbitral nos aventura estas complejidades y dificultades.

1) Así, en primer lugar, citamos un conocido asunto cuyo Tribunal Arbitral abordó la espinosa cuestión de los fundamentos sobre la utilidad pública en una expropiación. Nos referimos al caso *B.P. v. Libia* (1973)³⁵². En 1960, la Comisión Libia de Petróleo había otorgado en concesión varios yacimientos petrolíferos por 50 años, siguiendo los parámetros de la ley especial vigente para esa época, a unos inversionistas procedentes de Reino Unido. Tiempo después fue promulgada una Ley de Nacionalización (*Nationalization Law*), conforme a la cual todas las propiedades, derechos, bienes y acciones de B.P. pasaron a manos de una nueva compañía denominada *Arabian Gulf Exploration Corporation*.

³⁴⁸ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, cit., p. 206.

³⁴⁹ CALVO CARAVACA, A.-L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado...*, cit., p. 752.

³⁵⁰ BROWNLIE, I., *Principles of Public...*, cit., p. 547.

³⁵¹ HOBBER, K., «Investment arbitration in Eastern Europe...», cit., p. 8. REINISCH, A., «Legality of...», cit., 2008, pp. 172-173; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, cit., p. 206.

³⁵² *BP Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Libia*, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 10/10/1973. Texto parcialmente disponible en: <http://www.trans-lex.org/131500> [Fecha de visita: 13/04/2011]. Véase también: WHITE, R.C.E., «Expropriation of the Libyan oil concessions. Two conflicting international arbitrations», en: *International and Comparative Law, Quarterly*, Vol. 30, 1981, p. 4.

El Tribunal Arbitral consideró que las medidas expropiatorias dictadas contra bienes propiedad de los inversionistas británicos eran producto de una retaliación política de las autoridades libias, causada por la actuación de Reino Unido al no prevenirles sobre la eventual ocupación iraní de tres islas en el Golfo Pérsico. En este caso, y atendiendo a los hechos que acompañaban al supuesto, el panel calificó la medida estatal como arbitraria y discriminatoria. Por tanto, dicha expropiación fue considerada como ilícita desde el punto de vista internacional toda vez que no cumplió el requisito de utilidad pública³⁵³.

2) A diferencia del caso anterior, el Tribunal Arbitral de otro conocido asunto contra Libia - *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Libia* (1977) - tomó una decisión contraria³⁵⁴. En este supuesto, LIAMCO, una compañía de capital estadounidense, participaba como concesionaria en uno de los proyectos petroleros dispuesto por la Ley de Petróleo libia de 1955. Luego del derrocamiento del gobierno del Rey Idriss I por el Consejo Revolucionario de Muammar El Qadhafi, se permitió que las operadoras foráneas continuaran trabajando normalmente. Posteriormente, en 1973, fueron dictadas una serie de medidas encaminadas hacia la obtención del control accionario estatal (51%) de todas las compañías constituidas para cada proyecto. Aquellas que no aceptaron la aplicación de esas medidas, fueron expropiadas sin recibir compensación.

En este asunto, el Tribunal Arbitral condenó a la República Libia a pagar compensación y lucro cesante a LIAMCO. Desestimó el requisito de utilidad pública como propósito de la nacionalización al considerar que cada Estado es libre de juzgar lo que resulta útil o necesario para el público, siendo sus motivaciones totalmente indiferentes para el Derecho internacional³⁵⁵.

3) En tercer lugar, citamos el caso *Amoco International Financial Corp. v. Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company y Kharg Chemical Company Limited* (1987), relacionado con la nacionalización de un contrato petrolero, operado por una compañía constituida bajo la legislación iraní, y

³⁵³ REINISCH, A., «Legality of...», *cit.*, p. 175.

³⁵⁴ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 12/04/1977. Texto disponible en: <http://www.trans-lex.org/261400> [Fecha de visita: 13/04/2011].

³⁵⁵ REINISCH, A., «Legality of...», *cit.*, p. 177; VON MEHREN, R. Y KOURIDES, N., «International arbitrations between States and foreign private parties: The Libyan Nationalization Cases», en *American Journal of International Law*, Vol. 75, American Society of International Law, New York, 1981, pp. 477 y ss.

manejado por inversionistas estadounidenses³⁵⁶. El proyecto consistía en la construcción y operación de una planta para extraer de la producción petrolífera ciertos derivados.

Durante la Revolución Islámica fue dictada la Ley de Nacionalización dictada en 1980, conforme a la cual todos los convenios considerados contrarios a la Nación debían ser anulados por una Comisión Especial, quien también tenía a su cargo la responsabilidad de dirimir cualquier reclamo de los inversionistas. En diciembre de ese año, los operadores extranjeros recibieron la notificación de la declaratoria de nulidad de su convenio. Años después de la Revolución Islámica, Irán y Estados Unidos acordaron a través de los Protocolos de Argelia la constitución de un Tribunal de Reclamaciones, poco a poco fueron presentándose los distintos casos. El asunto en comento fue uno de ellos.

El Tribunal de Reclamaciones expresó que, bajo los principios del Derecho Internacional generalmente aceptados respecto al tratamiento de los inversionistas, aunque se reconoce el Derecho de propiedad de sus bienes, los Estados pueden nacionalizarlos o expropiarlos bajo ciertas circunstancias. Una de ellas consiste en que la medida esté justificada por razones de utilidad pública:

*“A precise definition of the public purpose for which an expropriation may be lawfully decided has neither been agreed upon in international law nor even suggested. It is clear that, as a result of the modern acceptance of the right to nationalize, this term is broadly interpreted, and the States, in practice, are granted extensive discretion. An expropriation, the only purpose of which would have been to avoid contractual obligations of the State or of an entity controlled by it, could not, nevertheless be considered as lawful under international law”*³⁵⁷.

³⁵⁶ *Amoco International Finance Corporation v. Irán, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company y Kharg Chemical Company Limited*, Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos – Libia, Caso No. 56, Laudo Arbitral No. 310-56-3, de fecha 14/07/1987. Texto disponible en: <http://www.trans-lex.org/231900> [Fecha de visita: 13/04/2011]. Cabe destacar de este laudo arbitral, en su párrafo 114, la distinción que realiza de la nacionalización y la expropiación y la diferencia que puede existir de la noción de utilidad pública en cada caso: “... *Nationalization is generally defined as the transfer of an economic activity from private ownership to the public sector. It is realized through expropriation of the assets of an enterprise or of its capital stock, with a view to maintaining such enterprise as a going concern under State control. Modern nationalization often brings into State ownership a number of enterprises of the same kind and may even be applied to all enterprises in a particular industry. It may result, therefore, in a taking of private property of much greater magnitude than the traditional expropriation for reasons of public utility, and is also of a very different nature, since it is always linked to determined political choices. For these reasons, and because it applies to going concerns, taken as such, modern nationalization raises specific legal problems, notably in relation to the issue of compensation*”.

³⁵⁷ *Amoco International Finance Corporation v. Irán...*, *cit.*, párrafos 145 y ss. HOBBER, K., «Investment arbitration in Eastern Europe...», *cit.*, p. 39.

Incluso, el Tribunal hizo una distinción entre las razones de utilidad pública en casos de nacionalizaciones y en los supuestos de expropiaciones. Entendiendo a las nacionalizaciones como procesos expropiatorios a gran escala, que abarcan un importante número de empresas de un mismo sector económico que pasan a manos del Estado, las razones de utilidad pública tienen una naturaleza distinta a la de una expropiación (que sólo afecta los intereses individuales del afectado), que pueden estar determinadas por ciertas decisiones de orden político³⁵⁸.

4) En cuarto lugar, la ratificación del requisito de utilidad pública en una expropiación fue igualmente realizada por el Tribunal Arbitral en el asunto *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica* (2000)³⁵⁹. En este litigio, el inversionista procedente de Estados Unidos reclamó la debida compensación por causa de la expropiación de un inmueble, de una extensa área de terreno y en el que se ubicaban varias especies animales y vegetales. El propósito del inversionista era desarrollar en él un proyecto turístico. Aunque las partes estaban de acuerdo con la procedencia de la expropiación y con la jurisdicción del tribunal arbitral, el punto de discusión era la compensación.

El Tribunal Arbitral aclaró en su laudo que, bajo las reglas del Derecho internacional, el gobierno costarricense puede expropiar las propiedades que se encuentran en su territorio, aun cuando sus titulares sean extranjeros. Ello resultaría posible siempre que se cumplan los requisitos de utilidad pública y una pronta, efectiva y adecuada compensación. Al respecto, y atendiendo a los hechos del litigio suscitado, consideró legítima la causa de utilidad pública invocada por las autoridades de Costa Rica, toda vez que la motivación de la medida de desposesión correspondió a razones de protección del medio ambiente. Sin embargo, esa legítima justificación no alteraría la obligación de la República de pagar al inversor la compensación.

5) En quinto lugar, citamos un interesante asunto donde se ventiló como *causa expropriandi* de una expropiación, valga la redundancia, la protección de bienes considerados patrimonio histórico. Así, en el asunto *SPP v. Egipto* (1992)³⁶⁰, que

³⁵⁸ *Amoco International Finance Corporation v. Irán...*, *cit.*, párrafo 114, p. 235.

³⁵⁹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica*, Caso No. ARB/96/1, Laudo arbitral dictado el día 17/02/2000. Su texto original está disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 13/04/2011].

³⁶⁰ *SPP v. Egipto...*, Vid. Capítulo I, p. 78.

analizamos en su momento en el Capítulo I, el panel de árbitros determinó que la decisión de las autoridades egipcias de cancelar un proyecto hotelero cerca de las Pirámides de Giza corresponde al legítimo ejercicio de su soberanía. Este Derecho se ejerció en consideración a un propósito público: la protección de sus antigüedades. Sin embargo, puntualizó que, de acuerdo al Derecho egipcio y al Derecho Internacional, el Estado egipcio estaba en el deber de indemnizar al inversionista cuyos Derechos han sido afectados, aunque se encontraran involucrados sus bienes culturales.

6) Finalmente, en sexto lugar, el caso *ADC Affiliate Limited; ADC & ADMC Management Limited v. Hungría* (2006) arrojó nuevas luces respecto a este requisito de utilidad pública³⁶¹. Este asunto se relacionó con un contrato para la remodelación de un terminal aéreo, la construcción de otro y la participación de la operación de ambos, en el Aeropuerto Internacional de Budapest. Dicho convenio fue celebrado entre los inversionistas, procedentes de Chipre y la agencia estatal húngara de transporte aéreo (ATAA).

La reparación y la construcción de los terminales aéreos culminó en el año 2001, luego de lo cual -de acuerdo a los términos expuestos en el contrato marco-comenzaría el lapso de operación de los mismos. Ese mismo año el Ministerio de transporte húngaro promulgó un decreto (No. 45/2001), con el propósito de armonizar, antes del mes de enero de 2002, la legislación nacional a las directrices comunitarias europeas en la materia. En consideración a este objetivo y en aras de evitar un conflicto de intereses dado que la ATAA tenía la responsabilidad del control aéreo y de la operación del aeropuerto, dicha agencia desapareció para dar paso a la compañía *Joint Stock Co. Budapest Feribegy International*.

Pocos días después de la promulgación del Decreto, *Joint Stock Co.* notificó a *ADC Affiliate Limited* y a *ADC & ADMC Management Limited* acerca de la nueva normativa y de que, como consecuencia de su aplicación, el contrato suscrito con la extinta ATAA debía entenderse como concluido. Consecuentemente, ambas compañías debían desalojar las oficinas del aeropuerto antes del 01 de enero de 2002. Invocando el APPRI suscrito entre Hungría y Chipre, las referidas compañías demandaron a la República de Hungría alegando una expropiación

³⁶¹ *ADC Affiliate Limited; ADC & ADMC Management Limited v. Hungría*, Caso No. ARB/03/16, Laudo arbitral dictado el día 02/10/2006. Su texto original está disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 28/08/2009]

ilícita con base en un conjunto de motivos: a) inexistencia de justa causa o utilidad pública; b) violación del principio de no discriminación y c) no compensación.

El Tribunal Arbitral determinó que, bajo los principios del Derecho Internacional, un Estado soberano tiene pleno Derecho a regular sus asuntos domésticos. Pero su ejercicio tiene límites impuestos tanto por el Derecho interno y como, en este caso de las inversiones, por los APPRI que suscriba y ratifique. En el caso en examen, el Tribunal determinó la inexistencia del requisito de utilidad pública que motivó las acciones emprendidas por Hungría contra las demandantes, toda vez que el Decreto 45/2001 causó la expropiación de sus Derechos contractuales. Consideró, en este sentido, que el tratamiento convencional dado al requisito “utilidad pública” debe corresponder a un interés genuino. Se trataría, pues, de un requisito que no se probaría con sólo alegarlo como una mínima referencia, sino que exige demostrarse la verdadera utilidad que, para el colectivo, implica una medida expropiatoria³⁶².

A la vista de todos los laudos arbitrales analizados, variados en procedencia, periodo temporal y materia cubierta, el requerimiento de utilidad pública o social como *causa expropriandi* es uno de los elementos que distinguen una expropiación lícita desde el punto de vista internacional. Aunque su calificación resulta una ardua tarea para el operador jurídico, al recibir varias denominaciones, supone que, a través de la desposesión del bien, el Derecho o el interés de contenido patrimonial del inversionista se protejan los intereses de una colectividad. Bien sea que con esta medida se intente proteger el medio ambiente, como sucedió en el caso *Desarrollos Santa Elena*, o bien que se traduzca en la preservación del patrimonio histórico como en el asunto *SPP*.

Cada Tribunal Arbitral analiza del caso en concreto las razones que el Estado expropiante, en ejercicio de su potestad soberana, ejecutó las medidas de privación del Derecho de propiedad. Lamentablemente no podemos afirmar que se trate de una labor homogénea, toda vez que la diversidad de casos y sus hechos son distintos unos de otros. Ahora bien, del análisis de los casos comentados podemos inferir ciertas líneas argumentales comunes a todas ellas y que se conformarían como principios esenciales a considerar al abordar esta problemática.

³⁶² DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 91; REINISCH, A., «Legality of...», cit., pp. 184-185.

1) En primer lugar, se constata una maleabilidad de la noción de utilidad pública dependiendo de la realidad sobre la que ésta se impute. Así, la noción de utilidad pública puede variar si se trata de un caso de expropiación o de una nacionalización. Mientras que en la primera resulta afectado el interés individual para satisfacer uno colectivo, en la segunda y por su magnitud, tal como se afirmó en el caso *Amoco*, puede atender, incluso, a razones políticas del Estado expropiante. Sin embargo, una expropiación no es lícita cuando sea producto de una retaliación de tal carácter, como se desarrolló en el asunto *BP*.

2) En segundo lugar, se admite que corresponde a cada Estado determinar lo que resulta útil o necesario para el público, como se afirmó en los casos *Liamco* y *Desarrollos Santa Elena*. En este sentido y tal como lo ilustró el asunto SPP, la protección de los bienes culturales constituyó la *causa expropriandi* de la medida estatal dictada contra el inversionista. Y,

3) Finalmente, en tercer lugar, no basta la simple invocación de la utilidad pública como *causa expropriandi* por parte de las autoridades del país receptor de la inversión, como alecciona el asunto *ADC*. Al contrario, en estos casos los Estados deben demostrar fehacientemente que la medida de desposesión dictada contra el inversor foráneo tiene un carácter legítimo, en atención a ciertas circunstancias que afectaban, en el momento en que fue decretada, al colectivo. Por ejemplo, que la medida expropiatoria tuvo como finalidad la protección de la salud pública o el medio ambiente.

1.2. Segundo requisito: Ausencia de discriminación

Además del requerimiento de utilidad pública o causa de interés social que motive una medida expropiatoria, que acabamos de apuntar, existe otro importante aspecto a considerar en el examen de la licitud internacional o no de una eventual expropiación. Nos referimos al principio de no discriminación.

Este principio cuenta con una presencia amplia y desde antiguo en la realidad jurídica internacional. Dicho principio, que es dúctil y puede ser aplicable a situaciones bien diferenciadas, es definido por la doctrina como: "... La obligación del Estado receptor de no perjudicar las inversiones extranjeras en su gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación a través de medidas injustas. La discriminación es entonces una característica negativa que recae sobre las medidas

tomadas por el Estado anfitrión, cuando estén apuntadas hacia la inversión o hacia el inversionista foráneo, con la intención de causarle un daño, de manera que su contenido sea perjudicial en comparación con las medidas que afectan al mismo sector o sectores muy similares manejados por nacionales, quebrantándose así el principio de igualdad³⁶³.

Aunque este principio no aparece consagrado explícitamente ni en la Resolución No. 1803 de la Asamblea General de la ONU ni en la Declaración de los Derechos Económicos y las Obligaciones de los Estados, sí lo contemplan la sección 712 del *Restatement Third of the Foreign Relations Law* de los Estados Unidos³⁶⁴, así como aparece recogido en múltiples APPRI y textos convencionales de alcance regional³⁶⁵.

De tal suerte, el artículo 1110.1.b) del TLCAN exige que la nacionalización o la expropiación de un inversionista de una de las partes por parte de un Estado sean sobre bases no discriminatorias³⁶⁶. Una similar disposición está contenida en el artículo 13.1.b). del TCE³⁶⁷, como también en los instrumentos resultantes de iniciativas de modelos de APPRI como los artículos 2.1.b) del Proyecto de Convenio Multilateral de Inversiones de la OCDE, y 8.A.ii) del Modelo de

³⁶³ MAEKELT, T.B. DE, «Tratados bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación», en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Comité Venezolano de Arbitraje y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos No. 18, Caracas, 2005, p. 337.

³⁶⁴ El *Restatement Third on Foreign Relations*, en su § 712, estipula que un Estado es responsable bajo el Derecho internacional por los perjuicios ocasionados de una expropiación por un Estado de la propiedad del nacional de otro Estado que: a) no sea por causa de un público propósito; b) sea discriminatoria, o c) no sea acompañada de una justa compensación. Ver también: HOBER, K., «Investment arbitration in Eastern Europe...», *cit.*, p. 7.

³⁶⁵ MANIRUZZAMAN, A.F.M., «Expropriation of alien property and the principle of non-discrimination in International Law of Foreign Investment: An overview», en *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 8, No. 57, 1998-1999, p. 57.

³⁶⁶ Artículo 1110 TLCAN: “1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias...”. Texto disponible en: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=590&mtpiID=142#A1110> [Fecha de visita: 15/05/2011].

³⁶⁷ Artículo 13 TCE: 1. Las inversiones de los inversores de una Parte contratante en el territorio de otra Parte contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (a las cuales se aludirá en lo sucesivo como «expropiación»), excepto si dicha expropiación se lleva a cabo: a) por un motivo de interés público; b) de manera no discriminatoria...”. Texto disponible en: <http://www.encharter.org> [Fecha de visita: 15/05/2011].

Acuerdo Internacional sobre Inversiones para el Desarrollo Sostenible concluido por el IISS³⁶⁸.

En atención a la calificación expuesta, el eventual carácter discriminatorio de las medidas adoptadas por un Estado o sus entes constituye un punto de análisis para los Tribunales Arbitrales en cada caso donde se alega. No se trata de una tarea sencilla, por cuanto no es fácilmente perfectible³⁶⁹. Al respecto, la doctrina expone que el principio de no discriminación comprende dos elementos:

- 1) Las medidas dictadas contra un inversionista obedece a razones no relacionadas con su objeto, por ejemplo, la nacionalidad de la compañía, y,
- 2) Involucra un tratamiento inadecuado contra éste, con el propósito de causarle un daño³⁷⁰.

El análisis de algunos asuntos relevantes cuyos Tribunales Arbitrales se han pronunciado al respecto, nos permite constatar cuál es la aproximación que este concepto ha recibido en la práctica diaria en la materia:

- 1) En el conocido asunto *B.P. v. Libia* (1973), que analizamos en el aparte anterior, las autoridades libias nacionalizaron las operaciones de exploración y explotación de petróleo por causas políticas: la falta de pronunciamiento del gobierno de Reino Unido respecto a la ocupación iraní de tres islas bajo su protección en el Golfo Pérsico³⁷¹. El Tribunal Arbitral consideró que la nacionalización efectuada violó principios de Derecho internacional por ser discriminatoria contra la inversionista británica y, al determinar la responsabilidad

³⁶⁸ El artículo 2 del Acuerdo Multilateral de Inversión establece: “*A Contracting Party shall not expropriate or nationalise directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure or measures having equivalent effect (hereinafter referred to as expropriation) except: a) For a purpose which is in the public interest; b) On a non-discriminatory basis...*”. Texto disponible en: http://www.oecd.org/document/35/0,3343,en_2649_33783766_1894819_1_1_1_1,00.html El artículo 8.A) del Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversión para el Desarrollo Sustentable indica: “*No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment in its territory (expropriation), except: i) for a public purpose; ii) on a non discriminatory basis...*”. Texto disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf [Fecha de visita: 15/05/2011].

³⁶⁹ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, *cit.*, p. 321.

³⁷⁰ MANIRUZZAMAN, A.F.M., «Expropriation of alien property...», *cit.*, p. 59. MAEKELT, T.B. DE, «Tratados bilaterales de protección de inversiones...», *cit.*, p. 338.

³⁷¹ *BP Exploration Co. (Lybia) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, Laudo Arbitral sobre méritos de fecha 10/10/1973. Véase también: WHITE, R.C.E., «Expropriation of the...», *cit.*, p. 4.

de las autoridades libias por romper intempestivamente el contrato de concesión, le condenó al pago de una indemnización por los daños causados³⁷².

2) En contraste a la solución expuesta con el asunto anterior, citamos el caso *Amoco International Financial Corp. v. Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company y Kharg Chemical Company Limited* (1987), al que también ya hicimos referencia en el aparte anterior. La compañía demandante AMOCO reclamaba al gobierno de dicho país la expropiación de sus intereses en Khemco, una asociación estratégica junto a la estatal *National Iranian Oil Company* (NIOC). Se impidió el ingreso a territorio iraní a sus empleados expatriados luego de la Revolución Islámica. Y, luego, las autoridades iraníes les obligaron a que la venta de sus productos la manejaran compañías estatales, perdiendo así el control de su inversión.

Durante el curso del procedimiento, la demandante argumentó que las medidas expropiatorias expuestas estaban basadas en la discriminación contra los intereses estadounidenses, dado que en otros casos de asociaciones estratégicas éstas no fueron aplicadas. La demandada señaló que la Ley de Nacionalizaciones de 1980 aplicó para toda la industria petrolera, independientemente de su nacionalidad y, por tal motivo, no era discriminatoria. Respecto al segundo argumento, señaló que sólo hubo una excepción: la asociación estratégica entre NIOC e IJPC (*Iran-Japan Petrochemical Company*), que suministraba gas al *joint venture* Khemco para sus operaciones. El Tribunal Arbitral le dio la razón a la demandada³⁷³.

3) Otro asunto relevante a efectos de nuestro trabajo donde no fue aceptado el alegato de la violación al principio de no discriminación fue *American Independent Oil Company (AMINOIL) v. Kuwait* (1982)³⁷⁴. En este caso, Kuwait otorgó en concesión a AMINOIL, por 60 años, la exploración y explotación petrolífera de un área determinada. Luego de varios años de operación, en 1961 las partes modifican algunos aspectos del acuerdo y, particularmente, el esquema

³⁷² BISHOP, R.D.; CRAWFORD, J. Y REISMAN, W.M., *Foreign Investment Disputes: Cases, materials and commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 265-266; SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, *cit.*, p. 318.

³⁷³ BISHOP, R.D.; CRAWFORD, J. Y REISMAN, W.M., *Foreign Investment Disputes: Cases...*, *cit.*, pp. 299-301; MANIRUZZAMAN, A.F.M., «Expropriation of alien property...», *cit.*, pp. 66-67.

³⁷⁴ *AMINOIL v. Kuwait*, Laudo Arbitral de fecha 24/03/1982. Véase también BISHOP, R.D.; CRAWFORD, J. Y REISMAN, W.M., *Foreign Investment Disputes: Cases...*, *cit.*, pp. 440-442; MANIRUZZAMAN, A.F.M., «Expropriation of alien property...», *cit.*, pp. 65.

de ganancias hasta llevarlo a 50%-50% para cada una de ellas. Posteriormente, en 1973 intentaron sin éxito efectuar un nuevo cambio. Ante esta situación, en 1977 fue promulgado el Decreto Ley 124 conforme al cual se nacionalizó la concesión.

AMINOIL inició el arbitraje contra Kuwait alegando el incumplimiento de la cláusula de estabilización contenida en la concesión y el pago de los daños causados. Muy similar al asunto anterior, la compañía señaló que la nacionalización se había efectuado en forma discriminatoria toda vez que otras operadoras del sector no habían sido objeto de dicha medida y, en especial, *Arabian Oil Company* (AOC) cuyas actividades se desarrollaban entre Kuwait y Arabia Saudita, autorizada por los gobiernos de ambos países. El Tribunal Arbitral rechazó categóricamente la medida, dado que el caso de AOC involucraba un proyecto muy costoso costa afuera y, para ser modificado, requería el acuerdo de los Estados involucrados.

4) En el asunto *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) v. Liberia* (1986), los árbitros consideraron que las autoridades liberianas sí habían actuado en forma discriminatoria contra la compañía controlada por inversionistas franceses³⁷⁵. Constituida en Liberia, tenía bajo un régimen de co-responsabilidad con el Gobierno, un área determinada para la explotación de madera por un lapso de 20 años prorrogables por 15 más. Transcurridos unos años, luego de iniciadas las operaciones, la agencia estatal encargada del área (*Forestry Development Authority*) solicitó la renegociación de la concesión, sin obtener éxito.

Bajo el argumento de no cumplir con los términos del contrato, las autoridades liberianas ordenaron la reducción de buena parte del área otorgada en concesión con efectos inmediatos. La compañía impugnó la medida dado que sus efectos anulaban prácticamente el contrato, toda vez que sólo quedaron autorizados para explotar las áreas no exploradas. El Tribunal Arbitral indicó que la expropiación fue desarrollada en forma ilícita: la medida no tenía como objeto el interés del colectivo; y se entendió que había sido discriminatoria contra la compañía, sin darle la posibilidad de remediar la situación, y no fue pagada una compensación.

³⁷⁵ *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) v. Liberia*, Caso ARB/83/2, Laudo Arbitral de fecha 31/03/1986. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 20/04/2011]. Véase también: RAYFUSE, R. Y LAUTERPACHT, E., *ICSID Reports: Reports of Cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, Vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 343-364.

5) Otro asunto de interés pero en el marco del sistema del TLCAN lo constituye *Methanex Corporation v. Estados Unidos* (2005)³⁷⁶. Se trata de un interesante caso que puso de manifiesto la balanza de intereses entre las necesidades del colectivo y la protección del medio ambiente, junto a los del inversionista. Se refirió al reclamo efectuado por Methanex, fabricante canadiense de metanol, contra Estados Unidos por expropiación indirecta.

El problema comenzó cuando el Estado de California promulgó una ley conforme a la cual se impedía utilizar como aditivo en la gasolina el producto denominado *Methyl Tertiary Butyl Ether* (MTBE) y, en su lugar, ordenó el uso de otro químico - etanol -. El aditivo prohibido es un producto oxigenante que se mezcla en la gasolina. Uno de sus componentes es el metanol producido por el fabricante. De acuerdo a los estudios realizados en California, el MTBE es un producto altamente contaminante del medio ambiente (especialmente en el agua) y se recomendaba su sustitución por otro menos lesivo.

El demandante argumentó que la medida adoptada era discriminatoria, toda vez que sólo beneficiaba a los fabricantes estadounidenses de etanol y le dejaba fuera del mercado. El Tribunal Arbitral rechazó la solicitud del demandante al considerar que las autoridades de California actuaron en pro del bienestar de los residentes de la zona y de la protección del medio ambiente.

6) Más recientemente en el caso *ADC y otros v. Hungría* (2006)³⁷⁷, que analizamos en el aparte anterior, también fue analizada si la medida dictada por las autoridades húngaras contra los inversionistas chipreños era o no discriminatoria. El Tribunal Arbitral desestimó el alegato esgrimido por la República húngara conforme al cual los demandantes no podían reclamar discriminación respecto a otros inversionistas foráneos que operaban conjuntamente con las autoridades estatales el principal aeropuerto del país, toda vez que éstos eran los únicos autorizados para ello.

Un análisis de los 6 casos apuntados refleja la pluralidad de situaciones que pueden darse en la práctica y la complejidad de las mismas. Atendiendo a ellos podemos afirmar que, en definitiva, la apreciación de los Tribunales Arbitrales

³⁷⁶ *Methanex Corporation v. Estados Unidos*. Laudo Arbitral de fecha 21/10/2005. Texto disponible en: http://www.naftaclaims.com/disputes_us_methanex.htm [Fecha de visita: 15/04/2011].

³⁷⁷ *ADC y otros v. Hungría...*, *cit.*, párrafos 441-443.

respecto al principio de no discriminación no es uniforme. Como señalamos, es una tarea ardua para el operador jurídico identificar si, realmente, una medida gubernamental contra un inversionista resulta discriminatoria y dañina a la inversión foránea. A pesar de la discrecionalidad que ejerce cada Tribunal Arbitral, la práctica ha ido evidenciando una línea argumental respecto a la interpretación del principio de no discriminación:

1) En primer lugar, cabe aseverar que la discriminación ejercida en los asuntos analizados por los Estados receptores, atienden a diversas razones: por motivación política como sucedió en el caso *B.P.*, o por causa de nacionalidad, tal como ilustraron los asuntos *ADC* y *Liberian Eastern Timber Corporation*.

2) En segundo lugar, el inversionista tiene la carga de demostrar en el curso del procedimiento arbitral –y los Estados receptores de refutar– que la discriminación estatal ejercida se desarrolló no sólo con respecto a éste, sino que la medida abordó a todos los inversores del mismo sector económico. En efecto, en el asunto *Amoco* y *Aminoil* fue desestimado el alegato de tratamiento discriminatorio de los demandantes por cuanto los demás inversionistas en cada país recibieron el mismo trato. No ocurrió así en el asunto *ADC*, dado que fue el único inversionista que resultó afectado con la medida dictada por las autoridades húngaras al dejar sin efecto la concesión.

3) Finalmente, en tercer lugar, el operador jurídico debe examinar cuidadosamente el tipo de medida ejercida por el Estado anfitrión, calificada como discriminatoria por el inversionista. Puede, efectivamente, resultar el decreto de la expropiación discriminatoria en atención a distintas motivaciones, como afirmamos en el punto 1. Sin embargo, si la medida afecta a todos los inversionistas por igual y la causa atiende a la protección de intereses del colectivo como la protección al medio ambiente o a la salud pública, tal como sucedió en el asunto *Methanex*, no podría proceder la discriminación en esos supuestos.

2.3. Tercer requisito: Debido proceso

Un tercer requisito, cumulativo, habitualmente considerado como necesario a considerar para la determinación de la licitud de una expropiación, además de la causa *expropriandi* y el principio de no discriminación, se refiere al denominado debido proceso. El debido proceso constituye una de las más

importantes garantías legales, recogida en textos constitucionales de diversos países del orbe y en los textos internacionales sobre Derechos fundamentales.

Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, susceptible de no pocas descripciones según su contexto. Dada su complejidad y por cuanto su extenso análisis excede de los objetivos previstos en esta investigación, en este aparte sólo nos detendremos, en primer lugar, a analizar sucintamente su definición y alcance; y, en segundo lugar, examinamos la garantía del debido proceso desde el punto de vista del Derecho Internacional. En particular nos interesa estudiar el tratamiento que los APPRI y en la práctica le han dado como requerimiento convencional para la procedencia lícita de una expropiación.

2.3.1. El debido proceso: cuestiones generales

Comúnmente se entiende el debido proceso como un concepto compatible con las normas de Derecho procesal de un concreto Estado, concebido como la garantía que tiene toda persona de presentar sus alegatos conforme a Derecho, frente a una autoridad competente prestablecida y durante el curso de un juicio desarrollado conforme a la Ley³⁷⁸. En ciertas jurisdicciones, como la de Estados Unidos, constituye un principio fundamental de legalidad en todos los ámbitos, tanto en materia civil como en lo penal. Consagrado en la Constitución estadounidense en su Enmienda 5^o³⁷⁹ como una garantía universal, todos los procesos administrativos y judiciales deben asegurar a los ciudadanos el Derecho de presentar una demanda o un reclamo por lo que consideran la violación de sus Derechos y, luego del curso del procedimiento establecido, el Derecho a obtener una decisión respecto a su caso³⁸⁰.

³⁷⁸ KURKELA, M., *Due process in international commercial arbitration*, Oceana Publications, Inc., New York, 2006, pp. 3-6.

³⁷⁹ La Enmienda 5^o de la Constitución de los Estados Unidos establece: “*Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley; ni se podrá tomar propiedad privada para uso público, sin justa compensación*” (subrayado nuestro). Texto disponible en: <http://www.lexjuris.com/lexuscon.htm> [Fecha de visita: 06/10/2011].

³⁸⁰ GALLIGAN, D.J., *Due process and fair procedures*. Clarendon Press – Oxford University Press. Oxford, 2004, pp. 188 y ss.

En el marco europeo, la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea establece en su artículo 47 el Derecho de los ciudadanos a que su causa sea interpuesta en forma equitativa y pública ante la autoridad competente, independiente e imparcial, a través del proceso establecido previamente por la ley³⁸¹. Conforme a la doctrina, este precepto responde a la manifestación del Derecho a la tutela judicial efectiva, como “...derecho que, además de resumir la garantía constitucional de la persona frente a los tribunales de justicia, integra el contenido del derecho a una buena administración”³⁸². En particular, este Derecho comprende el acceso a los tribunales de justicia, la salvaguarda de los principios de contradicción durante el proceso e igualdad entre las partes, el derecho a la obtención de un fallo judicial firme y a su ejecución³⁸³.

En este orden de ideas cabe destacar que, bajo el ordenamiento jurídico español, el Derecho al debido proceso se concibe en una forma más amplia a través del Derecho a la tutela judicial efectiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española (CE) que indica: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

Considerado el *derecho - estrella* por su importancia y debido a la frecuencia con que se alega ante los tribunales de justicia españoles³⁸⁴, se concibe el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho autónomo que integra, a su vez, el derecho de acceso al proceso, al dictamen de una resolución de fondo fundada en

³⁸¹ El artículo 47 de la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea establece: “*Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*”. Texto disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [Fecha de visita: 06/10/2011].

³⁸² SENÉS MONTILLA, C., «Derecho a un proceso equitativo, público y en un plazo razonable», en: *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Derecho Procesal* (CALDERÓN CUADRADO, M.P. E IGLESIAS BUHIGUES, J.L., Coords.). Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p.133.

³⁸³ SENÉS MONTILLA, C., «Derecho a un proceso equitativo, público y en un plazo razonable»..., *cit.*, pp. 139-142.

³⁸⁴ MONTERO AROCA, J., «Acción y tutela judicial», en *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. Y BARONA VILAR, S.) 18º ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 259; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*. 2º ed. Andavira. A Coruña, 2010, p. 279.

Derecho, a la ejecución de las resoluciones judiciales y a los recursos legalmente previstos³⁸⁵. Por tanto, en atención a la doctrina y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, se trata de un concepto amplio al constituir una protección procesal e independiente del derecho alegado³⁸⁶.

En el ámbito interamericano, el Derecho al debido proceso es consagrado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8.1³⁸⁷. Y, además, casi todos los ordenamientos jurídicos de países latinoamericanos establecen este Derecho en sus respectivos textos constitucionales. A modo ilustrativo, lo exponen las Constituciones de Colombia (artículos 23 y 29)³⁸⁸, Ecuador (artículos 75 y 76)³⁸⁹ y Venezuela (artículo 26)³⁹⁰, entre otros.

³⁸⁵ ASENCIO MELLADO, J.M., *Introducción al Derecho Procesal*. 4º ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, p. 163. Véase también: GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. I. El proceso de declaración. Parte General*. 1º ed. Colex. Madrid, 2004, p. 41.

³⁸⁶ ASENCIO MELLADO, J.M., *Introducción al Derecho Procesal...*, *cit.*, pp. 163-164. En este sentido, el autor explica: "... El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que el derecho a la tutela judicial efectiva 'tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y (...) el derecho a que el fallo se cumpla. S.S.T.C. 26/1983, 13 de abril y 89/2005, 21 de octubre'".

³⁸⁷ El artículo 8.1. de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos establece: "*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*".

³⁸⁸ El artículo 23 de la Constitución de Colombia (1991) establece: "*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales*". Y, su artículo 29 señala: "*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*". Texto disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html> [Fecha de visita: 06/10/2011].

³⁸⁹ El artículo 75 de la Constitución ecuatoriana (2008) indica: "*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*"; en tanto que, su artículo 76 establece: "*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como*

Si bien -como hemos visto- los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y los ordenamientos jurídicos contemplan la garantía del debido proceso como principio fundamental en la salvaguarda del derecho de toda persona a iniciar un reclamo a través de las autoridades competentes, a que se ventile su causa durante el curso de un proceso establecido por Ley y que obtenga una decisión judicial firme, nos interesa analizar, a continuación, el tratamiento convencional que se efectúa de esta garantía en el ámbito de las expropiaciones de inversiones foráneas.

infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

Texto disponible en:
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html> [Fecha de visita: 06/10/2011].

³⁹⁰ El artículo 26 de la Constitución venezolana expresa: “*Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles*”. Texto disponible en:
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/venezuela.html> [Fecha de visita: 06/10/2011].

El análisis de este aspecto nos conduce al examen de las referencias al debido proceso, como requisito para la procedencia de una expropiación lícita desde el punto de vista transfronterizo, contempladas en las iniciativas de organismos internacionales como la OCED y los convenios regionales y APPRI, conjuntamente con algunos criterios que, al respecto, se han esgrimido en la práctica arbitral. Luego, nos aproximamos a la vinculación del debido proceso a dos importantes estándares convencionales –trato justo y equitativo y plena protección y seguridad– que contemplan algunos convenios internacionales, tales como el TLCAN, CAFTA-Dr y algunos APPRI Modelo.

2.3.2. El debido proceso contemplado en los APPRI y convenios regionales: Solución convencional general

A diferencia de los otros requisitos expuestos por la doctrina internacional para la procedencia de una expropiación legal transfronteriza cuya naturaleza es sustantiva –nos referimos a la *causa expropriandi*, la no discriminación y el pago de una compensación–, el requerimiento del debido proceso corresponde a una obligación del país anfitrión de garantizar al inversionista el acceso a su sistema de administración de justicia cuando considere se están violando sus Derechos³⁹¹.

En este orden de ideas, se ha discutido en la doctrina cuál es el verdadero alcance de la garantía del debido proceso en el supuesto de una expropiación de una inversión foránea. Para un sector, este requisito se centra en el concepto de denegación de justicia del Estado receptor y puede abarcar todo tipo de defectos procesales que cometan las autoridades competentes³⁹². Otro sector considera que el requerimiento del debido proceso se extiende a la protección del Derecho del inversionista foráneo a reclamar, ante las instancias competentes, su Derecho a una compensación producto de la expropiación de su inversión³⁹³.

³⁹¹ REINISCH, A., «Legality of...», *cit.*, p. 191-192.

³⁹² VERWEY W.D. Y SCHRIJVER, N.J., «The taking of foreign property under International Law: A new legal perspective?», en: *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 15. TMC Asser Press, The Netherlands, 1984, p. 10. Los autores advierten respecto a la falta de consenso sobre el alcance del requisito: "... It is not clear today to what extent it still is considered as part of the Western concept of customary international law and, therewith, of the hard-core requirements of the "international standard"».

³⁹³ REINISCH, A., «Legality of...», *cit.*, p. 189.

En atención a los criterios generales que revisamos en el aparte anterior, consideramos con carácter general que el requisito del debido proceso se refiere a la garantía brindada por el Estado receptor al inversionista respecto a que el proceso expropiatorio se lleve a cabo de acuerdo al procedimiento legalmente establecido y que el propio inversor pueda acudir ante las autoridades competentes para hacer valer sus derechos e intereses, a fin de obtener una decisión judicial y, de ser el caso, pueda ejercer contra ella los recursos legales correspondientes.

No obstante lo anterior, debemos aclarar que no todos los instrumentos convencionales explican el alcance y contenido del debido proceso como requisito de una expropiación lícita, por cual el operador jurídico debe estar atento a las previsiones del APPRI aplicable a cada supuesto en concreto y a la formulación de la garantía propuesto en él.

En efecto, esta garantía no es expuesta en la Resolución No. 1803 (XVII) de Naciones Unidas, como tampoco en la Declaración de 1974, ni en el *Restatement Third*. Todas guardan silencio sobre este punto y ni tan siquiera realizan una aproximación a la misma. En contraste, el Proyecto de Convenio Multilateral de Inversión de la OCED de 1998 expone en su artículo 2.6 sobre el debido proceso, lo siguiente:

“Due process of law includes, in particular, the right of an investor of a Contracting Party which claims to be affected by expropriation by another Contracting Party to prompt review of its case, including the valuation of its investment and the payment of compensation in accordance with the provisions of this Article, by a judicial authority or another competent and independent authority of the latter Contracting Party”.

Ahora bien, si revisamos las previsiones del TCE, ASEAN, el APPRI Modelo de Canadá, TLCAN, CAFTA-Dr y el APPRI Modelo de Estados Unidos, encontramos dos tipos de soluciones convencionales. La primera, contempla el principio del debido proceso como parte de los requerimientos para considerar una expropiación internacionalmente lícita. La segunda, refiere la interpretación de este requisito junto a otros dos estándares: el *trato justo y equitativo* y el de *plena protección y seguridad*, que analizamos en el próximo apartado.

Respecto al primer tipo de solución convencional, es decir, la incorporación de la garantía del debido proceso sin vincularla a otros estándares en un APPRI, los convenios se limitan a enunciarla como uno de los

requerimientos para la procedencia de una expropiación lícita. Ello significa que el inversionista, en el curso de la expropiación, haya tenido las garantías necesarias de ser escuchado y de presentar sus alegatos, conforme al Derecho local y ante las autoridades competentes del Estado receptor de su inversión.

En este orden de ideas, a título ilustrativo, podemos mencionar el artículo 13.1.c) del TCE que determina que las inversiones de una de las partes en el territorio de la otra no pueden ser objeto de nacionalizaciones o de medidas expropiatorias, excepto si se realizan “*con arreglo al debido procedimiento legal*”. En tanto que el artículo 6.1 del ASEAN indica también, como uno de los requisitos de una nacionalización, expropiación o medida equivalente, si esta medida es efectuada “*under due process of law*”. Similar previsión está contemplada en el APPRI Modelo de Canadá, en su artículo 13.1³⁹⁴.

De hecho, en esta misma línea y en la enorme red de APPRI encontramos algunos que también contemplan este requerimiento. Nos referimos, por ejemplo, al artículo 5.1 del APPRI entre Reino Unido y Tanzania que establece que el inversionista afectado por una medida de expropiación tendrá el Derecho a una pronta revisión de su caso y de la valuación de los daños sufridos ante una autoridad judicial o la que resulte competente para conocer del asunto³⁹⁵. Previsión similar, aunque menos detallada, está contenida en el artículo 8 del APPRI entre Canadá y Costa Rica y en el artículo 6 del APPRI entre Venezuela y el Reino de Los Países Bajos, los cuales se limitan a señalar que la expropiación o

³⁹⁴ Artículo 13 APPRI Modelo Canadá – Expropiaciones: “1. *Neither Party shall nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except for a public purpose, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner and on prompt, adequate and effective compensation*”.

³⁹⁵ *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Republic of Tanzania for the promotion and protection of investments*, texto disponible en A.A.V.V., *Investment Treaty Handbook*. International Council for Commercial Arbitration, Conference Dublin, June 2008, p. 123. En este mismo orden de ideas, el APPRI celebrado entre Alemania y Argentina estipula una fórmula similar en su artículo 4.2): “*The legality of any such expropriation, nationalization or comparable measure and the amount of compensation shall be subject to review by due process of law*”. *Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Argentina on the encouragement and reciprocal protection of investments (with Protocol and exchanges of notes)*, en: A.A.V.V., *Investment Treaty Handbook*. International Council for Commercial Arbitration, Conference Dublin, June 2008, p. 199.

la nacionalización que efectúe alguno de los Estados debe estar apegada al debido proceso³⁹⁶.

No obstante lo anterior, a pesar de las afirmaciones enunciadas, pocos APPRIs abordan la calificación de este término³⁹⁷, optando habitualmente por guardar silencio al respecto. En la práctica, será cada Tribunal Arbitral ante un concreto litigio surgido el que proceda a analizar este aspecto dependiendo de los hechos acaecidos y de la previsión convencional aplicable. Veamos dos ejemplos:

1) En el caso *Antoine Goetz y otros v. Burundi* (1999), ante el reclamo de Antoine Goetz y otros, de nacionalidad belga, contra la República de Burundi por dictar una medida que revocaba su licencia para poder ejercer actividades comerciales en una zona franca del país, el Tribunal Arbitral indicó que uno de los requisitos para identificar la licitud o no de tal expropiación era si ésta había sido dictada legalmente, en consideración al artículo 4 del APPRI Bélgica – Burundi (1989). El Panel señaló que el dictamen sólo era internacionalmente válido cuando fuese decretado por causas válidas y se hubiese desarrollado conforme al proceso legal³⁹⁸.

2) En el conocido asunto *ADC v. Hungría* (2006) al que hemos hecho referencia en varias oportunidades, el Tribunal Arbitral consideró que la expropiación no fue realizada bajo el requerimiento del debido proceso, tal como lo dispone el artículo 4 APPRI entre Hungría y Chipre. Concuere con el demandante en su alegato conforme al cual, en el contexto de la expropiación, este requisito exige la disponibilidad de un proceso legal por el cual un

³⁹⁶ MC.LACHLAN, C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration...*, cit., p. 284. El texto del APPRI Venezuela – Reino de los Países Bajos se encuentra disponible en: <http://www.conapri.org/download/PDF.BITs/Vzla-PaisesBajos.pdf> [Fecha de visita: 26/04/2011]. Debemos aclarar que mencionamos este APPRI a título ilustrativo, toda vez que este instrumento convencional no está vigente entre los Estados involucrados.

³⁹⁷ DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 191. Véase también: SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 322. Este autor cita el APPRI entre Austria y Bosnia Herzegovina como una excepción a la regla. La solución planteada en su artículo 5.3, plantea la misma reseñada en el Proyecto de la OCED de 1998. En particular, la norma del APPRI señala: “*Due process of law includes the right of an investor of a Contracting Party which claims to be affected by expropriation by other Contracting Party to prompt review of its case, including the valuation of its investment and the payment of compensation in accordance with the provisions of this article, by a judicial authority or another competent and independent authority of the latter Contracting Party*”.

³⁹⁸ REINISCH, A., «Legality of...», cit., p. 192. *Goetz y otros v. Burundi*. Caso No. ARB/95/2, Laudo Arbitral de fecha 10/02/1999, párrafo 127. Su texto original está disponible en <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 20/04/2011]

inversionista foráneo pueda elevar sus reclamos contra las acciones privativas de su propiedad. El Tribunal Arbitral aseveró, en tal sentido, que:

“Some basic legal mechanisms, such as reasonable advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that “the actions are taken under due process of law” rings hollow. And that is exactly what the Tribunal finds in the present case”³⁹⁹.

A la vista de los dos ejemplos anteriores cabría apuntar que el debido proceso se esgrime como uno de los requerimientos básicos para identificar una expropiación legal, desde el punto de vista transfronterizo. Desde la perspectiva de algunos APPRI e instrumentos convencionales de carácter regional, esta garantía no se acompaña de otros estándares, sino que, sencillamente, exige al Estado anfitrión brindar al inversor foráneo la posibilidad de poder presentar sus argumentos ante las autoridades competentes durante el curso de un proceso, tal como lo ilustran los asuntos *ADC* y *A. Goetz y otros*.

2.3.3. El debido proceso en los APPRI y convenios regionales: Solución convencional especial

A diferencia de la solución convencional general, a que hicimos referencia y conforme a la cual se enuncia el requisito de debido proceso para que una expropiación de una inversión foránea sea considerada lícita desde el punto de vista internacional, otros convenios regionales y APPRI vinculan la noción de esta importante garantía con dos estándares convencionales: el *trato justo y equitativo* y el de *plena protección y seguridad*.

El estándar referente a la plena protección y seguridad consiste en la obligación del Estado receptor de brindar resguardo a la inversión foránea que se encuentre en su territorio. En tanto que el trato justo y equitativo responde a un estándar absoluto de protección, cuyo contexto y alcance depende de las negociaciones realizadas por los Estados contratantes para el momento en que se

³⁹⁹ *ADC y otros v. Hungría...*, *cit.*, párrafo 435.

concluyen⁴⁰⁰. Aunque esta garantía es frecuentemente discutida en la doctrina y en la práctica arbitral, su definición constituye uno de los aspectos más controversiales del Derecho Internacional⁴⁰¹. Los propios Tribunales Arbitrales en cada arbitraje de inversión tratan de identificar su significado. Y, en este sentido, el panel arbitral del asunto *LG&E v. Argentina* (2006) - litigio relativo al reclamo de un inversionista estadounidense contra la República Argentina por la expropiación de sus activos y violación de los estándares contenidos en el APPRI concluido entre los países involucrados - lo definió como “... *la conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades del Estado receptor que conlleva la obligación de proporcionar y mantener la estabilidad de su sistema jurídico, para cumplir las justas expectativas del inversor extranjero*”⁴⁰².

En este orden de ideas, a modo ilustrativo de la solución convencional que vincula la garantía del debido proceso junto a los estándares mencionados, podemos citar el artículo 1110.1.c) de TLCAN, que determina la prohibición entre los Estados parte de no expropiar o nacionalizar, a menos que sea efectuada “... *in accordance with due process of law and Article 1105.1*”. Debemos destacar que el artículo 1105.1 del citado convenio se refiere al compromiso de los Estados parte de otorgar a sus inversionistas el trato acorde al Derecho internacional, incluyendo el *trato justo y equitativo* y la *plena protección y seguridad* necesaria para sus inversiones⁴⁰³.

Una previsión muy similar está contemplada en el CAFTA-Dr, cuyo artículo 10.7 indica que una expropiación puede efectuarse sólo “... *in accordance with due process of law and Article 10.5*”. El artículo 10.5 consagra el principio del tratamiento mínimo estándar, conforme al cual cada Estado parte le acordará a las

⁴⁰⁰ Véase FERNÁNDEZ MASÍA, E., «La realidad del arbitraje de inversiones desde la perspectiva latinoamericana», *cit.*, p. 78; A.A.V.V., «Fair and equitable standard in International Investment Law», en: *Working Papers on International Investment*, No. 2004/3. OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, September, 2004, p. 2. Texto disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf> [Fecha de visita: 12/05/2011]; y, LOWENFELD, A.F., *International Economic Law...*, *cit.*, p. 556.

⁴⁰¹ KLÄGER, R., “*Fair and Equitable Treatment*” in *International Investment Law*. Cambridge University Press, Cambridge – New York, 2011, p. 3.

⁴⁰² Véase *LG&E y otros v. Argentina*, Laudo Arbitral sobre Responsabilidad de fecha 03/10/2006, *cit.*, párrafo 131.

⁴⁰³ Artículo 1105.1 del TLCAN: “1. *Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas*”. Texto está disponible en: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?x=343&mtpiID=142#A1110> [Fecha de visita: 21/09/2009].

inversiones el tratamiento según el Derecho Internacional, incluyendo el *trato justo y equitativo* y *plena protección y seguridad*.

Ahora bien, en sede convencional bilateral debemos subrayar la previsión contenida en el APPRI Modelo de Estados Unidos. Con una técnica legislativa bastante similar a TLCAN y CAFTA-Dr, su artículo 6.1) indica como regla general que sólo es posible que un Estado nacionalice o expropie la inversión de un inversor, procedente del otro Estado parte, cuando la medida se realice de acuerdo al debido proceso de ley y al artículo 5, párrafos y 2. Este último artículo señala que:

- “1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*
- 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:*
- (a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and*
- (b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law”⁴⁰⁴.*

La presencia en el APPRI o en el oportuno convenio regional que resulta aplicable en un arbitraje de inversión de una previsión como las mencionadas, exige al operador jurídico al análisis integrado del contenido y el alcance de los estándares de *trato justo y equitativo* y el de *plena protección y seguridad*, junto al contexto de la garantía del debido proceso como requisito para una expropiación internacionalmente lícita⁴⁰⁵. Nos aproximamos, en las próximas líneas, al examen de la vinculación de estos estándares convencionales.

⁴⁰⁴ Subrayado nuestro.

⁴⁰⁵ En este sentido, se ha señalado que, en estos casos cuando el APPRI enlaza las condiciones de expropiación o de nacionalización con los estándares mencionados y, en particular, con el trato justo y equitativo, el inversor tiene la carga de demostrar que sus activos han sido expropiados desde el primer momento. SCHREUER, C., «Fair and equitable treatment: Interactions with other standards», en: *Investment protection and the Energy Charter Treaty* (COOP, G. Y RIBEIRO, C., ed.). JurisNet, LLC., New York, 2008, pp. 95 y ss.

2.3.3.1. Debido proceso y el estándar del trato justo y equitativo

La noción del trato justo y equitativo es considerada como una regla de oro en el arbitraje de inversión. Sin embargo, su generalizada aceptación como premisa esencial se acompaña de una amplia admisión de su difícil concreción en la práctica. En este sentido, ante la falta de uniformidad respecto a su calificación, se ha llegado a definir como la obligación del Estado receptor de brindar un tratamiento adecuado a la inversión foránea de manera que no sean desvirtuadas las expectativas del inversionista, por las cuales éste decidió efectuar su inversión⁴⁰⁶.

El trato justo y equitativo es considerado, hoy día, como una de las garantías que todo Estado receptor debe a los inversionistas foráneos a fin de brindar la seguridad jurídica y económica requerida para que la inversión no sufra inconvenientes. Su trascendencia es enorme por cuanto su inobservancia acarrea para los primeros la obligación de indemnizarles⁴⁰⁷. Sin embargo, como ya hemos apuntado, lo cierto es que en la medida en que cada Tribunal Arbitral lo interpreta en función de cada caso y del convenio aplicable, este estándar no tiene, en principio, una calificación uniforme⁴⁰⁸.

La doctrina refiere tres causas por las que resulta complicada su definición: la primera, por la ausencia de calificaciones autónomas en los APPRI; la segunda, debido a su flexibilidad, queda bajo el criterio de cada Tribunal Arbitral interpretarlo en función de cada caso; y, la tercera, concatenada con la anterior, los hechos de cada asunto son distintos unos de otros, por lo cual el escrutinio realizado a los actos u omisiones del Estado receptor también varía⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ *LG&E y otros v. Argentina...*, cit., párrafo 131 y *Técnicas Medioambientales S.A. (Tecmed) v. México*. Caso ARB (AF) /00/02, Laudo Arbitral sobre méritos de fecha 29/05/2003, párrafo 154. Texto disponible en: <http://icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 21/04/2011].

⁴⁰⁷ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, cit., pp. 235-236. Véase también SCHILL, S., «'Fair and equitable treatment' as an embodiment of the rule of law». *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) Taking stock after 40 Years* (HOFMANN, R. Y TAMS, C., Eds). Nomos, Frankfurt, 2007, pp. 35-36.

⁴⁰⁸ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, cit., pp. 131-132. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores...*, cit., p. 229.

⁴⁰⁹ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 228.

Precisamente, la ausencia de uniformidad en su definición ha ocasionado no pocas discusiones respecto a su contenido y extensión. Por un lado, se discute si realmente el trato justo y equitativo constituye la ratificación del principio del trato mínimo estándar -es decir, la obligación del Estado receptor de la inversión de proveer al inversionista foráneo de una base mínima de protección-. Por otro, se debate acerca de la continua expansión de su ámbito de aplicación, toda vez que los tribunales arbitrales están creando nuevos parámetros para identificar aquellas situaciones donde los Estados ejecutan prácticas que resultan contrarias al objetivo de la normativa convencional y, por ende, producen resultados adversos al inversionista⁴¹⁰. Nosotros nos inclinamos hacia la segunda opción por entender que cada panel arbitral, en función de los aspectos fácticos que la práctica arroja y de acuerdo a la normativa convencional aplicable, va determinando en cada asunto si el Estado receptor infringió o no el estándar en estudio.

A pesar de la complejidad apuntada podemos afirmar que, al menos, desde el punto de vista genérico, la doctrina ha encontrado cierto lugar común para definirlo como el tratamiento adecuado que debe recibir el inversionista por parte de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor⁴¹¹. En este orden de ideas, se ha considerado que las acciones gubernamentales que no protejan o que desvirtúen las legítimas expectativas del inversor foráneo; las calificadas como no transparentes; las acciones arbitrarias o discriminatorias; las efectuadas de mala fe y, especialmente, las que deniegan el acceso a la justicia o violan el principio del debido proceso, son las que infringen el trato justo y equitativo como estándar generalmente contenido en los APPRI y en los convenios regionales⁴¹². En efecto, a modo ilustrativo podemos citar el APPRI Modelo de Estados Unidos, el cual califica como el trato justo y equitativo la obligación del Estado receptor de impartir justicia en atención al principio del debido proceso⁴¹³.

⁴¹⁰ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, cit., p. 333; Véase también ALVAREZ, H.C., «Arbitration under the North American Free Trade Agreement», en *International Arbitration in Latin America* (BLACKABY, N.; LINDSEY, D Y SPINILLO, A., Ed.). Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, p. 397.

⁴¹¹ MC.LACHLAN, C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration...*, cit., p. 266 y p. 260.

⁴¹² SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 230 y ss.; MC.LACHLAN, C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration...*, cit., p. 235-243 y DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., p. 507-531.

⁴¹³ Tal como expresamos en líneas anteriores, el artículo 5.2.a) del APPRI Modelo de Estados Unidos (2012) indica: “*Fair and equitable treatment*” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the

La indefinición de lo que puede significar un término clave como el presente hace imprescindible el análisis de los laudos arbitrales dictados en la materia como elemento de articulación de su contenido. Ciertamente, como hemos afirmado, si bien los laudos arbitrales no son vinculantes sino sólo entre las partes involucradas, sin embargo, de su estudio podemos inferir una serie de pautas que calificarían cuándo un Estado receptor estaría violando el trato justo y equitativo. Veamos algunos ejemplos:

1) Así, en primer lugar, citamos el asunto *Metalclad v. México* (2000), donde se esgrimió como parámetro para identificar el trato justo y equitativo como la transparencia de las autoridades estatales frente al inversionista extranjero⁴¹⁴. En efecto, luego de obtener los oportunos permisos federales necesarios para emprender el proyecto de desarrollo y operación de confinamiento de residuos peligrosos en la localidad de San Luis de Potosí, la compañía Metalclad Corporation procedió a comprar la sociedad Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (Coterin) quien, inicialmente, tenía la licencia y los permisos. Tras varias reuniones con las autoridades federales mexicanas, éstas aseguraron al inversionista de nacionalidad estadounidense que podría obtener sin mayor inconveniente los permisos locales para construir y operar con normalidad y que la Municipalidad del sector no tenía fundamento para negárselos.

No obstante lo anterior, y como ya se apuntó en su momento, casi terminada la construcción de la obra, los problemas comenzaron. La Municipalidad ordenó el cese de las actividades por la falta de permiso de funcionamiento local de construcción. Superado el impasse y luego de

principal legal systems of the world". Respecto al debido proceso y el estándar del trato justo y equitativo, la OCED ha expresado: "The majority of the cases arise out of denial of justice in the matter of procedure, some deficiency in the vindication and enforcement of the investor's rights. The principle of "denial of justice" has been considered as being part of customary international law and is used in three senses. In the broadest sense, it "seems to embrace the whole field of State responsibility, and has been applied to all types of wrongful conduct on the part of the State towards aliens", it includes therefore acts or omissions of the authorities of any of the three branches of government, i.e. executive, legislative or judiciary. In the narrowest sense, it is "limited to refusal of a State to grant an alien access to its courts or a failure of a court to pronounce a judgement". There is also an intermediary sense, in which it is "employed in connection with the improper administration of civil and criminal justice as regards an alien, including denial of access to courts, inadequate procedures, and unjust decisions". The majority of the cases examined approach fair and equitable treatment in the intermediate sense and many also address in their analysis the concept of arbitrariness". A.A.V.V., «Fair and equitable standard in International Investment Law...», *cit.*, pp. 28-29.

⁴¹⁴ *Metalclad v. México...*, *cit.*, párrafos 99-100.

conversaciones sostenidas con el Gobernador de la Región, continuaron las obras hasta la culminación de la planta. El día de la inauguración fue bloqueada la entrada de los trabajadores con la participación de las autoridades estatales y locales, en consideración a los efectos nocivos que su funcionamiento podría tener en el medio ambiente. La compañía estadounidense demandó a México por violación del artículo 1105.1 del TLCAN.

El Tribunal Arbitral dictaminó como una violación al estándar del trato justo y equitativo, por parte de los órganos estatales y locales de México el hecho de no brindar al inversionista reglas claras respecto al otorgamiento de los permisos, en el entendido que, en la declaración de los principios y reglas del instrumento convencional regional la transparencia es un requerimiento legal para iniciar un proyecto de inversión que todos los inversionistas deben conocer:

“México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN”⁴¹⁵.

2) En segundo lugar, en el ámbito del TLCAN, el asunto *S.D. Myers Inc. v. Canadá* es muy ilustrativo (2000)⁴¹⁶. En este caso el demandante -una entidad constituida de acuerdo con las leyes del Estado de Ohio, Estados Unidos-, demandó a Canadá por los daños económicos sufridos producto de la interferencia y la discriminación de las autoridades gubernamentales canadienses en la operación de las inversiones foráneas en su territorio.

Con el propósito de evitar contaminación ambiental causada por la degradación de una sustancia química (*polychlorinated biphenyl*) que se utiliza en transformadores y materiales eléctricos y, dado el alto riesgo de transporte de dicho material, las autoridades canadienses prohibieron su traslado a las plantas de

⁴¹⁵ *Metalclad v. México...*, *cit.*, párrafo 99.

⁴¹⁶ *S.D. Myers Inc. v. Canada*, Laudo Arbitral Parcial de fecha 13/11/2000, administrado bajo las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, párrafos 263 y ss. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 13/05/2011]. Véase también BISHOP, R. D. Y RUSSELL, W., «Survey of arbitration awards under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement». *Journal of International Arbitration*, No. 19 (6), Kluwer Law International, The Netherlands, 2002, p. 549-550. El laudo arbitral parcial sobre los méritos de este asunto puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm [Fecha de visita: 28/08/2009].

tratamiento del demandante ubicadas en Estados Unidos, en varias oportunidades, causando un perjuicio al inversionista. Cabe destacar que ese material, hasta el momento de presentarse el problema, no había sido calificado como peligroso ni estaba proscrito su transporte desde Canadá hacia Estados Unidos.

El Tribunal Arbitral consideró que las autoridades locales debían tomar en cuenta las específicas reglas del Derecho internacional. Si bien pueden dictar medidas para proteger el ambiente y la salud pública, éstas no pueden pretender aplicarse sólo a los ciudadanos foráneos y no a sus propios nacionales. Al impedir en varias oportunidades la exportación del material en la frontera desde Canadá hacia Estados Unidos, el Tribunal consideró que el trato brindado al inversionista fue excesivamente arbitrario y violó la norma convencional diseñada para protegerlo (Artículo 1105.1 TLCAN). Producto de dicha situación, condenó a Canadá al pago de los daños económicos sufridos por su continua interferencia.

3) En tercer lugar, en el asunto *Técnicas Medioambientales, S.A. (Tecmed) v. México* (2003) el Tribunal Arbitral analizó el estándar del trato justo y equitativo conforme al APPRI concluido entre España y México⁴¹⁷. El caso se relacionó con el reclamo de un inversionista de nacionalidad española contra medidas adoptadas por las autoridades mexicanas, que afectaron a su normal operación. El demandante tenía dos subsidiarias, constituidas bajo la legislación del Estado receptor.

Luego de adquirir un inmueble destinado a un almacenamiento de desechos y otros activos por medio de subasta pública convocada por una autoridad pública descentralizada (Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo, Estado de Sonora, México), el inversionista requería de una autorización gubernamental para poder operar el referido confinamiento. En lugar de otorgarle un permiso de duración indeterminada, le concedieron una autorización renovable cada año. Cada prórroga estaba sujeta a la aprobación del Instituto Nacional de Ecología (INE). En paralelo, las autoridades mexicanas habían asegurado al inversionista que, al mudar las instalaciones del confinamiento a otro lugar, mantendría el permiso necesario para continuar ejerciendo sus actividades.

⁴¹⁷ *Tecmed v. México...*, *cit.*, párrafos 170 y ss.

Los problemas más graves comenzaron cuando Tecmed, en 1998, solicitó la prórroga de la autorización para poder continuar sus actividades y el INE rechazó la petición argumentando razones de incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandante. A ello se sumaron muchas protestas de la población para detener las operaciones y por la mudanza del confinamiento a otro lugar. El Tribunal Arbitral consideró que las acciones del INE fueron contradictorias y ambiguas, violando el estándar del trato justo y equitativo:

“... *The fair and equitable standard in the light of the principle of good faith and interpreted it to require State’s conduct to be consistent, without ambiguities and transparent in relation to the foreign investor, so as not to prejudge its fair expectations at the time of making an investment*”⁴¹⁸.

4) En cuarto lugar, el asunto *Occidental v. Ecuador* (2004) si bien no constituyó para el Tribunal Arbitral una expropiación, sí indicó que la falta de claridad y inconsistencia del Estado Ecuatoriano respecto al cambio de la política de reembolso del impuesto al valor agregado pagado por el inversionista desde el inicio de sus operaciones, violó el estándar del trato justo y equitativo del APPRI concluido entre Estados Unidos y Ecuador⁴¹⁹.

En este caso, muy parecido al asunto *Encana v. Ecuador* (que reseñamos en un punto previo de este Capítulo), el inversionista de nacionalidad estadounidense había celebrado un contrato de participación con Petroecuador, empresa estatal ecuatoriana, a fin de explorar y explotar petróleo en un área de la región amazónica en dicho país. Como parte del acuerdo, el inversionista regularmente solicitaba al Servicio de Rentas Internas de Ecuador el reembolso del Impuesto al Valor Agregado pagado por todas las compras que realizaba con motivo de sus operaciones.

El problema comenzó cuando el referido Servicio de Rentas denegó la solicitud de dicho reembolso, sobre la base de la opinión que dicho impuesto ya estaba contemplado en la fórmula pactada por las partes en el contrato de participación de hidrocarburos. Para el inversionista, esta medida representó una

⁴¹⁸ *Tecmed v. México...*, *cit.*, párrafo 172 y ss.

⁴¹⁹ *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*. Caso No. UN 3467, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 01/07/2004. Texto disponible en: http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm [Fecha de visita: 22/04/2011]. Véase también: DELANEY, J., «"Expropriation" and "fair and equitable treatment" standards in recent ICSID Jurisprudence». *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) Taking stock after 40 Years* (HOFMANN, R. Y TAMS, C., Eds). Nomos, Frankfurt, 2007, p. 74.

privación de sus expectativas económicas que aspiraba alcanzar con motivo de su inversión.

Llevado el litigio a arbitraje, el Tribunal Arbitral señaló que, efectivamente, la decisión de rechazar el reembolso de dicho impuesto causaba detrimento al inversor, toda vez que la medida produjo indiscutibles consecuencias en el presupuesto y el plan de negocios trazados. Asimismo, tampoco fue explicado con claridad al inversor el significado y la extensión de la medida por parte de las autoridades ecuatorianas. Pero, lo más importante, el Tribunal enfatizó la obligación de los Estados de no alterar las condiciones legales y económicas en las cuales la inversión fue realizada, toda vez que el espíritu y razón del APPRI concluido entre ambos se orientó hacia la creación de condiciones de un marco legal estable y predecible para el fomento de la inversión⁴²⁰.

5). Un quinto caso ilustrativo del significado del estándar del trato justo y equitativo junto a la eventual expropiación de intereses de un inversionista foráneo lo constituye *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company v. Argentina* (2006)⁴²¹. En este asunto, los inversionistas de nacionalidad estadounidense eran los propietarios de tres sociedades mercantiles, constituidas de acuerdo con la legislación argentina, consideradas en su conjunto como el segundo productor más importante de gas y petróleo en dicho país.

Durante la crisis económica que vivió Argentina durante 1999 y 2002 se promulgó todo un conjunto de leyes, resoluciones, decretos que afectaron las exoneraciones de impuestos a las exportaciones de hidrocarburos, restringieron la transferencia de fondos al exterior y eliminaron los mecanismos de ajustes que se habían establecido. Las demandantes reclamaban la expropiación, a través de esas medidas, de sus inversiones. El Tribunal Arbitral en el laudo sobre jurisdicción indicó, en atención al APPRI entre Argentina y Estados Unidos:

“The Tribunal is of the view that the Claimants have shown prima facie that the imposition of export withholdings, a tax measure, could possibly amount to the expropriation of specific legal and contractual rights. In light of the case-law (...), an expropriation claim linked to a tax matter brings in, via Article IV, the standards of treatment of Article II, including that of fair

⁴²⁰ *Occidental v. Ecuador...*, *cit.*, párrafo 191.

⁴²¹ *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company v. Argentina*. Casos ARB/04/08 y ARB/03/13. Laudo sobre jurisdicción de fecha 27/07/2006. Texto disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PanAmericanBPJurisdiction-eng.pdf> [Fecha de visita: 21/04/2011].

*and equitable treatment, provided that there is direct or indirect expropriation, which comprises measures tantamount to expropriation*⁴²².

Las cinco situaciones analizadas son ciertamente diferentes y diferenciables pero nos permiten alcanzar una idea bastante precisa de lo que, en definitiva, significa el concepto del trato justo y equitativo. Un concepto que implica, en términos generales, la garantía ofrecida por el Estado receptor al inversionista de mantener el marco jurídico y económico previsible y estable para el desarrollo de su inversión. Bajo esta previsión genérica, contenida en los APPRI y en los convenios regionales mencionados, cada Tribunal Arbitral va interpretando este estándar de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada asunto.

El APPRI Modelo de Estados Unidos lo concibe como la obligación del Estado receptor y, en particular, de las autoridades judiciales y administrativas, de atender debidamente al inversionista y brindarle la garantía del debido proceso. Así lo demostró el caso *Occidental*, cuando el Tribunal Arbitral condenó a Ecuador por el cambio inesperado de la medida de reembolso de IVA. Y, así quedó de manifiesto en el asunto *Pan American y BP*, en el laudo preliminar sobre jurisdicción, si bien es prematuro adelantar si procede o no la expropiación indirecta planteada por los demandantes, es altamente probable que el Tribunal Arbitral considere la violación del trato justo y equitativo, toda vez que realizó una serie de medidas que causaron un fuerte detrimento en la inversión de petróleo y gas desarrollado por el inversionista.

En el ámbito de TLCAN, los dos asuntos *S.D. Myers v. Canadá y Metalclad v. México* muestran dos visiones de Tribunales Arbitrales respecto al artículo 1105.1 del referido convenio regional. En ambos casos los Estados receptores ejecutaron acciones en contra de las legítimas expectativas de los inversionistas. En el caso *S.D. Myers*, aunque no se discute la finalidad pública de cuidar el medio ambiente de la medida, no fue razonable que su aplicación recayera sólo sobre extranjeros. La discriminación ejercida fue considerada violatoria del trato justo y equitativo.

Ahora bien, el asunto *Metalclad* fue bastante más complejo. Se evidenció la falta de claridad en las decisiones de las autoridades federales y locales respecto al eventual otorgamiento de la autorización al inversionista para operar el confinamiento. Y, además, el inversor tuvo respuesta asertiva por parte de los

⁴²² *Pan American v. Argentina...*, cit., párrafo 136.

funcionarios sobre este asunto. Las medidas adoptadas retrasaron a tal punto el funcionamiento de la inversión que llegaron a constituir una expropiación indirecta. Finalmente y aunque no se trató de una expropiación, el asunto *Tecmed* evidenció una situación bastante similar al caso *Metalclad*. La ambigüedad y falta de transparencia de las autoridades violaron el principio del trato justo y equitativo contemplado en el APPRI.

2.3.3.2. El debido proceso y el estándar de plena protección y seguridad

El estándar denominado “plena protección y seguridad” responde al deber de Estado de prestar la diligencia debida para proteger la inversión foránea y evitar eventuales daños causados por sus autoridades dentro de su territorio⁴²³. El APPRI Modelo de Estados Unidos lo define, en su artículo 5.2.b), como: “*full protection and security*” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law”⁴²⁴.

Al igual que ocurre a la hora de fijar el contenido del estándar anterior, también acusamos la ausencia de una noción unitaria del mismo. Sin embargo, no podemos dejar de revisar los laudos arbitrales al respecto toda vez que la práctica ha ido interpretando su contenido y alcance. Veamos algunos ejemplos:

1) El asunto *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka* (2000) constituye un ejemplo ilustrativo de la responsabilidad del Estado receptor frente a daños ocasionados a un inversionista por causa de terceros⁴²⁵. Este caso se refirió a un reclamo de un inversionista de Hong Kong a Sri Lanka por la destrucción de una planta de cultivo de camarones, producto de un enfrentamiento entre grupos irregulares y las fuerzas de seguridad y, por ende, la pérdida de su inversión. Si bien el Tribunal Arbitral confirmó el Derecho del inversionista a ser indemnizado

⁴²³ MAEKELT, T.B. DE, «Tratados bilaterales de protección de inversiones...», *cit.*, pp. 335-336. Véase también ALVAREZ, H.C., «Arbitration under the North American Free...», *cit.*, p. 319. MC.LACHLAN, C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration...*, *cit.*, p. 262 y LOWENFELD, A.F., *International Economic Law...*, *cit.*, p. 558.

⁴²⁴ Texto disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>
Fecha de visita: [23/04/2012]

⁴²⁵ *AAPL v. Sri Lanka*, Caso No. ARB/87/3, Laudo Arbitral de fecha 27/06/1990. Texto disponible en: <http://trans-lex.org/240500> [Fecha de visita: 20/03/2010].

por el daño sufrido, también consideró que el estándar de protección y seguridad no puede interpretarse como responsabilidad irrestricta por parte del Estado receptor de la inversión por causa de cualquier destrucción o pérdida de inversiones, sin necesidad de probar que fue ocasionado por algún agente del mismo.

2) El asunto *American Manufacturing & Trading Inc. v. Zaire* (1997) tuvo un resultado contrario al anterior. Se trató del reclamo del inversionista estadounidense por la pérdida de su inversión en un *joint venture* con una compañía local, por medio del cual vendían automóviles e importaban y revendían productos relacionados con el área automotriz. Sus activos fueron severamente dañados por un ataque efectuado por las fuerzas militares de Zaire. En atención al APPRI vigente entre Zaire y Estados Unidos, el Tribunal Arbitral determinó que la República no cumplió su obligación de brindar protección y seguridad al inversionista, como tampoco tomó alguna medida de precaución. No hubo el cuidado ni la vigilancia necesaria para asegurar la inversión⁴²⁶.

3) Un escenario diferente se presentó en el asunto *Wena Hotels Ltd. v. Egipto* (2000)⁴²⁷. El inversor inglés reclamaba a Egipto el ataque perpetrado contra los dos hoteles que tenía bajo su administración. El Tribunal Arbitral condenó a Egipto por la omisión de prevenirles sobre el ataque y por no proteger las instalaciones del inversionista.

4) En el asunto *Azurix v. Argentina* (2006) se relacionó, como ya hemos afirmado, con el reclamo de los inversionistas estadounidenses contra las medidas adoptadas por el Estado receptor de no aplicar el régimen tarifario de suministro de agua en Buenos Aires. Estas medidas, según los demandantes constituían una expropiación. El Tribunal Arbitral negó este pedimento. Ahora bien, respecto al estándar en estudio aseveró que la obligación del Estado de proteger los inversionistas foráneos, podría extenderse más allá de su seguridad física⁴²⁸.

⁴²⁶ *American Manufacturing & Trading Inc. v. Zaire*, Caso ARB/93/1, Laudo Arbitral de fecha 21/02/1997. Texto disponible en: http://www.ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm [Fecha de visita: 15/09/2009].

⁴²⁷ *Wena Hotels Ltd. v. Egipto*, Caso No. ARB/98/4, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 08/12/2000. Texto disponible en: <http://icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 23/04/2011]. Véase también: DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., p. 535.

⁴²⁸ *Azurix v. Argentina*, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 14/07/2006, párrafo 408. "... *When the terms 'protection and security' are qualified by 'full' and no other adjective or explanation, they extend, in their ordinary meaning, the content of this standard beyond physical security*".

5) Ahora bien, en el asunto *PSEG Global Inc. y Konya Igin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turquía* (2007) se apreció el estándar de plena protección y seguridad como la obligación del Estado receptor de velar por la integridad física de los inversionistas y de sus instalaciones⁴²⁹. En este caso, el inversionista reclamaba a Turquía la pérdida de su inversión respecto a estudios de factibilidad económica, el contrato de concesión y otros acuerdos en materia eléctrica, por impedirle obtener garantías del Tesoro Público para el importante proyecto de inversión. Como no hubo ningún tipo de agresión física contra el inversionista ni sus activos físicos, el Tribunal Arbitral consideró que Turquía no violó el estándar en estudio.

6) Finalmente, un caso muy reciente que analizó este estándar fue *Gemplus, S.A.; Gemplus Industrial, SA de CV y Talsud, SA v. México* (2010)⁴³⁰. Dos inversionistas (francés y argentino), habían participado en una licitación para crear un registro especial de vehículos (Renave). Adjudicado el contrato, se constituyó una concesionaria que llevó a cabo la apertura del referido registro. Tiempo después, las autoridades mexicanas emprendieron una serie de acciones contra el registro. Dos medidas en concreto resaltaron: primero, una requisa en las instalaciones de la concesionaria y, seguidamente, les revocaron la concesión otorgada previamente. El inversionista alegó y procedió a reclamar que tales medidas violaban varios estándares contenidos en los dos APPRI's aplicables y reclamaba una compensación por la expropiación de su inversión. México argumentó que las medidas se habían tomado, entre otras razones, para preservar la seguridad ciudadana al estar contenido en dicho registro una serie de datos de altísima importancia.

El Tribunal Arbitral, si bien confirmó los alegatos de los demandantes respecto a la expropiación, consideró que México no había violado el estándar de plena protección. A los efectos de nuestro estudio, hizo una importante

⁴²⁹ *PSEG Global Inc. y Konya Igin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turquía*, Caso No. ARB/02/5. Laudo Arbitral de fecha 19/01/2007. Texto disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PSEGGlobal-Turkey-Award.pdf> [Fecha de visita: 19/04/2011]. Este criterio también fue expuesto en el caso *Saluka v. República Checa*, en el laudo arbitral de fecha 17/03/2006, cuyo Tribunal Arbitral señaló: “Full protection and security standard applies essentially when the foreign investment has been affected by civil strife and physical violence (...). The standard obligues the host state to adopt reasonable measures to protect assets and property...” (párrafos 483-484). Texto disponible en: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf> [Fecha de visita: 19/04/2011].

⁴³⁰ *Gemplus y otros v. México...*, *cit.*, párrafos 9-10 y ss.

apreciación: “*El trato justo y equitativo involucra al inversionista y al Estado receptor, mientras que las disposiciones de protección involucran también al Estado receptor que debe proteger la inversión frente a terceros*”⁴³¹. Y, en este caso, las medidas que adoptaron las autoridades mexicanas contra el inversionista no afectaron los Derechos de terceros.

En definitiva, y a la vista de los supuestos anteriores, cabría considerar que el estándar de plena protección y seguridad implica para el Estado receptor la obligación de proteger, con la debida diligencia, la propiedad física de la inversión foránea en su territorio. Esta obligación de protección se extiende respecto de actos u omisiones de agentes estatales, tal como evidenció el caso *American Manufacturing & Trading Inc. v. Zaire* al no vigilar las tareas de sus fuerzas militares, o tal como sucedió en el asunto *Wena Hotels Ltd. v. Egipto*, por no prevenir al inversionista del peligro inminente de ataques contra las instalaciones.

Un punto de discusión en este sentido se refiere a la posibilidad de extender este deber de protección más allá de la seguridad física del inversionista. Hasta los momentos, la afirmación general de los Tribunales Arbitrales se inclina hacia la consideración de este estándar sólo a la protección física, tomando en cuenta las circunstancias de cada supuesto en concreto. Así ocurrió en casi todos los casos que hemos mencionado. Sólo en el asunto *Azurix v. Argentina* se orienta a considerar la eventual factibilidad de extender la obligación de brindar seguridad más allá de la referida protección.

2.4. Cuarto requisito: Pago de compensación

La compensación en el ámbito del sistema internacional de protección de inversiones y, en particular, respecto a la procedencia de una expropiación lícita desde el punto de vista transfronterizo, corresponde al pago de una suma de dinero por parte del Estado receptor al inversionista, como consecuencia de la ejecución de una medida ejecutada por el primero contra los bienes e intereses del segundo⁴³². La trascendencia de esta exigencia es muy grande, más aún si consideramos que ni su entendimiento ni su cuantía quedan claros y plantean todo tipo de problemas a la hora de su concreción.

⁴³¹ *Gemplus y otros v. México...*, *cit.*, párrafo 9-11.

⁴³² SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, *cit.*, pp. 438-439.

Tal como hemos afirmado a lo largo de nuestro trabajo, la adopción de una medida expropiatoria, en cuanto ejercicio de la soberanía territorial de un Estado, constituye un acto de *iure imperii*. No obstante, esta potestad se ve condicionada por el deber de compensar a los inversionistas foráneos. Dicha obligación se basa en el régimen liberal de la propiedad privada y en el principio del trato mínimo estándar conforme al cual los Estados deben proteger los activos e intereses de nacionales y extranjeros en su territorio⁴³³. A ello se suman otras razones: el respeto al Derecho de recibir, en un tiempo prudencial, el pago por la pérdida de la propiedad, además del cumplimiento de disposiciones constitucionales y legales del Estado receptor de la inversión, así como de los parámetros que existen en los distintos instrumentos convencionales regionales y bilaterales e, incluso, en Tratados relativos a la protección de Derechos Humanos⁴³⁴. Esta compensación, además, ha de ser apropiada a las características y la cuantía de la inversión.

Hoy día, dependiendo de las circunstancias fácticas que envuelve cada asunto relativo a una expropiación en un arbitraje de inversión, el operador jurídico se enfrenta a la tarea de examinar la procedencia o no de una compensación al inversionista foráneo. En este sentido, cada Tribunal Arbitral encara ante sí, el juego de intereses entre las partes involucradas: por un lado, los Estados que desean cumplir la obligación de compensar al inversionista foráneo, tratando de reconocer los mínimos costos incurridos por el particular. Por otro, los inversionistas, quienes quieren obtener no sólo el justo y apropiado resarcimiento, como estándar mínimo reconocido, pero tomando en cuenta para la valuación de su inversión el correspondiente al valor de mercado (antes de conocerse públicamente la medida de expropiación o de nacionalización).

Sin duda estamos en presencia de un tema de enorme complejidad y trascendencia. Su análisis comprende el examen de una serie de aspectos tales

⁴³³ BROWNIE, I., *Principles of Public...*, cit., pp. 533-534.

⁴³⁴ Respecto a los Tratados sobre Derechos Humanos, el artículo 17.1 de la Carta Europea de Derechos Humanos contempla: “*Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general*”. En tanto que el artículo 21.1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos determina: “*Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley*”.

como la distinción de los términos *compensación* e *indemnización*, en el marco del sistema internacional de promoción y protección de inversiones; el contenido de la compensación así como los estándares para determinar su monto. Dado este amplio abanico de aspectos a analizar, desarrollamos en el Capítulo IV nuestra aproximación a este importante tema.

CAPÍTULO III

DE LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS: IDENTIFICACIÓN, TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO

1. NOTA INTRODUCTORIA

En los capítulos precedentes de nuestro trabajo hemos analizado, en un primer orden, los aspectos sustantivos relativos a la determinación de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales en los procedimientos de arbitraje de inversión. Luego, en un segundo orden, estudiamos los preceptos convencionales, doctrinales y prácticos respecto a la calificación y a los requisitos de procedencia de una expropiación directa en el ámbito transfronterizo, especialmente, en el marco del sistema internacional de promoción y protección de inversiones.

En este Capítulo hemos trazamos como objetivo cardinal analizar la problemática relativa a las denominadas expropiaciones indirectas. El estudio de este aspecto plantea al operador jurídico la dificultad de determinar la eventual existencia o no de una expropiación. Esta complejidad obedece a que, por un lado, partimos del supuesto de que no hay privación *per se* del Derecho de propiedad de la inversión por parte del Estado anfitrión a los inversores foráneos. Por otro, tal como señala la doctrina, una característica de las expropiaciones indirectas corresponde a que los Estados receptores niegan su existencia y, consecuentemente, no conceden compensaciones a los inversionistas⁴³⁵. Por estas razones, la identificación de una expropiación indirecta conlleva al análisis de los actos gubernamentales y sus efectos sobre la propiedad del inversor extranjero.

A pesar de estas dificultades, debemos también advertir que, en la práctica, crecen en número los asuntos en los cuales los inversionistas alegan la expropiación indirecta de sus Derechos patrimoniales, por lo cual esta situación constituye, hoy en día, un complejo problema de actualidad. Tres causas son alegadas por la doctrina como causas últimas de esta situación *in crescendo*⁴³⁶:

1) La primera refiere a la voluntad de los Estados de evitar generar un ambiente inhóspito a la inversión foránea. Generalmente, la consecuencia lógica cuando se suscitan expropiaciones de inversiones foráneas en un determinado país es el alejamiento de capitales extranjeros de ese territorio, máxime cuando no son

⁴³⁵ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, p. 298 y DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, *cit.*, p. 92.

⁴³⁶ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, pp. 297-298.

cumplidos los requerimientos convencionales básicos, a los que ya hicimos referencia en el Capítulo II⁴³⁷.

2) La segunda razón de esta multiplicidad de asuntos obedece a que los Estados, a pesar de estar plenamente facultados para celebrar contratos de inversión de larga duración, conservan la potestad soberana de modificar, en forma unilateral, sus términos y condiciones, o, promulgar leyes que alteran el sistema legal anterior en el marco del cual se elaboró el contrato. Entre esas facultades, pueden dictar una medida cuyos efectos sean, precisamente, equivalentes a la privación de la propiedad del inversionista.

3) Y, finalmente, la tercera causa responde a la propia dificultad de identificar una expropiación indirecta, debiendo estarse a un análisis posterior y caso por caso. Ello puede haber propiciado, de alguna forma, que ciertos Estados ejerzan este tipo de medidas con cierta frecuencia⁴³⁸.

Analizamos, a continuación, las calificaciones convencionales y doctrinarias de las expropiaciones indirectas, así como sus diversos tipos. Luego, estudiamos los criterios que se esgrimen en la práctica para identificarlas y, seguidamente, examinamos de forma somera si un supuesto de esta naturaleza puede calificarse como acto ilegal bajo el Derecho Internacional.

2. HACIA UNA DESCRIPCIÓN DE EXPROPIACIONES INDIRECTAS: SOLUCIONES CONVENCIONALES Y TIPOLOGÍA

Uno de los aspectos más controvertidos en el Derecho Internacional corresponde a la eventual calificación de las expropiaciones indirectas. Si bien no puede esgrimirse una regla general al respecto, la doctrina las define globalmente como aquellas situaciones en las cuales los Estados anfitriones dictan ciertas medidas gubernamentales que traen como consecuencia la privación, a los inversores foráneos, de los beneficios de su inversión, sin que medie la transferencia de la propiedad a favor de los primeros⁴³⁹. En otras palabras, y de

⁴³⁷ Vid Capítulo II, Sección Segunda, Título 2, *supra*.

⁴³⁸ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, p. 297.

⁴³⁹ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, p. 297. Véase también: IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación...*, *cit.*, pp. 226 y ss. Véase también:

manera gráfica, aunque el inversionista no se ve nominalmente privado de su inversión, en la práctica la medida conduce precisamente a ello.

La OCED ha advertido respecto al incremento en el número de casos donde los inversores foráneos reclaman a los Estados receptores la expropiación indirecta de su inversión, por causa de ciertas medidas que los segundos han dictado contra los primeros⁴⁴⁰. Ello no quiere decir, que toda medida gubernamental constituya, *per se*, una expropiación de este tipo, toda vez que los Estados –ya lo hemos apuntado– poseen la potestad soberana de ejercer poderes para regular y limitar la actividad de los particulares a los fines de alcanzar ciertos fines, tales como la protección del medio ambiente, la salud colectiva, así como el resguardo de otros intereses de la sociedad⁴⁴¹.

No obstante lo anterior, puede ocurrir también el supuesto en el cual la acción estatal no sea motivada, precisamente, por el interés público, y cause un verdadero perjuicio en la inversión foránea, sin que el inversionista obtenga una compensación y esta acción, por el contrario, sí puede estar incardinada dentro de la categoría de expropiación indirecta.

A modo ilustrativo, cabe citar uno de los más paradigmáticos asuntos al respecto: *Tippetts y otros v. Irán y otros* (1984)⁴⁴². En este arbitraje, los demandantes, de nacionalidad estadounidense, reclamaban a Irán la terminación de un proyecto conjunto para desarrollar obras de diseño y construcción del aeropuerto

BRUNETTI, M., «Indirect expropriation in International Law», en: *International Law Forum du Droit International*, No. 5. Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003, p. 150.

⁴⁴⁰ YANNACA-SMALL, C., «"Indirect expropriation" and the "right to regulate" in International investment law», en: *Working Papers on International Investment*, No. 2004/4. OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, 2004, p. 2

⁴⁴¹ RONDÓN DE SANSÓ, H., *Aspectos jurídicos fundamentales...*, cit., p. 81. DOLZER, R. Y BLOCH, F., «Indirect expropriation: Conceptual realignments», en: *International Law Forum du Droit International*, No. 5. Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003, p. 155; IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación...*, cit., p. 293 y ORREGO VICUÑA, F., «Regulatory authority and legitimate expectations: Balancing the rights of the State and the individual under International Law in a global society», en: *International Law Forum du Droit International*, No. 5. Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003, p. 188

⁴⁴² *Tippetts, Abbott, Mc. Carthy, Stratton v. TAMS – AFFA Consulting Engineers of Iran, the Government of the Islamic Republic of Iran, Civil Aviation Organization, Plan and Budget Organization, Iranian Air Force, Ministry of Defense, Bank Mellí, Bank Sakhteman, Mercantile Bank of Iran and Holland*. Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos – Irán, Laudo No. 141-7-2, de fecha 22/06/1984, 6 Iran – US CTR. Texto disponible en la página web: <http://www.trans-lex.org/231000> [Fecha de visita: 03/06/2011].

internacional de Teherán. Unos años antes de que surgiera la controversia, a los fines de canalizar la participación de los inversionistas foráneos, se constituyó un *joint venture* con una compañía iraní (Aziz Farman Farmaian and Associates-AFFA) denominado TAMS – AFFA. A su vez, el *joint venture* TAMS – AFFA celebró el contrato de inversión con la Organización de Aviación Civil de Irán.

Al estallar la Revolución Iraní, en 1979, el proyecto del aeropuerto se detuvo casi por completo. Las autoridades iraníes (en particular, la agencia estatal para la planificación y presupuesto), en atención a una legislación local sobre protección y desarrollo de la industria, nombró un gerente temporal a AFFA. Sus funciones causaron mucha confusión, toda vez que era complicado distinguir si era sólo para AFFA o para el *joint venture* TAMS – AFFA. Posteriormente, se aclaró que el gerente desempeñaría funciones en ambas, con capacidad para manejar cuentas bancarias y dictaminar decisiones sin consultar a los inversionistas foráneos.

Ante la situación, TAMS nombró unos representantes quienes trataron de rectificar varias controversias suscitadas con las autoridades iraníes, hasta el momento en que tuvieron que abandonar el país. Luego de este incidente, los inversores perdieron todo tipo de comunicación con el *joint venture*, a pesar de los numerosos intentos para obtener información. Cabe destacar que, durante el procedimiento arbitral, se demostró que TAMS-AFFA continuó operando en su mínima expresión, pero bajo el control de las autoridades gubernamentales iraníes.

El Tribunal Arbitral concluyó que los demandantes habían sido sujetos a una expropiación indirecta por parte de Irán, toda vez que las medidas adoptadas por las autoridades afectaron a su Derecho de propiedad, al ser privados de sus intereses patrimoniales en el *joint venture*:

“The Tribunal prefers the term ‘deprivation’ to the term ‘taking’, although they are largely synonymous, because the latter may be understood to imply that the Government has acquired something of value, which is not required. A deprivation or taking of property may occur under International Law through interference by a State in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected”⁴⁴³.

⁴⁴³ *Tippetts y otros v. Irán...*, cit., p. 225.

Otro ejemplo más reciente de expropiaciones indirectas lo constituye el asunto *Waste Management, Inc. v. México* (2004)⁴⁴⁴. En este caso el inversionista foráneo reclamó al Estado mexicano el pago de los daños y perjuicios causados por la expropiación de su inversión, producto del incumplimiento de las entidades gubernamentales de las obligaciones contractuales derivadas de la concesión otorgada previamente para el servicio de tratamiento de aguas servidas en Acapulco, Estado de Guerrero. El Tribunal Arbitral efectuó una distinción de las expropiaciones indirectas respecto a las directas, en atención al artículo 1110 TLCAN. En concreto, respecto a éstas últimas señaló:

*“An indirect expropriation is still a taking of property. By contrast, where a measure tantamount to an expropriation is alleged, there may have been no actual transfer, taking or loss of property by any other person or entity, but rather an effect on property which makes formal distinctions of ownership irrelevant”*⁴⁴⁵.

El razonamiento de los Tribunales en ambos casos coincide en afirmar la existencia de ciertas medidas gubernamentales por las cuales el Estado receptor despoja de alguna manera al inversionista del uso o del goce de los beneficios producto de los Derechos patrimoniales de la inversión. Esta situación constituye un aspecto que han introducido los distintos convenios regionales y bilaterales en los artículos referentes a la expropiación, tal como analizamos a continuación. Por lo pronto, debemos tener presente que, en principio, puede existir una expropiación indirecta cuando una medida o un acto gubernamental (de acción o de omisión) de alguna manera ‘prive’ al inversor de su inversión, sin que pierda, al menos formalmente hablando, el título legal que lo acredite como propietario.

2.1. Soluciones convencionales

Distintas soluciones convencionales respecto a las expropiaciones indirectas se han elaborado durante las últimas décadas. Así, el artículo 1110 de TLCAN expresa la prohibición de los Estados contratantes de nacionalizar o expropiar una inversión directa o indirectamente. En tanto que el artículo VI del Protocolo de Colonia, en el marco de MERCOSUR, señala que ninguna de las partes *“tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversiones*

⁴⁴⁴ *Waste Management, Inc. v. México*. Caso ARB (AF)/00/3, laudo arbitral de fecha 30/04/2004. Texto original disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 05/05/2011].

⁴⁴⁵ *Waste Management v. México...*, *cit.*, párrafo 143.

de otra parte contratante”. Previsiones similares contenidas en instrumentos convencionales de corte regional que vinculan las expropiaciones indirectas como medidas cuyos efectos son parecidos a las expropiaciones directas se encuentran consagradas en los artículos 13.1 del TCE y VI del ASEAN⁴⁴⁶.

Ahora bien, en sede convencional bilateral y, especialmente, en los instrumentos modelo desarrollados por Francia, Alemania, Canadá y Estados Unidos las soluciones varían sensiblemente. Por un lado, los APPRI Modelos de Alemania y Francia indican, en sus artículos 4 y 5 respectivamente, que las inversiones realizadas por inversionistas nacionales de los Estados parte no podrán ser directa o indirectamente expropiadas. El APPRI alemán agrega la prohibición de dictar medidas que tenga los efectos equivalentes a los de una expropiación o una nacionalización⁴⁴⁷.

Por otro, los APPRI Modelos de Canadá y Estados Unidos junto al CAFTA-Dr contienen una regulación mucho más exhaustiva que el resto de los convenios regionales y APPRI citados. En este sentido, se expresa la prohibición a los Estados de expropiar o nacionalizar una inversión bajo el amparo de la protección de cada convenio o de dictar medidas cuyos efectos sean equivalentes a una expropiación o una nacionalización. Hasta aquí podríamos decir que la solución es similar al resto de los instrumentos analizados. Sin embargo, y a diferencia de los demás, éstos últimos contienen una serie de anexos que interpretan y amplían esta previsión. Nos referimos a los Anexos B, B-13 y 10-7 de los APPRI Modelos de Estados Unidos y Canadá⁴⁴⁸, así como el CAFTA-Dr, respectivamente. Veamos:

⁴⁴⁶ El artículo 13.1 del TCE indica: “1. *Investments of investors of a Contracting Party in the area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as expropriation)*” (subrayado nuestro). En tanto que, el artículo VI.1 de ASEAN señala: “*Investment of nationals or companies of any Contracting Party shall not be subject to expropriation nationalisation or any measure equivalent thereto...*” (subrayado nuestro).

⁴⁴⁷ El artículo 5.2 del APPRI Modelo de Francia expresa: “*Neither Contracting Party shall take any measures of expropriation or nationalization or any other measures having the effect of dispossession, direct or indirect, of nationals or companies of the other Contracting Party of their investments...*” (subrayado nuestro), en tanto que el artículo 4.2 del APPRI Modelo de Alemania indica: “*Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting State except for the public benefit and against compensation*” (subrayado nuestro).

⁴⁴⁸ Debemos destacar en este sentido que, en fechas recientes, han sido concluidos dos APPRI, uno, entre Estados Unidos y Uruguay (01/11/2006) y, otro, entre Canadá y Perú (20/06/2007), ambos inspirados en las previsiones contenidas en los APPRI Modelo de Estados Unidos y

1) Todos los Anexos distinguen, en primer lugar, una expropiación directa de una indirecta sobre la base de la existencia de una transferencia formal de la propiedad del inversionista al Estado. Las expropiaciones indirectas parten del supuesto de la ausencia del referido traspaso pero sus efectos sobre la inversión son equivalentes a las directas.

2) En segundo lugar, dichos Anexos indican que la identificación de una acción gubernamental o una serie de acciones como una expropiación indirecta implica la tarea de examinar los supuestos fácticos de cada caso. Y, para cumplir con este cometido, se invita a considerar el impacto económico, la interferencia y el carácter de la acción estatal.

3) Finalmente, en tercer lugar, los Anexos aclaran que ciertas medidas regulatorias, no discriminatorias, que dicten los Estados para proteger el orden público (como la salud, la seguridad y el medio ambiente) no pueden configurarse como expropiaciones indirectas.

En definitiva podemos afirmar que las expropiaciones indirectas constituyen medidas de acción o de omisión dictadas por los Estados receptores, cuyos efectos causan un detrimento importante en la inversión foránea, al punto de privar a los inversionistas de los beneficios que ésta produce. Desde el punto de vista convencional, se puede apreciar en sus soluciones dos grandes tendencias. La primera, contenida en el Protocolo de Colonia, el ASEAN, el TCE⁴⁴⁹ y los APPRIS Modelos de Francia y Alemania, sencillamente enuncia el deber de los Estados parte de no expropiar directamente ni a través de alguna medida gubernamental que tenga efectos equivalentes a una nacionalización o una expropiación.

Ahora bien, la segunda tendencia resulta bastante más detallada toda vez que distingue las expropiaciones indirectas y las directas en función de la

Canadá, respectivamente. Ambos textos se encuentran disponibles en: http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/Uruguay_BIT.asp y <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/index.aspx#contact> [Fecha de visita: 10/06/2011].

⁴⁴⁹ Véase al respecto: A.A.V.V., *Expropriation regime under the Energy Charter Treaty*. Energy Charter Secretariat, Brussels, 2012. Texto disponible en: <http://www.encharter.org> [Fecha de visita: 04/04/2012].

existencia o no de un traspaso o transferencia formal de la propiedad del inversor a manos del Estado. Tal como esgrime la serie de Anexos de CAFTA-Dr y de los APPRI Modelos de Canadá y Estados Unidos, la identificación de una expropiación indirecta está sujeta al estudio de cada caso en particular. A modo ilustrativo, enuncia como factores a considerar el impacto económico de la medida gubernamental en la inversión, la extensión de la referida medida y su carácter. Más adelante, analizamos con más detalles dichos elementos.

2.2. Tipos de expropiaciones indirectas

Una expropiación directa, tal como analizamos en el Capítulo II, alude al acto estatal a través del cual es privado un particular –inversor foráneo- del Derecho de propiedad que ejerce sobre sus bienes, Derechos e intereses de carácter patrimonial. En contraste, las expropiaciones indirectas, como lo indica el Tribunal Arbitral del caso *Suez y otros v. Argentina* (2010), corresponden muchas veces a una acción gubernamental por la que los Estados receptores reducen a los inversionistas extranjeros la capacidad de obtención de los beneficios producto de su inversión, sin que medie un acto o título formal de expropiación de la propiedad del inversor⁴⁵⁰.

De acuerdo a la doctrina -y también conforme a las soluciones convencionales revisadas en el aparte anterior- aunque tanto las expropiaciones directas e indirectas reciben el mismo tratamiento y poseen, en principio, los mismos requisitos para identificar su licitud desde el punto de vista internacional, las segundas corresponden a un concepto autónomo de las primeras⁴⁵¹. Ello obedece a que, en las expropiaciones indirectas, partimos del supuesto de la inexistencia de un título formal de transferencia de la propiedad del inversionista a favor del Estado. Nos encontramos, entonces, ante una medida estatal que podría tener efectos equivalentes a una expropiación o de una nacionalización y, para identificarla, existen una serie de criterios tales como el grado de interferencia de la medida gubernamental en la inversión, su duración, propósito y carácter.

Antes de analizar los referidos factores de identificación, debemos primero examinar los posibles tipos de expropiaciones indirectas. Aunque en la doctrina se

⁴⁵⁰ *Suez y otros v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 132.

⁴⁵¹ GONZÁLEZ DE COSSIO, F., «Medidas equivalentes a expropiación...», *cit.*, pp. 146-147.

han esgrimido varias calificaciones⁴⁵², se distingue actualmente entre, por un lado, una expropiación regulatoria, es decir, aquella causada por una acción estatal que tiene por efecto la privación del uso o goce de la inversión y, por otro, las denominadas expropiaciones constructivas (*creeping expropriation*, en inglés), que corresponden a una serie de medidas gubernamentales que, en su conjunto, también producen el mismo efecto de una expropiación directa⁴⁵³. La característica de este segundo tipo de expropiación indirecta es que las acciones estatales que, en su conjunto, la constituyen, van poco a poco ocasionando detrimentos en los intereses patrimoniales del inversor, al punto tal de perderlos⁴⁵⁴.

Respecto a estos dos tipos de expropiaciones indirectas, la doctrina advierte sobre el cuidado que debe tener el operador jurídico en cuanto al análisis y la distinción de una u otra. Ello obedece a que resulta muy complicado trazar una línea divisoria entre ellas⁴⁵⁵. Los efectos entre una expropiación indirecta de carácter regulatoria y otra de orden constructiva son muy similares, toda vez que ambas tienen injerencia directa en la inversión foránea, en la capacidad económica del inversor y en sus legítimas expectativas de obtener beneficios de ésta⁴⁵⁶.

A modo ilustrativo, una expropiación indirecta de carácter regulatorio se configuró en el asunto *Metalclad v. México* (2000), toda vez que la negativa de las autoridades mexicanas de otorgarle el permiso de operación al inversionista estadounidense, sin justificación alguna y al que previamente le habían asegurado

⁴⁵² Al respecto, el estudio de la OCED indica: “*The measures taken by the State have a similar effect to expropriation or nationalization and are generally termed indirect, creeping or de facto expropriation or measure tantamount expropriation*”. YANNACA-SMALL, C., «“Indirect expropriation” and the “right to regulate...”», *cit.*, p. 4.

⁴⁵³ GONZÁLEZ DE COSSIO, F., «Medidas equivalentes a expropiación...», *cit.*, p. 159; MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, *cit.*, p. 293; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje...», *cit.*, pp. 27-28. En el caso *Tippetts y otros v. Irán*, el Tribunal Arbitral señaló: “... *creeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property*”. Véase *Tippetts y otros v. Irán...*, *cit.*, pp. 226 y ss.

⁴⁵⁴ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, *cit.*, p. 368.

⁴⁵⁵ MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, *cit.*, p. 295. Al respecto Fernández Masía, expone: “*Todas las medidas distintas a la expropiación indirecta se consideran como indirecta dada la similitud en cuanto a sus efectos, aunque no por ello dejen de examinarse las específicas cuestiones que se plantean en relación con algunas de ellas*”. FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje...», *cit.*, p. 29. Véase también HOFFMAN, A., «Indirect Expropriation», en: *Standards of investment protection*. 1º ed., Oxford – New York, Oxford University Press, 2008, p. 153.

⁴⁵⁶ GONZÁLEZ DE COSSIO, F., «Medidas equivalentes a expropiación...», *cit.*, p. 163.

que obtendría, tuvo como efecto la privación simulada de su Derecho de propiedad sobre el confinamiento que había construido.

Por su parte, el asunto *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana* (1989) corresponde a un ejemplo de una expropiación constructiva. En este caso, el demandante de nacionalidad siria había pactado junto al Centro de Inversiones de Ghana la construcción de un complejo hotelero. Los problemas comenzaron cuando las autoridades ghanesas ordenaron el cese de las obras de construcción, así como también la demolición parcial de construido. A estas medidas, le siguieron el arresto y la deportación del inversionista del país. El Tribunal Arbitral señaló que todas estas acciones, en su conjunto, ocasionaron la expropiación de los Derechos del inversionista en el proyecto hotelero⁴⁵⁷.

Ahora bien, además de estos dos tipos de expropiaciones indirectas, se ha intentado distinguir entre las expropiaciones indirectas, como género, y las denominadas “medidas equivalentes a una expropiación” como especies, tal como lo refieren varios APPRI y convenios multilaterales. Sin embargo, la distinción entre éstas y las expropiaciones indirectas resulta irrelevante toda vez que, en la práctica, esta diferenciación no ha tenido mayor eco⁴⁵⁸. Así, por ejemplo, en el asunto *Waste Management, Inc. v. México* (2004), el Tribunal Arbitral indicó que las medidas acompañadas de la frase “equivalentes a una nacionalización o una expropiación de una inversión” en el ámbito del TLCAN, se entiende como la prohibición de los Estados a expropiar indirectamente⁴⁵⁹.

Como lo refiere la doctrina, lejos de efectuar distinciones de esta naturaleza, lo que realmente interesa a cada Tribunal Arbitral es la identificación de una acción estatal como una expropiación indirecta. Y, en tal sentido, dicha tarea parte de la diferenciación entre las medidas regulatorias legítimas, es decir, las que resultan del válido ejercicio del poder regulatorio de los Estados en pro de la consecución de fines de interés general como la salud pública o la protección del medio ambiente, y las que producen el efecto similar a una expropiación, sin compensación⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana*, Laudo Arbitral de fecha 27/10/1989, párrafo 209. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 15/07/2011]

⁴⁵⁸ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 298. Véase, en este sentido, IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación...*, cit., pp. 250-256.

⁴⁵⁹ *Waste Management, Inc. v. México*, cit., párrafo 144.

⁴⁶⁰ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 300.

Este razonamiento es expuesto en el asunto *Tecmed v. México* (2003). Aunque hemos descrito brevemente en el Capítulo II este proceso arbitral, debemos recordar que se trató de la reclamación de un inversor estadounidense contra el Estado anfitrión por la expropiación indirecta de su inversión en un confinamiento de desechos tóxicos en Hermosillo, Estado de Sonora, México. En este asunto, el Tribunal Arbitral indicó:

*“Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación”*⁴⁶¹.

En definitiva podemos afirmar que las expropiaciones indirectas corresponden a un concepto autónomo y distinto al de las expropiaciones directas. Las indirectas responden a medidas estatales que causan un detrimento importante en el valor económico de la inversión foránea, sin que medie un título formal de privación del Derecho de propiedad, al punto de resultar privado el inversionista del uso y goce de los beneficios que ésta puede producirle, y sin la recepción de una compensación ofrecida por el Estado receptor.

En sede convencional, el TLCAN, el Protocolo de Colonia, el TCE, el ASEAN y los APPRI Modelos de Alemania y Francia sencillamente se limitan a expresar la prohibición a que se someten los Estados contratantes de expropiar en forma indirecta la inversión foránea. Sin embargo, una previsión muy detallada está contenida tanto en CAFTA-Dr como en los APPRI Modelos de Canadá y Estados Unidos. En ellos, se parte de la distinción entre una expropiación directa y otra indirecta por la existencia o no de un título formal de carácter legal que prive al inversionista de su Derecho de propiedad sobre la inversión. Y a ello, se agregan los factores de identificación de una expropiación indirecta, además de la distinción entre ésta y una medida regulatoria legítima.

Asimismo, la doctrina ha ido modelando una relación género - especie entre las expropiaciones indirectas y sus dos grandes tipos. Siendo las expropiaciones indirectas el género, le siguen dos especies: las expropiaciones regulatorias propiamente dichas, que causan un perjuicio importante en la inversión foránea por causa de una acción u omisión estatal y, las expropiaciones constructivas, que

⁴⁶¹ *Tecmed v. México...*, *cit.*, párrafo 114.

constituyen una serie de medidas gubernamentales que, analizadas en su conjunto, producen el efecto de una expropiación directa.

En la práctica, las expropiaciones indirectas se han convertido en un verdadero dolor de cabeza para los Tribunales Arbitrales, toda vez que deben distinguir entre una medida regulatoria legítima, que realmente tiene como objetivo la protección del interés general, de otra que no lo sea y que cause un impacto económico importante en la inversión foránea. Y, en este sentido, debemos analizar los distintos elementos o factores que se han esgrimido en sede convencional, en la doctrina y en la interpretación que sobre ellos se ha hecho en la práctica. Estudiamos, a continuación, dichos elementos.

3. IDENTIFICACIÓN DE UNA MEDIDA GUBERNAMENTAL COMO EXPROPIACIÓN INDIRECTA: ¿ES POSIBLE?

La determinación de si, efectivamente, ocurrió una expropiación indirecta en un supuesto de reclamación de un inversor foráneo contra un Estado receptor, constituye una ardua y muy complicada tarea para el operador jurídico. La doctrina advierte de la tremenda dificultad de dicha labor toda vez que, a diferencia de las expropiaciones directas, su análisis no corresponde al cumplimiento de los parámetros convencionales o legales de utilidad pública, debido proceso, no discriminación y pago de una compensación⁴⁶². La pregunta que debemos responder es si la medida estatal en cuestión que causa el perjuicio al inversionista ocurrió, por una parte y, por otra, si ha generado ese efecto tan adverso, sólo equivalente a una expropiación⁴⁶³.

De acuerdo al análisis convencional realizado en el aparte anterior, se evidencia que sólo los nuevos APPRI ofrecen ciertos parámetros de identificación de una expropiación indirecta tales como el impacto económico de la medida estatal sobre la inversión y la extensión de la acción gubernamental. Pero, en la mayoría de los casos, sólo se menciona, sucintamente, la prohibición de los Estados parte de no ejercer medidas que supongan los efectos de una expropiación directa o de una nacionalización.

⁴⁶² HOFFMAN, A., «Indirect Expropriation», *cit.*, pp. 151-152.

⁴⁶³ GONZÁLEZ DE COSSIO, F., «Medidas equivalentes a expropiación...», *cit.*, pp. 147-148.

Esta falta de reglas uniformes y la variedad de supuestos en esta materia conlleva al operador jurídico al análisis, caso por caso, de cada problema planteado, así como al examen de los laudos arbitrales dictados en los procedimientos de arbitrajes de inversión⁴⁶⁴. En tal sentido Hoffman señala que: “The greatest contribution to the attempts to define which pre-requisites need to be met in order to qualify certain State measures as an indirect expropriation has undoubtedly been made by the various tribunals seized with this issue”⁴⁶⁵.

A los fines de identificar los criterios más destacados estudiaremos este aspecto desde la perspectiva utilizada en la OCDE⁴⁶⁶ en su papel de trabajo sobre expropiaciones indirectas, debido a que dicho documento resume, en buena medida, gran parte de las nociones doctrinales y de laudos arbitrales al respecto. Nos referiremos, en primer lugar, al poder regulatorio de los Estados y el carácter de la medida gubernamental. En segundo lugar, analizamos el grado de interferencia de la acción estatal en la propiedad del inversor. Luego, en tercer lugar, examinamos las legítimas expectativas del inversionista foráneo como último criterio identificador de una expropiación indirecta. Finalizamos este aparte, con la aproximación del análisis de las implicaciones prácticas entre la doctrina que propugna el seguimiento de un única condición o factor identificador de las expropiaciones directas (*the sole effect doctrine*) y la que postula el estudio integral de todos los factores.

3.1. *Carácter de la medida estatal*

De acuerdo a la OCED, la importancia de este factor radica en el análisis de la medida estatal⁴⁶⁷. Este examen contempla la revisión del propósito y del carácter de la acción gubernamental, en función de los supuestos fácticos de cada

⁴⁶⁴ McLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, cit., p. 298; DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., p. 450.

⁴⁶⁵ HOFFMAN, A., «Indirect Expropriation...», cit., p. 155. La autora aclara que los laudos arbitrales tampoco ofrecen soluciones uniformes, por lo que el intérprete debe analizar cuidadosamente cada asunto planteado.

⁴⁶⁶ YANNACA-SMALL, C., «"Indirect expropriation" and the "right to regulate"...», cit., pp. 9 y ss.; SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 307; DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., pp. 96 y ss.; McLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, cit., pp. 298 y ss.; DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., pp. 450 y ss.

⁴⁶⁷ YANNACA-SMALL, C., «"Indirect expropriation" and the "right to regulate"...», cit., pp. 16-18.

asunto bajo estudio⁴⁶⁸. La doctrina, en este sentido, distingue entre las medidas estatales producto del válido ejercicio del poder regulatorio que asiste a los Estados y, por otro, aquellas que, siendo también producto de dicha potestad soberana, generan perjuicios al inversor (expropiación indirecta).

Las iniciativas emprendidas por organizaciones internacionales como la propia OCED y el IISS expresan la diferenciación entre las medidas regulatorias y las expropiaciones indirectas. Con relación a la OCED su Proyecto de Convención para la protección de la inversión foránea de 1967, indica en su artículo 3 la prohibición de las Partes contratantes de tomar medidas que priven directa o indirectamente la propiedad de nacionales de otra Parte contratante, a menos que se cumplan las condiciones de utilidad pública, no discriminación, debido proceso y pago de una compensación⁴⁶⁹. La explicación que ofrece el propio Proyecto sobre este artículo refiere que su ámbito de aplicación material se extiende no sólo a las expropiaciones directas, sino también las indirectas. Y, al mismo tiempo, efectúa una diferenciación entre las éstas últimas y las medidas regulatorias estatales. En particular, el documento en comentario indica lo siguiente:

“Article 3 deals with the deprivation of property. Protection against wrongful interference with its use by unreasonable or discriminatory measures is, in principle, provided by Article 1. Yet, such interference might amount to indirect deprivation. Whether it does, it will depend on its extent and duration. Though it may support to be temporary, there comes a stage at which there is no immediate prospect that the owner will be able to resume the enjoyment of his property. Thus, in particular, Article 3 is meant to cover ‘creeping nationalizations’, recently practiced by certain States. Under it, measures otherwise lawful are applied in such a way as to deprive ultimately the alien of the enjoyment or value of his property, without any specific act being identifiable as outright deprivation. As instances, may be quoted excessive or arbitrary taxation, prohibition of divided distribution coupled with compulsory loans; imposition of administrators; prohibition of dismissal of staff, refusal of access to raw materials or of essential export or import licenses”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., p. 461.

⁴⁶⁹ Artículo 3 del Proyecto de Convención sobre la Protección de la Inversión Extranjera (1967): “No Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, of his property a national of another Party, unless the following conditions are complied with: (i) the measures are taken in the public interest and under due process of law; (ii) the measures are not discriminatory or contrary to any undertaking which the former Party may have given, and, (iii) the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the property affected, shall be paid without undue delay and shall be transferable to the extent necessary to make it effective for the national entitled thereto”. Texto disponible en: <http://www.oecd.org> [Fecha de visita: 11/10/2011].

⁴⁷⁰ OCED, *Draft Convention on Protection of the Foreign Property*, Commentary of Article 3, p. 18

Esta misma prohibición de expropiar en forma directa o indirecta es planteada en el artículo 2.1. del Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversión de 1998 concluido por la misma organización internacional⁴⁷¹. La propia OCED aclara que este artículo tiene una nota interpretativa conforme a la cual se aclara la existencia de medidas de carácter regulatorio, distintas a las expropiaciones:

“The proposed article on expropriation and compensation, including an interpretative note, are also from the Chairman’s proposals on labour and environment but is meant to respond to a more general concern that the exercise of normal, non-discriminatory regulatory powers would not amount to expropriation under the MAI”⁴⁷².

Asimismo, en el Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible del IISS (2005), también se hace mención a la distinción entre las medidas regulatorias estatales. En este sentido, el artículo 8 reseña la posibilidad de que los Estados Parte puedan expropiar, directa o indirectamente, cumpliendo con las condiciones antes mencionadas de no discriminación, *causa expropriandi*, debido proceso y abono de una compensación. Sin embargo, respecto a las expropiaciones indirectas, la norma en su literal I) aclara lo siguiente:

“I) Consistent with the right of States to regulate and the customary international law principles on police powers, bona-fide, non-discriminatory regulatory measures taken by a Party that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health safety and the environment, do not constitute an indirect expropriation under this Article”.

Finalmente debemos también referir que los comentarios de la sección 712 del *Restatement Third of Foreign Relations* de Estados Unidos, concluido bajo el auspicio del *American Law Institute*, expresan también la distinción entre las medidas regulatorias y las expropiaciones indirectas. En ese sentido, los comentarios refieren:

“A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is

⁴⁷¹ El artículo 2.1. del Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversión expone: *“A Contracting Party shall not expropriate or nationalise directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure or measures having equivalent effect (hereinafter referred to as expropriation), except: a) For a purpose which is in the public interest, b) on a non – discriminatory basis, c) accompanied by payment of prompt, adequate and effective compensation (...)”.* Texto disponible en: <http://www.oecd.org> [Fecha de visita: 11/10/2011].

⁴⁷² OCDE, *Multilateral Agreement on Investment. Report by the Chairman to the Negotiating Group. Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MIA)*. Doc. DAF/MAI (98)17, de fecha 04/05/1998. Texto disponible en: <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817e.pdf> [Fecha de visita: 11/10/2011].

*commonly accepted as within the police power of the states, if it is not discriminatory (...) and is not designed to cause the alien to abandon the property to the state or sell it at distress price*⁴⁷³.

Los lineamientos planteados en las iniciativas articuladas a través de los modelos y proyectos de convención internacional que hemos citado, nos conducen a verificar, con más detalle la situación planteada entre los dos tipos de acciones estatales: las medidas regulatorias y las expropiaciones indirectas.

3.1.1. Medidas regulatorias legítimas

En un primer orden, debemos destacar que las medidas gubernamentales destinadas a mantener y preservar el bienestar social y el orden de sus ciudadanos son, *prima facie*, producto de la potestad soberana de los Estados. Ello obedece a que responden a la potestad administrativa que les acompaña, entendiendo tal potestad como el “... poder jurídico unilateral que el ordenamiento reconoce a la Administración para la satisfacción del interés general”⁴⁷⁴. Las medidas regulatorias pueden, incluso, afectar no sólo los intereses de sus nacionales sino también los de inversores extranjeros, sin que constituyan una expropiación. Así, en sede convencional, tanto el CAFTA-Dr como los Anexos de los APPRI Modelos de Canadá y Estados Unidos contemplan expresamente esta situación⁴⁷⁵.

Este tipo de medidas dictadas por los Estados en aras de proteger los intereses del colectivo se han llegado a comparar con las normas imperativas o de aplicación necesaria o inmediata que se analizan en los sistemas de DIPr de cada país⁴⁷⁶. Denominadas también como normas de aplicación necesaria o inmediata -y, también, como normas de policía-, responden al grupo de normas imperativas que son promulgadas por los Estados para brindar protección a la ciudadanía o a alguna actividad en particular, y reclaman –como su nombre lo indica– aplicación

⁴⁷³ *Restatement Third on Foreign Relations*, Sección 712, comentario g. MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, *cit.*, pp. 307-308.

⁴⁷⁴ GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 8º ed. Tecnos, Madrid, 2011, p. 58.

⁴⁷⁵ Estos instrumentos refieren, en su último aparte, la siguiente afirmación: “*Except in rare circumstances, non-discriminatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and environment, do not constitute indirect expropriation*”.

⁴⁷⁶ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación...*, *cit.*, p. 298.

inmediata tanto en situaciones internas como en los supuestos vinculados con otros ordenamientos jurídicos⁴⁷⁷.

En particular, aún cuando no existe un listado que las enumere y resulte difícil determinar cuándo se está en presencia de una de ellas, la doctrina se inclina a considerarlas incluidas en ciertas regulaciones que imponen restricciones a las actividades de importación y exportación; normas relativas al control ambiental y de protección al consumidor; limitaciones a las transacciones en moneda extranjera, como los controles de cambio, además de ciertas restricciones aplicadas en el ámbito de la libre competencia⁴⁷⁸.

Coincidimos con esta posición doctrinal de considerar las normas materiales imperativas como parte de las medidas regulatorias estatales, toda vez que las segundas pueden comprender las primeras, cuando el Estado receptor adopta las medidas para proteger en un momento determinado el medioambiente, la salud pública y la seguridad ciudadana. Asimismo, cuando crea impuestos, impone restricciones al comercio (prohibición de importación / exportación) en un momento determinado o, incluso, decreta la devaluación, cuando las condiciones cambiarias del país así lo exigen⁴⁷⁹.

Sin embargo, debemos también advertir que el ámbito material de las medidas regulatorias abarca, no sólo las medidas de aplicación necesaria o inmediata, sino también las normas de orden público internacional. Es decir, que comprendan ciertas materias que "... constituyen (...) el conjunto de principios y valores esenciales sobre los que se articula un determinado ordenamiento jurídico..."⁴⁸⁰. Dichos valores no son inmutables, ya que varían en el tiempo y, por tanto, las normas de orden público también van cambiando.

⁴⁷⁷ ROMERO, F., «La Norma de Aplicación Inmediata o Necesaria», en: Revista de la Facultad de ciencias Jurídicas y Políticas, No. 112. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 130; MAEKELT, T.B., «La Codificación Interamericana en materia de Derecho Internacional Privado en el contexto universal y regional», en: *Libro Homenaje a Haroldo Valladão*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1997, p. 173; ESPLUGUES MOTA, C. E IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho internacional privado...*, cit., p. 177; CALVO CARAVACA, A.-L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado...*, cit., pp. 227-230; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado...*, cit., pp. 121

⁴⁷⁸ ROMERO, F., «La Norma de Aplicación Inmediata o Necesaria...», cit., p. 136. Ver también: BONNEMAISON, J.L., *Instituciones y Normas de Derecho Internacional Privado. Comentarios a la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998*. Vadell Hermanos Edit., Caracas – Valencia, 2002, pp. 55-60.

⁴⁷⁹ BROWNLIE, I., *Principles of Public...*, cit., p. 532.

⁴⁸⁰ ESPLUGUES MOTA, C. E IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho internacional privado...*, cit., p. 201. Los autores aclaran que la calificación transfronteriza del orden público se refiere a su finalidad: "Se

A modo ilustrativo podríamos citar el ejemplo de una medida, dictada por un determinado Estado, de prohibición de importación de ganado bovino que se produce en otro Estado vecino por causa de una enfermedad detectada en su carne. La experticia realizada por las autoridades competentes demuestra que la enfermedad se produjo por causa de un derrame de varias toneladas de un producto químico ocurrido en una zona cercana y que afecta al referido ganado. Se ordena, en consecuencia, la prohibición del consumo de dicha carne por los efectos nocivos que ocasiona su ingesta a la salud de la colectividad. Nos preguntamos: en el supuesto que, en esta situación, un inversionista extranjero, dedicado a la fabricación de productos a base de dicha carne y su posterior exportación sufra pérdidas considerables por causa de dicha medida regulatoria: ¿Podría proceder el reclamo de un inversionista contra el Estado receptor por la medida de prohibición y exigir indemnización por las pérdidas causadas?

En principio, podríamos responder que no, toda vez que habían razones legítimas y suficientes para que las autoridades gubernamentales de dicho Estado dictaran la medida en atención al interés protegido como es la prevención y protección de la salud de la colectividad. Pero, al mismo tiempo, la situación obliga al estudio de las circunstancias del caso concreto para examinar la proporcionalidad e idoneidad de la medida en cuestión.

Si la medida estatal es producto del ejercicio del poder regulatorio de los Estados en pro del bienestar social, salud pública o la protección del medio ambiente, no podríamos calificarla en principio como expropiatoria y, consecuentemente, no cabe el deber de indemnizar al inversor foráneo, al menos, por ese hecho⁴⁸¹. En la práctica los Tribunales Arbitrales reiteran el válido ejercicio de los Estados, en atención a su potestad soberana, de ejercer actos regulatorios en la vida económica y social de sus ciudadanos, máxime en situaciones extremas que afectan el orden y la paz colectiva.

trataría, pues, de aquel conjunto de principios y valores esenciales del sistema jurídico que son susceptibles de ser extrapolados al plano internacional. Dichos valores y principios, lógicamente, coincidirían en su origen con el orden público interno, aunque como consecuencia de su proyección al tráfico jurídico externo podrían diferir de éste último, contando generalmente con una menor amplitud⁷.

⁴⁸¹ Dado que puede presentarse el supuesto por el cual el Estado demandado haya violado otro estándar convencional, según la normativa aplicable. DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 109; y, BROWNLIE, I., *Principles of Public...*, cit., p. 538.

Así, en el caso *Azurix Corp. v. Argentina* (2006), relativo al reclamo de unos inversionistas estadounidenses contra la República Argentina por la expropiación indirecta de su inversión relacionada con la distribución de agua potable y el servicio de alcantarillado en la Provincia de Buenos Aires, las partes no estaban de acuerdo en examinar las medidas tomadas por las autoridades argentinas sobre la base de su finalidad o conforme a sus efectos. El Tribunal Arbitral, aunque dictaminó que las medidas no fueron expropiatorias dado que el inversionista mantuvo el 90% de las acciones, señaló:

*“... La cuestión no es tanto si la medida de que se trata es legítima y sirve a un fin público, sino si se trata de una medida que, siendo legítima y sirviendo a un fin público, debería dar lugar a una reclamación de indemnización. En el ejercicio de su función pública, los gobiernos adoptan toda clase de medidas que pueden afectar el valor económico de las inversiones, sin que dichas medidas den lugar a la necesidad de pagar una indemnización”*⁴⁸².

Recordemos también el caso *LG&E v. Argentina*⁴⁸³, en su laudo sobre responsabilidad (2006), referido al reclamo de expropiación indirecta de los intereses y Derechos patrimoniales de un inversor estadounidense contra la República Argentina en el sector gasífero. En este asunto, el Tribunal Arbitral efectuó un interesante análisis sobre el poder regulatorio de los Estados, afirmando que:

*“Es importante distinguir el derecho del Estado de adoptar ciertas políticas con su facultad de dictar medidas expropiatorias. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos’ (...). Con respecto al poder del Estado para dictar sus políticas, se puede decir en general, que el Estado tiene el derecho de dictar medidas con un propósito social o de bienestar general. En este caso, las medidas deben aceptarse sin que sea procedente reclamo alguno por responsabilidad, salvo que se trate de una actuación del Estado manifiestamente desproporcionada con respecto a la necesidad que se trata de abordar...”*⁴⁸⁴.

⁴⁸² *Azurix v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 310.

⁴⁸³ *LG&E y otros v. Argentina*, Laudo Arbitral sobre responsabilidad de fecha 03/10/2006.

⁴⁸⁴ *LG&E y otros v. Argentina...*, *cit.*, párrafos 194 y 195.

3.1.2. Medidas regulatorias que podrían configurarse expropiaciones indirectas

En un segundo orden y, en claro contraste con el caso anterior, otro panorama se vislumbra cuando la medida regulatoria no atiende, precisamente, al bienestar social y sus efectos generan daños al inversionista foráneo. En tal sentido, se ha afirmado que “... estas medidas regulatorias, por muy loables que sean sus fines, no quedan excluidas de la posibilidad de causar un impacto económico de tal magnitud de la inversión que sea necesaria su compensación”⁴⁸⁵. Ejemplos de estas medidas lo constituyen la creación de impuestos confiscatorios o, el dictamen de una devaluación monetaria, que resulta sólo aplicable un sector de la población (siendo así discriminatoria).

Todo este planteamiento exige del operador jurídico el análisis del carácter de la medida estatal caso por caso. Si resulta discriminatoria, es decir, aplicable sólo a los inversionistas extranjeros y no a los locales; si la medida impositiva causa como efecto la confiscación de la propiedad de los sujetos pasivos de la obligación fiscal e, incluso, si no privó el criterio de proporcionalidad de la medida gubernamental respecto a los fines previstos y los efectos generados en los activos e intereses del inversor foráneo, podríamos estar en presencia de una expropiación indirecta⁴⁸⁶.

En tal sentido, la práctica arbitral nos muestra un prisma de supuestos en los cuales, a pesar del grado de discrecionalidad que le asiste a cada Tribunal Arbitral y siendo que los laudos no son siempre uniformes, cabe derivar ciertos aspectos del escrutinio realizado a las medidas estatales, tales como: la proporcionalidad de la medida, el carácter discriminatorio de la misma y el beneficio obtenido por el Estado. Nos aproximamos, a continuación, al estudio de estos tres elementos.

⁴⁸⁵ RONDÓN DE SANSÓ, H., *Aspectos jurídicos fundamentales...*, cit., p. 85 y FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje...», cit., p. 60.

⁴⁸⁶ BROWNLIE, I., *Principles of Public...*, cit., p. 532 y MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, cit., p. 307. El análisis de la OCED remite a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha expresado que los Estados pueden afectar el control de las actividades de los ciudadanos a través de restricciones, controles de renta, ordenes ambientales, leyes de exportación e importación, el control del ejercicio libre de profesiones y hasta la privación de la propiedad mediante procedimientos legales. YANNACA-SMALL, C., «“Indirect expropriation” and the “right to regulate...”», cit., pp. 16-17.

3.1.2.1. Proporcionalidad de la medida

En el arbitraje de inversión, aunque se reconoce la potestad regulatoria de los Estados, los Tribunales Arbitrales examinan la proporcionalidad entre la finalidad perseguida por la medida y los efectos que causan en la inversión⁴⁸⁷. Si el panel de árbitros considera que el objetivo de la acción gubernamental no responde al logro del bienestar social o a razones de seguridad y salud pública, es muy posible que haya ocurrido una expropiación indirecta⁴⁸⁸. Tres ejemplos ilustrativos de lo dicho pueden ser citados:

1) En primer lugar, sin lugar a dudas, uno de los casos más mencionados en materia de expropiaciones indirectas por la doctrina internacional es el asunto *Pope & Talbot v. Canadá*, en el marco de TLCAN. En su laudo arbitral de fecha 26/06/2000⁴⁸⁹, el Tribunal Arbitral analizó la postura de las autoridades canadienses al promulgar un régimen de control de exportación de madera hacia Estados Unidos. El inversionista reclamaba la expropiación indirecta de su negocio de manufactura y venta de madera blanda, por cuanto la referida medida afectaba las ventas de dicho producto que efectuaba hacia el país vecino.

Con posterioridad a los alegatos presentados por ambas partes, el Tribunal Arbitral consideró en su laudo que la medida no había causado los efectos expropiatorios alegados por el demandante, toda vez que éste había continuado controlando su inversión. Las autoridades canadienses no interrumpieron las actividades del inversor. Al contrario, continuó exportando madera hasta Estados Unidos y obtuvo beneficios por las ventas. Y, en tal sentido, ante el argumento de Canadá respecto a que el dictamen de la medida de limitación de exportación se produjo como consecuencia del ejercicio del poder regulatorio que le asiste, el Tribunal Arbitral indicó:

*“While the exercise of police powers must be analyzed with special care, the Tribunal believes that Canada’s formulation goes too far. Regulations can indeed be exercised in a way that would constitute creeping expropriation (...). Much creeping expropriation could be conducted by regulation and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protections against expropriation”*⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje...», *cit.*, pp. 60-61.

⁴⁸⁸ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, *cit.*, pp. 463-464.

⁴⁸⁹ *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*. Laudo Arbitral parcial de fecha 26/06/2000. Texto disponible en: <http://www.naftaclaims.com> [Fecha de visita: 08/06/2011]

⁴⁹⁰ *Pope & Talbot v. Canada...*, *cit.*, párrafo 99.

2) En segundo lugar, otro asunto relativo a la problemática de las expropiaciones indirectas y que resulta muy discutido por la doctrina y la práctica arbitral es el caso *Tecmed v. México* (2003), relativo al reclamo del inversionista español por el dictamen de ciertas medidas por parte de las autoridades gubernamentales mexicanas que afectaron a la normal operación de un almacenamiento de desechos tóxicos en Hermosillo, Estado de Sonora, México.

Tal como nos referimos en el Capítulo II de este trabajo⁴⁹¹, el inversionista había adquirido un inmueble destinado a dicho almacenamiento así como otros activos por medio de subasta pública convocada por una autoridad pública descentralizada (Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo, Estado de Sonora, México). Se requería de una autorización gubernamental para poder operar el referido confinamiento. En lugar de otorgarle un permiso de duración indeterminada, le concedieron una autorización renovable cada año. Cada prórroga estaba sujeta a la aprobación del Instituto Nacional de Ecología (INE).

Los problemas más graves comenzaron cuando Tecmed, en 1998, solicitó la prórroga de la autorización para poder continuar sus actividades y el INE rechazó la petición argumentando razones de incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandante. A los efectos de examinar la medida estatal de no renovación de la licencia de funcionamiento, el Tribunal Arbitral destacó la necesidad de efectuar un ejercicio de valoración y proporcionalidad entre el fin perseguido por la Resolución que no concedió la renovación de la autorización y los efectos que ella ha causado en la inversión de los ciudadanos estadounidenses.

El panel de árbitros consideró la existencia de una expropiación indirecta toda vez que la Resolución no atendía al cumplimiento de un objetivo específico como atender la necesidad pública, mantener la seguridad ciudadana o proteger el medioambiente, sino que respondió a presiones políticas y protestas sociales, en las que nada tuvo que ver el inversor. Ello causó un enorme detrimento en la inversión realizada, sin que hubiera sido compensado:

“... El Tribunal Arbitral estima apropiado considerar, para determinar (...) la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su

⁴⁹¹ Vid Capítulo II, punto 2.3.3.1. referido al debido proceso y el estándar del trato justo y equitativo.

*inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad. Si bien ese análisis tiene como punto de partida la necesaria deferencia debida al Estado al definir las razones de interés o utilidad pública en que funda su actuación y las formas bajo las que ésta habrá de concretarse, ello no impide, sin negar tal definición o poner en tela de juicio tal deferencia, juzgar la actuación del Estado a los efectos del artículo 5(1) del Acuerdo sobre la base de su razonabilidad en relación con el fin perseguido, la privación económica causada, y las expectativas legítimas de quién lo sufrió*⁴⁹².

3) Finalmente, en tercer lugar, citamos el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.; Vivendi Universal, S.A. y AWG Group v. Argentina* (2010)⁴⁹³. Este asunto se relacionó con el reclamo de unos inversionistas británicos, franceses y españoles por la pérdida de su inversión en Argentina y, en particular, por sus acciones en una concesionaria constituida con el propósito de ofrecer el servicio de distribución de agua en la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, mediante el otorgamiento de una licencia de 30 años.

A los fines de cumplir con los términos y condiciones de la misma, los inversionistas buscaron financiamiento externo (y, en especial, de entidades multilaterales) para mejorar las condiciones de infraestructura. En dicha licencia se acordó que las tarifas vendrían ajustadas conforme a la inflación y, con los beneficios obtenidos del servicio de distribución de agua se sufragarían sus gastos de operación y desarrollo.

Durante la crisis económica severa que vivió Argentina entre los años 2001 y 2003, primero se dictó una ley que impuso un impuesto a las transacciones bancarias, lo que encareció los costos de operación. Los inversionistas solicitaron a las autoridades la revisión de las tarifas pero no hubo entendimiento. Luego, fueron promulgadas la Ley 1570/01 del 3/12/2001 y la Ley de Emergencia No. 25.561, de fecha 6/01/2002, las cuales, respectivamente, limitaron los montos de reintegro de dinero en las entidades bancarias; se abolió tanto el sistema de paridad cambiaria como el ajuste de precios de los servicios públicos, además de autorizar al Ejecutivo a renegociar todos los contratos relacionados con éstos. Luego de varios intentos las partes no llegaron a ningún acuerdo.

El Tribunal Arbitral, al analizar la situación planteada, examinó las medidas dictadas por las autoridades argentinas a los fines de determinar si existió o no la expropiación indirecta alegada por los demandantes. Y, en ese orden de

⁴⁹² *Tecmed v. México...*, cit., párrafo 122.

⁴⁹³ *Suez y otros v. Argentina*, Laudo Arbitral sobre Responsabilidad de fecha 30/07/2010.

ideas, estudió el alcance general de las leyes regulatorias dictadas para afrontar la crisis. En tal sentido y en primer orden, el panel de árbitros consideró que, si bien estas medidas complicaron la operación de la inversión y redujeron su rentabilidad, los inversionistas mantuvieron la posesión y el control de sus acciones e intereses en la concesionaria. Luego, en un segundo orden, el Tribunal Arbitral reconoció la facultad legítima de los Estados de ejercer su poder regulatorio, y señaló que dada la grave crisis que enfrentaba la República, las medidas generales dictadas fueron realizadas con el objetivo de mantener el orden en el país. No obstante lo anterior, sus efectos no implicaron para el inversionista foráneo una permanente y sustancial privación de la inversión a los demandantes.

En resumen, es de señalar que no toda medida regulatoria conduce necesariamente a una expropiación indirecta, como lo advierte el Tribunal Arbitral del caso *Pope & Talbot*, toda vez que hay que revisar la medida en concreto, el momento en que se dicta y los objetivos que se pretendieron alcanzar con ella. En tal sentido, a los efectos de examinar el aspecto relativo a la proporcionalidad de una medida gubernamental, tal como nos refiere el caso *Tecmed*, el operador jurídico debe identificar cuál es la exigencia del interés público que pretende tutelar el Estado con su acción y en qué medida ella protege los intereses de los inversionistas foráneos. La práctica nos revela supuestos en los cuales se entiende que prevalece el interés público sobre el del inversor extranjero, como ocurrió en el caso *Suez y otros*. Mientras que, en otros, se considera lo contrario, como ilustra el asunto *Tecmed*.

3.1.2.2. De las medidas discriminatorias, no transparentes o abusivas

Otro de los aspectos del escrutinio realizado por los Tribunales Arbitrales se refiere a que la medida gubernamental dictada no haya sido discriminatoria al aplicarse sólo a un determinado grupo de personas o de sectores y no al resto del colectivo. Máxime cuando -como acabamos de analizar- por su naturaleza la medida regulatoria debe atender al interés y al bienestar general⁴⁹⁴. Mención especial debemos hacer cuando estos actos no resultan transparentes, así como también en aquellos supuestos cuando es dictada una medida impositiva excesivamente onerosa para los contribuyentes.

⁴⁹⁴ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, pp. 315-316.

En todos estos casos, se trata de un análisis muy similar al realizado respecto a la finalidad de la misma pero que, en esta ocasión, se centra primordialmente en el ámbito de aplicación de las medidas estatales. Esclarecedores al respecto resultan las decisiones alcanzadas en los casos *Methanex v. México* (respecto a la discriminación) y *Metalclad v. México* (respecto a la falta de transparencia), así como los asuntos *RosInvestCo UK v. Rusia*, *Occidental v. Ecuador* y *Encana v. Ecuador* (respecto al aspecto fiscal).

1) En el primeo de los asuntos apuntados *Methanex Corp. v. Estados Unidos* (2005)⁴⁹⁵, dictado en el marco del ámbito de TLCAN, se ventiló el reclamo de un inversor canadiense por la expropiación indirecta de su negocio, producto de la medida legislativa dictada en el Estado de California, Estados Unidos, que prohibió el uso de un aditivo de gasolina, cuyo ingrediente (metanol) fabricaba este inversionista. El demandante argumentó que la referida medida había sido dictada con el objetivo de perjudicar a los productores foráneos de metanol.

El Tribunal Arbitral rechazó la petición del demandante, toda vez que consideró que la medida gubernamental dictada atendió al poder regulatorio que le asiste a la Administración con el objetivo de proteger el medio ambiente y la salud pública de los ciudadanos de dicho Estado. Se entendió igualmente que tampoco una medida de carácter discriminatoria, dado que el ámbito de aplicación personal del instrumento legislativo se extendió tanto a nacionales como extranjeros, siendo personas físicas o jurídicas.

2) En segundo lugar, un ejemplo de falta de transparencia de la medida gubernamental dictada lo constituyó la denegación por parte de las autoridades regionales del permiso de operación del confinamiento del inversor estadounidense en México, aún conociendo que las autoridades federales ya le habían aprobado el proyecto de inversión. Nos referimos al asunto *Metalclad v. México* (2000), que hemos ya citado varias veces en nuestro trabajo. Al respecto, el Tribunal Arbitral indicó que:

“... Las medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio

⁴⁹⁵ *Methanex v. Estados Unidos*. Laudo Arbitral de fecha 21/10/2005.

*emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta*⁴⁹⁶.

3) En tercer lugar en nuestro listado y referido específicamente a las medidas fiscales, resulta muy ilustrativo el asunto *Occidental v. Ecuador* (2004), relativo a la demanda presentada por un inversionista estadounidense contra la República ecuatoriana por la negativa de las autoridades de dicho país de devolverle el impuesto al valor agregado causado por transacciones realizadas en su territorio con motivo del contrato de participación petrolera celebrado previamente con entes del Estado anfitrión⁴⁹⁷. El demandante alegó en apoyo de su solicitud que dicha medida produjo la expropiación indirecta de su inversión, a lo cual el Tribunal Arbitral, aunque declaró sin lugar su pretensión y, consecuentemente, la inexistencia de la expropiación, indicó:

*“Expropriation need not involved the transfer of title to a given property, which was the distinctive feature of traditional expropriation under International Law. It may of course affect the economic value of an investment. Taxes can result in expropriation as can other types of measure”*⁴⁹⁸.

4) En este orden de ideas y en cuarto lugar, en el asunto *Encana v. Ecuador* (2004), relacionado con el mismo pedimento que el caso anterior pero por parte de otra operadora estadounidense, el Tribunal Arbitral analizó con detalle el supuesto en el cual una medida fiscal puede resultar una expropiación indirecta⁴⁹⁹. Y, en tal sentido expresó:

“Las inversiones extranjeras están sujetas a impuestos y gravámenes impuestos por el Estado anfitrión. En ausencia de un acuerdo específico del Estado, el inversor extranjero no tiene ningún derecho ni expectativa legítima de que el régimen fiscal no cambie durante el periodo de la inversión. Por su naturaleza, toda fiscalidad reduce los beneficios económicos que una empresa obtiene de la inversión. Sólo en casos extremos, los efectos de un impuesto de incidencia general podrían ser considerados como equivalentes a una expropiación (...).

Desde una perspectiva de expropiación, la fiscalidad se encuentra en una categoría especial. En principio, una ley tributaria crea una nueva responsabilidad fiscal sobre una determinada categoría de personas para que paguen dinero al Estado con respecto a una serie de categoría de transacciones definidas, cuyo producto esté previsto para uso público. Per se, la ley no equivale a tomar una propiedad. Si fuere así, una prerrogativa fiscal universal estaría denegada por una

⁴⁹⁶ *Metalclad v. México...*, cit., párrafo 107.

⁴⁹⁷ *Occidental v. Ecuador*. Laudo Arbitral de fecha 01/07/2004.

⁴⁹⁸ *Occidental v. Ecuador...*, cit., párrafo 85.

⁴⁹⁹ *Encana v. Ecuador*. Laudo Arbitral de fecha 03/02/2006.

*garantía contra la expropiación. Sólo si una ley tributaria es extraordinaria, si su cuantía es punitiva o su incidencia es arbitraria, en esos casos podría alegarse expropiación indirecta*⁵⁰⁰.

5) Finalmente, en quinto lugar, en el reciente laudo del asunto que resolvió el asunto *RosInvestCo UK, Ltd. v. Rusia* (2010)⁵⁰¹, el Tribunal Arbitral también examinó las medidas dictadas por el Estado receptor. Este caso se relacionó con el reclamo de un inversionista estadounidense contra las autoridades rusas por la expropiación de sus acciones en la compañía petrolera Yukos, a través de una serie de acciones ejecutadas por éstas últimas. El Tribunal Arbitral determinó que, con tales acciones, Rusia sí había ejecutado la expropiación de los Derechos patrimoniales del inversor.

Uno de los argumentos expresados por la demandada en este litigio para fundamentar sus acciones contra la demandante, era que ésta última se había aprovechado del régimen fiscal menor impuesto en algunas zonas deprimidas del país para potenciar su desarrollo económico, para crear subsidiarias y filiales y efectuar compra ventas simuladas. Debido a estas operaciones Yukos obtenía una fuente de ingresos adicional, pagando impuestos muy bajos y, por tanto, debía entenderse que había actuado en fraude a la ley. El panel de árbitros rechazó dicho alegato:

“It is undisputed that States have wide latitude in imposing and enforcing taxation laws even if resulting in substantial deprivation. The only question is whether respondent’s measures can be justified as falling within this latitude of discretion (...)

*The normal application of domestic tax law in the Host State cannot be seen as an expropriatory act. On the other hand, it is generally accepted that the mere fact that measures by the host state are taken in the form of application and enforcement of tax law, does not prevent a Tribunal from examining whether this conduct of the host state must be considered, under applicable BIT or other international treaties on investment protection, as an abuse of tax law to, in fact, enact an expropriation*⁵⁰².

Los casos analizados patentizan el hecho de que los paneles de árbitros tienden a reiterar en el análisis de varias cuestiones a la hora de determinar la existencia –o no– de una expropiación indirecta. De alguna manera, existen pautas de comportamiento que tienden a repetirse. En este sentido, y como primera, los Tribunales Arbitrales analizan las medidas gubernamentales en atención al

⁵⁰⁰ *Encana v. Ecuador...*, *cit.*, párrafos 173 y 177.

⁵⁰¹ *RosInvestCo UK, Ltd. v. Rusia*. Laudo Arbitral de fecha 12/09/2010. Caso No. SCC Arbitration V 079/2005. Texto disponible en: <http://www.ita.law.uvic.ca> [Fecha de visita: 05/05/2011].

⁵⁰² *RosInvestCo v. Rusia...*, *cit.*, párrafos 574 y 628.

cumplimiento o no de los parámetros expuestos en los convenios internacionales en materia de promoción y protección de inversiones, tal como lo demuestra el caso *RosInvestCo UK*.

En segundo término, debemos indicar que una medida estatal que atienda a finalidades públicas no le acompaña, necesariamente, el deber de reparar a quienes resulten perjudicados por ella (incluidos los inversionistas foráneos). Si la medida no es discriminatoria, tal como ocurrió en el caso *Methanex*, no puede esgrimirse la existencia de una expropiación indirecta y su consecuente indemnización.

Y, en tercer término, para que una medida estatal configure una expropiación de este tipo se requiere que sea manifiestamente desproporcionada, como lo formularon los Tribunales Arbitrales de los casos *LG&E* y *Tecmed*. Es decir, que no exista coordinación entre la finalidad perseguida por el Estado y los efectos causados. En el asunto *Metalclad*, se evidenció la falta de transparencia de las autoridades mexicanas en la no concesión del permiso de funcionamiento del confinamiento, propiedad del inversionista. Asimismo, en el ámbito fiscal, como se afirmó en los casos *Encana* y *Occidental*, sólo si la medida impositiva promulgada por el Estado constriñe al inversor extranjero al punto de generar la pérdida de toda su inversión, resulta una expropiación indirecta. En esos dos asuntos no se demostró la incidencia de resolución de no devolver el Impuesto al Valor Agregado en la inversión, mientras que en el caso *RosInvestCo UK v. Rusia*, los efectos fueron devastadores.

3.1.2.3. Beneficio obtenido por el Estado receptor

Junto al parámetro relativo a la proporcionalidad de la medida regulatoria - que atiende a la coordinación que debe existir entre la causa que la motiva y los efectos que se logran a través de ella-, y del principio de no discriminación -a los fines de cumplir con el objetivo de proteger el interés colectivo que pretende ser tutelado-, existe otro factor de distinción entre una medida regulatoria legítima de la que no lo es. Dicho elemento se refiere al estudio del beneficio económico que obtiene el Estado receptor con el dictamen de este tipo de regulaciones.

Como hemos señalado en este Trabajo, el efecto inmediato de una expropiación directa es la privación del Derecho de propiedad que venía

ejerciendo el inversionista foráneo sobre sus activos e intereses patrimoniales, los cuales pasan a manos del Estado o de entes de su propiedad. Ahora bien, en el supuesto de una expropiación indirecta, aunque formalmente hablando no existe un título que expresamente transfiera el Derecho de propiedad al Estado, se producen efectos equivalentes a su privación como consecuencia de la implementación de una medida regulatoria que impide al inversionista controlar su inversión. Pero, en el caso de una medida regulatoria legítima, nos preguntamos: ¿puede el Estado percibir alguna utilidad por su dictamen?

La doctrina, en este sentido, opina que el Estado receptor no debería obtener ningún beneficio económico con el dictamen de una regulación que tenga como objetivo proteger intereses de la colectividad -por ejemplo, en materia medioambiental o en el área de la salud pública- toda vez que dicho beneficio, "...se traduce en evitar un uso de la propiedad altamente perjudicial para la sociedad"⁵⁰³. No obstante lo anterior, aunque se acepta, en estos supuestos, la inexistencia de beneficio al Estado receptor, también se ha llegado a considerar que este elemento no es un criterio definitivo para identificar si la medida regulatoria podría configurar una expropiación indirecta⁵⁰⁴.

La práctica, en este sentido, es muy variable y, a fin de cuentas, la valoración de este factor como parámetro identificador de una medida expropiatoria indirecta depende mucho de la discrecionalidad de cada Tribunal Arbitral, toda vez que su decisión depende del análisis de los elementos fácticos y de las fuentes aplicables del supuesto en examen. Nos aproximamos, a continuación, a tres ejemplos ilustrativos al respecto:

1) En primer lugar, debemos citar el caso *Metalclad v. México* (2000). Como ya hemos señalado, en este arbitraje se ventiló el reclamo de un inversionista estadounidense quien, luego de haber construido un almacenamiento de desechos tóxicos, las autoridades municipales del lugar le negó el permiso de operación. En referencia a la utilidad o beneficio obtenido por el Estado de la inversión foránea producto de la expropiación indirecta, el Tribunal Arbitral señaló:

"... La expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia

⁵⁰³ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación...*, cit., p. 300.

⁵⁰⁴ FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje...», cit., p. 64 y HOFFMAN, A., «Indirect Expropriation...», cit., p. 160.

*formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor*⁵⁰⁵.

2) En segundo lugar, citamos el asunto *Señor Eudoro A. Olgún v. Paraguay* (2001)⁵⁰⁶. Este litigio se inició por el reclamo del inversor de nacionalidad peruana contra el Estado de Paraguay, por el impago de unos títulos de inversión adquiridos previamente en una entidad bancaria paraguaya –con cuya utilidad pretendía emprender un negocio de fabricación y distribución de alimentos en el país receptor- y que perdió por causa de la crisis financiera que dicho país atravesó en el año 1995.

Aunque todos los inversionistas –y entre ellos, el demandante– pudieron recuperar parte de la inversión realizada a través de esos instrumentos financieros, el inversor peruano reclamaba la expropiación indirecta de su inversión por las medidas adoptadas por las autoridades paraguayas. El Tribunal Arbitral declaró sin lugar el alegato del demandante, argumentando, entre otras razones, que el Estado del Paraguay no se apropió de la inversión realizada por el inversionista. Y, afirmó, lo siguiente:

*“Para que se produzca una expropiación se requiere de actos que puedan considerarse razonablemente idóneos para producir el efecto de una privación del bien que pertenece al afectado, de modo tal que quien realiza tales actos adquiera, directa o indirectamente, el dominio o al menos los frutos de los bienes expropiados. La expropiación exige pues que se actúe teleológicamente en orden a su realización; para que se dé no es suficiente haber incurrido en omisiones, aunque estas fueren graves”*⁵⁰⁷.

3) En tercer y último lugar, en el asunto *Tecmed v. México* (2003), referido a la demanda iniciada por un inversionista español contra la República mexicana por la expropiación indirecta de su inversión ubicada en Hermosillo, Estado de Sonora, el Tribunal Arbitral aseveró:

“Si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación de facto, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros

⁵⁰⁵ *Metalclad v. México...*, cit., párrafo 103. Subrayado nuestro.

⁵⁰⁶ *Señor Eudoro A. Olgún v. Paraguay*, Caso No. ARB/98/5, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 26/07/2001. Texto disponible en: <http://www.icsid.worldbank.org> [Fecha de visita: 16/10/2011].

⁵⁰⁷ *Señor Olgún v. Paraguay...*, cit., párrafo 84. Subrayado nuestro.

*distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado*⁵⁰⁸.

De estos tres asuntos observamos que la apreciación de los Tribunales Arbitrales no siempre es uniforme respecto a la valoración del potencial beneficio económico obtenido por el Estado receptor producto del dictamen de las medidas regulatorias. Como se evidencia en *Metalclad*, el panel de árbitros no lo consideró como factor esencial para distinguir las referidas medidas de las expropiaciones indirectas. Mientras que, en los asuntos *Tecmed* y *Señor Eudoro A. Olguín*, parece tender a considerar que la obtención de algún tipo de utilidad por parte del Estado constituye una condición para calificarla como expropiación.

Así, en definitiva, podemos referir que el análisis de las medidas estatales que pueden configurar una expropiación indirecta de los Derechos patrimoniales de los inversionistas foráneos conlleva al operador jurídico al estudio de varios aspectos. Tanto los instrumentos convencionales como en la doctrina y los laudos arbitrales (*Pope & Talbot* y *Suez y otros*, por mencionar algunos), se reconoce el legítimo Derecho de los Estados de ejercer actos regulatorios con el fin de preservar la paz social, la salud pública o la protección del medio ambiente. El punto clave es que no todas esas medidas, aún teniendo como objetivo cardinal tales fines, constituyen verdaderos actos regulatorios. Ello obedece al dictamen de ciertas legislaciones, reglamentos, ordenanzas o resoluciones que, lejos de esgrimir una eventual protección de los intereses del colectivo, generan graves perjuicios al inversionista foráneo.

Lógicamente, en un arbitraje de inversión dado el juego de intereses que se presenta, observamos, por un lado, que los Estados receptores tratan de convencer al panel de árbitros que sus actos estuvieron guiados por la protección de las necesidades de su población y de las condiciones socio-económicas que, en un momento dado, presentan. Ejemplo ilustrativo de ello es la grave crisis que vivió Argentina entre 2001 y 2003 y las motivaciones de las autoridades de ese país al abandonar el sistema de paridad cambiaria y el congelamiento de las tarifas de los servicios públicos. Por otro, corresponde a los inversionistas demandantes la carga de la prueba de demostrar que tales medidas no tuvieron esa finalidad pública argumentada por las Repúblicas y que, por su causa, fueron privadas ilegítimamente de sus inversiones.

⁵⁰⁸ *Tecmed v. México...*, *cit.*, párrafo 113.

3.2. Grado de interferencia de la medida estatal en la inversión

Como hemos analizado en el criterio anterior, los Estados están facultados para dictar medidas, en el marco de su función regulatoria, tendentes a brindar las condiciones mínimas de orden y bienestar de la colectividad. Pero, al mismo tiempo, estas acciones pueden afectar a los Derechos e intereses de los ciudadanos que se encuentren ubicados en sus territorios, sean nacionales o extranjeros. Nos corresponde en este segmento analizar el grado de interferencia de la medida estatal en la inversión foránea. Este estudio conduce al operador jurídico a analizar en forma conjunta dos importantes aspectos. Nos referimos, por un lado, al impacto económico que pueden traer consigo estas medidas en la inversión y, por otro, a su duración⁵⁰⁹. Conviene fijar, a continuación, los parámetros esgrimidos por la doctrina y la práctica arbitral al respecto.

3.2.1. Impacto económico en la inversión

El impacto económico que una medida regulatoria estatal puede ocasionar en una inversión foránea constituye un punto de análisis esencial e imprescindible a la hora de fijar la existencia real de una expropiación indirecta. Esto obedece a que en la medida en que una acción estatal produzca el menoscabo o la pérdida del valor de la inversión o de la obtención de los beneficios producto de ésta, podríamos estar en presencia de una expropiación indirecta y, consecuentemente, habría lugar al pago de la reparación monetaria correspondiente por parte del Estado al inversionista foráneo⁵¹⁰.

A los efectos de identificar el grado de afectación económica que la medida estatal conlleva en la inversión foránea, debemos tener presente que la mera imposición de control estatal sobre ésta no nos conduce, necesariamente, a considerar que existió una expropiación indirecta. Tal como demostró el caso *Tippetts y otros v. Irán y otros* (1984), al que hicimos referencia al principio del Capítulo⁵¹¹, la privación del uso o del goce de la inversión por parte de su propietario no debe ser efímera. Todo lo contrario. Debe producir una afectación

⁵⁰⁹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje...», *cit.*, pp. 47-48 y SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, pp. 307-308.

⁵¹⁰ DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, *cit.*, p. 101.

⁵¹¹ Vid, Capítulo III, punto 2, *supra*.

real sobre la inversión al punto de perder el Derecho de propiedad sobre ella, aunque no medie un título formal que la transfiera de manos del inversor al Estado receptor⁵¹².

En ese asunto, el Tribunal Arbitral consideró que no sólo la imposición, por parte de las autoridades iraníes, de un gerente administrador del *joint venture* del cual el inversionista era copartícipe, sino, además, la falta de comunicación de las dichos agentes ante las insistentes misivas del inversor, sin que éste último obtuviese respuesta, fueron hechos que conllevaron a la pérdida de la inversión en el proyecto aeroportuario.

Además del asunto *Tippetts*, citamos también el laudo arbitral del asunto *Nykomb Synergetics Technology Holding, A.B. Stockholm v. Letonia* (2003), en el cual el Tribunal Arbitral aseveró la importancia del análisis del grado de desposesión o de pérdida del control que cause la medida gubernamental sobre la inversión⁵¹³. Este supuesto, el demandante (inversor suizo) reclamaba a Eslovenia la expropiación indirecta de su inversión en el sector eléctrico de dicho país, al rechazar el Estado anfitrión el pago de una doble tarifa durante ocho años por el suministro del servicio. Debido a que la medida gubernamental de impago de la tarifa acordada previamente no había supuesto la pérdida del control ni la posesión de la propiedad, el Tribunal Arbitral dictaminó la inexistencia de una expropiación indirecta.

Estos dos asuntos -*Tippetts* y *Nykomb Synergetics*- nos refieren la importancia del impacto económico de la medida estatal, al constituir un elemento fundamental en el análisis que realiza el operador jurídico, con vistas a la determinación de la existencia de una expropiación indirecta. Ahora bien, la identificación del referido impacto económico grave sobre la inversión foránea aunque realizado caso por caso, no puede ser aleatorio ni generalista. La práctica arbitral en la materia indica que debe ser restrictivo y, en tal sentido, a los fines de identificarlo, se esgrime el test o prueba de la “privación sustancial”⁵¹⁴. La exigencia de este tipo de este examen se pone de manifiesto en varios laudos arbitrales.

⁵¹² *Tippetts y otros v. Irán...*, *cit.*, pp. 226 y ss.

⁵¹³ *Nykomb v. Letonia...*, *cit.*, p. 35.

⁵¹⁴ Así lo señaló el Tribunal Arbitral del asunto *Pope & Talbot v. Canadá* (2000), al indicar que: “... *Under International Law, expropriation requires a substantial deprivation*”. Véase *Pope & Talbot v. Canada...*, *cit.*, párrafo 102.

1) Así, en primer lugar, en el asunto *LG&E v. Argentina* (2006), el Tribunal Arbitral señaló que, respecto a la identificación del impacto severo causado por las medidas gubernamentales, resulta necesario revisar su grado de interferencia en la inversión foránea. No se trata sólo de verificar la merma de las actividades cotidianas en la inversión, sino de aseverar la existencia de una consecuencia más grave: la pérdida de su valor económico. En tal sentido, el panel de árbitros explicó:

*“... Debe analizarse si el impacto que desencadenó la medida tomada por el Estado receptor fue lo suficientemente grave como para generar la necesidad de una compensación por expropiación. En numerosas decisiones arbitrales, se ha denegado la compensación cuando no se haya afectado todo o casi todo el valor económico de la inversión. Debe destacarse que la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan. Entonces el impacto debe ser sustancial para que sea exigible dicha compensación. Es decir, se requiere probar si, a raíz de una actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para las Demandantes y en qué medida”*⁵¹⁵.

2) En segundo lugar, en el asunto *Chemtura Corporation v. Canadá* (2010)⁵¹⁶, el Tribunal Arbitral esgrimió la opinión de estudiar la privación sustancial de la medida gubernamental en la inversión foránea en atención de las condiciones de cada caso, y no únicamente sobre la base de ciertas condiciones específicas o de criterios rígidos. Este litigio se relacionó con el reclamo de un inversionista estadounidense por la expropiación indirecta de su inversión, dado los efectos nocivos causados a su inversión por la prohibición del gobierno canadiense de usar un pesticida (del que es fabricante) usado en los cultivos de canola.

Aunque fue rechazado el alegato del demandante, al demostrarse en el curso del procedimiento arbitral que las ventas del producto prohibido apenas alcanzaban el 10% de sus ingresos, el Tribunal Arbitral indicó:

“The determination of whether there has been a substantial deprivation is a fact-sensitive exercise to be conducted in the light of the circumstances of each case. One important feature of fact-sensitive assessment is that they cannot be conducted on the basis of rigid binary – rules. It would make a little sense to state a percentage or threshold that would have to be met for a deprivation to

⁵¹⁵ *LG&E y otros v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 191. Subrayado nuestro.

⁵¹⁶ *Chemtura Corporation (antes Crompton Corp.) v. Canadá*. Caso administrado bajo las reglas de arbitraje CNUDMI, laudo Arbitral de fecha 02/08/2010. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 05/06/2011].

*be 'substantial' as such modus operandi may not always be appropriate (...). Given the diversity of situations that may arise in practice, it is preferable to examine each situation in the light of its own specific circumstances*⁵¹⁷.

3) En tercer lugar, en el laudo arbitral dictado en el asunto *Suez y otros v. Argentina* (2010)⁵¹⁸ el panel de árbitros analizó la severidad del impacto económico en la inversión por causa de las medidas dictadas por las autoridades argentinas ante la crisis que sufrió la República Argentina a comienzos del Siglo XXI. El análisis arrojó que inversor sufrió ciertos perjuicios por la falta del ajuste de las tarifas del servicio público que prestaba en calidad de concesionario. Sin embargo, pese a ello, no lo privaron de su inversión y mantuvo el control de la misma, lo que implicaba que no pudiera hablarse técnicamente de la existencia de una expropiación indirecta.

4) La aceptación de la exigencia de valorar la presencia de la privación sustancial de la inversión foránea por causa de la medida regulatoria estatal, no oculta la presencia de matizaciones y modulaciones de la misma. En cuarto lugar de nuestro listado, citamos un supuesto diferente que, en este sentido, lo evidenció el laudo del caso *RosinvestCo. UK v. Rusia* (2010), toda vez que las medidas dictadas por las autoridades rusas contra la compañía petrolera Yukos tuvieron como efecto la pérdida de la participación accionaria del inversionista estadounidense en el capital social de ésta. Vale destacar en este laudo que, si bien reitera el test de la privación sustancial, nos reseña que dicho impacto puede ser sobre toda la inversión o sólo sobre una parte de ella⁵¹⁹.

Tomando en cuenta los criterios esgrimidos en los cuatro asuntos analizados podemos de alguna forma concluir que el grado de interferencia de la medida estatal sobre la inversión foránea exige el análisis del específico impacto económico que la primera cause sobre la segunda. No significa este planteamiento que cualquier acción gubernamental que imponga cierto control en una inversión tenga, *per se*, efectos perjudiciales. Por el contrario, debe tratarse de un grave perjuicio que, en la práctica, conlleve a la pérdida de su valor económico, tal como lo reseñan los laudos arbitrales en los asuntos *LG&E*, *Suez y otros* y *Nykomb Synergetics*.

⁵¹⁷ *Chemtura v. Canadá...*, *cit.*, párrafo 249.

⁵¹⁸ *Suez y otros v. Argentina...*, *cit.*, párrafos 134 y ss.

⁵¹⁹ “*A measure constitutes an expropriation if it has the effect of a substantial deprivation of property forming all or a material part of the investment...*”, *RosInvestCo UK, Ltd. v. Rusia...*, *cit.*, párrafo 623.

A los efectos de determinar dicho perjuicio, varios Tribunales Arbitrales han aplicado la denominada prueba de privación sustancial, que fue esgrimida en el caso *Pope & Talbot*. En tal sentido se entiende que constituye una expropiación indirecta el dictamen de una medida estatal que cause en la inversión extranjera un daño de tal magnitud que haga inoperativo el control, el uso y el disfrute de los Derechos patrimoniales del inversor foráneo. Todos los casos que hemos reseñado y analizado hasta el momento –a excepción de *RosInvest Co.*– tienen como lugar común que la acción gubernamental analizada no produjo una grave interferencia económica en la inversión, sino que, por el contrario, cada inversionista mantuvo el control y el uso de su inversión.

Finalmente, dada la diversidad de supuestos fácticos que en la práctica se suscitan en cada litigio, coincidimos plenamente con la advertencia hecha por el Tribunal Arbitral del asunto *Chemtura*. No existen parámetros rígidos para identificar tal privación sustancial. El operador jurídico debe –necesariamente– revisar con detenimiento las circunstancias del caso concreto y la real incidencia de la medida estatal sobre la inversión foránea.

3.2.2. Duración

Otro factor importante de estudio para identificar la existencia de una expropiación indirecta se refiere a la duración de la interferencia causada por la acción gubernamental en la inversión foránea⁵²⁰. Cada Tribunal Arbitral examina, como veremos a continuación, la extensión en el tiempo de la medida para verificar los eventuales daños a la propiedad del inversionista foráneo⁵²¹.

1) Como punto de partida, es de señalar que algunos paneles de árbitros consideran que la medida gubernamental debe ser permanente en el tiempo. Así, el Tribunal Arbitral del asunto *Tedmed v. México* (2003), aseveró que se entiende que las medidas adoptadas por el Estado, sean regulatorias o no, constituyen expropiaciones indirectas si son permanentes e irreversibles en el tiempo⁵²². Esta

⁵²⁰ DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., pp. 112-113.

⁵²¹ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 311 y McLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, cit., p. 299.

⁵²² *Tedmed v. México...*, cit., párrafo 116.

misma consideración la realizó el Tribunal Arbitral del caso *LG&E v. Argentina* (2006):

“... Debemos considerar la duración de la medida expropiatoria, ya que este criterio se relaciona con el grado de interferencia de aquélla respecto a los derechos de propiedad. En general, la expropiación debe ser permanente, es decir, no puede tener carácter temporal, salvo cuando el desarrollo exitoso de la inversión depende de que se realicen ciertas actividades en momentos específicos que no pueden sufrir variaciones”⁵²³.

2) Otra posición que muestran algunos Tribunales Arbitrales al respecto es la consideración de que los efectos de las medidas contra la inversión foránea no necesariamente deben ser permanentes en el tiempo, sino que pueden tener una menor duración. En el caso *SD Myers v. Canadá* (2000)⁵²⁴, aunque descartó la existencia de una expropiación indirecta, señaló que la medida de prohibición del traslado de la sustancia química denominada *polychlorinated biphenyl* a las plantas de tratamiento propiedad del inversionista, durante 18 meses, violó el principio convencional de trato justo y equitativo. El panel de árbitros expresó:

“An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights although it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation even if it were partial or temporary”⁵²⁵.

En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral del asunto *Middle East Cement Shipping and Handling Co., S.A. v. Egipto* (2002), consideró también los efectos de una medida gubernamental contra los intereses del inversor foráneo durante un breve periodo de tiempo⁵²⁶. En este asunto el demandante reclamó a Egipto la revocación de la licencia de importación de cemento y su distribución a otras compañías del sector público y privado del país. La medida duró 4 meses causando un grave perjuicio al inversionista de nacionalidad griega, hecho que configuró la expropiación indirecta de sus Derechos patrimoniales en la inversión.

⁵²³ *LG&E y otros v. Argentina...*, cit., párrafo 193. Subrayado nuestro.

⁵²⁴ *S.D. Myers Inc. v. Canadá*. Arbitraje independiente administrado bajo las Reglas de Arbitraje de CNUDMI. Texto disponible en: http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm [Fecha de visita: 28/08/2009].

⁵²⁵ *S.D. Myers Inc. v. Canadá...*, cit., párrafo 283.

⁵²⁶ *Middle East Cement Shipping and Handling Co., S.A. v. Egipto*. Caso No. ARB/99/6, Laudo Arbitral de fecha 12/04/2002, párrafo 107. Texto disponible en: <http://www.ita.law.uvic.ca> [Fecha de visita: 21/06/2011].

Asimismo, en el asunto *Gemplus, S.A. y otros v. México* (2010), relativo a la expropiación indirecta de una inversión efectuada por inversionistas (provenientes de Argentina y España) en el sistema nacional de registro de vehículos de México el Tribunal Arbitral consideró la existencia de una serie de hechos ocurridos durante 18 meses (desde el mes de junio de 2001 al mes de diciembre de 2002) que, en su conjunto, configuraron la expropiación indirecta de la inversión extranjera que participaba en el sistema de registro nacional de vehículos de México⁵²⁷. Como analizamos en su momento en el Capítulo II⁵²⁸, todo comenzó cuando las propias autoridades gubernamentales ordenaron la requisa de la concesionaria, propiedad de los inversionistas procedentes de Argentina y España. Desde el día de los hechos, vale decir, el 21/06/2001, se generaron efectos adversos en la inversión hasta el 13/12/2002, día en que fue dictada la medida gubernamental que revocó la licencia, a través de la cual las autoridades mexicanas procedieron a expropiarla directamente.

3) Por último, ante la falta de uniformidad de criterios, se ha recomendado el análisis del caso en concreto⁵²⁹. Como hemos venido refiriendo a lo largo del trabajo, resulta muy complicado establecer parámetros generales cuando la práctica evidencia una multiplicidad de supuestos fácticos, a lo que se suma el hecho de que cada panel de árbitros es discrecional en su análisis. Ejemplo ilustrativo de esta afirmación corresponde al asunto *Azurix v. Argentina* (2006), al que ya hemos hecho referencia⁵³⁰, litigio referido al reclamo de unos inversionistas estadounidenses contra la República Argentina por la expropiación indirecta de su inversión relacionada con la distribución de agua potable y el servicio de alcantarillado en la Provincia de Buenos Aires. El Tribunal Arbitral en este supuesto indicó que, bajo las normas de Derecho Internacional:

*“... No existe un plazo establecido para que las medidas que constituyen una expropiación gradual produzcan tal efecto. Ello dependerá de las circunstancias específicas del caso (...). Cuando se consideran varias medidas, ello dependerá de la duración de su efecto acumulado. Lamentablemente, no existe una fórmula matemática para obtener un resultado automático. El tiempo que debe transcurrir debe determinarse atendiendo las circunstancias específicas de cada caso”*⁵³¹.

⁵²⁷ *Gemplus y otros v. México, cit.*, párrafos 8-21 y ss.

⁵²⁸ Vid Capítulo II, Sección Segunda, punto 1, *supra*.

⁵²⁹ HOFFMAN, A., «Indirect Expropriation...», *cit.*, pp. 159-160.

⁵³⁰ Capítulo III, punto 3.1.1., *supra*.

⁵³¹ *Azurix v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 313.

En definitiva, tres son las posiciones que esgrimen los Tribunales Arbitrales respecto a la consideración a la duración de los efectos nocivos que las medidas regulatorias estatales pueden causar en la inversión foránea. La primera, señala que debe ser permanente en el tiempo, mientras que, la segunda, indica que puede tener un plazo más corto. En relación a esta última afirmación, los asuntos *Middle East Cement y Gemplus y otros*, muestran que una medida estatal puede causar un grave detrimento en la inversión foránea en un lapso entre 4 a 18 meses. Sin embargo, una vez más, y de ahí la necesidad de apostar por el caso por caso -*case by case approach*- el mismo número de meses puede significar cosas diferentes y producir efectos distintos dependiendo del tipo de inversión realizada y de las circunstancias que acompañen a ésta.

Debemos tener presente, en tal sentido, dos eventuales escenarios:

1) El primero, que una medida regulatoria que no cause, durante los primeros meses de aplicación, un perjuicio a los Derechos patrimoniales del inversionista y, sin embargo, al ser aplicada a largo plazo, causa la pérdida del valor económico de la inversión.

2) Y, el segundo, que una medida estatal de corta duración, cumpla el mismo efecto de la anterior.

Consecuentemente, la tercera posición desarrollada en la práctica arbitral – y que suscribimos– muestra que, ante la variedad de casos y de supuestos fácticos, debe el operador jurídico analizar el problema y en función de las circunstancias que encuentre, determinar si la duración de la medida regulatoria produjo o no consecuencias graves para el inversionista.

3.3. Protección de las legítimas expectativas del inversor

Abordados como han sido los aspectos relativos al propósito y carácter de la medida regulatoria dictada por el Estado anfitrión, así como sus efectos sobre el valor económico de la inversión foránea y su duración, nos corresponde ahora analizar el último factor identificador de una expropiación indirecta en el marco del sistema internacional de protección de inversiones. Nos referimos a la interferencia de la medida estatal sobre las legítimas expectativas de obtención de beneficios esperados por el inversionista producto de su inversión. Un concepto

etéreo, en línea con lo existente en otros ámbitos del derecho, cuya difícil determinación resulta, sin embargo, imprescindible para calificar a una expropiación⁵³².

Este factor es, hoy día, considerado por la doctrina como uno de los aspectos que más atención ha llamado a los Tribunales Arbitrales⁵³³. Se refiere, en concreto, a la confianza que deposita el inversionista en el Estado anfitrión para efectuar su inversión sobre la base, por un lado, de la normativa local que normalmente busca ofrecer previsibilidad y seguridad jurídica al capital foráneo, y, por otro, del ambiente de negocios que en éste se ventile⁵³⁴. Las legítimas expectativas se caracterizan principalmente porque se basan en las condiciones que ofrece el Estado anfitrión, tal como apuntó el Tribunal Arbitral del asunto *LG&E v. Argentina* (2006) cuando señaló lo siguiente:

*“... Están fundamentadas en las condiciones ofrecidas por el Estado receptor para el momento de la inversión; no pueden establecerse unilateralmente por una de las partes; tienen una existencia real, por lo que son exigibles; su incumplimiento por parte del Estado receptor hace nacer en él la obligación de indemnizar los daños causados por tal incumplimiento, salvo aquéllos producidos durante estados de necesidad; sin embargo, las justas expectativas del inversionista no pueden dejar de considerar parámetros como el riesgo del negocio y los patrones habituales en la industria”*⁵³⁵.

Constituye un lugar común aceptar que el propósito del inversionista foráneo no sólo consiste en expandir mercados para sus negocios y adquirir propiedades en el territorio del país receptor, sino también radica en alcanzar importantes beneficios económicos. Los Estados importadores de dichos capitales foráneos presentan a los potenciales inversionistas proyectos y esquemas de negocios, respaldados por su ordenamiento jurídico. Esa garantía legal y económica genera en el inversionista la confianza necesaria para invertir en un

⁵³² Recuérdese, en tal sentido, el concepto de incumplimiento sustancial regulado en el artículo 25 del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. El referido artículo indica: “*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación*”. El texto del Convenio se encuentra disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf> [Fecha de visita: 18/10/2011].

⁵³³ DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 104.

⁵³⁴ HOFFMAN, A., «Indirect Expropriation...», cit., p. 162. Véase también: FIETTA, S., «Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard», en: *Journal of International Arbitration*, No. 25, Issue 5. Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 378 y ss.

⁵³⁵ *LG&E y otros v. Argentina...*, cit., párrafo 130.

determinado territorio y, consecuentemente, con el transcurso del tiempo, obtener las debidas ganancias⁵³⁶.

En este orden de ideas, la doctrina ha afirmado que las expectativas del inversor foráneo no se originan únicamente en el momento justo antes de iniciar la inversión. A diferencia de una operación comercial sencilla, una inversión responde a una actividad compleja que lleva consigo un largo proceso que involucra varias transacciones. Siendo entonces la inversión una actividad de larga duración, las legítimas expectativas del inversionista foráneo no sólo se pueden generar en su fase inicial -en atención a las garantías brindadas por el Estado receptor-, sino también durante el tiempo de su ejecución. Esta situación obedece a que los Estados pueden ofrecer mejores condiciones económicas y legales que motiven a los inversores a tomar nuevas decisiones respecto al manejo y al desarrollo de su negocio (por ejemplo, decidan aumentar su participación accionaria en la sociedad mercantil a través de la cual invierten su capital)⁵³⁷.

Conviene destacar, en este sentido, que en sede convencional, la tendencia que marcan los APPRI Modelos de Canadá y Estados Unidos, así como el CAFTA-Dr, responde a la inclusión del examen de la extensión de la interferencia de la medida gubernamental con las razonables y claras expectativas esperadas por el inversionista, como uno de los factores indicadores de una expropiación indirecta. Esto indica que las expectativas no corresponden, precisamente, a la subjetividad del inversor. Sino que, por el contrario, debe el operador jurídico revisar si la interferencia de la medida estatal pone en serio riesgo las razonables aspiraciones de obtención de beneficios económicos que, en su momento, le había garantizado el Estado anfitrión al inversionista foráneo⁵³⁸.

Como analizamos en líneas anteriores, no todas las medidas regulatorias dictadas por el Estado anfitrión son, *per se*, actos de expropiación indirecta. Por tanto, no podemos afirmar que los cambios legislativos que ocurran en su ordenamiento jurídico interfieran en las legítimas expectativas esperadas por el inversionista extranjero. Incluso, el propio inversor puede prever que estas

⁵³⁶ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, p. 311.

⁵³⁷ SCHREUER, C. Y KRIEBAUM, U., «At what time must legitimate expectations exist». Texto disponible en: http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/97_atwhattime.pdf [Fecha de visita: 20/10/2011].

⁵³⁸ Véase al respecto, SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, pp. 313 - 314. Véase, a modo ilustrativo, los artículos 6 y Anexos A y B del APPRI Estados Unidos - Uruguay.

modificaciones sucedan, desde el inicio de sus actividades en dicho territorio⁵³⁹, debido a que el ambiente pro-inversión puede cambiar de un momento a otro⁵⁴⁰.

Ahora bien, cuando una medida dictada por el Estado anfitrión ocasiona la pérdida del valor económico de la inversión, puede afectar también la expectativa que tuvo el inversor para el momento que decidió efectuarla. Se rompe, de esta forma, el pacto de previsibilidad y seguridad jurídica que, en su momento, ofreció el país anfitrión. En tal sentido, aproximamos, a continuación, dos asuntos que resultan muy ilustrativos al respecto. Veamos:

1) En el primero asunto, *Metalclad v. México* (2000), el Tribunal Arbitral determinó la existencia de la expropiación indirecta de la inversión realizada en un confinamiento de desechos tóxicos al verificar que las autoridades municipales mexicanas denegaron el permiso al inversor estadounidense para operarlo, aunque previamente el Gobierno Federal de dicho país ya lo había aprobado:

*“La expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”*⁵⁴¹.

2) En el segundo asunto, *Tecmed v. México* (2003), litigio referente a la expropiación indirecta de una inversión desarrollada por una sociedad mercantil española en México, se consideró que tal expropiación fue producto del rechazo de la renovación de su licencia para operar un confinamiento, sino que también dispusieron su cierre. Durante el curso del proceso arbitral se demostró que la fundamentación de tal resolución no correspondió al incumplimiento de las obligaciones por parte del inversor con motivo de su licencia, sino a los problemas sociales y políticos que generaban la ubicación del referido confinamiento. Respecto a las legítimas expectativas del inversor, el panel de árbitros aseveró:

“El Tribunal Arbitral disiente con la postura de la Demandada que niega que al momento de la realización de la inversión de la Demandante, ésta tuviese expectativas legítimas a que la

⁵³⁹ DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 105.

⁵⁴⁰ RUBINS, N. Y KINSELLA, N.S., *International investment, political risks...*, cit., p. 13. MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, cit., p. 304.

⁵⁴¹ *Metalclad v. México...*, cit., párrafo 103. Subrayado nuestro.

*operación del Confinamiento se continuaría por largo plazo. Las circunstancias de orden político y social ya referenciadas, y que condicionaron decisivamente la emisión de la Resolución, se manifestaron en toda su envergadura luego de que la inversión fue realizada en parte sustancial, y no pudieron ser razonablemente previstas o esperadas por la Demandante con la extensión, efectos y repercusiones o consecuencias que dimanaron de tales circunstancias. No cabe duda que aún sin contar Cytrar con una autorización de tiempo indeterminado, y ser en vez de ello titular de una autorización prorrogable o renovable año a año, la expectativa de la Demandante era siempre la de un inversor a largo plazo que cuenta con la recuperación de su inversión y el retorno estimado a través de la operación del Confinamiento durante la vida útil de éste*⁵⁴².

Ambos casos evidencian que las medidas regulatorias dictadas afectaron gravemente el valor económico de la inversión. Se demostró, además, que las condiciones inicialmente ofrecidas, tanto legales como económicas, no fueron cumplidas por el Estado anfitrión, lo que condujo, inevitablemente, a la pérdida de los beneficios económicos que esperaban razonablemente los inversores percibir del capital invertido. Todas esas circunstancias condujeron a la expropiación indirecta de los activos de los inversionistas foráneos.

Ahora bien, otro aspecto que también ilustran estos dos asuntos corresponde al análisis comparativo del ordenamiento jurídico vigente en el Estado receptor tanto en el momento en que se inició la inversión durante los primeros años de gestión de dicha actividad. Y, en ambos supuestos, se demostró la existencia de ciertas diferencias legales, así como de las condiciones por las cuales se fue desarrollando la inversión en el Estado receptor, que afectaron la previsibilidad y la seguridad jurídica que, en un primer momento, se ampararon los inversionistas.

El examen planteado respecto a las legítimas expectativas del inversor respecto a la identificación de la existencia de una expropiación indirecta, también es efectuado por los Tribunales Arbitrales en aquellos supuestos cuando el inversor foráneo demanda el incumplimiento del Estado receptor del estándar del trato justo y equitativo. Si bien el examen a profundidad de esta garantía convencional excede el ámbito material de nuestro Trabajo, consideramos importante efectuar una breve aproximación al respecto.

⁵⁴² *Tecmed v. México...*, cit., párrafo 149.

3.3.1. Legítimas expectativas del inversor y el estándar del trato justo y equitativo

Tal como analizamos en el Capítulo II⁵⁴³, el estándar del trato justo y equitativo corresponde a la obligación del Estado receptor de brindar un tratamiento adecuado, sólido y transparente a la inversión foránea de manera que mantener la estabilidad de su ordenamiento jurídico y, de esta forma, no sean desvirtuadas las expectativas del inversionista, por las cuales éste decidió efectuar su inversión.

Este estándar, de enorme flexibilidad, ha generado mucha controversia a la hora de calificarlo. Sin embargo, como observamos de la definición que mencionamos, se trata de una garantía convencional muy vinculada a las legítimas expectativas del inversor foráneo. Como refiere la doctrina, no es justo que, luego de garantizar al inversionista una serie de condiciones favorables a la inversión, el propio Estado receptor decida cambiar indebidamente las reglas y dejar frustradas las razonables perspectivas de obtención de lucro económico⁵⁴⁴. Y, en la práctica, ciertos asuntos también han referido esta situación. A modo ilustrativo citamos el asunto *LG&E v. Argentina* (2006) –litigio que, como hemos referido, se trató del reclamo de un inversionista estadounidense contra la República Argentina por la expropiación indirecta del proyecto de gas en el que estaba involucrado, así como por la violación de estándares contenidos en el APPRI suscrito entre los países involucrados-, a la hora de distinguir las legítimas expectativas, señaló lo siguiente:

*“...Adicionalmente a la obligación del Estado de proporcionar un ambiente jurídico y comercial estable, el análisis del trato justo y equitativo conlleva la consideración de las expectativas del inversionista al momento de invertir confiando en las protecciones que le brinda el Estado receptor”*⁵⁴⁵.

Debemos referir, en este sentido, cómo varios han sido los supuestos en los cuales los inversores foráneos plantean en su demanda arbitral la violación, por parte de los Estados receptores, de los estándares relativos a la expropiación

⁵⁴³ Vid Capítulo II, Sección Segunda, punto 2.3.3. *supra*.

⁵⁴⁴ Véase al respecto: DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, *cit.*, p. 104; HOFFMAN, A., «Indirect Expropriation...», *cit.*, p. 162, ORREGO VICUÑA, F., «Regulatory authority and legitimate expectations...», *cit.*, p. 193, y SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, p. 313.

⁵⁴⁵ *LG&E y otros v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 127.

indirecta y al trato justo y equitativo consagrados en sede convencional. Cuando se comprueba que el inversor no ha perdido el control ni la propiedad de su inversión, por causa de la medida gubernamental, los Tribunales Arbitrales no tienden a asumir la existencia de una expropiación indirecta.

Sin embargo, puede suceder que la medida estatal en cuestión aunque no comprometa el Derecho de propiedad de los inversionistas, sí interfiere en las legítimas expectativas que tenía el demandante para el momento de iniciar la inversión o durante su ejecución, lo cual podría configurar un supuesto de violación del trato justo y equitativo. Al respecto, tres casos relacionados con la crisis argentina, resultan ilustrativos de la situación planteada. Veamos:

1) En primer lugar, citamos el asunto *CMS v. Argentina* (2005), referente al reclamo del inversor de nacionalidad estadounidense por las medidas gubernamentales adoptadas en Argentina durante la grave situación económica que enfrentaba el país entre los años 2000 y 2002. El demandante argumentó que tales medidas habían producido la expropiación indirecta y progresiva tanto de su inversión como de las promesas y garantías que se le ofrecieron para el momento de iniciar el proyecto:

“El Demandante afirma que (...) ya no cuenta con las condiciones básicas que fueron determinantes de su decisión de emprender el proyecto; que el valor de sus activos ha sido anulado; y que ya no puede disfrutar de los beneficios económicos que eran razonablemente esperados de la inversión”⁵⁴⁶.

El Tribunal Arbitral, visto que el inversor no perdió el Derecho de propiedad sobre su inversión -a pesar de la congelación de las tarifas de los servicios públicos- determinó la inexistencia de la expropiación indirecta y gradual argumentada por la parte actora. Sin embargo, consideró que sí hubo violación del estándar del trato justo y equitativo, dado que la República Argentina no honró el compromiso que adquirió frente al inversionista, de mantener las garantías debidas de protección de inversión. Y, en tal sentido, aseveró:

“El problema no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias, pero tampoco es que pueda eliminarse ese marco por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido

⁵⁴⁶ *CMS v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 256.

*contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha sido desarrollado con el objetivo específico de evitar esos efectos jurídicos adversos*⁵⁴⁷.

2) En segundo lugar, nos referimos al asunto *Azurix v. Argentina* (2006) donde el demandante, al igual que el supuesto anterior, alegó la expropiación indirecta de su inversión, producto de la negativa de las autoridades argentinas a aceptar la notificación de rescisión de la concesión, ante la grave situación planteada por el congelamiento de las tarifas. El Tribunal Arbitral, declaró sin lugar el alegato del inversionista y consideró que los actos desarrollados por el Estado receptor incumplieron el estándar del trato justo y equitativo.

Ahora bien, nos interesa destacar del laudo sobre méritos de este caso, ciertas apreciaciones del Tribunal Arbitral respecto a las legítimas expectativas del inversor de obtener beneficios económicos cuando éstas se generan de las rondas de negociaciones y programas de privatizaciones que efectúa el Estado receptor para atraer capital foráneo. En el curso del proceso arbitral se demostró que, luego de ser suscrita la licencia y transcurrido un periodo de tiempo en operación, durante la crisis económica las propias autoridades argentinas alentaron a los clientes a no pagar las tarifas por el servicio público que el inversor, a través de la concesionaria, brindaba. También se determinó la falta de terminación de unas obras claves para la inversión que habían prometido las autoridades argentinas y se evidenció la ausencia de compromiso de las nuevas autoridades gubernamentales con el programa de privatización que emprendieron sus antecesoras. Ante estas consideraciones, el Tribunal Arbitral indicó que:

*“... La cuestión de si una expropiación puede tener lugar sin afectar formalmente los derechos contractuales ha sido discutida por las partes en el contexto de la frustración de las legítimas expectativas del inversor cuando un Estado desconoce garantías dadas anteriormente, o se niega a cumplir sus obligaciones, privando de esa manera al inversor, en todo o en una parte importante, del uso de su inversión o del beneficio económico que razonablemente cabe esperar de ella (...). Este caso demuestra que las expectativas no siempre se basan en un contrato sino en garantías expresas o implícitas, o en declaraciones formuladas por el Estado, que el inversor tuvo en cuenta para hacer la inversión”*⁵⁴⁸.

3) Finalmente, en tercer lugar, en el asunto *Suez y otros v. Argentina* (2010) se analizó una consideración adicional al respecto. El Tribunal Arbitral afirmó que la expectativa de los inversionistas de percibir beneficios económicos es legítima y

⁵⁴⁷ *CMS v. Argentina...*, cit., párrafo 277.

⁵⁴⁸ *Azurix v. Argentina...*, cit., párrafos 316 y 318.

razonable cuando es producto de la confianza que depositan en las garantías contempladas por el Derecho del Estado receptor. Por tanto, sobre dicha base legal, los inversores inician y, eventualmente, modifican su posición económica en el transcurso del proyecto de inversión⁵⁴⁹.

En este sentido, considera el Tribunal que la expectativa legítima del inversor por sí sola no constituye la violación del trato justo y equitativo. El incumplimiento de este estándar convencional radica, por un lado, en la confianza generada en el inversor, por parte del Estado anfitrión, en atención a las garantías y la normativa que éste último ofrece para atraerlo y, por otro, en la inyección del capital extranjero en su territorio, por parte del inversionista, motivado por la garantía legal prometida. Consecuentemente, al cambiar la normativa especial en la materia, el Estado receptor puede alterar las condiciones legales que, en un primero momento, se habían ofrecido al inversor, dejando sin efecto sus expectativas de percibir ciertos beneficios económicos como consecuencia de la inversión realizada.

En el asunto en estudio, la decisión de los demandantes de invertir en la República Argentina fue motivada por las garantías de promoción y protección de inversiones contempladas tanto en su ordenamiento jurídico como en los APPRIs aplicables, con el objetivo de captar capital foráneo y tecnología, en particular, para modernizar el servicio público de distribución de agua potable y tratamiento de las aguas servidas en la Provincia de Buenos Aires. Los inversionistas aceptaron las condiciones de la concesión otorgada por 30 años, considerando que la fuente de ingresos del servicio la constituía el régimen tarifario y los eventuales ajustes.

Sobre esta base legal y conforme a las previsiones económicas, los inversionistas tenían legítimas y razonables expectativas de recuperar el capital invertido y generar beneficios adicionales. Al promulgar el Estado receptor medidas legislativas tales como la abolición de la paridad cambiaria (peso argentino – dólar estadounidense), el congelamiento de las tarifas de servicios públicos y sus ajustes, así como la renegociación de las concesiones otorgadas, la esperanza de los inversionistas de recibir esos beneficios económicos se vio frustrada. Máxime, cuando ambas partes intentaron renegociar la concesión sin resultados positivos. Esta adversa situación determinó que se estimase la

⁵⁴⁹ *Suez, y otros v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 151.

existencia de la violación del estándar del trato justo y equitativo por parte de las autoridades argentinas.

Los tres asuntos analizados nos muestran que el Estado receptor, mediante rondas de negociaciones y a través de un ambicioso programa de privatización, captó capital foráneo para modernizar los servicios públicos, beneficiando a la colectividad. Amparándose en las garantías ofrecidas, los inversores extranjeros inyectaron importantes sumas de capital para cumplir con el cometido encomendado. De acuerdo a los términos de cada licencia, concesión o contrato de inversión, así como conforme a la normativa de protección de inversión foránea - tanto convencional como legal - existente para el momento del inicio de estos proyectos, la expectativa de obtención de beneficios económicos de los inversionistas se consideró que era razonable y legítima.

En los tres casos en comentario se demostró que los inversores mantuvieron el control y el Derecho de propiedad sobre sus activos e intereses patrimoniales, por lo cual no procedió el alegato de expropiación indirecta invocado por los demandantes. Sin embargo, el incumplimiento del Estado anfitrión de las garantías ofrecidas ocasionó un grave perjuicio en las legítimas y razonables expectativas que tenían los inversionistas en obtener los beneficios económicos resultantes de sus inversiones, lo que configuró la violación del estándar del trato justo y equitativo.

En definitiva podemos afirmar que las legítimas expectativas del inversionista no corresponden, precisamente, a la subjetividad de éstos a la hora de invertir su capital en un determinado país. Al contrario, consisten en la confianza que ellos depositan en un Estado, en atención a las garantías de previsibilidad y seguridad jurídica ofrecidas para el momento de iniciar el proyecto de inversión, así como a los riesgos del negocio y prácticas del sector económico involucrado, tal como nos alecciona el asunto *LG&E*.

Su análisis por parte del operador jurídico radica en la comparación del sistema legal vigente en dos momentos diferentes: cuando se inicia la inversión y cuando ocurren los problemas por causa de la promulgación de la medida regulatoria estatal. Si estamos en presencia de un cambio legislativo previsible, las legítimas expectativas de obtención de beneficios por parte del inversor pueden continuar garantizándose, dado que el inversionista puede negociar con el Estado receptor y cambiar su postura económica en el proyecto de inversión.

Ahora bien si, por el contrario, el cambio legislativo o la medida regulatoria dictada no es previsible y contradice las garantías ofrecidas por el Estado anfitrión en un principio, podría configurar un supuesto de incumplimiento de las referidas expectativas y, consecuentemente, la violación del estándar convencional del trato justo y equitativo. Además, puede ser también un caso de expropiación indirecta cuando el inversionista, junto a la violación de las legítimas expectativas de obtener los beneficios de la inversión, también ve disminuido el control que ejerce sobre ella.

3.4. Punto de consideración final respecto a la identificación de una expropiación indirecta: ¿Estudio conjunto de los factores analizados o sólo de uno de ellos?

Un último aspecto relativo a la identificación de una medida expropiatoria indirecta corresponde a la importancia brindada por el operador jurídico respecto al análisis de los factores que hemos estudiado a lo largo de este aparte: la interferencia de la medida estatal en la inversión, el propósito y carácter de la medida y, las legítimas expectativas del inversionista foráneo. En este sentido, existe una controversial discusión en la doctrina respecto a la determinación de la existencia de una expropiación indirecta y, en este sentido, hay dos tendencias:

1) Por un lado, un sector considera que su identificación debe atender a sólo uno de los factores mencionados: la interferencia estatal en la inversión foránea. En particular, se examina la incidencia que la primera produce en el valor económico de la segunda. Esta concepción doctrinal en comentario se ha denominado como la doctrina de un solo efecto (*sole effect doctrine*).

2) Por otro, parte de la doctrina considera que la existencia de una expropiación indirecta parte del análisis conjunto de todos los elementos indicados *supra*.

A continuación, aproximamos con mayor precisión ambas posiciones doctrinales. El resultado final, de partida, desde el punto de vista doctrinal y práctico, como veremos, es que no existe una tendencia mayoritaria a favor de una u otra en la identificación de una expropiación de carácter indirecta.

3.4.1. La doctrina de un solo efecto (*sole effect doctrine*)

La tesis desarrollada por la doctrina de un solo efecto consiste en la identificación de una expropiación indirecta únicamente a través del análisis del grado de interferencia de la medida gubernamental en el valor económico de la inversión. Esta postura se ha denominado como doctrina de un solo efecto o, en inglés, *the sole effect doctrine*. Quienes postulan este método exponen que la severidad de los efectos de la medida estatal sobre el valor económico de la inversión constituye el más importante elemento indicador de una expropiación indirecta toda vez que impacta en la habilidad del propietario (inversor foráneo) de usar y disfrutar de su inversión, sin que medie un título formal que lo prive de su Derecho de propiedad⁵⁵⁰.

En la práctica, varios asuntos discutidos en arbitrajes de inversión evidencian que la afectación económica (o la privación sustancial de la inversión causada por la medida gubernamental) constituye el único criterio identificador de una expropiación indirecta. Así, en primer lugar, en el caso *Pope & Talbot v. Canadá* (2000), en el marco del sistema TLCAN, -litigio referido al reclamo del inversionista por la medida de restricción de exportación madera conífera impuestas por las autoridades gubernamentales del Estado receptor-, el Tribunal Arbitral indicó que la mencionada medida no constituía una expropiación indirecta del inversor estadounidense, toda vez que la interrupción causada era mínima comparada con el nivel de ventas de madera que tenía en el mercado⁵⁵¹.

En segundo lugar, también este criterio se esgrimió en el caso *Metalclad v. México* (2000), que como ya mencionamos se refirió a la expropiación indirecta por parte del Estado receptor sobre los intereses del inversor de nacionalidad estadounidense, el Tribunal Arbitral identificó la existencia de este tipo de expropiación en la medida estatal de denegación del permiso de operación del confinamiento luego de que las propias autoridades gubernamentales le había asegurado a éste que lo obtendría. Esto causó la privación sustancial del Derecho

⁵⁵⁰ DOLZER, R., «Indirect expropriation: New developments?», en: *Environmental Law Journal*, No. 11. New York University, New York, 2002, p. 79; DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., pp. 101-103 y HOFFMAN, A., «Indirect Expropriation...», cit., p. 156.

⁵⁵¹ El Tribunal Arbitral aseveró: “*The Tribunal does not believe that those regulatory measures constitute an interference with the investment’s business activities substantial enough to be characterized as an expropriation under International Law*”. *Pope & Talbot v. Canada...*, cit., párrafo 96.

de propiedad que tenía el inversionista sobre sus intereses patrimoniales en territorio mexicano.

Asimismo, en el asunto *Nykomb Synergetics Technology Holding A.B., Stockholm v. Eslovenia (2003)*⁵⁵², en el marco del TCE, el Tribunal Arbitral también se refirió a este criterio, indicando que el factor decisivo para distinguir una expropiación indirecta es el grado de desposesión que sufre el inversionista al dictarse la medida gubernamental en cuestión. Recordemos que este caso se suscitó con motivo del reclamo de un inversor suizo contra Eslovenia, al rehusarse a pagar el Estado receptor una doble tarifa durante ocho años por el suministro del servicio de energía eléctrica, tal como lo habían pactado previamente. El Tribunal consideró que no hubo privación sustancial de la inversión y, por tanto, no procedió el argumento de expropiación indirecta invocado por el demandante.

Finalmente, en cuarto lugar, citamos el asunto *Suez y otros v. Argentina (2010)*, un supuesto ya mencionado que refería el reclamo de inversionistas de varias nacionalidades contra la República Argentina por las medidas dictadas durante la grave crisis económica vivida a principios del Siglo XXI, medidas que consideraban como expropiación indirecta de su inversión. En este asunto, el Tribunal Arbitral también aplicó la regla de la doctrina de un solo efecto para identificar la inexistencia de la expropiación indirecta, alegada por el inversionista. En este caso, a pesar de las medidas económicas dictadas por el gobierno argentino durante la crisis, el demandante no vio privado sustancialmente su Derecho de propiedad sobre la inversión. Al respecto, el Tribunal indicó:

*“The requirement of “dispossession” as an element of expropriation is supported by scholars and jurisprudence in previous cases in which tribunals had to determine whether an expropriation had taken place. That inquiry is directed particularly at the “effects” of the measure on an investment, rather than at the intent of the government enacting the measure. Each of the BIT articles quoted above specifically refers to the “effects” of an expropriation measure and thus affirms the importance of evaluating the effects of a measure on the investment in determining whether an expropriation has taken place. International tribunals treat the severity of the economic impact caused by a regulatory measure as an important element in determining if the measure constitutes an expropriation requiring compensation”*⁵⁵³.

En todos los supuestos analizados se observa, en forma ejemplificativa, la aplicación por parte de los Tribunales Arbitrales de la doctrina de un solo efecto

⁵⁵² *Nykomb v. Letonia...*, cit., p. 35.

⁵⁵³ *Suez y otros v. Argentina...*, cit., párrafos 133 - 134

para identificar la expropiación indirecta. Aunque sólo en el asunto *Metalclad* se determinó efectivamente su ocurrencia, en los otros asuntos *Pope & Talbot*, *Nykomb* y *Suez* y otros las medidas no interfirieron directamente en el control de la inversión por parte del inversionista foráneo ni comprometieron su Derecho de propiedad.

Ahora bien, debemos destacar que el propio sector doctrinal que apoya la identificación de una expropiación indirecta sólo a través de la interferencia pecuniaria de la medida gubernamental en la inversión -y, de ellos especialmente Dolzer⁵⁵⁴- se advierte que, en aquellos casos en que la referida medida tiene como finalidad la protección del bienestar o del interés público, es menester ir más allá del grado de afectación económica de la inversión e incidir también en el análisis del carácter y proporcionalidad de la medida gubernamental en cuestión.

Esto se concatena con las críticas formuladas a la doctrina de un solo efecto, toda vez que la preponderancia que puede efectuarse únicamente tomando en cuenta este factor (grado de interferencia), podría acarrear al operador jurídico un examen incompleto de todas las circunstancias fácticas que pueden presentarse en un supuesto en concreto⁵⁵⁵. Y, precisamente, sobre la base de las críticas formuladas, surge la otra posición doctrinal que a continuación analizamos: el análisis conjunto de todas las condiciones que permiten identificar la existencia de una expropiación indirecta.

3.4.2. Análisis conjunto de los factores involucrados

De acuerdo a este sector doctrinal, la existencia de una expropiación indirecta se basa en el estudio combinado del grado de interferencia económica de la medida gubernamental que incide sobre el valor económico de la inversión, el propósito y el carácter de la medida en sí, así como de las legítimas expectativas de percibir beneficios por parte del inversionista de su actividad. Sin restar mérito al impacto sustancial que puede causar una medida estatal en una inversión, se

⁵⁵⁴ DOLZER, R., «Indirect expropriation: New developments...?», *cit.*, pp. 90-92.

⁵⁵⁵ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, p. 317; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje...», *cit.*, p. 52; KLÄGER, R., “*Fair and Equitable Treatment*”..., *cit.*, p. 296.

entiende que se hace necesario un estudio global de todas las circunstancias del caso en concreto⁵⁵⁶.

Vale destacar en este sentido la previsión contenida en los APPRI Modelo de Estados Unidos⁵⁵⁷ y Canadá⁵⁵⁸, así como del CAFTA-Dr⁵⁵⁹ y los más recientes APPRI concluidos por Uruguay, Perú y Chile con Estados Unidos. En

⁵⁵⁶ SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., pp. 317-318; FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje...», cit., p. 53. También los autores MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., se han referido a este tema al afirmar: “*It has been asserted by several tribunals that, when identifying expropriation, the state’s intention is less important than the effects of the measure. This does not mean that the intention of the State is not taken into account. These tribunals do not necessarily adhere to the sole effect doctrine. It may be that the effect on the investment weighs more heavily in the balance than the motivation of the State, but the motivation can nonetheless assist in assessing whether there has been an indirect expropriation*”. MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, cit., p. 301.

⁵⁵⁷ El Anexo B del APPRI Modelo de Estados Unidos indica: “*3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure. 4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure. (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action*”. Texto disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> [Fecha de visita: 24/04/2012].

⁵⁵⁸ El Anexo 13(B).1 del APPRI Modelo de Canadá expresa: “*The Parties confirm their shared understanding that: a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure; b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred; ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations; and iii) the character of the measure or series of measures*”. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 13/07/2011].

⁵⁵⁹ El Anexo 10 C del CAFTA-Dr señala: “*3. Article 10.7.1 addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure. 4. The second situation addressed by Article 10.7.1 is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure. (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action*”. Texto disponible en: http://tcc.export.gov/static/CAFTA_Preamble10_Invest.pdf [Fecha de visita: 13/07/2011].

todos ellos se indica que una expropiación indirecta puede identificarse a través de una acción o una serie de acciones efectuada por uno de los Estados contratantes, cuyos efectos sean equivalentes a una expropiación directa, sin un título formal que transfiera la propiedad del inversor a favor del Estado receptor.

Para cumplir con el objetivo de identificar su existencia, se recomienda el análisis caso por caso, sobre la base de las circunstancias fácticas de cada supuesto del impacto económico de la acción gubernamental, así como de la interferencia de la medida gubernamental en las razonables expectativas del inversor y el carácter de la medida en cuestión. Con respecto al primero de los dos factores enunciados, expresamente aclara la solución convencional que el solo hecho que la acción estatal tenga efectos adversos en el valor económico de la inversión, por sí sólo no es un elemento indicador de la existencia de una expropiación indirecta.

Coincidimos con este planteamiento toda vez que sólo a través de un análisis completo de todas las circunstancias, el operador jurídico puede brindar una solución más adecuada al supuesto concreto. En esta misma línea, la práctica refleja como algunos laudos arbitrales comienzan a referirse a este tema. A modo ilustrativo, cabe así citar el asunto *LG&E v. Argentina* (2006). Recordemos que en este caso el inversionista reclamaba la expropiación indirecta de sus intereses y Derechos patrimoniales en el sector gasífero ubicados en la República Argentina. Al respecto, el Tribunal Arbitral indicó:

“No hay duda que la severidad de los cambios en el status legal y el impacto práctico sufrido por el inversionista en este caso, así como en la posibilidad del goce y uso de la inversión, son determinantes para establecer si hubo o no expropiación indirecta. Lo que se discute es si, únicamente, deben ser tomados en cuenta los efectos que produce la medida o también el contexto en que se dictó y el propósito del Estado receptor. La opinión de este Tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto a las causas como a los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria”⁵⁶⁰.

Más recientemente, también esta posición ha sido adoptada en el asunto *Chemtura v. Canadá* (2010). En este arbitraje, el inversionista reclamaba la expropiación indirecta de su negocio por parte de Canadá, al dictar las autoridades de dicho país la medida de prohibición del uso de un pesticida (del que es fabricante) usado en los cultivos de canola. Lo interesante de este asunto es que aplicando únicamente el criterio de la privación sustancial de la medida estatal

⁵⁶⁰ *LG&E y otros v. Argentina...*, cit., párrafo 194.

sobre la inversión, podría haberse afirmado la existencia de una expropiación indirecta.

No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral expresó el deber del operador jurídico de analizar caso por caso los supuestos fácticos contenidos en el supuesto en estudio. No sólo la privación sustancial jugó un papel importante en dicho examen, sino también el propósito y el carácter de la medida gubernamental. Visto que se demostró en el curso del arbitraje que Canadá había dictado la medida en pro de la salud pública y el medio ambiente, el Tribunal rechazó el alegato de expropiación indirecta.

En definitiva podemos afirmar que la determinación de la existencia o no de una expropiación indirecta conlleva una ardua tarea para el operador jurídico. Si atendemos a las posturas doctrinales que hemos explicado hasta el momento, por un lado, una atiende al criterio de identificar una expropiación indirecta sólo a través del grado de impacto económico de la medida gubernamental sobre la inversión. Por otro, una segunda posición indica que debe efectuarse un análisis completo que combine este factor junto a las legítimas expectativas del inversor y el propósito y carácter de la acción estatal. Si bien la doctrina y ciertos laudos arbitrales recientes como *Suez y otros* se inclinan a favor de la doctrina de un solo efecto, no podemos dejar de lado la tendencia de los nuevos APPRI que exigen un análisis más detallado de todos los factores indicadores de una expropiación indirecta y no de sólo uno de ellos.

Aunado a ello, también la práctica está evidenciando el dictamen de otros laudos arbitrales -también recientes- que se inclinan a favor del examen conjunto de todos los elementos. Ello otorga al operador jurídico la flexibilidad necesaria para identificar todas las circunstancias fácticas del caso y aportar así una solución más adecuada. Coincidimos, en este sentido, plenamente con Salacuse, quien ha señalado que este análisis permite el dictamen de laudos arbitrales más objetivos que contribuyen con la percepción de legitimidad y justicia en el marco del sistema de protección internacional de inversiones⁵⁶¹.

⁵⁶¹ El autor expone textualmente: “Only through a contextual analysis that allows for the weighing of many relevant factors will it be possible to achieve a balanced approach when considering indirect expropriation claims. Such an approach would lead to more objective awards and contribute to the perception of legitimacy and justice in the international investment legal regime”. SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, *cit.*, pp. 317-318

4. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA: ¿UN ACTO ILÍCITO INTERNACIONAL?

Una vez fijadas las claves para la comprensión de cuando nos encontramos ante una situación de expropiación indirecta, resulta necesario examinar si un supuesto de esta naturaleza responde a un acto estatal lícito desde el punto de vista internacional. Este examen es de suma importancia a los fines de determinar el tipo de reparación aplicable que debe efectuar el Estado receptor al inversionista foráneo afectado por una medida expropiatoria.

Tal como mencionamos en el Capítulo II, las expropiaciones legales bajo el Derecho Internacional corresponden a aquellas que cumplen los requisitos establecidos en sede convencional, es decir: que se trate de una medida gubernamental no discriminatoria, dictada por causa de utilidad pública o interés social, cumpliendo la garantía del debido proceso y acompañada del pago de una compensación. En este orden de ideas, de acuerdo a los preceptos generales establecidos en los convenios multilaterales de carácter regional y los APPRI, la compensación comprende -generalmente- el valor del activo calculado en el momento justo antes de hacerse pública la expropiación, pagado en moneda libremente convertible y transferible al exterior y, además, el pago de intereses.

Ahora bien, para el caso de las expropiaciones indirectas debemos indicar que éstas constituyen un concepto distinto y autónomo de las directas, dado que en este supuesto partimos de la inexistencia de un título legal que expresamente “prive” al inversor de su inversión. Con independencia de su posible carácter regulatorio o de su condición de orden constructivo, el operador jurídico identifica su existencia a partir del examen integral de varios factores de naturaleza diversa tales como el grado de interferencia que cause la medida estatal en cuestión sobre la inversión foránea, el carácter de la acción gubernamental y las legítimas expectativas del inversor.

Así, debemos destacar que la mayoría de las previsiones contenidas en los principales APPRI y acuerdos multilaterales existentes en el sector simplemente expresan la prohibición a los Estados de realizar expropiaciones directas o indirectas y enumeran los requerimientos para considerarlas legalmente válidas. Esto nos conlleva a preguntarnos si: ¿debe una expropiación indirecta seguir los mismos parámetros convencionales de una de carácter directo para configurarse como un acto lícito desde el punto de vista internacional?

La doctrina ha respondido esta interrogante señalando que las expropiaciones indirectas, por su naturaleza, no pueden cumplir todos los requerimientos exigidos en sede convencional para considerarlas legales en el marco del sistema de promoción y protección de inversiones. Dos razones motivan esta afirmación:

1) En primer lugar, los Estados anfitriones, en estos supuestos, se niegan a pagar compensación alguna a los inversionistas argumentando que la medida estatal responde el ejercicio legítimo del poder regulatorio que le asiste⁵⁶².

2) Y, en segundo lugar, cuando estamos en presencia de una expropiación constructiva, es bastante complicado cumplir con la garantía del debido proceso, por la multiplicidad de actos que, en conjunto, la componen⁵⁶³.

Ante el incumplimiento de los parámetros establecidos por causa de las mencionadas razones, las expropiaciones indirectas constituyen actos ilegales desde el punto de vista internacional. Este supuesto nos lleva al análisis del tipo de reparación aplicable dado que, al aproximarnos a las soluciones convencionales existentes, nos encontramos ante una laguna jurídica toda vez que los instrumentos internacionales no contienen una norma que resuelva este aspecto en los casos de expropiaciones ilegales, sino sólo a las legales.

En atención a los lineamientos expuestos en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, la comisión de un acto ilícito transfronterizo debe ser reparado. Por tanto, al ser ilegal una expropiación indirecta, la reparación que debe el Estado anfitrión al inversionista foráneo no corresponde exactamente a la compensación establecida en sede convencional para las expropiaciones legales. Y, en este sentido, como analizamos en el Capítulo IV, en estos supuestos los Tribunales Arbitrales determinan la procedencia de una indemnización equivalente al pago del valor de la inversión, junto a otros conceptos como el lucro cesante e intereses compuestos.

⁵⁶² SALACUSE, J., *The Law of Investment...*, cit., p. 298 y DOLZER R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, cit., p. 92.

⁵⁶³ MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, cit., p. 61.

CAPÍTULO VI

DETERMINACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS COMPENSACIONES Y LAS INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE EXPROPIACIONES LEGALES E ILEGALES EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA INVERSION EXTRANJERA

1. NOTA INTRODUCTORIA

Sin restar méritos al resto de los requerimientos que, desde el punto internacional, se exigen para la licitud de una expropiación, uno de los que más controversia genera -sin duda alguna- corresponde al pago de una reparación por parte del Estado al inversionista, como consecuencia de la ejecución de una medida ejecutada por el primero contra los bienes e intereses del segundo⁵⁶⁴. Hablar de reparación implica, en términos generales, referir a la exigencia del pago de una suma de dinero. Dependiendo del tipo de expropiación que, desde el punto de vista internacional se trate —es decir, si es lícita o no—, existen ciertas variantes respecto a su contexto y a los conceptos que incluyen.

Como adelantamos en el Capítulo II, la trascendencia de esta exigencia es grande, más aún si consideramos que ni su entendimiento ni su cuantía quedan claros y se plantean todo tipo de problemas a la hora de su concreción. Dependiendo de las circunstancias fácticas que envuelve cada asunto relativo a una expropiación en un arbitraje de inversión, el operador jurídico se enfrenta a la tarea de examinar la procedencia o no de una reparación apropiada a las características y a la cuantía del activo involucrado.

No cabe duda -se avizora sin dificultad- que estamos en presencia de un tema de enorme complejidad. Dado que el objetivo de este Capítulo consiste en identificar el tipo de reparación apropiada para los supuestos de expropiaciones lícitas e ilícitas, desde el punto de vista transfronterizo, nos enfocaremos en analizar, por un lado, la distinción entre los términos *compensación* e *indemnización* que aluden a distintas formas de reparación en el marco del sistema internacional de promoción y protección de inversiones. Y, por otro, estudiamos sucintamente los estándares para determinar el monto de la reparación conforme a las soluciones expuestas tanto en sede convencional como en la práctica arbitral en la materia.

⁵⁶⁴ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, *cit.*, pp. 438-439.

2. DE LA DISTINCIÓN DE LOS TÉRMINOS “COMPENSACIÓN” E “INDEMNIZACIÓN” EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

El tema relativo a las reparaciones con ocasión de una medida expropiatoria bajo el Derecho Internacional resulta un verdadero desafío para el operador jurídico. El principio rector en esta materia indica, por un lado, que en un supuesto de expropiación de una inversión extranjera el Estado receptor debe *compensar* al inversionista por su propiedad; y, por otro, que todo daño causado por el primero al segundo por causa de la violación de una obligación internacional da lugar a una *indemnización*. El reto para el intérprete radica en que ambos términos –*compensación* e *indemnización*– aunque responden a bases distintas, frecuentemente se utilizan ambos términos como sinónimos de uno respecto a otro⁵⁶⁵.

A los fines de aproximarnos hacia la diferenciación entre ellos, iniciamos nuestro estudio con el análisis de la decisión sobre indemnización dictada por el TPJI en el asunto *Chorzów Factory* (1928)⁵⁶⁶. De seguidas, examinamos los postulados más importantes en esta materia consagrados en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales. Luego, exponemos nuestra posición respecto a este asunto y estudiamos la función que ejercen la compensación y la indemnización como distintos tipos de reparaciones en el Derecho Internacional.

⁵⁶⁵ MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages in international investment law*. Oxford University Press, Oxford – New York, 2009, p. 8. BIENVENU, P. Y VALASEK, M., «Compensation for unlawful expropriation, and other recent manifestations of the principle of full reparation in International Investment Law», en: *50 Years of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration, Congress Series, No. 14 (VAN DER BERG, J., Ed.). Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, p. 231. Véase también: WÄLDE, T. Y SABAHI, B., «Compensation, damages and valuation», en: *The Oxford Handbook of International Investment Law* (MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. Y SCHREUER, C., Eds.). Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, pp. 1052-1053 y DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, *cit.*, p. 563.

⁵⁶⁶ Decisión sobre Indemnización de fecha 13/09/1928, Fábrica en Chorzow (Alemania v. Polonia), Publicaciones del Tribunal Permanente de Justicia, Serie A, No. 17, Leyden, A.W.Sijthoff's Publishing Company, 1928, disponible en el siguiente link: <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1&PHPSESSID=cdf2b471170f8633d88dcc3469220a44> [Fecha de visita: 10/11/2009].

2.1. Punto de partida: Análisis de la decisión del TPJI en el asunto *Chorzow Factory* (1928)

Como acabamos de afirmar, la dificultad terminológica existente entre los términos *compensación* e *indemnización* ha sido un tema muy cuestionado en la doctrina⁵⁶⁷. Iniciamos la distinción de ambos vocablos con el análisis del emblemático asunto *Chorzow Factory*, conocido por el TPJI en 1928.

En este caso, se examinó la legalidad de la toma de la propiedad de dos fábricas de nitrato (*Oberschlesische Stickstoffwerke, A.G.* y *Bayerische Stickstoffwerke, A.G.*), en manos de ciudadanos alemanes, emprendida por las autoridades polacas. El origen del problema obedeció a que estas fábricas fueron construidas 13 años antes en territorio alemán que, luego de la I Guerra Mundial, se convirtió en parte de Polonia. En 1922, Alemania y Polonia concluyeron un tratado internacional denominado Convenio de Ginebra, conforme al cual se acordó que Polonia podía expropiar ciertos intereses alemanes en la zona, siempre y cuando la medida fuese indispensable para la continuidad de la vida económica de la Región y fuera pagada una compensación, equivalente al valor del activo para el día de su expropiación⁵⁶⁸.

Las autoridades polacas, actuando conforme a un decreto ministerial, en forma unilateral tomaron la posesión y el control de las fábricas de nitrato. Ante esta situación, Alemania demandó a Polonia por la violación del referido Tratado y reclamó, en nombre de sus ciudadanos, la respectiva indemnización.

En su fallo, el Tribunal señaló que la obligación de un Estado reparar el daño producto del incumplimiento de un acuerdo constituye un principio de Derecho Internacional. Un aspecto que debemos resaltar de esta decisión es que el propio TPJI reconoció que el tratamiento de la reparación es distinto si la medida expropiatoria es considerada legal o ilegal. Si es legal, debe pagarse el precio justo de la propiedad, para el momento de la desposesión más los intereses

⁵⁶⁷ NORTON, P.M., «A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the International law of expropriation», *The American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, p. 477; REINISCH, A., «Legality of...», *cit.*, p. 194 y MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, *cit.*, p. 8.

⁵⁶⁸ *Fábrica en Chorzow (Alemania v. Polonia)*, Decisión sobre Indemnización de fecha 13/09/1928, p. 18 y ss. Véase también: BIENVENU, P. Y VALASEK, M., «Compensation for unlawful expropriation...», *cit.*, p. 233.

generados hasta el día en que sea efectuado el pago. Si por el contrario se considera ilegal, requiere una reparación.

En el asunto en estudio, debido a que fueron expropiadas ilegalmente ambas fábricas sin la consecuente compensación, en violación de las estipulaciones previamente pactada en el convenio internacional suscrito entre Polonia y Alemania, se consideró que la reparación debía incluir, al menos, el valor de la propiedad, los derechos y los intereses afectados; no así los daños de terceros ajenos al caso:

“The essential principle contained in the actual notion of an illegal act is that reparation must, as far as possible, wipe out all consequences of the illegal act and reestablish the situation which would have existed if that act has not been committed. Restitutio in kind or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which restitutio in kind could bear (must be made). The award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it -such are the principles which should serve to determine the amount compensation due for an act contrary to international law...”⁵⁶⁹.

La doctrina ha afirmado que el debate de la reparación en el arbitraje de inversión procede de forma similar al suscitado en el marco del Derecho Internacional Público⁵⁷⁰. Así, como se evidenció en el caso *Chorzów Factory*, siendo el Estado sede de la inversión quien ha ejecutado un acto contrario al orden jurídico transfronterizo, por la violación de las previsiones convencionales previamente pactadas⁵⁷¹, está en la obligación de reparar los perjuicios ocasionados a través de la restitución en especie de lo perdido. De no ser posible cumplir con este cometido, debe pagar una indemnizar por los daños causados. Como analizamos a continuación, las soluciones expuestas en esta conocida decisión son también desarrolladas en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales.

⁵⁶⁹ *Fábrica en Chorzów (Alemania v. Polonia)*, Decisión sobre Indemnización, cit., p. 47.

⁵⁷⁰ McLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, cit., p. 316.

⁵⁷¹ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, cit., p. 427.

2.2. Segundo punto: Del deber de reparación expuesto en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales

Años después de ser dictada la decisión por parte del TPJI respecto al asunto *Chorzów Factory*, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas preparó, en el año 2001, un instrumento denominado Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales. Como analizamos en el Capítulo II, este documento tiene como propósito establecer las reglas básicas respecto a la responsabilidad de los Estados por la comisión de actos (de acción y de omisión) contrarios a las obligaciones previamente contraídas con otros Estados.

En el caso que nos ocupa, el artículo 31 del mencionado instrumento señala que, al evidenciarse el incumplimiento de una obligación internacional, el Estado infractor está en la obligación de efectuar una reparación completa por el daño causado. Esta reparación, conforme al artículo 34, puede efectuarse mediante la restitución, la compensación y la satisfacción (o la combinación de éstos)⁵⁷².

La restitución, según el artículo 35 del Proyecto de Artículos, consiste en la obligación del Estado de restablecer al afectado la situación existente para el momento anterior a la conducta ilegal. Por su parte, si la restitución no es posible, puede el Estado proceder a la compensación que, de acuerdo al artículo 36, consiste en el deber del Estado de reparar el daño causado, incluyendo el pago de las ganancias dejadas de percibir. Y, por otro, de no ser posible ni la restitución ni la compensación, los Estados pueden ofrecer una disculpa pública, denominada satisfacción conforme al artículo 37 del referido instrumento.

Aunque este Proyecto de Artículos no establece una diferencia entre los términos *compensación* e *indemnización*, sí advierte la existencia de estándares de reparación cuando un Estado incurre en un acto ilícito desde el punto de vista internacional. He allí el punto de discusión. Bajo el sistema internacional de promoción y protección de inversiones, la obligación convencional de reparación del Estado receptor por una expropiación al inversionista foráneo no es

⁵⁷² Véase COHEN SMUTNY, A., «Principles relating to compensation in the investment treaty context», en: *Investment Treaty Arbitration Workshop*. IBA Annual Conference, Chicago, 2006, p. 1.

exactamente igual a los supuestos en los cuales la medida no reúne todos los requisitos expuestos en los tratados internacionales.

Al respecto, se considera que la base de la distinción entre una *compensación* y la *indemnización* responde a si estamos en presencia de un acto estatal legal o un acto ilegal desde el punto de vista internacional. Sin embargo, la diferenciación entre una expropiación legal o ilegal no es un ejercicio fácil de identificar⁵⁷³, toda vez que no siempre una medida expropiatoria o una nacionalización es, per se, violatoria del Derecho internacional⁵⁷⁴. La expropiación y la nacionalización son medidas dictadas por los Estados en ejercicio de su soberanía, a los fines de alcanzar el objetivo de velar por los intereses del colectivo y su desarrollo socioeconómico.

2.3. Propuesta de distinción terminológica

Vistos los señalamientos expuestos tanto por el TPJI en el asunto *Chorzow Factory*, como por el Proyecto de Artículos, podemos inferir que si la medida expropiatoria que recae sobre derechos patrimoniales de un inversionista foráneo ha sido dictada bajo las previsiones del APPRI o del convenio multilateral aplicable cumpliendo los requisitos por ellos exigidos, el Estado debe responderle al afectado con una *compensación* para atenuar el impacto de sus efectos. En contraste, si el acto estatal de expropiación constituye un incumplimiento del acuerdo bilateral o multilateral en materia de inversiones e, incluso, de un contrato de inversión, el Estado anfitrión debe *indemnizar* al inversor por los daños, atendida su ilegalidad⁵⁷⁵.

En este orden de ideas, llama la atención que la doctrina se debate entre dos opciones marcadamente diferentes:

1) Una primera, claramente voluntarista, en el sentido de considerar los términos *compensación* e *indemnización* como indistintos⁵⁷⁶ - ante la enorme dificultad de diferenciarlos⁵⁷⁷ - y,

⁵⁷³ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, cit., pp. 438-439.

⁵⁷⁴ MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, cit., p. 42.

⁵⁷⁵ REINISCH, A., «Legality of...», cit., pp. 200-201; WÄLDE, T. Y SABAHI, B., «Compensation, Damages...», cit., pp. 1052-1053.

⁵⁷⁶ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., p. 563.

2) Otra, segunda, optar por proceder en desarrollar la tarea de distinguirlos⁵⁷⁸.

Reconocemos la difícil labor del operador jurídico en desarrollar esta actividad y hasta la casi imposibilidad de ofrecer una solución uniforme ante la multiplicidad de situaciones fácticas y de soluciones de APPRI⁵⁷⁹. Sin embargo, concordamos con el sector doctrinal que trata, en la medida de las posibilidades, de diferenciarlos, al menos, desde el punto de vista terminológico. De este modo, si distinguimos entre los actos lícitos e ilícitos desde el punto de vista transfronterizo, la *compensación* responde al pago de una suma equivalente a los activos que han sido objeto de una expropiación lícita. En tanto que la *indemnización*, consiste en la reparación por los daños y perjuicios derivados de las expropiaciones ilícitas. En este orden de ideas, es importante aproximarnos -a continuación- a las funciones que cumplen cada una de las reparaciones mencionadas.

⁵⁷⁷ BROWNIE, I., *Principles of Public...*, *cit.*, pp. 459-460. Ante la dificultad, el autor expone su propia opinión: “The term breach of duty denotes an illegal act or omission, an injury in the broad sense. Damage denotes loss, *damnum*, whether this is a financial quantification of physical injury or damage, or of other consequences of a breach of duty. Reparation will be used to refer to all measures which a plaintiff may expect to be taken by a defendant state: payment of compensation (or restitution), an apology, the punishment.... Compensation will be used to describe reparation in narrow sense of the payment of money as a valuation of the wrong done. Confusion arises where compensation is paid for a breach of duty which is actionable without proof of particular items of financial loss, for example the violation of diplomatic or consular immunities (...). The award of compensation for such illegal acts is sometimes described as moral or political reparation, terms connected with concepts of moral and political injury, and it is this terminology which creates confusion, since the injury is a breach of a legal duty in such cases and the only special feature is the absence of a neat method of quantifying loss, as there is relatively speaking, in the case of claims relating to death, personal injuries and damage to property”.

⁵⁷⁸ REINISCH, A., «Legality of...», *cit.*, p. 199-200 y, especialmente, MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, *cit.*, pp. 9 y ss.

⁵⁷⁹ Incluso, el intento de distinguir las ha sido calificado como un ejercicio doctrinal, por cuanto en la práctica los Tribunales Arbitrales generalmente no la efectúan. MC.LACHLAN, C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration...*, *cit.*, p. 331-332.

2.4. *Las funciones de la compensación y la indemnización*

La función entre la *compensación* varía notablemente de la *indemnización*. La *compensación* consiste en el pago de una suma de dinero por parte del Estado receptor al inversionista foráneo, a los fines de moderar la situación del afectado por la pérdida de su derecho patrimonial. En este orden de ideas, debemos destacar que conforme a los distintos instrumentos convencionales regionales y, al menos, los APPRI Modelo de países exportadores de capital, la *compensación* responde a uno de los requerimientos esenciales, junto a la causa de utilidad pública y la no discriminación, de una expropiación⁵⁸⁰.

El cumplimiento de esta obligación constituye un límite a la potestad expropiatoria de los Estados⁵⁸¹, y responde a la garantía patrimonial del particular de ser compensado por la privación del Derecho de propiedad que ejercía sobre sus activos⁵⁸². Dependiendo de la solución convencional aplicable, el pago del derecho patrimonial corresponde al valor que tenía para el momento justo antes de hacerse pública la medida de expropiación o de nacionalización, más el pago de intereses a tasa comercial de mercado.

Ahora bien, distinta a la *compensación* como requerimiento convencional para una expropiación, la *indemnización* responde a la sanción aplicable a los supuestos de incumplimiento de los parámetros internacionales de una nacionalización o una expropiación, a que hemos hecho referencia en el Capítulo II. En este orden de ideas, tomando en cuenta las soluciones del Proyecto de Artículos, el acto estatal que incumpla las previsiones convencionales es calificado como ilícito desde el punto de vista transfronterizo.

⁵⁸⁰ En sede convencional multilateral, así lo expresan los artículos 13 del TCE, 1110 del TLCAN, 10.7 de CAFTA-Dr, 4 del Protocolo de Colonia y VI del ASEAN. En sede convencional bilateral, los artículos 4, 6, 5 y 3 de los APPRI Modelo de Alemania, Estados Unidos, Francia y Canadá, respectivamente.

⁵⁸¹ MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, cit., p. 13.

⁵⁸² PARADA, R., *Derecho Administrativo I Parte General*. 17^o ed. Marcial Pons, Madrid – Buenos Aires – Barcelona, 2008, pp. 537-538. En este sentido, la doctrina califica el pago de la compensación como “... presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria (...). No se trata de un crédito de resarcimiento, sino la de una carga que ha de cumplir el beneficiario interesado en llevar a efecto la expropiación (...), para que sea a su favor”. Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo II...*, cit., p. 281.

En consecuencia, la comisión de un acto ilegal acarrea responsabilidad internacional al Estado anfitrión y, consecuentemente, producto de este hecho, debe una reparación al inversor. Este deber de reparación -valga la redundancia- siguiendo el lineamiento del caso *Chorzow Factory* y del artículo 35 del Proyecto de Artículos, se efectúa a través del restablecimiento al afectado de la situación existente para el momento previo a la conducta estatal ilegal. Podríamos pensar como una eventual solución en este supuesto, la devolución por parte del Estado receptor al inversionista extranjero de la propiedad expropiada en el mismo estado en que se encontraba antes de ser dictada la medida expropiatoria. Sin embargo, no siempre esto es posible.

Ahora bien, cuando no pueda llevarse a cabo la restitución debe el Estado receptor *indemnizar* al inversionista por los daños y perjuicios causados, a efectos de impedir que el primero retenga indebidamente derechos patrimoniales del segundo a través de la comisión de actos contrarios a los convenios internacionales⁵⁸³. De esta forma, la indemnización se traduce, en principio, en el pago de una suma de dinero equivalente al bien expropiado en forma ilegal. Como veremos más adelante, el monto que los Tribunales Arbitrales ordenan a pagar a los Estados por concepto de *indemnizaciones* en ocasiones, es mayor a cuando se trata de *compensaciones*, toda vez que se incluye el pago de intereses compuestos y, dependiendo del tipo de activo, el pago de las utilidades dejadas de percibir⁵⁸⁴.

La diferencia entre los montos de la *compensación* y la *indemnización* radica precisamente en sus fundamentos. La primera, atiende a la garantía patrimonial del inversionista como límite a la potestad expropiatoria del Estado y, por lo tanto, se paga al inversionista el valor de su inversión más intereses. Mientras que la segunda, por su parte, como es una sanción al incumplimiento de las obligaciones convencionales, de no lograr la restitución al inversionista de su situación para el momento previo a la comisión del hecho ilícito -incumplimiento de la obligación convencional- se ordena al Estado receptor a pagar el daño emergente y, en ocasiones, también el lucro cesante más intereses compuestos, como examinaremos más adelante.

⁵⁸³ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores...*, cit., p. 208. La autora califica el supuesto cuando los Estados expropián la propiedad de inversionistas extranjeros sin que medie compensación como un acto de enriquecimiento ilícito. Véase también: SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, cit., pp. 418-419.

⁵⁸⁴ MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, cit., p. 69 y DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., p. 575.

Respecto a esta último tipo de reparación se ha cuestionado en la doctrina si la *indemnización* también responde a una sanción por daños punitivos. Es decir, dado que generalmente su cuantía es más alta comparada con la *compensación*, la elevación de la sanción pecuniaria resultaría un castigo a la conducta ilegal realizada por el Estado receptor y, al mismo tiempo, podría servir de escarmiento para el resto de los países que conforman la comunidad jurídica internacional.

Coincidimos en la respuesta negativa que esgrime la doctrina a este planteamiento, toda vez que no es función del Tribunal Arbitral ordenar este tipo de sanciones ejemplarizantes⁵⁸⁵. Debemos destacar, en este sentido, que en muy pocas jurisdicciones se acepta este criterio —excepto en los Estados Unidos de América—. Asimismo, conforme a las previsiones del Proyecto de Artículos se contempla, en su artículo 37, la figura denominada satisfacción (*satisfaction*), como otra forma de reparación además de la restitución y la indemnización. En ese supuesto debe el Estado responsable por su acción u omisión, ofrecer una disculpa pública o a expresar su rechazo al acto cometido⁵⁸⁶.

La tarea de distinguir los términos *compensación* e *indemnización* en el marco de las expropiaciones bajo el sistema internacional de promoción y protección de inversiones, en definitiva, no es una labor sencilla para el operador jurídico. Nos encontramos en presencia de conceptos que vinculan aspectos de Derecho internacional público y el Derecho internacional de las inversiones foráneas.

El lugar común en ambos términos corresponde a la obligación de los Estados receptores de reparar al inversor foráneo. Pero, el fundamento legal de cada uno de ellos es distinto, toda vez que parte de la licitud internacional del acto desarrollado por el Estado anfitrión. Como hemos examinado en líneas anteriores, la compensación responde a uno de los requisitos esenciales, contenidos en los convenios internacionales aplicables, para que una expropiación sea lícita desde el punto de vista transfronterizo. La indemnización responde a la sanción pecuniaria que se ordena a pagar al Estado anfitrión cuando se demuestra que ejecutó una medida expropiatoria sin haber cumplido con los requisitos convencionales.

⁵⁸⁵ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, *cit.*, p. 448.

⁵⁸⁶ MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, *cit.*, p. 33. AAVV, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries. 85° sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas de fecha 12/12/2001. Organización de Naciones Unidas, 2008, pp. 105-106. Su texto se encuentra disponible en: <http://www.daccess-org.org/tmp/7791698.htm> [Fecha de visita: 11/11/2009].

Si bien en la práctica no todos los Tribunales Arbitrales atienden a esta distinción, al optar por utilizarlos como sinónimos, en las próximas páginas tratamos de mantener la diferenciación para examinar los aspectos inherentes a la determinación de cada una de ellas. Como veremos, existen diversas soluciones desarrolladas por la costumbre internacional (a través de la Fórmula Hull) y contenidas en distintas soluciones convencionales a los efectos de identificar el monto de la compensación. En contraste, la determinación de la indemnización plantea al operador jurídico un reto importante, ante la inexistencia de soluciones uniformes al respecto.

3. DETERMINACIÓN DE LA COMPENSACIÓN: DE LA LLAMADA FÓRMULA HULL A LAS ACTUALES SOLUCIONES CONVENCIONALES Y SU VALORACIÓN PRÁCTICA

Bajo el sistema internacional de promoción y protección de inversiones, los lineamientos por medio de los cuales debe determinarse la compensación por causa de una expropiación no han sido del todo uniformes. En un principio, ante las nacionalizaciones y las expropiaciones emprendidas por los Estados, los inversionistas por vía diplomática, a través de los países de procedencia, reclamaban el pago total de los derechos patrimoniales afectados⁵⁸⁷.

En un primer momento se exigió, como condición de legalidad de una expropiación, que la medida fuese acompañada por una justa, adecuada y pronta compensación (denominada Fórmula Hull), cuya solución aún subsiste hasta nuestros días. Luego, como veremos, con la conclusión de acuerdos regionales y de los APPRI, hoy día tenemos una pluralidad de soluciones de orden convencional.

A los fines de analizar esta evolución, examinamos en primer lugar los antecedentes respecto a la determinación de la compensación, desde la aparición de la Fórmula Hull, las previsiones contenidas en la Asamblea General de la ONU n° 1803 (XVII) así como en la Carta de Deberes y Derechos Económicos de 1974 y otras soluciones presentadas por organismos internacionales tales como la OCED y el IISD. Posteriormente, estudiamos las soluciones expuestas en los

⁵⁸⁷ HOBBER, K., «Investment arbitration in Eastern Europe...», *cit.*, pp. 4-5.

principales convenios regionales y APPRI Modelo. En particular, revisamos los conceptos que incluye la compensación: valor económico de la inversión junto a los intereses, conjuntamente con las orientaciones brindadas por la práctica arbitral en esta materia.

3.1. *Fórmula Hull: compensación pronta, adecuada y justa*

La Fórmula Hull responde a un parámetro conforme al cual si una inversión foránea es expropiada, el Estado receptor debe compensar la totalidad de las pérdidas sufridas al inversionista. Esta fórmula debe su nombre al ex - Secretario de Estado de los Estados Unidos -Cordell Hull- quien, en negociaciones con las autoridades mexicanas en 1938 luego de la nacionalización de propiedades pertenecientes a nacionales estadounidenses en dicho país, señaló: “*No government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provisions for prompt, adequate and effective payment therefore*”⁵⁸⁸.

Vale destacar que Hull no definió la expropiación realizada por el Presidente Lázar Cárdenas como ilegal sino que, asumiendo que el objetivo de las autoridades mexicanas consistía en emprender una reforma agraria en el territorio nacional, sólo reclamaba una compensación por la privación del derecho de propiedad de sus nacionales⁵⁸⁹.

La calificación de una *pronta, adecuada y efectiva* compensación se concibió de la siguiente forma:

1) *Pronta*, debido a que la suma a pagar por este concepto no se devalúe en el transcurso del tiempo en que el deudor tarde en cumplir su obligación, más el pago de los intereses generados desde el momento en que la expropiación se hace pública hasta el día en que sea efectuado el pago.

2) *Adecuada*, implica que el pago a recibir por la propiedad expropiada corresponda al valor que tenía el día en que se produjo la desposesión;

⁵⁸⁸ REINISCH, A., «Legality of...», *cit.*, p. 194.

⁵⁸⁹ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, *cit.*, p. 438.

3) Mientras que, por último, *efectiva*, se entiende en el sentido de que corresponde al hecho de que el pago se efectúe en moneda libremente convertible⁵⁹⁰.

Este planteamiento efectuado a través de la Fórmula Hull se ha convertido en la base de una línea argumental que se prolonga hasta nuestros días, a través de su inclusión en iniciativas internacionales -como las propuestas de convenios multilaterales en materia de protección de inversiones foráneas y en la Guía de Tratamiento de la Inversión Directa Extranjera preparada por el Banco Mundial en 1992⁵⁹¹-, en los APPRI y convenios regionales. En las próximas líneas realizamos una aproximación al respecto.

3.2. Propuestas de determinación de la compensación

Diversas y sucesivas oleadas de nacionalizaciones ocurrieron en la década de los años 50 y 60 del Siglo XX, especialmente en el Oriente Medio cuando fueron expropiadas numerosas concesiones petroleras. Las soluciones a los conflictos, suscitados entre los Estados y los inversionistas por la determinación y el pago de las compensaciones, fueron dictadas por distintos Tribunales Arbitrales. En cada proceso arbitral, los árbitros debieron aplicar principios generales de Derecho, a falta de elección del Derecho aplicable por las partes. Finalmente se ordenó el pago de compensaciones por la totalidad de la inversión realizada a todas las operadoras foráneas.

A los efectos de calcular dichas compensaciones, se tomaron en cuenta los costos incurridos en el desarrollo del proyecto petrolero, el lucro cesante y ajustes por inflación, conforme al análisis, en cada caso, de los términos y condiciones del contrato celebrado entre las partes y los principios contenidos en las normas jurídicas aplicables al fondo de la causa. Un ejemplo ilustrativo de ello lo constituyen los tres arbitrajes iniciados por operadoras foráneas contra el Estado libio quien, durante los años 1973 y 1974, nacionalizó sus recursos naturales.

⁵⁹⁰ CHAMORRO CORONADO, L.M., *Los acuerdos españoles de...*, cit., pp. 362-363; HOBÉR, K., *Investment arbitration in Eastern Europe: In search of a definition of expropriation*. Jurisnet, LLC, New York, 2008, p. 43. SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, cit., pp. 323-324.

⁵⁹¹ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment (en siglas inglesas), fue concluido por el Banco Mundial en 1992. Su texto está disponible en: <http://www.ita.law.uvic.ca/documents/worldbank.pdf> [Fecha de visita: 05/05/2011].

1) Para el caso de *British Petroleum* (BP), la indemnización acordada ascendió a 62,4 millones de dólares de la época, suma a la cual se le restó los montos correspondientes de royalties e impuestos de 45 millones de dólares.

2) En el proceso arbitral iniciado por TOPCO, el árbitro estipuló la suma de 152 millones de dólares, pagados en especie, vale decir, en barriles de petróleo.

3) Y, finalmente en el asunto LIAMCO, al desestimar la solicitud de la demandante de que cancelaran la nacionalización por violar la soberanía libanesa, y al desechar el alegato de Libia de indemnizar al inversionista conforme a los valores contables netos de los libros, el Tribunal Arbitral expresó que la indemnización sería de 13,8 millones de dólares por la pérdida de los equipos y plantas, así como 66 millones de dólares por lucro cesante (*lost profits*)⁵⁹².

Ahora bien, en paralelo a esas sucesivas nacionalizaciones y expropiaciones, los países exportadores y los importadores de capital se enfrentaban al desafío de alcanzar una posición uniforme sobre el estándar de compensación que debía aplicarse en estos supuestos, dado que no había acuerdo generalizado respecto al uso de la Fórmula Hull⁵⁹³.

3.2.1. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU (1962)

Los Estados receptores de inversión, siendo generalmente calificados como países en vías de desarrollo, exigían el respecto a su Derecho soberano de imponer controles a la inversión foránea, a la adquisición de propiedades por parte de ciudadanos extranjeros y a la celebración de contratos estatales con éstos, sin otorgarles un tratamiento preferente. Sin embargo, también admitían que este derecho lleva consigo la obligación de efectuar una compensación apropiada a los

⁵⁹² BISHOP, R. D., «International arbitration of petroleum disputes...», *cit.*, pp. 67-68.

⁵⁹³ DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of international investment...*, *cit.*, p. 91. Se afirma como posición en contra de la Fórmula Hull la planteada por Carlos Calvo, quien proclamaba en su Doctrina que los extranjeros y su territorio no requieren de una protección más extensa que los nacionales. Por tanto, les asiste a ambos una compensación similar. Véase al respecto: HERDEGEN, M., *Derecho económico internacional...*, *cit.*, p. 293 y MC.LACHLAN, C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration...*, *cit.*, pp. 316-317. Aunque no ha tenido éxito, la Doctrina Calvo ha ejercido una fuerte influencia en Latinoamérica y ha sido interpretada a favor de la reticencia al arbitraje de inversión. Reproducimos nuestros comentarios del Capítulo I.

inversionistas en los supuestos de una eventual expropiación de sus intereses de acuerdo a las circunstancias de cada caso⁵⁹⁴.

Las conversaciones entre los Estados exportadores e importadores de capital dieron lugar en el año 1962, a un consenso recogido por la Resolución de la Asamblea General de la ONU (XVII) No. 1803, conforme al cual, de resultar nacionalizados o expropiados los intereses de los primeros, los segundos están obligados a compensarles *apropiadamente* de acuerdo a las reglas del Estado receptor de la inversión y el Derecho internacional⁵⁹⁵. Si no hay acuerdo entre las partes respecto a la determinación y el monto de la compensación, dicho problema debía ser resuelto en la jurisdicción del Estado expropiante, aunque también se incluyó la posibilidad de acudir al arbitraje o a una jurisdicción internacional.

3.2.2. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974)

La consideración de una compensación *apropiada* como se esgrimió en la Resolución n° 1803 (XVII) de la ONU también fue contemplada en el llamado nuevo orden económico internacional y, particularmente, en la Carta de los Deberes y Derechos Económicos de los Estados (1974)⁵⁹⁶. Este instrumento tiene como uno de sus objetivos cardinales promover el establecimiento del referido orden económico basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre los Estados.

El artículo 2 de la mencionada Carta consagra el deber de los Estados de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de los bienes extranjeros. Como afirmamos, se contempla en este supuesto la obligación del pago de una compensación *apropiada* conforme a la ley nacional del país que expropia o nacionaliza y que cualquier problema relativo a su determinación sea resuelto ante

⁵⁹⁴ CHAMORRO CORONADO, L.M., *Los acuerdos españoles de...*, cit., p. 335; HOBÉR, K., *Investment arbitration in...*, cit., p. 41.

⁵⁹⁵ El hecho de ser un acuerdo concertado en el marco de la Organización de Naciones Unidas por parte de la representación de una gran cantidad de Estados no deja de despertar inquietudes en la doctrina, toda vez que el término de compensación "*apropiada*" resulta muy abstracto y complicado de calificar. Véase NORTON, P.M., «A law of the future or a law of...», cit., p. 502.

⁵⁹⁶ Resolución n° 3281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU.

los tribunales de la jurisdicción del Estado importador de capital, salvo que se acuerde la elección de otro medio pacífico de resolución de conflictos.

Sobre la compensación *apropiada* como expresa este instrumento, la doctrina ha explicado que se refiere a un estándar flexible, toda vez que alude: a) a los supuestos del pago de la totalidad de la inversión realizada (reparación integral) y, b) a los casos cuando no procede una compensación al inversor por haber recuperado con creces el dinero invertido, en el transcurso de tiempo en que duró la inversión, mientras que el Estado receptor no se ha beneficiado de esta actividad⁵⁹⁷.

3.2.3. El *Restatement Third of Foreign Relations* de Estados Unidos (1987)

En contraste con estas dos eventuales soluciones planteadas para determinar el estándar adecuado a la compensación, el *Restatement Third of Foreign Relations* de Estados Unidos, como país tradicionalmente exportador de capital, esgrime al respecto que dicha reparación debe ser justa y debería, en principio, responder al valor de la propiedad para el momento en que se materialice la medida de desposesión y sea pagada en forma conveniente para el inversionista⁵⁹⁸.

Las iniciativas analizadas hasta el momento junto a los preceptos de la Fórmula Hull nos van orientando respecto a la existencia de dos grandes tendencias. Por un lado, los países exportadores de capital en aras de asegurar que sus nacionales puedan recuperar la inversión, proponen fórmulas que permitan garantizar el pago de una compensación integral, que cubra la totalidad de la propiedad expropiada. Por otro, se esgrime la tendencia de los países receptores de dicho capital foráneo quienes atendiendo a la soberanía que les asiste sobre su territorio y sus recursos naturales y, al mismo tiempo, sin pretender obviar la obligación de compensación que lleva consigo una expropiación, argumentan que su pago sea adecuado.

Ello significa que dependiendo de los supuestos fácticos y económicos de cada asunto, la reparación pueda ser calculada en una forma más equitativa: bien

⁵⁹⁷ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, *cit.*, p. 446.

⁵⁹⁸ NORTON, P.M., «A law of the future or a law of...», *cit.*, pp. 474-476.

por la totalidad de la inversión o por sólo parte de ella. Este contraste de soluciones impera hasta nuestros días, aunque también debemos señalar que la tendencia prevalente en todos los instrumentos convencionales se orienta a la consideración de la compensación como el equivalente al valor económico de la inversión realizada en función del mercado involucrado, junto al pago de intereses.

3.2.4. Guía de tratamiento para la inversión extranjera directa del Banco Mundial (1992)

El Banco Mundial preparó esta guía con el propósito de que sea complemento para los APPRI's aplicables o un posible modelo para que los legisladores nacionales lo incorporen en sus leyes internas. En particular, indica que toda compensación por causa de una expropiación, cumplidos como sean los requisitos de debido proceso legal, no discriminación, finalidad de utilidad pública y el pago de una compensación, debe ser apropiada.

Según este instrumento, una compensación *apropiada* implica que sea *adecuada, efectiva y pagada prontamente*, tal como lo enuncia la Fórmula Hull, adaptada a los parámetros internacionales más recientes. Es decir, que la compensación sea:

a) En primer lugar, pagada conforme al valor justo de mercado para el momento inmediatamente anterior a la fecha de la decisión de expropiación o de que se haga pública dicha medida;

b) En segundo lugar, que su pago se efectúe en una moneda de circulación y convertibilidad internacional, bajo los parámetros establecidos por el Fondo Monetario Internacional o de acuerdo a los términos acordados por el inversor,

c) Y, finalmente, en tercer lugar se exige que el compromiso de pago se realice sin demoras. En el supuesto que el Estado receptor no pueda cumplir con esta obligación por causas excepcionales, se pueden acordar plazos de pago siempre que no exceda del periodo de cinco años, desde la fecha de la expropiación, más los intereses de mercado (conforme a la moneda de pago).

3.2.5. Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OCED (1998)

El Proyecto de Acuerdo Multilateral que concluyó la OCED consagra -en su artículo 2.1- la compensación como uno de los requisitos internacionales que debe cumplir una medida expropiatoria, pagada a valor justo de mercado por el Estado receptor al inversionista, sin demora, y con el mismo planteamiento de la Fórmula Hull.

Llama la atención de esta iniciativa la inclusión del pago de intereses del Estado receptor al inversionista, como parte de los conceptos que debe abarcar la compensación. En tal sentido, refiere que éstos se pagarán a tasa comercial del mercado desde el día de la expropiación hasta el día del pago de esta reparación. A tal efecto plantea el instrumento modelo cuatro posibles escenarios de pago de la compensación, a elección del Estado receptor y del inversionista. Aproximándonos a ellos encontramos este prisma de eventuales soluciones:

a) El primero corresponde al valor de mercado de la inversión expropiada para el día de la fecha de expropiación y, a elección del inversor, pagada en la moneda local del Estado anfitrión u otra moneda, a la tasa de cambio vigente en el mercado para ese momento. A ello se agregan los intereses calculados a la tasa vigente del mercado, desde la fecha de la expropiación hasta la fecha en que se verifique el pago de la compensación.

b) El segundo escenario que muestra el Proyecto consiste en el pago del valor justo de mercado de la inversión expropiada y los intereses, con la diferencia que el Estado anfitrión decide si el pago se realiza en moneda libremente convertible o si, de común acuerdo con el inversionista, se efectúa en otra moneda.

c) El tercero, por su parte, expone la opción semejante a la anterior en la que sólo el Estado anfitrión determina la moneda de pago;

d) Y, el cuarto escenario indica como última opción el cálculo de los intereses a la tasa comercial del mercado perteneciente a la moneda de pago de la compensación.

3.2.6. Acuerdo Modelo de Inversión del IISS (2005)

Otra iniciativa planteada en materia de protección de inversiones corresponde al Acuerdo Modelo de Inversión concluido por el IISS. De acuerdo a su artículo 8, al igual que la solución de la OCED, expone la compensación como requerimiento de una expropiación.

Ahora bien, en lugar de incluir el enunciado de la citada Fórmula Hull, este modelo expone el criterio de una compensación adecuada que califica como el pago del equivalente al valor de mercado de la propiedad para el momento justo antes de conocerse la medida expropiatoria. A los fines de identificar el valor justo del activo del inversionista se mencionan el método del flujo de caja descontado y el método de valoración aproximada de la inversión, a través de la valoración de los distintos tipos de activos que la componen.

El Modelo también prevé el pago sin demora de la compensación, en moneda libremente convertible. Establece incluso la posibilidad de elegir su conversión en alguna de las monedas de los países pertenecientes al Grupo de los 7 (así denominados por su importancia política y económica)⁵⁹⁹ o, en alguna otra divisa. Junto al pago del valor de la propiedad expropiada el Estado debe pagar también los intereses calculados desde la fecha de la expropiación hasta el día del cumplimiento de la obligación del pago de la compensación, a la tasa comercial de mercado vigente de la moneda de pago.

Un aspecto muy interesante que esgrime este Modelo se refiere a los supuestos cuando el Estado receptor de la inversión no está en capacidad económica de honrar su compromiso de pago. En ese caso puede pactarse el pago fraccionado de la deuda en un periodo máximo de 3 años, como también prevé la posibilidad de que tanto el Estado anfitrión como el inversionista lleguen a un acuerdo de pago.

En resumen, aunque se trata de modelos que no han concluido en acuerdos internacionales ratificados por un importante número de países y que podrían ser referencia para la conclusión de nuevos APPRI, este segundo grupo de iniciativas nos brindan un prisma de soluciones orientadas hacia un criterio

⁵⁹⁹ El Grupo está conformado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y el Reino Unido.

más pragmático entre los intereses de los Estados receptores y los Estados exportadores de capital. Se reconoce el Derecho de los países a controlar la inversión foránea en su territorio y la potestad soberana de expropiar. También se reconoce expresamente el deber de compensación.

Aunque algunas de ellas aún muestran el enunciado de la Fórmula Hull -lo que también sucede con los APPRIs y algunos convenios regionales como veremos a continuación-, buena parte de las soluciones ofrece alternativas de acuerdo entre el Estado receptor y el inversionista para el pago de la compensación. Todas tienen como lugar común el enunciado de los conceptos incluidos dentro de la compensación: una suma de dinero equivalente al pago del valor de mercado de la propiedad expropiada junto a los intereses, calculados desde la fecha de la expropiación hasta el día de su pago.

Finalmente, dos asuntos novedosos de estas iniciativas llaman la atención. Por un lado, se incorpora la moneda de pago de la compensación -no contemplado en el primer grupo de iniciativas- siendo un aspecto de especial relevancia para garantizar la transferencia del capital al exterior. Por otro, se abre la posibilidad de negociar plazos más largos para el pago de esta reparación en los supuestos cuando los Estados no tienen la capacidad financiera suficiente para honrar este compromiso en forma inmediata.

3.3. Previsiones convencionales respecto a la determinación y contenido de la compensación

Prácticamente todos los acuerdos regionales y en los APPRIS contienen soluciones -generalmente expuestas en un mismo artículo y su respectivo anexo- sobre la compensación con ocasión de una medida expropiatoria. De entrada podemos afirmar que, en la actualidad, muchos APPRIs contienen el enunciado de la Fórmula Hull -a la que hicimos referencia⁶⁰⁰-.

⁶⁰⁰ El artículo 5.1) del Acuerdo Bilateral entre Reino Unido y Tanzania estipula una pronta, efectiva y justa compensación al inversionista expropiado directa o indirectamente. Dicha compensación debe responder al valor de la propiedad para el momento inmediatamente antes de ser dictada o conocida la medida expropiatoria, más el interés comercial del mercado calculado hasta la fecha del día del pago. Una redacción similar la contempla el artículo 4.2 del APPRI entre Argentina y Alemania y el artículo 5.1.c) y 5.2 del APPRI entre Mozambique y Uganda. Otros APPRIs contienen una redacción más sencilla, tal como el APPRI suscrito entre Perú y China o el APPRI entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Eslovenia, por la que se exige

En particular, refieren a una *pronta, justa y adecuada* compensación los artículos 13.1.d) del TCE y el artículo 4 del Protocolo de Colonia en el marco del Mercosur. En contraste, el artículo VI del ASEAN sólo establece el deber de pagar una *adecuada* compensación, mientras que el TLCAN y CAFTA-Dr omiten la mención a este estándar.

Asimismo, casi todos los acuerdos coinciden en señalar que la compensación comprende el pago del valor de la propiedad más los intereses que se causen hasta la fecha en que el Estado receptor honre su compromiso de pago al inversionista. Como veremos a continuación, existen ciertas tendencias respecto al sistema de valoración de la propiedad, el cálculo de los intereses, la fecha de la expropiación y otras cuestiones muy importantes a los efectos de la determinación de su monto.

3.3.1. Valor económico de la inversión

Prácticamente todas las soluciones convencionales se orientan hacia el criterio conforme al cual la compensación debe ser equivalente al valor de la inversión según el mercado del sector económico involucrado, para el momento inmediatamente anterior al anuncio de la expropiación o de la intención de efectuarla (denominado fecha de la expropiación). Esto obedece a que la valuación de la propiedad varía: si se efectúa antes de ser conocida la medida expropiatoria, la propiedad tendrá un valor mayor en el mercado; mientras que si se realiza después de conocerla, la propiedad podría tener un valor menor. Por esta razón, la identificación de la fecha de la expropiación juega un papel fundamental⁶⁰¹.

Este estándar se denomina Valor de Mercado (*market value*) o Valor Justo de Mercado (*fair market value*) y lo contienen los artículos 13, 1110, VI, 10.7 y 4 del TCE, TLCAN, ASEAN, CAFTA-Dr y el Protocolo de Colonia, respectivamente.

compensación como requisito de una expropiación lícita, equivalente al valor de la inversión expropiada para el momento inmediatamente antes del dictamen de la medida, en moneda convertible y libremente transferible, sin agregar la citada Fórmula. A.A.V.V., *Investment Treaty... cit.*, pp. 175 y ss.

⁶⁰¹ DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State...*, cit., p. 574. Así también lo expresó el Tribunal Arbitral en el asunto *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica*, caso ARB/96/1, Laudo arbitral de fecha 17/02/2000, párrafo 84.

En sede convencional bilateral, los artículos 4, 5, 13 y 6.2.b) de los APPRI Modelo de Alemania, Francia, Canadá y Estados Unidos. Vale destacar una previsión peculiar en estos dos últimos, toda vez que indican que ese valor de mercado (*fair market value*) no sufrirá modificaciones en los casos cuando la expropiación haya sido conocida previamente.

A efectos de determinar exactamente el valor de mercado de la propiedad expropiada, el TLCAN esgrime como criterios de valuación el valor corriente o el valor del activo, en tanto que el APPRI Modelo de Canadá indica como criterios el valor de la inversión en funcionamiento (*Going concern value*) o el valor del bien (*asset value*). A ello aproximamos a continuación una breve explicación.

3.3.1.1. Métodos de valoración

Respecto al trabajo de valuación -calificado por Salacuse como un ejercicio que involucra más arte que ciencia⁶⁰²- debemos advertir que no resulta una tarea sencilla para el operador jurídico, por lo que se hace necesario el auxilio de expertos. Por tanto, dada la existencia de complejas fórmulas y aspectos contables que escapan del alcance y objetivo de nuestra investigación, resulta imprescindible analizar muy brevemente alguno de esos criterios de valoración esgrimidos por la doctrina junto a ciertas directrices reflejadas en algunos casos prácticos.

Como criterios de valoración del valor de mercado de la propiedad expropiada se destacan el valor libro (*book value*), el valor de reposición del activo (*replacement value*), el valor de liquidación (*liquidation value*) y el flujo de caja descontado (*discounted cash flow*). Al aproximarlos en forma individualizada, tenemos que la valoración de la propiedad se realiza bajo métodos distintos según el significado de cada término:

1) Valor Libro (*Book value*). La idea de este método se basa en el cálculo del valor de la inversión tomando en cuenta los costos en ella incurridos para el momento de iniciarla y los que reflejan los libros de contabilidad⁶⁰³. Corresponde a

⁶⁰² SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, *cit.*, p. 325.

⁶⁰³ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, *cit.*, p. 326.

la diferencia obtenida entre el valor de los activos menos las obligaciones registradas en los libros contables⁶⁰⁴.

2) Valor de Reposición (*Replacement value*). Bajo este método, la valoración de la propiedad expropiada corresponde a la cantidad de dinero que se requiere para adquirir el mismo activo o Derecho patrimonial en el mercado⁶⁰⁵.

3) Valor de liquidación (*Liquidation value*). Conforme a esta modalidad, se avalúa el bien tomando en cuenta la diferencia entre el valor de venta del activo, para el momento de su liquidación, menos las acreencias pendientes por pagar. Se aplica básicamente a empresas.

4) Flujo de caja descontado (*Discounted cash flow*). Este método se utiliza para la valoración de negocios en plena actividad comercial, especialmente para el cálculo de las ganancias dejadas de percibir⁶⁰⁶. Se efectúa la valuación de la inversión sobre la base de la cantidad de las ganancias que generalmente produce (y no sobre los activos que ésta posea). Los flujos de caja futuros, calculados en proyecciones financieras, se descuentan de los actuales, tomando en cuenta los riesgos del sector económico involucrado, y luego se suman. El resultado es el valor neto de la empresa y de la deuda circulante.

Todos estos criterios son los usados con vistas a identificar el valor de mercado del Derecho patrimonial expropiado. Su entendimiento último depende, sin embargo, de su aplicación práctica. En tal sentido, resulta imprescindible valorar qué sucede en la práctica, tal como aproximamos a continuación.

⁶⁰⁴ MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, cit., p. 320. KANTOR, M., *Valuation for arbitration: Compensation standards, valuation methods and expert evidence*. Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, p. 352.

⁶⁰⁵ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, cit., p. 326.

⁶⁰⁶ En efecto, este método ha sido recomendado por el Banco Mundial en los supuestos en los cuales la medida de expropiación recae sobre inversiones que comprenden empresas en plena actividad comercial.

3.3.1.2. Valoración de la inversión en la práctica

Del análisis de una serie de asuntos decididos a través de procedimientos arbitrales de inversión parece factible afirmar, una vez más, la inexistencia de una verdadera uniformidad de criterios a efectos de la determinación de la compensación. Abordamos -de seguidas- algunos ejemplos prácticos que confirman esta aseveración:

1) En primer lugar, en el asunto *AAPL v. Sri Lanka* (1990)⁶⁰⁷, referido al reclamo de la destrucción de la inversión por parte de las autoridades del Estado receptor, el Tribunal Arbitral acordó una compensación al inversor de nacionalidad británica sobre la base del valor real de la inversión en el mercado - que, en este caso tal inversión, valga la redundancia, constituía el 48,2% de la participación en un *joint venture* con una corporación de Hong Kong)- calculado el día antes de que fuera expropiada la propiedad.

Resulta en este asunto interesante resaltar que el panel de árbitros no acogió el argumento del demandante de incluir como parte de la compensación las ganancias dejadas de percibir (*loss profits*). En tal sentido, a los efectos de incluir este concepto, el Tribunal Arbitral exigía que la empresa del inversionista tuviese, al menos, 2 ó 3 años en el mercado, como mínimo, para demostrar su rentabilidad y, en este caso, no la tuvo. Este aspecto constituye un parámetro orientador muy importante que, como veremos, se repite en los siguientes laudos.

2) Una opinión muy similar respecto al uso del criterio de flujo de caja descontado como base del cálculo del valor de la inversión fue expuesta en el asunto *SPP v. Egipto* (1992)⁶⁰⁸. El Tribunal Arbitral consideró como inadecuada la aplicación de este criterio para valorar un proyecto de inversión que no había tenido suficiente tiempo para generar beneficios. Básicamente porque al calcular la valoración conforme a este criterio, dicho ejercicio arroja resultados especulativos e inciertos, contrarios al objetivo del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de indemnizar, en forma adecuada, al afectado por la comisión de actos considerados ilegales desde el punto de vista transfronterizo.

⁶⁰⁷ *AAPL v. Sri Lanka...*, *cit.*, párrafos 85, 86, 94 y 108.

⁶⁰⁸ *SPP v. Egipto...*, *cit.*, párrafos 189 y ss.

En este orden de ideas y a los fines de identificar el monto de la indemnización por la expropiación ilegítima del Derecho contractual (es decir, la participación del 60% propiedad del inversor en los proyectos hoteleros que se habían desarrollado en Egipto), el Tribunal Arbitral sólo reconoció la indemnización por la pérdida de las contribuciones de capital y los créditos otorgados por el inversionista, más el pago de la construcción de las obras ejecutadas y la actividad de mercadeo realizada, junto al cálculo de las costas procesales.

3) Por su parte, en el asunto *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica* (2000)⁶⁰⁹, aunque las partes estaban de acuerdo con la aplicación del principio de compensación integral, vale decir, el pago de la totalidad de la inversión realizada por el inversor de origen estadounidense, no lo estaban respecto al monto a pagar⁶¹⁰. El Tribunal Arbitral acordó que dicho concepto debía responder al criterio del valor justo de mercado (*fair market value*), en un monto no tan alto, como esperaba el inversor, ni tan bajo, como lo requería el Estado receptor.

A pesar de la falta de uniformidad en la práctica, en atención a las particularidades fácticas de cada asunto y de la normativa aplicable podemos extraer, en definitiva, ciertos parámetros. El monto de la compensación generalmente atiende al valor justo de mercado de la propiedad afectada. Este método, ha resultado en sede convencional y en la práctica, el método más adecuado para el caso de una expropiación lícita. Esta afirmación tiene sus matices:

1) Toda vez, en primer lugar, que según cada caso ese monto abarca el costo de bienes tangibles e intangibles; la participación en un *joint venture*; las acciones que tenga el inversor en una sociedad mercantil; los gastos de mercadeo del proyecto de inversión y hasta los créditos otorgados por el inversionista al Estado receptor. Ahora bien, cuando estamos en presencia de una expropiación ilegal, los Tribunales Arbitrales incluyen, como parte de la indemnización, la rentabilidad que el inversor dejó de percibir.

2) En segundo lugar, el criterio de valuación para identificar el monto de la compensación varía en función del tipo de activo. Se esgrimen como parámetros

⁶⁰⁹ *Compañía Santa Elena. v. Costa Rica*, Laudo Arbitral de fecha 17/02/2000.

⁶¹⁰ *Compañía Santa Elena v. Costa Rica...*, *cit.*, párrafos 70, 73, 83, 84 y 94.

el valor del derecho patrimonial expropiado según los libros de contabilidad, el valor de su reposición o el valor de su liquidación. Si bien no hay uniformidad en la práctica, en los casos analizados apreciamos que, a fin de cuentas, el valor justo de mercado corresponde a la cantidad de dinero que el potencial comprador estaría dispuesto a pagar por un bien que el potencial vendedor expone en el mercado, para el momento justo antes de que se haga pública la medida expropiatoria.

Pero, como cada Tribunal Arbitral ejerce discrecionalidad en atención a los supuestos fácticos de los asuntos a decidir, en el asunto *Compañía de Desarrollo Santa Elena v. Costa Rica*, el panel de árbitros decidió la aplicación de un criterio equitativo acordando la compensación en un monto intermedio: ni tan alto como esperaba el inversor, ni tan bajo como pretendía el Estado anfitrión.

3) Por último y en tercer lugar, las decisiones de los Tribunales Arbitrales reseñan la utilidad del criterio del flujo de caja descontado para determinar el monto de las ganancias dejadas de percibir. Sin embargo, coinciden en opinar que la aplicación de este método resulta adecuada sólo en cuando la empresa expropiada, para el momento del dictamen de la medida, tenía presencia previa en el mercado. De esta forma, al generar un histórico de utilidades generadas durante varios ejercicios económicos, puede determinarse la rentabilidad que ha perdido. No resulta conveniente para los casos cuando el proyecto de inversión tiene poco tiempo en actividad, toda vez que este método arroja como resultado montos muy elevados y difíciles de prever si realmente los hubiese alcanzado.

3.3.2. Pago de intereses

Otro aspecto a considerar en la determinación de la compensación, además de la valoración de la propiedad expropiada según el tipo de activo que se trate, corresponde al pago de los intereses. La doctrina refiere que el pago de este concepto obedece al cumplimiento de tres objetivos⁶¹¹:

1) El primero, reparar el daño causado por el retraso en que puede incurrir el Estado en el pago de la compensación al inversor. De esta forma, se anticipa la compensación por la pérdida del tiempo y del costo de oportunidad de nuevos

⁶¹¹ KANTOR, M., *Valuation for arbitration...*, cit., pp. 265-266.

negocios que éste último puede realizar, mientras espera el cumplimiento de la obligación de pago por parte del país anfitrión.

2) El segundo, prevenir el enriquecimiento sin causa del Estado receptor quien eventualmente, durante el conflicto con el inversionista y el procedimiento arbitral posterior, puede estar obteniendo utilidades producto de la inversión expropiada.

3) El tercero, por último, consiste en promover la eficiencia del procedimiento arbitral, dado que al incluir los intereses se previene, al mismo tiempo, del inicio de otros arbitrajes respecto a su determinación.

Todos los instrumentos convencionales (TCE, TLCAN, CAFTA-Dr y los APPRI Modelos) refieren un pequeño apartado a este tema, aunque no exponen expresamente qué tipo de interés debe pagar el Estado anfitrión. Es decir, si se trata de intereses simples –los producidos por el capital invertido durante un periodo de tiempo determinado– o de intereses compuestos –entendidos como la acumulación de los producidos con el capital en ejercicios económicos anteriores, que generan a su vez el cálculo de nuevos intereses–.

Las soluciones de los acuerdos internacionales refieren que el cálculo de los intereses debe realizarse desde la fecha de la expropiación hasta la fecha en que verifica el pago, de acuerdo a la tasa comercial del mercado que corresponda a la moneda de pago. A diferencia del resto, sólo el Protocolo de Colonia en su artículo 4 menciona la opción a elegir entre el pago de intereses o la eventual actualización del valor de la inversión expropiada hasta la fecha del pago.

En la práctica, de los asuntos que analizamos en el aparte anterior, podemos apreciar que en el caso *AAPL v. Sri Lanka* (1990), el Tribunal Arbitral acordó como parte de la compensación el pago de un 10% de interés anual simple, calculado desde el día de la expropiación de la inversión foránea⁶¹².

Ahora bien, otro caso importante en nuestro análisis corresponde al asunto *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica* (2000)⁶¹³. A los efectos de determinar el monto de la compensación por la expropiación efectuada por las autoridades costarricenses de la propiedad del inversionista nacional de

⁶¹² *AAPL v. Sri Lanka...*, *cit.*, párrafo 108.

⁶¹³ *Compañía Santa Elena v. Costa Rica...*, *cit.*, párrafo 94.

Estados Unidos, el Tribunal Arbitral ordenó el pago de un interés simple de 6% anual, desde la fecha de la expropiación, hasta la fecha del pago.

Resulta interesante destacar el hecho de que el panel de árbitros hizo una importante aseveración, ante la falta de uniformidad en la práctica, respecto a ordenar como parte de la compensación el pago de intereses simples o intereses compuestos – siendo los primeros la rentabilidad que genera un capital invariable y, los segundos, la sumatoria del capital más los intereses acumulados en ejercicios económicos anteriores –. Al respecto, el Tribunal indicó que, en aquellos casos donde sea indispensable ordenar una verdadera compensación al inversionista, debe acordarse el pago de interés compuesto. Pero no siempre es una regla:

“No uniform rule of law has emerged from the practice in international arbitration as regard the determination of whether compound or simple interest is appropriate in any given case. Rather, the determination of interest is a product of the exercise of judgment, taking into account all the circumstances of the case at hand and specially consideration of fairness which must form part of the law to be applied (...)”⁶¹⁴.

Del análisis de los dos asuntos mencionados debemos advertir la inexistencia de una regla general convencional respecto al tipo de interés que debe ser aplicado en cada supuesto, la práctica refiere cierta discrecionalidad de cada Tribunal Arbitral en el análisis de los elementos fácticos del caso en concreto.

Podríamos esgrimir como una orientación general que se ordena el pago de interés simple cuando se trata de una expropiación que cumple con los parámetros convencionales. En cambio, al tener lugar una expropiación ilegal – como analizamos en breve- se ordena el pago de interés compuesto, para asegurarse que el inversor sea efectivamente resarcido por los daños y perjuicios causados por el Estado anfitrión. Respecto a la tasa que aplican los Tribunales, observamos que se acuerdan entre 5% a 10% anual, calculado desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago de la compensación.

3.3.3. Moneda de pago

A los efectos de garantizar la transferencia de la compensación al exterior, todos los instrumentos expresan, con ciertas diferencias, que la compensación

⁶¹⁴ *Compañía Santa Elena v. Costa Rica...*, cit., párrafo 103.

debe ser pagada en una divisa convertible en el mercado internacional. Mientras que los artículos 13, VI, 10.7 y 13 del TCE, CAFTA-Dr, TLCAN y el APPRI Modelo de Canadá, respectivamente, indican sucintamente que debe pagarse la compensación en una divisa libremente convertible, existen ciertas variantes.

1) En primer lugar, el TCE exige que la tasa de cambio corresponda a la vigente para el momento de su valoración.

2) En segundo lugar, el APPRI Modelo de Estados Unidos distingue entre el pago en moneda libremente convertible y la que no lo es. En el primer supuesto, el cambio se realiza de acuerdo a la tasa de mercado vigente para el momento del pago (y no al de su valoración, como lo establece el TCE). En el segundo supuesto, exige que el monto de la compensación convertida a una moneda libremente convertible (sin que sufra modificaciones), ajustado al valor de mercado justo (*fair market value*).

3) Por último y en tercer lugar, la solución expuesta por TLCAN, en su artículo 1110, exige que la moneda de pago corresponda a alguno de los países del Grupo de los 7 y, en su defecto, el monto a pagar no puede ser menor al equivalente al expuesto por este Grupo para la fecha de la expropiación.

En casi todos los casos analizados en este aparte encontramos que cada Tribunal Arbitral ordenó el pago de la respectiva compensación equivalente al valor del Derecho patrimonial afectado calculado en el momento antes de ser conocida públicamente la medida expropiatoria, junto a los intereses generados desde la fecha de expropiación hasta la fecha en que se realice el pago. Pero a ello se agrega un indicador adicional: a los fines de garantizar la transferencia al exterior de la compensación, el pago debe efectuarse en moneda libremente convertible.

En los asuntos *Metalclad v. México* (2000) y *Compañía de Desarrollo Santa Elena, S.A. v. Costa Rica* (2000), las respectivas reparaciones se ordenaron a pagar en dólares de Estados Unidos de América⁶¹⁵. Particularmente nos llama la atención el asunto *SPP v. Egipto* (1992) en esta materia, dado que no sólo se acordó el pago de una reparación por el valor de los derechos patrimoniales

⁶¹⁵ *Metalclad v. México...*, *cit.*, párrafo 131 y *Compañía Santa Elena v. Costa Rica...*, *cit.*, párrafo 107.

afectados, sino también su indexación habida cuenta de que para ese momento puntual la moneda estadounidense se estaba devaluando⁶¹⁶.

4. DE LA INDEMNIZACIÓN: SUPUESTOS DE APLICACIÓN Y DETERMINACIÓN

En nuestra aproximación de distinción entre las *compensaciones* y las *indemnizaciones*, desarrolladas en líneas anteriores, concluimos que la diferencia terminológica entre ambos términos radica en que se tratan de reparaciones cuyo fundamento varía en función de la licitud internacional o no del acto desarrollado por el Estado receptor frente al inversionista. Mientras que la *compensación* responde a uno de los requerimientos convencionales esenciales para considerar una expropiación lícita desde el punto de vista transfronterizo, la *indemnización* -en cambio- atiende a una sanción impuesta al Estado cuando expropia sin cumplir con los mencionados requisitos.

El análisis de la procedencia de la *indemnización* como reparación al inversionista extranjero por el dictamen de medidas expropiatorias ilegales, conduce al operador jurídico al análisis de dos grandes aspectos:

1) En primer lugar, debemos examinar cuáles son las expropiaciones susceptibles de indemnización. No sólo basta con identificar aquellas que no cumplen los parámetros convencionales, como ocurre con las expropiaciones directas. Sino también el operador jurídico debe examinar si la actuación u omisión estatal resulta un acto lícito o no desde el punto de vista internacional.

2) En segundo lugar, otro aspecto controversial se refiere al análisis del contenido de la indemnización. Por un lado, como veremos, el operador jurídico se encuentra ante una importante laguna debido a la inexistencia de una solución convencional aplicable a estos supuestos. Por otro, a diferencia de la *compensación*, la *indemnización* podría incluir no sólo el pago del activo de la inversión expropiada ilegalmente, sino también otros conceptos tales como el lucro cesante y el pago de intereses compuestos. Ello obedece a que el propósito de la *indemnización* responde a la reparación íntegra al inversor del daño causado. Examinamos a continuación

⁶¹⁶ *SPP v. Egipto...*, *cit.*, párrafos 230 y ss.

estos dos grandes aspectos atendiendo a los convenios internacionales y APPRIIs en la materia.

4.1. Actos estatales susceptibles de indemnización

Cuando analizamos la licitud o no de las expropiaciones directas en el Capítulo II, examinamos que tanto la doctrina, las soluciones convencionales como la práctica arbitral coinciden en afirmar que un acto estatal de ese carácter es legal desde el punto de vista internacional si cumple con los requisitos contenidos en las soluciones de APPRIIs y convenios multilaterales. Y, en este sentido, planteamos a continuación dos escenarios en los que un Tribunal Arbitral puede examinar la procedencia de una indemnización por causa de la violación de la previsión convencional relativa a las expropiaciones de inversiones foráneas.

4.1.1. Expropiaciones directas que no cumplen los requisitos convencionales y las expropiaciones indirectas

1) En primer lugar, un supuesto de procedencia de una *indemnización* corresponde a la adopción por parte del Estado receptor de medidas expropiatorias directas sin cumplir alguno de los requisitos convencionales: causa de utilidad pública y social, sea una medida no discriminatoria, se cumpla el principio del debido proceso y medie una compensación justa, adecuada y efectiva al inversionista foráneo.

Al incumplir con estos requisitos, el acto estatal de expropiación directa se convertiría en un ilícito internacional por violar la solución convencional aplicable, en atención a la normativa contenida en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, a la que hicimos referencia en el Capítulo II⁶¹⁷. En ese supuesto, el Estado receptor estaría en la obligación de *indemnizar* al inversor por los daños causados.

2) En segundo lugar, otro supuesto de procedencia de una indemnización responde a las expropiaciones indirectas. Tal como afirmamos en el Capítulo III de este Trabajo, constituyen un concepto distinto y autónomo de

⁶¹⁷ Véase *supra* Capítulo II, Segunda Sección.

las directas, dado que en este supuesto partimos de la inexistencia de un título legal que expresamente “prive” al inversor de su inversión. Sean de carácter regulatorio o de orden constructivo, el operador jurídico identifica su existencia a partir del examen integral de varios factores tales como el grado de interferencia que cause la medida estatal en cuestión sobre la inversión foránea, el carácter de la acción gubernamental y las legítimas expectativas del inversor.

La mayoría de las soluciones contenidas en los principales APPRI y acuerdos multilaterales simplemente indican la prohibición a los Estados de realizar expropiaciones directas o indirectas y enumeran los requerimientos para considerarlas legalmente válidas. Si el operador jurídico identifica que el acto estatal en cuestión no responde a una medida regulatoria legítima que atiende a intereses de la colectividad y sus efectos sobre la inversión foránea son equivalentes a una expropiación, nos encontramos frente a una expropiación indirecta. En este supuesto, al incumplir los parámetros convencionales establecidos, se calificaría dentro de la categoría de acto ilegal desde el punto de vista internacional. Siendo así, y partiendo de la distinción a que hicimos referencia entre *compensación* e *indemnización* según la legalidad o no del acto gubernamental, correspondería en estos casos al inversionista el eventual pago de una *indemnización*⁶¹⁸.

4.1.2. La expropiación ilegal de derechos contractuales versus el incumplimiento contractual

Un aspecto controvertido en el arbitraje de inversión responde a la calificación de la violación del Estado receptor como contractual o como convencional⁶¹⁹. Si bien analizamos con más detalle en las próximas líneas este asunto, podemos, en principio, señalar la existencia de dos grandes supuestos:

1) En primer lugar, si estamos en presencia del incumplimiento por parte del Estado receptor de un contrato celebrado previamente con un inversionista, la procedencia y determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados corresponde al Derecho aplicable al contrato.

⁶¹⁸ MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, *cit.*, p. 63.

⁶¹⁹ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., «¿Violaciones contractuales o convencionales...?», *cit.*, p. 573.

2) En segundo lugar, un escenario diferente se plantea al determinar la existencia de una expropiación de un Derecho derivado de un contrato y, éste a su vez califica como inversión amparada en el APPRI aplicable. En este supuesto, estaríamos en presencia de un incumplimiento de una obligación transfronteriza y, consecuentemente, la indemnización respondería a los parámetros esgrimidos por el Derecho Internacional⁶²⁰.

4.1.2.1. El incumplimiento de un contrato de inversión

En términos generales, en un contrato las partes determinan las pautas sobre las cuales se desarrolla la relación jurídica entre ambos y, en este sentido, se esgrimen en el documento una serie de Derechos que les asisten, así como también las obligaciones que deben cumplir. Cuando una de ellas no cumple lo pactado, se plantea la problemática de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

En un contrato de inversión en el que una de las partes es un Estado receptor y, la otra parte un inversionista proveniente -generalmente- de un país exportador de capital, estamos en presencia de un contrato internacional. El eventual incumplimiento de una obligación contractual y su consecuente indemnización corresponde, en este escenario, a los parámetros contenidos conforme al Derecho elegido por las partes. En su defecto, de acuerdo a la normativa aplicable en la materia, su determinación y cálculo se realizará de acuerdo a la legislación más vinculada al contrato o al lugar de su ejecución.

En este orden de ideas, los instrumentos internacionales en materia de contratos transfronterizos contienen soluciones que exigen la reparación por los daños y perjuicios causados⁶²¹. Así, a modo ilustrativo, el artículo 14.c) de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales establece que conforme al Derecho elegido por las partes o, en defecto de elección, de acuerdo a la legislación más vinculada a la relación contractual dependerán las consecuencias de su incumplimiento y su eventual indemnización⁶²². El Reglamento Europeo No. 593/2008 sobre la ley aplicable a

⁶²⁰ REINISCH, A., «Expropriation...», *cit.*, p. 417.

⁶²¹ MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, *cit.*, p. 31.

⁶²² Artículo 14.c): “El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente: la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de

las obligaciones contractuales (“Roma I”) establece en su artículo 12.1.c) que, conforme a la legislación elegida por las partes o, en su defecto, la que sea determinada bajo las conexiones que esta misma normativa indica, se determinarán las consecuencias del incumplimiento parcial o total de las obligaciones contractuales y la evaluación del daño causado, atendiendo también a las limitantes que el Derecho procesal imponga al Tribunal que conozca del asunto⁶²³.

Del mismo modo, los artículos 7.4.2 y 7.4.3 de los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, indican que la parte agraviada tiene derecho a una compensación por el daño causado por el incumplimiento del contrato. Este daño incluye las pérdidas sufridas y las ganancias dejadas de percibir. En este último caso, se conceden siempre que exista un razonable grado de certeza en su valoración y proporción⁶²⁴. De no ser posible identificar dicho grado, queda a discreción de la autoridad competente su determinación. Mientras que, conforme a los artículos 9:501 y 9:502 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas por causa del incumplimiento de la otra parte. Se incluyen como parte de la indemnización las pérdidas no pecuniarias y las pérdidas futuras, siempre que sean previsibles y comprobables⁶²⁵.

una indemnización compensatoria”. Véase el texto de la Convención en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html> [Fecha de visita: 08/02/2012].

⁶²³ El artículo 12.1.c) del citado Reglamento establece: “*La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas*”. Texto disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:ES:PDF> [Fecha de visita: 08/02/2012].

⁶²⁴ El artículo 7.4.2. de los referidos Principios establece: “(1) *La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional*”; mientras que el artículo 7.4.3. dispone: “(1) *La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza. (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca. (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento*”. Texto disponible en: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> [Fecha de visita: 08/02/2012].

⁶²⁵ En ese sentido, el artículo 9:501 de los Principios de Derecho Europeo expresa: “(1) *La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia*

Ahora bien, vista la normativa que acabamos de mencionar, debemos indicar que el incumplimiento de un contrato de inversión por parte del Estado no constituye *per se* la violación del Derecho Internacional. El problema –y también la confusión– se plantea cuando se eleva el reclamo contractual a una violación de un APPRI, en virtud de que dicho contrato está amparado bajo su ámbito de aplicación material. En ese sentido y como analizamos a continuación, el operador jurídico debe analizar la actuación del Estado y la calificación de inversión de acuerdo a las previsiones convencionales aplicables a efectos de determinar si hubo violación o no de una obligación de carácter internacional.

4.1.2.2. La expropiación ilegal de un Derecho contractual

En los arbitrajes de inversión se ventilan litigios relacionados con el incumplimiento del Estado receptor de las obligaciones contenidas en un APPRI o en un acuerdo regional relativo a una inversión⁶²⁶. En este orden de ideas, tal como analizamos en el Capítulo I⁶²⁷, muchos APPRIs incluyen como inversión, dentro de su ámbito de aplicación material, los contratos celebrados entre el Estado receptor y un inversionista. En atención a la referida cláusula, la práctica arbitral reseña que los demandantes -inversionistas foráneos- han alegado la expropiación de su participación en un contrato de inversión celebrado con el Estado anfitrión, calificándola como inversión bajo los términos del APPRI o el convenio multilateral.

Particularmente la doctrina ha referido, en este ámbito, que “...la especificidad del sistema arbitral CIADI consiste en tender un puente entre el régimen de contratos celebrados entre Estados y empresas extranjeras y las normas de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados por daños causados a los bienes de extranjeros, aplicándose a los comportamientos de los

del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108. (2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias (b) Futuras pérdidas previsibles y probables”, mientras que el artículo 9:502 establece: “El cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener”. Texto disponible en: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> [Fecha de visita: 08/02/2012].

⁶²⁶ COHEN SMUTNY, A., «Principles relating to compensation...», *cit.*, pp. 1-3

⁶²⁷ Vid *supra*, Capítulo I, punto 4.2.1.2.1. Derechos contractuales: ¿un supuesto especial de inversión?

Estados en relación a dichos contratos. El Tribunal puede calificar la conducta del Estado desde el punto de vista del Derecho Internacional, en la medida en que las normas de responsabilidad tienen puntos de referencia como las condiciones de una expropiación, los hechos que pueden atribuirse al Estado o la violación de las obligaciones internacionales sobre el tratamiento de las inversiones extranjeras⁶²⁸.

Por tanto, dependiendo de la solicitud efectuada por el inversionista en su demanda, el Tribunal Arbitral debe, por un lado, examinar si el problema surge directamente de una inversión y no de un incumplimiento meramente contractual y, por otro, revisar si la acción estatal ha sido no de *iure gestionis*, sino de *iure imperii*⁶²⁹. De resultar el reclamo un problema de incumplimiento contractual, la indemnización correspondiente dependerá en última instancia –como hemos visto en el punto anterior– del Derecho aplicable al contrato. Y, si se evidencia que el litigio se deriva del incumplimiento convencional –en nuestro caso, la expropiación ilegal de los intereses contractuales de un inversionista foráneo–, aplicarán las reglas de Derecho Internacional para su indemnización.

La distinción entre la reclamación de base contractual y la de origen convencional también ha sido objeto de discusiones en la práctica arbitral. Así, en el asunto *Azurix v. Argentina* (2003) el cual recordemos, se trató de un litigio entre un inversionista estadounidense contra la República Argentina por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el APPRI suscrito entre ambos países. En particular, el inversor exigía el pago de una indemnización por la expropiación indirecta de su inversión, ante la interferencia ejercida por la Provincia de Buenos Aires a su concesionaria, mientras prestaba el servicio de suministro de agua potable y el mantenimiento y distribución de aguas residuales. El Tribunal Arbitral, respecto al tipo de reclamo en discusión, señaló:

*“The Tribunal agrees that contractual breaches by a State party or one of its instrumentalities would not normally constitute expropriation. Whether one or series of such breaches can be considered to be measures tantamount to expropriation will depend on whether the State or its instrumentality has breached the contract in the exercise of its sovereign authority, or as a party to a contract.”*⁶³⁰

⁶²⁸ VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de...*, cit., p. 260.

⁶²⁹ MEREMINSKAYA, E., «La cláusula paraguas: Lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos», en: *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 9. Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, julio-diciembre, 2009, pp. 15 y 39.

⁶³⁰ *Azurix v. Argentina...*, cit., párrafo 315.

Del mismo modo, en el asunto *Waste Management Inc. v. México* (2004), en el marco del TLCAN, el inversionista foráneo reclamó al Estado receptor por los daños y perjuicios causados por la expropiación de su inversión, producto del incumplimiento de las entidades gubernamentales de las obligaciones contractuales derivadas de la concesión otorgada previamente para el servicio de tratamiento de aguas servidas en Acapulco, Estado de Guerrero. El Tribunal Arbitral, al distinguir si el reclamo era contractual o convencional, señaló:

*“In the Tribunal’s view, an enterprise is not expropriated just because its debts are not paid or other contractual obligations towards it are breached. There was no outright repudiation of the transaction in the present case, and if the City entered into the Concession Agreement on the basis of an over-optimistic assessment of the possibilities, so did Acaverde. It is not the function of Article 1110 to compensate for failed business ventures, absent arbitrary intervention by the State amounting to a virtual taking or sterilising of the enterprise”*⁶³¹

Vale destacar, en este orden de ideas, la aclaratoria que efectuó el Tribunal Arbitral del asunto *Suez y otros v. Argentina* (2010) respecto al reclamo del inversionista por la expropiación de sus intereses en el contrato de licencia para el suministro de agua en la Provincia de Buenos Aires, que había celebrado previamente con la República:

*“In Investor-State arbitrations which involve breaches of contracts concluded between a claimant and a host government, Tribunals have made a distinction between acta iure imperii and acta iure gestionis, that is to say, actions by a State in exercise of its sovereign powers and actions of a State as a contracting party. It is the use by a State of its sovereign powers that gives rise to treaty breaches, while actions as a contracting party merely give rise to contract claims not ordinarily covered by an investment treaty. However, the mere fact that there is some government involvement in the events that lead to the termination of a contract does not necessarily mean that such termination is the result of an exercise of sovereign powers”*⁶³².

Más recientemente, en el asunto *Impregilo S.p.A. v. Argentina* (2011)⁶³³, otro litigio de un inversionista italiano contra la República Argentina por la expropiación de una concesión otorgada para la prestación de servicio de agua potable y de aguas residuales en la Provincia de Buenos Aires, el Tribunal Arbitral analizó el argumento de la demandada conforme al cual el reclamo del inversor era netamente contractual y no derivado del APPRI concluido entre los países

⁶³¹ *Waste Management, Inc. v. México...*, cit., párrafo 160.

⁶³² *Suez y otros v. Argentina...*, cit., párrafo 153.

⁶³³ *Impregilo S.p.A. v. Argentina*, Caso No. ARB/07/17, Laudo Arbitral de fecha 21/06/2011, párrafo 188. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 15/02/2012].

involucrados. Si bien afirmó que la distinción entre una petición y otra no es siempre clara, señaló:

“...The Arbitral Tribunal cannot accept Argentina’s argument that all the claims made by Impregilo are contract claims over which the Tribunal has no jurisdiction. In fact, Impregilo argues that its investment was expropriated and was subject to unfair treatment, these being clearly issues under the BIT and not exclusively contractual claims”.⁶³⁴

De los distintos asuntos analizados podemos afirmar que, en definitiva, el el incumplimiento de un contrato concluido entre un inversionista foráneo y el Estado receptor –en principio- no constituye una violación al Derecho Internacional, por cuanto la actuación de los Estados en este supuesto no constituye necesariamente un acto de *iure imperii*. El impago de ciertas obligaciones pecuniarias o el no cumplimiento de una determinada obligación –valga la redundancia- de hacer o no hacer, como esgrime el caso *Waste Management*, no contravienen los estándares contenidos en un APPRI. Ahora bien, tal como ilustran los casos *Azurix*, *Suez y otros* e *Impregilo*, debemos tener en cuenta, a los efectos de distinguir entre una reclamación contractual de otra convencional, lo siguiente:

1) En primer lugar, el operador jurídico debe analizar la calificación de inversión contenida en el APPRI aplicable, a efectos de determinar si el contrato está amparado bajo la protección del convenio internacional concluido entre los Estados involucrados en el litigio. En ese sentido, reproducimos nuestros comentarios expuestos en el Capítulo I.

2) En segundo lugar, es importante analizar la actuación del Estado en los hechos que sustentan la solicitud de arbitraje del demandante. Es decir, si han sido actos de gestión o, por el contrario, corresponde a actos soberanos.

3) En tercer lugar, de confirmar que el contrato califica como una inversión protegida por el APPRI y, además, que el Estado, en ejercicio de sus

⁶³⁴ *Impregilo S.p.A. v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 188. En otro arbitraje, *Impregilo S.p.A. v. Paquistán*, el Tribunal Arbitral a los efectos de distinguir si el reclamo derivaba de un incumplimiento contractual o respondía a una expropiación, señaló: “*In order that the alleged breach of contract may constitute a violation of the BIT, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the State in the exercise of its sovereign authority [’puissance publique’], and not as a contracting party, may breach the obligation assumed under the BIT*”. *Impregilo S.p.A. v. República Islámica de Paquistán*, Caso No. ARB/03/03, Laudo Arbitral sobre Jurisdicción de fecha 22/04/2005, párrafo 260. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 15/02/2012].

funciones soberanas, incumplió los deberes de protección de la inversión a los que se comprometió cumplir en sede convencional, dicha actuación estatal ilegal genera responsabilidad internacional. Consecuentemente, puede el Tribunal Arbitral ordenar el pago de una *indemnización*.

4.2. Determinación y contenido de la Indemnización

Al examinar los aspectos referentes a la determinación de la *compensación*, observamos la existencia de una serie de lineamientos generales que los APPRI y convenios regionales exponen a los fines de determinar su contenido. En ese sentido, concluimos que buena parte de estas soluciones exigen el pago de una suma de dinero equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada calculado para el momento inmediatamente anterior a la publicidad de la medida, en una moneda libremente convertible más los intereses causados desde la fecha de la expropiación hasta el día del pago al inversionista.

Ahora bien, cuando el operador jurídico se enfrenta a un supuesto de expropiación directa ilegal y de una expropiación de carácter indirecto -sea progresiva o regulatoria-, las soluciones convencionales nada refieren respecto a la determinación del contenido de la indemnización. Nos aproximamos, a continuación, al análisis de las distintas respuestas que la doctrina y la práctica arbitral han desarrollado al respecto.

4.2.1. De la ausencia de previsión convencional a la aplicación del principio de reparación

En términos generales, ante el vacío existente en una norma jurídica para la regulación de un determinado aspecto, el operador jurídico revisa el sistema de fuentes aplicables al caso concreto para buscar soluciones a la laguna planteada. Ante un supuesto de incumplimiento de una obligación convencional, siguiendo la solución expuesta en el artículo 42.1 CW, el Tribunal Arbitral debe examinar las soluciones contempladas por las normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables. Tales normas, como referimos en el Capítulo I, corresponden a las fuentes indicadas en el artículo 38 ECIJ, es decir, los tratados internacionales, la

costumbre internacional, los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, las decisiones judiciales y la doctrina internacional⁶³⁵.

Siguiendo la previsión de fuentes establecida en dicho artículo, al examinar la existencia de alguna solución contenida en los APPRI o los convenios multilaterales en la materia -como afirmamos- encontramos que prácticamente todos los instrumentos internacionales tienen como lugar común la prohibición de expropiación (salvo por causa de utilidad pública, debido proceso, no discriminación y pago de compensación) en una misma norma jurídica. Pero, al mismo tiempo, no disponen de una previsión relativa al incumplimiento de esta obligación.

La doctrina en esta materia, ante los supuestos de expropiaciones ilegales y la falta de normativa especial convencional en la materia, reseña la aplicación del principio de reparación total o integral (*full reparation*) conforme a la cual el Estado receptor debe pagar los daños y perjuicios causados al inversionista⁶³⁶. Este principio ha sido valorado como un mecanismo de integración idóneo ante la laguna convencional existente.

En este orden de ideas, el TPJI aplicó el principio de reparación integral en el asunto *Chorzów Factory* (1928), que reseñamos al inicio de este Capítulo. Recordemos que, en ese caso, fue condenada Polonia por haber incumplido el convenio internacional suscrito con Alemania, al dictar medidas de expropiación contra intereses patrimoniales de nacionales alemanes en una zona limítrofe. En particular, el Tribunal Internacional precisó:

“The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the

⁶³⁵ A.A.V.V., «Informe de los Directores Ejecutivos...», *cit.*, pp. 47-48.

⁶³⁶ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties...*, *cit.*, p. 327; MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, *cit.*, p. 16; SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign...*, *cit.*, p. 446; MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L. Y WEINIGER, M., *International Investment...*, *cit.*, p. 334 y BIENVENU, P. Y VALASEK, M., «Compensation for unlawful expropriation...», *cit.*, p. 231.

*principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law*⁶³⁷.

De acuerdo a esta conocida decisión, se emplaza al operador jurídico a ordenar, en primer lugar, la restitución al inversionista a la situación en la que se encontraba en el momento antes del dictamen de la medida expropiatoria. Sin embargo, cuando no sea posible efectuarla, se exige el pago de una indemnización por los daños causados por el Estado, producto de la violación de la obligación convencional.

Este postulado es recogido en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional, como también en la práctica arbitral. Así lo ilustran los asuntos *ADC v. Hungría* e *Impregilo S.p.A. v. Argentina*. En el caso *ADC v. Hungría* (2006), recordemos que este litigio se relacionó con la expropiación efectuada por las autoridades húngaras de los intereses de inversionistas foráneos en el proyecto de remodelación y operación de un nuevo terminal de un importante aeropuerto. Al admitir la existencia de una expropiación ilícita, el Tribunal Arbitral señaló:

“...The BIT does not stipulate any rules relating to damages payable in the case of an unlawful expropriation. The BIT only stipulates the standard of compensation that is payable in the case of a lawful expropriation, and these cannot be used to determine the issue of damages payable in the case of an unlawful expropriation since this would be to conflate compensation for a lawful expropriation with damages for an unlawful expropriation. This would have been possible if the BIT expressly provided for such a position, but this does not exist in the present case. Since the BIT does not contain any lex specialis rules that govern the issue of the standard for assessing damages in the case of an unlawful expropriation, the Tribunal is required to apply the default standard contained in customary international law in the present case. The customary international law standard for the assessment of damages resulting from an unlawful act is set out in the decision of the PCIJ in the Chorzów Factory case at page 47 of the Judgment which reads: “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”⁶³⁸.

Ahora bien, en el asunto *Impregilo S.p.A. v. Argentina* (2011), aunque el Tribunal Arbitral no consideró la existencia de una expropiación –alegada por el inversionista italiano-, sí dictaminó la violación del trato justo y equitativo por parte de la República Argentina. Y, en tal sentido, a los efectos de determinar la

⁶³⁷ *Fábrica en Chorzów (Alemania v. Polonia)*, Decisión sobre Indemnización de fecha 13/09/1928, *cit.*, p. 47.

⁶³⁸ *ADC y otros v. Hungría...*, *cit.*, párrafos 481, 483 y 484.

indemnización –concepto que denominó como compensación- a pagar al inversionista por el incumplimiento del Estado receptor de la obligación convencional, expresó:

*“As regards compensation, the basic principle to be applied is that derived from the judgment of the Permanent Court of International Justice in the *Chorzów Factory* case. According to this principle, reparation should as far as possible eliminate the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. In other words, *Impregilo* should in principle be placed in the same position as it would have been, had Argentina’s unfair and inequitable treatment of *Impregilo*’s investment not occurred”⁶³⁹.*

4.2.2. Determinación de la indemnización conforme al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales

En atención a la conocida decisión de *Chorzów Factory* (1928) la Comisión de Derecho Internacional desarrolló en el Proyecto de Artículos una serie de reglas a los fines de determinar la procedencia de una reparación producto de un acto estatal ilícito desde el punto de vista transfronterizo. Tal como referimos en el Capítulo II, el propio Proyecto califica como acto estatal ilegal cualquier actuación, compuesta por un solo acto u omisión o un conjunto de actos u omisiones, que bajo el Derecho Internacional genera responsabilidad.

Una de esas acciones u omisiones consideradas ilegales, desde la perspectiva de esta disciplina jurídica, responde al incumplimiento de las obligaciones a las que un Estado se compromete a cumplir cuando suscribe y ratifica un acuerdo internacional. Como hemos afirmado, el artículo 31 del citado Proyecto de Artículos exige al Estado la reparación al afectado por los daños causados. La reparación, conforme a los artículos 34 y siguientes, se efectúa a través de la restitución, el pago de una indemnización (a la que califica como compensación sin hacer distinción entre ambos términos, como ya hemos expuesto) y la satisfacción.

En el caso que nos ocupa, las citadas disposiciones acogen el principio de Derecho Internacional conforme al cual cada violación por el incumplimiento de

⁶³⁹ *Impregilo S.p.A. v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 361.

una norma convencional genera la obligación de reparar por los daños causados. Por tanto, confirmada en el curso del proceso arbitral el dictamen de una medida expropiatoria ilegal, el Tribunal Arbitral puede ordenar al Estado receptor la restitución inmediata al inversionista de la situación en que se encontraba para el momento antes de ser públicamente conocida la expropiación. En los supuestos cuando no pueda ser posible la restitución de la inversión, el Tribunal Arbitral puede ordenar el pago de una indemnización a los fines de desaparecer las consecuencias del hecho ilícito⁶⁴⁰.

4.2.3. Conceptos incluidos en la Indemnización

Tal como analizamos en líneas anteriores, en el conocido asunto *Chorzow Factory*, el TPIJ indicó que la indemnización por causa de un acto ilegal, desde el punto de vista internacional, debe abarcar todas sus consecuencias y restablecer al afectado a la situación que tenía para el momento previo a la comisión del mismo. Al respecto, el TPJI expresó:

*“It is a principle of international law that the reparation of a wrong may consist in an indemnity corresponding to the damage which the nationals of the injured State have suffered as a result of the act which is contrary to international law. This is even the most usual form of reparation”*⁶⁴¹.
*“The dispossession of an industrial undertaking –the expropriation of which is prohibited by the Geneva Convention- then involves the obligation to restore the undertaking and, if this is not possible, to pay its value at the time of the indemnification, which value is designed to take the place of restitution which has become impossible. To this obligation, in virtue of the general principles of international law, must be added that of compensating loss sustained as the result of seizure”*⁶⁴².

En referencia a esta conocida decisión y una vez identificado el carácter ilegal de una medida expropiatoria así como la procedencia de la indemnización, el operador jurídico debe examinar, por un lado, qué materias abarca tal reparación. El extracto que reproducimos de la sentencia del TPJI nos adelanta que la indemnización debe abarcar, en atención al principio de reparación integral, todos los daños resultantes de la medida expropiatoria. En este sentido, nos

⁶⁴⁰ Así lo refiere expresamente el Tribunal Arbitral del asunto *Señor Tz'a Yap Shum v. Perú...*, cit., párrafo 254.

⁶⁴¹ *Fábrica en Chorzow (Alemania v. Polonia)*, Decisión sobre Indemnización de fecha 13/09/1928, cit., pp. 27-28.

⁶⁴² *Fábrica en Chorzow (Alemania v. Polonia)*, Decisión sobre Indemnización de fecha 13/09/1928, cit., p. 47. Subrayado nuestro

preguntamos: ¿son los mismos conceptos de la *compensación* los que orientan también la *indemnización* o, por el contrario, abarca otros? La respuesta a estas interrogantes tiene las dos siguientes vertientes:

1) La doctrina ha indicado que, cuando estamos en presencia de un acto ilícito –bien por el incumplimiento de los parámetros establecidos para una expropiación o de algún otro estándar convencional- la indemnización debe abarcar no sólo el valor de la propiedad expropiada, sino también el pago de los beneficios dejados de percibir⁶⁴³. En este último caso, el pago del lucro cesante está limitado a aquellos casos cuando el inversionista demuestra que el activo expropiado tenía una actividad comercial rentable que arrojaba utilidades al término de cada ejercicio fiscal. De esta forma, a los efectos de efectuar la valoración, pueden estimarse los beneficios que no pudo recibir.

En la práctica, el asunto *LG&E v. Argentina* (2006) nos ilustra al respecto. Aunque el Tribunal Arbitral consideró la inexistencia de una expropiación, desarrolló algunos interesantes planteamientos respecto al tipo de indemnización por los daños y perjuicios causados por un acto estatal ilegal internacional. Al respecto, el Tribunal expresó:

“Puede haber una diferencia entre la indemnización como consecuencia de un acto jurídico y los daños y perjuicios como consecuencia de un acto ilícito (...). Conforme al artículo 36 del Proyecto de Artículos, el Estado tiene la obligación de indemnizar por los daños causados de ese modo y la indemnización debe cubrir todos los daños que puedan valuarse en términos financieros, incluida la pérdida de ganancias en tanto esté establecida. El cálculo de la indemnización depende de los daños y perjuicios causados por los actos ilícitos de la demandada y de la determinación de las ganancias perdidas”⁶⁴⁴.

Bajo los lineamientos del artículo 36 del Proyecto de Artículos, toda reparación por un acto ilícito debe cubrir cualquier daño calculable desde el punto de vista financiero, incluyendo las ganancias dejadas de percibir, siempre que puedan ser calculadas. Los Comentarios del mencionado Proyecto de Artículos indican que la función de la indemnización responde a asegurar al afectado la total reparación del daño sufrido, a través del pago de una cantidad de dinero equivalente al valor justo de mercado del activo expropiado, siempre dependiendo

⁶⁴³ NOUVEL, Y., «L'indemnisation d'une expropriation indirecte», en: *International Law Forum du Droit International*, No. 5. Koninklijke Brill N.V., Leiden, 2003, pp. 198-199. Véase también MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, cit., p. 69.

⁶⁴⁴ *LG&E y otros v. Argentina...*, cit., párrafos 38 y 41.

del tipo de propiedad, de su rentabilidad y el mercado donde habitualmente operaba la inversión.

2) En adición a lo anterior, también refiere la doctrina que, a diferencia de LA *compensación*, el cálculo de la *indemnización* por una expropiación ilegal podría ordenarse no desde la fecha de la expropiación, sino desde el día del dictamen de la sentencia judicial o del laudo arbitral. Todo depende de la comparación que realice el operador jurídico de la valoración del activo expropiado en ambas fechas y, en función del mayor resultado obtenido, ordenará el cálculo de la indemnización⁶⁴⁵.

A modo ilustrativo, el panel de árbitros del asunto *ADC v. Hungría* (2006) ordenó al Estado húngaro al pago de una indemnización equivalente al valor de la inversión expropiada ilegalmente conforme a criterios de mercado junto al lucro cesante sufrido, considerando que se trataba de una inversión en plena actividad comercial⁶⁴⁶. Las utilidades dejadas de percibir fueron calculadas a través del método de flujo de caja descontado, y se ordenó el pago de intereses compuestos por el orden del 6% anual. El Tribunal tomó como fecha de cálculo el día del laudo arbitral, inspirado no sólo en la decisión del caso *Chorzów Factory* -donde el TPJI consideró que no era necesario limitar la valuación para el momento justo antes de la desposesión-, sino también en la opinión del jurista Jiménez de Aréchaga, quien señaló que, con la depreciación de la moneda de pago y los retrasos propios del sistema de administración de justicia, el valor del activo expropiado puede ser mayor del valor que tenía para el momento en que fue dictada la expropiación⁶⁴⁷.

La procedencia de la indemnización, en definitiva, como reparación por un acto ilegal no sólo ha sido expuesta en la conocida decisión *Chorzów Factory*, sino también en el Proyecto de Artículos. Sin embargo, debemos también indicar que su valoración también depende de las circunstancias fácticas del caso concreto y de la discreción de cada Tribunal Arbitral, tal como a continuación reseñamos.

⁶⁴⁵ MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages...*, cit., p. 77

⁶⁴⁶ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Ltd. v. Hungría...*, párrafos 481 y ss.

⁶⁴⁷ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Ltd. v. Hungría...*, cit., párrafos 497, 498 y 499.

4.2.4. Valoración de la indemnización en la práctica

En este orden de ideas, los laudos arbitrales refieren como contenido de la indemnización el pago del valor de mercado de la inversión y se ordena, en su mayoría, el pago de intereses compuestos –a diferencia de los simples que generalmente acompañan a las compensaciones por expropiaciones lícitas-. En lo que se refiere al lucro cesante, su pago depende de la rentabilidad y del tiempo de duración de operación de la inversión foránea en el mercado. Veamos varios ejemplos ilustrativos:

1) En primer lugar, en el asunto *Starrett Housing Corporation y otros v. Irán* (1987)⁶⁴⁸, se refirió a la expropiación indirecta de los activos e intereses de los inversionistas estadounidenses en un proyecto inmobiliario por parte de las autoridades gubernamentales iraníes. A los fines de identificar la indemnización que correspondía en este caso a favor de los primeros, el Tribunal Arbitral de Reclamaciones examinó la previsión contenida en el Tratado de Amistad concluido entre los países involucrados, la cual exigía el pago de una suma de dinero equivalente al valor total de la propiedad expropiada. Pero, también, siguió los parámetros de la decisión del TPIJ (*Chorzow Factory*) para el avalúo de la propiedad en función del valor justo de mercado⁶⁴⁹.

Luego del análisis del asunto, el panel de árbitros ordenó el pago del valor de mercado de la propiedad expropiada estadounidense, expropiada en forma indirecta por las autoridades iraníes. En particular, el cálculo se realizó sobre la base del precio que un potencial comprador estaría dispuesto a pagar por el bien a un potencial vendedor. El razonamiento consistió en la búsqueda de un criterio de valoración razonable de la inversión en el mercado, para el 31/01/1980, fecha de la expropiación. Asimismo, a los fines de garantizar al inversor una reparación integral por todos los perjuicios sufridos, se ordenó a la República Iraní al pago de intereses compuestos por el orden del 8,5%⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ *Starrett y otros v. Irán*, Tribunal Arbitral de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, Laudo No. 314-24-1, de fecha 14/08/1987.

⁶⁴⁹ Debemos hacer notar que el laudo arbitral no hace distinción entre los términos compensación e indemnización. Véase *Starrett y otros v. Irán...*, cit., párrafos 261 y 264.

⁶⁵⁰ *Starrett Housing y otros v. Irán y otros...*, cit., párrafos 264 – 277.

2) Ahora bien, en segundo lugar, citamos el asunto *Metalclad v. México* (2000) dictado en el marco del TLCAN, el cual, como recordemos, se relacionó con la expropiación ilegítima por parte de las autoridades mexicanas de la propiedad de un inversor estadounidense⁶⁵¹. Siendo ilegal la medida expropiatoria al impedir las autoridades municipales el otorgamiento al inversor del permiso de operación del confinamiento de residuos peligrosos y, dado que también México violó el estándar del trato justo y equitativo, el Tribunal Arbitral señaló que la indemnización producto del incumplimiento de ambos parámetros es la misma y que corresponde al valor justo de mercado de la inversión para el momento antes de la expropiación. Este cálculo se circunscribió al monto de la inversión que efectivamente realizó el demandante en el proyecto.

Respecto al cálculo del valor justo de mercado, el Tribunal Arbitral esgrimió un criterio muy interesante, que ya había asomado el panel de árbitros del asunto *APPL v. Sri Lanka*: si la empresa expropiada tiene trayectoria en rentabilidad, el valor justo de mercado debe atender a las estimaciones de rentabilidad futura, sujetas a un análisis de la actualización de los flujos de caja (es decir, el método de flujo de caja descontado). En tanto que, si no ha tenido actividad o no ha generado beneficios, las ganancias futuras no pueden tomarse en cuenta para su valoración. Por cuanto el proyecto fue expropiado justo antes de su funcionamiento, no fue incluido el lucro cesante en la indemnización. Finalmente, el panel de árbitros obligó a México a pagarle al inversionista estadounidense intereses compuestos por el orden del 6%⁶⁵².

3) En tercer lugar, un interesante asunto que nos ilustra respecto a la discrecionalidad ejercida por los Tribunales Arbitrales ante la determinación de la indemnización responde al asunto *CME Czech Republic, B.V. v. República Checa* (2003)⁶⁵³. Este asunto se refirió a la expropiación indirecta ejercida por las autoridades checas, a través del Consejo de Medios de dicho país, por medio del dictamen de una serie de medidas que afectaron gravemente la operatividad de la inversión desarrollada por una compañía holandesa, como proveedora de servicios de radiodifusión para un importante canal de televisión privado.

⁶⁵¹ *Metalclad v. México...*, *cit.*, párrafos 113, 118, 119, 120 y 122.

⁶⁵² *Metalclad v. México...*, *cit.*, párrafo 128.

⁶⁵³ *CME Czech Republic, B.V. (The Netherlands) v. República Checa*, Laudo Arbitral Parcial de fecha 13/09/2001 y Laudo Arbitral Final de fecha 14/03/2003. Este procedimiento arbitral tuvo lugar en Estocolmo, bajo las reglas de arbitraje de CNUDMI. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 19/09/2011].

Llama la atención que el Tribunal Arbitral, a pesar de reconocer que el Estado receptor violó una obligación convencional (prohibición de expropiación), no hizo distinción respecto a si la medida expropiatoria era lícita o no desde el punto de vista internacional, como tampoco se refirió a la diferenciación sobre el tipo de reparación aplicable en cada caso –al tratarse de una expropiación indirecta, los actos y omisiones del Estado anfitrión fueron ilegales-. Por el contrario, el panel de árbitros estableció una relación de causalidad entre las acciones tomadas por el Consejo de Medios checo contra los intereses del inversionista y los efectos que tuvieron sobre la inversión holandesa que produjeron su pérdida, y calificó esta interferencia estatal como acciones que generan responsabilidad extracontractual (*tori*)⁶⁵⁴.

Visto lo anterior y dictaminada la obligación de la República Checa de indemnizar al inversionista, ordenó el pago del valor justo de mercado de sus intereses patrimoniales en atención a la cuantía genuina que tenía la propiedad para el 05/08/1999, tomando en cuenta, en forma conjunta, el principio de reparación integral (a que se refiere el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados), junto al Derecho checo, así como las previsiones del APPRI concluido entre el Reino de los Países Bajos y la República Checa⁶⁵⁵.

Respecto a los intereses, el Tribunal Arbitral desestimó la solicitud del demandante de que fuesen compuestos, toda vez que depende del monto de la compensación acordada y su proporcionalidad a la pérdida sufrida. En este caso, se ordenó el pago del 10% de interés simple, desde la fecha de la expropiación hasta el día del pago de la indemnización.

4) En cuarto lugar, otro asunto no menos interesante es planteado en el caso *Siemens, A.G. v. Argentina* (2007)⁶⁵⁶. Los demandantes exigían el pago de la indemnización por la expropiación indirecta de sus intereses patrimoniales en el contrato de tecnología y sistematización de datos para los servicios de inmigración de aeropuertos y el sistema de información electoral. Se había acordado que el pago de tasas por los servicios prestados de identificación (expedición de documentos de identidad, actualización y distribución a domicilio, así como la impresión de las boletas de votación) serían abonadas a favor del inversión en

⁶⁵⁴ *CME v. República Checa*, Laudo Arbitral Parcial de fecha 13/09/2001, *cit.*, párrafos 575 – 615.

⁶⁵⁵ *CME v. República Checa*, Laudo Arbitral Parcial de fecha 13/09/2001, *cit.*, párrafo 618.

⁶⁵⁶ *Siemens, AG v. Argentina*, Caso No. ARB/02/8, Laudo Arbitral de fecha 06/02/2007, párrafo 396. Texto disponible en: <http://www.italaw.com> [Fecha de visita: 27/07/2011].

calidad de compensación. Favorecía este acuerdo la Ley de Convertibilidad, que permitía la paridad cambiaria de un peso argentino equivalente al valor de un dólar americano.

Ciertos problemas se suscitaron luego de que el demandante hubiera invertido un importante capital en la adecuación de los servicios. Sin embargo, durante la crisis económica la situación se agravó cuando fue abrogada la citada Ley de Convertibilidad. Aunque el Tribunal Arbitral consideró que esta medida legislativa estaba motivada por la crisis económica y fiscal, otras acciones estatales dictadas posteriormente mermaron la inversión realizada por Siemens. De ellas, la promulgación del Decreto 669/01 que revocó el contrato celebrado entre el inversor y el Estado.

Durante el curso del proceso arbitral, el panel de árbitros identificó la existencia de una expropiación indirecta, causada por estas medidas, que ocasionaron un fuerte impacto en el valor económico de la inversión del demandante. A los efectos de determinar el pago de la indemnización y siguiendo también el principio esgrimido en *Chorzow Factory* de reparación integral, se calculó el valor de mercado de la inversión en atención al método contable de Valor Libro y se ordenó el pago de intereses compuestos del 2,66%, tomando como fecha de cálculo el día del dictamen del laudo:

“Thus, in determining the applicable interest rate, the guiding principle is to ensure full reparation for the injury suffered as a result of the internationally wrongful act’. The Tribunal considers that the rate of interest to be taken into account is not the rate associated with corporate borrowing but the interest rate the amount of compensation would have earned had it been paid after the expropriation”⁶⁵⁷

“The Tribunal has to apply customary international law. Accordingly, the value of the investment to be compensated is the value it has now, as of the date of this Award, unless such value is lower than at the date of expropriation, in which event the earlier value would be awarded. It is not the value of the investment to Argentina but the value of the investment in terms of the sums invested in the Project”⁶⁵⁸.

5) En quinto lugar, y aunque no referido a una expropiación indirecta sino a un caso de violación del trato justo y equitativo corresponde al asunto *LG&E v. Argentina* (2007)⁶⁵⁹. Este laudo es muy ilustrativo toda vez que el panel de árbitros

⁶⁵⁷ *Siemens v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 396.

⁶⁵⁸ *Siemens v. Argentina...*, *cit.*, párrafo 360.

⁶⁵⁹ *LG&E y otros v. Argentina*, Laudo Arbitral Final de fecha 25/07/2007, párrafos 43 y ss.

advirtió que el valor justo de mercado (*fair market value*) es el método de valuación más adecuado en casos de expropiación, toda vez que el inversionista pierde la titularidad de su inversión.

A diferencia del caso *Metalclad* donde el Tribunal Arbitral consideró que no había diferencia entre la indemnización por una expropiación ilegal y la que puede ordenarse por la violación del estándar del trato justo y equitativo, este Tribunal Arbitral esgrimió que la indemnización respecto al primer supuesto, calculada sobre la base del valor justo de mercado, no se extiende análogamente al segundo asunto, como tampoco a otros estándares del acuerdo bilateral.

Y, por ello, preparó su propio método de cálculo para este segundo tipo de indemnización, es decir, se suman los dividendos que deberían haberse generado de no haberse modificado las condiciones de la inversión (el sistema de tarifas de gas en Argentina). A esa suma, se resta los dividendos recibidos por los inversionistas y, también, se restan los daños causados durante el estado de necesidad, es decir, el tiempo en el cual Argentina sufrió una gravísima crisis económica entre el 01/12/2001 y el 26/04/2003. Durante ese periodo, el Tribunal concluyó que estaba la República eximida de su responsabilidad ante el inversor foráneo.

6) El asunto *Gemplus y otros v. México* (2010)⁶⁶⁰, en sexto lugar, resulta muy ilustrativo a los efectos de la valoración del activo expropiado ilegalmente. Este litigio se relacionó con la expropiación indirecta, valga la redundancia, de una inversión efectuada por inversionistas (provenientes de Argentina y España) en el sistema nacional de registro de vehículos de México, el Tribunal Arbitral también advirtió sobre la indemnización que, en este tipo de supuestos, resulta aplicable.

Por cuanto las soluciones de los APPRI's aplicables a este caso no contemplan una previsión especial para los supuestos de expropiaciones ilegales, el panel de árbitros indicó que, conforme al Derecho Internacional, sólo procede indemnización de un Estado demandado por la violación de un tratado cuando existe un nexo causal entre este incumplimiento convencional y la pérdida sufrida y alegada por el demandante. Al determinar, afirmativamente, la existencia de ese vínculo causal entre las medidas adoptadas por las autoridades mexicanas contra la operación de la concesionaria propiedad de los inversionistas argentinos y

⁶⁶⁰ *Gemplus y otros v. México*, Laudo Arbitral sobre Méritos de fecha 16/06/2010.

españoles, y los graves efectos económicos que produjeron en la inversión foránea, el Tribunal Arbitral ordenó el pago de la correspondiente indemnización.

A efectos de determinarla, y vista la laguna convencional existente, siguió los lineamientos generales del asunto *Chorzow Factory*, las soluciones contenidas en el Proyecto de Artículos, así como el estudio de las propias circunstancias fácticas del caso en concreto⁶⁶¹. El Tribunal Arbitral rechazó la aplicación del criterio del flujo de caja descontado, dado que la inversión no tenía suficiente antigüedad en el mercado⁶⁶². El ejercicio económico que había desarrollado era muy incierto y que el cálculo conforme a este criterio generaba un monto altamente elevado por las pérdidas de utilidades futuras, se tomó en consideración la valoración de las acciones de los inversionistas en la concesionaria. Y, para dicha tarea, tomando en cuenta que las previsiones de los APPRI's aplicables sólo se referían a la identificación del valor de mercado de la propiedad (en casos cuando la expropiación es legítima) y ante la ausencia de solución expresa en supuestos de violación del trato justo y equitativo y expropiación ilegal, el Tribunal Arbitral valoró la aplicación de otro criterio.

La solución calificada como intermedia por el propio panel de árbitros consistió en la valoración de la inversión de acuerdo a las acciones de los inversionistas en la concesionaria, más las pérdidas razonablemente anticipadas de utilidades futuras dejadas de percibir calculadas para la fecha de la expropiación. Por cuanto los inversionistas habían recibido de las autoridades mexicanas el pago de los gastos, dividendos y el capital invertido, se ordenó que se restaran dichos conceptos a la suma total de la indemnización. Debido a que se trató de una expropiación de carácter constructivo, se tomó como fecha de valoración para el cálculo el día la fecha de la primera acción u omisión de las autoridades gubernamentales⁶⁶³.

7) Finalmente, en séptimo lugar, otro interesante y reciente caso corresponde al asunto *Señor Tza Yap Shum v. Perú* (2011). Se relacionó con el reclamo de un inversionista chino por las acciones emprendidas por las

⁶⁶¹ *Gemplus y otros v. México...*, *cit.*, párrafos 12-51, 12-53 y 12-57.

⁶⁶² *Gemplus y otros v. México...*, *cit.*, párrafos 12-50, 12-53, 12-54, 13-70, 13-72 y 13-75.

⁶⁶³ Este laudo está inspirado en el artículo 15 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, conforme al cual cuando un Estado comete un hecho ilícito internacional consistente en una serie de acciones o de omisiones, la violación se produce durante un lapso de tiempo. A los fines de determinar el comienzo de esa sucesión de hechos, se toma en cuenta el primer acto gubernamental. *Gemplus, S.A. y otros v. México...*, *cit.*, párrafos 12-44 y 12-45.

autoridades tributarias peruanas que produjeron la pérdida de los activos e intereses de su compañía dedicada a la compra-venta de harina de pescado en Perú. Calificada la acción estatal como expropiación indirecta, el panel de árbitros determinó que dicha acción constituyó un incumplimiento al APPRI concluido entre China y Perú. A los fines de establecer la correspondiente reparación al inversionista, el Tribunal acotó que el propio APPRI no desarrolla una norma sobre la prueba del vínculo causal entre la medida de expropiación indirecta y el daño causante⁶⁶⁴.

A diferencia del asunto *CME*, este panel de árbitros no estableció la relación causal de las circunstancias del caso en concreto y sus efectos consecuentes en la inversión foránea sino que, tomando en consideración la práctica de otros Tribunales Internacionales, determinó la procedencia de la indemnización conforme a los principios generales del Derecho Internacional, por vía de los preceptos expuestos en el artículo 42 CW. En tal sentido, ante la imposibilidad de restituir al inversionista a la situación en que se encontraba para el momento antes del dictamen de la medida expropiatoria, ordenó a la República del Perú al pago de una suma de dinero conforme al valor de mercado de la inversión⁶⁶⁵.

En este caso, el método de valuación utilizado no fue el de flujo de caja descontado, toda vez que la empresa tenía pocos años de presencia en el mercado y resultaba incierto el cálculo de ganancias dejadas de percibir. Se aplicó finalmente el método del valor contable ajustado⁶⁶⁶. En cuanto a los intereses, el Tribunal ordenó el pago de este concepto desde el día de la expropiación (28/01/2005) bajo un método distinto: intereses calculados a la tasa promedio mensual de la Reserva Federal de Estados Unidos, que refleja el rendimiento de los Bonos del Tesoro de dicho país capitalizados a 10 años⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ *Señor Tz̄a Yap Shum v. Perú...*, *cit.*, párrafo 167.

⁶⁶⁵ *Señor Tz̄a Yap Shum v. Perú...*, *cit.*, párrafos 253-255.

⁶⁶⁶ Es decir, la valoración obtenida de la diferencia entre el valor de mercado del activo y el del pasivo.

⁶⁶⁷ *Señor Tz̄a Yap Shum v. Perú...*, *cit.*, párrafos 256 al 292.

4.2.5. Propuesta de aproximación en cuanto a la valoración de la indemnización

La procedencia de la indemnización pasa, en definitiva, por el examen previo de la identificación del acto expropiatorio dictaminado por el Estado receptor de la inversión como ilícito o no. Como advertimos, se trata de una complicada tarea para el operador jurídico, por cuanto depende en buena medida de las complejas circunstancias fácticas de cada caso en concreto y de las fuentes aplicables. Y, a ello, se suma la discreción que ejerce cada Tribunal Arbitral en su propia apreciación de los hechos.

Los asuntos *Starrett Housing* y *CME* reflejan los supuestos en los cuales los Tribunales Arbitrales no hicieron esta distinción, aunque sí afirmaron que la conducta estatal no se adecuaba al supuesto de hecho de la norma convencional en materia de expropiación. Ambos paneles de árbitros determinaron la procedencia de una reparación al inversionista, tomando en cuenta la decisión del caso *Chorzow Factory* del TPIJ y los postulados del Proyecto de Artículos. En contraste a esta posición, otro escenario lo refieren los asuntos *ADC* y *Señor Tza Yap Shum*. En éstos últimos, cada Tribunal Arbitral analizó los hechos que conllevaron a las autoridades gubernamentales del Estado receptor a la expropiación de los bienes e intereses de carácter patrimonial de los inversionistas.

Una vez identificado que el acto en cuestión viola la obligación convencional contenida en el APPRI –prohibición de expropiación salvo por motivos de utilidad pública, no discriminación, debido proceso y el pago de una compensación-, cada panel de árbitros encontró la existencia de una laguna jurídica, toda vez que no existe una solución expresa para la determinación de la indemnización correspondiente ni los parámetros de valoración. Tal como afirmó el Tribunal Arbitral del caso *LG&E*, no puede aplicarse el mismo tipo de reparación para un acto jurídico estatal lícito que otro ilícito.

Del análisis de los casos que hemos expuesto podemos inferir varias cuestiones respecto al contenido y a la valoración de la indemnización:

- 1) En primer término, ante la ausencia de solución convencional aplicable a los supuestos de expropiaciones ilegales, la doctrina y la práctica arbitral refieren el caso *Chorzow Factory* y la solución que contempla el Proyecto de Artículos. Ambos refieren, conforme al principio de reparación por los daños y

perjuicios causados por un hecho ilegal efectuado por un Estado, debe restituirse al afectado de su situación inicial antes de la expropiación. En caso de que la referida restitución no fuese factible, se ordena el pago de una suma de dinero a los fines de hacer desaparecer las consecuencias del acto ilegal, equivalente al valor justo de mercado de la inversión. Así, bajo estos parámetros, los paneles de árbitros analizan las circunstancias fácticas de cada caso determinando la reparación procedente que cubra las todas pérdidas sufridas por el inversor, que puedan ser financieramente calculadas.

2) Prácticamente todos o casi todos los Tribunales Arbitrales de los casos analizados plantean, en segundo término, que el contenido de la indemnización comprende el valor de la propiedad expropiada más intereses, aunque no siempre se acuerde el pago de las ganancias dejadas de obtener. En este orden de ideas, el estándar de valoración casi unánime para su determinación corresponde al valor de mercado. Ahora bien, es importante acotar que no hay uniformidad en el método a seguir para determinarlo. Como vimos en los casos *ADC*, *Siemens*, *Gemplus* y *Tza Yap Shum*, se utilizaron métodos variados como el valor libro y el valor contable ajustado, entre otros. Sin embargo, un aspecto en que todos coinciden es el uso del flujo de caja descontado sólo para los casos cuando la inversión ha tenido una rentabilidad claramente demostrable en el tiempo, tal como ilustran los asuntos *Metalclad*, *ADC*, *Gemplus* y *Tza Yap Shum*.

3) En tercer término otro aspecto que llama la atención, cuando se trata de una medida expropiatoria ilegal corresponde a la determinación de la fecha del cálculo de la indemnización. A diferencia de las compensaciones, que generalmente son calculadas desde la fecha de la expropiación, no siempre ocurre exactamente lo mismo con las indemnizaciones.

La práctica arbitral nos muestra que su identificación depende de las circunstancias fácticas de cada supuesto y de las condiciones del mercado en el Estado anfitrión. Si el activo se revaloriza con el transcurrir del tiempo, a pesar de su expropiación, es más recomendable determinar como fecha de expropiación la fecha del laudo arbitral, tal como lo muestran los asuntos *Metalclad*, *ADC* y *Siemens*. Una solución diferente corresponde cuando el activo se deprecia, supuesto en el cual recomienda valorarlo para el momento justo antes de que la medida gubernamental con efectos expropiatorios haya sido dictada.

Una dificultad mayor representa las expropiaciones indirectas de carácter constructivo, toda vez que ellas comprenden una serie de actos cuyos efectos, en conjunto, conducen a la privación de la inversión al inversionista extranjero. En esos casos, tal como ilustra el asunto *Gemplus*, se toma como referencia el criterio expuesto en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, conforme al cual se toma en consideración el primero de una serie de actos u omisiones efectuado por los Estados, incumpliendo con las obligaciones previamente pactadas.

4) En cuarto término y último aspecto a considerar en la *indemnización*, junto al pago del daño emergente y del lucro cesante, son los intereses. A diferencia de las compensaciones, este tipo de reparación puede estar acompañado del pago de un interés compuesto. Esta circunstancia obedece a que el principio de reparación integral exige el pago de todos los ingresos dejados de percibir por causa del acto estatal ilegal, incluidas las oportunidades perdidas⁶⁶⁸.

Como tantas veces hemos mencionado, cada Tribunal Arbitral es discrecional en cuanto al examen que realiza de los supuestos fácticos de cada caso y, por tanto, no siempre es posible ofrecer soluciones generales a partir de la práctica arbitral. Sin embargo, la posibilidad de que un Tribunal Arbitral pueda ordenar el pago de un interés compuesto en un caso de expropiación indirecta es un tema recurrente, tal como lo evidencian los asuntos que hemos mencionado en este apartado *Metalclad, ADC, Siemens y Gemplus*, salvo el caso *CME*, cuyo Tribunal ordenó el pago de intereses simples.

⁶⁶⁸ La doctrina respecto al tipo de interés, como parte del contenido de una indemnización, ha expresado: “When an investor has suffered a loss as a result of the host State’s breach of its obligations and when compensation has not been paid voluntarily for the said breach, the investor suffers additional damage as a result of the delay in receiving payment. It is generally acknowledged that, in order to be ‘made whole’, the investor should be compensated for this delay, that is, for the period during which he was deprived of money he could have invested elsewhere as a source of revenue”. Véase BIENVENU, P. Y VALASEK, M., «Compensation for unlawful expropriation...», *cit.*, p. 262.

CONCLUSIONES

1. El arbitraje de inversión constituye un especialísimo medio de resolución de conflictos que surgió de la imperiosa necesidad de que los Estados e inversionistas -nacionales de otros Estados- en forma directa, diriman las controversias que acompañan a la realidad de la inversión foránea. En la actualidad, las instituciones arbitrales encargadas de administrar este tipo de arbitraje -y, de ellas, el CIADI- muestran un número emergente de casos producto de la conflictividad entre las partes, no resuelta por vía amistosa.

2. La trascendencia pública que ha tenido durante los últimos años los asuntos resueltos a través del arbitraje de inversión, ha ocasionado la reticencia de ciertos países a este mecanismo de resolución de conflictos e, incluso, a su confusión con el arbitraje comercial internacional. Si bien aclaramos que son dos figuras jurídicas diferentes, la conexión práctica entre ellas ha conllevado a reflexionar sobre los potenciales efectos, en el futuro próximo, de una sobre la otra. Muy especialmente, nos referimos a la consideración del arbitraje comercial internacional como una alternativa en la renegociación de nuevos APPRI, especialmente para aquellos países que han denunciado el CW -como Bolivia, Ecuador y Venezuela-.

3. Junto a la compleja situación reseñada, debemos también advertir la ausencia de un instrumento convencional de carácter multilateral que unifique todas las garantías y los principios en pro de la protección de la inversión foránea. Hasta los momentos se destaca la actual existencia, junto al CW, de un conjunto de convenios de corte regional y una enorme red de APPRI. A este entramado de fuentes internacionales se suma una serie de legislaciones de carácter nacional cuyo objetivo consiste también en brindar al inversionista un orden jurídico previsible.

4. Planteada la controversia entre Estados receptores e inversionistas, el operador jurídico se enfrenta -de partida- a este prisma de fuentes de todo tipo. Su labor consiste en ir analizando cuáles de ellas serían las aplicables al supuesto de hecho en concreto y, especialmente, respecto a la jurisdicción del CIADI (si ésta resulta la institución elegida para administrar el arbitraje) y al Derecho aplicable a los méritos del asunto.

5. El artículo 25 CW expone los criterios por medio de los cuales el CIADI tiene jurisdicción internacional y los tribunales arbitrales competencia para conocer y decidir el asunto planteado: que las partes tengan nacionalidades distintas para el momento del inicio de la disputa y que ambas hayan prestado el debido consentimiento de someterse al arbitraje de inversión administrado por este centro internacional de arbitraje.

La evaluación de la nacionalidad del inversor –si se trata de una persona física- pasa por el estudio de las legislaciones nacionales de los Estados involucrados a los fines de poderla identificar. En los supuestos donde el inversionista foráneo es una persona jurídica, generalmente se determina su nacionalidad conforme a la calificación autónoma contenida en el APPRI o las previsiones acordadas en el contrato de inversión o la legislación que resulte aplicable al caso. Muchas veces, se plantea como criterio indicador el lugar de su constitución. Sin embargo, ante la complejidad de las operaciones comerciales internacionales, la práctica muestra el uso frecuente del *forum treaty*. Esta situación resulta viable y es aceptada por los Tribunales Arbitrales en tanto que la reestructuración corporativa del inversor sea permitida o, al menos, conocida previamente por el Estado receptor, sin que éste último la haya objetado.

Asimismo, respecto al consentimiento en el arbitraje de inversión debemos señalar que se perfecciona cuando el inversionista acepta la oferta a este mecanismo de resolución de conflicto efectuada por el Estado receptor -y contenida en el APPRI, en el contrato o en la legislación nacional especial- al iniciar el procedimiento arbitral en su contra. Como observamos en el Trabajo, la manifestación del consentimiento estatal por vía de legislación nacional no siempre es clara –como sucedió con el artículo 22 LPPI de Venezuela- lo cual genera graves problemas de interpretación e inseguridad al colectivo.

6. Junto a los requerimientos de nacionalidad y consentimiento, el artículo 25 CW también exige que la controversia a ser resuelta constituya un problema legal que haya surgido directamente de una inversión. Los parámetros para identificar una inversión foránea dependen, en buena medida, del APPRI aplicable, ante la ausencia de calificación autónoma por parte del CW. La práctica refiere la tendencia de los Tribunales Arbitrales a seguir la calificación en sede convencional o de acuerdo a las legislaciones nacionales –si fuere el caso-, como muestra de la voluntad plasmada por las partes en dichos instrumentos, en aras de brindar protección a la inversión. Aunque no es vinculante, muchos Tribunales se

orientan a través del test de identificación expuesto en los asuntos *Fedax* y *Salini*. Es decir, se examina la existencia de una inversión foránea no sólo bajo el análisis del tipo de bien tangible o intangible que posea el inversionista, sino también el riesgo que asume el inversionista, la duración del proyecto, la contribución tecnológica-física-operacional que se despliega así como la contribución al Estado receptor, quien la acepta como legalmente constituida bajo su propia legislación nacional.

7. Uno de los asuntos que, sin duda, ha acaparado atención en el día a día del arbitraje de inversión se refiere a los reclamos de expropiación por parte de los inversionistas foráneos contra los Estados anfitriones. Las recientes nacionalizaciones emprendidas por Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela muestran que las expropiaciones directas no son cosa del pasado. A ello se unen también los problemas suscitados por las expropiaciones indirectas, caracterizadas por constituir medidas estatales donde el inversor, sin dejar de ser el titular del Derecho de propiedad sobre el activo, pierde su control o el Derecho a disfrutar de los beneficios económicos que ésta genere.

8. La identificación de la existencia de una expropiación pasa, en primer lugar, por el examen de la calificación del activo como propiedad reconocida bajo el Derecho del Estado receptor de la inversión. Ello obedece a que los acuerdos multilaterales y APPRI -ante la imposibilidad de contener normas materiales sobre bienes, contratos o sociedades, según sea el tipo de inversión- remiten a las soluciones de cada orden jurídico interno. En segundo lugar, al identificar la propiedad, el operador jurídico debe determinar si dicho activo o bien del inversionista foráneo está amparado bajo el ámbito de aplicación material del APPRI aplicable al caso. De resultar afirmativo, se activa el sistema internacional de protección de inversiones. La práctica arbitral revela que este ejercicio de doble calificación planteado se utiliza pero no siempre de manera uniforme. Ello obedece a los Tribunales Arbitrales tienen un alto grado de discrecionalidad en la apreciación de los supuestos fácticos planteados en cada asunto y, generalmente, tienden a seguir las pautas establecidas en cada APPRI.

9. Las expropiaciones no constituyen actos ilegales transfronterizos *per se*, toda vez que son parte de la facultad soberana de los Estados. Sin embargo, existen ciertas restricciones a los fines de racionalizar dicha potestad por cuanto prácticamente todos los convenios en materia de promoción y protección de inversiones permiten la expropiación de una inversión foránea siempre que sea

por causa de utilidad pública, constituya una medida no discriminatoria, se respete el Derecho al debido proceso, y -además- se acompañe del pago de una compensación. En la medida en que el Estado anfitrión cumpla con todos estos requerimientos, en forma conjunta, la medida expropiatoria constituiría un acto legal bajo el Derecho Internacional -y, particularmente, bajo las reglas del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados-.

10. Respecto al requisito de la causa de utilidad pública, se plantean importantes problemas de calificación toda vez que constituye un concepto jurídico indeterminado. Por tanto, debemos examinar que la medida expropiatoria realmente responda a un interés colectivo genuino en atención a las realidades socioeconómicas de cada Estado. Ahora bien, bajo el principio de no discriminación, como segundo requerimiento convencional, la medida de privación del Derecho de propiedad -nacionalización y expropiación- debe afectar por igual a todos, nacionales e inversionistas foráneos, bien sea en el mismo sector económico o en ámbitos relacionados.

11. Conjuntamente con lo anterior, la medida expropiatoria estatal debe respetar el Derecho al debido proceso, concepto vinculado al Derecho Procesal y, particularmente, al Derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en varios textos constitucionales y en convenios internacionales en materia de Derechos Humanos. En el ámbito del sistema de promoción y protección de inversiones, se refiere a la garantía brindada por el Estado receptor al inversionista respecto a que el proceso expropiatorio se lleve a cabo de acuerdo al procedimiento legalmente establecido y que el propio inversor pueda acudir ante las autoridades competentes para hacer valer sus derechos e intereses, a fin de obtener una decisión judicial y, de ser el caso, pueda ejercer contra ella los recursos legales correspondientes.

El análisis de las soluciones contenidas en los acuerdos regionales y en los APPRIs existentes arroja dos grandes tendencias. Por un lado, el respeto al Derecho al debido proceso constituye uno de los requerimientos o ítems a verificar en la identificación de una expropiación lícita, sin vincularlo a otros estándares convencionales -como lo contemplan el TCE o el Protocolo de Colonia, en el ámbito del MERCOSUR-. Y, por otro, esta garantía se enlaza con dos parámetros: el trato justo y equitativo y, la plena protección y seguridad a la inversión foránea -como sucede en los APPRI Modelo de Estados Unidos, CAFTA-Dr y el TLCAN-.

El principio del trato justo y equitativo responde a la obligación de los Estados de conservar una conducta sólida y transparente con el inversor extranjero, respetando la estabilidad de su sistema jurídico para cumplir con las legítimas expectativas de éste último. Esto no significa que el Estado, bajo este estándar convencional, esté impedido de modificar su legislación durante el desarrollo de una inversión foránea en su territorio, pero se exige que mantenga -al menos- el marco de seguridad económica y jurídica necesario para que ésta pueda efectuarse. A pesar de que se trata de un estándar convencional cuyo ámbito de aplicación se ha ido expandiendo, la vinculación entre el trato justo y equitativo y las expropiaciones radica -en este punto y respecto a las expropiaciones de carácter directo- en que ambos constituyen parámetros internacionales que exigen al Estado receptor la no ejecución de las acciones que deniegan el acceso a la justicia o violan la garantía del debido proceso.

Ahora bien, además del trato justo y equitativo, algunas soluciones convencionales también relacionan la garantía del debido proceso a otro principio: el de plena protección y seguridad a la inversión foránea por parte del Estado anfitrión. Este estándar -cuyo ámbito también se ha ido extendiendo- relata el deber estatal de proteger y vigilar, con la debida diligencia, la seguridad física de las instalaciones de la inversión extranjera.

12. La compensación, como cuarto requisito convencional para una expropiación legal internacional, se refiere al pago -en moneda de curso legal y libremente convertible- del activo expropiado. Constituye la garantía patrimonial del inversionista foráneo como límite a la potestad soberana del Estado receptor de privarle del Derecho de propiedad sobre su inversión. En este sentido, se han formulado todo tipo de parámetros a los fines de identificarla: desde la Fórmula Hull, expuesta en 1938, relativa al pago de una justa, adecuada y pronta compensación, hasta las soluciones convencionales que ordenan el cálculo del valor económico en atención a ciertas premisas contables.

Actualmente se esgrime como compensación el pago de una suma de dinero equivalente al valor económico de la propiedad expropiada y su valuación responde a criterios de mercado. El cálculo de este valor -que esgrimen la doctrina y la práctica arbitral- depende de cada caso y, particularmente, del tipo de activo que se trate. Básicamente, se analiza el valor reflejado en los libros de contabilidad, el valor de su liquidación o el de reposición. Si se trata de un activo con una rentabilidad económica comprobable en el tiempo -tal como refiere la guía de

tratamiento del Banco Mundial- podría utilizarse el método del flujo de caja descontado.

Ahora bien, junto al pago del valor de la propiedad -calculado para el momento previo antes de que sea de público conocimiento su expropiación, conocido como fecha de expropiación- se acompaña el pago de otro concepto: los intereses. De esta forma, se compensa al inversionista por la espera en recibir el dinero equivalente al valor de su inversión, desde el momento de la privación del Derecho de propiedad hasta la fecha del pago, así como por el eventual costo de oportunidades perdidas.

13. Otro tema de relevante interés en el ámbito de las expropiaciones bajo el sistema de promoción y protección de las inversiones foráneas corresponde a las expropiaciones indirectas. No existen, hasta los momentos, reglas convencionales uniformes que permitan su identificación, por lo que se hace necesario examinar, caso por caso, cada problema planteado junto al examen de la práctica arbitral. Y, en ese sentido, la doctrina, la práctica y las referencias contenidas en el CAFTA-Dr y los APPRI Modelos de Canadá y Estados Unidos, muestran algunos criterios orientadores para examinar la existencia de una expropiación de esta naturaleza.

En primer lugar, dicha tarea parte de su diferenciación con las medidas regulatorias legítimas. Si la medida estatal se ha dictado en pro de la consecución de fines de interés general como la salud pública o la protección del medio ambiente, estamos en presencia de una medida regulatoria. Sin embargo, si no existe correlación o proporción entre el objetivo de la referida medida y las motivaciones que dieron lugar a ella, si resulta discriminatoria, no transparente o abusiva y, además, produce el efecto de privación del Derecho de propiedad de la inversión, podría configurarse un supuesto de expropiación indirecta.

En segundo lugar, otro aspecto analizado corresponde al grado de interferencia de la medida estatal en la inversión foránea. Muy particularmente, nos referimos a la identificación del impacto económico grave sobre los activos del inversor. Aunque este examen es realizado caso por caso, tampoco puede ser aleatorio ni generalista. La práctica arbitral en la materia indica que debe ser restrictivo y, en tal sentido, a los fines de identificarlo, se esgrime el test o prueba de la “privación sustancial de la inversión”. Es decir, constituye una expropiación indirecta el dictamen de una medida estatal que cause en la inversión extranjera un

daño de tal magnitud que haga inoperativo el control, el uso y el disfrute de los Derechos patrimoniales del inversor foráneo.

Junto al grado de interferencia –y el impacto sustancial- en la inversión foránea, se agrega la duración de la medida estatal. Se esgrimen, en ese sentido, varios cuestionamientos: que se trata de una acción u omisión estatal permanente en el tiempo o si, por el contrario, debe ser de corta duración. La práctica arbitral ha demostrado que una medida estatal puede causar un grave detrimento en la inversión foránea en un lapso entre 4 a 18 meses. Sin embargo, debemos apostar por el método del *case by case approach*, toda vez que las circunstancias fácticas de cada supuesto van orientando al operador jurídico.

En tercer lugar, otro elemento identificador de una expropiación indirecta responde a la afectación de la medida en estudio sobre las legítimas expectativas del inversionista. Se refiere a la confianza que deposita el inversionista en el Estado anfitrión para efectuar su inversión sobre la base, por un lado, de la normativa local y, por otro, del ambiente de negocios que en éste se ventile. Cuando una medida estatal ocasiona la pérdida del valor económico de la inversión, puede afectar también la expectativa que tuvo el inversor para el momento que decidió efectuarla. Se rompe, de esta forma, el pacto de previsibilidad y seguridad jurídica que, en su momento, ofreció el país anfitrión.

14. Se ha discutido en la doctrina que las expropiaciones indirectas se vinculan con el estándar del trato justo y equitativo. Y, efectivamente, ambos se relacionan por la interferencia –ejercida por el Estado receptor- en la confianza depositada por el inversor extranjero en la obtención de los beneficios económicos resultantes. Pero, al mismo tiempo, su diferencia radica en que el incumplimiento del trato justo y equitativo no compromete necesariamente el Derecho de propiedad de la inversión foránea, mientras que en la expropiación indirecta este Derecho sí se ve afectado.

15. Tanto las expropiaciones directas que no reúnen los requerimientos ya analizados, como las expropiaciones indirectas –que, por su naturaleza, tampoco cumplen dichos requisitos-, constituyen actos ilegales bajo el Derecho Internacional, por violar la normativa convencional. La comisión de actos de esta naturaleza acarrea el deber de indemnizar por parte del Estado anfitrión por los daños causados al inversor foráneo, los cuales pueden ser aún mayores que el valor de la inversión expropiada. Por esta razón, siendo la indemnización el

resarcimiento al afectado de los perjuicios causados por un acto ilícito, coincidimos con la doctrina en afirmar que ésta corresponde a un concepto distinto a la compensación que, como afirmamos, responde a la garantía patrimonial del inversionista de recibir el pago en efectivo del valor de la propiedad expropiada.

Ciertamente y a diferencia de la compensación, no existen parámetros convencionales que permitan valorar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento estatal de la obligación internacional de no expropiar directa o indirectamente. Por tanto, la doctrina y la práctica arbitral refieren la solución expuesta por el TPJI en el asunto *Chorzow Factory* y en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados: la aplicación del principio de reparación integral.

En atención al referido principio, el Estado receptor está en el deber de restituir al inversionista a la situación previa antes de la comisión del acto ilegal. De no ser posible, el Estado está en la obligación de pagar al inversionista una suma de dinero -en moneda libremente convertible- equivalente al daño emergente (valor de la propiedad expropiada), el lucro cesante (cuando pueda ser determinado, dependiendo del tipo de activo), así como intereses compuestos. Todos estos conceptos, de acuerdo a la práctica arbitral y a la valoración que, en definitiva, se realice, se efectúan tomando en consideración la fecha del laudo arbitral.

16. El examen de los litigios relacionados con el resurgimiento de las expropiaciones directas de la inversión foránea, así como de las indirectas y, particularmente, de su vinculación con otros estándares internacionales, deja -en definitiva- abiertas las puertas a nuevos estudios en el ámbito del sistema de protección transfronteriza de inversiones extranjeras. Las soluciones convencionales, lejos de constituir fuentes estáticas, han ido adaptándose a las nuevas realidades socioeconómicas que enfrentan los Estados y los inversionistas foráneos. Por ello, es imprescindible el análisis no sólo del complejo entramado de fuentes en esta materia, sino también de los nuevos avances expuestos por la doctrina, así como el estudio de la práctica arbitral, desarrollado a través del método del *case by case approach*, a los fines de brindar una solución ponderada de cada asunto en concreto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

I. FUENTES DOCUMENTALES

A) ARTÍCULOS DE REVISTAS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

A.A.V.V., «Señor Tza Yap Shum v. Perú», en *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 10 (SANTISTEVAN DE NORIEGA, J., SOTO COÁGUILA, C.A., CANTUARIAS SALAVERRY, F., DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P., BULLARD GONZÁLEZ, A., RUSKA MAGUIÑA, C. Y RUBIO GUERRERO, R., Comité Editor). Lima, Magna, 2010, pp. 109-171.

AGUILAR ALVAREZ, G. Y PARK, W., “The new face of investment arbitration: Capital Exporters as host States under NAFTA Chapter 11”, en: *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (VAN DEN BERG, A.J., ed.). International Council for Commercial Arbitration, Congress Series, No. 11, London, 2002, pp. 392-425.

ÁLVAREZ ÁVILA, G., «Las características del arbitraje del CIADI», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II, México, 2002, pp. 205-229. Texto disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/2/cmt/cmt6.pdf> [Fecha de visita: 24/01/2010]

ALVAREZ, H.C., «Arbitration under the North American Free Trade Agreement», en *International Arbitration in Latin America* (BLACKABY, N.; LINDSEY, D Y SPINILLO, A., Ed.). Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, pp. 313-378.

BANIFATEMI, Y. y GAILLARD, E., «The meaning of “and” in article 42(1), second sentence, of the Washington Convention: The role of International Law in the ICSID choice of law process», en: *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 18, 2003, pp. 375-411.

BEECHEY, J. Y CROCKETT, A., «New generation of bilateral investment treaties: consensus or divergence?», en: *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation* (Rovine, A., ed). The Fordham Papers 2008. Fordham University, School of Law, New York, 2009, pp. 5-26.

BIENVENU, P. Y VALASEK, M., «Compensation for unlawful expropriation, and other recent manifestations of the principle of full reparation in international investment law», en: *50 Years of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration (ICCA), Congress Series, No. 14 (VAN DER BERG, J., ED.). Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, pp. 231-281.

BISHOP, R. D., «International arbitration of petroleum disputes: The development of a *Lex Petrolia*», en *International Energy and Minerals Arbitration*, Paper 2, Mineral Law Series, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Texas, 2002.

BISHOP, R. D. Y RUSSELL, W., «Survey of arbitration awards under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement». *Journal of International Arbitration*, No. 19 (6), Kluwer Law International, The Netherlands, 2002, pp. 505-579.

BLACKABY, N., «El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina», en: *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 1, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, 2004, pp. 17-63.

BRUNETTI, M., «Indirect expropriation in International Law», en: *International Law Forum du Droit International*, No. 5. Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003, pp. 150-154.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Contratos internacionales de Estado», en: *Curso de Contratación Internacional*. Colex, Madrid, 2003, p. 577-584.

COE, J.J. Y RUBINS, N., «Regulatory Expropriation and the Tecmed case: context and contributions», en: *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ISCID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (WEILER, T., ed.). Cameron May, London, 2007, pp. 597-668.

COHEN SMUTNY, A., «State Responsibility and Attribution when is a State responsible for the acts of State enterprises? Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain», en: *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ISCID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (WEILER, T., ed.). Cameron May, London, 2007, pp. 17-46.

COHEN SMUTNY, A., «Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration: Are they different ball games? The actual conduct», en: *50 years of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration (ICCA), Congress Series, No. 14 (Van der Berg, A., General ed.). Kluwer Law International B.V., The Netherlands, 2009, pp. 167-177.

COHEN SMUTNY, A., «Principles relating to compensation in the investment treaty context», en: *Investment Treaty Arbitration Workshop*. IBA Annual Conference, Chicago, 2006, pp. 1-25.

CRAWFORD, J., «The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A retrospect», en: *American Journal of International Law*, Vol. 96. Vanderbilt University School of Law, Nashville, 2002, pp. 874-890.

CREMADES, B, «Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XXIII, Madrid, 2007, pp. 13-22.

CREMADES, B. Y CAIRNS, D.J., «El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores», en *Revista Mexicana de Derecho internacional privado*. Academia Mexicana de Derecho internacional privado y comparado, México, D.F., 2002, pp. 47-95.

DE CÓRDOBA, J., «Chávez takes steps to exit global forum. *Pullout From World Bank Unit Would Fit a Nationalistic Bent* », en: *The Wall Street Journal*, publicado el día 13/09/2011. Texto disponible en: http://online.wsj.com/article/SB10001424053111903285704576560760106674594.html?mod=googlenews_wsj&utm_source=twitterfeed&utm_medium=facebook#printMode

DELANEY, J., «“Expropriation” and “fair and equitable treatment” standards in recent ICSID Jurisprudence». *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) Taking stock after 40 Years* (HOFMANN, R. Y TAMS, C., Eds). Nomos, Frankfurt, 2007, pp. 73-78.

DOLZER, R., «Indirect expropriation: New developments?», en: *Environmental Law Journal*, Vol. XI. New York University, New York, 2003. Texto disponible en: www1.law.nyu.edu/journals/envtlaw/issues/vol11/1/dolzer.pdf [Fecha de visita: 15/05/2011].

DOLZER, R. Y BLOCH, F., «Indirect expropriation: Conceptual realignments», en: *International Law Forum du Droit International*, No. 5. Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003, pp. 155-165.

ESPLUGUES MOTA, C., «Artículo 2. Numeral II «Artículo 2. Numeral II, Arbitraje internacional con intervención de un Estado u organismo estatal» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Aranzadi, Madrid, 2004, pp. 99-145.

ESIS VILLARROEL, I. y HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., «Venezuela», en: *Arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro* (ZAPATA DE ARBELÁEZ, A., BARONA VILAR, S. Y ESPLUGUES MOTA, C., Dirs.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010, pp. 719-748.

FUNDACIÓN EMPRESAS POLAR, *Conociendo nuestra Historia*. Información disponible en: <http://www.fundacionempresaspolarg.org/nosotros/educacional/instituc/castgobi.html#bloque> [Fecha de visita: 04/12/2009].

FERNÁNDEZ MASÍA, E., «La realidad del arbitraje de inversiones desde la perspectiva latinoamericana», en: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro* (ZAPATA DE ARBELÁEZ, A; BARONA VILAR, S. y ESPLUGUES MOTA, C., Dirs.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 59-84

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras», en: *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 7. Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, julio-diciembre, 2007, pp. 11-65.

FIETTA, S., «Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard», en: *Journal of International Arbitration*, No. 25, Issue 5. Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 375-399.

FRUTOS-PETERSON, C., «El impacto de la participación de los Estados latinoamericanos en el arbitraje de inversión», en: *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 1, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, enero-junio 2010, pp. 13-41.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «Pluralismo jurídico e inversión extranjera: Las controversias entre el inversor y el Estado receptor», en: *Pacis Artes, Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campo*. T. II – Derecho internacional privado, Derecho Constitucional y Varia. Eurolex y Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2005, pp. 1563-1592.

GONZÁLEZ DE COSSIO, F., «Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión», en *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 4, Legis - Universidad Sergio Arboleda - Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2006, pp. 145-177.

GRAMHAM, J., «¿Dónde queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?», en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, No. 14, Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado, México, 2004, pp. 147-165.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., «Protección de inversiones en Venezuela», en: *DeCITA 03.2005, Inversiones Extranjeras*, Zavalía, Buenos Aires, 2005, pp. 270-284.

HOFFMANN, A., «Indirect expropriation», en: *Standards of investment protection*. 1º ed. Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, pp. 151-170.

LEBOULANGER, P., «Some issues in ICC awards relating to State contracts», en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 15 / No. 2. International Arbitration Court, Paris, 2004, pp. 93-101.

MAEKELT, T., «Tratados bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación», en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, ACPS, Serie Eventos No. 18, Caracas, 2005, pp. 325-351.

MAEKELT, T., «La Codificación Interamericana en Materia de Derecho Internacional Privado en el Contexto Universal y Regional», en: *Libro Homenaje a Haroldo Valladao*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1997.

MANTILLA-SERRANO, E., «El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea», en *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 2. Legis – Comité colombiano de arbitraje – Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2005, pp. 77-95.

MANIRUZZAMAN, A.F.M., «Expropriation of alien property and the principle of non-discrimination in International Law of Foreign Investment: An overview», en *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 8, No. 57, 1998-1999, pp. 57-78.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLA, A., «Economía de la globalización», en *Globalización y Derecho* (CANCIO MELIÁ, M., ed.), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2005, pp. 17-39.

MERCADO PACHECO, P., «Estado y globalización ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?» en *Globalización y Derecho* (CANCIO MELIÁ, M., ed.), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2005, p. 127-150.

MEREMINSKAYA, E., «La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos», en: *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 9. Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, julio-diciembre, 2009, pp. 13-59

MEZGRAVIS, A., “El consentimiento en el arbitraje del CIADI”, en: *El Arbitraje de inversión en el Derecho comparado*. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Caracas, 2009. Texto disponible en:
http://www.venamcham.org/demo/eventos/cedca_arbitraje_inversion_2009/arbitraje_de_%20inversion.htm [Fecha de visita: 18/04/2010]

MEZGRAVIS, A., «Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI», en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, ACPS, Serie Eventos No. 18, Caracas, 2005, pp. 353-400.

MONTERO AROCA, J., «Acción y tutela judicial», en: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. Y BARONA VILAR, S.) 18ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 247-288.

MOURRA, M.H., «The conflicts and controversies in Latin American treaty-based disputes», en *Latin American Investment Treaty Arbitration. The controversies and conflicts* (MOURRA, M.H., y CARBONNEAU, T.E., ed.). Kluwer Law International, Penn State Institute of Arbitration Law and Practice, The Netherlands, 2008, p. 5-67.

NEWCOMBE, A., «The obligation of arbitrate fairly and in good faith in investment treaty arbitration», en: *Kluwer Arbitration Blog*, 19/04/2010, disponible en:
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/04/19/the-obligation-to-arbitrate-fairly-and-in-good-faith-in-investment-treaty-arbitration/> [Fecha de visita: 20/04/2010].

NORTON, P.M., «A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the International law of expropriation», en: *American Journal of International Law*, Vol. 85. American Society of International Law, 1991, pp. 474-505.

NOUVEL, Y., «L'indemnisation d'une expropriation indirecte», en: *International Law Forum du Droit International*, No. 5. Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003, pp. 198-204.

ORREGO VICUÑA, F., «Regulatory authority and legitimate expectations: Balancing the rights of the State and the individual under International Law in a global society», en: *International Law Forum du Droit International*, No. 5. Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003, pp. 188-197.

ORTIZ RAMÍREZ, E., «La inversión extranjera y los economistas», en <http://www.analitica.com/va/economia/opinion/5313886.asp> Fecha de consulta: 11/10/2008;

PETERSON, L.E., *Investment Treaty News, 2006 – A year in review*. International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2007, p. 6. Texto disponible en: http://www.iisd.org/pdf/itn_year_review_2006.pdf [Fecha de visita: 18/08/2011].

REISMAN, W.M. Y DIGON, ROCIO, «Eclipse of expropriations?», en: *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation* (Rovine, A., ed). The Fordham Papers 2008. Fordham University, School of Law, New York, 2009, pp. 27-46.

REINISCH, A., «Legality of expropriations», en: *Standards of investment protection*. 1º ed. Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, pp. 171-204

REINISCH, A., «Expropriation», en: *The Oxford Handbook of International Investment Law* (MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. y SCHREUER, C., Eds.). Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, pp. 407-458.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., «¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los Tribunales Arbitrales CIADI», en: *Estudios sobre Contratación Internacional* (CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., DIRS.). Colex, Madrid, 2006, pp. 573- 597.

ROMERO, F., «La Norma de Aplicación Inmediata o Necesaria», en: *Revista de la Facultad de ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 112. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999. Texto disponible en: <http://www.zur2.com/fcjp/112/fabiola.htm> [Fecha de visita: 13/10/2011].

SATTAR, S., «National Courts and International Arbitration: A double-edged sword?», en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 21, Issue 1. Kluwer International Law, The Netherlands, February, 2010, pp. 51-73.

SHAN, W., «Is Calvo dead?», en: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55. 2007, pp. 123-164.

SCHILL, S., «"Fair and equitable treatment" as an embodiment of the rule of law». *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) Taking stock after 40 Years* (HOFMANN, R. Y TAMS, C., Eds). Nomos, Frankfurt, 2007, pp. 31-72.

SCHREUER, C., «Fair and equitable treatment: Interactions with other standards», en: *Investment protection and the Energy Charter Treaty* (COOP, G. Y RIBEIRO, C., ed.). JurisNet, LLC., New York, 2008, pp. 63-100.

SCHREUER, C. Y KRIEBAUM, U., «At what time must legitimate expectations exists». Texto disponible en: http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/97_atwhattime.pdf [Fecha de visita: 20/10/2011].

SENÉS MONTILLA, C., «Derecho a un proceso equitativo, público y en un plazo razonable», en: *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Derecho Procesal* (CALDERÓN CUADRADO, M.P. E IGLESIAS BUHIGUES, J.L., Coords.). Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 133-147.

SHAN, W., «Is Calvo dead?», en: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, 2007, pp. 123-164.

SHEPSTON OVERLY, M. «When private stakeholders fail: Adapting expropriation challenges in transnational tribunals to new governance theories», en: *Ohio St. Law Journal*, No. 71. Ohio, 2010, pp. 341-380.

SILVA ROMERO, E., «La distinción entre Estado y Administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado», en *Revista Internacional de Arbitraje* No. 1, Legis – Comité Colombiano de Arbitraje – Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2004, pp. 155-187.

SOTO COAGUILA, C., «Protección de las inversiones extranjeras», en *Revista Legal Columnas, Muñiz-Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados*, Magna Ediciones, Lima, Noviembre – Diciembre 2007, pp. 17-20.

TSCHANZ, P-Y., «The contribution of Aminoil award to the law of State contracts», en: *The International Lawyer*, Vol. 18, N° 1. American Bar Association, 1984, pp. 245-284.

TEJERA PÉREZ, V., «La norma *electa una via, non datar recursos ad alteram* en el marco jurídico venezolano de protección y promoción de inversiones», en: *Revista de Derecho*, No. 23. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2006, pp. 359-395.

VERWEY W.D. Y SCHRIJVER, N.J., «The taking of foreign property under International Law: A new legal perspective?», en: *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 15. TMC Asser Press, The Netherlands, 1984, pp. 3-96.

VON MEHREN, R. Y KOURIDES, N., «International arbitrations between States and foreign private parties: The Libyan Nationalization Cases», en *American Journal of International Law*, Vol. 75, American Society of International Law, New York, 1981, pp. 476-552.

WÄLDE, T. Y SABAHI, B., «Compensation, Damages and Valuation», *International Investment Law* (MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F. Y SCHREUER, C., eds.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, pp. 1049-1124.

WEININGER, B., «El Estado y la posible oferta unilateral al arbitraje», *El Arbitraje de inversión en el Derecho comparado*. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Caracas, 2009. Texto disponible en: http://www.venamcham.org/demo/eventos/cedca_arbitraje_inversion_2009/presentacion/Bernardo_Weininger_el_estado_posible_oferta_unilateral.ppt#256,1, El Estado y la Posible Oferta Unilateral de Arbitraje [Fecha de visita: 18/04/2010]

WHITE, R.C.E., «Expropriation of the Libyan oil concessions. Two conflicting international arbitrations», en: *International and Comparative Law, Quarterly*, Vol. 30. British Institute of International and Comparative Law. Oxford Press University, 1981, pp. 1-19.

YANNACA-SMALL, C., «"Indirect expropriation" and the "right to regulate" in International investment law», en: *Working Papers on International Investment*, No. 2004/4. OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, 2004.

YVES FORTIER, L., «Arbitrability of disputes», en *Global reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, Paris, 2005, pp. 269-284.

B) MONOGRAFÍAS Y OBRAS GENERALES

AAVV: *ICSID Reports – Report of cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 1965, Vol. I (RAYFUSE, R., ED.). The Research Centre for International Law, University of Cambridge, Cambridge, 1993.

A.A.V.V., *Investment Treaty Handbook*, International Council for Commercial Arbitration, Conference Dublin, June 2008.

A.A.V.V., *World Trade & Arbitration Materials*. Kluwer Law International, The Netherlands, 2009.

ALVIK, I., *Contracting with Sovereignty: State contracts and international arbitration*. Hart Publishing, Ltd., Oxford and Portland, 2011.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Introducción al Derecho Procesal*. 4º ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

BISHOP, R.D.; CRAWFORD, J. Y REISMAN, W.M., *Foreign Investment Disputes: Cases, materials and commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.

BÉLOHLAVEK, A., *Arbitration, Ordre Public and Criminal Law (Interaction of private and public international and domestic law)*. Vol. I. Taxon, Kiev, 2009.

BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo. Parte Especial*. 3º ed. Civitas, Madrid, 1998.

BREWER-CARÍAS, A., *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*. T. I, 4º ed. aumentada y anotada con la jurisprudencia del TSJ hasta marzo de 2004, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

BROWER, C. Y BRUESCHKE, J., *The Iran – United States Claims Tribunal*, Martinus, Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, The Hague – Boston – London, 1998.

BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 7º ed. Oxford University Press, Oxford – New York, 2008.

BONNEMAISON, J.L., *Instituciones y Normas de Derecho Internacional Privado. Comentarios a la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998*. Vadell Hermanos Edit., Caracas – Valencia, 2002.

BUCHÉB, J.A., *A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

CALVO, C., *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. Amyot Librairie Diplomatique y Durant et Pedone-Lauriel Libraires-Éditeurs, Paris, 1968.

CALVO CARAVACA, A.-L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*. 10º ed. Vol. II. Comares, Granada, 2009.

CANOVA GONZÁLEZ, A., HERRERA ORELLANA, L.A. Y ANZOLA SPADARO, K., *¿Expropiaciones o vías de hecho?* Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), UCAB, Caracas, 2009.

CARON, D., CAPLAN, L. Y PELLONPÄÄ, M., *The UNCITRAL Arbitration Rules*, 1º ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado*, LiberLibro, Madrid, 2003.

CHAMORRO CORONADO, L.M., *Los acuerdos españoles de promoción y protección recíproca de inversiones*. Alhulia, S.L., Salobreña (Granada), 2006.

DE YANGUAS MESSÍA, J., *Derecho internacional privado*, 3º ed. Neus, Madrid, 1971.

DIMSEY, M., *The resolution of international investment disputes: challenges and practical solutions*. Eleven international publishing, Utrecht, 2008.

DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, Oxford – New York, 2008.

DOUGLAS, Z., *The international law of investment claims*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009 (reprinted 2010).

DUGAN, C.; WALLACE, D.JR.; RUBINS, N. Y SABAHI, B., *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, New York, 2008.

ESPADA RAMOS, M.L., *Nacionalización y compensación en los contratos de Estado*. La Ley, Madrid, 1989.

ESPLUGUES MOTA, C. E IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho internacional privado*. 3º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2008.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina*. 1º ed., Iustel, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*. 4º ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

FRAGA PITTALUGA, L., *El arbitraje en el derecho administrativo*. Torino, Caracas, 2000.

GALLIGAN, D.J., *Due process and fair procedures*. Clarendon Press – Oxford University Press. Oxford, 2004.

GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 8º ed. Tecnos, Madrid, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo II*. 11º ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008.

GRACIARENA, M.C., *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*. 1º ed., LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo II*. 11º ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores (Los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. I. El proceso de declaración. Parte General*. 1º ed. Colex. Madrid, 2004.

GONZÁLEZ DE COSSIO, F., *Arbitraje*. 2º ed. Porrúa, México, 2008.

HERDEGEN, M., *Derecho económico internacional*. 1º ed. Thomson Civitas - Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

HOBÉR, K., *Investment arbitration in Eastern Europe: In search of a definition of expropriation*. Jurisnet, LLC, New York, 2008.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. 1º ed. Colección Arbitraje Comercial y de Inversión. Bosch, Barcelona, 2010.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Tecnos, Madrid, 1980.

JUSTE RUIZ, J. Y CASTILLO DAUDÍ, M., *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

KANTOR, M., *Valuation for arbitration: Compensation standards, valuation methods and expert evidence*. Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.

KLÄGER, R., *"Fair and Equitable Treatment" in International Investment Law*. Cambridge University Press, Cambridge – New York, 2011.

KURKELA, M., *Due process in international commercial arbitration*. Oceana Publications, Inc., New York, 2006.

LOWENFELD, A.F., *International Economic Law*. 2º ed. International Economic Law Series (JACKSON, J.H., General Ed.), Oxford University Press. Oxford – New York, 2008.

MARBOE, I., *Calculation of compensation and damages in international investment law*. Oxford University Press, Oxford – New York, 2009.

MCCORQUODALE, R., *International Law beyond the State. Essays on sovereignty, non-State actors and human rights*. Cameron May Publishing, London, 2011.

MCLACHLAN Q.C., C., SHORE, L., WEINIGER, M., *International investment arbitration: Substantive principles*. Oxford University Press, Oxford – New York, 2008.

MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*. Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

PARADA, R., *Derecho Administrativo I Parte General*. 17º ed. Marcial Pons, Madrid – Buenos Aires – Barcelona, 2008.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*. 2º ed. Andavira. A Coruña, 2010.

RAYFUSE, R. Y LAUTERPACHT, E., *ICSID Reports: Reports of Cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, Vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

RESEK, J.F., *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 9º ed. Saraiva Editora, São Paulo, 2002.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 5º ed. Tecnos, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El sistema arbitral del CLADI*. Porrúa, Universidad Iberoamericana y Universidad Autónoma de México, México, 2006.

RONDÓN DE SANSÓ, H., *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*. Caracas, Edit. ExLibris, 2010.

RUBINS, N. Y KINSELLA, N.S., *International investment, political risks and dispute resolution. A practitioner's guide*. Oceana Publications Inc., New York, 2005.

RUEDA GARCÍA, J.A., *Las medidas cautelares en el Arbitraje de Inversiones*. Tesis Doctoral presentada por su autor para optar al título de Doctor en Derecho. Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, 2009.

SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties*. Oxford University Press, Oxford - New York, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*. 5º ed. Tecnos, Madrid, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*. 2º ed. Iustel, Madrid, 2009.

SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. Y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention. A Commentary*. 2º ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*. 3º ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1998.

ZAMBRANA TÉVAR, N., *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el Arbitraje de Inversiones*. Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

C) PÁGINAS WEBS INSTITUCIONALES

Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
<http://www.aseansec.org/>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
<http://icsid.worldbank.org>

Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas
<http://www.un.org/law/ilc/>

Comisión de la Organización de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
<http://www.uncitral.org>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe
<http://www.eclac.org/>

Comunidad Andina de Naciones
<http://www.comunidadandina.org>

Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo
<http://www.unctad.org>

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
<http://www.iccwbo.org/court/>

Corte Internacional de Justicia
<http://www.icj-cij.org/>

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo
<http://www.sccinstitute.com>

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
<http://www.iisd.org>

Investment Treaty Arbitration
<http://www.italaw.com>

Kluwer Arbitration Blog
<http://kluwerarbitrationblog.com>

Organización de Cooperación Económica y el Desarrollo
<http://www.oecd.org>

Organización de Estados Americanos
<http://www.oas.org>
<http://www.sice.oas.org>

Oxford Report on International Law
<http://www.oxfordlawreport.com>

Secretaría del Mercado Común del Sur
<http://www.mercosur.int>

Secretaría del Tratado de la Carta de la Energía
<http://www.encharter.org>

Transnational Dispute Management
<http://www.transnational-dispute-management.com/>

II.FUENTES NORMATIVAS

A) INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. APPRI_s

Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña y el Noreste de Irlanda y el Gobierno de la República de Tanzania para la promoción y protección de inversiones. Texto disponible en: A.A.V.V., *Investment Treaty Handbook*. International Council for Commercial Arbitration, Conference Dublin, June 2008, pp. 119-126.

Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones, publicado en el Boletín Oficial Español N° 245, de fecha 13/10/1997. Texto disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/VEN_Spain_s.pdf [Fecha de visita: 15/05/2011].

Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre la República Popular de China y la República de Perú. Texto disponible en: A.A.V.V., *Investment Treaty Handbook*. International Council for Commercial Arbitration, Conference Dublin, June 2008, pp. 147-156.

Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre la República de Mozambique y la República de Uganda. Texto disponible en: A.A.V.V., *Investment Treaty Handbook*. International Council for Commercial Arbitration, Conference Dublin, June 2008, pp. 169-182.

Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Eslovenia. Texto disponible en: A.A.V.V., *Investment Treaty Handbook*. International Council for Commercial Arbitration, Conference Dublin, June 2008, pp. 159-165.

Tratado concluido entre Estados Unidos de América y la República Oriental de Uruguay sobre la promoción y recíproca protección de inversión, de fecha 01/11/2006. Texto disponible en:
http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/Uruguay_BIT.asp.
 [Fecha de visita: 10/06/2011].

Tratado de Libre Comercio concluido entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de Canadá, de fecha 20/06/2007. Texto disponible en:
<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/index.aspx#contact> [Fecha de visita: 10/06/2011].

Tratado de Libre Comercio concluido entre Estados Unidos de América y la República de Chile, de fecha 06/06/2003. Texto disponible en:
http://www.sice.oas.org/TPD/CHL_USA/CHL_USA_e.asp [Fecha de visita: 10/06/2011].

Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Argentina para la promoción y protección recíproca de inversiones. Texto disponible en: A.A.V.V., *Investment Treaty Handbook*. International Council for Commercial Arbitration, Conference Dublin, June 2008, pp. 130-143.

2. APPRIS MODELOS

Acuerdo Modelo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de Alemania (2008). Texto disponible en: <http://www.italaw.com/investmenttreaties.htm> [Fecha de visita: 13/10/2010].

Acuerdo Modelo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de Canadá (2004). Texto disponible en: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> [Fecha de visita: 13/10/2010].

Acuerdo Modelo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de Estados Unidos (2004). Texto disponible en:

<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> [Fecha de visita: 13/10/2010].

Acuerdo Modelo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de Francia (2006). Texto disponible en: <http://www.italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf> [Fecha de visita: 13/10/2010].

3. CONVENIOS MULTILATERALES, NORMATIVA COMUNITARIA Y RESOLUCIONES OFICIALES

Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones de ASEAN. Texto disponible en: <http://www.asean.org/> [Fecha de visita: 15/03/2011].

Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Resolución n° 3281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU, de fecha 12/12/1974. Texto disponible en: <http://www.iidh.ed.cr> [Fecha de visita: 27/07/2009].

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 18/12/2000, bajo el N° 2000/C 364/01. Texto disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [Fecha de visita: 15/05/2011].

Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. Texto disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html> [Fecha de visita: 15/08/2011].

Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Texto disponible: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf> [Fecha de visita: 18/10/2011].

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Texto disponible en: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html> [Fecha de visita: 02/08/2009].

Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones relativa al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Texto disponible en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D291.htm> [Fecha de visita: 04/04/2011].

Reglamento CE No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17/06/2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Texto disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:ES:PDF> [Fecha de visita: 15/08/2011].

Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU del 14/12/1962, titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”. Texto disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/recursos.htm> [Fecha de consulta: 17/06/2009]

Tratado de la Carta de la Energía. Texto disponible en: [Fecha de visita: 15/03/2011].

Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Texto disponible en la página web: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx> [Fecha de visita: 15/03/2011].

Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, en siglas inglesas CAFTA-Dr. Texto disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text> [Fecha de visita: 15/03/2011].

Protocolo Adicional para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Texto disponible en: <http://www.fundacionpdh.org/normativa/normas/europa/CEDH/1952-Protocolo01-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm#a1> [Fecha de visita: 02/08/2009].

Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección de Inversiones, Mercado Común del Sur. Texto disponible en: <http://www.mercosur.int> [Fecha de visita: 15/03/2011].

4. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT.

Texto disponible en:

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> [Fecha de visita: 08/02/2012].

Principios de Derecho Europeo de Contratos

Texto disponible en:

<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> [Fecha de visita: 08/02/2012].

B) PROYECTOS DE CONVENCIONES INTERNACIONALES

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, preparado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (2001). Texto disponible en: <http://www.daccess-org.org/tmp/7791698.htm> [Fecha de visita: 11/11/2009].

Proyecto de Convenio sobre Protección de Inversiones Extranjeras de la OCED (1965). Texto disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf> [Fecha de visita: 09/12/2009].

Proyecto de Convenio Multilateral sobre Inversiones de la OCED (1998) http://www.oecd.org/document/35/0,3343,en_2649_33783766_1894819_1_1_1_1,00.html [Fecha de visita: 07/08/2011].

Proyecto de Convenio sobre Inversión para el desarrollo sustentable del IISS (2001). <http://www.iisd.org/> [Fecha de visita: 07/08/2011].

C) LEGISLACIONES NACIONALES

Constitución de la República de Colombia de 1991. Texto disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html> [Fecha de visita: 06/10/2011].

Constitución de la República de Ecuador de 2008. Texto disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html> [Fecha de visita: 06/10/2011].

Constitución del Reino de España de 1978. Texto disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es> [Fecha de visita: 06/10/2011].

Constitución de los Estados Unidos de América. Texto disponible en: <http://www.lexjuris.com/lexuscon.htm> [Fecha de visita: 06/10/2011].

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2000. Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.453, de fecha 24/03/2000. Texto disponible en: <http://ww.tsj.gob.ve> [Fecha de visita: 06/10/2011].

Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial No. 36.511, de fecha 06/08/1998. Texto disponible en: <http://ww.tsj.gob.ve> [Fecha de visita: 06/10/2011].

Ley de Inversión Extranjera de Albania No. 7.764, de fecha 02/11/1993. Texto disponible en: <http://pbosnia.kentlaw.edu/resources/legal/albania/forinv.htm> [Fecha de visita: 04/03/2011]

Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras de Honduras, Decreto No. 51-2011, publicado en La Gaceta No. 32.568, de fecha 15/07/2011.

Ley 16-95, del 20/11/1995, de Inversión Extranjera de la República Dominicana. Texto disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/NatLeg/RDM/L_InvsExtranj_s.pdf [Fecha de visita: 15/05/2011].

Ley de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras de Venezuela. Decreto – Ley No. 356, de fecha 03/10/1999, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.390, de fecha 22/10/1999. Reglamento publicado en G.O. No. 37.489, de fecha 22/07/2002.

D) DOCUMENTOS E INFORMES OFICIALES

A.A.V.V., *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe 2011*. Documento preparado por la División de Desarrollo Económico de la CEPAL – ONU.

Texto parcialmente disponible en: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/45581/P45581.xml&xsl=/de/tpl/p9f.xsl&base=/de/tpl/top-bottom.xsl> [Fecha de visita: 30/03/2012].

AA.VV., *Carga de Casos del CLADI – Estadísticas 2011-2*. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Banco Mundial, Washington, 2011. Documento disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 15/02/2012]

A.A.V.V., *Carga de casos del CLADI – Estadísticas 2011-1*. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Banco Mundial, Washington, 2011. Documento disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 23/02/2011].

A.A.V.V., *Expropriation regime under the Energy Charter Treaty*. Energy Charter Secretariat, Brussels, 2012. Texto disponible en: <http://www.encharter.org> [Fecha de visita: 04/04/2012].

A.A.V.V., *ICC Guidelines for International Investment*. International Chamber of Commerce, Commission on Trade and Investment Policy, Paris, 2012. Texto disponible en: http://www.iccwbo.org/uploadedfiles/2012_ICC_Guidelines_Intl_Investment.pdf [Fecha de visita: 29/04/2012].

A.A.V.V., «Fair and equitable standard in International Investment Law», en: *Working Papers on International Investment*, No. 2004/3. OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, September, 2004, p. 2. Texto disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf> [Fecha de visita: 12/05/2011].

A.A.V.V., *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio de Washington*. Texto disponible en <http://icsid.worldbank.org> [Fecha de consulta: 15/09/2009].

A.A.V.V., «Informe sobre las inversiones en el mundo 2011. Panorama general». UNCTAD, ONU, Nueva York – Ginebra, 2011. Texto disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/wir2011overview_sp.pdf [Fecha de visita: 20/10/2011].

A.A.V.V., «Preparación de una Norma Jurídica sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y un Estado entablados en el marco de un Tratado de Inversión», en *CNUDMI, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)*. Viena, 3 al 7/10/2011. Disponible en la página web: <http://www.uncitral.org> [Fecha de visita: 03/12/2011].

A.A.V.V. *Restatement Third on Foreign Relations*. American Law Institute, 1987.

A.A.V.V., «Solución de controversias comerciales: preparación de una norma jurídica sobre la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado», en *CNUDMI, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)*. Nueva York, 6 al 10/02/2012. Disponible en la página web: <http://www.uncitral.org> [Fecha de visita: 02/02/2012].

A.A.V.V., *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*. Banco Mundial en 1992. Texto disponible en: <http://www.ita.law.uvic.ca/documents/worldbank.pdf> [Fecha de visita: 05/05/2011].

OCED, *Multilateral Agreement on Investment. Report by the Chairman to the Negotiating Group*. Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MIA). Doc. DAF/MAI (98)17, de fecha 04/05/1998. Texto disponible en: <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817e.pdf> [Fecha de visita: 11/10/2011].

UNCTAD, *Recent developments in international investment agreements (2008-2009)*. United Nations, International Investment Agreement (IIA) Monitor 3, New York – Geneva, 2009. Disponible en: <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=3150&lang=1> [Fecha de visita: 30/05/2010]

ANEXO NORMATIVO

TABLA DE CONTENIDO

1. ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE ASEAN (1987)	367
2. APPRIS MODELOS	
2.1. Alemania (2008)	375
2.2. Canadá (2004) - Secciones A y B, Anexo B-13.	385
2.3. Estados Unidos de América (2012) - Sección A, Anexos A y B.	401
2.4. Francia (2006)	421
3. CONVENIO DE WASHINGTON SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVO A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONAL DE OTROS ESTADOS (1965)	429
4. PROTOCOLO DE COLONIA SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR (1994)	451
5. TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA (1994) PARTES I, III Y IV	459
6. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (1994) PARTE V, CAPÍTULO XI, SECCIONES A, B Y C	471
7. TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ESTADOS UNIDOS, CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA (2004) CAPÍTULO X, SECCIONES A,B Y C – ANEXOS 10-B, 10-C Y 10-E	491

1. ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE ASEAN (1987)

The Governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand, hereinafter referred to as the Contracting Parties;

CONSIDERING that the Heads of Government of ASEAN agreed *inter alia* on industrial co-operation among the member states of ASEAN in the Declaration of ASEAN Concord signed at Denpasar, Bali on 24 February 1976;

FURTHER CONSIDERING that the Heads of Government of ASEAN in their Meeting in Kuala Lumpur on 4 to 5 August 1977, recognized *inter alia* that the acceleration of industrialization of the region requires the increased flow of technology and investments, and toward the attainment of this common objective, directed that measures be taken to stimulate the flow of technology, knowhow and private investments among the member states. and directed, in particular, the study of a regional mechanism, and the formulation of guidelines, which would facilitate such desired flow of technology, knowhow and private investments;

DESIRING that appropriate measures be taken to carry out the foregoing intents and to create favourable -conditions for investments by nationals and companies of any ASEAN member state in the territory of the other ASEAN member states and to facilitate the desired flow of private investments therein to increase prosperity in their respective territories;

RECOGNIZING that an agreement on the promotion and protection of such investments will contribute to the furtherance of the above mentioned purposes;

HAVE AGREED AS FOLLONYS:

Article I

DEFINITION

For the purpose of this Agreement:

1. The term "nationals" shall be as defined in the respective Constitutions and laws of each of the Contracting Parties.
2. The term "company" of a Contracting Party shall mean a corporation, partnership or other business association, incorporated or constituted under the laws in force in the territory of any Contracting Party wherein the place of effective management is situated.
3. The term "investment" shall mean every kind of asset and in particular shall include, though not exclusively:

- a) movable and immovable property and any other proper rights such as mortgages, liens and pledges;
 - b) shares, stocks and debentures of companies or interests in the property of such companies;
 - c) claims to money or to any performed under contract having a financial value;
 - d) intellectual property rights and goodwill;
 - e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivative, extract, or exploit natural resources.
4. The term "earnings" shall mean amounts yielded by an investment, particularly, though not exclusively, profits, interest, capital gains, dividends, royalties or fees.
 5. The term "freely usable currency" shall mean the United States Dollar, Pound Sterling, Deutschmark French Franc, Japanese Yen, or any other currency that is widely used to make payments for international transactions and is widely traded in the principal exchange-markets.
 6. The term "host country" shall mean the Contracting Party wherein the investment is made.

Article II

APPLICABILITY OR SCOPE

1. This Agreement shall apply only to investments brought into, derived from or directly connected with investments brought into the territory of any Contracting Party by nationals or companies of any other Contracting Party and which are specifically approved in writing and registered by the host country and upon such conditions as it deems fit for the purposes of this Agreement.
2. This Agreement shall not affect the, rights and obligations of the Contracting Parties with respect to investments which, under the provisions of paragraph 1 of this Article, do not fall within the scope of the Agreement.
3. This Agreement shall also apply to investments made prior to its entry into force, provided such investments are specifically approved in writing and registered by the host country and upon such-conditions as it deems fit for purpose of this Agreement subsequent in its entry into force.

Article III

GENERAL OBLIGATIONS

1. Each Contracting Party shall, in a manner consistent with its national objectives, encourage and create favourable conditions in its territory for investments from the other Contracting Parties. All investments to which this Agreement relates shall, subject to this Agreement, be governed by the laws and regulations of the host country, including rules of registration and valuation of such investments.
2. Investments of nationals or companies of and obligations of a Party in the territory of other Contracting Parties shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and in the territory of the host country.
3. Each Contracting Party shall observe any obligation arising from a particular commitment it may have entered into with regard to a specific investment of nationals or companies of the other Contracting Parties.

Article IV

TREATMENT

1. Each Contracting Party shall, within its territory ensure full protection of the investments made in accordance with its legislation by investors of the other Contracting Parties and shall not impair by unjustified or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension, disposition or liquidation of such investments.
2. All investments made by investors of any Contracting Party shall enjoy fair and equitable treatment in the territory of any other Contracting Party. This treatment shall be no less favourable than that granted to investors of the most-favoured-nation.
3. Investors of any Contracting Party who within the territory of another Contracting Party suffer damages in relation to their investment activities - in connection with their investments, owing to the outbreak of hostilities or a state of national emergency, shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investors of any third country, as regards restitution, compensation or other valuable consideration. Payments made under this provision shall be effectively realizable and freely transferable, subject to Article VII.
4. Any two or more of the Contracting Parties may negotiate to accord national treatment within the framework of this Agreement. Nothing herein shall entitle any other party to claim national treatment under the most-favoured-nation principle.

Article V**EXCEPTION**

The Provision of this Agreement shall not apply to matters of taxation in the territory of the Contracting Parties. Such matters shall be governed by Avoidance of Double Taxation between Contracting Parties and the domestic laws of each Contracting Party.

Article VI**EXPROPRIATION AND COMPENSATION**

1. Investments of nationals or companies of any Contracting Party shall not be subject to expropriation nationalisation or any measure equivalent thereto (in the article referred to as "expropriation"), except for public use, or public purpose, or in the public interest, and-under due process of law, on a non-discriminatory basis and upon payment of adequate compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investments affected, immediately before the measure of dispossession became public knowledge and it shall be freely transferable in freely-usable currencies from the host country. The compensation shall be settled and paid without unreasonable delay. The national or company affected shall have the right, under the law of Contracting Party making the expropriation, to prompt review by a judicial body or some other independent authority of that Contracting Party in accordance with principles set out in this paragraph.
2. Where a Contracting Party expropriates the assets of a company which is incorporated or constituted under the law in force in its territory, and in which nationals or companies of another Contracting Party own shares, it shall apply the provisions of paragraph 1 of this Article so as to ensure the compensation provided for in that Paragraph to such nationals or companies to the extend of their interest in the assets expropriated.

Article VII**REPATRIATION OF CAPITAL
AND EARNINGS**

1. Each Contracting Party shall, subject to its laws, rules and regulations, allow without unreasonable delay the free transfer in any freely- usable currency of:
 - a) the capital, net profits, dividends, royalties, technical assistance and technical fees, interests and other income, accruing from any investments of the nationals or companies of the other Contracting Parties;
 - b) the proceeds from the total or partial liquidation of any investments made by nationals or companies of the other

Contracting Parties;

c) funds in repayment of loans given by nationals or companies of one Contracting Party to the nationals or companies of another Contracting Party which both Contracting Parties have recognized as investments:

d) the earnings of nationals of the other Contracting Parties who are employed and allowed to work in connection with an investment in its territory.

2. The exchange rate applicable to such transfer shall be the rate of exchange prevailing at the time of remittance.
3. The Contracting Parties undertake to accord to transfers referred to in paragraph (1) of this Article a treatment no less favourable than that accorded to transfer originating from investments made by nationals or companies of any third State.

Article VIII SUBROGATION

If any of the Contracting Parties makes payment to any of its nationals or companies under a guarantee it has granted in respect of an investment made in the territory of another Contracting Party, the latter Contracting Party shall, without prejudice to the rights of the former Contracting Party under Article IX and X, recognize the assignment of any right title or claim of such national or company to the former Contracting Party and the subrogation of the former Contracting Party to any such right, title or claim. This, however, does not necessarily imply recognition on the part of the latter Contracting Party of the merits of any case or the amount of any claim arising therefrom.

Article IX DISPUTE BETWEEN THE CONTRACTING PARTIES

1. Any dispute between and among, the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, as far as possible, be settled amicably between the parties to the dispute. Such settlement shall be reported to the ASEAN Economic Ministers (AEM).
2. If such a dispute cannot thus be settled it shall be submitted to the AEM for resolution.

Article X
ARBITRATION

1. Any legal dispute arising directly out of an investment between any Contracting Party and a national or company of any of the other Contracting Parties shall, as far as possible, be settled amicably between the parties to the dispute.
2. If such a dispute cannot thus be settled within six months of its being raised, then either party can elect to submit the dispute for conciliation or arbitration and such election shall be binding on the other party. The dispute may be brought before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (IGSID), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the Regional Centre for Arbitration at Kuala Lumpur or any other regional centre for arbitration in ASEAN, whichever body the parties to the dispute mutually agree to appoint for the purposes of conducting the arbitration.
3. In the event that the parties cannot agree within a period of three months on a suitable body for arbitration, an arbitral tribunal consisting of three members shall be formed. The Parties to the dispute shall appoint one member each, and these two members shall then select a national of a third Contracting Party to be the chairman of the tribunal, subject to the approval of the parties to the dispute. The appointment of the members and the chairman shall be made within two months and three months respectively, from the date a decision to form such an arbitral tribunal is made.
4. If the arbitral tribunal is not formed in the periods specified in paragraph 3 above, then either party to the dispute may, in the absence of any other relevant arrangement request the President of the International Court of Justice to make the required appointments.
5. The arbitral tribunal shall reach its decisions by a majority of votes and its decisions shall be binding. The Parties involved in the dispute shall bear the cost of their respective members to the arbitral tribunal and share equally the cost of the chairman and other relevant costs. In all other respects, the arbitral tribunal shall determine its own procedures.

Article XI
CONSULTATION

The Contracting Parties agree to consult each other at the request of any Party on any matter relating to investments covered by this Agreement, or otherwise affecting the implementation of this Agreement.

Article XII
AMENDMENTS

All articles of this Agreement may be modified through amendments in writing to

this Agreement agreed upon by consensus. All amendments shall become effective upon acceptance by all Contracting Parties.

Article XIII

ENTRY INTO FORCE

1. This Agreement shall enter into force on the 30th day after the deposit of the sixth Instrument of Ratification and shall thereafter remain in force for a period of the years.
2. This Agreement shall thereafter continue in force unless terminated by any Contracting Party giving not less than six months written notice through diplomatic channels. Provided however, that in respect of investments made while the Agreement was in force, its provisions shall continue in effect with respect to such investments for a period of ten years after the date of termination, and without prejudice to the application thereafter of the rules of international law.

Article XIV

MISCELLANEOUS PROVISIONS

1. This Agreement may not be signed with reservation nor shall reservations be admitted at the time of ratification.
2. This Agreement shall be deposited with the Secretary-General of the ASEAN Secretariat who shall promptly furnish a certified copy thereof to each Contracting Party.
3. Each Contracting Party shall deposit its instrument of Ratification with Secretary-General of the ASEAN Secretariat who shall promptly inform each Contracting Party of such deposit.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Agreement.

DONE in Manila, Philippines this Fifteenth day of December Nineteen Hundred Eighty Seven in one original copy in the English Language.

2. APPRIS MODELOS

2.1. APPRI MODELO DE ALEMANIA (2008)

Treaty between the Federal Republic of Germany and (.....) concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments

The Federal Republic of Germany and –

desiring to intensify economic co-operation between the two States,

intending to create favourable conditions for investments by investors of either State in the territory of the other State,

recognizing that the encouragement and contractual protection of such investments are apt to stimulate private business initiative and to increase the prosperity of both nations –

have agreed as follows:

Article 1

Definitions

Within the meaning of this Treaty,

1. the term "investments" comprises every kind of asset which is directly or indirectly invested by investors of one Contracting State in the territory of the other Contracting State. The investments include in particular:
 - (a) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as mortgages, liens and pledges;
 - (b) shares of companies and other kinds of interest in companies;
 - (c) claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value;
 - (d) intellectual property rights, in particular copyrights and related rights, patents, utility-model patents, industrial designs, trademarks, plant variety rights;
 - (e) trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how, and good-will;
 - (f) business concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources;

any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their classification as investment. In the case of indirect investments, in principle only those indirect investments shall be covered which the investor realizes via a company situated in the other Contracting State;

2. the term "returns" means the amounts yielded by an investment for a definite period, such as profit, dividends, interest, royalties or fees;

3. the term "investor" means

(a) in respect of the Federal Republic of Germany:

- any natural person who is a German within the meaning of the Basic Law of the Federal Republic of Germany or a national of a Member State of the European Union or of the European Economic Area who, within the context of freedom of establishment pursuant to Article 43 of the EC Treaty, is established in the Federal Republic of Germany;
- any juridical person and any commercial or other company or association with or without legal personality which is founded pursuant to the law of the Federal Republic of Germany or the law of a Member State of the European Union or the European Economic Area and is organized pursuant to the law of the Federal Republic of Germany, registered in a public register in the Federal Republic of Germany or enjoys freedom of establishment as an agency or permanent establishment in Germany pursuant to Articles 43 and 48 of the EC Treaty;

which in the context of entrepreneurial activity is the owner, possessor or shareholder of an investment in the territory of the other Contracting State, irrespective of whether or not the activity is directed at profit;

(b) in respect of

-
-

4. the term "territory" refers to the area of each Contracting State including the exclusive economic zone and the continental shelf insofar as international law allows the Contracting State concerned to exercise sovereign rights or jurisdiction in these areas.

Article 2

Admission and protection of investments

(1) Each Contracting State shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its legislation.

(2) Each Contracting State shall in its territory in every case accord investments by investors of the other Contracting State fair and equitable treatment as well as full protection under this Treaty.

(3) Neither Contracting State shall in its territory impair by arbitrary or discriminatory measures the activity of investors of the other Contracting State with regard to investments, such as in particular the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of such investments. This provision shall be without prejudice to Article 7 (3).

(4) Returns from an investment, as well as returns from reinvested returns, shall enjoy the same protection as the original investment.

Article 3

National and most-favoured-nation treatment

(1) Neither Contracting State shall in its territory subject investments owned or controlled by investors of the other Contracting State to treatment less favourable than it accords to investments of its own investors or to investments of investors of any third State.

(2) Neither Contracting State shall in its territory subject investors of the other Contracting State, as regards their activity in connection with investments, to treatment less favourable than it accords to its own investors or to investors of any third State. The following shall, in particular, be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article:

1. different treatment in the event of restrictions on the procurement of raw or auxiliary materials, of energy and fuels, and of all types of means of production and operation;
2. different treatment in the event of impediments to the sale of products at home and abroad; and
3. other measures of similar effect.

Measures that have to be taken for reasons of public security and order shall not be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article.

(3) Such treatment shall not relate to privileges which either Contracting State accords to investors of third States on account of its membership of, or association with, a customs or economic union, a common market or a free trade area.

(4) The treatment granted under this Article shall not relate to advantages which either Contracting State accords to investors of third States by virtue of an agreement for the avoidance of double taxation in the field of taxes on income and assets or other agreements regarding matters of taxation.

(5) This Article shall not oblige a Contracting State to extend to investors resident in the territory of the other Contracting State tax privileges, tax exemptions and tax reductions which according to its tax laws are granted only to investors resident in its territory.

(6) The Contracting States shall within the framework of their national legislation give sympathetic consideration to applications for the entry and sojourn of persons of either Contracting State who wish to enter the territory of the other Contracting State in connection with an investment; the same shall apply to employed persons of either Contracting State who in connection with an investment wish to enter the territory of the other Contracting State and sojourn there to take up employment. Where necessary, applications for work permits shall also be given sympathetic consideration.

(7) Notwithstanding any bilateral or multilateral agreements which are binding on both Contracting States, the investors of the Contracting States are free to select the means of transport for the international transportation of persons and of capital goods directly related to an investment within the meaning of this Treaty. Transport companies of the Contracting States shall not be discriminated against thereby.

Article 4

Compensation in case of expropriation

(1) Investments by investors of either Contracting State shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting State.

(2) Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting State except for the public benefit and against compensation. Such compensation must be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation, nationalization or other measure became publicly known. The compensation must be paid without delay and shall carry the usual bank interest until the time of payment; it must be effectively realizable and freely transferable. Provision must have been made in an appropriate manner at or prior to the time of expropriation, nationalization or other measure for the determination and payment of such compensation. The legality of any such expropriation, nationalization or other measure and the amount of compensation must be subject to review by due process of law.

(3) Investors of either Contracting State whose investments suffer losses in the territory of the other Contracting State owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, or revolt, shall be accorded treatment no less favourable by such

other Contracting State than that State accords to its own investors as regards restitution, indemnification, compensation or other valuable consideration. Such payments must be freely transferable.

(4) Investors of either Contracting State shall enjoy most-favoured-nation treatment in the territory of the other Contracting State in respect of the matters provided for in the present Article.

Article 5

Free transfer

(1) Each Contracting State shall guarantee to investors of the other Contracting State the free transfer of payments in connection with an investment, in particular

1. the principal and additional amounts to maintain or increase the investment;
2. the returns;
3. the repayment of loans;
4. the proceeds from the liquidation or the sale of the whole or any part of the investment;
5. the compensation provided for in Article 4.

(2) Transfers under Article 4 (2) or (3), under the present Article or Article 6, shall be made without delay at the market rate of exchange applicable on the day of the transfer. A transfer shall be deemed to have been made without delay if made within such period as is normally required for the completion of transfer formalities. The period shall commence with the submission of the corresponding application, where such an application is necessary, or the notification of the intended transfer, and must in no circumstances exceed two months.

(3) Should it not be possible to ascertain a market rate pursuant to paragraph (2), the cross rate obtained from those rates which would be applied by the International Monetary Fund on the date of payment for conversions of the currencies concerned into Special Drawing Rights shall apply.

Article 6

Subrogation

If either Contracting State makes payment to any of its investors under a guarantee it has assumed in respect of an investment in the territory of the other Contracting State, the latter Contracting State shall, without prejudice to the rights of the former Contracting State under Article 9, recognize the assignment, whether under a law or pursuant to a legal transaction, of any right or claim from such investors to the former Contracting State. Furthermore, the latter Contracting State shall recognize the subrogation of that

Contracting State to any such right or claim (assigned claim), which that Contracting State shall be entitled to assert to the same extent as its predecessor in title. As regards the transfer of payments on the basis of such assignment, Article 4 (1) and (2) and Article 5 shall apply *mutatis mutandis*.

Article 7

Other provisions

(1) If the legislation of either Contracting State or international obligations existing at present or established hereafter between the Contracting States in addition to this Treaty contain any provisions, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting State to a treatment more favourable than is provided for by this Treaty, such provisions shall prevail over this Treaty to the extent that they are more favourable.

(2) Each Contracting State shall fulfil any other obligations it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting State.

(3) With regard to the treatment of income and assets for the purpose of taxation, precedence shall be given to the application of the agreements in force at the time between the Federal Republic of Germany and ... for the avoidance of double taxation in the field of taxes on income and assets.

Article 8

Scope of application

This Treaty shall also apply to investments made prior to its entry into force by investors of either Contracting State in the territory of the other Contracting State consistent with the latter's legislation.

Article 9

Settlement of disputes between the Contracting States

(1) Disputes between the Contracting States concerning the interpretation or application of this Treaty should as far as possible be settled by the Governments of the two Contracting States.

(2) If a dispute cannot thus be settled, it shall upon the request of either Contracting State be submitted to an arbitral tribunal.

(3) The arbitral tribunal shall be constituted for each case as follows: each Contracting State shall appoint one member, and these two members shall agree upon a national of a third State as their chairman to be appointed by the Governments of the two Contracting States. The members shall be appointed within two months, and the chairman within three months, from the date on which either Contracting State has informed the other Contracting State that it wants to submit the dispute to an arbitral tribunal.

(4) If the periods specified in paragraph (3) have not been observed, either Contracting State may, in the absence of any other relevant agreement, invite the President of the International Court of Justice to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting State or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President should make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting State or if he, too, is prevented from discharging the said function, the Member of the Court next in seniority who is not a national of either Contracting State should make the necessary appointments.

(5) The arbitral tribunal shall reach its decisions by a majority of votes. Its decisions shall be binding. Each Contracting State shall bear the cost of its own member and of its representatives in the arbitration proceedings; the cost of the chairman and the remaining costs shall be borne in equal parts by the Contracting States. The arbitral tribunal may make a different regulation concerning costs. In all other respects, the arbitral tribunal shall determine its own procedure.

Article 10

Settlement of disputes between a Contracting State and an investor of the other Contracting State

(1) Disputes concerning investments between a Contracting State and an investor of the other Contracting State should as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. To help them reach an amicable settlement, the parties to the dispute also have the option of agreeing to institute conciliation proceedings under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID).

(2) If the dispute cannot be settled within six months of the date on which it was raised by one of the parties to the dispute, it shall, at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted to arbitration. The two Contracting States hereby declare that they unreservedly and bindingly consent to the dispute being submitted to one of the following dispute settlement mechanisms of the investor's choosing:

1. arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID), provided both Contracting States are members of this Convention, or
2. arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID) in accordance with the Rules on the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre, where the personal or factual preconditions for proceedings pursuant to figure 1 do not apply, but at least one

Contracting State is a member of the Convention referred to therein, or

3. an individual arbitrator or an ad-hoc arbitral tribunal which is established in accordance with the rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) as in force at the commencement of the proceedings, or
4. an arbitral tribunal which is established pursuant to the Dispute Resolution Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), the London Court of International Arbitration (LCIA) or the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, or
5. any other form of dispute settlement agreed by the parties to the dispute.

(3) The award shall be binding and shall not be subject to any appeal or remedy other than those provided for in the Convention or arbitral rules on which the arbitral proceedings chosen by the investor are based. The award shall be enforced by the Contracting States as a final and absolute ruling under domestic law.

(4) Arbitration proceedings pursuant to this Article shall take place at the request of one of the parties to the dispute in a State which is a Contracting Party to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958.

(5) During arbitration proceedings or the enforcement of an award, the Contracting State involved in the dispute shall not raise the objection that the investor of the other Contracting State has received compensation under an insurance contract in respect of all or part of the damage.

Article 11

Relations between the Contracting States

This Treaty shall be in force irrespective of whether or not diplomatic or consular relations exist between the Contracting States.

Article 12

Registration clause

Registration of this Treaty with the Secretariat of the United Nations, in accordance with Article 102 of the United Nations Charter, shall be initiated immediately following its entry into force by the Contracting State in which the signing took place. The other Contracting State shall be informed of registration, and of the UN registration number, as soon as this has been confirmed by the Secretariat of the United Nations.

Article 13**Entry into force, duration and notice of termination**

(1) This Treaty shall be subject to ratification; the instruments of ratification shall be exchanged as soon as possible.

(2) This Treaty shall enter into force on the first day of the second month following the exchange of the instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force thereafter for an unlimited period unless denounced in writing through diplomatic channels by either Contracting State twelve months before its expiration. After the expiry of the period of ten years this Treaty may be denounced at any time by either Contracting State giving twelve months' notice.

(3) In respect of investments made prior to the date of termination of this Treaty, the provisions of the above Articles shall continue to be effective for a further period of twenty years from the date of termination of this Treaty.

Done in (...) on (...) in duplicate in the
German and (...) languages, both texts being equally authentic.

For the
Federal Republic of Germany

For
.....

2.2. ACUERDO MODELO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE CANADÁ (2004). SECCIONES A Y B Y ANEXO B-13

Canada and -----, hereinafter referred to as the "Parties",
 Recognizing that the promotion and the protection of investments of investors of one Party in the territory of the other Party will be conducive to the stimulation of mutually beneficial business activity, to the development of economic cooperation between them and to the promotion of sustainable development,

Have agreed as follows:

Section A - Definitions

Article 1

Definitions

For the purpose of this Agreement:

Administrative ruling of general application means an administrative ruling or interpretation that applies to all persons and fact situations that fall generally within its ambit and that establishes a norm of conduct, but does not include;

- (a) a determination or ruling made in an administrative or quasi-judicial proceeding that applies to a particular person, good or service of the other Party in a specific case; or
- (b) a ruling that adjudicates with respect to a particular act or practice.

Commission means the body established by the Parties under Article 51;

confidential information means confidential business information and information that is privileged or otherwise protected from disclosure;

covered investment means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party existing on the date of entry into force of this Agreement, as well as investments made or acquired thereafter;

cultural industries means persons engaged in any of the following activities:

- (i) the publication, distribution, or sale of books, magazines, periodicals or newspapers in print or machine readable form but not including the sole activity of printing or typesetting any of the foregoing;
- (ii) the production, distribution, sale or exhibition of film or video recordings;
- (iii) the production, distribution, sale or exhibition of audio or video music recordings;
- (iv) the publication, distribution, sale or exhibition of music in print or machine readable form; or
- (v) radio communications in which the transmissions are intended for direct reception by the general public, and all radio, television or cable broadcasting undertakings and all satellite programming and broadcast network services.

days means calendar days, including weekends and holidays;

designate means to establish, designate or authorize, or to expand the scope of a monopoly to cover an additional good or service after the date of entry into force of the Agreement;

disputing investor means an investor that makes a claim under Section C;

disputing Party means a Party against which a claim is made under Section C;

disputing party means the disputing investor or the disputing Party;

enterprise means:

- (i) any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, whether privately-owned or governmentally-owned, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture or other association; and
- (ii) a branch of any such entity;

enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there;

equity or debt securities includes voting and non-voting shares, bonds, convertible debentures, stock options and warrants;

existing means in effect on the date of entry into force of this Agreement;

financial institution means any financial intermediary or other enterprise that is authorized to do business and regulated or supervised as a financial institution under the law of the Party in whose territory it is located;

financial service means a service of a financial nature, including insurance, and a service incidental or auxiliary to a service of a financial nature;

government monopoly means a monopoly that is owned, or controlled through ownership interests, by the federal government of a Party or by another such monopoly;

ICSID means the International Centre for Settlement of Investment Disputes;

ICSID Convention means the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965;

intellectual property rights means copyright and related rights, trademark rights, rights in geographical indications, rights in industrial designs, patent rights, rights in layout

designs of integrated circuits, rights in relation to protection of undisclosed information, and plant breeders' rights.

Inter-American Convention means the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, done at Panama, January 30, 1975;

investment means:

- (I) an enterprise;
- (II) an equity security of an enterprise;
- (III) a debt security of an enterprise

- (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
- (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years,

but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise;

- (IV) a loan to an enterprise
- (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
- (ii) where the original maturity of the loan is at least three years,

but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;

- (V) (i) notwithstanding subparagraph (III) and (IV) above, a loan to or debt security issued by a financial institution is an investment only where the loan or debt security is treated as regulatory capital by the Party in whose territory the financial institution is located, and
- (ii) a loan granted by or debt security owned by a financial institution, other than a loan to or debt security of a financial institution referred to in (i), is not an investment;

for greater certainty:

- (iii) a loan to, or debt security issued by, a Party or a state enterprise thereof is not an investment; and
- (iv) a loan granted by or debt security owned by a cross-border financial service provider, other than a loan to or debt security issued by a financial institution, is an investment if such loan or debt security meets the criteria for investments set out elsewhere in this Article;

(VI) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;

(VII) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraphs (III) (IV) or (V);

(VIII) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and

(IX) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under

(i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or

(ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise;

but investment does not mean,

(X) claims to money that arise solely from

(i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of the other Party, or

(ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraphs (IV) or (V); and

(XI) any other claims to money,

that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (I) through (IX);

investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such Party;

investor of a Party means

in the case of Canada:

(i) Canada or a state enterprise of Canada, or

(ii) a national or an enterprise of Canada,

that seeks to make, is making or has made an investment;

in the case of _____:

_____;

that seeks to make, is making or has made an investment and that does not possess the citizenship of Canada.

investor of a non-Party means an investor other than an investor of a Party, that seeks to make, is making, or has made an investment;

measure includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice;

monopoly means an entity, including a consortium or government agency, that in any relevant market in the territory of a Party is designated as the sole provider or purchaser

of a good or service, but does not include an entity that has been granted an exclusive intellectual property right solely by reason of such grant;

national means a natural person who is a citizen or permanent resident of a Party;

New York Convention means the United Nation Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, June 10, 1958;

person means a natural person or an enterprise;

person of a Party means a national, or an enterprise of a Party;

public entity means a central bank or monetary authority of a Party, or any financial institution owned or controlled by a Party;

Secretary-General means the Secretary-General of ICSID;

state enterprise means an enterprise that is owned or controlled through ownership interests by a Party;

sub-national government means:

in respect of Canada, provincial or local governments; and

in respect of.....

tax convention means a convention for the avoidance of double taxation or other international taxation agreement or arrangement;

territory means

(i) in respect of Canada:

(a) the land territory of Canada, air space and internal waters of Canada;

(b) those maritime areas, including the territorial sea, exclusive economic zone, and the seabed and subsoil to the outer limit of the territorial sea, over which Canada has sovereignty or over which Canada exercises, in accordance with international law, sovereign rights for the purpose of exploration and exploitation of the natural resources; and

(c) artificial islands, installations and structures on the continental shelf over which Canada has jurisdiction as a coastal state.

(ii) in respect of

transfers include international payments;

Tribunal means an arbitration tribunal established under Article 27 (Submission of a Claim to Arbitration) or Article 32 (Consolidation);

UNCITRAL Arbitration Rules means the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law, approved by the United Nations General Assembly on December 15, 1976; and

WTO Agreement means the Agreement Establishing the World Trade Organization done at Marrakesh on April 15, 1994.

Section B – Substantive Obligations

Article 2

Scope

1. This Agreement shall apply to measures adopted or maintained by a Party relating to:
 - (a) investors of the other Party; and
 - (b) covered investments.

Article 3

National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.
3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a sub-national government, treatment no less favourable than the treatment accorded, in like circumstances, by that sub-national government to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

Article 4

Most-Favoured-Nation Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investors of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall, accord to covered investments treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investments of investors of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.

Article 5

Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with the customary international law minimum standard of treatment of aliens, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" in paragraph 1 do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.
3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

Article 6

Senior Management, Boards of Directors and Entry of Personnel

1. A Party may not require that an enterprise of that Party, that is a covered investment, appoint to senior management positions individuals of any particular nationality.
2. A Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise that is a covered investment be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.
3. Subject to its laws, regulations and policies relating to the entry of aliens, each Party shall grant temporary entry to nationals of the other Party, employed by an investor of the other Party, who seeks to render services to an investment of that investor in the territory of the Party, in a capacity that is managerial or executive or requires specialized knowledge.

Article 7

Performance Requirements

1. Neither Party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of a Party or a non-Party in its territory:
 - (a) to export a given level or percentage of goods;
 - (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
 - (c) to purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory;
 - (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
 - (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;

(f) to transfer technology, a production process or other proprietary knowledge to a person in its territory, except when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal or competition authority, to remedy an alleged violation of competition laws or to act in a manner not inconsistent with other provisions of this Agreement; or

(g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods it produces or the services it provides to a specific regional market or to the world market.

2. A measure that requires an investment to use a technology to meet generally applicable health, safety or environmental requirements shall not be construed to be inconsistent with paragraph 1(f). For greater certainty, Articles 3 and 4 apply to the measure.

3. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any of the following requirements:

(a) to achieve a given level or percentage of domestic content;

(b) to purchase, use or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from producers in its territory;

(c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or

(d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.

4. Nothing in paragraph 3 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party, on compliance with a requirement to locate production, provide a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.

5. Paragraphs 1 and 3 shall not apply to any requirement other than the requirements set out in those paragraphs.

6. The provisions of:

(a) Paragraphs (1) (a), (b) and (c), and (3) (a) and (b) shall not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs;

(b) Paragraphs (1) (b), (c), (f) and (g), and (3) (a) and (b) shall not apply to procurement by a Party or a state enterprise; and

(c) Paragraphs (3) (a) and (b) shall not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.

Article 8

Monopolies and State Enterprises

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from designating a monopoly, or from maintaining or establishing a state enterprise.
2. Where a Party intends to designate a monopoly and the designation may affect the interests of persons of the other Party, the Party shall, wherever possible, provide prior written notification to the other Party of the designation.
3. Each Party shall ensure, through regulatory control, administrative supervision or the application of other measures, that any privately-owned monopoly that it designates and any government monopoly that it maintains or designates acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under this Agreement wherever such a monopoly exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it in connection with the monopoly good or service, such as the power to grant import or export licenses, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges;
4. Each Party shall ensure, through regulatory control, administrative supervision or the application of other measures, that any state enterprise that it maintains or establishes acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under this Agreement wherever such enterprise exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges.

Article 9

Reservations and Exceptions

1. Articles 3, 4, 6 and 7 shall not apply to:
 - (a) any existing non-conforming measure that is maintained by
 - (i) a Party at the national level, as set out in its Schedule to Annex I, or
 - (ii) a sub-national government;
 - (b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a);
 - (c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Articles 3, 4, 6 and 7.
2. Articles 3, 4, 6 and 7 shall not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors or activities, as set out in its schedule to Annex II.
3. Article 4 shall not apply to treatment accorded by a Party pursuant to agreements, or with respect to sectors, set out in its schedule to Annex III.
4. In respect of intellectual property rights, a Party may derogate from Articles 3 and 4 in a manner that is consistent with the WTO Agreement.
5. The provisions of Articles 3, 4 and 6 of this Agreement shall not apply to:
 - (a) procurement by a Party or state enterprise;

(b) subsidies or grants provided by a Party or a state enterprise, including government-supported loans, guarantees and insurance;

6. For greater certainty, Article 3 of this Agreement shall not apply to the granting by a Party to a financial institution of an exclusive right to provide activities or services forming part of a public retirement plan or statutory system of social security.

7. The provisions of Article 4 of this Agreement shall not apply to financial services.

Article 10

General Exceptions

1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:

- (a) to protect human, animal or plant life or health;
- (b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; or
- (c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

2. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, such as:

- (a) the protection of investors, depositors, financial market participants, policy-holders, policy-claimants, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution;
- (b) the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial institutions; and
- (c) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.

3. Nothing in this Agreement shall apply to non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies. This paragraph shall not affect a Party's obligations under Article 7 (Performance Requirements) or Article 14 (Transfer of Funds);

4. Nothing in this Agreement shall be construed:

- (a) to require any Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests;
- (b) to prevent any Party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests
 - (i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic and transactions in other goods, materials, services and technology undertaken directly or indirectly for the purpose of supplying a military or other security establishment,
 - (ii) taken in time of war or other emergency in international relations, or
 - (iii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices; or

(c) to prevent any Party from taking action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

5. Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to furnish or allow access to information the disclosure of which would impede law enforcement or would be contrary to the Party's law protecting Cabinet confidences, personal privacy or the confidentiality of the financial affairs and accounts of individual customers of financial institutions.

6. The provisions of this Agreement shall not apply to investments in cultural industries.

7. Any measure adopted by a Party in conformity with a decision adopted by the World Trade Organization pursuant to Article IX:3 of the WTO Agreement shall be deemed to be also in conformity with this Agreement. An investor purporting to act pursuant to Section C of this Agreement may not claim that such a conforming measure is in breach of this Agreement.

Article 11

Health, Safety and Environmental Measures

The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

Article 12

Compensation for Losses

1. Each Party shall accord to investors of another Party, and to covered investments, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict, civil strife or a natural disaster.

2. Paragraph (1) shall not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 3 but for Article 9(5)(b).

Article 13

Expropriation

1. Neither Party shall nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except for a public purpose, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner and on prompt, adequate and effective compensation.

2. Such compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“date of expropriation”), and shall not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.

3. Compensation shall be paid without delay and shall be fully realizable and freely transferable. Compensation shall be payable in a freely convertible currency and shall include interest at a commercially reasonable rate for that currency from the date of expropriation until date of payment.

4. The investor affected shall have a right, under the law of the Party making the expropriation, to prompt review, by a judicial or other independent authority of that Party, of its case and of the valuation of its investment in accordance with the principles set out in this Article.

5. The provisions of this Article shall not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with the WTO Agreement.

Article 14

Transfer of Funds

1. Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely, and without delay, into and out of its territory. Such transfers include:

- (a) contributions to capital;
- (b) profits, dividends, interest, capital gains, royalty payments, management fees, technical assistance and other fees, returns in kind and other amounts derived from the investment;
- (c) proceeds from the sale of all or any part of the covered investment or from the partial or complete liquidation of the covered investment;
- (d) payments made under a contract entered into by the investor, or the covered investment, including payments made pursuant to a loan agreement;
- (e) payments made pursuant to Articles 12 and 13; and
- (f) payments arising under Section C.

2. Each Party shall permit transfers relating to a covered investment to be made in the convertible currency in which the capital was originally invested, or in any other convertible currency agreed by the investor and the Party concerned. Unless otherwise agreed by the investor, transfers shall be made at the rate of exchange applicable on the date of transfer.

3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, a Party may prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory and good faith application of its laws relating to:

- (a) bankruptcy, insolvency or the protection of the rights of creditors;
- (b) issuing, trading or dealing in securities;
- (c) criminal or penal offences;

- (d) reports of transfers of currency or other monetary instruments; or
- (e) ensuring the satisfaction of judgments in adjudicatory proceedings.

4. Neither Party may require its investors to transfer, or penalize its investors that fail to transfer, the income, earnings, profits or other amounts derived from, or attributable to investments in the territory of the other Party.

5. Paragraph 4 shall not be construed to prevent a Party from imposing any measure through the equitable, non-discriminatory and good faith application of its laws relating to the matters set out in subparagraphs (a) through (e) of paragraph 3.

6. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1, 2 and 4, and without limiting the applicability of paragraph 5, a Party may prevent or limit transfers by a financial institution to, or for the benefit of, an affiliate of or person related to such institution, through the equitable, non-discriminatory and good faith application of measures relating to maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial institutions.

7. Notwithstanding paragraph 1, a Party may restrict transfers in kind in circumstances where it could otherwise restrict transfers under the WTO Agreement and as set out in paragraph 3.

Article 15

Subrogation

1. If a Party or any agency thereof makes a payment to any of its investors under a guarantee or a contract of insurance it has entered into in respect of an investment, the other Party shall recognize the validity of the subrogation in favour of such Party or agency thereof to any right or title held by the investor.

2. A Party or any agency thereof which is subrogated to the rights of an investor in accordance with paragraph 1 of this Article, shall be entitled in all circumstances to the same rights as those of the investor in respect of the investment. Such rights may be exercised by the Party or any agency thereof, or by the investor if the Party or any agency thereof so authorizes.

Article 16

Taxation Measures

1. Except as set out in this Article, nothing in this Agreement shall apply to taxation measures. For further certainty, nothing in this Agreement shall affect the rights and obligations of the Parties under any tax convention. In the event of any inconsistency between the provisions of this Agreement and any such convention, the provisions of that convention shall apply to the extent of the inconsistency.

2. Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to furnish or allow access to information the disclosure of which would be contrary to the Party's law protecting information concerning the taxation affairs of a taxpayer.

3. A claim by an investor that a tax measure of a Party is in breach of an agreement between a Party and the investor concerning an investment shall be considered a claim for breach of this Agreement unless the taxation authorities of the Parties, no later than six months after being notified by the investor of its intention to submit the claim to arbitration, jointly determine that the measure does not contravene such agreement. The investor shall refer the issue of whether a taxation measure does not contravene an agreement for a determination to the taxation authorities of the Parties at the same time that it gives notice under Article 24 (Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration).

4. The provisions of Article 13 shall apply to taxation measures unless the taxation authorities of the Parties, no later than six months after being notified by an investor that the investor disputes a taxation measure, jointly determine that the measure in question is not an expropriation. The investor shall refer the issue of whether a taxation measure is an expropriation for a determination to the taxation authorities of the Parties at the same time that it gives notice under Article 24 (Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration).

5. An investor may submit a claim relating to taxation measures covered by this Agreement to arbitration under Section C only if the taxation authorities of the Parties fail to reach the joint determinations specified in paragraph 3 and paragraph 4 of this Article within six months of being notified in accordance with the provisions of this Article.

6. If, in connection with a claim by an investor of a Party or a dispute between the Parties, an issue arises as to whether a measure of a Party is a taxation measure, a Party may refer the issue to the taxation authorities of the Parties. The taxation authorities shall decide the issue, and their decision shall bind any Tribunal formed pursuant to Section C or arbitral panel formed pursuant to Section D, as the case may be, with jurisdiction over the claim or the dispute. A Tribunal or arbitral panel seized of a claim or a dispute in which the issue arises may not proceed pending receipt of the decision of the taxation authorities. If the taxation authorities have not decided the issue within six months of the referral, the Tribunal or arbitral panel shall decide the issue in place of the taxation authorities.

7. The taxation authorities referred to in this Article shall be the following until notice in writing to the contrary is provided to the other Party:

(a) for Canada: the Assistant Deputy Minister, Tax Policy, of the Department of Finance Canada;

(b) for _____:

Article 17

Prudential Measures

1. Where an investor submits a claim to arbitration under Section C, and the disputing Party invokes Article 10(2) or 14(6), the Tribunal established pursuant to Article 22 (Claim by an Investor of a Party on its Own Behalf) or 23 (Claim by an Investor of a

Party on Behalf of and Enterprise) shall, at the request of that Party, seek a report in writing from the Parties on the issue of whether and to what extent the said paragraphs are a valid defence to the claim of the investor. The Tribunal may not proceed pending receipt of a report under this Article.

2. Pursuant to a request received in accordance with paragraph (1), the Parties shall proceed in accordance with Section D to prepare a written report, either on the basis of agreement following consultations, or by means of an arbitral panel. The consultations shall be between the financial services authorities of the Parties. The report shall be transmitted to the Tribunal, and shall be binding on the Tribunal.

3. Where, within 70 days of the referral by the Tribunal, no request for the establishment of a panel pursuant to paragraph (2) has been made, and no report has been received by the Tribunal, the Tribunal may proceed to decide the matter.

Article 18

Denial of Benefits

1. A Party may deny the benefits of this Agreement to an investor of the other Party that is an enterprise of such Party and to investments of such investor if investors of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party adopts or maintains measures with respect to the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Agreement were accorded to the enterprises or to its investments.

2. Subject to prior notification and consultation in accordance with Article 19, a Party may deny the benefits of this Agreement to an investor of the other Party that is an enterprise of such Party and to investments of such investors if investors of a non-Party own or control the enterprise and the enterprise has no substantial business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organized.

Article 19

Transparency

1. Each Party shall, to the extent possible, ensure that its laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application respecting any matter covered by this Agreement are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and the other Party to become acquainted with them.

2. To the extent possible, each Party shall:

- (a) publish in advance any such measure that it proposes to adopt; and
- (b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures.

3. Upon request by a Party, information shall be exchanged on the measures of the other Party that may have an impact on covered investments.

Annex B.13
Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

- a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;
- b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:
 - i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;
 - ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
 - iii) the character of the measure or series of measures;
- c) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.

2.3. ACUERDO MODELO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (2012) - SECCIÓN A Y ANEXOS A Y B.

The Government of the United States of America and the Government of [Country] (hereinafter the “Parties”);

Desiring to promote greater economic cooperation between them with respect to investment by nationals and enterprises of one Party in the territory of the other Party;

Recognizing that agreement on the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties;

Agreeing that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards;

Recognizing the importance of providing effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment under national law as well as through international arbitration;

Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights;

Having resolved to conclude a Treaty concerning the encouragement and reciprocal protection of investment;

Have agreed as follows:

SECTION A

Article 1: Definitions

For purposes of this Treaty:

“central level of government” means:

(a) for the United States, the federal level of government; and

(b) for [Country], [].

“Centre” means the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) established by the ICSID Convention.

“claimant” means an investor of a Party that is a party to an investment dispute with the other Party.

“covered investment” means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party in existence as of the date of entry into force of this Treaty or established, acquired, or expanded thereafter.

“disputing parties” means the claimant and the respondent.

“disputing party” means either the claimant or the respondent.

“enterprise” means any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately or governmentally owned or controlled, including a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association, or similar organization; and a branch of an enterprise.

“enterprise of a Party” means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there.

“existing” means in effect on the date of entry into force of this Treaty.

“freely usable currency” means “freely usable currency” as determined by the International Monetary Fund under its Articles of Agreement.

“GATS” means the General Agreement on Trade in Services, contained in Annex 1B to the WTO Agreement.

“government procurement” means the process by which a government obtains the use of or acquires goods or services, or any combination thereof, for governmental purposes and not with a view to commercial sale or resale, or use in the production or supply of goods or services for commercial sale or resale.

“ICSID Additional Facility Rules” means the Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes.

“ICSID Convention” means the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, done at Washington, March 18, 1965.

[“Inter-American Convention” means the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, done at Panama, January 30, 1975.]

“investment” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;
- (d) futures, options, and other derivatives;
- (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) intellectual property rights;
- (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; and
- (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.

“investment agreement” means a written agreement between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor:

- (a) with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale;

(b) to supply services to the public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications; or

(c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government.

“investment authorization” means an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party.

“investor of a non-Party” means, with respect to a Party, an investor that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of that Party, that is not an investor of either Party.

“investor of a Party” means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality.

“measure” includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice.

“national” means:

(a) for the United States, a natural person who is a national of the United States as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act; and

(b) for [Country], [].

“New York Convention” means the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, June 10, 1958.

“non-disputing Party” means the Party that is not a party to an investment dispute.

“person” means a natural person or an enterprise.

“person of a Party” means a national or an enterprise of a Party.

“protected information” means confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party’s law.

“regional level of government” means:

(a) for the United States, a state of the United States, the District of Columbia, or Puerto Rico; and

(b) for [Country], [].

“respondent” means the Party that is a party to an investment dispute.

“Secretary-General” means the Secretary-General of ICSID.

“state enterprise” means an enterprise owned, or controlled through ownership interests, by a Party.

“territory” means:

(a) with respect to the United States,

(i) the customs territory of the United States, which includes the 50 states, the District of Columbia, and Puerto Rico;

(ii) the foreign trade zones located in the United States and Puerto Rico.

(b) with respect to [Country], [].

(c) with respect to each Party, the territorial sea and any area beyond the territorial sea of the Party within which, in accordance with customary international law as reflected in the United Nations Convention on the Law of the Sea, the Party may exercise sovereign rights or jurisdiction.

“TRIPS Agreement” means the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, contained in Annex 1C to the WTO Agreement.

“UNCITRAL Arbitration Rules” means the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

“WTO Agreement” means the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, done on April 15, 1994.

Article 2: Scope and Coverage

1. This Treaty applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:

(a) investors of the other Party;
(b) covered investments; and
(c) with respect to Articles 8 [Performance Requirements], 12 [Investment and Environment], and 13 [Investment and Labor], all investments in the territory of the Party.

2. A Party’s obligations under Section A shall apply:

(a) to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party;⁸ and
(b) to the political subdivisions of that Party.

3. For greater certainty, this Treaty does not bind either Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Treaty.

Article 3: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments.

Article 4: Most-Favored-Nation Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

Article 5: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

4. Notwithstanding Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants], each Party shall accord to investors of the other Party, and to covered investments, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

5. Notwithstanding paragraph 4, if an investor of a Party, in the situations referred to in paragraph 4, suffers a loss in the territory of the other Party resulting from:

(a) requisitioning of its covered investment or part thereof by the latter’s forces or authorities; or

(b) destruction of its covered investment or part thereof by the latter’s forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation, the latter Party shall provide the investor restitution, compensation, or both, as appropriate, for such loss. Any compensation shall be prompt, adequate, and effective in accordance with Article 6 [Expropriation and Compensation](2) through (4), mutatis mutandis.

6. Paragraph 4 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 3 [National Treatment] but for Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants].

Article 6: Expropriation and Compensation

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) in a non-discriminatory manner;
- (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and
- (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment](1) through (3).

2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall:

- (a) be paid without delay;
- (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“the date of expropriation”);
- (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and
- (d) be fully realizable and freely transferable.

3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1(c) – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:

- (a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus
- (b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with the TRIPS Agreement.

Article 7: Transfers

1. Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include:

- (a) contributions to capital;
- (b) profits, dividends, capital gains, and proceeds from the sale of all or any part of the covered investment or from the partial or complete liquidation of the covered investment;
- (c) interest, royalty payments, management fees, and technical assistance and other fees;
- (d) payments made under a contract, including a loan agreement;
- (e) payments made pursuant to Article 5 [Minimum Standard of Treatment](4) and (5) and Article 6 [Expropriation and Compensation]; and
- (f) payments arising out of a dispute.

2. Each Party shall permit transfers relating to a covered investment to be made in a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing at the time of transfer.
3. Each Party shall permit returns in kind relating to a covered investment to be made as authorized or specified in a written agreement between the Party and a covered investment or an investor of the other Party.
4. Notwithstanding paragraphs 1 through 3, a Party may prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory, and good faith application of its laws relating to:
 - (a) bankruptcy, insolvency, or the protection of the rights of creditors;
 - (b) issuing, trading, or dealing in securities, futures, options, or derivatives;
 - (c) criminal or penal offenses;
 - (d) financial reporting or record keeping of transfers when necessary to assist law enforcement or financial regulatory authorities; or
 - (e) ensuring compliance with orders or judgments in judicial or administrative proceedings.

Article 8: Performance Requirements

1. Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking:
 - (a) to export a given level or percentage of goods or services;
 - (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
 - (c) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
 - (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
 - (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;
 - (f) to transfer a particular technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory;
 - (g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods that such investment produces or the services that it supplies to a specific regional market or to the world market; or
 - (h) (i) to purchase, use, or accord a preference to, in its territory, technology of the Party or of persons of the Party; or
 - (ii) that prevents the purchase or use of, or the according of a preference to, in its territory, particular technology, so as to afford protection on the basis of nationality to its own investors or investments or to technology of the Party or of persons of the Party.
2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any requirement:
 - (a) to achieve a given level or percentage of domestic content;

(b) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;

(c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or

(d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.

3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.

(b) Paragraphs 1(f) and (h) do not apply:

(i) when a Party authorizes use of an intellectual property right in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement, or to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement; or

(ii) when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal, or competition authority to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive under the Party's competition laws.

(c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), (f), and (h), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:

(i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty;

(ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or

(iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

(d) Paragraphs 1(a), (b), and (c), and 2(a) and (b), do not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs.

(e) Paragraphs 1(b), (c), (f), (g), and (h), and 2(a) and (b), do not apply to government procurement.

(f) Paragraphs 2(a) and (b) do not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.

4. For greater certainty, paragraphs 1 and 2 do not apply to any commitment, undertaking, or requirement other than those set out in those paragraphs.

5. This Article does not preclude enforcement of any commitment, undertaking, or requirement between private parties, where a Party did not impose or require the commitment, undertaking, or requirement.

Article 9: Senior Management and Boards of Directors

1. Neither Party may require that an enterprise of that Party that is a covered investment appoint to senior management positions natural persons of any particular nationality.
2. A Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise of that Party that is a covered investment, be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.

Article 10: Publication of Laws and Decisions Respecting Investment

1. Each Party shall ensure that its:
 - (a) laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application; and
 - (b) adjudicatory decisionsrespecting any matter covered by this Treaty are promptly published or otherwise made publicly available.
2. For purposes of this Article, “administrative ruling of general application” means an administrative ruling or interpretation that applies to all persons and fact situations that fall generally within its ambit and that establishes a norm of conduct but does not include:
 - (a) a determination or ruling made in an administrative or quasi-judicial proceeding that applies to a particular covered investment or investor of the other Party in a specific case; or
 - (b) a ruling that adjudicates with respect to a particular act or practice.

Article 11: Transparency

1. The Parties agree to consult periodically on ways to improve the transparency practices set out in this Article, Article 10 and Article 29.
2. Publication
To the extent possible, each Party shall:
 - (a) publish in advance any measure referred to in Article 10(1)(a) that it proposes to adopt; and
 - (b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures.
3. With respect to proposed regulations of general application of its central level of government respecting any matter covered by this Treaty that are published in accordance with paragraph 2(a), each Party:
 - (a) shall publish the proposed regulations in a single official journal of national circulation and shall encourage their distribution through additional outlets;
 - (b) should in most cases publish the proposed regulations not less than 60 days before the date public comments are due;
 - (c) shall include in the publication an explanation of the purpose of and rationale for the proposed regulations; and
 - (d) shall, at the time it adopts final regulations, address significant, substantive comments received during the comment period and explain substantive revisions that it made to the

proposed regulations in its official journal or in a prominent location on a government Internet site.

4. With respect to regulations of general application that are adopted by its central level of government respecting any matter covered by this Treaty, each Party:

- (a) shall publish the regulations in a single official journal of national circulation and shall encourage their distribution through additional outlets; and
- (b) shall include in the publication an explanation of the purpose of and rationale for the regulations.

5. Provision of Information

(a) On request of the other Party, a Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any actual or proposed measure that the requesting Party considers might materially affect the operation of this Treaty or otherwise substantially affect its interests under this Treaty.

(b) Any request or information under this paragraph shall be provided to the other Party through the relevant contact points.

(c) Any information provided under this paragraph shall be without prejudice as to whether the measure is consistent with this Treaty.

6. Administrative Proceedings

With a view to administering in a consistent, impartial, and reasonable manner all measures referred to in Article 10(1)(a), each Party shall ensure that in its administrative proceedings applying such measures to particular covered investments or investors of the other Party in specific cases:

(a) wherever possible, covered investments or investors of the other Party that are directly affected by a proceeding are provided reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated, and a general description of any issues in controversy;

(b) such persons are afforded a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding, and the public interest permit; and

(c) its procedures are in accordance with domestic law.

7. Review and Appeal

(a) Each Party shall establish or maintain judicial, quasi-judicial, or administrative tribunals or procedures for the purpose of the prompt review and, where warranted, correction of final administrative actions regarding matters covered by this Treaty. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.

(b) Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:

(i) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions; and

(ii) a decision based on the evidence and submissions of record or, where required by domestic law, the record compiled by the administrative authority.

(c) Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided in its domestic law, that such decisions shall be implemented by, and shall govern the practice of, the offices or authorities with respect to the administrative action at issue.

8. Standards-Setting

(a) Each Party shall allow persons of the other Party to participate in the development of standards and technical regulations by its central government bodies. Each Party shall allow persons of the other Party to participate in the development of these measures, and the development of conformity assessment procedures by its central government bodies, on terms no less favorable than those it accords to its own persons.

(b) Each Party shall recommend that non-governmental standardizing bodies in its territory allow persons of the other Party to participate in the development of standards by those bodies. Each Party shall recommend that non-governmental standardizing bodies in its territory allow persons of the other Party to participate in the development of these standards, and the development of conformity assessment procedures by those bodies, on terms no less favorable than those they accord to persons of the Party.

(c) Subparagraphs 8(a) and 8(b) do not apply to:

(i) sanitary and phytosanitary measures as defined in Annex A of the World Trade Organization (WTO) Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures; or

(ii) purchasing specifications prepared by a governmental body for its production or consumption requirements.

(d) For purposes of subparagraphs 8(a) and 8(b), “central government body”, “standards”, “technical regulations” and “conformity assessment procedures” have the meanings assigned to those terms in Annex 1 of the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade. Consistent with Annex 1, the three latter terms do not include standards, technical regulations or conformity assessment procedures for the supply of a service.

Article 12: Investment and Environment

1. The Parties recognize that their respective environmental laws and policies, and multilateral environmental agreements to which they are both party, play an important role in protecting the environment.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its environmental laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws, or fail to effectively enforce those laws through a sustained or recurring course of action or inaction, as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory.

3. The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to regulatory, compliance, investigatory, and prosecutorial matters, and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities. Accordingly, the Parties understand that a Party is in compliance with paragraph 2 where a course of action or inaction reflects a reasonable exercise of such discretion, or results from a bona fide decision regarding the allocation of resources.

4. For purposes of this Article, “environmental law” means each Party’s statutes or regulations, or provisions thereof, the primary purpose of which is the protection of the

environment, or the prevention of a danger to human, animal, or plant life or health, through the:

- (a) prevention, abatement, or control of the release, discharge, or emission of pollutants or environmental contaminants;
- (b) control of environmentally hazardous or toxic chemicals, substances, materials, and wastes, and the dissemination of information related thereto; or
- (c) protection or conservation of wild flora or fauna, including endangered species, their habitat, and specially protected natural areas, in the Party's territory, but does not include any statute or regulation, or provision thereof, directly related to worker safety or health.

5. Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

6. A Party may make a written request for consultations with the other Party regarding any matter arising under this Article. The other Party shall respond to a request for consultations within thirty days of receipt of such request. Thereafter, the Parties shall consult and endeavor to reach a mutually satisfactory resolution.

7. The Parties confirm that each Party may, as appropriate, provide opportunities for public participation regarding any matter arising under this Article.

The Government of the United States of America and the Government of [Country] (hereinafter the "Parties");

Article 13: Investment and Labor

1. The Parties reaffirm their respective obligations as members of the International Labor Organization ("ILO") and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its labor laws where the waiver or derogation would be inconsistent with the labor rights referred to in subparagraphs (a) through (e) of paragraph 3, or fail to effectively enforce its labor laws through a sustained or recurring course of action or inaction, as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory.

3. For purposes of this Article, "labor laws" means each Party's statutes or regulations, or provisions thereof, that are directly related to the following:

- (a) freedom of association;
- (b) the effective recognition of the right to collective bargaining;
- (c) the elimination of all forms of forced or compulsory labor;
- (d) the effective abolition of child labor and a prohibition on the worst forms of child labor;
- (e) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation; and
- (f) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.

4. A Party may make a written request for consultations with the other Party regarding any matter arising under this Article. The other Party shall respond to a request for consultations within thirty days of receipt of such request. Thereafter, the Parties shall consult and endeavor to reach a mutually satisfactory resolution.

5. The Parties confirm that each Party may, as appropriate, provide opportunities for public participation regarding any matter arising under this Article.

Article 14: Non-Conforming Measures

1. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:

(a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party at:

(i) the central level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I or Annex III,

(ii) a regional level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I or Annex III, or

(iii) a local level of government;

(b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or

(c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Article 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], or 9 [Senior Management and Boards of Directors].

2. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II.

3. Neither Party may, under any measure adopted after the date of entry into force of this Treaty and covered by its Schedule to Annex II, require an investor of the other Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment existing at the time the measure becomes effective.

4. Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment] do not apply to any measure covered by an exception to, or derogation from, the obligations under Article 3 or 4 of the TRIPS Agreement, as specifically provided in those Articles and in Article 5 of the TRIPS Agreement.

5. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:

(a) government procurement; or

(b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.

Article 15: Special Formalities and Information Requirements

1. Nothing in Article 3 [National Treatment] shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining a measure that prescribes special formalities in connection with

covered investments, such as a requirement that investors be residents of the Party or that covered investments be legally constituted under the laws or regulations of the Party, provided that such formalities do not materially impair the protections afforded by a Party to investors of the other Party and covered investments pursuant to this Treaty.

2. Notwithstanding Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment], a Party may require an investor of the other Party or its covered investment to provide information concerning that investment solely for informational or statistical purposes. The Party shall protect any confidential business information from any disclosure that would prejudice the competitive position of the investor or the covered investment. Nothing in this paragraph shall be construed to prevent a Party from otherwise obtaining or disclosing information in connection with the equitable and good faith application of its law.

Article 16: Non-Derogation

This Treaty shall not derogate from any of the following that entitle an investor of a Party or a covered investment to treatment more favorable than that accorded by this Treaty:

1. laws or regulations, administrative practices or procedures, or administrative or adjudicatory decisions of a Party;
2. international legal obligations of a Party; or
3. obligations assumed by a Party, including those contained in an investment authorization or an investment agreement.

Article 17: Denial of Benefits

1. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:

- (a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or
- (b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Treaty were accorded to the enterprise or to its investments.

2. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.

Article 18: Essential Security

Nothing in this Treaty shall be construed:

1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

Article 19: Disclosure of Information

Nothing in this Treaty shall be construed to require a Party to furnish or allow access to confidential information the disclosure of which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest, or which would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.

Article 20: Financial Services

1. Notwithstanding any other provision of this Treaty, a Party shall not be prevented from adopting or maintaining measures relating to financial services for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial services supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. Where such measures do not conform with the provisions of this Treaty, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under this Treaty.

2. (a) Nothing in this Treaty applies to non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies. This paragraph shall not affect a Party's obligations under Article 7 [Transfers] or Article 8 [Performance Requirements].

(b) For purposes of this paragraph, "public entity" means a central bank or monetary authority of a Party.

3. Where a claimant submits a claim to arbitration under Section B [Investor-State Dispute Settlement], and the respondent invokes paragraph 1 or 2 as a defense, the following provisions shall apply:

(a) The respondent shall, within 120 days of the date the claim is submitted to arbitration under Section B, submit in writing to the competent financial authorities²⁰ of both Parties a request for a joint determination on the issue of whether and to what extent paragraph 1 or 2 is a valid defense to the claim. The respondent shall promptly provide the tribunal, if constituted, a copy of such request. The arbitration may proceed with respect to the claim only as provided in subparagraph (d).

(b) The competent financial authorities of both Parties shall make themselves available for consultations with each other and shall attempt in good faith to make a determination as described in subparagraph (a). Any such determination shall be transmitted promptly to the disputing parties and, if constituted, to the tribunal. The determination shall be binding on the tribunal.

(c) If the competent financial authorities of both Parties, within 120 days of the date by which they have both received the respondent's written request for a joint determination under subparagraph (a), have not made a determination as described in that subparagraph, the tribunal shall decide the issue or issues left

(i) In the appointment of all arbitrators not yet appointed to the tribunal, each disputing party shall take appropriate steps to ensure that the tribunal has expertise or experience in financial services law or practice. The expertise of particular candidates with respect to the particular sector of financial services in which the dispute arises shall be taken into account in the appointment of the presiding arbitrator.

(ii) If, before the respondent submits the request for a joint determination in conformance with subparagraph (a), the presiding arbitrator has been appointed pursuant to Article 27(3), such arbitrator shall be replaced on the request of either disputing party and the tribunal shall be reconstituted consistent with subparagraph (c)(i). If, within 30 days of the date the arbitration proceedings are resumed under subparagraph (d), the disputing parties have not agreed on the appointment of a new presiding arbitrator, the Secretary-General, on the request of a disputing party, shall appoint the presiding arbitrator consistent with subparagraph (c)(i).

(iii) The tribunal shall draw no inference regarding the application of paragraph 1 or 2 from the fact that the competent financial authorities have not made a determination as described in subparagraph (a).

(iv) The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the issue of whether and to what extent paragraph 1 or 2 is a valid defense to the claim. Unless it makes such a submission, the non-disputing Party shall be presumed, for purposes of the arbitration, to take a position on paragraph 1 or 2 not inconsistent with that of the respondent.

(d) The arbitration referred to in subparagraph (a) may proceed with respect to the claim:

(i) 10 days after the date the competent financial authorities' joint determination has been received by both the disputing parties and, if constituted, the tribunal; or

(ii) 10 days after the expiration of the 120-day period provided to the competent financial authorities in subparagraph (c).

(e) On the request of the respondent made within 30 days after the expiration of the 120-day period for a joint determination referred to in subparagraph (c), or, if the tribunal has not been constituted as of the expiration of the 120-day period, within 30 days after the tribunal is constituted, the tribunal shall address and decide the issue or issues left unresolved by the competent financial authorities as referred to in subparagraph (c) prior to deciding the merits of the claim for which paragraph 1 or 2 has been invoked by the respondent as a defense. Failure of the respondent to make such a request is without prejudice to the right of the respondent to invoke paragraph 1 or 2 as a defense at any appropriate phase of the arbitration.

4. Where a dispute arises under Section C and the competent financial authorities of one Party provide written notice to the competent financial authorities of the other Party that the dispute involves financial services, Section C shall apply except as modified by this paragraph and paragraph 5.

(a) The competent financial authorities of both Parties shall make themselves available for consultations with each other regarding the dispute, and shall have 180 days from the date such notice is received to transmit a report on their consultations to the Parties. A Party may submit the dispute to arbitration under Section C only after the expiration of that 180-day period.

(b) Either Party may make any such report available to a tribunal constituted under Section C to decide the dispute referred to in this paragraph or a similar dispute, or to a tribunal constituted under Section B to decide a claim arising out of the same events or circumstances that gave rise to the dispute under Section C.

5. Where a Party submits a dispute involving financial services to arbitration under Section C in conformance with paragraph 4, and on the request of either Party within 30 days of the date the dispute is submitted to arbitration, each Party shall, in the

appointment of all arbitrators not yet appointed, take appropriate steps to ensure that the tribunal has expertise or experience in financial services law or practice. The expertise of particular candidates with respect to financial services shall be taken into account in the appointment of the presiding arbitrator.

6. Notwithstanding Article 11(2)-(4) [Transparency – Publication], each Party, to the extent practicable,

(a) shall publish in advance any regulations of general application relating to financial services that it proposes to adopt and the purpose of the regulation;

(b) shall provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed regulations; and

(c) should at the time it adopts final regulations, address in writing significant substantive comments received from interested persons with respect to the proposed regulations.

7. The terms “financial service” or “financial services” shall have the same meaning as in subparagraph 5(a) of the Annex on Financial Services of the GATS.

8. For greater certainty, nothing in this Treaty shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a party of measures relating to investors of the other Party, or covered investments, in financial institutions that are necessary to secure compliance with laws or regulations that are not inconsistent with this Treaty, including those related to the prevention of deceptive and fraudulent practices or that deal with the effects of a default on financial services contracts, subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on investment in financial institutions.

Article 21: Taxation

1. Except as provided in this Article, nothing in Section A shall impose obligations with respect to taxation measures.

2. Article 6 [Expropriation] shall apply to all taxation measures, except that a claimant that asserts that a taxation measure involves an expropriation may submit a claim to arbitration under Section B only if:

(a) the claimant has first referred to the competent tax authorities²¹ of both Parties in writing the issue of whether that taxation measure involves an expropriation; and

(b) within 180 days after the date of such referral, the competent tax authorities of both Parties fail to agree that the taxation measure is not an expropriation.

3. Subject to paragraph 4, Article 8 [Performance Requirements] (2) through (4) shall apply to all taxation measures.

4. Nothing in this Treaty shall affect the rights and obligations of either Party under any tax convention. In the event of any inconsistency between this Treaty and any such convention, that convention shall prevail to the extent of the inconsistency. In the case of a tax convention between the Parties, the competent authorities under that convention shall have sole responsibility for determining whether any inconsistency exists between this Treaty and that convention.

Article 22: Entry into Force, Duration, and Termination

1. This Treaty shall enter into force thirty days after the date the Parties exchange instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force thereafter unless terminated in accordance with paragraph 2.
2. A Party may terminate this Treaty at the end of the initial ten-year period or at any time thereafter by giving one year's written notice to the other Party.
3. For ten years from the date of termination, all other Articles shall continue to apply to covered investments established or acquired prior to the date of termination, except insofar as those Articles extend to the establishment or acquisition of covered investments.

Annex A

Customary International Law

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

Annex B

Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.
2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.
3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.
4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.
 - (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:
 - (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

- (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
 - (iii) the character of the government action.
- (b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.

2.4. ACUERDO MODELO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES DE FRANCIA (2006)

The Government of the Republic of France and the Government of the Republic of (...) hereinafter referred to as the Contracting Parties,

Desiring to strengthen the economic cooperation between both States and to create favorable conditions for French investments in (...) and (...) investments in France,

Convinced that the promotion and protection of these investments would succeed in stimulating

transfers of capital and technology between the two countries in the interest of their economic development,

Have agreed as follows.

ARTICLE 1

Definitions

For the purpose of this Agreement:

1. The term "investment" means every kind of assets, such as goods, rights and interests of whatever nature, and in particular though not exclusively:

- a) movable and immovable property as well as any other right in rem such as mortgages, liens, usufructs, pledges and similar rights ;
- b) shares, premium on share and other kinds of interest including minority or indirect forms, in companies constituted in the territory of one Contracting Party ;
- c) title to money or debentures, or title to any legitimate performance having an economic value ;
- d) intellectual, commercial and industrial property rights such as copyrights, patents, licenses, trademarks, industrial models and mockups, technical processes, know-how, tradenames and goodwill ;
- e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources, including those which are located in the maritime area of the Contracting Parties.

It is understood that those investments are investments which have already been made or may be made subsequent to the entering into force of this Agreement, in accordance with the legislation of the Contracting Party on the territory or in the maritime area of which the investment is made.

Any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their qualification as investments provided that such alteration is not in conflict with the legislation of the Contracting Party on the territory or in the maritime area of which the investment is made.

2. The term "nationals" means physical persons possessing the nationality of either Contracting Party.

3. The term "company" means any legal person constituted on the territory of one Contracting Party in accordance with the legislation of that Party and having its head office on the territory of that Party, or controlled directly or indirectly by the nationals of one Contracting Party, or by legal persons having their head office in the territory of one contracting Party and constituted in accordance with the legislation of that Party.
4. The term "returns" means all amounts produced by an investment, such as profits, royalties and interest, during a given period. Investment returns and, in case of re-investment, re-investment returns shall enjoy the same protection as the investment.
5. This Agreement shall apply to the territory of each Contracting Party, as well as the maritime area of each Contracting Party, hereafter defined as the economic zone and the continental shelf outwards the territorial sea of each Contracting Party over which they have in accordance with International Law sovereign rights and a jurisdiction with a view to prospecting, exploiting and preserving natural resources.
6. Nothing in this agreement shall be construed to prevent any contracting party from taking any measure to regulate investment of foreign companies and the conditions of activities of these companies in the framework of policies designed to preserve and promote cultural and linguistic diversity.
7. For the purpose of this Agreement, it is understood that the Contracting Parties are responsible for the actions or omission of their sub-sovereign entities, including though not exclusively their federal states, regions, local governments or any other entity over which the Contracting Party exercises the control, the representation or the responsibility of its international affairs, or its sovereignty consistent with its internal legislation.

ARTICLE 2

Promotion and admission of investments

Each Contracting Party shall promote and admit on its territory and in its maritime area, in accordance with its legislation and with the provisions of this Agreement, investments made by nationals or companies of the other Contracting Party.

ARTICLE 3

Fair and equitable treatment

Either Contracting Party shall extend fair or equitable treatment in accordance with the principles of International Law to investments made by nationals and companies of the other Contracting Party on its territory or in its maritime area, and shall ensure that the exercise of the right thus recognized shall not be hindered by law or in practice. In particular though not exclusively, shall be considered as *de jure* or *de facto* impediments to fair and equitable treatment any restriction on the purchase or transport of raw materials and auxiliary materials, energy and fuels, as well as the means of production and

operation of all types, any hindrance of the sale or transport of products within the country and abroad, as well as any other measures that have a similar effect.

Within the framework of their internal legislation, the Contracting Parties shall favorably examine requests for entry and authorization to reside, work and travel made by the nationals of one Contracting Party in relation to an investment made on the territory or in the maritime area of the other Contracting Party.

ARTICLE 4

National treatment and most favored Nation treatment

Each Contracting Party shall apply on its territory and in its maritime area to the nationals and companies of the other Party, with respect to their investments and activities related to the investments, a treatment not less favorable than that granted to its nationals or companies, or the treatment granted to the nationals or companies of the most favored nation, if the latter is more favorable. In this respect, nationals authorized to work on the territory and in the maritime area of one Contracting Party shall enjoy the material facilities relevant to the exercise of their professional activities.

This treatment shall not include the privileges granted by one Contracting Party to nationals or companies of a third party State by virtue of its participation or association in a free trade zone, customs union, common market or any other form of regional economic organization.

The provisions of this article do not apply to tax matters.

ARTICLE 5

Dispossession and indemnification

1. The investments made by nationals or companies of one Contracting Party shall enjoy full and complete protection and safety on the territory and in the maritime area of the other Contracting Party.

2. Neither Contracting Party shall take any measures of expropriation or nationalization or any other measures having the effect of dispossession, direct or indirect, of nationals or companies of the other Contracting Party of their investments on its territory and in its maritime area, except in the public interest and provided that these measures are neither discriminatory nor contrary to a specific commitment.

Any measures of dispossession which might be taken shall give rise to prompt and adequate compensation, the amount of which shall be equal to the real value of the investments concerned and shall be set in accordance with the normal economic situation prevailing prior to any threat of dispossession.

The said compensation, the amounts and conditions of payment, shall be set not later than the date of dispossession. This compensation shall be effectively realizable, shall be paid without delay and shall be freely transferable. Until the date of payment, it shall produce interest calculated at the appropriate market rate of interest.

3. Nationals or companies of one Contracting Party whose investments have sustained losses due to war or any other armed conflict, revolution, national state of emergency or revolt occurring on the territory or in the maritime areas of the other Contracting Party, shall enjoy treatment from the latter Contracting Party that is not less favorable than that granted to its own nationals or companies or to those of the most favored nation.

ARTICLE 6

Free transfer

Each Contracting Party, on the territory or in the maritime area of which the investments have been made by nationals or companies of the other Contracting Party, shall guarantee to these nationals and companies the free transfer of:

- a) interest, dividends, profits and other current income;
- b) royalties deriving from incorporeal rights as defined in Article 1, Paragraph 1, letters (d) and (e);
- c) repayments of loans which have been regularly contracted ;
- d) value of partial or total liquidation or disposition of the investment, including capital gains on the capital invested ;
- e) compensation for dispossession or loss described in Article 5, Paragraphs 2 and 3.

The nationals of either Contracting Party, who have been authorized to work on the territory or in the maritime area of the other Contracting Party, as the result of an approved investment, shall also be permitted to transfer to their country of origin an appropriate proportion of their earnings.

The transfers referred to in the foregoing paragraphs shall be promptly effected at the official exchange rate prevailing on the date of transfer.

When, in exceptional circumstances, capital movements from or to third countries cause or threaten to cause a serious disequilibrium to its balance of payments, each Contracting Party may temporarily apply safeguard measures to the transfers, provided that these measures shall be strictly necessary, would be imposed in an equitable, non discriminatory and in good faith basis and shall not exceed in any case a six months period.

ARTICLE 7

Settlement of disputes between an investor and a Contracting Party

Any dispute concerning the investments occurring between one Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party shall be settled amicably between the two parties concerned.

If this dispute has not been settled within a period of six months from the date on which it occurred by one or other of the parties to the dispute, it shall be submitted at the request of either party to the arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), created by the Convention for the settlement of disputes in respect of investments occurring between States and nationals of other States signed in Washington on March 18, 1965.

In the case where the dispute may involve the responsibility for actions or omissions of sub sovereign entities of the Contracting Parties as defined in article 1 paragraph 7 of the present Agreement, the aforementioned sub-sovereign entity must give their unconditional consent to the use of arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), as defined in article 25 of the Convention for the settlement of disputes in respect of investments occurring between States and nationals of other States signed in Washington on March 18, 1965.

ARTICLE 8

Guarantee and subrogation

1. In the event that the regulations of one Contracting Party contain a guarantee for investments made abroad, this guarantee may be accorded, after examining case by case, to investments made broad, this guarantee may be accorded, after examining case by case, to investments made by nationals or companies of this Party on the territory or in the maritime area of the other Party.
2. Investments made by nationals or companies of one Contracting Party on the territory or in the maritime area of the other Contracting Party may obtain the guarantee referred to in the foregoing paragraph only if they have been previously agreed to by the other Party.
3. If one Contracting Party, as a result of a guarantee given for an investment made on the territory or in the maritime area of the other Contracting Party, makes payments to its own nationals or companies, the first mentioned Party has in this case full rights of subrogation with regard to the rights and actions of the said national or company.
4. The said payments shall not affect the rights of the beneficiary of the guarantee to recourse to the ICSID or to continue proceedings submitted to it until completion of the proceedings.

ARTICLE 9**Special commitment**

Investments having formed the subject of a special commitment of one Contracting Party, with respect to the nationals or companies of the other Contracting Party, shall be governed, without prejudice to the provisions of this Agreement, by the terms of the said commitment if the latter includes provisions more favorable than those of this Agreement. The provisions of article 8 of the present Agreement shall apply even in the case of a special commitment to the effect of waiving international arbitration or designating an arbitration body other than that mentioned in article 8 of the present Agreement.

ARTICLE 10**Settlement of disputes between Contracting Parties**

1. Disputes relating to the interpretation or application of this Agreement shall be settled, if possible, by diplomatic channels.
2. If the dispute has not been settled within a period of six months from the date on which the matter was raised by either Contracting Party, it may be submitted at the request of either Contracting Party to an Arbitral Tribunal.
3. The said Tribunal shall be created as follows for each specific case: each Contracting Party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint by mutual agreement a national of a third Country, who shall be designated as Chairman of the Tribunal by the two Contracting Parties. All the arbitrators must be appointed within two months from the date of notification by one Contracting Party to the other Contracting Party of its intention to submit the disagreement to arbitration.
4. If the periods specified in Paragraph 3 above have not been met, either Contracting Party, in the absence of any other agreement, shall invite the Secretary General of the United Nations Organization to make the necessary appointments. If the Secretary General is a national of either Contracting Party, or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Under-Secretary next in seniority to the Secretary General, who is not a national of either Contracting Party, shall make the necessary appointments.
5. The tribunal shall reach its decisions by a majority of votes. These decisions shall be final and legally binding upon the Contracting Parties. The Tribunal shall set its own rules of procedure. It shall interpret the judgment at the request of either Contracting Party. Unless otherwise decided by the tribunal, in accordance with special circumstances, the legal costs, including the fees of the arbitrators, shall be shared equally between the two Contracting Parties.

ARTICLE 11**Entry into force and termination**

Each Party shall notify the other of the completion of the constitutional procedures required concerning the entry into force of this Agreement, which shall enter into force one month after the date of receipt of the final notification.

The Agreement shall be in force for an initial period of ten years. It shall remain in force thereafter, unless one of the Contracting Parties gives one year's written notice of termination through diplomatic channels.

In case of termination of the period of validity of this Agreement, investments made while it was in force shall continue to enjoy the protection of its provisions for an additional period of twenty years.

Signed in (...), on in duplicate in the French and (...) languages, both texts being equally authentic.

**For the Government For the Government
of the Republic of France of the Republic of (...)**

3. CONVENIO DE WASHINGTON SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVO A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONAL DE OTROS ESTADOS (1965)

Preámbulo

Los Estados Contratantes

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

Teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones;

Reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución;

Atribuyendo particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias;

Deseando crear tales medios bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento;

Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales; y

Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;

Han acordado lo siguiente:

Capítulo I

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Sección 1

Creación y Organización

Artículo 1

(1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado el Centro).

(2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

Artículo 2

La sede del Centro será la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en lo sucesivo llamado el Banco). La sede podrá trasladarse a otro lugar por decisión del Consejo Administrativo adoptada por una mayoría de dos terceras partes de sus miembros.

Artículo 3

El Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Árbitros.

Sección 2

El Consejo Administrativo

Artículo 4

(1) El Consejo Administrativo estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes. Un suplente podrá actuar con carácter de representante en caso de ausencia del titular de una reunión o de incapacidad del mismo.

(2) Salvo en caso de designación distinta, el gobernador y el gobernador suplente del Banco nombrados por un Estado Contratante serán *ex officio* el representante y el suplente de ese Estado, respectivamente.

Artículo 5

El Presidente del Banco será *ex officio* Presidente del Consejo Administrativo (en lo sucesivo llamado el Presidente) pero sin derecho a voto. En caso de ausencia o incapacidad para actuar y en caso de vacancia del cargo de Presidente del Banco, la persona que lo sustituya en el Banco actuara como Presidente del Consejo Administrativo.

Artículo 6

(1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes:

- (a) adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro;
- (b) adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje;
- (c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje);
- (d) aprobar los arreglos con el Banco sobre la utilización de sus servicios administrativos a instalaciones;
- (e) fijar las condiciones del desempeño de las funciones del Secretario General y de los Secretarios Generales Adjuntos;
- (f) adoptar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Centro;
- (g) aprobar el informe anual de actividades del Centro.

Para la aprobación de lo dispuesto en los incisos (a), (b), (c) y (f) se requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo.

- (2) El Consejo Administrativo podrá nombrar las Comisiones que considere necesarias.
- (3) Además, el Consejo Administrativo ejercerá todas las facultades y realizara todas las funciones que a su juicio sean necesarias para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 7

- (1) El Consejo Administrativo celebrara una reunión anual y las demás que sean acordadas por el Consejo, o convocadas por el Presidente, o por el Secretario General cuando lo soliciten a este ultimo no menos de cinco miembros del Consejo.
- (2) Cada miembro del Consejo Administrativo tendrá un voto, y salvo disposición expresa en contrario de este Convenio, todos los asuntos que se presenten ante el Consejo se decidirán por mayoría de votos emitidos.
- (3) Habrá quórum en las reuniones del Consejo Administrativo cuando esté presente la mayoría de sus miembros.
- (4) El Consejo Administrativo podrá establecer, por mayoría de dos tercios de sus miembros, un procedimiento mediante el cual el Presidente pueda pedir votación del Consejo sin convocar a una reunión del mismo. Solo se considerara valida esta votación si la mayoría de los miembros del Consejo emiten el voto dentro del plazo fijado en dicho procedimiento.

Artículo 8

Los miembros del Consejo Administrativo y el Presidente desempeñarán sus funciones sin remuneración por parte del Centro.

Sección 3 El Secretariado

Artículo 9

El Secretariado estará constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro.

Artículo 10

(1) El Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos serán elegidos, a propuesta del Presidente, por el Consejo Administrativo por mayoría de dos tercios de sus miembros por un periodo de servicio no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos. Previa consulta a los miembros del Consejo Administrativo, el Presidente presentara uno o mas candidatos para cada uno de esos cargos.

(2) Los cargos de Secretario General y de Secretario General Adjunto serán incompatibles con el ejercicio de toda función política. Ni el Secretario General ni ningún Secretario General Adjunto podrán desempeñar cargo alguno o dedicarse a otra actividad, sin la aprobación del Consejo Administrativo.

(3) Durante la ausencia o incapacidad del Secretario General y durante la vacancia del cargo, el Secretario General Adjunto actuara como Secretario General. Si hubiere mas de un Secretario General Adjunto, el Consejo Administrativo determinara anticipadamente el orden en que deberán actuar como Secretario General.

Artículo 11

El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este Convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.

Sección 4 Las Listas

Artículo 12

La Lista de Conciliadores y la Lista de Árbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone mas adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos.

Artículo 13

(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado.

(2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.

Artículo 14

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.

Artículo 15

(1) La designación de los integrantes de las Listas se hará por periodos de seis años, renovables.

(2) En caso de muerte o renuncia de un miembro de cualquiera de las Listas, la autoridad que lo hubiere designado tendrá derecho a nombrar otra persona que le reemplace en sus funciones por el resto del periodo para el que aquel fue nombrado.

(3) Los componentes de las Listas continuarán en las mismas hasta que sus sucesores hayan sido designados.

Artículo 16

(1) Una misma persona podrá figurar en ambas Listas.

(2) Cuando alguna persona hubiere sido designada para integrar una Lista por mas de un Estado Contratante o por uno o más Estados Contratantes y el Presidente, se entenderá que lo fue por la autoridad que lo designo primero; pero si una de esas autoridades es el Estado de que es nacional, se entenderá designada por dicho Estado.

(3) Todas las designaciones se notificarán al Secretario General y entrarán en vigor en la fecha en que la notificación fue recibida.

Sección 5

Financiación del Centro

Artículo 17

Si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas subscripciones de capital del Banco, y por los Estados Contratantes no miembros del Banco de acuerdo con las reglas que el Consejo Administrativo adopte.

Sección 6

Status, Inmunidades y Privilegios

Artículo 18

El Centro tendrá plena personalidad jurídica internacional. La capacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de:

- (a) contratar,
- (b) adquirir bienes muebles a inmuebles y disponer de ellos,
- (c) comparecer en juicio.

Artículo 19

Para que el Centro pueda dar cumplimiento a sus fines, gozará, en los territorios de cada Estado Contratante, de las inmunidades y privilegios que se señalan en esta Sección.

Artículo 20

El Centro, sus bienes y derechos, gozaran de inmunidad frente a toda acción judicial, salvo que renuncie a ella.

Artículo 21

El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado:

(a) gozaran de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad;

(b) cuando no Sean nacionales del Estado donde ejerzan sus funciones, gozaran de las mismas inmunidades en materia de inmigración, de registro de extranjeros y de obligaciones, derivadas del servicio militar a otras prestaciones análogas, y asimismo gozaran de idénticas facilidades respecto a régimen de cambios a igual tratamiento respecto a facilidades de desplazamiento, que los Estados Contratantes concedan a los representantes, funcionarios y empleados de rango similar de otros Estados Contratantes.

Artículo 22

Las disposiciones del Artículo 21 se aplicarán a las personas que comparezcan en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio COMO partes, apoderados; consejeros, abogados, testigos o peritos, con excepción de las contenidas en el párrafo (b) del mismo, que se aplicarán solamente en relación con su desplazamiento hacia y desde el lugar donde los procedimientos se tramiten y con su permanencia en dicho lugar.

Artículo 23

(1) Los archivos del Centro, dondequiera que se encuentren, serán inviolables.

(2) Respecto de sus comunicaciones oficiales, el Centro recibirá de cada Estado Contratante un trato no menos favorable que el acordado a otras organizaciones internacionales.

Artículo 24

(1) El Centro, su patrimonio, sus bienes y sus ingresos y las operaciones y transacciones autorizadas por este Convenio estarán exentos de toda clase de impuestos y de derechos arancelarios. El Centro quedará también exento de toda responsabilidad respecto a la recaudación o pago de tales impuestos o derechos.

(2) No estarán sujetas a impuestos las cantidades pagadas por el Centro al Presidente o a los miembros del Consejo Administrativo por razón de dietas, ni tampoco los sueldos, dietas y demás emolumentos pagados por el Centro a los funcionarios o empleados del Secretariado, salvo la facultad del Estado de gravar a sus propios nacionales.

(3) No estarán sujetas a impuestos las cantidades recibidas a título de honorarios o dietas por las personas que actúen COMO conciliadores o árbitros o COMO miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio, por razón de servicios prestados en dichos procedimientos, si la única base jurisdiccional de imposición es la ubicación del Centro, el lugar donde se desarrollen los procedimientos o el lugar de pago de los honorarios o dietas.

Capítulo II Jurisdicción del Centro

Artículo 25

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

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

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

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

Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerara como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

Artículo 27

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

Capítulo III **La Conciliación**

Sección 1 **Solicitud de Conciliación**

Artículo 28

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de conciliación, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de estas a la conciliación, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la, conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Sección 2 **Constitución de la Comisión de Conciliación**

Artículo 29

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 28, se procederá lo antes posible a la constitución de la Comisión de Conciliación (en lo sucesivo llamada la Comisión).

(2)

(a) La Comisión se compondrá de un conciliador único o de un número impar de conciliadores, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de conciliadores y el modo de nombrarlos, la Comisión se constituirá con tres conciliadores designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá la Comisión, de común acuerdo.

Artículo 30

Si la Comisión no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 28, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de estas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el conciliador o los conciliadores que aun no hubieren sido designados.

Artículo 31

(1) Los conciliadores nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Conciliadores, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 30.

(2) Todo conciliador que no sea nombrado de la Lista de Conciliadores deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.

Sección 3

Procedimiento de Conciliación

Artículo 32

(1) La Comisión resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones la Comisión no es competente para oírla, se considerará por la Comisión, la que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Artículo 33

Todo procedimiento de conciliación deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Conciliación vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la conciliación. Toda cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Conciliación o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por la Comisión.

Artículo 34

(1) La Comisión deberá dilucidar los puntos controvertidos por las partes y esforzarse por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas. A este fin, la Comisión podrá, en cualquier estado del procedimiento y tantas veces como sea oportuno, proponer a las partes formulas de avenencia. Las partes colaboraran de buena fe con la Comisión al objeto de posibilitarle el cumplimiento de sus fines y prestaran a sus recomendaciones la maxima consideración.

(2) Si las partes llegaren a un acuerdo, la Comisión levantara un acta haciéndolo Constar y anotando los puntos controvertidos. Si en cualquier estado del procedimiento la Comisión estima que no hay probabilidades de lograr un acuerdo entre las partes, declarara concluso el procedimiento y redactara un acta, haciendo Constar que la controversia fue sometida a conciliación sin lograrse la avenencia. Si una parte no compareciere o no participare en el procedimiento, la Comisión lo hará Constar así en el acta, declarando igualmente concluso el procedimiento.

Artículo 35

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

Capítulo IV **El Arbitraje**

Sección 1 **Solicitud de Arbitraje**

Artículo 36

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de estas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificara inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Sección 2

Constitución del Tribunal

Artículo 37

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo llamado el Tribunal).

(2)

(a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

Artículo 38

Si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 36, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de estas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados. Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este Artículo no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia.

Artículo 39

La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante: La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal.

Artículo 40

(1) Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Árbitros, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 38.

(2) Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.

Sección 3

Facultades y Funciones del Tribunal

Artículo 41

- (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.
- (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Artículo 42

- (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.
- (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad 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*.

Artículo 43

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario:

- (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba;
- (b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes.

Artículo 44

Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.

Artículo 45

- (1) El que una parte no comparezca en el procedimiento o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones.

(2) Si una parte dejare de comparecer o no hiciere use de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo. Antes de dictar laudo el Tribunal, previa notificación, concederá un periodo de gracia a la parte que no haya comparecido o no haya hecho use de sus derechos, salvo que este convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.

Artículo 46

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

Artículo 47

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

Sección 4 **El Laudo**

Artículo 48

(1) El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.

(2) El laudo deberá dictarse por escrito y llevara la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor.

(3) El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.

(4) Los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella.

(5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes.

Artículo 49

(1) El Secretario General procederá a la inmediata remisión a cada parte de una copia certificada del laudo. Este se entenderá dictado en la fecha en que tenga lugar dicha remisión.

(2) A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho Laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que este. Los plazos establecidos en el apartado (2) del Artículo 51 y apartado (2) del Artículo 52 se computarán desde la fecha en que se dicte la decisión.

Sección 5

Aclaración, Revisión y Anulación del Laudo

Artículo 50

(1) Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General.

(2) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo. Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración.

Artículo 51

(1) Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de esta no se deba a su propia negligencia.

(2) La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

(4) Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal decida sobre dicha petición.

Artículo 52

(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.

(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzara a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

(4) Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicaran, *mutatis mutandis*, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.

(5) Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión de su decisión respecto a tal petición.

(6) Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

Sección 6

Reconocimiento y Ejecución del Laudo

Artículo 53

(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

(2) A los fines previstos en esta Sección, el término "laudo" incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

(3) El laudo se ejecutara de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Artículo 55

Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretara como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

Capítulo V Sustitución y Recusación de Conciliadores y Árbitros

Artículo 56

(1) Tan pronto quede constituida una Comisión o un Tribunal y se inicie el procedimiento, su composición permanecerá invariable. La vacante por muerte,

incapacidad o renuncia de un conciliador o arbitro será cubierta en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.

(2) Los miembros de una Comisión o un Tribunal continuaran en sus funciones aunque hayan dejado de figurar en las Listas.

(3) Si un conciliador o arbitro, nombrado por una de las partes, renuncia sin el consentimiento de la Comisión o Tribunal de que forma parte, el Presidente nombrara, de entre los que integran la correspondiente Lista, la persona que deba sustituirle.

Artículo 57

Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV.

Artículo 58

La decisión sobre la recusación de un conciliador o arbitro se adoptara por los demás miembros de la Comisión o Tribunal, según los casos, pero, si hubiere empate de votos o se tratare de recusación de un conciliador o arbitro único, o de la mayoría de los miembros de una Comisión o Tribunal, corresponderá resolver al Presidente. Si la recusación fuere estimada, el conciliador o árbitro afectado deberá ser sustituido en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.

Capítulo VI

Costas del Procedimiento

Artículo 59

Los derechos exigibles a las partes por la utilización del Centro serán fijados por el Secretario General de acuerdo con los aranceles adoptados por el Consejo Administrativo.

Artículo 60

(1) Cada Comisión o Tribunal determinará, previa consulta al Secretario General, los honorarios y gastos de sus miembros, dentro de los límites que periódicamente establezca el Consejo Administrativo.

(2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (1) de este Artículo, las partes podrán acordar anticipadamente con la Comisión o el Tribunal la fijación de los honorarios y gastos de sus miembros.

Artículo 61

(1) En el caso de procedimiento de conciliación las partes sufragaran por partes iguales los honorarios y gastos de los miembros de la Comisión así como los derechos devengados por la utilización del Centro. Cada parte soportara cualquier otro gasto en que incurra, en relación con el procedimiento.

(2) En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinara, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formaran parte del laudo.

Capítulo VII **Lugar del Procedimiento**

Artículo 62

Los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, en la sede del Centro.

Artículo 63

Si las partes se pusieran de acuerdo, los procedimientos de conciliación y arbitraje podrán tramitarse:

- (a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, publica o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o
- (b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe, previa consulta con el Secretario General.

Capítulo VIII **Diferencias Entre Estados Contratantes**

Artículo 64

Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una a otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.

Capítulo IX **Enmiendas**

Artículo 65

Todo Estado Contratante podrá proponer enmiendas a este Convenio. El texto de la enmienda propuesta se comunicara al Secretario General con no menos de 90 días de antelación a la reunión del Consejo Administrativo a cuya consideración se ha de someter, y aquel la transmitirá inmediatamente a todos los miembros del Consejo Administrativo.

Artículo 66

(1) Si el Consejo Administrativo lo aprueba por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, la enmienda propuesta será circulada a todos los Estados Contratantes para su ratificación, aceptación o aprobación. Las enmiendas entraran en vigor 30 días después de la fecha en que el depositario de este Convenio despache una comunicación a los Estados Contratantes notificándoles que todos los Estados Contratantes han ratificado, aceptado o aprobado la enmienda.

(2) Ninguna enmienda afectara los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas a organismos públicos, o de los nacionales de dichos Estados nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

Capítulo X
Disposiciones Finales**Artículo 67**

Este Convenio quedara abierto a la firma de los Estados miembros del Banco. Quedara también abierto a la firma de cualquier otro Estado signatario del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al que el Consejo Administrativo, por voto de dos tercios de sus miembros, hubiere invitado a firmar el Convenio.

Artículo 68

(1) Este Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales.

(2) Este Convenio entrara en vigor 30 días después de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Entrara en vigor respecto a cada Estado que con posterioridad deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, 30 días después de la fecha de dicho deposito.

Artículo 69

Los Estados Contratantes tomaran las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones de este Convenio tengan vigencia en sus territorios.

Artículo 70

Este Convenio se aplicara a todos los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable un Estado Contratante salvo aquellos que dicho Estado excluya mediante notificación escrita dirigida al depositario de este Convenio en la fecha de su ratificación, aceptación o aprobación, o con posterioridad.

Artículo 71

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

Artículo 72

Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectaran a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.

Artículo 73

Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositaran en el Banco, quien desempeñará la función de depositario de este Convenio. El depositario transmitirá copias certificadas del mismo a los Estados miembros del Banco y a cualquier otro Estado invitado a firmarlo.

Artículo 74

El depositario registrará este Convenio en el Secretariado de las Naciones Unidas de acuerdo con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y el Reglamento de la misma adoptado por la Asamblea General.

Artículo 75

El depositario notificara a todos los Estados signatarios lo siguiente:

- (a) las firmas, conforme al Artículo 67;
- (b) los depósitos de instrumentos de ratificación, aceptación y aprobación, conforme al Artículo 73;
- (c) la fecha en que este Convenio entre en vigor, conforme al Artículo 68;

(d) las exclusiones de aplicación territorial, conforme al Artículo 70;

(e) la fecha en que las enmiendas de este Convenio entren en vigor, conforme al Artículo 66; y

(f) las denuncias, conforme al Artículo 71.

HECHO en Washington, en los idiomas español, francés e inglés, cuyos tres textos son igualmente auténticos, en un solo ejemplar que quedara depositado en los archivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el cual ha indicado con su firma su conformidad con el desempeño de las funciones que se le encomienden en este Convenio.

5. PROTOCOLO DE COLONIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR (1994)

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, denominadas en adelante las "Partes Contratantes";

Teniendo en cuenta el Tratado suscrito en Asunción el 26 de marzo de 1991 por el cual las Partes Contratantes deciden crear un Mercado Común del Sur (MERCOSUR);

Considerando los resultados de la labor realizada por la Comisión Técnica para la Promoción y Protección de Inversiones creada dentro del Subgrupo IV por Resolución 20/92 del Grupo Mercado Común.

Convencidos de que la creación de condiciones favorables para las inversiones de inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante intensificará la cooperación económica y acelerará el proceso de integración entre los cuatro países;

Reconociendo que la promoción y la protección de tales inversiones sobre la base de un acuerdo contribuirá a estimular la iniciativa económica individual e incrementará la prosperidad en los cuatro Estados.

Han acordado lo siguiente:

ARTÍCULO 1 **Definiciones**

A los fines del presente Protocolo:

1. El término "inversión" designa todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y reglamentación de esta última.

Incluye en particular, aunque no exclusivamente:

- a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;
- b) acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades;
- c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;

d) derechos de propiedad intelectual o inmaterial, incluyendo derechos de autor y de propiedad industrial, tales como patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave;

e) concesiones económicas de derecho público conferidas conforme a la ley, incluyendo las concesiones para la búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

2. El término "inversor" designa:

a) toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes o resida en forma permanente o se domicilie en el territorio de ésta, de conformidad con su legislación. Las disposiciones de este Protocolo no se aplicarán a las inversiones realizadas por personas físicas que sean nacionales de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, si tales personas, a la fecha de la inversión, residieren en forma permanente o se domiciliaren en esta última Parte Contratante, a menos que se pruebe que los recursos referidos a estas inversiones provienen del exterior.

b) toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante.

c) las personas jurídicas constituidas en el territorio donde se realiza la inversión, efectivamente controladas, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas definidas en a) y b).

3. El término "ganancias" designa todas las sumas producidas por una inversión, tales como utilidades, rentas, dividendos, intereses, regalías y otros ingresos corrientes.

4. El término "territorio" designa el territorio nacional de cada Parte Contratante, incluyendo aquellas zonas marítimas adyacentes al límite exterior del mar territorial nacional, sobre el cual la Parte Contratante involucrada pueda, de conformidad con el derecho internacional, ejercer derechos soberanos o jurisdicción.

ARTÍCULO 2

Promoción y Admisión

1. Cada Parte Contratante promoverá las inversiones de inversores de las otras Partes Contratantes y las admitirá en su territorio de manera no menos favorable que a las inversiones de sus propios inversores o que a las inversiones realizadas por inversores de terceros Estados, sin perjuicio del derecho de cada Parte a mantener transitoriamente excepciones limitadas que correspondan a alguno de los sectores que figuran en el Anexo del presente Protocolo.

2. Cuando una de las Partes Contratantes haya admitido una inversión en su territorio, otorgará las autorizaciones necesarias para su mejor desenvolvimiento incluyendo la

ejecución de contratos sobre licencias, asistencia comercial o administrativa ingreso del personal necesario.

ARTÍCULO 3

Tratamiento

1. Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas odiscriminatorias.

2. Cada Parte Contratante concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados.

3. Las disposiciones del Párrafo 2 de este Artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversores de otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional relativo total o parcialmente a cuestiones impositivas.

4. Ninguna de las Partes establecerá requisitos de desempeño como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, que requieran o exijan compromisos de exportar mercancías, o especifiquen que ciertas mercaderías o servicios se adquieran localmente, o impongan cualesquiera otros requisitos similares.

ARTÍCULO 4

Expropiaciones y Compensaciones

1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal.

Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación previa, adecuada y efectiva.

El monto de dicha compensación corresponderá al valor real que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la decisión de nacionalizar o expropiar haya sido anunciada legalmente o hecha pública por la autoridad competente y generarán intereses o se actualizará su valor hasta la fecha de su pago.

2. Los inversores de una Parte Contratante, que sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio de otra Parte Contratante debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán, en lo que se refiere a

restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado asus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado.

ARTÍCULO 5

Transferencias

1. Cada Parte Contratante otorgará a los inversores de otra Parte Contratante la libre transferencia de las inversiones y ganancias, y en particular, aunque no exclusivamente de:

a) el capital y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento y desarrollo de las inversiones;

b) los beneficios, utilidades, rentas, intereses, dividendos y otros ingresos corrientes;

c) los fondos para el reembolso de los préstamos tal como se definen en el Artículo 1, Párrafo 1,c);

d) las regalías y honorarios y todo otro pago relativo de los derechos previstos en el Artículo 1, Párrafo 1, d) y e);

e) el producido de la venta o liquidación total o parcial de una inversión;

f) las compensaciones, indemnizaciones u otros pagos previstos en el Artículo 4; g) las remuneraciones de los nacionales de una Parte Contratante que hayan obtenido autorización para trabajaren relación a una inversión.

2. Las transferencias serán efectuadas sin demora, en moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de la transferencia, conforme con los procedimientos establecidos por la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, los cuales no podrán afectar la sustancia delos derechos previstos en este Artículo.

ARTÍCULO 6

Subrogación

1. Si una Parte Contratante o una de sus agencias realizara un pago a un inversor en virtud de una garantía o seguro para cubrir riesgos no comerciales que hubiere contratado en relación a una inversión, la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión reconocerá la validez de la subrogación en favor de la primera Parte Contratante o una de sus agencias respecto de cualquier derecho o título del inversor a los efectos de obtener el resarcimiento pecuniario correspondiente. Esta Parte Contratante o una de sus agencias estará autorizada, dentro de los límites de la subrogación, a ejercer los mismos derechos que el inversor hubiera estado autorizado a ejercer.

2. En el caso de una subrogación tal como se define en el Párrafo 1 de este Artículo, el inversor no interpondrá ningún reclamo a menos que esté autorizado a hacerlo por la Parte Contratante o su agencia.

ARTÍCULO 7

Aplicación de otras normas

Cuando las disposiciones de la legislación de una Parte Contratante o las obligaciones de derecho internacional existentes o que se establezcan en el futuro o un acuerdo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, contengan normas que otorguen a las inversiones un trato más favorable que el que se establece en el presente Protocolo, estas normas prevalecerán sobre el presente Protocolo en la medida que sean más favorables.

ARTÍCULO 8

Solución de Controversias entre las Partes Contratantes

Las controversias que surgieren entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación o aplicación del presente Protocolo serán sometidas a los procedimientos de solución de controversias establecidos por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del 17 de diciembre de 1991, en adelante denominado el Protocolo de Brasilia, o al Sistema que eventualmente se establezca en su reemplazo en el marco del Tratado de Asunción.

ARTÍCULO 9

Solución de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante Receptora de la Inversión

1. Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a alguno de los siguientes procedimientos, a pedido del inversor:

i) a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o

ii) al arbitraje internacional, conforme a lo dispuesto en el Párrafo 4 del presente Artículo;

iii) al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se establezca en el marco del Tratado de Asunción.

3. Cuando un inversor haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos establecidos en el Párrafo 2 del presente Artículo la elección será definitiva.

4. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor:

a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Protocolo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación;

b) a un tribunal de arbitraje "ad-hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

5. El órgano arbitral decidirá las controversias en base a las disposiciones del presente Protocolo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del derecho internacional en la materia.

6. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de conformidad con su legislación.

ARTÍCULO 10

Inversiones y Controversias comprendidas en el Protocolo

El presente Protocolo se aplicará a todas las inversiones realizadas antes o después de la fecha de su entrada en vigor, pero las disposiciones del presente Protocolo no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferendo que haya surgido con anterioridad a su entrada en vigor.

ARTÍCULO 11

Entrada en vigor, duración y terminación

1. El presente Protocolo entrará en vigor 30 días después de la fecha de depósito del cuarto instrumento de ratificación. Su validez será de diez años, luego permanecerá en vigor indefinidamente hasta la expiración de un plazo de doce meses, a partir de la fecha en que alguna de las Partes Contratantes notifique por escrito a las otras Partes Contratantes su decisión de darlo por terminado.

2. Con relación a aquellas inversiones efectuadas con anterioridad a la fecha en que la notificación de terminación de este Protocolo se haga efectiva, las disposiciones de los Artículos 1 a 11 continuarán en vigencia por un período de 15 años a partir de esa fecha.

ARTÍCULO 12

Disposiciones finales

El Presente Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción.

La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará "ipso jure" la adhesión al presente Protocolo. Hecho en la ciudad de Colonia del Sacramento, a los 17 días del mes de enero de 1994, en un ejemplar original, en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

El Gobierno de la República del Paraguay será el depositario del presente Protocolo y de los instrumentos de ratificación y enviará copia debidamente autenticada de los mismos a los Gobiernos de los demás Estados Partes.

Por el Gobierno de la República Argentina

Por el Gobierno de la República Federativa del Brasil

Por el Gobierno de la República del Paraguay

Por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay

5. TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA (1994)

PARTES I, III Y IV

PART I

DEFINITIONS AND PURPOSE

ARTICLE 1

DEFINITIONS

As used in this Treaty:

(1) “Charter” means the European Energy Charter adopted in the Concluding Document of the Hague Conference on the European Energy Charter signed at The Hague on 17 December 1991; signature of the Concluding Document is considered to be signature of the Charter.

(2) “Contracting Party” means a state or Regional Economic Integration Organization which has consented to be bound by this Treaty and for which the Treaty is in force.

(3) “Regional Economic Integration Organization” means an organization constituted by states to which they have transferred competence over certain matters a number of which are governed by this Treaty, including the authority to take decisions binding on them in respect of those matters.

(4) “Energy Materials and Products”, based on the Harmonized System of the Customs Co-operation Council and the Combined Nomenclature of the European Communities, means the items included in Annex EM.

(5) “Economic Activity in the Energy Sector” means an economic activity concerning the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of Energy Materials and Products except those included in Annex NI, or concerning the distribution of heat to multiple premises.

(6) “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

(a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;

(b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;

(c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;

(d) Intellectual Property;

(e) Returns;

(f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector. A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term “Investment” includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of

this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the “Effective Date”) provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

“Investment” refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as “Charter efficiency projects” and so notified to the Secretariat.

(7) “Investor” means:

(a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;

(ii) a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party;

(b) with respect to a “third state”, a natural person, company or other organization which fulfils, mutatis mutandis, the conditions specified in subparagraph (a) for a Contracting Party.

(8) “Make Investments” or “Making of Investments” means establishing new Investments, acquiring all or part of existing Investments or moving into different fields of Investment activity.

(9) “Returns” means the amounts derived from or associated with an Investment, irrespective of the form in which they are paid, including profits, dividends, interest, capital gains, royalty payments, management, technical assistance or other fees and payments in kind.

(10) “Area” means with respect to a state that is a Contracting Party:

(a) the territory under its sovereignty, it being understood that territory includes land, internal waters and the territorial sea; and

(b) subject to and in accordance with the international law of the sea: the sea, sea-bed and its subsoil with regard to which that Contracting Party exercises sovereign rights and jurisdiction.

With respect to a Regional Economic Integration Organization which is a Contracting Party, Area means the Areas of the member states of such Organization, under the provisions contained in the agreement establishing that Organization.

(11) (a) “GATT” means “GATT 1947” or “GATT 1994”, or both of them where both are applicable.

(b) “GATT 1947” means the General Agreement on Tariffs and Trade, dated 30 October 1947, annexed to the Final Act Adopted at the Conclusion of the Second Session of the

Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, as subsequently rectified, amended or modified.

(c) “GATT 1994” means the General Agreement on Tariffs and Trade as specified in Annex 1A of the Agreement Establishing the World Trade Organization, as subsequently rectified, amended or modified. A party to the Agreement Establishing the World Trade Organization is considered to be a party to GATT 1994.

(d) “Related Instruments” means, as appropriate:

(i) agreements, arrangements or other legal instruments, including decisions, declarations and understandings, concluded under the auspices of GATT 1947 as subsequently rectified, amended or modified; or

(ii) the Agreement Establishing the World Trade Organization including its Annex 1 (except GATT 1994), its Annexes 2, 3 and 4, and the decisions, declarations and understandings related thereto, as subsequently rectified, amended or modified.

(12) “Intellectual Property” includes copyrights and related rights, trademarks, geographical indications, industrial designs, patents, layout designs of integrated circuits and the protection of undisclosed information.

(13) (a) “Energy Charter Protocol” or “Protocol” means a treaty, the negotiation of which is authorized and the text of which is adopted by the Charter Conference, which is entered into by two or more Contracting Parties in order to complement, supplement, extend or amplify the provisions of this Treaty with respect to any specific sector or category of activity within the scope of this Treaty, or to areas of co-operation pursuant to Title III of the Charter.

(b) “Energy Charter Declaration” or “Declaration” means a non-binding instrument, the negotiation of which is authorized and the text of which is approved by the Charter Conference, which is entered into by two or more Contracting Parties to complement or supplement the provisions of this Treaty.

(14) “Freely Convertible Currency” means a currency which is widely traded in international foreign exchange markets and widely used in international transactions.

ARTICLE 2

PURPOSE OF THE TREATY

This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter.

(...)

PART III

INVESTMENT PROMOTION AND PROTECTION

ARTICLE 10

PROMOTION, PROTECTION AND TREATMENT OF INVESTMENTS

(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.

(2) Each Contracting Party shall endeavour to accord to Investors of other Contracting Parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph (3).

(3) For the purposes of this Article, "Treatment" means treatment accorded by a Contracting Party which is no less favourable than that which it accords to its own Investors or to Investors of any other Contracting Party or any third state, whichever is the most favourable.

(4) A supplementary treaty shall, subject to conditions to be laid down therein, oblige each party thereto to accord to Investors of other parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph (3). That treaty shall be open for signature by the states and Regional Economic Integration Organizations which have signed or acceded to this Treaty. Negotiations towards the supplementary treaty shall commence not later than 1 January 1995, with a view to concluding it by 1 January 1998.

(5) Each Contracting Party shall, as regards the Making of Investments in its Area, endeavour to:

- (a) limit to the minimum the exceptions to the Treatment described in paragraph (3);
- (b) progressively remove existing restrictions affecting Investors of other Contracting Parties.

(6) (a) A Contracting Party may, as regards the Making of Investments in its Area, at any time declare voluntarily to the Charter Conference, through the Secretariat, its intention not to introduce new exceptions to the Treatment described in paragraph (3).

(b) A Contracting Party may, furthermore, at any time make a voluntary commitment to accord to Investors of other Contracting Parties, as regards the Making of Investments in some or all Economic Activities in the

Energy Sector in its Area, the Treatment described in paragraph (3). Such commitments shall be notified to the Secretariat and listed in Annex VC and shall be binding under this Treaty.

(7) Each Contracting Party shall accord to Investments in its Area of Investors of other Contracting Parties, and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, treatment no less favourable than that which it accords to Investments of its own Investors or of the Investors of any other Contracting Party or any third state and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, whichever is the most favourable.

(8) The modalities of application of paragraph (7) in relation to programmes under which a Contracting Party provides grants or other financial assistance, or enters into contracts, for energy technology research and development, shall be reserved for the supplementary treaty described in paragraph (4). Each Contracting Party shall through the Secretariat keep the Charter Conference

informed of the modalities it applies to the programmes described in this paragraph.

(9) Each state or Regional Economic Integration Organization which signs or accedes to this Treaty shall, on the date it signs the Treaty or deposits its instrument of accession, submit to the Secretariat a report summarizing all laws, regulations or other measures relevant to:

(a) exceptions to paragraph (2); or

(b) the programmes referred to in paragraph (8).

A Contracting Party shall keep its report up to date by promptly submitting amendments to the Secretariat. The Charter Conference shall review these reports periodically.

In respect of subparagraph (a) the report may designate parts of the energy sector in which a Contracting Party accords to Investors of other Contracting Parties the Treatment described in paragraph (3).

In respect of subparagraph (b) the review by the Charter Conference may consider the effects of such programmes on competition and Investments.

(10) Notwithstanding any other provision of this Article, the treatment described in paragraphs (3) and (7) shall not apply to the protection of Intellectual Property; instead, the treatment shall be as specified in the corresponding provisions of the applicable international agreements for the protection of Intellectual Property rights to which the respective Contracting Parties are parties.

(11) For the purposes of Article 26, the application by a Contracting Party of a trade-related investment measure as described in Article 5(1) and (2) to an Investment of an Investor of another Contracting Party existing at the time of such application shall, subject to Article 5(3) and (4), be considered a breach of an obligation of the former Contracting Party under this Part.

(12) Each Contracting Party shall ensure that its domestic law provides effective means for the assertion of claims and the enforcement of rights with respect to Investments, investment agreements, and investment authorizations.

ARTICLE 11 KEY PERSONNEL

(1) A Contracting Party shall, subject to its laws and regulations relating to the entry, stay and work of natural persons, examine in good faith requests by Investors of another Contracting Party, and key personnel who are employed by such Investors or by Investments of such Investors, to enter and remain temporarily in its Area to engage in activities connected with the making or the development, management, maintenance, use, enjoyment or disposal of relevant Investments, including the provision of advice or key technical services.

(2) A Contracting Party shall permit Investors of another Contracting Party which have Investments in its Area, and Investments of such Investors, to employ any key person of the Investor's or the Investment's choice regardless of nationality and citizenship provided that such key person has been permitted to enter, stay and work in the Area of the former Contracting Party and that the employment concerned conforms to the terms, conditions and time limits of the permission granted to such key person.

ARTICLE 12 COMPENSATION FOR LOSSES

(1) Except where Article 13 applies, an Investor of any Contracting Party which suffers a loss with respect to any Investment in the Area of another Contracting Party owing to war or other armed conflict, state of national emergency, civil disturbance, or other similar event in that Area, shall be accorded by the latter Contracting Party, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, treatment which is the most favourable of that which that Contracting Party accords to any other Investor, whether its own Investor, the Investor of any other Contracting Party, or the Investor of any third state.

(2) Without prejudice to paragraph (1), an Investor of a Contracting Party which, in any of the situations referred to in that paragraph, suffers a loss in the Area of another Contracting Party resulting from (a) requisitioning of its Investment or part thereof by the latter's forces or authorities; or (b) destruction of its Investment or part thereof by the latter's forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation, shall restitution or compensation which in either case shall be prompt, adequate and effective.

ARTICLE 13 EXPROPRIATION

(1) Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Expropriation") except where such Expropriation is: (a) for a purpose which is in the public interest;

(b) not discriminatory;

(c) carried out under due process of law; and

(d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the "Valuation Date"). Such fair market value shall at the request of the Investor be expressed in a Freely Convertible Currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the Valuation Date. Compensation shall also include interest at a commercial rate established on a market basis from the date of Expropriation until the date of payment.

(2) The Investor affected shall have a right to prompt review, under the law of the Contracting Party making the Expropriation, by a judicial or other competent and independent authority of that Contracting Party, of its case, of the valuation of its Investment, and of the payment of compensation, in accordance with the principles set out in paragraph (1).

(3) For the avoidance of doubt, Expropriation shall include situations where a Contracting Party expropriates the assets of a company or enterprise in its Area in which an Investor of any other Contracting Party has an Investment, including through the ownership of shares.

ARTICLE 14

TRANSFERS RELATED TO INVESTMENTS

(1) Each Contracting Party shall with respect to Investments in its Area of Investors of any other Contracting Party guarantee the freedom of transfer into and out of its Area, including the transfer of:

(a) the initial capital plus any additional capital for the maintenance and development of an Investment;

(b) Returns;

(c) payments under a contract, including amortization of principal and accrued interest payments pursuant to a loan agreement;

(d) unspent earnings and other remuneration of personnel engaged from abroad in connection with that Investment;

(e) proceeds from the sale or liquidation of all or any part of an Investment;

(f) payments arising out of the settlement of a dispute;

(g) payments of compensation pursuant to Articles 12 and 13.

(2) Transfers under paragraph (1) shall be effected without delay and (except in case of a Return in kind) in a Freely Convertible Currency.

(3) Transfers shall be made at the market rate of exchange existing on the date of transfer with respect to spot transactions in the currency to be transferred. In the absence of a market for foreign exchange, the rate to be used will be the most recent rate applied to inward investments or the most recent exchange rate for conversion of currencies into Special Drawing Rights, whichever is more favourable to the Investor.

(4) Notwithstanding paragraphs (1) to (3), a Contracting Party may protect the rights of creditors, or ensure compliance with laws on the issuing, trading and dealing in securities and the satisfaction of judgements in civil, administrative and criminal adjudicatory proceedings, through the equitable, nondiscriminatory, and good faith application of its laws and regulations.

(5) Notwithstanding paragraph (2), Contracting Parties which are states that were constituent parts of the former Union of Soviet Socialist Republics may provide in agreements concluded between them that transfers of payments shall be made in the currencies of such Contracting Parties, provided that such agreements do not treat Investments in their Areas of Investors of other Contracting Parties less favourably than either Investments of Investors of the Contracting Parties which have entered into such agreements or Investments of Investors of any third state.

(6) Notwithstanding subparagraph (1)(b), a Contracting Party may restrict the transfer of a Return in kind in circumstances where the Contracting Party is permitted under Article 29(2)(a) or the GATT and Related Instruments to restrict or prohibit the exportation or the sale for export of the product constituting the Return in kind; provided that a Contracting Party shall permit transfers of Returns in kind to be effected as authorized or specified in an investment agreement, investment authorization, or other written agreement between the Contracting Party and either an Investor of another Contracting Party or its Investment.

ARTICLE 15

SUBROGATION

(1) If a Contracting Party or its designated agency (hereinafter referred to as the "Indemnifying Party") makes a payment under an indemnity or guarantee given in respect of an Investment of an Investor (hereinafter referred to as the "Party Indemnified") in the Area of another Contracting Party (hereinafter referred to as the "Host Party"), the Host Party shall recognize:

(a) the assignment to the Indemnifying Party of all the rights and claims in respect of such Investment; and

(b) the right of the Indemnifying Party to exercise all such rights and enforce such claims by virtue of subrogation.

(2) The Indemnifying Party shall be entitled in all circumstances to:

- (a) the same treatment in respect of the rights and claims acquired by it by virtue of the assignment referred to in paragraph (1); and
- (b) the same payments due pursuant to those rights and claims, as the Party Indemnified was entitled to receive by virtue of this Treaty in respect of the Investment concerned.

(3) In any proceeding under Article 26, a Contracting Party shall not assert as a defence, counterclaim, right of set-off or for any other reason, that indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages has been received or will be received pursuant to an insurance or guarantee contract.

ARTICLE 16 RELATION TO OTHER AGREEMENTS

Where two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, or enter into a subsequent international agreement, whose terms in either case concern the subject matter of Part III or V of this Treaty,

- (1) nothing in Part III or V of this Treaty shall be construed to derogate from any provision of such terms of the other agreement or from any right to dispute resolution with respect thereto under that agreement; and
- (2) nothing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty, where any such provision is more favourable to the Investor or Investment.

ARTICLE 17 NON-APPLICATION OF PART III IN CERTAIN CIRCUMSTANCES

Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:

- (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized; or
- (2) an Investment, if the denying Contracting Party establishes that such Investment is an Investment of an Investor of a third state with or as to which the denying Contracting Party:
 - (a) does not maintain a diplomatic relationship; or
 - (b) adopts or maintains measures that:
 - (i) prohibit transactions with Investors of that state; or
 - (ii) would be violated or circumvented if the benefits of this Part were accorded to Investors of that state or to their Investments.

PART V DISPUTE SETTLEMENT

ARTICLE 26 SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN AN INVESTOR AND A CONTRACTING PARTY

(1) Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.

(2) If such disputes can not be settled according to the provisions of paragraph (1) within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution:

(a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party party to the dispute;

(b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or

(c) in accordance with the following paragraphs of this Article.

(3) (a) Subject only to subparagraphs (b) and (c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article.

(b) (i) The Contracting Parties listed in Annex ID do not give such unconditional consent where the Investor has previously submitted the dispute under subparagraph (2)(a) or (b).

(ii) For the sake of transparency, each Contracting Party that is listed in Annex ID shall provide a written statement of its policies, practices and conditions in this regard to the Secretariat no later than the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval in

accordance with Article 39 or the deposit of its instrument of accession in accordance with Article 41.

(c) A Contracting Party listed in Annex IA does not give such unconditional consent with respect to a dispute arising under the last sentence of Article 10(1).

(4) In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph (2)(c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to:

(a) (i) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States

opened for signature at Washington, 18 March 1965 (hereinafter referred to as the “ICSID Convention”), if the Contracting Party of the Investor and the Contracting Party party to the dispute are both parties to the ICSID Convention; or

(ii) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention referred to in subparagraph (a)(i), under the rules governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre (hereinafter referred to as the “Additional Facility Rules”), if the Contracting Party of the Investor or the Contracting Party party to the dispute, but not both, is a party to the ICSID Convention; (b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as “UNCITRAL”); or (c) an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

(5) (a) The consent given in paragraph (3) together with the written consent of the Investor given pursuant to paragraph (4) shall be considered to satisfy the requirement

for: (i) written consent of the parties to a dispute for purposes of Chapter II of the ICSID Convention and for purposes of the Additional Facility Rules; (ii) an “agreement in writing” for purposes of article II of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, 10 June 1958 (hereinafter referred to as the “New York Convention”); and (iii) “the parties to a contract [to] have agreed in writing” for the purposes of article 1 of the UNCITRAL Arbitration Rules. (b) Any arbitration under this Article shall at the request of any party to the dispute be held in a state that is a party to the New York Convention. Claims submitted to arbitration hereunder shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for the purposes of article I of that Convention.

(6) A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.

(7) An Investor other than a natural person which has the nationality of a Contracting Party party to the dispute on the date of the consent in writing referred to in paragraph (4) and which, before a dispute between it and that Contracting Party arises, is controlled by Investors of another Contracting Party, shall for the purpose of article 25(2)(b) of the ICSID Convention be treated as a “national of another Contracting State” and shall for the purpose of article 1(6) of the Additional Facility Rules be treated as a “national of another State”.

(8) The awards of arbitration, which may include an award of interest, shall be final and binding upon the parties to the dispute. An award of arbitration concerning a measure of a sub-national government or authority of the disputing Contracting Party shall provide that the Contracting Party may pay monetary damages in lieu of any other remedy granted. Each Contracting Party shall carry out without delay any such award and shall make provision for the effective enforcement in its Area of such awards.

ARTICLE 27

SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN CONTRACTING PARTIES

(1) Contracting Parties shall endeavour to settle disputes concerning the application or interpretation of this Treaty through diplomatic channels.

(2) If a dispute has not been settled in accordance with paragraph (1) within a reasonable period of time, either party thereto may, except as otherwise provided in this Treaty or agreed in writing by the Contracting Parties, and except as concerns the application or interpretation of Article 6 or Article 19 or, for Contracting Parties listed in Annex IA, the last sentence of Article 10(1), upon written notice to the other party to the dispute submit the matter to an ad hoc tribunal under this Article.

(3) Such an ad hoc arbitral tribunal shall be constituted as follows: (a) The Contracting Party instituting the proceedings shall appoint one member of the tribunal and inform the other Contracting Party to the dispute of its appointment within 30 days of receipt of the notice referred to in paragraph (2) by the other Contracting Party; (b) Within 60 days of

the receipt of the written notice referred to in paragraph (2), the other Contracting Party party to the dispute shall appoint one member. If the appointment is not made within the time limit prescribed, the Contracting Party having instituted the proceedings may, within 90 days of the receipt of the written notice referred to in paragraph (2), request that the appointment be made in accordance with subparagraph (d); (c) A third member, who may not be a national or citizen of a Contracting Party party to the dispute, shall be appointed by the Contracting Parties parties to the dispute. That member shall be the President of the tribunal. If, within 150 days of the receipt of the notice referred to in paragraph (2), the Contracting Parties are unable to agree on the appointment of a third member, that appointment shall be made, in accordance with subparagraph (d), at the request of either Contracting Party submitted within 180 days of the receipt of that notice; (d) Appointments requested to be made in accordance with this paragraph shall be made by the Secretary-General of the Permanent Court of International Arbitration within 30 days of the receipt of a request to do so. If the Secretary-General is prevented from discharging this task, the appointments shall be made by the First Secretary of the Bureau. If the latter, in turn, is prevented from discharging this task, the appointments shall be made by the most senior Deputy;(e) Appointments made in accordance with subparagraphs (a) to (d) shall be made with regard to the qualifications and experience, particularly in matters covered by this Treaty, of the members to be appointed; (f) In the absence of an agreement to the contrary between the Contracting Parties, the Arbitration Rules of UNCITRAL shall govern, except to the extent modified by the Contracting Parties parties to the dispute or by the arbitrators. The tribunal shall take its decisions by a majority vote of its members; (g) The tribunal shall decide the dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law; (h) The arbitral award shall be final and binding upon the Contracting Parties parties to the dispute; (i) Where, in making an award, a tribunal finds that a measure of a regional or local government or authority within the Area of a Contracting Party listed in Part I of Annex P is not in conformity with this Treaty, either party to the dispute may invoke the provisions of Part II of Annex P; (j) The expenses of the tribunal, including the remuneration of its members, shall be borne in equal shares by the Contracting Parties parties to the dispute. The tribunal may, however, at its discretion direct that a higher proportion of the costs be paid by one of the Contracting Parties parties to the dispute; (k) Unless the Contracting Parties parties to the dispute agree otherwise, the tribunal shall sit in The Hague, and use the premises and facilities of the Permanent Court of Arbitration; (l) A copy of the award shall be deposited with the Secretariat which shall make it generally available.

ARTICLE 28

NON-APPLICATION OF ARTICLE 27 TO CERTAIN DISPUTES

A dispute between Contracting Parties with respect to the application or interpretation of Article 5 or 29 shall not be settled under Article 27 unless the Contracting Parties parties to the dispute so agree

6. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (1994) PARTE V, CAPÍTULO XI, SECCIONES A, B Y C

(...)

QUINTA PARTE: INVERSIÓN, SERVICIOS Y ASUNTOS RELACIONADOS

Capítulo XI: Inversión

Sección A - Inversión

Artículo 1101: Ámbito de aplicación

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:
 - (a) los inversionistas de otra Parte;
 - (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
 - (c) en lo relativo al Artículo 1106 Y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.
2. Una Parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades económicas señaladas en el Anexo III, y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en tales actividades. (2)
3. Este capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida en que estén comprendidas en el Capítulo XIV, "Servicios financieros".
4. Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y protección a la infancia cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capítulo.

Artículo 1102: Trato nacional

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, respecto a un estado o una provincia un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.
4. Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:
 - (a) imponer a un inversionista de otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en

manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o

(b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.

Artículo 1103: Trato de nación más favorecida

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

Artículo 1104: Nivel de trato

Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de otra Parte el mejor de los tratos requeridos por los Artículos 1102 y 1103.

Artículo 1105: Nivel mínimo de trato

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.

3. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b).

Artículo 1106: Requisitos de desempeño

1. Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para:

(a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;

(b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

- (c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;
- (d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
- (e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas;
- (f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o
- (g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.

2. La medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a salud, seguridad o medio ambiente, no se considerará incompatible con el párrafo 1(f). Para brindar mayor certeza, los Artículos 1102 y 1103 se aplican a la citada medida.

3. Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

- (a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- (b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio;
- (c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o
- (d) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.

4. Nada de lo dispuesto en el párrafo 3 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al requisito de que ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.

5. Los párrafos 1 y 3 no se aplican a ningún otro requisito distinto a los señalados en esos párrafos.

6. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) o (c) o 3 (a) o (b) se interpretará en el sentido de

impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para:

- (a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;
- (b) proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o
- (c) la preservación de recursos naturales no-renovables vivos o no.

Artículo 1107: Altos ejecutivos y consejos de administración

1. Ninguna de las Partes podrá exigir que una empresa de esa Parte, que sea una inversión de un inversionista de otra Parte, designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.
2. Una Parte podrá exigir que la mayoría de los miembros de un consejo de administración o de cualquier comité de tal consejo, de una empresa de esa Parte que sea una inversión de un inversionista de otra Parte, sea de una nacionalidad en particular o sea residente en territorio de la Parte, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión.

Artículo 1108: Reservas y excepciones

1. Los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107 no se aplican a:
 - (a) cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por:
 - (i) una Parte a nivel federal, como se estipula en su lista del Anexo I o III;
 - (ii) un estado o provincia, durante dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y, en adelante, como se estipula por cada una de las Partes en su lista del Anexo I, de conformidad con el párrafo 2; o
 - (iii) un gobierno local;
 - (b) la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme a que se refiere el inciso (a); o
 - (c) la reforma de cualquier medida disconforme a que se refiere el inciso (a) siempre que dicha reforma no disminuya el grado de conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor antes de la reforma, con los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107.
2. Cada una de las Partes tendrá dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado para indicar en su lista del Anexo I cualquier medida disconforme que, no incluyendo a los gobiernos locales, mantenga un gobierno estatal o provincial.
3. Los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107 no se aplicarán a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su lista del Anexo II.
4. Ninguna de las Partes podrá exigir, de conformidad con cualquier medida adoptada después de la entrada en vigor de este Tratado y comprendida en una lista del Anexo II, a un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, que venda o disponga de alguna otra manera de una inversión existente al momento en que la medida cobre vigencia.
5. Los Artículos 1102 y 1103 no se aplican a cualquier medida que constituya una excepción o derogación a las obligaciones según el Artículo 1703, "Propiedad intelectual - Trato nacional", como expresamente se señala en ese artículo.

6. El Artículo 1103 no es aplicable al trato otorgado por una de las Partes de conformidad con los tratados, o con respecto a los sectores, estipulados en su lista del Anexo IV.

7. Los Artículos 1102, 1103 y 1107 no se aplican a:

- (a) las compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado; o
- (b) subsidios o aportaciones, incluyendo los préstamos, garantías y seguros respaldados por el gobierno, otorgados por una Parte o por una empresa del Estado.

8. Las disposiciones contenidas en:

- (a) los párrafos 1 (a), (b) y (c), y 3 (a) y (b) del Artículo 1106 no se aplicarán a los requisitos para calificación de los bienes y servicios con respecto a programas de promoción a las exportaciones y de ayuda externa;
- (b) los párrafos 1 (b), (c), (f) y (g), y 3(a) y (b) del Artículo 1106 no se aplicarán a las compras realizadas por una Parte o por una empresa del estado; y
- (c) los párrafos 3 (a) y (b) del Artículo 1106 no se aplicarán a los requisitos impuestos por una Parte importadora a los bienes que, en virtud de su contenido, califiquen para aranceles o cuotas preferenciales.

Artículo 1109: Transferencias

1. Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen:

- (a) ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;
- (b) productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;
- (c) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;
- (d) pagos efectuados de conformidad con el Artículo 1110; y
- (e) pagos que provengan de la aplicación de la Sección B.

2. En lo referente a las transacciones al contado (spot) de la divisa que vaya a transferirse, cada una de las Partes permitirá que las transferencias se realicen en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.

3. Ninguna de las Partes podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias, o utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a inversiones llevadas a cabo en territorio de otra Parte, ni los sancionará en caso de contravención

4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, las Partes podrán impedir la realización de transferencias, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes en los siguientes casos:

- (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- (b) emisión, comercio y operaciones de valores;
- (c) infracciones penales o administrativas;
- (d) informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o
- (e) garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

5. El párrafo 3 no se interpretará como un impedimento para que una Parte, a través de la aplicación de sus leyes de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe, imponga cualquier medida relacionada con los incisos (a) a (e) del párrafo 4.

6. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en donde pudiera, de otra manera, restringir dichas transferencias conforme a lo dispuesto en este Tratado, incluyendo lo señalado en el párrafo 4.

Artículo 1110: Expropiación y compensación

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo

porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.

Artículo 1111: Formalidades especiales y requisitos de información

1. Nada de lo dispuesto en el Artículo 1102 se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener una medida que prescriba formalidades especiales conexas al establecimiento de inversiones por inversionistas de otra Parte, tales como el requisito de que los inversionistas sean residentes de la Parte o que las inversiones se constituyan conforme a las leyes y reglamentos de la Parte, siempre que dichas formalidades no menoscaben significativamente la protección otorgada por una Parte a inversionistas de otra Parte y a inversiones de inversionistas de otra Parte de conformidad con este capítulo.

2. No obstante lo dispuesto en los Artículos 1102 y 1103, una Parte podrá exigir de un inversionista de otra Parte o de su inversión, en su territorio, que proporcione información rutinaria referente a esa inversión, exclusivamente con fines de información o estadística. La Parte protegerá de cualquier divulgación la información que sea confidencial, que pudiera afectar negativamente la situación competitiva de la inversión o del inversionista. Nada de lo dispuesto en este párrafo se interpretará como un impedimento para que una Parte obtenga o divulgue información referente a la aplicación equitativa y de buena fe de su legislación.

Artículo 1112: Relación con otros capítulos

1. En caso de incompatibilidad entre este capítulo y otro capítulo, prevalecerá la de este último en la medida de la incompatibilidad.

2. Si una Parte requiere a un prestador de servicios de otra Parte que deposite una fianza u otra forma de garantía financiera como condición para prestar un servicio en su territorio; ello, por sí mismo no hace aplicable este capítulo a la prestación transfronteriza de ese servicio. Este capítulo se aplica al trato que otorgue esa Parte a la fianza depositada o garantía financiera.

Artículo 1113: Denegación de beneficios

1. Una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si dichas empresas son propiedad o están controladas por inversionistas de un país que no es Parte y:

(a) la Parte que deniegue los beneficios no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o

(b) la Parte que deniegue los beneficios adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte, que prohíben transacciones con esa empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones.

2. De conformidad con los Artículos 1803, "Notificación y suministro de información", y 2006, "Consultas" y previa notificación y consulta, una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una

empresa de dicha Parte y a las inversiones de tal inversionista, si inversionistas de un país que no sea Parte son propietarios o controlan la empresa y ésta no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte conforme a cuya ley está constituida u organizada.

Artículo 1114: Medidas relativas a medio ambiente

1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.
2. Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.

Sección B: Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte

Artículo 1115: Objetivo

Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias", esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

Artículo 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia

1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:
 - (a) la Sección A o el Artículo 1503 (2), "Empresas del estado"; o
 - (b) el párrafo 3(a) del Artículo 1502, "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.
2. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

Artículo 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa

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

(a) la Sección A; o el Artículo 1503(2) "Empresas del estado" o

(b) el Artículo 1502(3)(a) "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, y que la empresa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

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

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.

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

Artículo 1118: Solución de controversias mediante consulta y negociación

Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación.

Artículo 1119: Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje.

1. El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará lo siguiente:

(a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y cuando la reclamación se haya realizado conforme el Artículo 1117, incluirá el nombre y la dirección de la empresa;

(b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable;

(c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y

(d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

Artículo 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

- (a) el Convenio de CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
- (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
- (c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.

Artículo 1121: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

(a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:

(a) consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente

3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

4. Sólo en el caso que la Parte contendiente haya privado al inversionista contendiente del control en una empresa:

(a) no se requerirá la renuncia de la empresa conforme al párrafo 1(b) o 2(b); y

(b) no será aplicable el párrafo (b) del Anexo 1120.1.

Artículo 1122: Consentimiento al arbitraje

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.
2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:
 - (a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;
 - (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y
 - (c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo.

Artículo 1123: Número de árbitros y método de nombramiento

Con excepción de lo que se refiere al tribunal establecido conforme al Artículo 1126, y a menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el tribunal estará integrado por tres árbitros. Cada una de las partes contendientes nombrará a uno. El tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal arbitral, será designado por acuerdo de las Partes contendientes.

Artículo 1124: Integración del tribunal en caso de que una Parte no designe árbitro o las partes contendientes no logren un acuerdo en la designación del presidente del tribunal arbitral

1. El Secretario General nombrará a los árbitros en los procedimientos de arbitraje, de conformidad con esta sección.
2. Cuando un tribunal, que no sea el establecido de conformidad con el Artículo 1126, no se integre en un plazo de noventa días a partir de la fecha en que la reclamación se someta al arbitraje, el Secretario General, a petición de cualquiera de las partes contendientes, nombrará, a su discreción, al árbitro o árbitros no designados todavía, pero no al presidente del tribunal quién será designado conforme a lo dispuesto en el párrafo 3.
3. El Secretario General designará al presidente del tribunal de entre los árbitros de la lista a la que se refiere el párrafo 4, asegurándose que el presidente del tribunal no sea nacional de la Parte contendiente o nacional de la Parte del inversionista contendiente. En caso de que no se encuentre en la lista un árbitro disponible para presidir el tribunal, el Secretario General designará, del panel de árbitros del CIADI, al Presidente del tribunal arbitral, siempre que sea de nacionalidad distinta a la de cualquiera de las Partes.
4. A la fecha de entrada en vigor de este Tratado, las Partes establecerán y mantendrán una lista de 45 árbitros en la lista como posibles presidentes de tribunal arbitral, que reúnan las cualidades establecidas en el Convenio y en las reglas contempladas en el Artículo 1121 y que cuenten con experiencia en derecho internacional y en asuntos en materia de inversiones. Los miembros de la lista serán designados por consenso sin importar su nacionalidad.

Artículo 1125: Consentimiento para la designación de árbitros

Para los propósitos del Artículo 39 del Convenio del CIADI y del Artículo 7 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario, y sin perjuicio de objetar a un árbitro de conformidad con el Artículo 1124(3) o sobre base distinta a la nacionalidad:

(a) la Parte contendiente acepta la designación de cada uno de los miembros de un tribunal establecido de conformidad con el Convenio del CIADI o con las Reglas del Mecanismo Complementario;

(b) un inversionista contendiente al que se refiere el Artículo 1116, podrá someter una reclamación a arbitraje o continuar el procedimiento conforme al Convenio de CIADI o a las Reglas del Mecanismo Complementario, únicamente a condición de que el inversionista contendiente manifieste su consentimiento por escrito sobre la designación de cada una de los miembros del tribunal; y

(c) el inversionista contendiente al que se refiere el Artículo 1117 (1) podrá someter una reclamación a arbitraje o continuar el procedimiento conforme al Convenio del CIADI o las Reglas del Mecanismo Complementario, únicamente a condición de que el inversionista contendiente y la persona moral manifiestan su consentimiento por escrito sobre la designación de cada una de los miembros del Tribunal.

Artículo 1126: Acumulación de procedimientos

1. Un tribunal establecido conforme a este artículo se instalará con apego a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI y procederá de conformidad con lo contemplado en dichas Reglas, salvo lo que disponga esta sección.

2. Cuando un tribunal establecido conforme a este artículo determine que las reclamaciones sometidas a arbitraje de acuerdo con el Artículo 1120 plantean cuestiones en común de hecho o de derecho, el tribunal, en interés de una resolución justa y eficiente, y habiendo escuchado a las Partes contendientes, podrá ordenar que:

(a) asuma jurisdicción, desahogue y resuelva todas o parte de las reclamaciones, de manera conjunta; o

(b) asuma jurisdicción, desahogue y resuelva una o más de las reclamaciones sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras.

3. Una parte contendiente que pretenda se determine la acumulación en los términos del párrafo 2, solicitará al Secretario General que instale un tribunal y especificará en su solicitud:

(a) el nombre de la Parte contendiente o de los inversionistas contendientes contra los cuales se pretenda obtener el orden de acumulación;

(b) la naturaleza del orden de acumulación solicitado; y

(c) el fundamento en que se apoya la solicitud.

4. Una parte contendiente entregará copia de su solicitud a la otra Parte contendiente o a los inversionistas contendientes contra quienes se pretende obtener la orden de acumulación.

5. En un plazo de 60 días a partir de la fecha de la recepción de la solicitud, el Secretario General instalará un tribunal integrado por tres árbitros. El Secretario General nombrará al Presidente del tribunal de la lista de árbitros a la que se refiere el Artículo

1124(4). En caso de que no se encuentre en la lista un árbitro disponible para presidir el tribunal, el Secretario General designará, de la lista de árbitros del CIADI, al presidente del tribunal quien no será nacional de ninguna de las Partes. El Secretario General designará a los otros dos integrantes del tribunal de la lista a la que se refiere el Artículo 1124(4) y, cuando no estén disponibles en dicha lista, los seleccionará de la lista de árbitros del CIADI; de no haber disponibilidad de árbitros en esta lista, el Secretario General hará discrecionalmente los nombramientos faltantes. Uno de los miembros será nacional de la Parte contendiente y el otro miembro del tribunal será nacional de una Parte de los inversionistas contendientes.

6. Cuando se haya establecido un tribunal conforme a este artículo, el inversionista contendiente que haya sometido una reclamación a arbitraje conforme al Artículo 1116 ó 1117 y no haya sido mencionado en la solicitud de acumulación hecha de acuerdo con el párrafo 3, podrá solicitar por escrito al tribunal que se le incluya en una orden formulada de acuerdo con el párrafo 2, y especificará en dicha solicitud:

- (a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente;
- (b) la naturaleza del acuerdo de acumulación solicitado; y
- (c) los fundamentos en que se apoya la petición solicitada.

7. Un inversionista contendiente al que se refiere el párrafo 6, entregará copia de su petición a las partes contendientes señaladas en una petición hecha conforme al párrafo 3.

8. Un tribunal establecido conforme al Artículo 1120 no tendrá jurisdicción para resolver una demanda, o parte de ella, respecto de la cual haya asumido jurisdicción un tribunal establecido conforme a este artículo.

9. A solicitud de una parte contendiente, un tribunal establecido de conformidad con este artículo podrá, en espera de su decisión conforme al párrafo 2, disponer que los procedimientos de un tribunal establecido de acuerdo al Artículo 1120 se aplacen, a menos que ese último Tribunal haya suspendido sus procedimientos.

10. Una Parte contendiente entregará al Secretariado en un plazo de 15 días a partir de la fecha en que se reciba por la Parte contendiente:

- (a) una solicitud de arbitraje hecha conforme al párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI;
- (b) una notificación de arbitraje en los términos del Artículo 2 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI; o
- (a) una notificación de arbitraje en los términos previstos por las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

11. Una Parte contendiente entregará al Secretariado copia de la solicitud formulada en los términos del párrafo 3:

- (a) en un plazo de 15 días a partir de la recepción de la solicitud, en el caso de una petición hecha por el inversionista contendiente;
- (b) en un plazo de 15 días a partir de la fecha de la solicitud, en el caso de una petición hecha por la Parte contendiente.

12. Una Parte contendiente entregará al Secretariado, copia de una solicitud formulada en los términos del párrafo 6 en un plazo de 15 días a partir de la fecha de recepción de la solicitud.

13. El Secretariado conservará un registro público de los documentos a los que se refieren los párrafos 10, 11 y 12.

Artículo 1127: Notificación

La Parte contendiente entregará a las otras Partes:

- (a) notificación escrita de una reclamación que se haya sometido a arbitraje a más tardar 30 días después de la fecha de sometimiento de la reclamación a arbitraje; y
- (b) copias de todas las comunicaciones presentadas en el procedimiento arbitral.

Artículo 1128: Participación de una Parte

Previa notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado.

Artículo 1129: Documentación

1. Una Parte tendrá a su costa derecho a recibir de la Parte contendiente una copia de:
 - (a) las pruebas ofrecidas al tribunal; y
 - (b) argumentos escritos presentados por las partes contendientes.
2. Una Parte que reciba información conforme a lo dispuesto en el párrafo 1, dará tratamiento a la información como si fuera una Parte contendiente.

Artículo 1130: Sede del procedimiento arbitral

Salvo que las partes contendientes acuerden otra cosa, un tribunal llevará a cabo el procedimiento arbitral en territorio de una Parte que sea parte de la Convención de Nueva York, el cual será elegido de conformidad con:

- (a) las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, si el arbitraje se rige por esas reglas o por el Convenio de CIADI; o
- (b) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, si el arbitraje se rige por esas reglas.

Artículo 1131. Derecho aplicable

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.
2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección.

Artículo 1132: Interpretación de los anexos

1. Cuando una de las Partes alegue como defensa que una medida presuntamente violatoria cae en el ámbito de una reserva o excepción consignada en el Anexo I, Anexo II, Anexo III, o Anexo IV a petición de la Parte contendiente, el tribunal solicitará a la Comisión una interpretación sobre ese asunto. La Comisión, en un plazo de 60 días a partir de la entrega de la solicitud, presentará por escrito al tribunal su interpretación.

2. En seguimiento al Artículo 1131(2), la interpretación de la Comisión sometida conforme al párrafo 1 será obligatoria para el Tribunal. Si la Comisión no somete una interpretación dentro de un plazo de 60 días, el tribunal decidirá sobre el asunto.

Artículo 1133: Dictámenes de expertos

Sin perjuicio de la designación de otro tipo de expertos cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables, el tribunal, a petición de una parte contendiente, o por iniciativa propia a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un procedimiento, de acuerdo a los términos y condiciones que acuerden las partes contendientes.

Artículo 1134: Medidas provisionales de protección

Un tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una Parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal. Un tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria a la que se refiere el Artículo 1116 ó 1117. Para efectos de este párrafo, orden incluye una recomendación.

Artículo 1135: Laudo definitivo

1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a una Parte, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación:

- (a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes; o
- (b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución.

Un tribunal podrá también otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables.

2. De conformidad con en el párrafo 1, cuando la reclamación se haga con base en el Artículo 1117(1):

- (a) el laudo que prevea la restitución de la propiedad, dispondrá que la restitución se otorgue a la empresa;
- (b) el laudo que conceda daños pecuniarios e intereses correspondientes, dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa; y
- (c) el laudo dispondrá que el mismo se dicte sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme a la legislación aplicable.

3. Un tribunal no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo.

Artículo 1136. Definitividad y ejecución del laudo

1. El laudo dictado por un tribunal sera obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.
2. Conforme lo dispuesto en el párrafo 3 y al procedimiento de revisión aplicable a un laudo provisional, una parte contendiente acatará y cumplirá con el laudo sin demora.
3. Una parte contendiente no podrá solicitar la ejecución de un laudo definitivo en tanto:
 - (a) en el caso de un laudo definitivo dictado conforme al Convenio de CIADI:
 - (i) no hayan transcurrido 120 días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo; o
 - (ii) no hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación; y
 - (b) en el caso de un laudo definitivo conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI o las Reglas de Arbitraje de CNUDMI:
 - (i) hayan transcurrido tres meses desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, desecharlo o anularlo; o
 - (ii) un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de reconsideración, desechamiento o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.
4. Cada una de las Partes dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio.
5. Cuando una Parte contendiente no acate o incumpla un laudo definitivo, la Comisión a la entrega de una solicitud de una Parte cuyo inversionista fue parte en el procedimiento de arbitraje, integrará un panel conforme al Artículo 2008, "Solicitud de integración de un panel arbitral". La Parte solicitante podrá invocar dichos procedimientos para:
 - (a) una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este Tratado; y
 - (b) una recomendación en el sentido de que la Parte se ajuste y observe el laudo definitivo.
6. El inversionista contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral conforme al Convenio de CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana, independientemente de que se hayan iniciado o no los procedimientos contemplados en el párrafo 5.
7. Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York y del Artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta sección, surge de una relación u operación comercial.

Artículo 1137: Disposiciones generales

Momento en que la reclamación se considera sometida al procedimiento arbitral

1. Una reclamación se considera sometida a arbitraje en los términos de esta sección cuando:
 - (a) la solicitud para un arbitraje conforme al párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI ha sido recibida por el Secretario General;
 - (b) la notificación de arbitraje de conformidad con el Artículo 2 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI ha sido recibida por el Secretario General; o

(c) la notificación de arbitraje contemplada en las Reglas de Arbitraje de CNUDMI se ha recibido por la Parte contendiente.

Entrega de documentos

2. La entrega de la notificación y otros documentos a una Parte se hará en lugar designado por ella en el Anexo 1137.2.

Pagos conforme a contratos de seguro o garantía

3. En un procedimiento arbitral conforme a lo previsto en esta sección, una Parte no aducirá como defensa, contrademanda, derecho de compensación, u otros, que el inversionista contendiente ha recibido o recibirá, de acuerdo a un contrato de seguro o garantía, indemnización u otra compensación por todos o por parte de los presuntos daños.

Publicación de laudos

4. El anexo 1137.4 se aplica a las Partes señaladas en ese anexo en lo referente a la publicación de laudos.

Artículo 1138: Exclusiones

1. Sin perjuicio de la aplicación o no aplicación de las disposiciones de solución de controversias de esta sección o del Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias", a otras acciones acordadas por una Parte de conformidad con el Artículo 2102, "Seguridad nacional", la resolución de una Parte que prohíba o restrinja la adquisición de una inversión en su territorio por un inversionista de otra Parte o su inversión, de acuerdo con aquel artículo, no estará sujeta a dichas disposiciones.

2. Las disposiciones de solución de controversias de esta sección y las del Capítulo XX no se aplicarán a las cuestiones a que se refiere el Anexo 1138.2.

Sección C: Definiciones

Artículo 1139: Definiciones

Para efectos de este capítulo:

acciones de capital u obligaciones incluyen acciones con o sin derecho a voto, bonos o instrumentos de deuda convertibles, opciones sobre acciones y garantías;

CIADI significa el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones;

Convenio del CIADI significa el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965;

Convención Interamericana significa la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975;

Convención de Nueva York significa la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York, el 10 de junio de 1958;

empresa significa una "empresa" tal como se define en el Artículo 201, "Definiciones de aplicación general", y las sucursales de esa empresa;

empresa de una Parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte; y una sucursal ubicada en territorio de una Parte y que desempeñe actividades comerciales en el mismo;

inversión significa;

- (a) una empresa;
- (b) acciones de una empresa;
- (c) obligaciones de una empresa:
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original de la obligación sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (d) un préstamo a una empresa,
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);
- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:
 - (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

pero inversión no significa:

- (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
 - (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o
 - (j) cualquier otra reclamación pecuniaria; que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) al (h);

inversionista de un inversionista de una Parte significa la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte;

inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión;

inversión de un país que no es Parte significa un inversionista que no es inversionista de una Parte, que realiza, pretende realizar o ha realizado una inversión;

inversionista contendiente significa un inversionista que formula una reclamación en los términos de la sección B

moneda del Grupo de los Siete significa la moneda de Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón o el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte;

Parte contendiente significa la Parte contra la cual se hace una reclamación en los términos de la Sección B;

parte contendiente significa el inversionista contendiente o la Parte contendiente;

partes contendientes significa el inversionista contendiente y la Parte contendiente;

Reglas de Arbitraje de CNUDMI significa las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1976.

Secretario General significa el Secretario General de CIADI

transferencias significa transferencias y pagos internacionales;

tribunal significa un tribunal arbitral establecido conforme al Artículo 1120 o el 1126.

7. TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ESTADOS UNIDOS, CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA (2004)
CAPÍTULO X, SECCIONES A, B Y C - ANEXOS 10-B, 10-C Y 10-E

Sección A: Inversión

Artículo 10.1: Ámbito de Aplicación

1. Este Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:
 - (a) los inversionistas de otra Parte;
 - (b) las inversiones cubiertas; y
 - (c) en lo relativo a los Artículos 10.9 y 10.11, a todas las inversiones en el territorio de la Parte.
2. Las obligaciones de las Partes establecidas bajo esta Sección aplicarán a una empresa el Estado u otra persona cuando ejecuten una autoridad regulatoria, administrativa, u otra autoridad gubernamental que le sea delegada por esa Parte.
3. Para mayor certeza, este Capítulo no obliga a ninguna Parte en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que cesó de existir, antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

Artículo 10.2: Relación con Otros Capítulos

1. En el caso de cualquier inconsistencia entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la inconsistencia.
2. La exigencia de una Parte de que un proveedor de servicios de otra Parte deposite una fianza u otra forma de garantía financiera como condición para el suministro transfronterizo de un servicio no hace, por sí mismo, aplicable este Capítulo a las medidas adoptadas o mantenidas por la Parte relativas a tal suministro transfronterizo del servicio. Este Capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por la Parte relativas a la fianza o garantía financiera depositada, en la medida que esa fianza o garantía financiera sea una inversión cubierta.
3. Este Capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida que se encuentren cubiertas por el Capítulo Doce (Servicios Financieros).

Artículo 10.3: Trato Nacional

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.
2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios

inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones.

3. El trato otorgado por una Parte de conformidad con los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forma parte.

Artículo 10.4: Trato de Nación Más Favorecida

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.

Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo.

Artículo 10.6: Tratamiento en Caso de Contienda

1. No obstante lo dispuesto en el Artículo 10.13.5(b), cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte, y a las inversiones cubiertas, un trato no discriminatorio con respecto a las medidas que adopte o mantenga en relación a pérdidas sufridas por inversiones en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, si un inversionista de una Parte, en cualquiera de las situaciones referidas en el párrafo 1, sufre una pérdida en el territorio de otra Parte que resulte de:

(a) la requisición de su inversión cubierta o de parte de ella por las fuerzas o autoridades de esta última Parte; o

(b) la destrucción de su inversión cubierta o de parte de ella por las fuerzas o autoridades de esta última Parte, la cual no era requerida por la necesidad de la situación, esta última Parte otorgará al inversionista la restitución o una indemnización, la cual en cualquier caso será de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y, con respecto a la indemnización, será de conformidad con el Artículo 10.7.2 al 10.7.4.

3. El párrafo 1 no se aplica a las medidas existentes relativas a los subsidios o donaciones que serían incompatibles con el Artículo 10.3, salvo por el Artículo 10.13.5(b).

Artículo 10.7: Expropiación e Indemnización

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea:

(a) por causa de un propósito público;*

(b) de una manera no discriminatoria;

(c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y

(d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.

2. La indemnización deberá:

(a) ser pagada sin demora;

(b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”);

(c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y

(d) ser completamente liquidable y libremente transferible.

3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada – convertida a la moneda del pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago – no será inferior a:

(a) el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha, más

(b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. Este Artículo no se aplica a la emisión de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual de conformidad con el Acuerdo ADPIC, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida que

dicha emisión, revocación, limitación o creación sea consistente con el Capítulo Quince (Derechos de Propiedad Intelectual).

Artículo 10.8: Transferencias

1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio. Dichas transferencias incluyen:

- (a) aportes de capital;
- (b) utilidades, dividendos, ganancias de capital, y el producto de la venta o liquidación, total o parcial de la inversión cubierta;
- (c) intereses, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos;
- (d) pagos realizados conforme a un contrato, incluyendo un contrato de préstamo;
- (e) pagos efectuados de conformidad con el Artículo 10.6.1 y 10.6.2 y el Artículo 10.7; y
- (f) pagos derivados de una controversia.

2. Cada Parte permitirá que las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen en una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en el momento de la transferencia.

3. Cada Parte permitirá que las transferencias de ganancias en especie relacionadas con una inversión cubierta se hagan según se autorice o se especifique en un acuerdo escrito entre la Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte.

4. Sin perjuicio de los párrafos 1 al 3, una Parte podrá impedir la realización de una transferencia, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relativas a:

- (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- (b) emisión, comercio u operaciones de valores, futuros, opciones o derivados;
- (c) infracciones penales;
- (d) reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar con las autoridades responsables del cumplimiento de la ley o de regulación financiera; o
- (e) garantía del cumplimiento de órdenes o fallos en procedimientos judiciales o administrativos.

Artículo 10.9: Requisitos de Desempeño

1. Ninguna Parte podrá, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte en su territorio, imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir cualquier obligación o compromiso para:

- (a) exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios;
- (b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- (c) comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio;

(d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;

(e) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;

(f) transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad; o

(g) actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de la Parte de las mercancías que tal inversión produce o los servicios que suministre para un mercado regional específico o al mercado mundial.

2. Ninguna de las Partes condicionará la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, o venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión en su territorio por parte de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

(a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

(b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o a adquirir mercancías de personas en su territorio;

(c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o

(d) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o suministra, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.

3.

(a) Nada de lo dispuesto en el párrafo 2 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o de un país que no sea Parte, al cumplimiento de un requisito de que ubique la producción, suministre servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.

(b) El párrafo 1(f) no se aplica:

(i) cuando una Parte autoriza el uso de un derecho de propiedad intelectual de conformidad con el Artículo 31 del Acuerdo ADPIC o a las medidas que exijan la divulgación de información de dominio privado que se encuentre dentro del ámbito de aplicación, y sean compatibles con el Artículo 39 del Acuerdo ADPIC;⁵ o

(ii) cuando el requisito se imponga o la obligación o el compromiso se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o una autoridad de competencia, para remediar una práctica que ha sido determinada después de un procedimiento judicial o administrativo como anticompetitiva conforme a las leyes de competencia de la Parte.⁶

(c) Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, y siempre que tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, los párrafos 1(b), (c) y (f), y 2(a) y (b) no se interpretarán en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:

- (i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean inconsistentes con este Tratado;
 - (ii) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o
 - (iii) relativas a la preservación de recursos naturales vivos o no vivos agotables.
- (d) Los párrafos 1(a), (b) y (c), y 2(a) y (b), no se aplicarán a los requisitos para calificación de las mercancías o servicios con respecto a programas de promoción a las exportaciones y de ayuda externa.
- (e) Los párrafos 1(b), (c), (f) y (g), y 2(a) y (b), no se aplicarán a la contratación pública.
- (f) Los párrafos 2(a) y (b) no se aplicarán a los requisitos impuestos por una Parte importadora con respecto al contenido de las mercancías, necesario para calificar para aranceles o cuotas preferenciales.
4. Para mayor certeza, los párrafos 1 y 2 no se aplican a ningún otro requisito distinto a los señalados en esos párrafos.
5. Este Artículo no excluye la aplicación de cualquier compromiso, obligación o requisito entre partes privadas, cuando una Parte no impuso o exigió el compromiso, obligación o requisito.

Artículo 10.10: Altos Ejecutivos y Juntas Directivas

1. Ninguna Parte exigirá que una empresa de esa Parte, que sea una inversión cubierta, designe a personas naturales de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.
2. Una Parte podrá exigir que la mayoría de los miembros de una junta directiva o de cualquier comité de tal junta directiva, de una empresa de esa Parte que sea una inversión cubierta, sea de una nacionalidad en particular o sea residente en el territorio de la Parte, siempre que el requisito no menoscabe materialmente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión.

Artículo 10.11: Inversión y Medioambiente

Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

Artículo 10.12: Denegación de Beneficios

1. Una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si dicha empresa es propiedad de o está controlada por personas de un país que no es Parte y la Parte que deniegue los beneficios:
 - (a) no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o
 - (b) adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte o con una persona de un país que no sea Parte, que prohíben transacciones con esa empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este Capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones.

2. Sujeto a los Artículos 18.3 (Notificación y Suministro de Información) y 20.4 (Consultas), una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que es una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de ese inversionista, si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de ninguna Parte, salvo de la Parte que deniega, y si las personas de un país que no es Parte, o de la Parte que deniega, son propietarias o controlan la empresa.

Artículo 10.13: Medidas Disconformes

1. Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10 no se aplican a:
 - (a) cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por una Parte en:
 - (i) el gobierno de nivel central, tal y como lo establece esa Parte en su Lista del Anexo I,
 - (ii) un gobierno de nivel regional, tal y como lo establece esa Parte en su Lista del Anexo I, o
 - (iii) un gobierno de nivel local;
 - (b) la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme a que se refiere el subpárrafo (a); o
 - (c) la modificación de cualquier medida disconforme a que se refiere el subpárrafo (a) siempre que dicha modificación no disminuya la conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación, con los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 ó 10.10.
2. Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10 no se aplican a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II.
3. Ninguna Parte exigirá, de conformidad con cualquier medida adoptada después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y comprendida en su Lista del Anexo II, a un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, que venda o disponga de alguna otra manera de una inversión existente al momento en que la medida cobre vigencia.
4. Los Artículos 10.3 y 10.4 no se aplican a cualquier medida que constituya una excepción o derogación a las obligaciones conforme al Artículo 15.1.8 (Disposiciones Generales), según lo disponga específicamente ese Artículo.
5. Los Artículos 10.3, 10.4 y 10.10 no se aplican a:
 - (a) la contratación pública; o
 - (b) los subsidios o donaciones otorgados por una Parte, incluyendo los préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno.

Artículo 10.14: Formalidades Especiales y Requisitos de Información

1. Nada de lo dispuesto en el Artículo 10.3 se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener una medida que prescriba formalidades especiales en relación a una inversión cubierta, tales como el requisito de que los inversionistas sean residentes de la Parte o que las inversiones cubiertas se constituyan conforme a las leyes y regulaciones de la Parte, siempre que dichas formalidades no menoscaben materialmente la protección otorgada por una Parte a un inversionista de otra Parte y a inversiones cubiertas de conformidad con este Capítulo.

2. No obstante lo dispuesto en los Artículos 10.3 y 10.4, una Parte podrá exigir de un inversionista de otra Parte o de una inversión cubierta, que proporcione información referente a esa inversión, exclusivamente con fines informativos o estadísticos. La Parte protegerá cualquier información comercial confidencial cuya divulgación pudiera afectar negativamente la situación competitiva del inversionista o de la inversión cubierta. Nada de lo dispuesto en este párrafo se interpretará como un impedimento para que una Parte obtenga o divulgue información conforme a la aplicación equitativa y de buena fe de su legislación.

Sección B: Solución de Controversias Inversionista-Estado

Artículo 10.15: Consultas y Negociación

En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación.

Artículo 10.16: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje

1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:

(a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue

- (i) que el demandado ha violado
- (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
- (B) una autorización de inversión, o
- (C) un acuerdo de inversión;

y

(ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta; y

(b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue

- (i) que el demandado ha violado
- (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
- (B) una autorización de inversión, o
- (C) un acuerdo de inversión;

y

(ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

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

(a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa;

(b) por cada reclamación, la disposición de este Tratado, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable;

(c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

3. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1:

(a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;

(b) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI; o

(c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

4. Una reclamación se considerará sometida a arbitraje conforme a esta Sección cuando la notificación o la solicitud de arbitraje (“notificación de arbitraje”) del demandante:

(a) a que se refiere el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI sea recibida por el Secretario General;

(b) a que se refiere el Artículo 2 del Anexo C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI sea recibida por el Secretario General; o

(c) a que se refiere el Artículo 3 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, conjuntamente con el escrito de demanda a que se refiere el Artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, sea recibida por el demandado.

Una reclamación planteada por primera vez después de que tal notificación de arbitraje haya sido sometida, se considerará sometida a arbitraje bajo esta Sección en la fecha de su recepción bajo las reglas arbitrales aplicables.

5. Las reglas de arbitraje aplicables de conformidad con el párrafo 3, y que estén vigentes en la fecha del reclamo o reclamos que hayan sido sometidos a arbitraje conforme a esta Sección, regirán el arbitraje salvo en la medida en que sean modificadas por este Tratado.

6. El demandante entregará junto con la notificación de arbitraje:

(a) el nombre del árbitro designado por el demandante; o

(b) el consentimiento escrito del demandante para que el Secretario General nombre tal árbitro.

Artículo 10.17: Consentimiento de cada una de las Partes al Arbitraje

1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección cumplirá con los requisitos señalados en:

(a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;

(b) el Artículo II de la Convención de Nueva York que exige un “acuerdo por escrito”; y

(c) el Artículo I de la Convención Interamericana que requiere un “acuerdo”.

Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes

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

2. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

(a) el demandante consienta por escrito a someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Tratado; y

(b) la notificación de arbitraje se acompañe,

(i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a), y

(ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b)

de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.

3. No obstante el párrafo 2(b), el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) y el demandante o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) podrán iniciar o continuar una actuación en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, y que no implique el pago de daños monetarios ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que la actuación se interponga con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el período de espera del arbitraje.

4. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje:

(a) alegando una violación de una autorización de inversión en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o del Artículo 10.16.1(b)(i)(B), o

(b) alegando una violación de un acuerdo de inversión en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(C) o del Artículo 10.16.1(b)(i)(C),

si el demandante (para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) o el demandante o la empresa (para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) han sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial de la Parte demandada, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, para adjudicación o resolución.

Artículo 10.19: Selección de los Árbitros

1. A menos que las partes contendientes convengan otra cosa, el tribunal estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el

tercero, que será el árbitro presidente, será designado por acuerdo de las partes contendientes.

2. El Secretario General servirá como autoridad para designar a los árbitros en los procedimientos de arbitraje de conformidad con esta Sección.

3. Cuando un tribunal no se integre en un plazo de 75 días a partir de la fecha en que la reclamación se someta a arbitraje, de conformidad con esta Sección, el Secretario General, a petición de una parte contendiente, designará, a su discreción, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados.

4. Para los propósitos del Artículo 39 del Convenio del CIADI y del Artículo 7 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, y sin perjuicio de objetar a un árbitro por motivos que no sean de nacionalidad:

(a) el demandado acepta la designación de cada uno de los miembros del tribunal establecido de conformidad con el Convenio del CIADI o con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI;

(b) el demandante a que se refiere el Artículo 10.16.1(a) podrá someter a arbitraje una reclamación conforme a esta Sección, o continuar una reclamación de conformidad con el Convenio del CIADI o a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, únicamente a condición de que el demandante manifieste su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal; y

(c) el demandante a que se refiere el Artículo 10.16.1(b) podrá someter una reclamación a arbitraje conforme a esta Sección, o continuar una reclamación de conformidad con el Convenio del CIADI o las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, únicamente a condición de que el demandante y la empresa manifiesten su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal.

Artículo 10.20: Realización del Arbitraje

1. Las partes contendientes podrán convenir en la sede legal donde haya de celebrarse cualquier arbitraje conforme a las reglas arbitrales aplicables de acuerdo con el Artículo 10.16.3. A falta de acuerdo entre las partes contendientes, el tribunal determinará dicho lugar de conformidad con las reglas arbitrales aplicables, siempre que el lugar se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York.

2. Una Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación de este Tratado.

3. El tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea una parte contendiente.

4. Sin perjuicio de la facultad del tribunal para conocer otras objeciones como cuestiones preliminares, un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar cualquier objeción del demandado de que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 10.26.

(a) Dicha objeción se presentará al tribunal tan pronto como sea posible después de la constitución del tribunal, y en ningún caso más tarde de la fecha que el tribunal fije para que el demandado presente su contestación de la demanda (o en el caso de una

modificación de la notificación de arbitraje, la fecha que el tribunal fije para que el demandado presente su respuesta a la modificación).

(b) En el momento en que se reciba una objeción conforme a este párrafo, el tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio, establecerá un cronograma para la consideración de la objeción que será compatible con cualquier cronograma que se haya establecido para la consideración de cualquier otra cuestión preliminar, y emitirá una decisión o laudo sobre la objeción, exponiendo los fundamentos de éstos.

(c) Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje (o cualquier modificación de ésta) y, en controversias presentadas de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, el escrito de demanda a que se refiere el Artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal podrá considerar también cualquier otro hecho pertinente que no sea controvertido.

(d) El demandado no renuncia a formular ninguna objeción con respecto a la competencia o a cualquier argumento de fondo, simplemente porque haya formulado o no una objeción conforme a este párrafo, o haga uso del procedimiento expedito establecido en el párrafo 5.

5. En el caso de que el demandado así lo solicite, dentro de los 45 días siguientes a la constitución del tribunal, el tribunal decidirá, de una manera expedita, acerca de una objeción de conformidad con el párrafo 4 y cualquier otra objeción en el sentido de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal. El tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio y emitirá, a más tardar 150 días después de la fecha de la solicitud, una decisión o laudo sobre dicha objeción, exponiendo el fundamento de éstos. Sin embargo, si una parte contendiente solicita una audiencia, el tribunal podrá tomar 30 días adicionales para emitir la decisión o laudo. Independientemente de si se ha solicitado una audiencia, el tribunal podrá, demostrando un motivo extraordinario, retardar la emisión de su decisión o laudo por un breve período adicional, el cual no podrá exceder de 30 días.

6. Cuando el tribunal decida acerca de la objeción de un demandado de conformidad con los párrafos 4 ó 5, podrá, si se justifica, conceder a la parte contendiente vencedora costas y honorarios de abogado razonables en que se haya incurrido al presentar la objeción u oponerse a ésta. Al determinar si dicho laudo se justifica, el tribunal considerará si la reclamación del demandante o la objeción del demandado eran frívolas, y concederá a las partes contendientes oportunidad razonable para presentar sus comentarios.

7. El demandado no opondrá como defensa, contrademanda o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo que, de conformidad con un seguro o contrato de garantía, el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra indemnización por la totalidad o una parte de los daños alegados.

8. El tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una parte contendiente, o con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción del tribunal, incluida una orden para preservar la evidencia que se encuentre en poder o bajo el control de una parte contendiente o para proteger la jurisdicción del tribunal. El tribunal no podrá ordenar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se considere una violación mencionada en el Artículo 10.16. Para efectos de este párrafo, una orden incluye una recomendación.

9.

(a) En cualquier arbitraje realizado en virtud de esta Sección, a solicitud de cualquiera de las partes contendientes, el tribunal, antes de dictar una decisión o laudo sobre responsabilidad, comunicará su propuesta de decisión o laudo a las partes contendientes y las Partes no contendientes. Dentro del plazo de 60 días después de comunicada dicha propuesta de decisión o laudo, las partes contendientes podrán presentar comentarios escritos al tribunal en relación con cualquier aspecto de su propuesta de decisión o laudo. El tribunal considerará dichos comentarios y dictará su decisión o laudo a más tardar a los 45 días siguientes de haberse vencido el plazo de 60 días para presentar comentarios.

(b) El subpárrafo (a) no se aplicará a cualquier arbitraje conducido de conformidad con esta Sección en el cual una apelación esté disponible en virtud del párrafo 10 o el Anexo 10-F.

10. Si entre las Partes entrara en vigor un tratado multilateral separado en el que se estableciere un órgano de apelación con el propósito de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos de comercio internacional o inversión para conocer controversias de inversión, las Partes procurarán alcanzar un acuerdo que haga que tal órgano de apelación revise los laudos dictados de conformidad con el Artículo 10.26 de esta Sección en los arbitrajes que se hubieren iniciado después de que el acuerdo multilateral entre en vigor entre las Partes.

Artículo 10.21: Transparencia de las Actuaciones Arbitrales

1. Sujeto a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:

(a) la notificación de intención;

(b) la notificación de arbitraje;

(c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el Artículo 10.25;

(d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y

(e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.

2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación.

3. Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el Artículo 21.2 (Seguridad Esencial) o con el Artículo 21.5 (Divulgación de Información).

4. Cualquier información protegida que sea sometida al tribunal deberá ser protegida de divulgación de acuerdo con los siguientes procedimientos:

(a) Sujeto al subpárrafo (d), ni las partes contendientes ni el tribunal revelarán a ninguna Parte no contendiente o al público ninguna información protegida cuando la parte

contendiente que proporciona la información la designe claramente de esa manera de acuerdo con el subpárrafo (b);

(b) Cualquier parte contendiente que reclame que determinada información constituye información protegida, la designará claramente al momento de ser presentada al tribunal;

(c) Una parte contendiente deberá, en el mismo momento que presenta un documento que contiene información alegada como información protegida, presentar una versión redactada del documento que no contenga la información. Sólo la versión redactada será proporcionada a las Partes no contendientes y será pública de acuerdo al párrafo 1; y

(d) El tribunal decidirá acerca de cualquier objeción en relación con la designación de información alegada como información protegida. Si el tribunal determina que dicha información no fue designada apropiadamente, la parte contendiente que presentó la información podrá: (i) retirar todo o parte de la presentación que contiene tal información, o (ii) convenir en volver a presentar documentos completos y redactados con designaciones corregidas de acuerdo con la determinación del tribunal y con el subpárrafo (c). En todo caso, la otra parte contendiente deberá, cuando sea necesario, volver a presentar documentos completos y redactados, los cuales omitan la información retirada de conformidad con (i) por la parte contendiente que presentó primero la información o que redesignen la información de forma consistente con la designación realizada de conformidad con (ii) de la parte contendiente que presentó primero la información.

5. Nada de lo dispuesto en esta Sección requiere al demandado negarle acceso al público a información que, de acuerdo a su legislación, debe ser divulgada.

Artículo 10.22: Derecho Aplicable

1. Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional.

2. Sujeto al párrafo 3 y las otras condiciones de esta Sección, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o (C), o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(B) o (C), el tribunal deberá aplicar:

(a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o

(b) si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera:

(i) la legislación del demandado, incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes;⁷ y

(ii) las normas del derecho internacional, según sean aplicables.

3. Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Tratado, conforme al Artículo 19.1.3(c) (La Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión.

Artículo 10.23: Interpretación de los Anexos

1. Cuando el demandado exponga como defensa que la medida que se alega como violatoria se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Anexo I o el Anexo II, a petición del demandado, el tribunal solicitará a la Comisión una interpretación sobre el asunto. Dentro del plazo de los 60 días siguientes a la entrega de la solicitud, la Comisión presentará por escrito al tribunal cualquier decisión en la que se declare su interpretación, conforme al Artículo 19.1.3 (c) (La Comisión de Libre Comercio).

2. La decisión emitida por la Comisión conforme al párrafo 1 será obligatoria para el tribunal y cualquier decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser consistente con esa decisión. Si la Comisión no emitiera dicha decisión dentro del plazo de los 60 días, el tribunal decidirá sobre el asunto.

Artículo 10.24: Informes de Expertos

Sin perjuicio de la designación de otro tipo de expertos cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables, el tribunal, a petición de una parte contendiente o por iniciativa propia a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para informar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un proceso, de acuerdo a los términos y condiciones que acuerden las partes contendientes.

Artículo 10.25: Acumulación de Procedimientos

1. En los casos en que se hayan presentado a arbitraje dos o más reclamaciones por separado conforme al Artículo 10.16.1, y las reclamaciones contengan una cuestión común de hecho o de derecho y surjan de los mismos hechos o circunstancias, cualquier parte contendiente podrá tratar de obtener una orden de acumulación, de conformidad con el acuerdo de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación o conforme con los términos de los párrafos 2 al 10.

2. La parte contendiente que pretenda obtener una orden de acumulación de conformidad con este Artículo, entregará, por escrito, una solicitud al Secretario General y a todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación y especificará en la solicitud lo siguiente:

- (a) el nombre y la dirección de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación;
- (b) la naturaleza de la orden de acumulación solicitada; y
- (c) el fundamento en que se apoya la solicitud.

3. A menos que el Secretario General determine, dentro del plazo de 30 días después de recibida una solicitud de conformidad con el párrafo 2, que la solicitud es manifiestamente infundada, se establecerá un tribunal en virtud de este Artículo.

4. A menos que todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación convengan otra cosa, el tribunal que se establezca de conformidad con este Artículo se integrará por tres árbitros:

- (a) un árbitro designado por acuerdo de los demandantes;

(b) un árbitro designado por el demandado; y
(c) el árbitro presidente designado por el Secretario General, quien no será nacional de ninguna de las Partes.

5. Si, dentro del plazo de los 60 días siguientes a la recepción por el Secretario General de la solicitud formulada de conformidad con el párrafo 2, el demandado o los demandantes no designan a un árbitro conforme al párrafo 4, el Secretario General, a petición de cualquier parte contendiente respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación, designará al árbitro o a los árbitros que aún no se hayan designado. Si el demandado no designa a un árbitro, el Secretario General designará a un nacional de la Parte contendiente, y en caso de que los demandantes no designen a un árbitro, el Secretario General designará a un nacional de una Parte de los demandantes.

6. En el caso de que el tribunal establecido de conformidad con este Artículo haya constatado que se hubieren presentado a arbitraje dos o más reclamaciones conforme al Artículo 10.16.1, que planteen una cuestión común de hecho o de derecho, y que surja de los mismos hechos o circunstancias, el tribunal podrá, en interés de alcanzar una resolución justa y eficiente de las reclamaciones y después de oír a las partes contendientes, por orden:

(a) asumir jurisdicción y conocer y determinar conjuntamente sobre la totalidad o una parte de las reclamaciones;

(b) asumir jurisdicción y conocer y determinar una o más reclamaciones, cuya determinación considera que contribuiría a la resolución de las demás; o

(c) instruir a un tribunal previamente establecido conforme al Artículo 10.19 a que asuma jurisdicción y conozca y determine conjuntamente, sobre la totalidad o una parte de las reclamaciones, siempre que

(i) ese tribunal, a solicitud de cualquier demandante que no haya sido anteriormente parte contendiente ante ese tribunal, se reintegre con sus miembros originales, excepto que el árbitro por las partes demandantes se designará conforme a los párrafos 4(a) y 5; y

(ii) ese tribunal decida si se ha de repetir cualquier audiencia anterior.

7. En el caso en que se haya establecido un tribunal conforme a este Artículo, un demandante que haya presentado una reclamación a arbitraje conforme al Artículo 10.16.1, y cuyo nombre no aparezca mencionado en una solicitud formulada conforme al párrafo 2, podrá formular una solicitud por escrito al tribunal a los efectos de que dicho demandante se incluya en cualquier orden que se dicte conforme al párrafo 6, y especificará en la solicitud:

(a) el nombre y dirección del demandante;

(b) la naturaleza de la orden de acumulación solicitada; y

(c) los fundamentos en que se apoya la solicitud.

El demandante entregará una copia de su solicitud al Secretario General.

8. Un tribunal que se establezca conforme a este Artículo dirigirá las actuaciones conforme a lo previsto en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, excepto en cuanto sea modificado por esta Sección.

9. Un tribunal que se establezca conforme al Artículo 10.19 no tendrá jurisdicción para resolver una reclamación, o parte de ella, respecto de la cual haya asumido jurisdicción un tribunal establecido o instruido de conformidad con este Artículo.

10. A solicitud de una parte contendiente, un tribunal establecido de conformidad con este Artículo podrá, en espera de su decisión conforme al párrafo 6, disponer que los

procedimientos de un tribunal establecido de acuerdo al Artículo 10.19 se aplacen, a menos que ese último tribunal ya haya suspendido sus procedimientos.

Artículo 10.26: Laudos

1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente:

- (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan;
- (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.

Un tribunal podrá también conceder costas y honorarios de abogado de conformidad con esta Sección y con las reglas de arbitraje aplicables.

2. Sujeto al párrafo 1, cuando se presente a arbitraje una reclamación conforme al Artículo 10.16.1(b):

- (a) el laudo que prevea la restitución de la propiedad dispondrá que la restitución se otorgue a la empresa;
- (b) el laudo que conceda daños pecuniarios e intereses que procedan dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa; y
- (c) el laudo dispondrá que el mismo se dicta sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable.

3. Un tribunal no está autorizado para ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo.

4. El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.

5. Sujeto al párrafo 6 y al procedimiento de revisión aplicable a un laudo provisional, la parte contendiente acatará y cumplirá el laudo sin demora.

6. Una parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo definitivo hasta que:

- (a) en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad con el Convenio del CIADI
 - (i) hayan transcurrido 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado revisión o anulación del mismo; o
 - (ii) hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación; y
- (b) en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI
 - (i) hayan transcurrido 90 días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo; o
 - (ii) un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de revisión, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

7. Cada Parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio.

8. Cuando el demandado incumpla o no acate un laudo definitivo, a la entrega de una solicitud de la Parte del demandante, se establecerá un panel de conformidad con el Artículo 20.6 (Solicitud de un Grupo Arbitral). La Parte solicitante podrá invocar dichos procedimientos para:

- (a) una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este Tratado; y

(b) de conformidad con los procedimientos establecidos en el Artículo 20.13 (Informe Inicial), una recomendación en el sentido de que el demandado acate o cumpla el laudo definitivo.

9. Una parte contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral de conformidad con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York, o la Convención Interamericana, independientemente de que se hayan iniciado o no los procedimientos contemplados en el párrafo 8.

10. Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York y del Artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta Sección, surge de una relación u operación comercial.

Artículo 10.27: Entrega de Documentos

La entrega de la notificación y otros documentos a una Parte se hará en el lugar designado por ella en el Anexo 10–G.

Sección C: Definiciones

Artículo 10.28: Definiciones

Para los efectos de este Capítulo:

acuerdo de inversión significa un acuerdo escrito que comience a regir en el momento o después de la fecha de la entrada en vigor de este Tratado entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte que otorga a la inversión cubierta o al inversionista derechos:

(a) con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales; y

(b) sobre el cual la inversión cubierta o el inversionista se fundamenta para el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta diferente del acuerdo escrito mismo;

autorización de inversión¹⁰ significa una autorización otorgada por las autoridades de inversiones extranjeras de una Parte a una inversión cubierta o a un inversionista de otra Parte;

Centro significa el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”) establecido por el Convenio del CIADI;

Convención de Nueva York significa la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958;

Convención Interamericana significa la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975;

Convenio del CIADI significa el *Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965;

demandado significa la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión;

demandante significa el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte;

empresa significa una empresa tal como se define en el Artículo 2.1 (Definiciones de Aplicación General) y una sucursal de una empresa;

empresa de una Parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de una Parte, y una sucursal localizada en el territorio de una Parte y que lleven a cabo actividades de negocios en ese territorio;

información protegida significa información de negocios confidencial o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de la Parte;

inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;

inversionista de un país que no sea Parte significa, respecto de una Parte, un inversionista que intenta realizar, que está realizando o que ha realizado una inversión en el territorio de esa Parte, que no es un inversionista de una Parte;

inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva;

moneda de libre uso significa la “divisa de libre uso” tal como se determina de conformidad con los *Artículos del Acuerdo* del Fondo Monetario Internacional;

nacional significa una persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte de conformidad con el Anexo 2.1 (Definiciones Específicas por País);

parte contendiente significa ya sea el demandante o el demandado;

partes contendientes significa el demandante y el demandado;

parte no contendiente significa la Parte que no es parte de una controversia relativa a una inversión;

Reglas de Arbitraje del CNUDMI significa las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Mercantil;

Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI significa el *Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones*;

Secretario General significa el Secretario General del CIADI; y **tribunal** significa un tribunal de arbitraje establecido en virtud del Artículo 10.19 ó 10.25.

Anexo 10-B

Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, 10.6, y el Anexo 10-C resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.

Anexo 10-C

Expropiación

Las Partes confirman su común entendimiento que:

1. El Artículo 10.7.1 intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación.
2. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.
3. El Artículo 10.7.1 aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
4. La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
 - (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:
 - (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
 - (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y
 - (iii) el carácter de la acción gubernamental.
 - (b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

Anexo 10-E**Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje**

1. Un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje de conformidad con la Sección B una reclamación en el sentido de que una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana ha violado una obligación establecida en la Sección A sea:

(a) por cuenta propia, de conformidad con el Artículo 10.16.1(a), o

(b) en representación de una empresa de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana que sea una persona jurídica propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, de conformidad con el Artículo 10.16.1(b),

si el inversionista o la empresa, respectivamente, ha alegado esa violación de una obligación establecida en la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana.

2. Para mayor certeza, si un inversionista de Estados Unidos elige presentar una reclamación del tipo descrito en el párrafo 1 en un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje de conformidad con la Sección B.

3. No obstante lo dispuesto en el Artículo 10.18, un inversionista de los Estados Unidos no podrá someter a arbitraje de conformidad con la Sección B, una reclamación relacionada con instrumentos de deuda soberanos que tengan un plazo de vencimiento menor a un año, a menos que haya transcurrido un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos que dan origen a la reclamación.