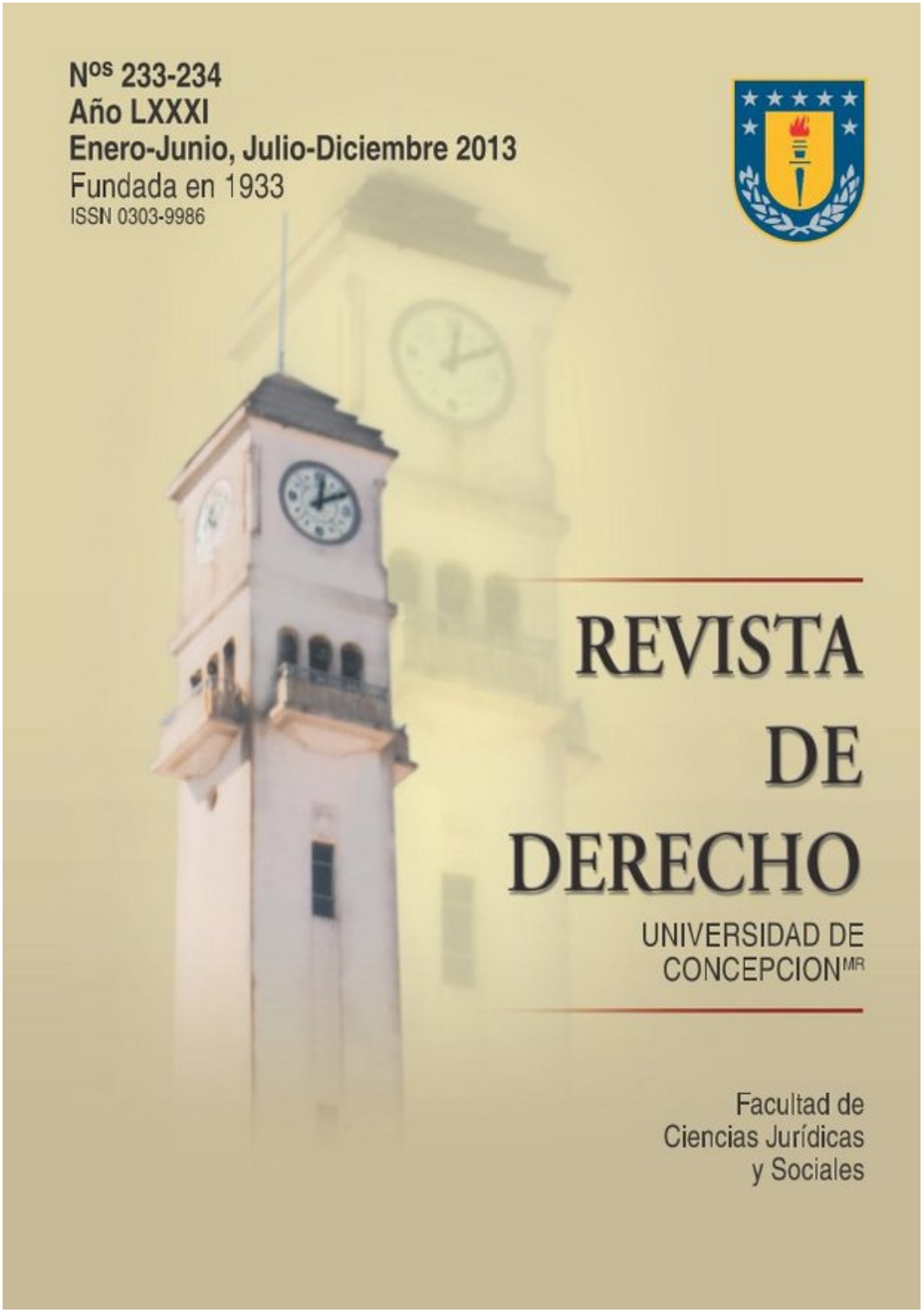
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 233-234: 335-362, 2013 ISSN 0303-9986

LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS[*]

CHRISTIAN G. SOMMER[**]
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Católica de Córdoba
Argentina

RESUMEN

El derecho internacional de las inversiones extranjeras ha experimentado en las últimas décadas un considerable auge, en parte como consecuencia de las decisiones de los procesos arbitrales ante órganos especializados (tribunales ad hoc ante el CIADI o bajo reglas de arbitraje) y con ello se ha fortalecido el análisis y las perspectivas sobre los alcances terminológicos de sus normas aplicables. La interpretación de los árbitros y los doctrinarios sobre cláusulas como de nación más favorecida, paraguas y de estabilización, de expropiación, de trato justo y equitativo, están paulatinamente mutando e implican nuevos desafíos para los inversores y los estados. En ese proceso, la jurisprudencia desarrolla un rol de importancia, ya que permite a los sujetos intervinientes en los procesos el poder comprender cuáles son las interpretaciones que los árbitros suelen hacer del derecho aplicable, a la vez que posibilita a los doctrinarios nutrirse de apreciaciones técnicas que ayuden a sus propuestas de afianzar o modificar los alcances del derecho internacional de las inversiones y sus mecanismos de solución de controversias.

[*] Este artículo corresponde a una ponencia presentada por el autor en los Coloquios de Derecho Internacional 2012, realizada por la Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción en septiembre de ese año.

[**] Abogado (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina). Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba y Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Obispo Trejo 242 (5000) Córdoba - Argentina. sommer_g@hotmail.com

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1. INTRODUCCIÓN

En la última centuria y media, la utilización del mecanismo del arbitraje internacional como uno de los modos pacíficos de solución de disputas en la comunidad internacional, ha posibilitado que los estados, en tanto sujetos de derecho internacional, puedan solucionar sus controversias.

El incremento del intercambio comercial, el flujo de las inversiones y la necesidad de otorgar la suficiente confianza y estímulo a la inversión privada, para la concreción de proyectos de inversión y operaciones comerciales, ha llevado a la consolidación de un medio rápido, eficaz y económico para la solución de controversias derivadas de la aplicación de operaciones internacionales.

Este sistema de solución de controversias representa un mecanismo que prolifera a nivel internacional, dado que muchas veces los sujetos que se desenvuelven en el comercio internacional o en inversiones extranjeras optan por evitar procesos judiciales excesivamente prolongados, comunes en muchos sistemas judiciales de los estados, que entorpecen la fluidez de las transacciones internacionales, en cuanto a los tiempos de espera para obtener una resolución a la disputa, además de acotar los mecanismos recursivos.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO COMO MARCO DE REFERENCIA

El desarrollo del Derecho Internacional Económico (DIE) ha posibilitado en su desarrollo y aplicación el contar con una herramienta jurídica que procura dar respuesta a los fenómenos de las relaciones económicas y financieras que llevan adelante los estados, las personas (físicas y jurídicas) y las instituciones internacionales a la vez que constituye una disciplina jurídica que fluye en paralelo a la institucionalización y globalización económica, pues el DIE es en buena medida la sistematización de los instrumentos que dotaron de estructura legal a organismos internacionales de especialidad económica y financiera, y de aquellos que formalizaron las variadas formas de intercambios económicos entre estados y su incidencia en otros sujetos de derecho[1].

[1] Cft. Abellán Honrubia, V. "El Derecho Internacional Económico". En Diez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público.* 15ª Edic. Edit. Tecnos, Madrid, 2005, pp. 689 y ss; Herdegen, M. *Derecho Económico Internacional.* Edit. KAS – Dike. Medellín, 1994. p. 30; Di Giovan, I. *Derecho Internacional Económico – Relaciones Económicas Internacionales.* Ed- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992; Carreau, D; Flory, T; Juillard, P. *Droit International Economique.* 4ª Edic. *LGDJ,* France, 1998; Lowenfeld, A. *International Economic Law.* Oxford University Press, 2008; Fernández Rozas, J. C. "El

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Se produce así una estrecha relación entre el derecho internacional y los derechos nacionales, los cuales a través de las disposiciones sobre aspectos económicos o de flujo de capitales, cada vez más, influyen en las decisiones que se toman por parte de los estados, afectando a su vez (en parte o en gran medida) a sujetos en la esfera global. Además, muchas de las acciones que los estados llevan adelante en sus políticas monetarias, financieras o comerciales, están supeditadas por un marco de regulación jurídica internacional cada vez más interconectado.

La vocación de los estados a relacionarse económicamente con el exterior, superando situaciones de autarquía económica, es una constante de nuestro mundo, al menos desde los últimos siglos y continúa siéndolo en nuestro tiempo. Los beneficios de las transacciones internacionales han permitido la especialización y, por ende, el aumento de la productividad con la subsiguiente mejora de las posibilidades de desarrollo de los estados en extensas regiones del planeta. Esta especialización se consigue a través de negocios transfronterizos que facilitan el desarrollo de producción, sin cuya existencia quedarían relegadas a lo invertido en el entorno económico de índole local. Esa "transnacionalidad" ha adquirido una nueva dimensión que ha desplazado el tradicional papel del Estado, de suerte que las relaciones económicas de carácter transfronterizo despliegan un carácter global. El Estado no es el único sujeto principal en el escenario internacional, sino que se establece una relación de interdependencia con otros entes como las organizaciones intergubernamentales, las ONGs, las empresas multinacionales, las organizaciones subestatales e incluso los individuos[2].

Sin duda estas últimas esferas de actuación de los particulares y las empresas en el seno de la comunidad internacional han implicado un importante desarrollo del derecho internacional, no sólo en los aspectos económicos y financieros, sino también en la revalorización de la posición jurídica de éstos, dirigida principalmente a la protección de sus derechos. En este sentido, se puede apreciar cómo, en el último medio siglo, el avance de la normativa nacional e internacional en ámbitos como el derecho de las inversiones extranjeras, ha posibilitado que los inversores puedan acceder a los

Derecho económico internacional de la globalización", *Guerra y Paz (1945-2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. País Vasco, 2010, pp. 197-236; Ramacciotti, B. y otros (Edit). *Derecho Internacional Económico,* Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1993. p. 15.

[2] Sobre estas interrelaciones, la posiciones sobre interdependencia en las relaciones internacionales de autores como Keohane, R. y Nye, J. *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, Boston, Little, Brown and Co, 1977, p. 45.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

foros internacionales (principalmente jurisdiccionales) para la reclamación de sus derechos. Cada vez más, los particulares tienen un rol significativo en el avance de regulaciones internacionales que han posibilitado la consolidación de nuevas reglas jurídicas propias de las prácticas cotidianas en las relaciones entre particulares y entre los estados y los particulares. Esta realidad se puede apreciar con mayor consideración en la regulación jurídica de las inversiones extranjeras, la cual implica una relación más estrecha entre el derecho internacional de índole pública con una esfera de relación de índole privada. Por una parte, las regulaciones del clásico Derecho Internacional, a través de tratados, a fin de dar protección a las inversiones hechas en el extranjero por sus nacionales y garantizar condiciones adecuadas para dichas inversiones; pero, por otra, estos "sujetos" internacionales se interrelacionan, cada vez más, en una fase "iusprivatista" en razón de actuar mediante acuerdos y contratos con entes estatales al momento de lograr una concesión o el otorgamiento de una inversión en sus territorios. De allí el carácter mixto del derecho internacional económico, el cual permite abordajes multidisciplinarios al momento de su estudio e implementación[3].

2.1. El derecho internacional de las inversiones extranjeras

2.1.1. Una reseña de su desarrollo

El proceso de implementación de un derecho internacional de las inversiones, a fin de desarrollar mecanismos jurídicos internacionales que posibiliten una adecuada promoción y cooperación entre los estados, (garantizando, a su vez, un trato adecuado y equitativo a sus nacionales), tiene entre sus antecedentes a los denominados Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (TACN), establecidos principalmente en el siglo XIX. Estos tratados estipulaban obligaciones de carácter general para proteger la propiedad de los nacionales de la otra parte, incluyendo disposiciones para el caso de que se produzca una expropiación y normas para regular lo referente a la repatriación de utilidades[4].

[3] Cf. Alvarez, J.A. "The Public International Law regime governing International Investment". *Collected Cours.* Hague Academy of International Law, N° 344 (2009), Martinus Nijhoff, 2011; Rigaux, F. *Droit Public at Droit Privé dans les Relations Internationales.* Edit. Pedone, París, 1977, p. 417.

[4] Cf. Antokoletz, D. *La política aduanera argentina y sus relaciones con la economía política nacional y el derecho de gentes.* Tomo 2, N° 352, 1941, p. 244; Orihuela Calatayud, E. "Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo". *Cuadernos Internacionales* N° 4, UAM, Dikinson. 2004; Savid Bas, L. I.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Luego en los años 20 y 30 del siglo XX, las relaciones comerciales internacionales se expandieron significativamente y estos tratados pasaron a ser los principales instrumentos jurídicos de protección internacional de los inversionistas. A raíz de ello, se dio una primera evolución de estas convenciones, pues se comenzó a incorporar en éstas un "derecho" del inversionista a recibir una compensación pronta, adecuada y efectiva en caso de ser expropiado, de acuerdo con las llamadas "Reglas Hull"[5].

Posteriormente, en los años 60 del siglo XX, se producirá una segunda fase con el desarrollo de los primeros TBI, en los que se incorporaron nuevos alcances en los estándares sobre trato justo, nación más favorecida (NMF), expropiaciones o nacionalizaciones[6]. La novedad de los TBI consistió en que los inversionistas de la nacionalidad de uno de los Estados Parte podían iniciar arbitrajes en contra de los estados receptores de la inversión a fin de resolver controversias "derivadas de una inversión". Como fruto de ese auge de nuevos TBI, es que el Banco Mundial establecerá, a partir de 1965, el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* (Convenio de Washington) para dar un marco legal por el cual los distintos TBI cuenten con un mecanismo legal de solución de diferencias entre estados e inversores con un carácter más institucional frente a los clásicos ya existentes.

Para tal cometido, comienzan a incorporarse en los TBI cláusulas de sometimiento de arbitraje al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), bajo el Convenio de Washington; a tribunales ad hoc bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), o ante otras instituciones arbitrales que hayan acordado las partes en el TBI.

Los tratados y la regulación jurídica del comercio internacional. Tesis de doctorado. Universidad Nacional de Córdoba, mayo de 1971.

[5] Cf. Ymaz Videla, E. *Protección de inversiones extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 10; Kundmüller C. F. y Rubio G. R. "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones. Un nuevo horizonte". *Lima Arbitration*, Nº1 2006. Disponible en www.limaarbitration.net/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio. La regla Hull, acuñada por el entonces secretario de Estado de los EE.UU, consiste en que la expropiación de la propiedad extranjera debe ser seguida de una pronta, justa y adecuada compensación, cuyo pago (de ser pecuniario) debe ser en moneda convertible y transferible.

[6] Cf. Fernández de Gurmendi, S. "Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras". *Relaciones Internacionales. Instituto de Relaciones Internacionales* (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, Nº 3, noviembre de 1992, p. 67.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2.1.2. Su evolución en las últimas décadas

A finales de los ochenta y principios de los noventa, las "políticas" del Consenso de Washington implicaron la transformación política y económica de muchos estados de Latinoamérica, caracterizada por la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación y las privatizaciones de empresas estatales. Siguiendo los consejos de las organizaciones internacionales (FMI, BM), el término "inversión extranjera" se transformó en sinónimo de crecimiento económico y desarrollos y para conseguirlo los estados recurrieron a soluciones unilaterales y bilaterales, ya sea modificando la legislación nacional, o suscribiendo TBI.

La competencia de los estados entre sí para atraer capitales los condujo a la suscripción de un sinnúmero de acuerdos internacionales que, merced a las cláusulas contenidas en cada uno de ellos, ha formado una red de tratados que supera las viejas dicotomías norte-sur y este-oeste. Tales acuerdos abandonaron el clásico esquema del derecho internacional público, con su sistema de protección diplomática y adoptaron mecanismos de resolución de conflictos que admiten un *ius standi* en tribunales arbitrales a favor de los inversores, modificando así la tradición de mantener la doctrina Calvo como una vía de exclusión para acceder a la jurisdicción internacional.

En los años noventa, los flujos de IED hacia América Latina y el Caribe registraron una vigorosa expansión paralela a la de los flujos globales de IED. Partiendo de un nivel de 7.700 millones de dólares a inicios del decenio, los ingresos netos de IED en la región crecieron hasta 93.800 millones de dólares en 1999. Si entre 1990 y 1994 los ingresos medios se situaron en 18.200 millones de dólares anuales, entre 1995 y 1999 este promedio se triplicó hasta 64.500 millones de dólares. Por su parte, en la última década, el aumento de la IED en la región trepó de los 43.000 millones de dólares hacia 2001, hasta un pico de unos 135.000 millones de dólares en 2008. Para 2010 la región de América Latina y el Caribe tuvo una mayor fortaleza frente a la crisis financiera internacional y se convirtió en la región con mayor crecimiento, tanto en la recepción como en la emisión de flujos de inversión extranjera directa (IED) a nivel mundial. Según la CEPAL, la llegada de IED aumentó un 40% respecto del año anterior y totalizó 113.000 millones de dólares, mientras que las salidas casi se cuadruplicaron y alcanzaron la cifra récord de 43.000 millones de dólares, lo que da muestra del gran dinamismo de las empresas latinoamericanas. La recuperación de la IED en la región se enmarca en un

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contexto en que los países en desarrollo han aumentado su participación en los flujos de IED, tanto en calidad de receptores como de emisores[7].

3. ESTÁNDARES Y REGLAS QUE ESTIPULAN LOS TBI

3.1. Trato justo y equitativo

Este tipo de estándar, si bien ha sido desarrollado por la doctrina y ampliamente aplicado por la jurisprudencia arbitral, no constituye en sí un estándar que pueda ser utilizado en términos generales, sino más bien deberá estarse a las condiciones y circunstancias que en cada caso se apele, a fin de verificar su aplicación en la reclamación de la vulneración de un contrato o un TBI[8]. Esto implica que a todo inversor se le debe garantizar el poder ejercer sus inversiones en el Estado receptor, libre de toda injerencia de los órganos del Estado o de terceros que puedan implicar acciones discriminatorias o abusivas y que, a su vez, impliquen una desventaja frente a otros sujetos públicos o privados. Se exige así la garantía, por parte del Estado receptor, de un nivel mínimo de trato hacia el inversor que no puede transgredir y posibilite la consecución de los compromisos acordados, a la vez que frente a toda diferencia o inconveniente de trato entre el inversor y el Estado, este último actúe de manera justa, razonada y equitativa.

[7] CEPAL. *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*. Informe 2001 www.eclac.org/publicaciones/xml/8/10478/lcg2178.pdf Informe 2010. www.eclac.org/publicaciones/xml/9/43289/Capitulo_I_IED_2010_WEB_FINAL.pdf

[8] Cf. Dolzer, R. y Stevens, M. *Bilateral Investment Treatis*. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston, Londres. 1995; Dolzer, R. y Schreuer, Ch. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, p. 119; Ymaz Videla, E. *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999. Granato, L. *Protección del inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*, 2005, Disponible en *www.eumed.net.*; Tawil, G. S. "Los Tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional". *LL*, 2000 - D, 1106. Sobre este estándar ver también Barraguirre, J. "El sistema de solución de controversias en materia de inversiones". *Anuario de la AADI*, Córdoba, 2010, p. 145-188; Schreuer, Ch. "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade*. Vol. 6, Nº 3, Geneva, 2005, p. 356 y ss. El estándar de trato justo y equitativo encuentra su primera expresión en la Carta de la Habana de 1948, cuando se produjo el primer intento de establecer un organismo internacional para el comercio. Posteriormente fue planteada en los borradores de la Convención Abs-Schawcros de 1960 y de la Convención de Protección de la Propiedad en el Extranjero en el marco de la OCDE de 1967. Con los TBI de los EE.UU. a inicios de los años 70, se comienza a incorporar dicha cláusula. Cf. UNCTAD. *Fair and Equitable Treatment.*Vol III. UNCTAD/ITE/IIT/11.Series on Issues in International Investment Agreements.United Nations, 1999, pp. 10 y ss.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El trato justo y equitativo no será en ningún caso menor que el acordado por las normas y principios del derecho internacional. Es decir, que todo inversor debe poder recibir un trato no menos favorable que el recibido por otro inversor o un nacional, estándar también muy relacionado con el de *trato nacional*[9].

En diversas oportunidades, los tribunales arbitrales sobre inversión han enunciado los alcances de estos términos. En el asunto *Tecmed vs México* se sostuvo que: (…) *El inversor extranjero espera del Estado receptor que actúe en forma consistente, libre de ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversor extranjero (…) sin que arbitrariamente revoque cualquier precedente decisión o normativa emitida que fuese tomada por el inversor para asumir sus compromisos y para alcanzar sus actividades comerciales*[10]. En el caso de las demandas contra Argentina, este tipo de estándar de protección es el que ha primado en los reclamos de los inversionistas, ya sea en los asuntos *CMS*[11], *LG&E*[12], *Enron*[13], *Sempra*[14] (respecto a la modificación por parte del Estado del marco regulatorio contrario a los términos de las licencias acordadas en el sector de hidrocarburos); como en *Aguas del Aconquija (Vivendi)*[15], *Azurix*[16], *Siemens*[17], *Thales Spectrum*[18] (respecto a la rescisión de contratos de largo plazo) o *Continental Casualty*[19] (por la modificación en los valores cotizables de letras de cambio), entre otros.

Cabe remarcar también que por la indeterminación de este estándar, en ciertas circunstancias se puede ocasionar cierta inseguridad jurídica al Estado receptor, por lo que se torna relevante que los estados puedan establecer

[9] Diversos TBI formulan en sus cláusulas estos estándares necesarios para garantizar una inversión extranjera. El TBI entre Argentina y Australia lo estipula en su artículo 4, con Canadá en su artículo II(4); con Italia en su artículo 2.2, con Francia en su artículo 3, entre otros.

[10] *Técnicas MedioambientalesTECMED vs. México* (Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2). Laudo del 29 de mayo de 2003. Párr. 154. L; Sobre este punto se han referido laudos como: *Waste Management Inc. vs. México* (Caso CIADI ARB(AF)00/3). Laudo del 30 de abril de 2004; *MCI Group y New Turbine vs. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/03/6), Laudo del 31 de julio de 2007, párr. 278.

[11] *CMS Gas Transmission vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/08).

[12] *LG&E Energy Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/02/01).

[13] *Enron Corporation Ponderosa Assets LP vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/3).

[14] *Sempra Energy International vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/16).

[15] *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi SA vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/97/3).

[16] *Azurix Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/12).

[17] *Siemens AG vs. Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/02/08).

[18] *TSA Spectrum de Argentina SA vs. Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/05/5).

[19] *Continental Casualty Company vs. Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/03/9).

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

parámetros más objetivos sobre los cuales discurran las legislaciones nacionales y las medidas de políticas públicas que se deben aplicar en ciertas circunstancias. El implementar un mecanismo que permita al Estado determinar altos estándares de calidad en cuanto a trato justo al inversor implicará, por una parte, brindar ámbitos más propicios para la inversión, pero con su correlato de un eficaz mecanismo de control y resolución de diferencias cuando éstas se presenten, a fin de evitar que situaciones de reclamaciones por incumplimiento de los contratos nacionales escalen e impliquen la adopción de medidas que a posteriori puedan ser consideradas como violación al estándar protegido en el TBI.

3.2. La cláusula de Nación Más Favorecida (NMF)

Esta cláusula utilizada en los TBI e instrumentos regionales de promoción de inversión (artículo 1° de los Protocolos de Buenos Aires y artículo 3° del Protocolo de Colonia en el ámbito del MERCOSUR; artículo 10 de la Carta de la Energía en el ámbito Europeo, entre otros) ha sido esgrimida por parte de los inversores, en algunos casos en forma abusiva. Como tal, el estándar de nación más favorecida ha permitido lo que la doctrina ha catalogado como la "multilateralización de los tratados" en materia de inversiones, frente a la protección a que aspira un inversor[20]. Este estándar sobre tratamiento acordado a los inversores implica que en aquellos supuestos donde un TBI otorgue un mejor trato a un inversor de un tercer Estado, pero que ambos hayan firmado un TBI con el Estado receptor, pudiera aplicarse el TBI más favorable al inversor[21].

[20] Cf. Perugini, A. "La definición de la persona física y la cláusula de la Nación Más Favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones". En Gutiérrez Posse, H. (Coord). *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones*. Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Navegación. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1993, p. 35 y ss; Faya Rodríguez, A. "The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?". *Journal International Arbitration*, Vol. 25, N° 1 (2008), pp. 93-96; Fernández Masía, E. "Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras". Reei, Vol. 13, (2007), pp. 16-20; Orrego Vicuña, F. (Dir). *América Latina y la cláusula de la Nación Más Favorecida*. Santiago de Chile, 1972, p. 17; Vesel, S. "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favoured-Nation in Bilateral Investment Treaties". *Yale Journal of International Law*. Vol. 32 (2007), 125-129, pp. 154-192. En el ámbito del Derecho Internacional dicha cláusula representa un estándar controvertido al momento de su aplicación. La CIJ en algunos fallos ha tenido la oportunidad de hacer alusión a ella. Ver: Asunto *Empresa Petrolera Anglo-Iraní*. Sentencia sobre competencia del 22 de julio de 1952 (*Recueil*, 1952, pp. 2018 y ss), y *Derechos de los nacionales estadounidenses en Marruecos*. Sentencia del 27 de agosto de 1952 (*Recueil*, 1952, pp. 191 y ss).

[21] Vgr. artículo 3 del TBI entre Argentina - Italia de 1990. *Tratamiento Nacional y Cláusula de la Nación más Favorecida (1) Cada Parte Contratante, en el ámbito de su territorio, acordará a las inversiones*

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Cabe recordar que en el ámbito de la CDI de la Asamblea General de la ONU, se desarrolló inicialmente un proyecto de artículos sobre la cláusula de nación más favorecida, que ha tenido relativos avances en los últimos años[22].

En sí este principio requiere estar estipulado bajo condiciones generales y no tanto para inversiones en particular, a la vez que en algunos casos el acceso a estas cláusulas se aplican sobre aquellos TBI conformados con anterioridad del cual es nacional el inversor, mientras que otros, sólo lo estipulan en casos de los TBI que se firmen en adelante.

Un punto que ha generado diversas controversias sobre la invocación de la cláusula de NMF ha sido la utilización del estándar en búsqueda de acceder a la jurisdicción de tribunales arbitrales, a fin de evitar el agotamiento de recursos internos del Estado receptor. Así, el caso paradigmático sobre este punto ha sido el asunto *Maffezini vs. Reino de España*[23], donde el Tribunal sostuvo que,

realizadas por inversores de la otra Parte Contratante, a las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas y a todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo, un trato no menos favorable a aquél otorgado a sus propios inversores o a inversores de terceros países.

[22] Documento A/CN.4/ 213 del 18 de abril de 1969, segundo informe sobre la cláusula de la nación más favorecida, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970, Vol. II, p. 204, 9 de marzo y 18 de mayo de 1970. En 1978, la CDI presentó su proyecto que no fue considerado por la Asamblea General. En su 60º período de sesiones, donde la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "La cláusula de la nación más favorecida" y establecer un Grupo de Estudio sobre la cuestión en su 61er período de sesiones. En el 61er período de sesiones (2009) se estableció un Grupo de Estudio, copresidido por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera. El Grupo de Estudio se volvió a constituir en el 62º período de sesiones (2010) bajo la misma copresidencia. En su 3119ª sesión, el 8 de agosto de 2011, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los copresidentes del Grupo de Estudio. (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, 63º, 64º, 65º períodos de sesiones,* Suplemento Nº 10(A/63/10), párr. 354; Suplemento Nº 10 (A/64/10), párrs. 211 a 216, Suplemento Nº 10 (A/65/10), párrs. 359 a 373) y Suplemento Nº 10 (A/66/10), párrs. 354 a 362. En 2010 y 2011 el Grupo de Estudio decidió tratar de determinar en mayor medida el contenido normativo de las cláusulas NMF en el ámbito de las inversiones y de realizar un ulterior análisis de la jurisprudencia que incluyera la función de los árbitros, los factores que explican planteamientos diferentes a la hora de interpretar disposiciones NMF, las divergencias y las medidas adoptadas por los estados en respuesta a la jurisprudencia. El Grupo concentró sus estudios sobre el documento de trabajo en la "interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones" preparado por Donald McRae. El documento de trabajo partía de un estudio anterior sobre "La cláusula NMF y el asunto *Maffezini*", elaborado por Rohan Perera, y trataba de determinar los factores que los tribunales habían tenido en cuenta a la hora de adoptar sus decisiones para calibrar si con ello se arrojaba alguna luz en las divergencias que existían en la jurisprudencia, con miras a identificar categorías de factores que se habían alegado en los distintos asuntos y evaluar su importancia relativa en la interpretación y aplicación de cláusulas NMF.

[23] *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España (*Caso CIADI Nº ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero de 2000. El tribunal analizó la cláusula NMF del TBI entre Argentina y el Reino de España en relación con las disposiciones del TBI entre Chile y España, el cual no requería el agotamiento de cierto período de tiempo antes de registrar una demanda. Ver también los asuntos *Plama Consortium SA vs. Bulgaria*. Caso CIADI Nº ARB/3/24. Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005; *Suez,*

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en ausencia de disposiciones expresas en contrario, las disposiciones relativas a disputas de inversiones de otro tratado de la misma naturaleza se pueden extender a un inversionista de un tercer país porque el propósito del TBI es proteger a los inversionistas extranjeros y sus derechos, y porque las disposiciones de arreglo de disputas de inversiones están íntimamente relacionadas con la protección de inversiones. En esa dirección el tribunal en el asunto *Hochtief AG vs. Argentina*, analizó su jurisdicción respecto a un reclamo efectuado por el inversionista alemán de acudir al CIADI, utilizando la cláusula de NMF en el contexto del TBI entre Argentina y Chile, que excluye la posibilidad de espera de hasta 18 meses antes de elevar un caso a las instancias internacionales frente al TBI Alemania-Argentina que sí lo exige. Expresó el tribunal que: (…) *El Tribunal considera que la frase "la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión" incluye el derecho de recurrir a mecanismos de resolución de diferencias como un aspecto dentro de la administración de la inversión. Efectivamente, el derecho ('procesal') de hacer efectivo otro derecho ('sustantivo') es un componente dentro del compendio de derechos y obligaciones que conforman el concepto jurídico de lo que constituye propiedad. (…) El Tribunal considera que las disposiciones del Artículo 10 que, sea cual fuere la interpretación que se adopte, brindan a los inversionistas la posibilidad de recurrir al arbitraje, además de reconocerles el derecho de recurrir a los tribunales nacionales, constituyen una forma de protección de la que se goza dentro del contexto de "la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión"*[24].

La reacción de los estados que celebraron acuerdos de inversiones tras el asunto *Maffezini* indica una tendencia a manifestar de manera expresa si la cláusula NMF es aplicable o no a los procedimientos de arreglo de controversias. En el asunto *Impregilo vs. Argentina*, dos árbitros hicieron lugar a la jurisdicción del Centro, mientras que el tercero (la profesora Brigitte Stern) con muy buen criterio expresó sus disidencias sobre ello. En este asunto, el Tribunal por mayoría expresó: (…) *Es cierto, tal como fue señalado, que la jurisprudencia en torno a la aplicación de las cláusulas NMF a las normas de resolución de controversias no es congruente. Sin embargo, en aquellos casos en que la cláusula*

*Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. Argentina (*Caso CIADI N° ARB/03/19), Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010, como así también *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentina, (*Caso CIADI N° ARB/03/17), Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010.

[24] *Hochtief AG vs. Argentina*. Caso CIADI Nº ARB/07/31. Decisión sobre jurisdicción del 24 de octubre de 2011. Párr. 66 y 68.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

NMF ha hecho referencia a "todas las demás cuestiones" o a "toda cuestión" regulada por el TBI, la conclusión ha sido casi unánime en el sentido de incluir las normas de resolución de controversias. Sobre esta base, la mayoría del Tribunal concluye que Impregilo tiene derecho a sustentar su reclamo, en este aspecto, sobre la base de las normas de resolución de controversias contenidas en el TBI Argentina-Estados Unidos y que no puede desestimarse el caso por la falta de cumplimiento con los requisitos establecidos en los artículos 8(2) y 8(3) del TBI Argentina- Italia[25]. Para el tribunal ese razonamiento estuvo básicamente presente al considerar que la espera de 18 meses en nada hubiera modificado el acceso del inversionista al CIADI; por lo que solamente habría retrasado el tiempo de presentación.

En igual sentido, se han expresado autores como Van Harten, quien deja abierta la posibilidad de un alcance más amplio de la cláusula de NMF[26]. Sostiene el autor que mucho depende de la redacción de la cláusula NMF en particular, ya que algunos TBI indican si una cláusula de NMF se aplica en la solución de controversias o no, y en ausencia de tal indicación, no habría razón convincente para distinguir entre las normas sustantivas y de solución de controversias.

Estas "doble vías" a las cuales algunos inversores han apelado para lograr acceder a los ámbitos arbitrales internacionales, sobre la base de evitar llevar los casos ante los tribunales locales de los estados receptores, está motivando que se distorsione los alcances de la pretensión de estas cláusulas, más bien referidas al trato que debe un Estado brindar a un inversor, respecto a otros, pero sin que ello implique, a su vez, el pretender incorporar de facto que dichos alcances deben ser también aplicados a cuestiones procesales en cuanto al acceso a los ámbitos de solución de controversias que los diversos TBI estipulan. Estas posturas, que los árbitros terminan aplicando a través de sus fallos, alteran el alcance que los estados se comprometen cuando acuerdan los TBI al no incluir cláusulas de NMF. No tendría razón de ser que si dos estados soberanos deciden establecer un mecanismo de solución de disputas, ello implicará luego que se aceptara tácitamente que el inversor eligiera cualquier otro a su "preferencia". En tal sentido, la aplicación desproporcionada de la cláusula de NMF sería contraria a los alcances de buena fe que se debería hacer del término "trato favorable" a tenor de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

[25] *Impregilo spA vs. Argentina*. (Caso CIADI N° ARB/07/17), Laudo del 21 de julio de 2011, párr. 108.
[26] Van Harten, G. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press. 2007.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De allí que se comparta lo expresado en la opinión disidente del árbitro Stern en el asunto *Impregilo*, al sostener que: *(…) existen dos tipos diferentes de disposiciones en los TBI que deben distinguirse en esta amplia categoría de "todas las demás cuestiones", como expondré a continuación. Existen derechos y existen condiciones fundamentales para acceder a los derechos. En otras palabras, existen normas que confieren derechos sustantivos y jurisdiccionales a los inversores extranjeros respecto de sus inversiones y existen normas que regulan el acceso de los inversores extranjeros a los derechos sustantivos y jurisdiccionales otorgados por el tratado base. Considero que una cláusula NMF sólo puede referirse a los derechos de los que un inversor puede gozar, no puede modificar las condiciones fundamentales para el ejercicio de dichos derechos, es decir, las condiciones insuperables para acceder a los derechos otorgados en virtud del TBI*[27].

En tal sentido, se debe ponderar aquellas posturas que tienden a restringir el uso de la cláusula NMF para los casos referidos al goce de mejores estándares de protección de derechos de inversión en un Estado, más que sobre el acceso a mecanismos de solución de controversias a voluntad del inversor. El desconocer lo acordado por los Estados Partes en los TBI, a fin que tribunales nacionales puedan conocer sobre reclamaciones esgrimidas por el inversor, pone en evidencia el desequilibrio que también se genera al no cuestionarse las disputas que surjan por el incumplimiento (principalmente respecto del contrato entre el Estado y el inversor) en un ámbito jurisdiccional con un mayor conocimiento sobre el alcance y la interpretación de las normas locales y sus procedimientos, respecto al grado de exigibilidad (o no) sobre el cumplimiento de las obligaciones de las partes de un TBI.

3.3. La cláusula paraguas

Este tipo de cláusulas tienen como fin incluir dentro del ámbito del respectivo TBI aquellas acciones ejercidas por el Estado que no configuran necesariamente como expropiatorias ni como denegatorias de trato justo y equitativo, constituyendo un efecto de cláusula residual. Diversos TBI contienen disposiciones, según las cuales, es considerado violación del tratado el incumplimiento por parte del Estado anfitrión de cualquier de sus obligaciones, sean éstas de naturaleza del TBI o contractual[28]. Así por ejemplo,

[27] *Impregilo spA vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/17), Laudo del 21 de julio de 2011. Opinión disidente de la Prof. Brigitte Stern. Párr. 47.

[28] TBI EE.UU - Argentina (Ley 24.124), TBI China - Argentina (Ley 24.325), entre otros.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ante un supuesto incumplimiento contractual por parte del Estado anfitrión, el inversionista tiene la posibilidad de intentar dos acciones: una de naturaleza contractual y otra derivada del TBI. Además, se pretende efectuar la protección de disposiciones diversas, tales como las que garantizan la libre transferencia de los dividendos y la repatriación de capitales en moneda de libre conversión y la de poder trasladar empleados de la nacionalidad del inversionista extranjero al Estado anfitrión.

Esto ha dado paso a diversos laudos en donde ciertos inversionistas han procurado utilizar vías de reclamos contractuales a través del uso de acciones por violación de estándares de protección previstos en los TBI, lo que suele generar una duplicidad de procesos[29].

Estas distinciones sobre los ámbitos de protección de las cláusulas paraguas han dado lugar a una amplia producción de estudios y fallos arbitrales sobre los efectos de los denominados *"contract claims" y "treaty claims"*[30]. En diversos casos, los árbitros no han sido precisos en acordar un punto en común sobre los alcances de este tipo de cláusulas, sin embargo ha prevalecido la posición más restrictiva sobre los alcances de la misma en el sentido de diferenciar los incumplimientos de contratos sobre los del TBI, ya que en muchos casos los sujetos responsables no son los mismos[31].

[29] Sobre este punto ver los casos: *Societé Générale de Surveillance S.A. (SGS) vs. Pakistan*. En *International Arbitration Report*, Vol 18, N° 9, septiembre 2003, párr. 167. Una compañía suiza (SGS) había suscrito un contrato con Pakistán para prestar servicios de inspección, en relación con productos que se iban a exportar desde ciertos países hacia Pakistán. Posteriormente, Pakistán le notificó a SGS que había terminado el contrato. Tanto Pakistán como SGS intentaron acciones legales separadas en Suiza y Pakistán por incumplimiento de contrato. SGS también registró una solicitud de arbitraje ante CIADI, alegando que Pakistán había incumplido el contrato y había violado el TBI entre Suiza y Pakistán. El demandado objetó la jurisdicción del Tribunal arbitral, entre otras razones, porque la disputa tal y como había sido presentada por el demandante había surgido de actos y omisiones con respecto a un contrato entre Pakistán y SGS, el cual además tiene un artículo relativo a la escogencia del mecanismo de solución de disputa, que no contenía referencia a CIADI. Por su parte, SGS argumentó que por razón de una supuesta cláusula paraguas (artículo 11) en el respectivo TBI, el incumplimiento de un contrato se convertía en una violación del TBI. En consecuencia, cuando el contrato se incumplió, SGS tenía dos acciones en contra de Pakistán; una por incumplimiento del contrato y otra por violación del TBI. El Tribunal señaló, (...) *bajo el Derecho Internacional, una violación de un contrato suscrito por el Estado con un inversionista de otro Estado, no es, por sí misma, una violación del Derecho Internacional.*

[30] Cfr. Cremade, B. y Cairns, D. "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes". En Horn, N. y Kröll, S. (Edit.), *Arbitrating Foreign Investment disputes: Procedural and Substantive Legal aspects*, Hague, Kluwer Law International, 2004, pp. 325-35; Fernández Masía, E. "Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras". *Instituto de Investigaciones jurídicas.* Nº 5, 2004, UNAM. México. pp. 397-412. Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/10.pdf.

[31] *Lauder vs. República Checa*. Laudo del 3 de septiembre de 2001 (Tribunal ad hoc bajo reglas UNICTRAL); *CME vs. República Checa*. Laudo del 14 de marzo de 2003 (Tribunal ad hoc bajo reglas

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esto ha sido reiterado en el asunto *El Paso vs. Argentina*, cuando el tribunal expresó que: *(…) una cláusula paragua no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aún los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado. (…) sería, en verdad, extraño que la aceptación del TBI entrañaría la responsabilidad internacional del Estado de las inversiones extranjeras incorporadas en el Tratado y convirtiera al Estado responsable de las violaciones de cualquier compromiso del derecho nacional o internacional, con "respecto a las inversiones"*[32]. Cabe también especificar que este tipo de cláusulas, si bien puede ser entendida en un sentido amplio o un sentido más restricto sobre los ámbitos de aplicación del TBI, no cualquier inversionista podría esgrimir dichas cláusulas al pretender aplicarlas mediante la invocación de la cláusula de NMF, ya que el marco jurídico que regula las cláusulas paraguas no es expansivo a un derecho del cual el inversor no es parte. Las cláusulas paraguas, sin bien han sido para situaciones de posibles inestabilidades políticas en países destinatarios de mayores inversiones, han perdido los objetivos primarios con que fueron ideadas, constituyendo en la actualidad una forma de *corsé* jurídico que impide a los estados muchas veces actualizar sus legislaciones acorde a parámetros más equitativos y de control sobre aspectos de la economía y el desarrollo sustentable. La incorporación de mayores principios de adecuación de dichas normas, más que atentar contra los derechos del inversor, posibilitarían mayor previsibilidad a los acuerdos entre las partes en la vida futura del contrato y con ello un mejor cumplimiento del TBI.

3.4. Expropiación

En principio, todo Estado está legitimado a expropiar los bienes que se encuentren en sus territorios, en base a un acto de soberanía o de ley. Sin embargo, esas expropiaciones no pueden ser arbitrarias. La expropiación a la que pueden estar sometidos los inversionistas extranjeros, sólo puede ser admitida

UNICTRAL); *Société Générale de Surveillance (SGS) vs. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/01/13). Laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003; *Société Générale de Surveillance (SGS) vs. Filipinas* (Caso CIADI N° ARB/02/06). Laudo sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004; *Azurix Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB01/12). Decisión sobre anulación del 1 de septiembre de 2009.

[32] *El Paso Energy International Co vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/15). Laudo del 27 de abril de 2006, párr. 82.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cuando sirva a un interés o fin común del Estado, sin que implique un acto discriminatorio o direccionado contra un inversor en particular, en el contexto de la legalidad y un debido proceso, medida que debe estar ligada a una debida y justa indemnización previa[33]. Si estas condiciones no se manifiestan, se estará más bien frente a una "confiscación" de los bienes o derechos del inversor. Una expropiación de la inversión puede constituirse en la pérdida de la totalidad de los bienes invertidos (directa) o en restricciones que el Estado ejecuta contra el inversor y que le priva de un normal desarrollo de la inversión, coartando sus derechos legítimos de retribución económica por las inversiones efectuadas (indirecta).

Los TBI suelen estipulan cláusulas que prevén los mecanismos y las condiciones en que el Estado receptor puede proceder a nacionalizar o expropiar una inversión. En el caso de los TBI firmados por la República Argentina, ello puede avizorarse, entre otros, en los acuerdos con Francia (artículo 5.2); Estados Unidos (artículo IV.1); Canadá (artículo 5). Los tratados, aun cuando varíen en su sintaxis, refieren a nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente. La extensión que se le otorgue al concepto de "medidas de efecto equivalente" se modificará según los casos. El laudo pronunciado en *Compañía del Desarrollo Santa Elena SA vs. Costa Rica*[34], así como laudos más recientes dirimidos bajo el Mecanismo Complementario del CIADI al

[33] Cfr. Dolzer, R. "Indirect expropriation of Alien Property". *ICSID Review*, 1, 1986, p. 42; Gónzalez de Cossio, F. "Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión". En Rodríguez Jiménez, S. y Wöss; H. (Coord). *Arbitraje en Materia de Inversiones*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie 155, UNAM, México 2010, p. 21 y ss; Herdegen, M. "Derecho de Expropiación internacional y derecho de inversiones. En *Derecho Económico Internacional*. Edit. KAS - Dike. Medellín, 1994, pp. 259-284; Jiménez de Arechaga, E. "State responsibility for the Nationalization of Foreign Owned Property". *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 11 N° 2 (1978), p. 179 y ss; Kriebaum, U. "Partial Expropriation". *Journal of World Investment & Trade*. Vol. 8, N° 1, febrero 2007, p. 70 y ss; Newcombe, A. "The Boundaries of Regulatory Expropriation under International Law". *ICSID Review* (2005), pp. 20:1; Páez, M. "La expropiación indirecta frente al CIADI. Consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados". *Revista Estudios Internacionales*. Universidad de Chile. Abril 2006, pp. 5-36; Piran, H. "Indirect Expropriation in the Case Law of the Iran-United States Claims Tribunal", *The Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 6. 1995, pp. 140-247; Reinisch, A. "Legality of Expropriations". *2007. Vienna Conference on Standards of Investment Protection*. Vienna University, septiembre 2007. Schwarzenberger, G. *Foreign Investments and International Law*. Stevenson & Sons, London, 1969, p. 7 y ss; Stern, B. "What are the contours of indirect expropriation". *Perspectives* 15- 01/09. LASIL-SLADI. 2009. Disponible en http://www.lasil-sladi.org/articulos.html.

[34] *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. vs. Costa Rica* (Caso CIADI N° ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero de 2000.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

interpretar el Capítulo XI del TLCAN[35], muestran una inclinación hacia un concepto amplio de expropiación que no exige transferencia de la propiedad, bastando la privación del derecho.

Por su parte, en el ámbito del CIADI se ha procurado un equilibrio entre dichas posturas, en orden de aplicar los parámetros del derecho internacional teniendo en cuenta el derecho nacional o en aquellos casos en donde el derecho local del Estado sea más claro en la medida que no contradiga el derecho internacional[36]. Las medidas implementadas por los estados, a través de la expropiación de las inversiones, suelen implicar medidas legislativas en donde la declaración de utilidad pública deviene en tiempos considerablemente cortos y sin estudios previos de tasación económica de las inversiones, estableciendo el Estado criterios no todo objetivos sobre los valores de mercado de la empresas que se desarrollaban en el marco de la inversión extranjera, tales como los casos *Yukos vs. Federación Rusa*[37] o *Cemex vs. Venezuela*[38]. A su vez, la declaración de utilidad pública, quedando sujeta a una futura tasación económica y financiera, sin posibilidad de objeción por parte del inversor, a la vez que se suele expropiar una empresa o inversión pero no otra del mismo sector de la economía, termina generando actos discriminatorios, que suelen obedecer más a criterios políticos del gobierno en gestión que por razones puramente de interés público o estratégico de un Estado. Un caso así podría ser la reciente expropiación directa de la empresa *Repsol-YPF* de manos del Estado argentino a los inversionistas españoles, tenedores de la mayoría de las acciones de la empresa YPF[39].

[35] *Bayview Irrigation District vs. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/05/1). Laudo del 19 de junio de 2007; *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. vs. México (*Caso CIADI N° ARB(AF)/04/5). Laudo del 21 de noviembre de 2007.

[36] *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) vs. Liberia* 26, ILM, 647, (1987); Asunto *AGIP vs. Congo* (Caso CIADI N° ARB/77/1), Laudo del 30 de noviembre de 1979. Si bien utilizó una aclaración por la cual en algunas circunstancias el término "pleno" podía ser limitado, el tribunal no aclaró en qué circunstancias.

[37] Entre 2003 y 2004, el Estado ruso expropió la empresa petrolera y de gas Yukos, bajo la justificación de ejecutar deudas fiscales de la empresa, pero no indemnizó adecuadamente a los inversores, encarcelando a su vez al principal accionista de la empresa. Como consecuencia de las acciones emprendidas por el Estado ruso, accionistas ingleses demandaron al Estado ante un tribunal por violación de trato y actos discriminatorios (*RosInvest Co UK Ltd vs. Federación Rusa*, caso N° Vo79/2005), al igual que las demandas presentadas ante el órgano arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo por parte de inversionistas españoles (*Renta 4 SVSA y otros vs. Federación Rusa*, Caso N° 24/2007).

[38] *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. vs. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/08/15). Laudo sobre jurisdicción del 30 de diciembre de 2010.

[39] El gobierno argentino dictó en abril de 2012, un decreto de necesidad y urgencia (N° 530/12) por el que se disponía la intervención de la empresa YPF en manos hasta ese momento del control

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Más allá de estas causales enfáticas, en la actualidad se puede apreciar una tendencia hacia un concepto amplio de expropiación, es decir, considerar que el concepto de expropiación no implica necesariamente la transferencia del derecho de propiedad, y que basta con la privación del derecho[40].

Las situaciones sobre las que se pueden aplicar expropiaciones indirectas son de un mayor grado de complejidad en razón que no se está privando en forma física los bienes o el patrimonio del inversor, sino que la misma tendrá su razón por acciones que el Estado receptor ejerza mediante la aplicación de medidas impositivas excesivas, o la aplicación de medidas administrativas o judiciales que se tornen arbitrarias[41]. Estas medidas equivalentes a una expropiación constituyen un fenómeno autónomo a la expropiación directa, sin embargo

accionario de la multinacional Repsol. Paralelamente el Gobierno remitió al Congreso Nacional un proyecto de ley para la nacionalización de la empresa, afectando el 51 % del total del 57 % del paquete accionario de Repsol, pero sin solicitar la nacionalización del resto del paquete accionario en manos de privados (accionistas con un 17 %) u otros grupos de empresarios (25%). El Estado ha justificado su medida en la falta de inversión de la empresa y en políticas dilapidadoras de los recursos naturales del país. Actualmente, el inversor ha presentado demandas ante tribunales estadounidenses y se prevé la posibilidad de elevar una demanda ante el CIADI por violación del TBI entre España y Argentina. Para profundizar sobre este caso ver: Jiménez Piernas, C. "La expropiación de YPF: análisis desde el derecho internacional". *Real Instituto Elcano.* Madrid, abril de 2012. Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/ari31-2012

[40] *Waste Management, Inc. vs México.* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3). Laudo, 30 de abril de 2004.

[41] Retrotrayéndonos en el tiempo, estas prácticas no son recientes, por lo que los tribunales internacionales en diversas ocasiones han tenido que analizar los alcances de estas medidas. Así para mencionar algunos, podemos aludir a los casos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional como el del asunto de *Intereses alemanes en la alta Silesia Polaca*, *Reclamaciones Noruegas* o el asunto de la *Fábrica de Chorzow,* en los que se ha demostrado que un Estado puede expropiar activos cuando interfiere con la administración de los inversores aunque manifieste la ausencia de dicha intención. Estos casos, tomados conjuntamente, muestran que, aunque un Estado no tenga la intención de interferir con derechos de propiedad, puede, mediante sus actos, hacerlos tan inservibles que se entenderá que los ha expropiado. Cabe aludir también al asunto de *Oscar Chinn,* de 1934, en el que se planteó, si una serie de acciones del gobierno belga al subsidiar el transporte hacia el Congo a una empresa del cual era su socio mayoritario, había conformado con dicha medida estatal una expropiación indirecta a la empresa británica que hasta ese momento ejercía el negocio, reduciendo el valor de los fletes, haciendo así inviable el continuar con el negocio. El tribunal consideró que la reducción de utilidades de la empresa británica se había debido a la situación económica general y no a las medidas adoptadas por el gobierno belga, no aceptando los argumentos esgrimidos por el Reino Unido referidos a que Bélgica era responsable de las pérdidas del señor Chinn. *Oscar Chinn - (United Kingdom vs. Belgium)* 1934 C.P.J.I, ser A/B, Nº 63. Parr. 88 h. A estas situaciones, ya en el ámbito de la CIJ, basta recordar el célebre caso *Barcelona Traction* de 1970 en donde se analizaron circunstancias de medidas administrativas y judiciales que habrían llevado a la expropiación indirecta, aunque en el presente caso la Corte sostuvo que, de acuerdo con la costumbre internacional, los accionistas de sociedad inversionista extranjera no tenían derecho a reclamar por perjuicios sufridos por expropiación indirecta y sólo podría hacerlo la sociedad. *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited - (Belgium vs. Kingdom of Spain), ICJ Report,* 1970, p. 3.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mantienen los requisitos exigidos a esta última para su configuración. Por ello es que diversos TBI hacen alusión a estas posibles situaciones[42].

A su vez, para que exista expropiación indirecta es necesario que la privación sea permanente, no bastando una medida transitoria. Así lo expresaron los laudos en los asuntos *Metalclad y Tecmed* entre otros[43].

En el caso de Argentina, si bien el Estado fue encontrado responsable por los efectos de las leyes de emergencia o la pesificación de los contratos públicos, lo cierto es que los alcances de los requisitos de expropiación no fueron reconocidos por los tribunales. En tal sentido, el tribunal en el asunto *LG&E vs. Argentina* manifestó que: *(…) tomando en consideración las circunstancias de este caso, y aunque el Estado adoptó medidas severas que, sin duda, tuvieron algún impacto sobre la inversión de las demandantes, afectando especialmente las ganancias esperadas, tales medidas no privaron a los inversionistas del derecho de goce de su inversión. Como en Pope & Talbot, el verdadero interés en juego en este caso es el valor de las acciones de los inversionistas, las cuales se revalorizaron en el período posterior a la crisis económica de diciembre de 2001 y 2002*[44].

En casos como *Enron*[45] y *Sempra*[46], los tribunales ad hoc expresaron claramente que (…) *Para que existiera expropiación era necesario que hubiera una privación y que dicha privación ocurra cuando el inversor se ve forzado a perder el control sobre la inversión. Si las medidas no interfieren con el control sobre la propiedad, no puede existir expropiación.* En igual sentido se expresó el tribunal de anulación en el asunto *El Paso Energy vs. Argentina*[47] y estas conclusiones se vieron ratificadas posteriormente en el laudo *Continental Casualty*[48].

[42] En el TBI con Alemania se alude a medidas que el Estado pueda aplicar contra el inversor y que "en sus efectos equivalgan a la expropiación o nacionalización" (art. 4); o en el caso del TBI con Italia, el que expresa que los limitantes por los cuales la inversión "no será indirectamente nacionalizada, expropiada o sujeta a medidas que tengan efectos equivalentes" (art. 5).

[43] *Metalclad Corporation vs. México* (Caso CIADI N° ARB(AF) 97/1). (2205) 44 LLM, 1345; Asunto *Técnicas Medioambientales (Tecmed) S.A. vs. México* (Caso CIADI N° ARB/AF)/00/2). Laudo del 29 de mayo de 2003, parr. 116.

[44] *LG&E Energy Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/01). Laudo sobre responsabilidad. 3 de octubre de 2006. Párr. 198.

[45] *Enron Corporation Ponderosa Assets LP vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/3). Laudo del 22 de mayo de 2007. Párr. 245.

[46] *Sempra Energy International vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/16). Laudo del 28 de septiembre de 2007. Párr. 285.

[47] *El Paso Energy International Company vs. Argentina,* Caso CIADI Nº ARB/03/15, Laudo de 31 de octubre de 2011, Párr. 240.

[48] *Continental Casualty Company vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/9). Laudo del 5 de septiembre de 2008; Parr. 276.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este tipo de estándares, sin duda, representan una de las más complejas y conflictivas aéreas del derecho internacional de las inversiones extranjeras. De allí, la importancia que los especialistas suelen dar a las conceptualizaciones a la búsqueda de la armonía en los términos. La continua y expansiva utilización de estos estándares en los TBI, como en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, ha generado un amplio espectro de principios propios en las inversiones extranjeras, por lo que autores como Lowenfeld se aventuran en procurar establecer la existencia de un *derecho consuetudinario de las inversiones*[49]. En ese sentido, se estima que sus apreciaciones no están desacertadas, –al menos encaminadas– ya que este nuevo derecho internacional de las inversiones extranjeras está en proceso de constituirse en una *lex especialis* dentro del derecho internacional, atento no sólo a la magnitud de la utilización de los TBI y los acuerdos de libre comercio, sino porque en muchos casos se ha ido definiendo o redefiniendo conceptos propios o traídos de otras disciplinas para poder dar validez y certeza a esta regulación del derecho internacional. Así, institutos como los aludidos anteriormente (trato justo, expropiación, compensación, acceso a jurisdicción de inversores para la solución de sus disputas, el *ius standi* de accionistas minoritarios, entre otros) configuran un nuevo desarrollo en el a veces poco dinámico derecho internacional; no por ello exento de exceptivos sobre los reales alcances del carácter "consuetudinario" del derecho[50].

Sobre lo expresado anteriormente, respecto a reconsiderar las pautas sobre estándares que oportunamente se establecieron entre los estados firmantes y revisar y renegociar los actuales TBI, en el campo de las cláusulas sobre expropiación, se podrían fijar los parámetros aplicados por ejemplo en el TLC entre los Estados Unidos y Chile de 2003 y en el TLC entre los Estados Unidos y Uruguay de 2004, en el que se establecen que cuando se pueda presentar un caso de expropiación (indirecta) debe realizarse un estudio de ponderación de cada caso, en el que se analicen aspectos como el impacto de las medidas gubernamentales, en razón del grado de interferencia de los órganos del Estado sobre las actividades del inversor y la naturaleza de la acción que

[49] Cf. Lowenfled, A. "Investment Agreements and International law". *Columbia Journal of Transnational Law.* 2003, pp. 123-129.

[50] En contra se expresa Matthew Porterfield, al considerar que por la heterogeneidad que ofrece esta disciplina, no se alcanzarían a configurar verdaderas prácticas consuetudinarias, es decir que exista un accionar general y consistente por parte de los estados de la comunidad internacional sobre estos aspectos. Cf. Porterfield, M. "An International Common Law of Investor Rights?". *University of Pennsylvania of International Economic Law*. Nº 27 - 79, 2006, pp. 83 y ss.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

utilizó el Estado en la expropiación. Entre las acciones estatales sobre las que se considerarán como actos no discriminatorios, se encuentran aquéllas destinadas a la protección del bienestar general del Estado como las relacionadas a la salud pública y la seguridad y protección del medio ambiente[51].

4. LAS DIVERGENCIAS INTERPRETATIVAS SOBRE EL ALCANCE DE LOS LAUDOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA. ¿NECESIDAD DE UN ÓRGANO DE APELACIÓN PERMANENTE QUE UNIFIQUE LA JURISPRUDENCIA?

Una de las particularidades de un mecanismo arbitral, históricamente ha sido que el laudo es definitivo e inapelable, salvo las circunstancias de los recursos de nulidad que puedan prever los sistemas normativos nacionales. La práctica de la inapelabilidad del laudo en disputas entre estados, también ha sido una regla internacionalmente receptada aunque no siempre pacífica.

Si bien el Convenio de Washington prevé la posibilidad que las partes puedan elevar una serie de recursos ante el mismo tribunal que laudó o ante un Comité ad hoc, es el recurso de nulidad el más complejo a ser utilizado por los contendientes en el proceso arbitral, pero con la salvedad que sólo se podrá esgrimir para analizar nulidades causadas por errores procedimentales o causales que no impliquen una revisión del fondo del asunto. Sin embargo, las pautas según las cuales cada tribunal fija los criterios interpretativos para la resolución de la controversia vienen generando una "diversidad jurisprudencial" en los laudos emanados, principalmente del CIADI. Así, diversos tribunales arbitrales han interpretado disposiciones semejantes de TBIs o normas complementarias, con criterios considerablemente diferentes, incluso frente a hechos similares. Estas incoherencias en los laudos genera desconfianza del mecanismo arbitral, en particular, por parte de los estados, quienes se ven obligados a pagar multimillonarias compensaciones ante fallos que no han tenido una correcta ponderación de los hechos del caso o del derecho aplicable.

A diferencia de disputas en el ámbito del arbitraje comercial internacional o de propiedad intelectual, en donde los montos reclamados son considerablemente inferiores a las demandas contra los estados en temas de inversión extranjera, muchas veces los árbitros, al momento de fallar, no son del todo conscientes (al menos esto se indicaría en algunos casos) del impacto

[51] TLC EE.UU.- Chile. Anexo 10-d, Capítulo 10 y artículo 49 B del anexo. TLC EE.UU.- Uruguay, Anexo B.4.b.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

económico en los presupuestos nacionales y ejecución de políticas públicas que implican sus decisiones. Cuando los laudos no están debidamente razonados acorde al derecho aplicable o las acciones u omisiones que verdaderamente las partes efectuaron para llegar al conflicto o por las medidas adoptadas por los estados en circunstancias excepcionales, se puede llegar a conclusiones poco acertadas en la aplicación de justicia.

Estas situaciones, las que algunos estados (principalmente sudamericanos y africanos) han denominado "arbitrariedades en el ámbito del CIADI", están motivando el alejamiento de éstos del Convenio o planteando limitaciones respecto a qué causales de inversión se elevarán al órgano arbitral del Banco Mundial u otros tribunales arbitrales. A ello debe agregarse la tendencia de los estados a modificar sus legislaciones o acuerdos internacionales para imponer mayores límites al agotamiento de los recursos internos como exigencia previa a una instancia internacional, lo que implicaría un retorno (en forma solapada) a la cláusula Calvo.

A fin de evitar una progresiva desacreditación del Centro, se debería propender a una modificación del Convenio en donde se establezca una instancia recursiva más abarcativa al momento de analizar los aspectos impugnados de un laudo. La conformación de un órgano de apelación de carácter permanente conformado por juristas especializados en inversión extranjera y en derecho internacional, pero con conocimientos de las peculiaridades normativas de las regiones donde se efectúan inversiones (preferentemente académicos o juristas no vinculados con estudios jurídicos o lobistas de multinacionales) permitiría propender a una progresiva aplicación de parámetros comunes para el abordaje de los laudos recurridos, a fin de generar coherencia en la interpretación de las normas del Convenio y del derecho aplicable por las partes. Sin embargo, con lo expresado no se pretende que exista una interpretación única y pétrea sobre los alcances de las normas de los TBI, ya que cada uno conforma particularidades que no se pueden transpolar en casos con realidades diferentes según los estados. Pero, más allá de ello, se vienen presentando situaciones en donde los tribunales han arribado a contradictorias interpretaciones de cláusulas arbitrales (*vg.* la extensión de las cláusulas paraguas o de Nación Más Favorecida), que tornaría necesario la existencia de un órgano o proceso de apelación que corrija estas inconsistencias en la jurisprudencia, generando previsibilidad a las partes sobre los alcances de las normas para futuras controversias, o para precisar también en los futuros TBI a negociar.

Claro es que a estas posturas se suman rápidamente las críticas sobre las dificultades o inconveniencias de agregar etapas revisoras en ámbitos arbitrales

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(pérdida de celeridad, mayores costos, entre otros), pero no deben soslayarse las implicancias que genera el arbitraje de inversión, a diferencia de otros casos de arbitraje. Los impactos en los presupuestos de los estados amerita una cuidadosa aplicación y certeza jurídica sobre las prácticas desarrolladas por árbitros que no siempre son del todo "independientes" de las partes. La existencia de esa preocupación ha sido también abordada en las *Suggested Changes* del secretario general del CIADI en 2005, al sugerir al Comité de Administración nuevas formas de apelación, como complemento a las normas de arbitraje y conciliación del Convenio.

Aunque la jurisprudencia en el sistema de arbitraje internacional de las inversiones (como en otros mecanismos arbitrales) no se rige por la práctica anglosajona del *stare decisis,* lo cierto es que en la mayoría de los casos planteados ante sus tribunales, las partes y los árbitros emplean citas de casos anteriores para dar un mayor apoyo a sus posturas y fundamentos. En el caso particular de los tribunales, como se expresara anteriormente, no hay una postura homogénea en cuanto a cómo deben ser entendidas ciertas cláusulas arbitrales (*vg.* nación más favorecida, concepto de inversión), sin embargo en otros aspectos se puede apreciar cómo los diversos paneles de arbitraje han sido contestes en mantener posturas sobre los alcances de aspectos como expropiación, acceso a la jurisdicción de inversores con paquete accionario minoritario, entre otros. Esta postura sobre los diversos alcances de los TBI y de sus cláusulas, en algunas circunstancias es entendida por los tribunales ad hoc y de anulación como tendencias a la conformación de una pretendida armonización de la jurisprudencia, al menos como paliativa de la existencia de un órgano que pueda unificar o al menos estandarizar criterios sobre las interpretaciones del derecho aplicable en las inversiones[52].

En diversas oportunidades, los tribunales han hecho alusión a los alcances de la pretensión de que las decisiones arbitrales tengan un punto de desarrollo constante pero equilibrado de la jurisprudencia, que posibilite, al menos, contribuir a la elaboración de una doctrina legal común o de una jurisprudencia

[52] Cfr. Bentolilla, D. "Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional.* Décimo aniversario, UNAM, México, 2012, pp. 374 y ss; Giovannini, T. "International arbitration and iura novit curia - towards harmonization", en Fernández-Ballesteros, M.A. y Arias, D. (eds). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 495 y ss; Reinisch, A. "The role of precedent in ICSID arbitration", en Klausegger, C. y Klein, P. (eds). *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien, 2008, pp. 499 y ss.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

constante[53] ya que el tribunal no tiene una regulación específica que lo obligue a su utilización, pero tampoco se lo prohíbe[54]; o que pesa sobre los tribunales ad hoc –especialmente– la responsabilidad de asegurar consistencia en la jurisprudencia y de conformar un cuerpo coherente de reglas[55]. A ello debe agregarse también que la aplicación o utilización de citas de casos anteriores ante tribunales arbitrales es posible gracias a que los árbitros tienen un acceso más amplio a los casos precedentes planteados ante el tribunal, particularmente en el mecanismo de arbitraje CIADI. Esa publicidad de los laudos, en buena medida contribuye a que los árbitros puedan conocer las líneas argumentativas de los casos anteriores y apoyarse en dichas posturas, si así lo consideran, más allá que carezcan de un valor de precedente jurisprudencial[56].

4. REFLEXIONES FINALES

Los TBI como instrumentos jurídicos, dentro del derecho económico internacional, han revolucionado el mundo de las inversiones, posibilitando herramientas de promoción, pero sobre todo de protección de los inversionistas en terceros estados. Por primera vez un inversionista puede acceder a través de estos TBI o por convenios entre los estados, a órganos jurisdiccionales que le permitan plantear sus controversias *vis a vis* con el Estado receptor de la inversión, sin que el Estado del cual es nacional tenga que intervenir en su protección diplomática. Ello implica un cambio de consideración en el derecho internacional y en el rol que cada vez más desempeñan los particulares como sujetos activos en la protección de sus intereses en la esfera internacional.

La influencia del arbitraje de inversión extranjera en las últimas décadas, con la proliferación de tribunales especializados en esta creciente área del derecho internacional, está generando nuevas interpretaciones sobre definiciones jurídicas tales como inversión, cláusulas paraguas, de nación más favorecida o sobre los debates respecto a los límites éticos de los árbitros que están o

[53] *AES Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI ARB/02/17). Laudo sobre jurisdicción del 26 de abril de 2005. Párr. 33.

[54] Ibídem. Párr. 22-23.

[55] *MCI Power Group and New Turbine Inc vs. Ecuador* (Caso CIADI ARB/03/6). Laudo de anulación del 19 de octubre de 2009. Párr. 24-25.

[56] Fernández Arroyo, D. "Transparencia y jurisprudencia en el arbitraje internacional". *Sesión del 39° Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya*, Buenos Aires, 30 de octubre de 2012.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

estuvieron asociados a inversores o accionistas de esos inversores que demandan a los estados. Al no existir una práctica que armonice la jurisprudencia del derecho internacional de las inversiones en el ámbito del arbitraje de inversión (sin que ello implique la aplicación de un "*stare decisis*") cada tribunal o Comité ad hoc, al resolver el caso, suele arribar a diferentes interpretaciones sobre los alcances de los términos de los TBI y demás normas complementarias, incluso sobre hechos similares, derecho aplicable o sujetos intervinientes. Esta situación debería ser modificada, ya que tiende a una mayor imprevisibilidad sobre los alcances interpretativos que los árbitros efectúan en el asunto abordado, no generando, a su vez, confianza en el sistema arbitral, principalmente entre los Estados Contratantes. Por ello, se torna preciso que los Estados Contratantes del Convenio promuevan la búsqueda de mecanismos que posibiliten una mayor concordancia entre los laudos, en procura de lograr una adecuada uniformidad en la jurisprudencia arbitral. Sin bien un órgano de revisión permanente podría conspirar contra el espíritu que el arbitraje representa, no debe soslayarse (que en ciertos casos) se está en presencia de laudos en donde las indemnizaciones representan el presupuesto anual de un Estado en ámbitos como salud o educación.

BIBLIOGRAFÍA

Abellán Honrubia, V. "El Derecho Internacional Económico". En Diez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público.* 15° Edic. Edit. Tecnos, Madrid, 2005.

Alvarez, J.A. "The Public International Law regime governing International Investment". *Collected Cours.* Hague, Academy of International Law, N° 344 (2009), Martinus Nijhoff, 2011.

Antokoletz, D. *La política aduanera argentina y sus relaciones con la economía política nacional y el derecho de gentes.* Tomo 2, N° 352, 1941, p. 244.

Barraguirre, J. "El sistema de solución de controversias en materia de inversiones". *Anuario de la AADI*, Córdoba, 2010, pp. 145-188.

Benolilla, D. "Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional.* Décimo aniversario, UNAM, México, 2012, pp. 374 y ss.

Cepal. *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*. Informes 2010 - 2011. Santiago de Chile.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Cremades, B. y Cairns, D. "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes". En Horn, N. y Kröll, S. (Edit.), *Arbitrating Foreign Investment disputes: Procedural and Substantive Legal aspects*, Hague, Kluwer Law International, 2004, pp. 325-35.

Di Giovan, I. *Derecho Internacional Económico - Relaciones Económicas Internacionales.* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

Dolzer, R. "Indirect expropriation of Alien Property". *ICSID Review*, 1, 1986, p. 42.

Dolzer, R. y Stevens, M. *Bilateral Investment Treatis.* Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston, Londres. 1995.

Dolzer, R. y Schreuer, Ch. *Principles of International Investment Law.* Oxford University Press, 2008.

Faya Rodríguez, A. "The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?". *Journal International Arbitration*, Vol. 25, N° 1 (2008), pp. 93-96.

Fernández Arroyo, D. "Transparencia y jurisprudencia en el arbitraje internacional". *Sesión del 39° Programa Externo de la Academia de derecho Internacional de La Haya*, Buenos Aires, 30 de octubre de 2012.

Fernández de Gurmendi, S. "Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras". *Relaciones Internacionales. Instituto de Relaciones Internacionales* (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, Nº 3, noviembre de 1992, p. 67.

Fernández Masía, E. "Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras". *Instituto de Investigaciones jurídicas.* Nº 5, 2004, UNAM. México. pp. 397-412.

Fernández Masía, E. "Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras". REEI, Vol. 13 (2007), pp. 16-20.

Fernández Rozas, J. C. "El Derecho económico internacional de la globalización", *Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. País Vasco, 2010.

Flory, T. Juillard, P. *Droit International Economique*. 4ª Edic. *LGDJ*, France, 1998.

Giovannini, T. "International arbitration and iura novit curia - towards harmonization", in Fernández-Ballesteros,, M.A. y Arias, D. (eds). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Madrid, 2010.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

González de Cossio, F. "Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión". En Rodríguez Jiménez S. y Wöss; H. (Coord). *Arbitraje en Materia de Inversiones*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie 155, UNAM, México, 2010.

Granato, L. *Protección del inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*, 2005.

Herdegen, M. *Derecho Económico Internacional*. Edit. KAS - Dike. Medellín, 1994.

Jiménez de Arechaga, E. "State responsibility for the Nationalization of Foreign Owned Property". *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 11 N° 2 (1978), p. 179 y ss.

Jiménez Piernas, C. "La expropiación de YPF: análisis desde el derecho internacional". *Real Instituto Elcano.* Madrid, abril de 2012.

Keohane R. y Nye, J. *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, Boston, Little, Brown and Co, 1977.

Kriebaum, U. "Partial Expropriation". *Journal of World Investment & Trade*.Vol. 8, N° 1, febrero 2007, p. 70 y ss.

Kundmüller C. F. y Rubio G. R. "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones. Un nuevo horizonte". *Lima Arbitration*, Nº1 2006.

Lowenfeld, A. *International Economic Law.* Oxford University Press, 2008.

Newcombe, A. "The Boundaries of Regulatory Expropriation under International Law". *ICSID Review* (2005), p. 20.

Orihuela Calatayud, E. "Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo". *Cuadernos Internacionales* N° 4, UAM, Dikinson. 2004.

Orrego Vicuña, F. (Dir). *América Latina y la cláusula de la Nación Más Favorecida.* Santiago de Chile, 1972.

Páez, M. "La expropiación indirecta a frente al CIADI. Consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados". *Revista Estudios Internacionales*. Universidad de Chile. Abril 2006, pp. 5-36.

Perugini, A. "La definición de la persona física y la cláusula de la Nación Más Favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones". En Gutiérrez Posse, H. (Coord). *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones*. Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Navegación. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1993.

Artículo: La influencia de la jurisprudencia en la consolidación del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Christian G. Sommer

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Piran, H. "Indirect Expropriation in the Case Law of the Iran-United States Claims Tribunal", *The Finnish Yearbook of International Law,* Vol. 6. 1995, pp. 140-247.

Porterfield, M. "An International Common Law of Investor Rights?". *University of Pennsylvania of International Economic Law*. N° 27 - 79, 2006, pp. 83 y ss.

Ramacciotti, B. *et al.* (Edit). *Derecho Internacional Económico,* Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1993.

Reinisch, A. "Legality of Expropriations". *Vienna Conference on Standards of Investment Protection.* Vienna University. September 2007.

Reinisch, A. "The role of precedent in ICSID arbitration", en Klausegger, C y Klein, P. (eds). *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien, 2008.

Rigaux, F. *Droit Public at Droit Privé dans les Relations Internationales.* Edit. Pedone, París, 1977.

Savid BAS, L. I. *Los tratados y la regulación jurídica del comercio internacional.* Tesis de doctorado. Universidad Nacional de Córdoba, mayo de 1971.

Schreuer, Ch. "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade*. Vol. 6, N° 3, Geneva, 2005, p. 356 y ss.

Schwarzenberger, G. *Foreign Investments and International Law.* Stevenson & Sons, London, 1969.

Stern, B. "What are the contours of indirect expropriation". *Perspectives* 15- 01/09. LASIL-SLADI. 2009.

Tawil, G. S. "Los Tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional". *LL*, 2000 - D, 1106.

UNCTAD. *Fair and Equitable Treatment.* Vol III. UNCTAD/ITE/IIT/11. Series on Issues in International Investment Agreements.United Nations, 1999.

Van Harten, G. *Investment Treaty Arbitration and Public Law.* Oxford University Press. 2007.

Vesel, S. "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favoured-Nation in Bilateral Investment Treaties". *Yale Journal of International Law*. Vol. 32 (2007), 125-129, pp. 154-192.

Ymaz Videla, E. *Protección de inversiones extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1999.