

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO JURÍDICO, DESARROLLO Y TRASFONDO DE LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

El desarrollo del derecho de inversión extranjera nacional e internacional es muy dinámico. Especialmente el derecho de inversión extranjera moderno. A pesar de que el derecho de inversiones data de hace muchos siglos, nos centraremos en dar una visión general de su desarrollo a partir de que finalizó la Segunda Guerra Mundial

I. PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Después de la Segunda Guerra Mundial se realizó el primer esfuerzo por establecer reglas internacionales para la protección de las inversiones con expectativas tan altas como las alcanzadas en el ámbito comercial a través del establecimiento del GATT. Dicha negociación es mejor conocida como la Carta de la Habana (*Havana-Charter*),²³ la cual fue firmada por cincuenta y cuatro Estados en 1948. Esta Carta preveía, entre otras cosas, que cesaran las medidas irracionales o injustificadas violatorias de derechos e intereses de inversores extranjeros. Esta fracasó a causa de la posición de los Estados Unidos de América (USA), los cuales encontraron el texto como impreciso y poco claro.

Otra convención de referencia es el Borrador de la llamada “abs-Shawcross Convention”,²⁴ presentada en 1959 por entidades privadas.²⁵

Por su parte, la materialización del nacimiento del derecho de las inversiones ocurrió a través del primer acuerdo bilateral de promoción y pro-

²³ Extracto impreso en UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, Nueva York y Geneva, vol. I, 1996, pp. 3 y ss.

²⁴ “Abs-Shawcross Convention”, en UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, Nueva York y Geneva, vol. V, 2000, pp. 395 y ss.

²⁵ Karl, Joachim, “Aktuelle Probleme des Investitions - und Enteignungsschutzes am Beispiel des Internationalen Konzessionsvertrages”, *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen, Vertragsanpassungen, Vergabeverfahren*, Baden-Baden, 2003, pp. 38 y ss.

tección de las inversiones celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959.²⁶ Los acuerdos bilaterales de protección de las inversiones, también llamados acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI), son tratados internacionales celebrados entre dos Estados destinados a promover y proteger la inversión extranjera.²⁷

En los años setenta, durante la guerra fría entre oriente y occidente cambió totalmente la ideología y posición respecto a las inversiones. Los países en desarrollo enfatizaron el concepto de “soberanía” apoyados por el bloque soviético. En estos años, la ganancia e intereses de los inversores extranjeros se subordinaron a los intereses nacionales del Estado anfitrión. Empresas multilaterales fueron consideradas como desagradables reliquias o restos del pasado colonial, las cuales preferentemente deberían ser desechas a través de su completa nacionalización. Esta corriente ideológica resultó en la Resolución de las Naciones Unidas relativa a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales²⁸ de 1962, la Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional²⁹ y la Carta de los Derechos y Obligaciones Económicas de los Estados³⁰ de 1974. Dichas resoluciones fueron aprobadas en contra de los votos de los países industrializados.

En relación directa con el tema de inversión extranjera, sobresale el proyecto de Código de Conducta para Empresas Multinacionales.³¹ Con este se intentaba, en primer lugar, confrontar los derechos de los inversores extranjeros ante un catálogo de obligaciones por igual. Es evidente que las empresas multinacionales deben respetar el derecho nacional del Estado anfitrión. Problemático era que el código quería establecer determinadas reglas de conducta obligatorias, las cuales estaban vagamente formuladas.

²⁶ APPRI Alemania-Pakistán de 1959, *cit.*

²⁷ A partir de la existencia del APPRI Alemania-Pakistán el número de APPRI ha proliferado dramáticamente, al grado de alcanzar más de 2,807 APPRI celebrados a la fecha. UNCTAD, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011, p. 100.

²⁸ United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII), “Permanent Sovereignty over Natural Resources (1962)”, UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, *cit.*, vol. I, 1996, pp. 21 y ss.

²⁹ United Nations General Assembly Resolution 3201 (S-VI), “Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (1974)”, UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, *cit.*, vol. I, 1996, pp. 47 y ss.

³⁰ United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX), “Charter of Economic Rights and Duties of States (1974)”, UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, *cit.*, vol. I, 1996, pp. 57 y ss.

³¹ Ebenroth, *Code of Conduct – Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationalen Investitionen*, Konstanz, 1987, pp. 583 y ss.

Estas reglas se tradujeron en cierta inseguridad jurídica que nada convenía a dichas empresas, pues estaría latente de manera constante cierto riesgo de interferencia de acciones de derecho internacional público por el Estado anfitrión contra ellas. Por ello, y ante la fuerte presión de los Estados industrializados, dicho código fracasó a mediados de los años ochenta.

A principios de los años noventa se retornó a la corriente tradicional de la protección de las inversiones. Este movimiento fue facilitado debido al fin del conflicto entre los bloques occidentales y soviéticos que llevó consigo un incremento notable de las inversiones extranjeras a nivel mundial y un trato amigable a los inversores extranjeros. En principio, y bajo la premisa de que las empresas multinacionales pueden contribuir de manera importante al desarrollo tecnológico y económico, se impuso a nivel mundial la liberalización de los mercados y de las inversiones. En muchos países las inversiones existentes fueron incrementadas y las trabas existentes a la inversión fueron eliminadas poco a poco. Esta corriente, llamada Neoliberal, tiene como la mayoría de las corrientes, sus seguidores y sus detractores. En el orden económico mundial tradicional tenemos en primer lugar a los países industrializados, que, por lo general, son los países exportadores del capital. En segundo lugar, tenemos a los llamados países en transición, que son Estados que hace algunas décadas eran los países en desarrollo, estos Estados ahora se encuentran en un nivel de avance entre los países en desarrollo y los industrializados; por ejemplo, China, México, Brasil, India, Turquía y Sudáfrica. Estos Estados aún tienen un déficit importante en el sector social, y algunas veces en el industrial —por ejemplo Turquía y México— sufren, aunque en menor grado, de corrupción y mala distribución de la riqueza; sin embargo, en ocasiones tienen un crecimiento anual acelerado. Los Estados en transición se encuentran en una posición estratégica y están en la posibilidad de negociar cierto tratamiento a las inversiones extranjeras y han dado apertura a los mercados en mayor o menor medida en una competencia a todo galope por ganar el capital extranjero, aun a costa de abatir su capital social.³² En un tercer plano se encuentran los Estados menos desarrollados, los cuales están en absoluta desventaja frente a los países en

³² Países como China o Brasil han cuidado sus condiciones de inversión, estableciendo en sus ordenamientos nacionales y tratados internacionales tipo negociados, ciertas cláusulas que benefician y equilibran la inversión de algún modo. En el caso brasileño, a pesar de no contar con APPRI alguno, ha incluido en su legislación nacional los llamados “requisitos de desempeño”, tales como transferencia de tecnología, en algunos sectores formar *joint ventures* con compañías brasileñas, dos terceras partes de los trabajadores deben ser brasileños, entre otros. Para obtener mayor información al respecto véase Motta Veiga, Pedro da, “Foreign Direct Investment in Brazil: regulation, flows and contribution to development”, *IISD*, mayo de 2004, en http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf, abril de 2010.

transición y desarrollados. Los Estados menos desarrollados en muchos casos están imposibilitados para negociar a su favor los tratados y condiciones de inversión frente a los países industrializados y en transición, carecen de la infraestructura y *know-how* necesario para tomar decisiones acertadas frente a los países exportadores del capital y tienen enormes necesidades básicas. Otras desventajas enormes son la existencia de inseguridad jurídica, corrupción, inestabilidad económica, entre otros. A pesar de todas las desventajas que presentan los países menos desarrollados, estos cuentan frecuentemente con recursos naturales valiosos necesarios para el crecimiento de los países industrializados y en transición, sin embargo, los flujos de inversión hacia estos no son constantes e incluso han disminuido, especialmente en el caso de los países africanos, según los datos de la UNCTAD.³³

En la actualidad ha cambiado el escenario económico mundial. Los países industrializados siguen dominando el globo, sin embargo, los países en transición han cobrado relevancia en la economía mundial. Datos duros revelados por la UNCTAD dan a conocer la importancia actual de los Estados en transición; Estados de este tipo provenientes del continente asiático y latinoamericano no únicamente han incrementado la atracción de IED, sino que se han transformado en verdaderos exportadores de capital. En palabras de la UNCTAD, la exportación de IED proveniente del sur, este y sureste asiático creció en un 20% alcanzando aproximadamente un monto de 232 mil millones de dólares en 2010. Además, la exportación de capital latinoamericano se ha incrementado en un 67%, proveniente en su gran mayoría de empresas transnacionales brasileñas y mexicanas. Respecto al destino de IED, China y Turquía son los principales receptores de inversión entre los países en transición. Respecto a América Latina, Brasil lleva la batuta en cuanto a la atracción de IED seguido por México.³⁴

Por otra parte, en la evolución de la liberalización de mercados y reformas amigables a la inversión extranjera, por ejemplo, se llevaron a cabo 485

³³ Así lo dio a conocer la UNCTAD en su informe anual: “*In contrast to the FDI boom in developing countries as a whole, FDI inflows to the 48 LDCs declined overall by a further 0.6 per cent in 2010 – a matter of grave concern. The distribution of FDI flows among LDCs also remains highly uneven, with over 80 per cent of LDC FDI flows going to resource-rich economies in Africa. However, this picture is distorted by the highly capital-intensive nature of resource projects. Some 40 per cent of investments, by number, were in the form of greenfield projects in the manufacturing sector and 16 per cent in services*”. Véase UNCTAD, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, cit., p. xv. No obstante, en dichos Estados se está desarrollando el ámbito de la solución de controversias inversor-Estado, véase Congyan, Cai, “Change of the Structure of International Investment and the Development of Developing Countries BIT Practice – Towards A Third Way of BIT Practice”, *JWIT*, vol. 8, nr. 6, diciembre de 2007, pp. 829-847.

³⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, cit., p. xiv.

reformas jurídicas con repercusión a la inversión extranjera a nivel mundial dentro del periodo de 1991 a 1995, y 474 reformas relacionadas con la liberalización.³⁵ A nivel multinacional, desde principios hasta mediados de los años noventa, se celebraron el Tratado de Libre Comercio de América del Norte³⁶ (TLCAN o NAFTA) de 1992, que entró en vigor en 1994, el Tratado sobre la Carta de la Energía³⁷ (*Energie Charter Treaty* o ECT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios³⁸ (AGCS o GATS). El GATS se relaciona con el tema de inversión ya que contempla la prestación de servicios sin fronteras con ayuda de la figura de sucursales.

El Tratado sobre la Carta de la Energía es de notable importancia por sus partes contratantes,³⁹ puesto que hasta ahora es el tratado multilateral de inversiones especializado más grande.

³⁵ UNCTAD, *World Investment Report 1996. Investment, Trade and International Policy Arrangements*, Nueva York y Geneva, 1996, p. 132.

³⁶ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *cit.*, pp. 289 y ss.; Abbott, Frederick M., "The Political Economy of NAFTA Chapter Eleven: Equality Before the Law and the Boundaries of North American Integration", *HeinOnline – 23 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 303 (1999-2000), pp. 303-309; Weiler, Todd (ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Nueva York, 2004; Pearce, Clyde C. y Coc, Jack, "Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven: Some Pragmatic Reflections upon the First Case Filed Against Mexico", *HeinOnline – 23 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 311 (1999-2000), pp. 311-344; Vega Cánovas y Posadas Urtusuástegui, "El capítulo 11 del TLCAN. Protección a la inversión extranjera", en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: Diez años después*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 125-158; Enriquez, Raymundo E., "Expropriation Under Mexican Law and its Insertion into a Global Context Under NAFTA", *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 23, 1999-2000, pp. 385-408.

³⁷ Véase *The Energy Charter Treaty*, 17 de diciembre de 1994, *ILM* 34, 1995, pp. 360 y ss. Se trata de un tratado del cual, hasta ahora, hay 51 Estados miembros (toda Europa, las exrepúblicas soviéticas (*Commonwealth of Independent States (CIS)*), Japón y Australia. Su finalidad es promover el trabajo multilateral conjunto en el sector energético. Este tratado incluye todas las formas de cooperación energética como comercio, inversiones, tránsito, eficiencia energética, entre otras. Véase: <http://www.encharter.org/>; Kene Omalu, Mirian, *NAFTA and the Energy Charter Treaty. Compliance with Implementation and Effectiveness of International Investment Agreements*, The Hague, London y Boston, 1999, pp. 37 y ss.; Brower, Charles H. II, "NAFTA's Investment Chapter: Initial Thoughts About Second-Generation Rights", *Vanderbilt journal of transnational law*, Jg./Bd. 36, 2003, pp. 1533-1566; Brower, Charles H. II, "Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter", *Vanderbilt journal of transnational law*, Jg./Bd. 36, 2003, pp. 37-94.

³⁸ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*General Agreement on Trade in Services*, AGCS o GATS), en UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, *cit.*, vol. I, 1996, pp. 285 y ss.

³⁹ A saber: Albania, Armenia, Austria, Australia (ratificación pendiente), Azerbaiyán, Bielorrusia (ratificación pendiente), Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Chipre, Dinamarca, Estonia, Comunidades Europeas, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia (ratificación pendiente), Irlanda, Italia, Japón, Kazakstán, Kirguistán, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Molda-

En el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE u OECD por sus siglas en inglés) se realizó un nuevo intento de codificación entre los Estados miembros. Cabe mencionar que los miembros de la OECD son, en su mayoría, Estados exportadores del capital y por lo tanto no representan el espectro completo de Estados a nivel mundial, es decir, los Estados en transición, en desarrollo y menos desarrollados no tuvieron representación. El Tratado Multilateral de Inversiones (*The Multilateral Agreement on Investment* o MAI)⁴⁰ se orientaba en el modelo de tratado bilateral de inversión.

En el marco de las negociaciones del MAI se resucitó hace algunos años un catálogo de obligaciones para empresas multinacionales, el cual encontró su culminación en la adopción en el 2000, de las Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales.⁴¹ A diferencia del código de conducta de las Naciones Unidas, este no es de carácter obligatorio.⁴² La existencia de un código de conducta obligatorio para empresas multinacionales, sería de especial relevancia tomando en cuenta el papel tan importante que juegan los grandes consorcios multinacionales a nivel mundial, y la integración de dicho tema en la agenda de negociaciones dentro de un foro adecuado, no debería dejarse a un lado.⁴³

Cabe destacar que la Organización Mundial de Comercio (OMC) intenta comenzar con las negociaciones sobre un tratado multilateral de inversiones.⁴⁴ Este tema es de especial cuidado y está dividido en dos bloques: el de los países industrializados y el resto de los Estados. Así como los pri-

via, Mongolia, Países Bajos, Noruega (ratificación pendiente), Polonia, Portugal, Rumania, Federación Rusa (ratificación pendiente), Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turquía, Turkmenistán, Ucrania, Uzbekistán, Reino Unido. Estados observadores: Afganistán, Algeria, Bahrain, República Popular China, Canadá, Irán, República de Corea, Kuwait, Marruecos, Nigeria, Omán, Pakistán, Qatar, Arabia Saudita, Serbia, Túnez, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, Venezuela.

⁴⁰ "The Multilateral Agreement on Investment", UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, cit., vol. II, 1996, pp. 113 y ss.

⁴¹ OECD, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 2011, <http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf>, noviembre de 2011.

⁴² Karl, Joachim, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁴ OMC, Declaración Ministerial de la OMC, adoptada el 14 de noviembre del 2001. 20 de noviembre del 2001, Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, párrs. 20-22, [http://www.wto.org/spanish/thewto_s/ minist_s/min01_s/mindecl_s.htm#top](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm#top), abril de 2010; Karl, Joachim, *op. cit.*, p. 40; UNCTAD, *Progress Report: Implementation of Post-Doha technical Assistance work in the area of investment*, Report by the UNCTAD Secretariat, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2003.

meros no están dispuestos a cesar de subvencionar el sector agropecuario, los países en transición, en desarrollo y los menos desarrollados, son renuentes frente a la oferta de entrar en negociaciones para un tratado multilateral de inversiones.⁴⁵ Habrá que seguir de cerca el desarrollo de este polémico tema. Lo cierto es que el foro de la OMC es mucho más adecuado que el de la OCDE, debido a que países desarrollados, en transición, en desarrollo y menos desarrollados estarían presentes en las negociaciones; seguramente será una gran tarea de coordinación entre los últimos tres grupos para contrarrestar el poderío de los primeros, y así, alcanzar una negociación justa.

1. *Protección diplomática y el rol de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) – su relevancia en conflictos en materia de inversión*

A. *Sinopsis de la protección diplomática*

Entendemos la protección diplomática como la protección represiva o representativa de personas físicas o jurídicas del Estado origen frente a actos ilícitos de DIP cometidos por una autoridad de un tercer Estado.⁴⁶

Para que se dé la protección diplomática de conformidad con el DIP deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Existir un acto u omisión violatorio de derecho internacional;
2. Reunirse el requisito de nacionalidad del reclamante;
3. Agotarse las instancias nacionales del Estado agresor *exhaustion of local remedies*;⁴⁷
4. Constar la conducta correcta del reclamante *clean hands*.

Así pues, en primer lugar debe existir un acto u omisión violatorio de derecho internacional realizado por una autoridad de un Estado y, en contadas ocasiones, de una organización internacional. Este tipo de actos puede consistir, por ejemplo, en la violación de derechos de propiedad en el área de DIP como es el caso de una expropiación; sin embargo, es suficiente violentar cualquier obligación de DIP, por ejemplo, principios generales del derecho. Para garantizar una protección efectiva es suficiente una inminente acción u omisión ilícita de derecho internacional.

⁴⁵ Véase Acharya, Rohini y Daly, Michael, *WTO Discussion Paper No. 7*, Selected Issues Concerning the Multilateral Trading System, Geneva, 2004, pp. 26 y ss.

⁴⁶ Ipsen, *Völkerrecht*, 5a. ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 337.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 337-341.

Además debe justificarse la protección del Estado protector frente a la víctima de la violación. Dicha justificación es cumplida, por lo general, verificando la nacionalidad del reclamante, la cual debe ser la misma del Estado protector. Pueden surgir problemas al respecto, a saber, cuando la persona física posee más de una nacionalidad o cuando es difícil determinar la nacionalidad o pertenencia de una persona jurídica. La CIJ ha adoptado el criterio de realizar una prueba y determinar la nacionalidad más relevante,⁴⁸ al examinar con qué Estado, el accionante tiene la relación más estrecha.

Debe tratarse de una demanda nacional desde su origen. Es relevante para este cuestionamiento la fecha en que se generó el daño, aunque la doctrina señala que se debe tener en cuenta la nacionalidad del reclamante en los siguientes momentos: 1) la realización del acto ilícito, 2) la firma o entrada en vigor del convenio de reclamaciones, 3) la de presentación de la demanda ante la Comisión de reclamaciones y 4) en aquella en que la Comisión dicte su sentencia.

También debe demostrarse la continuidad de la nacionalidad.⁴⁹ De este modo, es indispensable que el individuo o corporación que sufrió el daño ostente la nacionalidad o pertenencia del Estado accionante en el momento

⁴⁸ Caso *Nottebohm segunda fase* (Liechtenstein vs. Guatemala), fallo del 6 de abril de 1955, en Naciones Unidas y Corte Internacional de Justicia, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, Nueva York, Naciones Unidas, 1992, p. 46. La CIJ falló en el famoso caso *Nottebohm* acerca de como determinar la nacionalidad efectiva de un sujeto. Al respecto, Friedrich Nottebohm nació en Alemania. En 1905 emigró a Guatemala. El 13 de noviembre de 1939 renunció a la nacionalidad alemana y adquirió la nacionalidad de Liechtenstein. Además de un hermano que residía en Liechtenstein, Nottebohm no tenía conexión alguna con tal Estado —ni personal, ni de negocios—. Él adquirió dicha nacionalidad únicamente porque se declaró dispuesto a pagar cierta suma a las autoridades de aquel país para adquirir su nacionalidad. Así pues, Nottebohm compró su nacionalidad. A su regreso a Guatemala, esta le había declarado la guerra a Alemania el 11 de diciembre de 1939. Por tal motivo, Nottebohm fue detenido y sus bienes confiscados. Contra esa supuesta acción ilícita de DIP, Liechtenstein interpuso la protección diplomática para proteger a su nacional en contra de Guatemala ante la CIJ.

La CIJ exigió una conexión personal y territorial legítima entre el Estado y el naturalizado para que el primero pudiera ejercer la protección diplomática: "...nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection with the State which has made him is national". La CIJ no dió por satisfecho dicho requisito.

⁴⁹ Brownlie, *Principles of public international law*, 6a. ed., Oxford, 2003, pp. 391 y 392.

de la producción del daño, misma que debe continuar hasta el momento en que se dicte la sentencia emitida ante la CIJ.

A continuación, deben agotarse los recursos nacionales internos del Estado causante del perjuicio. Es indispensable el agotamiento de todos los recursos administrativos y judiciales que el Estado causante ponga a disposición de la persona física o jurídica agraviada.⁵⁰ El Tribunal de La Haya en la sentencia del caso *Interhandel*⁵¹ dictada el 21 de marzo de 1959 señaló:

La norma que exige el agotamiento previo de los recursos internos antes de que se inicie un proceso internacional es una norma bien establecida de derecho internacional consuetudinario; esta norma ha sido observada en los casos en que un Estado hace suya la causa de uno de sus nacionales cuyos derechos hayan sido lesionados por otro Estado en violación al derecho internacional. En dichos casos se ha considerado necesario que antes de recurrir a la jurisdicción internacional, el Estado donde se ha cometido la lesión pueda remediarla por sus propios medios en el marco de su ordenamiento jurídico interno.

Otro requisito es que debe existir una conducta correcta del reclamante (*clean hands*). En el caso *Nottebohm*, aunque la sentencia se basa en la teoría de la nacionalidad efectiva del reclamante, la CIJ no dejó a un lado la conducta incorrecta del presunto afectado,⁵² quien tenía la nacionalidad alemana originariamente y adquirió con posterioridad la de Liechtenstein.⁵³

El Estado protector hará suyo el derecho del reclamante contra el Estado reclamado; sin embargo, no existe en derecho internacional ninguna norma que obligue al Estado protector a ejercitar dicha protección.⁵⁴ Por lo tanto, hablamos de una facultad discrecional del Estado protector. En este sentido, el Estado es libre para ejercer o no la protección diplomática de sus súbditos; lo es también para renunciar a dicho ejercicio una vez incoado y deberá ser el Estado el que considere adecuada o no la reparación.⁵⁵

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ El Tribunal declaró inadmisibile la demanda interpuesta por Suiza, debido a que el agraviado, *Interhandel*, no agotó los recursos internos de USA. Caso *Interhandel* (Suiza vs. Estados Unidos de América), fallo del 21 de marzo de 1959, en Naciones Unidas y Corte Internacional de Justicia, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, cit., p. 65.

⁵² Caso *Nottebohm segunda fase* (Liechtenstein vs. Guatemala), cit., p. 46.

⁵³ Brownlie, *op. cit.*, pp. 391 y 392.

⁵⁴ Douglas, Zachary, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *Brit. Y.B. Int'l L.*, Oxford, 2003, p. 151 (164); Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, The Hague, London y Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 128.

⁵⁵ *Idem*.

Tradicionalmente en el derecho internacional, los Estados tienen el derecho y la obligación de proteger a sus nacionales contra actos ilícitos de otros Estados. La protección diplomática la gozan tanto personas físicas como jurídicas, como ha sido confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el famoso caso *Barcelona-Traction*.⁵⁶

B. *La protección diplomática y la Corte Internacional de Justicia (CIJ)*
– su relevancia en conflictos en materia de inversión

En el caso *Barcelona Traction* el 88% de la corporación canadiense, eran inversores belgas, por lo que Bélgica asumió el *jus standi* en el procedimiento en contra de la expropiación realizada por el Reino de España. La CIJ rechazó su reclamación pues la posesión por el gobierno belga de un derecho de protección era un requisito previo para el examen de los problemas de fondo. Bélgica no logró probar la nacionalidad belga de las personas naturales y jurídicas en cuyo nombre había presentado su reclamación en las fechas relevantes del caso, así que no se estableció ningún *jus standi* ante la CIJ, por lo tanto, no le incumbía a esta pronunciarse sobre ningún otro aspecto del caso.⁵⁷

La protección diplomática cobra relevancia como medio de solución de controversias en materia de inversión en dos posibles situaciones:

1. Cuando el inversor extranjero opte por este medio para solucionar su conflicto, y
2. Cuando un laudo emitido por algún tribunal arbitral internacional no es cumplido por el Estado condenado.

En el primer caso, es decir, cuando el inversor extranjero ha decidido seguir el camino de la protección diplomática para alcanzar la solución de sus pretensiones, cabe mencionar, que es un camino poco rentable para el inversor, principalmente por las siguientes razones: (a) desde el punto de vista *temporal* es notable la desventaja que representa frente a otros medios de solución de controversias en materia de inversión, especialmente del arbitraje internacional en materia de inversión, pues la protección diplomática

⁵⁶ Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, segunda fase* (Bélgica vs. España), fallo del 5 de febrero de 1970, en Naciones Unidas y Corte Internacional de Justicia, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, cit., p. 104; Horn, Norbert, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁷ Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, segunda fase* (Bélgica vs. España), cit., párrs. 102 y 103.

puede solicitarse por el agraviado frente a su Estado de origen, si y solo si este ha agotado todos los recursos administrativos y judiciales existentes en el Estado causante del perjuicio, que puede durar años, hasta décadas; esto conlleva al (b) punto de vista *económico*, pues la erogación de grandes costos para mantener el proceso hasta llegar a una sentencia firme a través de la protección diplomática de su Estado de origen será enorme, tal como lo será la existencia del posible lucro cesante. (c) Existe además una *dependencia del individuo agraviado* —sea persona física o moral— frente a su Estado de origen para poder activar la protección diplomática a través del endoso, consistente en el accionar de un Estado por el cual se hace cargo de la reclamación de los derechos de sus nacionales. Esta facultad del Estado protector de hacer suya la acción del agraviado es una facultad discrecional, y por lo tanto, será este de manera unilateral, quien determine ejercer la acción contra el Estado agravante. Ello conlleva por tanto: (i) a la inseguridad jurídica para el inversor, y (ii) a que en la actualidad la protección diplomática sea poco recurrida.⁵⁸

De *facto*, además del caso *Chorzow Factory*⁵⁹ decidido por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI, en adelante), antecesora de la Corte Internacional de Justicia, se han resuelto pocos casos relevantes en materia de inversión extranjera; nos referimos a los casos: *Norwegian Loans*,⁶⁰ *Barcelona Traction*,⁶¹ *Elsi*⁶² y *Anglo-Iranian Oil Company*.⁶³

En el segundo caso, es decir, cuando un laudo emitido por algún tribunal arbitral internacional no es cumplido por el Estado condenado, se recobra la importancia de la protección diplomática, pues la renuncia a esta quedaría sin efectos. Por ejemplo, en el contexto del CIADI, si algún laudo arbitral emitido por un tribunal arbitral conformado bajo su competencia no fuera

⁵⁸ Sornarajah, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹ Caso *Factory at Chorzów* (Alemania vs. Polonia), CPJI, jurisdiction, fallo del 26 de julio de 1927, series A/09.

⁶⁰ Caso *Norwegian Loans* (Francia vs. Noruega), fallo del 6 de julio de 1957, en Naciones Unidas y Corte Internacional de Justicia, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, cit., pp. 55-57.

⁶¹ Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica vs. España), fallo del 5 de febrero de 1970 y del 24 de julio de 1964, cit., pp. 93-95, 104-106.

⁶² Caso *Elettronica sícula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos de América vs. Italia), fallo del 20 de julio de 1989, en Naciones Unidas y Corte Internacional de Justicia, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, cit., pp. 252-259.

⁶³ Caso *Anglo-Iranian Oil Company* (Reino Unido vs. Irán), fallo del 22 de julio de 1952, en Naciones Unidas y Corte Internacional de Justicia, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, cit., pp. 33 y 34. Para un estudio a profundidad sobre protección diplomática véase Borchard, E., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, Nueva York, 1970.

cumplido por el Estado condenado, la renuncia explícita a la protección diplomática de las partes involucradas, prevista en el artículo 27 del Convenio de Washington, quedaría sin efectos. El artículo 27 del Convenio prevé:

(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* [énfasis añadido] en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

En el supuesto anterior, la CIJ podría conocer del caso en cuestión a través de la institución de la protección diplomática.

En el caso del sistema del CIADI, el artículo 27 (1) del Convenio de Washington suspende la protección diplomática respecto de cualquier diferencia sometida a la jurisdicción del Centro. Excepción a la regla será en los casos en que el Estado condenado no haya cumplido o deje de cumplir con lo ordenado por el laudo arbitral dictado en tal diferencia. Excluidas del concepto de protección diplomática quedan las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia (artículo 27 (2) del Convenio de Washington). Con la presencia de este artículo se pretendió despolitizar el sistema del CIADI y al mismo tiempo se intentó otorgar un incentivo más a los Estados para ratificar el Convenio de Washington. Tal como expuso y afirmó el tribunal arbitral en el caso *Banro American vs. Congo*:⁶⁴

El hecho de que el artículo 27 no esté dirigido al inversor sino a los Estado parte de la Convención del CIADI se explica por el hecho de que la protección diplomática es una prerrogativa del Estado y no un derecho de la parte ofendida. Esto no significa que el inversor tiene completa libertad de acción. ...como lo señala Schreuer, el artículo 27 debe ser interpretado a la vista del artículo 26, el cual constituye su contexto actual y de conformidad con el cual el consentimiento al arbitraje del CIADI “debió, a menos que se exprese de otra manera, ser otorgado... con la exclusión de cualquier otro remedio”. Respecto al propósito y objetivo del Convenio del CIADI, se deben excluir la protección diplomática junto con sus desventajas políticas, para el beneficio de los canales de arbitraje. Como el mismo autor lo señala, “[una] elección entre el arbitraje del CIADI y la protección diplomática aparenta ser contra-

⁶⁴ *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. vs. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, laudo, 1o. de septiembre de 2000. También citado como caso *Banro American vs. Congo*, laudo.

ría por lo menos a algunos de los propósitos declarados por el artículo 27”. Si el inversor no tiene la elección entre los dos canales, mucho menos tiene el derecho de recurrir a uno u otro, ya sea simultáneamente o sucesivamente. Por lo tanto, ya que el convenio del CIADI tiene como propósito y objetivo proteger al Estado anfitrión de intervención diplomática por parte del Estado del cual el inversor es nacional y “despolitizar” las relaciones de inversión, iría en contra de este objetivo y propósito exponer al Estado anfitrión, simultáneamente a ambos, a presión diplomática y a la demanda de arbitraje.⁶⁵

Por otra parte, cualquier violación a la prohibición de ejercer protección diplomática al tenor del artículo 27 (1) del Convenio de Washington no afectará la jurisdicción del tribunal arbitral. Así lo confirmó el tribunal arbitral en el caso *Banro American vs. Congo*:

Las disposiciones del artículo 27 son dirigidas a los Estados, parte del Convenio, quienes acuerdan así abstenerse de ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales. Los Estados que no son parte del convenio, no están bajo ninguna obligación a este respecto y podrán intervenir libremente en nombre de sus nacionales. En este caso, ... los Estados Unidos, por otra parte, no tenían el derecho de intervenir diplomáticamente a favor de su nacional, Banro American, una compañía de Delaware... Si lo hubieran hecho, hubieran violado el artículo 27 del convenio del CIADI y hubieran cometido un acto ilegal conforme al derecho internacional, de cualquier forma, tal acto no afectaría la jurisdicción de este Tribunal [énfasis añadido].⁶⁶

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 18. Notas al pie omitidas. Véase también *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, decision on jurisdiction, 27 de septiembre de 2001. También citado como caso *Aucon vs. Venezuela*, decisión a la jurisdicción, párrs. 75 y 140, *cf.* orig. “The fact that Article 27 is not addressed to the investor but to the State parties to the ICSID Convention is explained by the fact that diplomatic protection is a prerogative of the State and not a right of the injured party. It does not mean that the investor has complete freedom of action... as noted by Schreuer, that Article 27 should be read in view of Article 26, which constitutes its actual context and according to which the consent to ICSID arbitration ‘shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy.’ Regarding the purpose and aim of the ICSID Convention, they are to exclude diplomatic protection, along with its political drawbacks, for the benefit of arbitration channels. As the same author writes, ‘[a] choice between ICSID arbitration and diplomatic protection appears to be contrary to at least some of the avowed purposes of Article 27’. If the investor does not have the choice between the two channels, even less so does he have the right to resort to one or the other, whether simultaneously, or successively. Therefore since the ICSID Convention has as its purpose and aim to protect the host State from diplomatic intervention on the part of the national State of the investor and to ‘depoliticize’ investment relations, it would go against this aim and purpose to expose the host State to, at the same time, both diplomatic pressure and an arbitration claim”.

⁶⁶ *Banro American vs. Congo*, laudo, párr. 18, *cf.* orig. “The provisions of Article 27 are addressed to the State parties to the Convention, who agree thereby to refrain from exercising diplomatic protection in

2. *Tratados plurilaterales para la protección de las inversiones*

Existe un gran número de acuerdos plurilaterales relacionados con la inversión, realizaremos un recuento de algunos de ellos.⁶⁷ Especialmente el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés),⁶⁸ en su capítulo XI y el Tratado sobre la Carta de la Energía⁶⁹ (*Energy Charter Treaty, ECT*) serán tratados brevemente debido a su importancia a nivel internacional. En el marco de ambos tratados se han suscitado y suscitan múltiples controversias en materia de inversión, por tal razón, dichos tratados serán constantemente materia de análisis de la presente investigación.

A. *El Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI)*

Como lo mencionamos con anterioridad, el fracaso más grande en el que se pretendió crear un tratado multilateral de las inversiones fue el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI).⁷⁰ Dichas negociaciones se desarrollaron en el marco de la Reunión Anual del Consejo Ministerial de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) entre 1995 y 1998. En ese momento, todos los entonces miembros de la OECD estuvieron involucrados en su negociación.⁷¹

favor of their nationals. States which are not parties to the Convention are not under any obligation in this regard and may freely intervene on behalf of their nationals. In this case... The United States, on the other hand, did not have the right to intervene diplomatically in favor of its national, Banro American, a Delaware company... If they had, they would have violated Article 27 of the ICSID Convention and would have committed an unlawful act under international law, however, such act would not affect the jurisdiction of this Tribunal [énfasis añadido].

⁶⁷ Una lista completa del resto puede encontrarse en los archivos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), WTO NEWS: "Trade and foreign direct investment", 1996 Press Releases, Press/57, 9 de octubre de 1996, p. 19.

⁶⁸ Véase el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *cit.*, 289.

⁶⁹ Véase *The Energy Charter Treaty*, *cit.*, 360; Karl *et al.*, *The Energy Charter Treaty. A Reader's Guide*, Bruselas, Energy Charter Secretariat, 2002; Wälde, Thomas, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience", *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, The Hague, vol. 18, 2004, pp. 193 y ss.; Wälde, Thomas, "Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration-Controversial Issues", *JWIT*, vol. 5, nr. 3, junio de 2004, pp. 373 y ss.

⁷⁰ The Multilateral Agreement on Investment (MAI); véase también Malanczuk, Peter, "State-State and Investor-State Dispute Settlement in the OECD Draft Multilateral Investment Agreement", *Journal of International Economic Law*, 2000, pp. 417 y ss.

⁷¹ A saber fueron los gobiernos de Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría,

El AMI debería ser un “tratado internacional de libre acceso a todos los países miembros de la OECD y la Comunidad Europea y los países no miembros”. El objetivo del AMI se definió con el fin de “proveer de un marco multilateral para la inversión internacional con altos estándares para la liberalización de los regímenes de inversión y la protección de la misma, así como con procedimientos efectivos para la solución de conflictos”.⁷²

Después de un proceso de casi cuatro años de negociaciones, este se dio por terminado tras la noticia del gobierno francés de dar por finalizada su participación y anunciar su retiro de la mesa de negociaciones en 1998. Muchas fueron las razones del fracaso de tan ambicioso proyecto, pero la principal se debió, seguramente, a la sobrecarga en la agenda de negociaciones con un sinnúmero de desiderata que se pretendía regular. Entre ellos se encontraban cuestiones de estructura del mercado, protección de estándares sociales mínimos y normas de corte medioambiental,⁷³ reglas de inversión con carácter de aplicación extraterritorial (como reacción a la ley Helms-Burton de los USA),⁷⁴ el tratamiento a organizaciones regionales de integración económica, monopolios, empresas de Estado y concesión (desmonopolización y privatización), entre otras;⁷⁵ lo anterior sin mencionar las múltiples protestas de un sinnúmero de actores sociales, políticos y económicos, además del descontento de los países en transición, en desarrollo y menos desarrollados por dejarlos fuera del juego. En esta guerra “antiglobalizadora”, por vez primera, el descontento de un grupo importante de organizaciones no gubernamentales (ONGs), que levantaron la voz a nivel mundial, acusando la creación del AMI como un documento *quasi* unilate-

Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía. Participaron como observadores: Argentina, Brasil, Chile, China, La Comunidad Europea, Estonia, Hong Kong, Letonia, Lituania y la República Eslovaca.

⁷² OCDE, “La OCDE publica documentos relacionados con las negociaciones AMI realizadas entre 1995 y 1998”, Comunicado de prensa, París, 19 de febrero de 2002, en www.oecd.org/dataoecd/1/3/2065369.pdf, abril de 2010; Malanczuk, Peter, *op. cit.*, pp. 417 y ss.

⁷³ Véase AMI, not lowering standards (Labour and environment), OECD, Multilateral Agreement on Investment (MAI), DAF/MAI(98)7/REV1, 22 de abril de 1998, www1.oecd.org/daf/mai/pdf/dg1/dg1961r1e.pdf.

⁷⁴ Muse, Robert L., “The Nationality of Claims Principle of Public International Law and the Helms-Burton Act”, *Hastings International & Comparative Law Review*, 1996-1997, pp. 777 y ss.

⁷⁵ Herdegen, Matthias, “Rechtsprobleme des Internationalen Konzessionswesens – insbesondere aus völkerrechtlicher Sicht”, en Karl, Joachim, *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen, Vertragsanpassung, cit.*, p. 27, para más detalle sobre el tema de los contratos de concesión, p. 41.

ral creado con la finalidad de proteger a los inversores extranjeros,⁷⁶ surtió sus efectos, pues sin duda alguna las ONGs contribuyeron a la interrupción de las negociaciones del AMI. De este ejercicio se resalta la notable importancia y fuerza que puede llegar a tener la sociedad civil organizada.

A pesar de lo anterior, el AMI representa un precedente importante para futuras negociaciones acerca de un acuerdo multilateral de inversiones.⁷⁷ Con la experiencia del AMI queda probado que la OECD no es el foro ideal para negociar un acuerdo multilateral de protección de las inversiones y aunque actualmente no se ven perspectivas abiertas para que suceda tal evento, y que las negociaciones en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), anunciadas en su conferencia ministerial en noviembre del 2001 en Doha,⁷⁸ están prácticamente paralizadas, existe, aunque con poca probabilidad, la posibilidad de reiniciar dichas negociaciones, y a decir de algunos especialistas, no será tarea fácil ni se divisa su factibilidad por múltiples razones.⁷⁹ No debemos hacer a un lado que actualmente existe un sistema dinámico de más de 2800 APPRI's activos⁸⁰

⁷⁶ Véase por ejemplo *Revista del Sur*, núm. 78, abril de 1998, "Acuerdo Multilateral de Inversión, ONGs de países de la OCDE contra el AMI". La preocupación por el Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI) y su impacto no se limita al sur. El surgimiento de protestas contra el tratado por grupos de consumidores, ambientalistas y de desarrollo en los países de la OCDE constituye un nuevo e importante hecho, http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=1015; *Revista del Sur*, núm. 78, abril de 1998, "Acuerdo Multilateral de Inversión, 565 grupos dicen 'No' al AMI". 565 ONGs de 68 países dirigieron a la OECD la siguiente declaración conjunta sobre el AMI, firmada en la Consulta ONGs/OECD realizada en París el 27 de octubre pasado, http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=1014.

⁷⁷ Rabago Dorbecker, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 88 y 89; Karl, Joachim, *op. cit.*, pp. 37-61; Theodorou, Heleni, "Verhandlungen über ein Multilaterales Investitionsabkommen im Rahmen der OECD", *Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten*, Berlín, 2001, pp. 488 y ss.; Sornarajah, M., "The OECD's Draft Multilateral Agreement on Investment", en *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, cit., §5.4, pp. 170 y ss.; UNCTAD, *Lessons from the MAI*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999.

⁷⁸ OMC, Declaración Ministerial de la OMC, adoptada el 14 de noviembre, 2001, *cit.*

⁷⁹ Hobér, Kaj, "Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?", *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero de 2004, pp. 94 y 95; Perezcano, Hugo, "Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?", *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero de 2004, pp. 102 y 103; Sacerdoti, Giorgio, "Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?", *JWIT*, vol. 5, nr. 1, 2004, pp. 98-100; Mosoti, Victor, "Non-Discrimination and its Dimensions in a Possible WTO Framework Agreement on Investment", *JWIT*, vol. 4, nr. 6, 2003, pp. 1011 y ss.

⁸⁰ Cremades, Bernardo M., "Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?", *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero de 2004, pp. 89 y

y que no será tarea fácil coordinar la existencia de estos con un supuesto acuerdo multilateral de inversiones.

B. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) – Capítulo XI*

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement, NAFTA o TLCAN*) fue celebrado entre México, los Estados Unidos de América (USA) y Canadá; este fue firmado por los mandatarios de los tres países el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 10 de enero de 1994.⁸¹

El Tratado está conformado por veintidós capítulos, más notas, anexos y notas interpretativas. Nuestro estudio se centrará en el capítulo XI relativo a las inversiones, el cual está contenido en la quinta parte (Inversión, servicios y asuntos relacionados) del Tratado. Este capítulo fue diseñado con el fin de establecer un clima de certeza y seguridad para las inversiones realizadas entre los tres Estados⁸² y ofrece un sistema mediante el cual un inversor en particular, o en representación de una empresa, puede someter su reclamación contra el Estado anfitrión al arbitraje internacional.⁸³ El capítulo XI del TLCAN está dividido en tres secciones. La sección A comprende las normas de derecho sustantivo, del artículo 1101 al 1114; la sección B integra las disposiciones de derecho adjetivo previstas del artículo 1115 al 1138, y la sección C está integrada por el artículo 1139 y contiene las definiciones aplicables al capítulo XI. Realizaremos una breve sinopsis de las secciones mencionadas. Se pondrá especial énfasis en la sección B relativa a la solución de controversias entre una parte y un inversor de la otra parte. El TLCAN resultó un acuerdo novedoso, cuyo contenido ha sido reflejado en otros AII, puesto que contiene tanto aspectos sustantivos como proce-

ss.; De Ly, Filip, “Who Wins and Who loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? Lauder/Czech Republic Legacy”, *JWIT*, vol. 6, nr. 1, 2005, pp. 59 y ss.; Klein, Bohuslav, “Who Wins and Who loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? Lauder/Czech Republic Legacy”, *JWIT*, vol. 6, nr. 1, 2005, pp. 65 y ss.

⁸¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *cit.*, pp. 289 y ss. Previamente, el Senado mexicano lo aprobó el 22 de noviembre de 1993. La Cámara de los Comunes y el Senado de Canadá lo aprobaron el 27 de mayo y el 23 de junio de 1993, respectivamente, y la Cámara de Representantes y el Senado de USA, el 17 y 20 de noviembre de 1993, respectivamente.

⁸² Vega Cánovas *et al.*, *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, El Colegio de México-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 81.

⁸³ TLCAN, artículos 1116 y 1117.

dimentales novedosos. Además, las disposiciones adjetivas del TLCAN han sido calificadas por algunos tribunales arbitrales como “arbitraje altamente institucionalizado” que incorpora reglas de procedimiento precisas.⁸⁴

a. Sección A del capítulo XI – Derechos sustantivos

Las normas de derecho sustantivo aplicables al capítulo XI del TLCAN están contenidas del artículo 1101 al 1114. Así, el ámbito de aplicación del capítulo está establecido en su artículo 1101, de tal suerte que dicho capítulo aplica a los inversores e inversiones de una parte en el territorio de la otra parte.⁸⁵ El TLCAN contiene una definición amplia de inversión.⁸⁶ Inversor de una parte es definido por el propio tratado como “una parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión”.⁸⁷

i) Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida

El trato nacional está contenido en el artículo 1102 (1) y (2) del TLCAN y sostiene que cada una de las partes otorgará a los inversionistas de otra parte y a sus inversiones un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a sus inversiones en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.⁸⁸

La cláusula de la nación más favorecida del capítulo XI del TLCAN está contenida en el artículo 1103 que prevé:

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 inver-

⁸⁴ Véase por ejemplo *Maffezini vs. España*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 63; *Plama vs. Bulgaria*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 220.

⁸⁵ TLCAN, artículo 1101.

⁸⁶ *Ibidem*, artículo 1139. Inversión.

⁸⁷ *Ibidem*, inversionista de una parte. El artículo 1139 del TLCAN contiene definiciones como las de empresa, empresa de una parte, inversión, inversión de un inversionista de una parte, inversionista de una parte, inversión de un país que no es parte, inversionista contendiente, moneda del Grupo de los Siete, parte contendiente, parte contendiente, partes contendientes, entre otras.

⁸⁸ Véase caso *Corn Products International, Inc. vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, decisión sobre responsabilidad, 15 de enero de 2008. También citado como caso *Corn2 vs. México*, decisión sobre responsabilidad, párrs. 95-143 y 193 (1).

sionistas 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.⁸⁹

ii) Nivel de trato y nivel mínimo de trato

Por su parte, el nivel de trato, contenido en el artículo 1104 del TLCAN, establece que “cada una de las partes otorgará a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de la otra parte el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 y 1103”.

Además, el artículo 1105 prevé el nivel mínimo de trato. Este precepto establece en su numeral 1 que “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”. Al respecto, en el 2001⁹⁰ la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo XI del TLCAN, entre las cuales se encontró la relativa a la interpretación del artículo 1105 (1) del TLCAN. La citada Comisión acordó:

B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

1. El artículo 1105 (1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra parte.

2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.

3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105 (1).⁹¹

⁸⁹ TLCAN, artículo 1103.

⁹⁰ TLCAN. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11*, 31 de julio de 2001, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11_understanding_s.asp, febrero de 2012.

⁹¹ *Idem.*

iii) Prohibición de requisitos de desempeño

La imposición de requisitos de desempeño sea directa o indirectamente está prohibida. Así, conforme al artículo 1106 ninguna de las partes podrá imponer ni hacer cumplir requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversor de una parte o de un Estado no parte en su territorio. El TLCAN contiene una lista exhaustiva de lo que se consideran requisitos de desempeño de conformidad con el artículo 1106 (5) del TLCAN.⁹² No obstante, las medidas dirigidas a emplear una tecnología para cumplir con requisitos aplicables a la salud, seguridad o medio ambiente, no se considerarán incompatibles con el párrafo 1 (f) del artículo que nos ocupa (artículo 1106 (2) del TLCAN).⁹³ Además, la adopción o mantenimiento de medidas necesarias no arbitrarias ni injustificadas y que no representen una restricción encubierta al comercio o las inversiones, incluidas las de naturaleza ambiental, podrán adoptarse para: (a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones no compatibles con el TLCAN, (b) para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, o (c) para la preservación de recursos naturales vivos o no.⁹⁴

iv) Expropiación e indemnización

La expropiación está regulada en el artículo 1110 del TLCAN que establece:

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 [expropiación indirecta] 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.

La expropiación, en el caso del TLCAN, está permeada sin duda alguna por la fórmula Hull.⁹⁵ Lo relativo a la indemnización, tanto su cálculo

⁹² TLCAN, artículo 1106 (1) y (3).

⁹³ *Ibidem* (2).

⁹⁴ *Ibidem* (6).

⁹⁵ La "fórmula Hull" fue introducida por el secretario de Estado Cordell Hull en respuesta a la nacionalización de las compañías petroleras estadounidenses en 1936. Hull deman-

como su pago, está regulado por el artículo 1110 (2) al (6). Así, 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. Los criterios de valoración incluirán el valor corriente, el valor activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.⁹⁶ Una vez pagada la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el artículo 1109 del TLCAN.⁹⁷

v) Altos ejecutivos y consejos de administración y transferencias

El TLCAN prohíbe que el Estado anfitrión obligue al inversor a que los altos ejecutivos sean de una nacionalidad determinada.⁹⁸ Sin embargo, una parte podrá exigir que la mayoría de los miembros del consejo de administración, o de cualquier comité de tal consejo, de una empresa que sea inversión de un inversor de la otra parte, sea de una nacionalidad en particular, o sea residente en el territorio de la parte anfitriona de la inversión, siempre y cuando no se menoscabe significativamente la capacidad del inversor para ejercer el control de la inversión.⁹⁹

daba que el derecho internacional obliga a otorgar una compensación “pronta, adecuada y efectiva” (prompt, adequate and effective) por la expropiación de inversiones extranjeras. Los Estados en desarrollo pugnaron por la adopción de la Doctrina Calvo durante los años sesenta y setenta, tal como se vio reflejado en su mayoría en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En 1962, la Asamblea General adoptó la Resolución sobre Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales que confirmó y acogió el derecho de nacionalizar la propiedad de los extranjeros a cambio de una “indemnización apropiada” (*appropriate compensation*). Esta compensación estándar fue considerada como una provocación entre países desarrollados y en desarrollo. En 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas rechazó la fórmula Hull a favor de la doctrina Calvo al adoptar la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la cual repetía en su artículo 2o. (c) el principio de “compensación apropiada”, y aclaraba que “en cualquier caso en que la cuestión de la compensación diera origen a una controversia, ésta debía ser dirimida conforme al derecho doméstico del Estado nacionalizador y por sus tribunales *in any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals...*”. Hoy en día, la fórmula Hull y sus variaciones es una regla aceptada por el derecho consuetudinario internacional y es considerada parte de él. Véase, OECD, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment*, OECD, Washington, núm. 4, 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>, abril de 2012, p. 2.

⁹⁶ TLCAN, artículo 1110 (2).

⁹⁷ *Ibidem*, artículo 1110 (6).

⁹⁸ *Ibidem*, artículo 1107 (1).

⁹⁹ *Ibidem* (2). Sería interesante definir el significado de significativamente.

Respecto a las transferencias, el artículo 1109 del TLCAN prevé que las partes no pueden restringir la libertad de las transferencias relacionadas con la inversión de un inversor en el territorio del Estado parte anfitrión.¹⁰⁰ Respecto a las transferencias en efectivo, estas podrán realizarse en la divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de esta.¹⁰¹ No obstante, pueden realizarse restricciones a las transferencias de capitales de los inversores derivados de la protección de derechos de terceros, siempre y cuando sea a través de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe, en casos de quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores, infracciones penales, emisión, comercio y operaciones de valores, informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o garantía del cumplimiento de fallos de procedimientos contenciosos.¹⁰²

vi) Reservas, excepciones y denegación de beneficios

Las reservas y excepciones al trato nacional,¹⁰³ al trato de la nación más favorecida,¹⁰⁴ a los requisitos de desempeño,¹⁰⁵ así como al artículo 1107 relativo a los altos ejecutivos y miembros del consejo de administración, están contenidas en el artículo 1108. Estas excepciones se remiten, entre otras, a los anexos del capítulo XI del TLCAN, los cuales excluyen industrias sensibles o estratégicas de las disposiciones de TLCAN. Dichas excepciones pueden ser parciales o totales, es decir, en algunos casos pueden excluir a un sector entero, por ejemplo, en el caso mexicano, el anexo III relativo a las actividades reservadas al Estado, tales como el petróleo, otros hidrocarburos y petroquímica básica, quedan excluidos de la aplicación del tratado.¹⁰⁶

Mediante la llamada “cláusula automática de liberalización” (*ratchet clause*) contenida en el artículo 1101 (c) del tratado, cuando un Estado parte

¹⁰⁰ TLCAN, artículo 1109 (1). 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.

¹⁰¹ TLCAN, artículo 1109 (2).

¹⁰² *Ibidem*, artículo 1109 (4).

¹⁰³ *Ibidem*, artículo 1102.

¹⁰⁴ *Ibidem*, artículo 1103.

¹⁰⁵ *Ibidem*, artículo 1106.

¹⁰⁶ *Ibidem*, anexo III (1). Actividades reservadas al Estado.

decida liberalizar su régimen de inversiones en rubros no cubiertos por el TLCAN, el nuevo régimen de liberalización se registrará por las disposiciones del tratado.

Respecto a la denegación de beneficios, una parte puede denegarlos a un inversor de otra parte cuya propiedad o control sean ejercidos por un inversor de un tercer Estado con el que el Estado anfitrión no mantenga relaciones diplomáticas, por ejemplo, alguna empresa cubana establecida en México, conforme al derecho mexicano que quisiera realizar inversiones en USA, o si la parte que niega el beneficio adopta o mantiene medidas en relación con el país no parte, que prohíben transacciones con esta.¹⁰⁷

vii) Formalidades especiales, requisitos de información

Las partes del TLCAN permiten de manera explícita mediante el contenido del artículo 1111 del Tratado, la existencia de formalidades especiales para el establecimiento de inversiones en el territorio de la parte anfitriona, tales como el requisito de que los inversores sean residentes de la parte¹⁰⁸ o que las inversiones se constituyan conforme a las leyes y reglamentos de la parte anfitriona,¹⁰⁹ siempre y cuando no se menoscabe significativamente la protección otorgada por una parte a los inversores y sus inversiones de la otra parte.

Sin perjuicio del trato nacional, previsto en el artículo 1102, y del TNMF, previsto en el artículo 1103 del TLCAN, una parte podrá exigir de un inversor de la otra parte proporcionar información rutinaria referente a su inversión, exclusivamente con fines de información o estadística.¹¹⁰

¹⁰⁷ *Ibidem*, artículo 1113 (1) (a) y (b).

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, la Ley de Inversión Extranjera mexicana (LIE), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* mexicano (DOF) el 27 de diciembre de 1993. Última reforma publicada en el DOF el 25 de mayo de 2011, artículo 3o. “Para los efectos de esta Ley se equipara a la inversión mexicana la que efectúen los extranjeros en el país con la condición de estancia de Residente Permanente, salvo aquélla realizada en las actividades contempladas en los Títulos Primero y Segundo de esta Ley”.

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 15 de la LIE: “Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de sociedades. Se deberá insertar en los estatutos de las sociedades que se constituyan, la cláusula de exclusión de extranjeros o el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 Constitucional”; así como el artículo 17 (1) de la LIE: “Sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, deberán obtener autorización de la Secretaría: I. Las personas morales extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en la República”.

¹¹⁰ TLCAN, artículo 1111 (2).

viii) Relación con otros capítulos y medidas relativas al medio ambiente

En caso de que existiera incompatibilidad del capítulo XI con algún otro capítulo del TLCAN, prevalecerá la del último en la medida de la incompatibilidad.¹¹¹

Conforme al artículo 1114 (1) del TLCAN nada de lo previsto en el capítulo XI se interpretará como impedimento para que una parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta “inquietudes” en materia ambiental. Para alcanzar tal fin, las partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión a costa de las medidas internas aplicables a la salud, seguridad o medio ambiente. De tal suerte que ninguna parte debería renunciar a aplicar, derogar u ofrecer renunciar a dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición o conservación de la inversión del inversor en su territorio. El precepto incluso precisa que para el caso de que una parte hubiera alentado una inversión a través de dichas medidas, podrá solicitar consultas con esa parte destinadas a evitar incentivos de esa índole.¹¹²

b. Sección B – Solución de controversias inversor-Estado

La sección B del capítulo XI del TLCAN establece en su artículo 1115 la cláusula general aplicable a toda esta sección y encierra los principios “trato igual entre inversionistas”, de conformidad con el “principio de reciprocidad internacional”, y “debido proceso legal”. El propio artículo prevé que 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.

¹¹¹ *Ibidem*, artículo 1112 (1).

¹¹² Cabe mencionar que algunas controversias en el marco del TLCAN han tenido que ver con decretos expropiatorios para declarar determinadas zonas como zonas protegidas y a raíz de dichos decretos y presiones sociales conexas se han desarrollado controversias contra México. Para referencia véase *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, caso no. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 de agosto de 2000. También citado como caso *Metalclad vs. México*, laudo; *Tecmed vs. México*, *cit.*, laudo.

i) Sujetos que pueden someter una reclamación

De conformidad con los artículos 1116 y 1117 del TLCAN, el inversor de una parte a título personal (artículo 1116 (1)), o en representación de una empresa que sea una persona moral propiedad del inversor o esté bajo su control directo o indirecto (artículo 1117 (1)), podrá someter a arbitraje una reclamación si la parte anfitriona ha violado una obligación establecida en: (a) la sección A o el artículo 1503 relativo a empresas de Estado, o (b) el párrafo 3 (a) del artículo 1502, monopolios y empresas de Estado cuando el monopolio haya actuado en contravención a la sección A, siempre y cuando el inversor (artículo 1116 (2) del TLCAN) o la empresa (artículo 1117 (1) del TLCAN) hayan sufrido pérdidas o daños en virtud o a consecuencia de la violación.

El TLCAN permite presentar reclamaciones a inversores cuya participación en una empresa sea minoritaria (artículo 1117 (3) en conexión con el artículo 1116 del TLCAN).

El límite para presentar la disputa es de tres años contados a partir de la fecha en la cual el inversor o la empresa, tuvieron conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas a consecuencia de ellas.¹¹³

ii) Requisitos previos a la presentación de una reclamación

Son varios los requisitos previos establecidos en el cuerpo del capítulo XI del TLCAN antes de que un inversor pueda someter su diferencia ante un tribunal arbitral. Los requisitos son los siguientes:

a) Solución de una reclamación mediante consulta y negociación y aviso de intención por escrito

El TLCAN, como muchos otros AII, prevé la solución de la controversia a través de consulta y negociación entre las partes contendientes (artículo 1118 del TLCAN). Sin embargo, si esto no resultara, el inversor deberá notificar por escrito al Estado anfitrión su intención de someter su reclamación a arbitraje, por lo menos 90 días antes de que esta se presente formalmente (artículo 1119 del TLCAN). Este requisito formal previsto en el TLCAN no es de menor importancia, de hecho, existen casos en los que esta falta ha tenido como consecuencia la declaración de inadmisibilidad de la reclamación.

¹¹³ TLCAN, artículos 1116 (2) y 1117 (2).

b) Periodo de espera (*cooling off period*), renuncia por escrito y cláusula de bifurcación (*fork in the road*)

Es necesario que hayan transcurrido por lo menos seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación (*cooling off period* o *waiting period*), para que el inversor pueda someter su reclamación al arbitraje internacional (artículo 1120 (1) del TLCAN). Además, el inversor presentará una renuncia por escrito 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 (*fork in the road*) de conformidad con el artículo 1121 (1) (b) del TLCAN. Lo mismo aplica a las reclamaciones de conformidad con el artículo 1117 (artículo 1120 (2) del TLCAN).¹¹⁴ En todo caso, el inversor consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el capítulo XI (artículo 1121 (1) (a) del TLCAN). El consentimiento y la renuncia en el artículo 1120 del TLCAN se manifestarán por escrito, se entregarán a la parte contendiente¹¹⁵ e incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.¹¹⁶

c) Reglas aplicables a los procedimientos de arbitraje – CIADI, Mecanismo Complementario del CIADI, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

El inversor podrá someter su reclamación, según el artículo 1120 (1) (a), (b) y (c) del TLCAN, a arbitraje de conformidad con:

- a) El Convenio de Washington,¹¹⁷ siempre que, tanto la parte contendiente como la parte del inversor sean Estados parte del mismo. En la práctica, aún no se utiliza el sistema arbitral del CIADI en el marco del TLCAN, puesto que México y Canadá no son parte del Convenio de Washington.

¹¹⁴ El requisito de renuncia es tan importante en el TLCAN que un tribunal arbitral puede declararse incompetente para conocer de un asunto si la o las demandantes no cumplen con dicho requisito esencial. Véase *Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2) laudo, 2 de junio de 2000. También citado como caso *Waste Management vs. México*, laudo, § 32.

¹¹⁵ Conforme al artículo 1139 del TLCAN, “parte contendiente” significa la parte contra la cual se hace una reclamación en los términos de la sección B; “parte contendiente” significa el inversor contendiente o la parte contendiente.

¹¹⁶ TLCAN, artículo 1120 (3).

¹¹⁷ Convenio de Washington, *cit.*

- b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI,¹¹⁸ cuando la parte contendiente o la parte del inversor, pero no ambas, sea parte del Convenio de Washington. Este es el escenario generalmente utilizado para demandar a USA, o que esgrimen sus inversores para demandar a México o Canadá.
- c) Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹¹⁹ Esta vía es idónea para las controversias suscitadas entre México y Canadá, pues como ya lo señalamos, ambos Estados aún no han ratificado el Convenio de Washington.

iii) Los árbitros y la integración del tribunal arbitral

El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros, a menos que las partes acuerden otra cosa.¹²⁰ Cada una de las partes contendientes nombrará a uno y el tercero será nombrado de mutuo acuerdo, quien fungirá como presidente del tribunal arbitral.¹²¹ En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo respecto del nombramiento de cualquier miembro del tribunal, o del tercer miembro, y hayan transcurrido noventa días a partir de la fecha en que la reclamación se sometió al arbitraje, el secretario general del CIADI actuará como sigue: (a) para los miembros del tribunal no

¹¹⁸ El Reglamento del Mecanismo Complementario fue adoptado por el Consejo Administrativo del Centro autorizando al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. 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). El 29 de septiembre de 2002, el Consejo Administrativo aprobó las enmiendas al Reglamento del Mecanismo Complementario. Las enmiendas entraron en vigor el 1o. de enero de 2003. En adelante citado como Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI; estas pueden consultarse en http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-spa/AFR_Spanish-final.pdf, marzo de 2012.

¹¹⁹ Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976, modificadas mediante Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/65/465)] 65/22. Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En adelante citado como Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Para su consulta en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>, marzo de 2012.

¹²⁰ Excepto lo previsto en el artículo 1126 del TLCAN relativo a la acumulación de procedimientos. Para este caso hay reglas especiales para el nombramiento de los miembros del tribunal arbitral que desarrollaremos más adelante.

¹²¹ TLCAN, artículo 1123.

nombrados por las partes, que no sea el tercer miembro del tribunal que fungirá como presidente de este, el secretario general nombrará a petición de parte y a su discrecionalidad al árbitro o árbitros faltantes;¹²² (b) el secretario general elegirá de la lista de árbitros¹²³ al presidente del tribunal, asegurándose que este no sea nacional de alguna de las partes contendientes. En caso de no encontrar un árbitro disponible para dicho encargo de las listas, el secretario general lo nombrará del panel de árbitros del CIADI,¹²⁴ asegurándose que no sea nacional de las partes contendientes.¹²⁵

Respecto al consentimiento específico que prevé el artículo 39 del Convenio de Washington y el artículo 7o. de la parte C del Mecanismo Complementario del CIADI, está asegurado en el contenido del artículo 1125 del TLCAN, sin perjuicio de objetar a un árbitro de conformidad con el artículo 1124 (3) o sobre base distinta a la nacionalidad.

iv) Sede del procedimiento arbitral y medidas provisionales

Un tribunal arbitral llevará a cabo el procedimiento arbitral en el territorio de una parte que sea parte de la Convención de Nueva York que será elegido conforme a las reglas de arbitraje del sistema seleccionado, es decir, conforme al Convenio de Washington, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI según sea el caso.¹²⁶

El tribunal podrá ordenar medidas provisionales de protección para preservar los derechos de la parte contendiente, para asegurar que su juris-

¹²² TLCAN, artículo 1124 (1) y (2).

¹²³ De conformidad con el artículo 1124 (4) del TLCAN las partes, es decir, México, Canadá y Estados Unidos, a la fecha de entrada en vigor del Tratado establecieron una lista de 45 árbitros como posibles presidentes de tribunal arbitral, que reúnen las cualidades establecidas en el Convenio de Washington y en las reglas contempladas en el artículo 1120 del TLCAN, árbitros que deberán contar con experiencia en derecho internacional y en asuntos en materia de inversión. Los miembros de la lista serán designados por consenso y sin importar su nacionalidad.

¹²⁴ Una lista de árbitros está prevista por el Convenio de Washington en los artículos 12-16. Existen dos tipos de nombramientos. Por un lado, los árbitros nombrados por las partes contratantes (4 árbitros por Estado parte, artículo 13 (1) del Convenio de Washington), y por el otro, los árbitros nombrados por el presidente del Banco Mundial (quien también es presidente del Consejo Administrativo del CIADI conforme al artículo 5o. del Convenio de Washington). Estos serán 10 árbitros (artículo 13 (2) del Convenio de Washington). La lista de árbitros del CIADI puede consultarse en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&reqFrom=ICSIDPanels&language=English>, marzo de 2012.

¹²⁵ TLCAN, artículo 1124 (3) y (4).

¹²⁶ *Ibidem*, artículo 1130.

dicción surta plenos efectos o para que esta sea resguardada, así como para preservar pruebas en posesión o control de una de las partes contendientes. No obstante, el tribunal carece de facultades para ordenar la suspensión de la medida presuntamente violatoria.¹²⁷

v) Derecho aplicable, interpretación de los anexos y dictámenes de expertos

El derecho aplicable a las controversias dirimidas al amparo del capítulo XI será el propio texto del Tratado y las reglas aplicables del derecho internacional.¹²⁸ La interpretación del Tratado que llegara a hacer la Comisión de Libre Comercio del TLCAN (Comisión) será obligatoria para cualquier tribunal arbitral establecido conforme al capítulo que nos atañe.¹²⁹ En caso de que una parte alegue en su defensa la aplicación de los anexos del TLCAN (también llamadas listas negras), el tribunal solicitará a la Comisión una interpretación sobre el asunto; dicha interpretación deberá ser realizada y entregada al tribunal dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de solicitud.¹³⁰

Por otra parte, siempre y cuando las partes en conflicto no se opongan, el tribunal arbitral 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.¹³¹

vi) Acumulación de procedimientos

El capítulo XI del TLCAN prevé la acumulación de procedimientos; este contiene normas precisas y especiales para el caso en su artículo 1126. Dichas normas se refieren al sometimiento de la reclamación al arbitraje, la conformación del tribunal arbitral, la determinación de la jurisdicción, el desahogo y la resolución de todas o parte de las reclamaciones de manera conjunta, o sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras reclamaciones, entre otras.¹³² No obstante, no es sencillo para un tribunal

¹²⁷ *Ibidem*, artículo 1134. Para efectos de este precepto “orden” incluye una recomendación.

¹²⁸ *Ibidem*, artículo 1131 (1).

¹²⁹ *Ibidem*, artículo 1131 (2).

¹³⁰ *Ibidem*, artículo 1132.

¹³¹ *Ibidem*, artículo 1133.

¹³² *Ibidem*, artículo 1126. Acumulación de procedimientos, párrs. 19 y 20. En el caso antes citado, la acumulación de procedimientos fue solicitada por México. Sin embargo, esta fue rechazada por el tribunal arbitral.

arbitral acumular los procedimientos, especialmente si las demandantes no están de acuerdo. Esto puede deberse a que las demandantes sean competidoras directas y no estimen conveniente poner a disposición del tribunal arbitral información comercial confidencial como cuestiones de derechos de propiedad intelectual e industrial. En el caso *Corn2 vs. México*,¹³³ el segundo solicitó que se acumularan los procedimientos de Corn Products International, Inc., Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. contra México; el tribunal arbitral rechazó la petición de este.¹³⁴

vii) Laudo definitivo y su ejecución

El tribunal arbitral podrá dictar en el laudo definitivo (a) la condena de daños pecuniarios y los intereses correspondientes, y (b) la restitución de la propiedad y en caso de que esta no sea posible, el monto por concepto de daños pecuniarios más intereses. El tribunal carece de jurisdicción para ordenar pagar daños de carácter punitivo.¹³⁵

Por otra parte, el laudo será obligatorio y no será de carácter general, sino únicamente vinculante para las partes contendientes respecto al caso concreto.¹³⁶ La parte contendiente acatará y cumplirá sin demora el laudo.¹³⁷

¹³³ Véase *Corn2 vs. México, cit.*, orden del tribunal de acumulación, decisión sobre acumulación, 20 de mayo de 2005.

¹³⁴ *Ibidem*, párrs. 19 y 20. En el caso antes citado, la acumulación de procedimientos fue solicitada por México. Sin embargo, esta fue rechazada por el tribunal arbitral.

¹³⁵ *Cfr.* TLCAN, 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;
- (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 al derecho interno aplicable.

3. Un tribunal no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo”.

¹³⁶ TLCAN, artículo 1136 (1).

¹³⁷ *Ibidem*, artículo 1136 (2).

Una parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo hasta que:

- (a) si el procedimiento fue ventilado conforme al arbitraje del CIADI no hayan transcurrido 120 días desde la fecha en que se dictó el laudo y no exista procedimiento de revisión o anulación del mismo o alguno de ellos o ambos no hayan concluido,¹³⁸ y
- (b) tratándose del arbitraje conforme al Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de CNUDMI no hayan transcurrido tres meses desde que se dictó el laudo y ninguna de las partes contendientes lo hayan impugnado para revisarlo, desecharlo o anularlo, o un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de reconsideración, o para desechar o anular el laudo y esta resolución no pueda recurrirse.¹³⁹

La ejecución del laudo se realizará por la parte contendiente interesada de conformidad con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.¹⁴⁰

En caso de que uno de los Estados parte condenados no cumpliera con el laudo arbitral, la Comisión, a petición del Estado parte del inversor extranjero que haya resultado beneficiado por el laudo arbitral, iniciará un procedimiento de conformidad con el artículo 2008 del TLCAN.¹⁴¹

¹³⁸ *Ibidem*, artículo 1136 (3) (i) y (ii).

¹³⁹ *Ibidem*, artículo 1136 (3) (b) (i) y (ii).

¹⁴⁰ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975 (en adelante Convención Interamericana). Para los efectos del artículo I de la Convención de Nueva York y el 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 1136 (7) del TLCAN).

¹⁴¹ *Cfr.* TLCAN, capítulo XX: Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias, artículo 2008: "Solicitud de integración de un panel arbitral

Cuando la Comisión se haya reunido conforme a lo establecido en el Artículo 2007(4) y el asunto no se hubiere resuelto dentro de:

- (a) los 30 días posteriores a la reunión;
- (b) los 30 días siguientes a aquel en que la Comisión se haya reunido para tratar el asunto más reciente que le haya sido sometido, cuando se hayan acumulado varios procedimientos conforme al Artículo 2007(6); o
- (c) cualquier otro período semejante que las Partes consultantes acuerden, cualquiera de éstas podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral. La Parte solicitante entregará la solicitud a su sección del Secretariado y a las otras Partes.

A la entrega de la solicitud, la Comisión establecerá un panel arbitral.

c. Luces y sombras del capítulo XI del TLCAN

Uno de los puntos que se critican del sistema de arbitraje inversor-Estado en general, y del arbitraje inversor-Estado en el marco del capítulo XI del TLCAN en particular, es el aparente favoritismo hacia los inversores extranjeros y la condena a los Estados. La afirmación anterior no es cierta. Existen múltiples ejemplos en el caso mexicano que demuestran lo contrario.¹⁴²

Por otro lado, en el caso mexicano la atracción de inversión extranjera directa en comparación con el pago por concepto de condenas contra México resulta de una balanza positiva para este.

Existen diversos estudios que realizan una evaluación acerca del TLCAN. En el caso concreto del balance relacionado con el capítulo XI, en un estudio realizado a cinco años de la entrada en vigor del mismo, se concluye que para México “de acuerdo con diferentes variables, la política del gobierno mexicano se modificó radicalmente en relación con la inversión extranjera”.¹⁴³

Cuando una tercera Parte considere que tiene interés sustancial en el asunto, tendrá derecho a participar como Parte reclamante mediante entrega de su intención de intervenir a su sección del Secretariado y a las Partes contendientes. La notificación se entregará tan pronto sea posible, pero en ningún caso después de siete días a partir de la fecha en que una de las Partes haya entregado la solicitud de establecimiento del panel.

Si una tercera Parte no se decide a intervenir como Parte reclamante conforme al párrafo 3, a partir de ese momento generalmente se abstendrá de iniciar o continuar:

- (a) un procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado; o
- (b) un procedimiento de solución de controversias ante el GATT, invocando causales sustancialmente equivalentes a las que dicha Parte pudiera invocar de conformidad con este Tratado, respecto del mismo asunto, en ausencia de un cambio significativo en las circunstancias económicas o comerciales.

A menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el panel se integrará y desempeñará sus funciones en concordancia con las disposiciones de este capítulo”.

¹⁴² Por ejemplo, en los siguientes casos se desecharon las pretensiones de las demandantes: *Robert Azinian and others vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, laudo, 1o. de noviembre de 1999. También citado como caso *Azinian vs. México; The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, award, 26 de junio de 2003. También citado como caso *Loewen vs. USA*, laudo; *Gami Investments, Inc. vs. United Mexican States*, UNCITRAL Arbitration Rules, NAFTA, award, 15 de noviembre de 2004. También citado como caso *Gami vs. México*, UNCITRAL, laudo, párr. 137; *Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, laudo, 30 de abril de 2004. También citado como caso *Waste Management vs. México II*, laudo, p. 88; *United Parcel Service of America II vs. Government of Canada*, an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, award on the merits, 27 de mayo de 2007. También citado como caso *UPS vs. Canadá II*, capítulo 11 del TLCAN, ICSID, laudo, etcétera.

¹⁴³ Von Wobeser, Claus, “El régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN y sus efectos en los flujos de capital hacia México”, en Leycegui y Fernández de Castro (coords.),

A consecuencia de la instauración de un nuevo orden económico en México, de una política nacionalista se cambió a una política de apertura. Sobre todo a raíz de la entrada en vigor del GATT y la entrada en vigor del TLCAN en México.¹⁴⁴ Los efectos del TLCAN en México se traducen en mayor seguridad, previsibilidad, igualdad y certeza para los inversores extranjeros canadienses y estadounidenses así como en la atracción de las inversiones.¹⁴⁵ En general, el saldo relacionado con los flujos de inversión en el marco del capítulo XI entre los tres Estados contratantes es positivo.¹⁴⁶ Sin embargo, se ha criticado la falta de claridad al momento de interpretar determinadas normas, como por ejemplo, para determinar lo que es una expropiación indirecta.¹⁴⁷ En otro tenor, queremos señalar que existen estudios que analizan otros capítulos del TLCAN que derivan en un saldo por demás negativo.¹⁴⁸

TLCAN ¿Socios naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 269-272.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 272.

¹⁴⁵ *Idem*; Whitsitt, Elizabeth, “NAFTA fifteen years later: the successes, failures and future prospects of Chapter 11”, *Investment Treaty News (ITN)*, Canada, Switzerland y United States, International Institute for Sustainable Development, 17 de febrero de 2009, véase: <http://www.iisd.org/itm/2009/02/17/nafta-fifteen-years-later-the-successes-failures-and-future-prospects-of-chapter-11/>, abril de 2012.

¹⁴⁶ Von Wobeser, Claus, *op. cit.*, pp. 265-272; Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, junio de 2011, pp. 11, 12, 15 y 211.

¹⁴⁷ Vega Cánovas *et al.*, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

¹⁴⁸ Por ejemplo, respecto al capítulo VII del TLCAN, Sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias, existe un estudio actual realizado por el Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Facultad de Economía de la UNAM titulado *Resultados de 18 años del TLCAN y 20 años de las modificaciones al artículo 27 constitucional* en el que se asegura que “en México, el 72 por ciento de los productores del campo están en quiebra. Entre 2006 y 2011, las familias que vivían en el medio rural tuvieron una pérdida acumulada del poder adquisitivo del 44 por ciento, más de 29.2 millones de agricultores no contaban con acceso a la canasta básica, y sólo 3.9 millones pudieron consumir algunos productos que la integran. Más de 29 millones de agricultores no pueden adquirir la canasta básica, y sólo 3.9 millones de personas tienen acceso a algunos productos que la integran. En la última década, el costo del agotamiento y la degradación ambiental provocados por el acuerdo trilateral equivale al 10 por ciento del PIB, alrededor de 42 mil millones de dólares o que para diciembre de 2011, el 29 por ciento del total de tierras ejidales y comunales se encontraban en proceso de cambio de dominio para ser propiedad de empresas transnacionales”. Véase Lozano Tovar, David *et al.*, *Resultados de 18 años del TLCAN y 20 años de las modificaciones al artículo 27 Constitucional*, México, Centro de Análisis Multidisciplinario de la Facultad de Economía de la UNAM, marzo de 2012. Véase: http://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdbole-tin/2012_174.html, abril de 2012.

C. *El Tratado sobre la Carta de la Energía (Energy Charter Treaty, ECT)*

a. La Carta de la Energía es un sistema – proceso de la Carta

El Tratado sobre la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty, ECT* o Tratado en adelante) fue celebrado en la ciudad de Lisboa el 17 de diciembre de 1994, entró en vigor el 16 de abril de 1998;¹⁴⁹ este nació del llamado “proceso de la Carta” que le dio vida a través del Acta Final de la Conferencia de la Carta Europea de Energía.¹⁵⁰ El ECT quedó abierto a la firma del 17 de diciembre de 1994 al 16 de junio de 1995. Cuando hablamos del ECT también deben tenerse en cuenta los documentos relacionados con este. Su principal antecesor es la Carta Europea de la Energía (*European Energy Charter, EEC* en adelante),¹⁵¹ la cual proveyó lo que actualmente se conoce como el “proceso de la Carta” (*Charter process*). Este “proceso” o “sistema” (en adelante sistema de la Carta de la Energía o sistema de la Carta) lo describiremos del modo siguiente: la base del “sistema de la Carta” es la Carta Europea de la Energía a través del “Acta Final de la Conferencia de la Carta Europea de la Energía” (en adelante Acta Final), además de:

1. El anexo I del Acta Final es el “Tratado sobre la Carta de la Energía” (ECT). El ECT cuenta a su vez con catorce anexos.
2. El anexo II del Acta Final son las decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía.¹⁵²
3. El anexo III del Acta Final es el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la Eficacia Energética y los Aspectos Medioambientales Relacionados (PEEAM en adelante).¹⁵³

¹⁴⁹ The Energy Charter Treaty (Annex 1 To The Final Act Of The European Energy Charter Conference), done at Lisbon on 17th december 1994. Parte integral del ECT son los catorce anexos, en Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, Bruselas, 2004, pp. 3, 39-131.

¹⁵⁰ Final Act of the European Energy Charter Conference, held at Lisbon on 16-17 December 1994, en Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, cit. p. 23.

¹⁵¹ Concluding Document of the Hague Conference on the European Energy Charter, celebrada en la ciudad de la Haya el 17 de diciembre de 1991, en Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, cit., pp. 209-221.

¹⁵² Decisions with respect to the Energy Charter Treaty (Annex 2 to the Final Act of the European Energy Charter Conference), en Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, cit., pp. 135-137.

¹⁵³ Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects (Annex 3 To The Final Act Of The European Energy Charter Conference), en Energy

4. El Discurso del presidente en la adopción de la sesión del 17 de diciembre de 1994.¹⁵⁴
5. La Enmienda de las Disposiciones Comerciales del Tratado sobre la Carta de la Energía.¹⁵⁵ Cabe señalar que dichas enmiendas también deben ser ratificadas por los Estados contratantes¹⁵⁶ y son parte íntegra del ECT.¹⁵⁷

El sistema de la Carta de la Energía une a Estados que formaron parte de la cortina de hierro que son principalmente los países de la antigua Unión Soviética, los países de la Unión Europea, Japón y Australia. Hasta el momento 46 Estados han ratificado el ECT;¹⁵⁸ Australia, Islandia y No-

Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, *cit.*, pp. 141-156.

¹⁵⁴ Chairman's Statement at adoption Session on 17 December 1994, en Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, *cit.*, pp. 157 y 158. This Statement was read out by the Chairman to the final Plenary Session of the European Energy Charter Conference on 17 December 1994 at Lisbon and also circulated in written form. The Conference agreed without objection to this proposal for resolving the outstanding interpretative issues.

¹⁵⁵ Amendment to the Trade-Related Provisions of the Energy Charter Treaty (Annex 1 to the Final Act of the International Conference and Decision of the Energy Charter Conference), p. 204, "The Energy Charter Treaty's trade provisions, which were initially based on the trading regime of the GATT, were modified by the adoption in April 1998 of a Trade Amendment to the Treaty. The Trade Amendment entered into force on 21 January 2010. In accordance with Articles 42 and 44 of the Energy Charter Treaty, for the Trade Amendment to enter into force, it had to be ratified by at least thirty-five ECT member states and this number has been reached. The Decisions adopted in connection with the adoption of this Amendment are an integral part of the Energy Charter Treaty".

¹⁵⁶ El Estado de la ratificación de las enmiendas antes citadas puede consultarse en "Status of Ratification of the Trade Amendment to the Energy Charter Treaty as of January 2010", http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Trade_Amendment_ratification_status.pdf, marzo de 2012.

¹⁵⁷ Enmienda de las Disposiciones Comerciales del Tratado sobre la Carta de la Energía ECT, artículo 7o. Estatus de las decisiones. "The Decisions adopted in connection with the adoption of this Amendment are an integral part of the Energy Charter Treaty".

¹⁵⁸ ECT signatories which have deposited instruments of ratification or accession of the Treaty are: Albania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, European Community (now part of the European Union) and Euratom, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Japan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Mongolia, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation*, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Tajikistan, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Turkmenistan, Ukraine, United Kingdom, Uzbekistan. Signatory States with pending ratification are: Australia, Belarus, Iceland and Norway. Signatory States with provisional applying of the ECT are: Belarus and The Russian Federation (he Russian Federation signed the Energy Charter Treaty and was

ruega firmaron el tratado pero aún no lo han ratificado; en Belarús aplica el tratado provisionalmente y en Rusia aplicó temporalmente hasta octubre del 2009. El ECT es el tratado multilateral más ambicioso en el sector energético e incluye reglas relativas al comercio, la protección de las inversiones y reglas de tránsito a las redes de energía, así como procedimientos vinculantes de solución de controversias inversor-Estado y Estado-Estado.

El sistema de la Carta tiene como objetivo establecer un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el sector energético, “basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta”.¹⁵⁹ Por el contrario, conforme al artículo 18 del ECT, el Tratado no persigue la determinación de políticas energéticas nacionales, tampoco impone la privatización o el acceso de terceros. El Tratado reafirma la soberanía nacional sobre los recursos energéticos ejercida y sometida conforme a los principios de las leyes internacionales. Los Estados pueden determinar libremente el territorio que será explotado, fijar las políticas de extracción y de desarrollo de reservas, establecer exacciones y participar en la prospección y producción.¹⁶⁰

applying it provisionally until 18 October 2009 inclusive). Observers to the Energy Charter Conference are: Afghanistan, Algeria, Bahrain, Canada, China, Egypt, Indonesia, Iran, Jordan, Korea, Kuwait, Morocco, Nigeria, Oman, Pakistan, Palestinian National Authority, Qatar, Saudi Arabia, Serbia, Syria, Tunisia, United Arab Emirates, United States of America, and Venezuela. International Organizations with Observer Status are: The Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), The organisation of Baltic Sea Region Energy Cooperation (BASREC), The organisation of Black Sea Economic Cooperation (BSEC), Commonwealth Of Independent States (CIS) CIS Electric Power Council, The European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), International Energy Agency (IEA), Organisation for Economic Co-operation and Development OECD, United Nations Economic Commission for Europe (UN-ECE), The World Bank Group and the World Trade Organization (WTO). Véase <http://www.encharter.org/index.php?id=61&L=1%5C%5C%5C%5C%5C%5C%27%60%28%5B%7B%5E~>, marzo de 2012.

¹⁵⁹ Cfr. ECT, artículo 2o. Objectives. “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”.

¹⁶⁰ ECT, artículo 18. “Sovereignty over Energy Resources.

(1) The Contracting Parties recognize state sovereignty and sovereign rights over energy resources. They reaffirm that these must be exercised in accordance with and subject to the rules of international law.

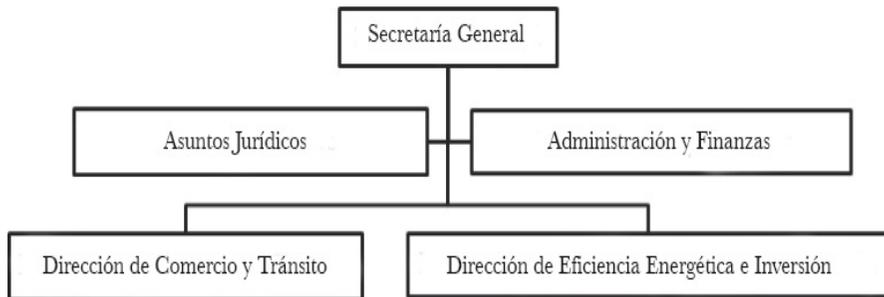
(2) Without affecting the objectives of promoting access to energy resources, and exploration and development thereof on a commercial basis, the Treaty shall in no way prejudice the rules in Contracting Parties governing the system of property ownership of energy resources.

(3) Each state continues to hold in particular the rights to decide the geographical areas within its Area to be made available for exploration and development of its energy resources, the optimalization of their recovery and the rate at which they may be depleted or otherwise exploited, to specify and enjoy any taxes, royalties or other financial payments payable by

Por otra parte, las partes del ECT tendrán en cuenta las consideraciones medioambientales cuando formulen y apliquen sus políticas energéticas.¹⁶¹

El sistema de la Carta de la Energía cuenta con un Secretariado en Bruselas, el cual está organizado de la siguiente manera:

*The ENERGY CHARTER CONFERENCE AND ITS SUBSIDIARY BODIES*¹⁶²



virtue of such exploration and exploitation, and to regulate the environmental and safety aspects of such exploration, development and reclamation within its Area, and to participate in such exploration and exploitation, inter alia, through direct participation by the government or through state enterprises.

(4) The Contracting Parties undertake to facilitate access to energy resources, inter alia, by allocating in a non-discriminatory manner on the basis of published criteria authorizations, licenses, concessions and contracts to prospect and explore for or to exploit or extract energy resources”.

¹⁶¹ ECT, artículo 19, Environmental Aspects. “(1) In pursuit of sustainable development and taking into account its obligations under those international agreements concerning the environment to which it is party, each Contracting Party shall strive to minimize in an economically efficient manner harmful Environmental Impacts occurring either within or outside its Area from all operations within the Energy Cycle in its Area, taking proper account of safety. In doing so each Contracting Party shall act in a Cost-Effective manner. In its policies and actions each Contracting Party shall strive to take precautionary measures to prevent or minimize environmental degradation. The Contracting Parties agree that the polluter in the Areas of Contracting Parties, should, in principle, bear the cost of pollution, including transboundary pollution, with due regard to the public interest and without distorting Investment in the Energy Cycle or international trade. Contracting Parties shall accordingly...

(2) At the request of one or more Contracting Parties, disputes concerning the application or interpretation of provisions of this Article shall, to the extent that arrangements for the consideration of such disputes do not exist in other appropriate international fora, be reviewed by the Charter Conference aiming at a solution...”.

¹⁶² Fuente: Secretariado de la Carta de la Energía, actualizado al 12 de marzo del 2012. Véase http://www.encharter.org/index.php?eID=tx_cms_showpic&file=uploads%2Fpics%2FECS_Or ganigramme_12_March_2012_ENG.jpg&width=800m&height=600m&bodyTag=%3Cbody%20 style%3D%22margin%3A0%3B%20background%3A%23fff%3B%22%3E&wrap=%3Ca%20href%3D%22javascript%3Aclose%28%29%3B%22%3E%20%7C%20%3C%2Fa%3E &md5=08dd271751e3f7a195ca169c65c79d6c, marzo de 2012.

Una vez aclarado lo anterior, subrayamos que para efectos del presente apartado nos limitaremos al estudio de las normas relativas al anexo I del Acta Final de la Conferencia de la Carta Europea de la Energía que contiene el “Tratado sobre la Carta de la Energía” (ECT), las decisiones con respecto al ECT, así como los catorce anexos del ECT en la medida en que estos sean relevantes para la protección de las inversiones y la solución de controversias inversor-Estado.¹⁶³

b. El Tratado sobre la Carta de la Energía – ECT

El Tratado sobre la Carta de la Energía es el tratado multilateral en materia de inversiones más grande e importante hasta el momento y representa, junto con el TLCAN, un verdadero tratado especializado con reglas claras relativas a la protección de las inversiones. Los laudos arbitrales emanados en el marco del ECT relacionados con el tema de nuestra investigación serán analizados.

i) Estructura del ECT

El ECT consta de ocho partes, catorce anexos y las cinco decisiones con respecto al ECT. La parte I contiene las normas relativas a las definiciones, y el propósito del tratado contenidas en sus artículos 1o. y 2o. respectivamente. La parte II se refiere a las disposiciones de comercio, del artículo 3o. al 9o. La parte III se ocupa de la promoción y protección de las inversiones, a través de los artículos 10 al 17 del Tratado. A su vez, la parte IV prevé lo relativo a diversas disposiciones de los artículos 18 al 25. Además, la parte V dispone lo concerniente a la solución de controversias inversor-Estado (artículo 26 del ECT) y Estado-Estado (artículos 27 y 28 del ECT). Asimismo, la parte VI regula diferentes disposiciones transitorias (artículo 29 al 32 del ECT); mientras que la parte VII establece lo relativo a la estructura de las instituciones de la Carta (artículos 33 al 37 del ECT). Finalmente, la parte VIII comprende las disposiciones finales en los artículos 38 al 50 del Tratado que nos ocupa. Igualmente, son parte íntegra del ECT los catorce anexos.¹⁶⁴ Por otra parte, también deben considerarse las “decisiones con

¹⁶³ Decisions with respect to the Energy Charter Treaty, en Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, *cit.*, pp. 135-137.

¹⁶⁴ Los catorce anexos del ECT son:

Anexo EM, Materias y productos energéticos; Anexo NI, Materias y productos energéticos a los que no es aplicable la definición de “Actividad económica en el sector de la

respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía”, pues tienen carácter vinculante.¹⁶⁵

Para efectos de la presente investigación, nos ocuparemos principalmente de las partes I, III y V del Tratado.

ii) Contenido y objetivos

En el preámbulo del ECT se hace clara referencia a la Carta Europea de la Energía, así como a las normas de competencia sobre fusiones, monopolios, prácticas contrarias a la competencia y abuso de posición dominante. También advierte sobre el Tratado de no Proliferación de Armas Nucleares, las Directrices para los Suministradores Nucleares y otras obligaciones y acuerdos internacionales nucleares de no proliferación. Por otra parte, reconoce la necesidad de una mayor eficacia en la exploración, producción, conversión, almacenamiento, transporte, distribución y uso de la energía. Además, recuerda el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y sus protocolos, y otros acuerdos internacionales de medio ambiente relacionados con la energía. El ECT reconoce además la

energía”; Anexo TRM, Notificación y eliminación progresiva (TRIM); Anexo N, Lista de partes contratantes que necesitan un mínimo de tres territorios distintos para participar en un tránsito; Anexo VC, Lista de las partes contratantes que han adoptado voluntariamente compromisos vinculantes con respecto al apartado 3) del artículo 10; Anexo ID, Lista de partes contratantes que, con arreglo al artículo 26, no permiten que un inversor someta nuevamente un mismo litigio al arbitraje internacional en una fase posterior; Anexo IA, Lista de partes contratantes que no permiten que un inversor o una parte contratante someta al arbitraje internacional un litigio relativo a la última frase del apartado 1) del artículo 10; Anexo P, Procedimiento especial sub-nacional de solución de litigios; Anexo G, Excepciones y normas que rigen la aplicación de las disposiciones del GATT e instrumentos relacionados con este; Anexo TFU, Disposiciones relativas a los acuerdos comerciales entre estados que hayan formado parte de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas; Anexo D, Disposiciones transitorias para la solución de diferencias comerciales; Anexo B, Fórmula para el reparto de los gastos entre las partes contratantes; Anexo PA, Lista de signatarios que no aplicarán los requisitos para la aplicación provisional de la letra b) del apartado 3) del artículo 45; Anexo T, Medidas transitorias de las partes contratantes, apartado 2) del artículo 6o., apartado 5) del artículo 6o., apartado 4) del artículo 7o., apartado 1) del artículo 9o., apartado 7) del artículo 10 - Medidas específicas, letra d) del apartado 1) del artículo 14, apartado 3) del artículo 20, apartado 3) del artículo 22;

¹⁶⁵ ECT. Decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía (anexo 2 del Acta Final de la Conferencia sobre la carta europea de la energía): 1. Con respecto al Tratado en su totalidad; 2. Con respecto al apartado 7) del artículo 10; 3. Con respecto al artículo 14; 4. Con respecto al apartado 2) del artículo 14; 5. Con respecto a la letra a) del apartado 4) del artículo 24 y al artículo 25.

necesidad de contar con medidas de protección medio ambientales, incluidas las necesarias para el desmantelamiento de instalaciones energéticas y la eliminación de residuos, así como de objetivos y criterios acordados a nivel internacional para estos fines.¹⁶⁶

De este modo, “el presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta”, conforme al artículo 2o. del ECT.

iii) Promoción y protección de las inversiones

La protección de las inversiones contenida en el ECT es amplia. El artículo 1o. (6) del ECT prevé que inversión es “cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa e indirectamente por un inversor”. El precepto citado contiene una lista incluyente de lo que es considerado una inversión;¹⁶⁷ esta se referirá a toda aquella inversión relacionada con una actividad económica en el sector de la energía y a las inversiones o clases de inversión designadas por cualquier parte contratante como “proyectos de eficacia

¹⁶⁶ ECT, Preámbulo.

¹⁶⁷ *Cf.* ECT, artículo 1o. (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 licenses 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”.

de la Carta” (*Charter efficiency projects*) que hayan sido notificados al Secretariado.¹⁶⁸

Por su parte, un inversor será la persona física que posea la ciudadanía o nacionalidad de una parte contratante, o resida permanentemente en esta, de conformidad con la legislación nacional aplicable; así como la empresa u otra organización constituida de conformidad con la legislación aplicable de una parte contratante.¹⁶⁹

a) Cláusula general

El numeral 1 del artículo 10 del ECT comprende la cláusula general marco para la protección de las inversiones aplicable a todo el tratado. A través del ECT las partes contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, favorables y transparentes para la realización de inversiones en su territorio. Dichas condiciones estarán garantizadas a través de:

- *Trato justo y equitativo*. “Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo”.¹⁷⁰
- *Protección y seguridad plenas*. “Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas”.¹⁷¹
- *Prohibición de medidas exorbitantes o discriminatorias*. “Ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas”.¹⁷²

¹⁶⁸ *Ibidem*, último párr.

¹⁶⁹ *Cfr.* ECT, artículo 1o. (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”.

¹⁷⁰ ECT, artículo 10 (1). “such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment”.

¹⁷¹ *Idem*, “such Investments shall also enjoy the most constant protection and security”.

¹⁷² *Idem*, “no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal”.

- *Nivel mínimo de trato*. “En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados”.¹⁷³
- *Cláusula paraguas o de cumplimiento de las obligaciones*. “Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante”.¹⁷⁴
- *Trato nacional y de la nación más favorecida*. “A efectos del presente artículo, se entenderá por ‘trato’ el trato concedido por una parte contratante que no es menos favorable que el concedido a sus propios inversores [TN] o a los inversores de otra parte contratante o tercer Estado [TNMF], siendo de aplicación la situación más favorable”.¹⁷⁵

Además, de conformidad con el artículo 10 (4) del ECT las partes se obligan en virtud de un tratado complementario futuro a otorgar a los inversores de otras partes contratantes el “trato” antes descrito.¹⁷⁶ Los dos principios de no discriminación mencionados también están garantizados a través del artículo 10 (7) del ECT, para otorgar el mejor de los tratos a los inversores. Este precepto obliga a los Estados contratantes a conceder a las inversiones de los inversores de otras partes contratantes, así como a las actividades relacionadas con las mismas como las de gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones, y a su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, de sus propios inversores (TN) o de los de cualquier otra parte contratante (TNMF) a las inversiones establecidas.¹⁷⁷

No obstante, la obligación legal de garantizar trato no discriminatorio aplica únicamente a las inversiones que hayan sido realizadas. Con ello,

¹⁷³ *Idem*, “in no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations”.

¹⁷⁴ *Idem*, “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”.

¹⁷⁵ ECT, artículo 10 (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”.

¹⁷⁶ ECT, artículo 10 (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)”.

¹⁷⁷ No obstante, los Estados contratantes se reservan lo concerniente a las subvenciones u otro tipo de ayuda financiera o firma de contratos de investigación y desarrollo de tecnologías energéticas respecto a la aplicación del artículo 10 (7) del ECT, así como la aplicación del tratado complementario descrito en el artículo 10 (4) del ECT.

quedan fuera de la protección del tratamiento del ECT las llamadas “pre-inversiones”.

b) Expropiación

La protección en caso de expropiación es el núcleo del ECT. A pesar de la corriente privatizadora que impera en los Estados del Este europeo, la protección contra expropiación directa o indirecta constituye un estándar de protección incluido en la mayoría de los AIIs. El ECT no es la excepción, de tal suerte que regula la expropiación en su artículo 13. Los términos de dicho precepto prevén tanto la expropiación directa como la indirecta por motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y cuyo resarcimiento se llevará a cabo al tenor de la fórmula Hull: deberá ser rápida, adecuada y efectiva.¹⁷⁸ El importe de la indemnización equivaldrá al valor justo del mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes del anuncio de la expropiación o de la intención de esta que hubiese afectado el valor de la inversión (fecha de valor). El valor justo de mercado se expresará en divisa convertible basada en el tipo de cambio existente en el mercado para esta en el momento de su valoración. La indemnización incluirá intereses conforme al tipo comercial con arreglo a criterios de mercado aplicables desde el momento de expropiación a la fecha del pago de esta (artículo 13 (1) segundo párrafo del ECT). Además, con arreglo en la legislación del Estado que realice la expropiación, el inversor tendrá derecho a una revisión pronta de su caso, al pago de la indemnización, y a la valoración de la inversión por un tribunal u otra autoridad competente e independiente de dicha parte (artículo 13 (2) del ECT). El tratado también incorpora el concepto de expropiación del capital de una sociedad o empresa de su territorio en la cual inviertan los inversores de cualquier otra parte contratante, esta queda protegida por el ECT.¹⁷⁹

c) Transferencias

La transferencia de pagos relacionados con inversiones está regulada en el artículo 14 del ECT. De conformidad con este precepto las partes contra-

¹⁷⁸ *Cfr.* ECT, artículo 13.

¹⁷⁹ *Cfr.* ECT, artículo 13 (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”.

tantes garantizarán, respecto a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de cualquier otra parte contratante, la libertad de transferencias a su territorio y fuera de él (artículo 14 (1) del ECT).¹⁸⁰ Las transferencias se realizarán sin demoras y (excepto en el caso de un rendimiento en especie) en una divisa libremente convertible (artículo 14 (2) del ECT) conforme al tipo de cambio que se aplique en la fecha correspondiente. En ausencia de un mercado de moneda extranjera, el tipo de cambio será, o bien el más reciente que se aplique a la inversión interior, o el más reciente que se emplee para la conversión de monedas en derechos especiales de giro, aplicándose siempre el más favorable para el inversor (artículo 14 (3) del ECT).

Existen tres excepciones relativas a la transferencia:

- Restricción de transferencias con el objeto de proteger los derechos de acreedores, o asegurar la observancia de las leyes sobre emisión y transacción de valores; así como el cumplimiento de sentencias en procesos civiles, administrativos y penales, mediante la aplicación de leyes y reglamentos de forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe (artículo 14 (4) del ECT).
- Las partes contratantes que hayan sido parte de la antigua URSS podrán establecer acuerdos que permitan realizar las transferencias de pagos en la divisa de dichas partes contratantes, siempre que tales acuerdos no den lugar a un tratamiento a los inversores de otras partes contratantes que sea menos favorable que el que se concede a los inversores de las partes contratantes que hayan celebrado tal acuerdo o a los inversores de cualquier tercer Estado (artículo 14 (5) del ECT).
- Transferencia de rendimientos en especie pueden ser restringidos en circunstancias en que el GATT/OMC permita restricciones a la exportación, excepto que dichos rendimientos deban permitirse de conformidad con las disposiciones contenidas en un acuerdo escrito con el Estado anfitrión (artículo 14 (6) del ECT).

¹⁸⁰ ECT, artículo 14. Se incluyen las transferencias: a) del capital inicial más el capital adicional para el mantenimiento y desarrollo de una inversión; b) de los rendimientos; c) de los pagos resultantes de un contrato, con inclusión de la amortización del principal y el pago de intereses devengados en virtud de un acuerdo de préstamo; d) de los ingresos no gastados y otras remuneraciones del personal contratado en el extranjero en relación con dicha inversión; e) del producto obtenido de la venta o liquidación de la totalidad o parte de una inversión; f) de los pagos derivados de la solución de una controversia; g) de los pagos de indemnizaciones con arreglo a los artículos 12 y 13 del ECT.

d) Altos ejecutivos

Las partes contratantes se comprometen a examinar de buena fe y con arreglo a sus leyes y disposiciones sobre la entrada, estancia y trabajo de personas físicas con cargos de responsabilidad empleadas por los inversores o en inversiones de estos con el objetivo de entrar y permanecer temporalmente en su territorio para llevar a cabo actividades relacionadas con la realización, desarrollo, gestión, mantenimiento, utilización, disfrute o liquidación de inversiones (artículo 11 (1) del ECT). En otro tenor, las partes contratantes permitirán a los inversores y a sus inversiones emplear a cualquier persona en un cargo de responsabilidad independientemente de su nacionalidad, siempre y cuando la persona empleada haya sido autorizada a entrar, permanecer y trabajar en el territorio de la parte contratante anfitriona y que el empleo en cuestión se ajuste a los términos, condiciones y plazos del permiso concedido (artículo 11 (2) del ECT).

e) Compensación por pérdidas

Respecto a las pérdidas que llegaran a ocurrirle a un inversor o a su inversión en el territorio de otra parte contratante debidas a un conflicto armado o guerra, estado de excepción, disturbio u otro acontecimiento similar en dicho territorio, recibirán de la otra parte contratante el trato más favorable que esta aplique a cualquier inversor, ya sea propio, o inversor de otra parte contratante, o de cualquier tercer Estado, en lo relativo a la restitución, indemnización o cualquier otra forma de reparación (artículo 12 (1) del ECT). A los inversores que sufran pérdidas por las causas mencionadas anteriormente que se deriven de (a) la requisita de su inversión o de parte de esta por las fuerzas armadas o autoridades de la parte contratante anfitriona, o (b) la destrucción de su inversión o parte de esta por las fuerzas armadas o autoridades de la segunda parte contratante se les concederá la correspondiente restitución o indemnización, que será, en cualquiera de los dos casos, rápida, adecuada y efectiva (artículo 12 (2) del ECT).

f) Relación con otros acuerdos

El artículo 16 del ECT aclara la relación del tratado con otros acuerdos internacionales de inversión. En caso de existir colisión entre los tratados, prevalecerán las disposiciones más favorables para el inversor.¹⁸¹

¹⁸¹ ECT, artículo 16, *cf.* orig. “Relation to other Agreements. Where two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, or enter into a subsequent

c. Solución de controversias

Los artículos 26 y 27 del ECT contienen la solución de controversias inversor-Estado (artículo 26 del ECT) y Estado-Estado (artículo 27 del ECT).¹⁸² A continuación, nos aproximaremos a la solución de controversias inversor-Estado.

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”.

¹⁸² Instamos acercarse al contenido del artículo 27 del ECT para conocer a detalle el sistema de solución de controversias Estado-Estado. ECT, artículo 27, *cf.* orig. “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

Solución de controversias inversor-Estado del ECT.

El sistema de solución de controversias inversor-Estado contenido en el artículo 26 del ECT será analizado brevemente debido a la relevancia que tienen las controversias en materia de inversión; son vastos los procedimientos arbitrales dirimidos de conformidad con el ECT.¹⁸³ Como la mayoría de los AIIs, el artículo 26 (1) del ECT insta a las partes en conflicto a resolver su diferencia amigablemente (artículo 26 (1) del ECT). Si no fuera posible llegar a un arreglo amistoso dentro de un periodo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes hubiera solicitado dicha solución, el inversor podrá optar para la solución de su diferencia someterla a:¹⁸⁴

- 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”.

¹⁸³ Hay 30 casos registrados en el Secretariado de la Carta de la Energía. No hay información pública de todos los casos y los foros en los que se dirimen o dirimieron son diversos. Para una aproximación al respecto remitirse al Secretariado de la Carta de la Energía. Energy Charter Secretariat. Investor-State Dispute Settlement Cases: <http://www.encharter.org/index.php?id=213>, abril de 2012.

¹⁸⁴ ECT, artículo 26 (2).

- (a) los tribunales ordinarios o administrativos del Estado anfitrión;
- (b) un procedimiento de solución de controversias previamente acordado;
- (c) al arbitraje o conciliación internacional, en cuyo caso, las partes contratantes consienten incondicionalmente someter sus controversias a los medios alternos de solución de diferencias citados.¹⁸⁵

Las partes del ECT retiran su consentimiento incondicional al arbitraje si el inversor hubiera recurrido previamente a la jurisdicción nacional o hubiera utilizado un procedimiento de solución de controversias previamente acordado (artículo 26 (2) (a) y (b) en conexión con el artículo 26 (3) (b) (1) del ECT).

Si un inversor opta por someter su reclamación al arbitraje podrá hacerlo ante:

- (1) el CIADI,
- (2) el CIADI de conformidad con su Mecanismo Complementario,
- (3) un árbitro único o tribunal *ad hoc* de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, o
- (4) a un procedimiento arbitral del Instituto de Arbitraje de la SCC.

En cualquier caso, el inversor deberá presentar por escrito su consentimiento para someterse a alguno de los foros citados (artículo 26 (4) del ECT). Dicho consentimiento por escrito jugará las veces de consentimiento (a) en el sentido del Capítulo II del CIADI y según las normas del Mecanismo Complementario, (b) del acuerdo por escrito dispuesto en el artículo II del Convenio de Nueva York, y (c) del acuerdo por escrito para los fines del artículo 1o. del Reglamento de la CNUDMI (artículo 26 (5) del ECT).

Para resolver la controversia se formará un tribunal arbitral que decidirá las cuestiones en litigio de conformidad con el ECT y las normas de derecho internacional aplicables (artículo 26 (6) del ECT).

Cualquier persona jurídica que tenga la pertenencia a alguna parte contratante en la fecha del consentimiento por escrito, y que antes de plantearse la controversia esté controlado por inversores de la otra parte contratante, será tratado como ciudadano nacional de otro Estado contratante para efectos del CIADI y como “ciudadano de otro Estado” para efectos

¹⁸⁵ ECT, artículo 26 (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”.

del Mecanismo Complementario del CIADI (artículo 26 (7) del ECT). Las reglas adjetivas aplicables al procedimiento, incluidas las normas relativas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, serán las del mecanismo elegido.

3. *Acuerdos bilaterales de protección de las inversiones (APPRI)*

Los acuerdos bilaterales de protección de las inversiones también llamados acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI), son tratados internacionales celebrados entre dos Estados destinados a promover y proteger la inversión extranjera. El primer APPRI celebrado fue entre Alemania y Pakistán en 1959.¹⁸⁶ Hasta 1980 existían 385 APPRI, cifra que se quintuplicó a 1,857 para finales de los años noventa y envolvía aproximadamente a 173 Estados.¹⁸⁷ Para finales del 2010 existían 2,807 APPRI celebrados.¹⁸⁸

México cuenta con veintiocho APPRI, todos están en vigor, excepto el APPRI México-Bielorrusia. Los Estados con los que México ha celebrado un APPRI son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, China, Corea, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, India, Islandia, Italia, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Singapur, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Unión Belgo-Lux, Uruguay.¹⁸⁹

Los APPRI representan en la actualidad los instrumentos jurídicos internacionales más importantes en el ámbito internacional de la inversión extranjera. Aunque inicialmente los APPRI se celebraron principalmente entre países exportadores de capital y países en vías de desarrollo,¹⁹⁰ hoy en día existe una gran gama de acuerdos celebrados entre países desarrollados y otra entre países en transición o en vías de desarrollo. Muestra de ello es el caso mexicano, que tiene celebrados APPRI no únicamente con Estados desarrollados, sino también con Estados en transición y en desarrollo.

¹⁸⁶ APPRI Alemania-Pakistán de 1959, *cit.*

¹⁸⁷ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2000, p. iii. Para su consulta electrónica en <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>.

¹⁸⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, *cit.*, p. 100.

¹⁸⁹ Véase la tabla de APPRI citados a lo largo de la investigación.

¹⁹⁰ McGuire, Teresa, "Bilateral and Multilateral Investment Treaties", en Bradlow y Escher (eds.), *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, Haya, Londres y Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 108.

A. Contenido y objetivos

a. Contenido estándar

El contenido de los APPRI se concentra en la promoción y protección de la inversión extranjera. Por lo general, pueden reconocerse varios elementos constitutivos homogéneos de estos instrumentos internacionales: el (1) preámbulo, donde se fijan los propósitos, intenciones, objetivos y finalidades de las partes contratantes;¹⁹¹ contienen además una (2) parte definitoria, donde se detallan los conceptos de inversión,¹⁹² inver-

¹⁹¹ En el contexto de la existencia de más diferencias en materia de inversión, la negociación de preámbulos ha ganado importancia. Esto no solo enfatiza los objetivos de la promoción y protección de las inversiones, sino también hace hincapié en que dicho fin no debe ser perseguido a expensa de otros intereses públicos tales como la salud, la seguridad, el medio ambiente o el empleo. Ejemplos de preámbulos son contenidos en el APPRI México-China, firmado el 11 de julio de 2008, en vigor el 6 de junio de 2009, "...las Partes Contratantes... proponiéndose crear condiciones favorables para la inversión...; reconociendo que el fomento, la promoción y la protección recíproca de dicha inversión conducirá a estimular la iniciativa de negocios de los inversionistas e incrementarán la prosperidad en ambos Estados; deseando intensificar la cooperación de ambos Estados sobre bases de equidad y beneficio mutuo"; dicho preámbulo difiere con el APPRI México-India, firmado el 21 de mayo de 2007, en vigor el 23 de febrero de 2008, "...las Partes Contratantes, *deseando* intensificar la cooperación económica para el beneficio mutuo de las Partes Contratantes; *proponiéndose* crear y mantener condiciones favorables para las inversiones... promover y proteger recíprocamente las inversiones con el objeto de fomentar los flujos de capital productivo y la prosperidad económica"; por otra parte el APPRI México-Alemania, firmado el 25 de agosto de 1998, en vigor el 23 de febrero de 2001, anota en su preámbulo "animados por el deseo de intensificar la colaboración económica entre ambos Estados Contratantes... crear condiciones favorables para las inversiones de los nacionales... el fomento y la protección de las inversiones mediante un Acuerdo bilateral pueden servir para estimular la iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de ambos pueblos"; asimismo el APPRI México-Argentina, firmado el 13 de noviembre de 1996, en vigor el 22 de julio de 1998, afirma "...fortalecer los vínculos de amistad entre sus pueblos y pretendiendo ampliar e intensificar las relaciones económicas entre las Partes Contratantes, en particular, respecto de las inversiones de los inversores... reconociendo que un acuerdo... es necesario para fomentar el desarrollo económico y estimular el flujo de capital y tecnología entre las Partes Contratantes... crear condiciones favorables para las inversiones de los inversores... de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional".

¹⁹² Respecto al rubro de las definiciones contenidas en los APPRI, la definición del término "inversión" continúa siendo amplia en la mayoría de los acuerdos. Sin embargo, en muchas ocasiones se realizan exclusiones concretas sobre lo que no constituye una inversión. Además se muestra una novedad por ejemplo, en el caso de Canadá, quien incluyó en sus últimos APPRI una lista limitativa, enumerando de manera exhaustiva los activos que constituyen una inversión. Lo mismo sucede con los últimos APPRI celebrados por México, como el APPRI México-China, *cit.* (véase artículo 1o.), el APPRI México-India, *cit.* (véase artículo 1o., nr. 7) o el APPRI México-Reino Unido firmado el 12 de mayo de 2006, en vigor el 25 de julio de 2007 (véase artículo 1o.).

sor,¹⁹³ Estado,¹⁹⁴ entre otros;¹⁹⁵ a continuación contienen una sección que trata sobre la (3) admisión de las inversiones en el Estado anfitrión.

¹⁹³ Respecto a la definición de “inversor”, en la práctica se continúa utilizando distintos enfoques para determinar la nacionalidad de una persona física y una persona jurídica. Un tema no menos controvertido es el caso de las entidades de Estado. La definición de inversor como persona física incluida en los tratados de inversión no es del todo sencilla en su interpretación. Mientras que la nacionalidad de una persona física se determina, generalmente, sin problema alguno, se carece de jurisprudencia o criterios unánimes para los casos en los que inversores poseen más de una nacionalidad. Este último supuesto se ejemplifica en los casos *Soufraki vs. Emiratos Árabes* (Véase *Soufraki vs. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/07, award, 7 de julio de 2004, párr. 45) y *Nottebohm* (Véase *Nottebohm Case (Lichtenstein vs. Guatemala)* (Second-Phase) [1955] International Court of Justice, ICJ Reports 4). Es relevante determinar qué requisitos debe satisfacer el inversor extranjero para probar una nacionalidad como nacionalidad calificada. En este contexto juegan un papel determinante los conceptos nacionalidad “dominante” y nacionalidad “efectiva”, así como la nacionalidad “por conveniencia” (*nationality of convenience*), especialmente en relación con una persona de negocios. Para personas jurídicas que figuran como inversores, igualmente se plantea la pregunta, bajo qué circunstancias estas pueden ostentarse como inversores extranjeros, para efectos del tratado internacional de inversiones en cuestión. Para determinar la “nacionalidad” de una persona jurídica se han desarrollado varias teorías en el derecho internacional. Personas jurídicas, a diferencia de las personas físicas, no poseen una “nacionalidad”. A las personas jurídicas, más bien se les determina su pertenencia a un Estado con la ayuda de las teorías de la “constitución o incorporación” (también conocida como: *Gründungstheorie* o *incorporation theory*), de la “sede”, también conocida como *Sitz*, *Seat* o *Siège*, y del “control”, también conocida como *Kontrolltheorie* o *control theory*. Para la *Kontrolltheorie* la nacionalidad de los accionistas de la persona jurídica juega un papel importante. Las citadas teorías no son aplicadas del mismo modo por tribunales arbitrales y especialistas de la materia, por ello, se presentan constantemente determinados escenarios en disputas que impiden una clara interpretación de estas. Véase Ipsen, Knut, *op. cit.*, §24, párr. 24; El derecho alemán, por ejemplo, aplica la *Sitztheorie*, de modo tal, que tanto para las personas jurídicas como para determinados lazos de las personas y masas patrimoniales, los cuales pueden hacer uso de dicha capacidad jurídica, se aplica el derecho del Estado en el cual se encuentra la administración principal o sede de estas. Véase al respecto Siehr, Kurt, *Internationales Privatrecht: Deutsches und Europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, Heidelberg, F. C. Müller, 2001, § 40, p. 309. En derecho internacional al contrario se siguen las teorías de la “incorporación” y del “control” (*Gründungs- und Kontrolltheorie*). Sin embargo no existe una aplicación unánime. Véase Brownlie, Ian, *op. cit.*, pp. 391 y 392; Seidl-Hohenveldern, Ignaz, *International Economic Law*, 3a. ed., Haya, Londres y Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 53-57.

¹⁹⁴ Cabe señalar que el Estado no siempre actúa a nombre propio, sino que en la mayoría de las ocasiones lo realiza a nombre de una de sus entidades estatales, las llamadas *State Entities*. Existe una gran gama de entidades estatales, entre estas se encuentran: entidades públicas territoriales, subdivisiones políticas, corporaciones públicas, organismos autónomos locales, organismos públicos autónomos, dependencias estatales, organismos centralizados y descentralizados, empresas con participación estatal, empresas con privilegios estatales así como administraciones o gobiernos locales, entre otros. Véase Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, *cit.*, p. 85; Larsen, Clifford, “ICSID Jurisdiction: The Relation

A pesar de que predominan los APPRI que dejan a las partes contratantes a su discreción la admisión y el establecimiento de inversores extranjeros y sus inversiones, los tratados que incluyen el derecho de establecimiento se están volviendo más frecuentes. Dicho derecho está provisto entre otros, a través de la garantía del trato nacional y el trato de la nación más favorecida, o únicamente del segundo, el cual es sujeto de reservas y excepciones. Un ejemplo se presenta en el artículo 2o. del APPRI México-India, que dispone: “cada Parte Contratante admitirá las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante de conformidad con su legislación y reglamentación aplicable”. Otro ejemplo lo contiene el artículo 2o., nr. 1 del APPRI México-Panamá, firmado el 11 de octubre de 2005, en vigor el 14 de diciembre de 2006, que prevé, “cada Parte Contratante admitirá las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante de conformidad con su legislación y demás disposiciones aplicables”.

Incluyen además una parte sustantiva, en la cual se recogen los (4) estándares de protección y tratamiento a las inversiones más importantes,¹⁹⁶ por un lado, (a) los llamados estándares absolutos, a través de los cuales el nivel de protección se fundamenta en un estándar objetivo (derecho consuetudinario o convencional), tales como trato justo y equitativo,¹⁹⁷ nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional con-

lship of Contracting States to Sub-State Entities”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law*, The Hague, vol. 18, 2004, p. 359. Sin embargo, muchos APPRI carecen de definiciones sobre *State Entities*. Se suele omitir dicha definición para evitar que los Estados intenten esquivar su imputabilidad y responsabilidad a través de una reorganización jurídica, de determinadas empresas estatales, empresas con derechos especiales, de sus subdivisiones políticas u órganos públicos. Véase Wolfgram, Susann, *Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nach dem Vertrag über die Energiecharta*, Alemania, serie Europäisches und internationales Integrationsrecht, Lit., Band 3, 2001, p. 26; Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001, artículo 25, párrs. 142 y ss.

¹⁹⁵ Tales como territorio, días, transferencia, acciones de capital o instrumentos de deuda, apoyo a la inversión, emisor, empresa, empresa del Estado, rentas, ganancias, así como terminología relacionada con la solución de controversias, tales como parte y partes contendientes, CIADI, Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, Convenio del CIADI, Convención de Nueva York, Reglas opcionales de la CPA, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, etcétera.

¹⁹⁶ Véase UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007, pp. 28-33; Reinisch, August, *Standards of Investment Protection*, Reino Unido, Oxford University Press, 2009.

¹⁹⁷ Véase *Rumeli Telekom A. S., Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A. S. vs. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, award, 29 de julio de 2008. También citado como caso *Rumeli y Telsim vs. Kazajistán*, laudo, párrs. 581-619, el tribunal arbitral señaló que “The concept ‘fair and equitable treatment’ is not precisely defined. ‘It offers a general point of departure in formulating

suetudinario o convencional), tales como trato justo y equitativo,¹⁹⁷ nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional consuetudinario¹⁹⁸ protección y seguridades plenas,¹⁹⁹ y la protección de las inversiones contra la expropiación²⁰⁰ o medidas equivalentes a ella e indemnización,²⁰¹ por otro lado, (b) los llamados estándares relativos, mediante los cuales el nivel de

an argument that the foreign investor has not been well treated by reason of discriminatory or other unfair measures being taken against its interest. It is therefore a concept that depends on the interpretation of specific facts for its content’. The precise scope of the standard is therefore left to the determination of the Tribunal which ‘will have to decide whether in all the circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable’”, párr. 610; González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, México, Porrúa, 2010, pp. 137-169; Cavazos Villanueva, Gabriel, *The Fair and Equitable Treatment Standard*, Alemania, Vdm Verlag Dr Mueller E K, 2008; Álvarez Jiménez, Alberto, “Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case before the International Court of Justice”, *JWIT*, vol. 9, nr. 1, febrero de 2008, pp. 51-70; UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999.

¹⁹⁸ Véase por ejemplo el artículo 5o. del APPRI México-China. “Nivel Mínimo de Trato 1. Cada Parte Contratante otorgará... trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, este Artículo establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas... Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un trato adicional que el requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional, o que vaya más allá de éste, como prueba de la práctica de los Estados y la *opinio juris*. Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición del presente Acuerdo o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se ha violado el presente Artículo”; González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, pp. 142-147; Álvarez Jiménez, Alberto, *op. cit.*, pp. 51-70.

¹⁹⁹ Véase *Rumeli y Telsim vs. Kazajistán*, *cit.*, laudo, párrs. 658-670; al respecto el tribunal arbitral señaló “The Arbitral Tribunal agrees with Respondent that the full protection and security standard in Article II(2) of the UK-Kazakhstan BIT must be construed in accordance with the accepted rules of treaty interpretation. It obliges the State to provide a certain level of protection to foreign investment from physical damage... ICSID tribunals have recognized that in international law, the full protection and security obligation is one of ‘due diligence’ and in *Saluka (Saluka vs. Czech Republic, Partial Award of March 17, 2006*, párr. 483), the Tribunal also decided that the ‘full security and protection’ clause is not meant to cover just any kind of impairment of an investor’s investment, but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force”, párr. 668; González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, pp. 185-196.

²⁰⁰ Véase *Rumeli y Telsim vs. Kazajistán*, *cit.*, laudo, párrs. 682-715.

²⁰¹ González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, pp. 197-242; Sampliner, Gary H., “Arbitration of Expropriation Cases under U.S. Investment Treaties – A threat to Democracy or the Dog That Didn’t Bark?”, *ICSID Review, FILJ*, vol. 18, núm. 1, 2003, pp. 1 y ss.; Horn, Norbert, *op. cit.*, pp. 17-21; UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-making*, *cit.*, pp. 44-52.

protección al inversionista se define en función del trato que reciben otros sujetos, tales como el trato nacional (CTN),²⁰² la cláusula de la nación más favorecida (CNMF).²⁰³ Con frecuencia se incluyen otras cláusulas de protección como (5) la de protección contra trato arbitrario o discriminatorio de las inversiones e inversores en general²⁰⁴ y a consecuencia de conflictos armados o contiendas civiles.²⁰⁵ (6) También se acompaña una sección relativa a las transferencias de fondos relacionadas con la inversión de inversionistas.²⁰⁶ La parte procesal incluye, en la mayoría de los casos, (7) el mecanismo de solución de controversias Estado-Estado²⁰⁷ e inversor-Estado,²⁰⁸ en el segundo, se

²⁰² Para una incursión en el tema véase González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, pp. 119-136; UNCTAD, *National Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999. También citado como UNCTAD 1999b.

²⁰³ Véase González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, pp. 171-183; UNCTAD, *Most Favored Nation Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999.

²⁰⁴ Véase por ejemplo *Burlington Resources, Inc. vs. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, decisión a la jurisdicción, 2 de junio de 2010. También citado como caso *Burlington vs. Ecuador*, decisión a la jurisdicción, párrs. 209-211.

²⁰⁵ En caso de presentarse un conflicto armado o contienda civil en la mayoría de los APPRI las partes contratantes se obligan a garantizar el trato de la nación más favorecida y el trato nacional en estas situaciones, respecto de las indemnizaciones o compensaciones derivadas de estos. UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-making*, *cit.*, pp. 52-56.

²⁰⁶ La mayoría de los APPRI contiene disposiciones relativas a la transferencia de fondos que otorgan el derecho de transferirlos sin demora alguna y en algunos casos usando una moneda específica. Al respecto se diferencia entre la cobertura de la protección referentes a las entradas y salidas de capital, en algunos casos solo una u otra son protegidas por el tratado, así como el régimen que gobierna dichas transferencias, que será en la mayoría de los casos el derecho nacional, por ejemplo, el artículo 8o., nr. 1 del APPRI México-China que sostiene “de conformidad con sus leyes y reglamentos, cada Parte Contratante garantizará... que todos los pagos relacionados con una inversión en su territorio, sean libremente transferidos sin demora, dentro y fuera de su territorio”. Existen algunos APPRI que contienen salvaguardas a dichas transferencias en el caso de presentarse bancarota o para asegurar los derechos de terceros, entre otros. En muy pocas ocasiones los tratados contienen salvaguardas para el caso de presentarse un grave desequilibrio en la balanza de pagos o una amenaza a la misma, no así es el caso mexicano, que en una gran variedad de APPRI contiene dicha salvaguarda. Véase los APPRI México-China en su artículo 8o., nr. 5; México-India en su artículo 8o., nr. 4; México-Reino Unido en su artículo 8o., nr. 4; México-Francia en su artículo 7o., párrafo 3; México-España en su artículo VII, nr. 3; México-Australia en su artículo 9o., nr. 4; México-Finlandia en su artículo 7o., nr. 4, entre otros.

²⁰⁷ UNCTAD, *Dispute Settlement: State-State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2003.

²⁰⁸ UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor-State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2003.

contempla en la mayoría de los APPRI el arbitraje internacional o nacional (cláusula arbitral) o la solución de conflictos frente a los tribunales nacionales del Estado anfitrión (cláusula de foro).

En muchas ocasiones, en la sección relativa a la solución de conflictos se encuentran detallados algunos prerequisites para acceder al arbitraje internacional, tales como consulta y negociación, notificaciones previas, renuncias para presentar la reclamación frente a cualquier otra instancia nacional judicial o alterna o internacional (cláusula *fork in the road*), así como restricciones *ratione temporis* para presentar la reclamación. Una parte muy importante de los APPRI es la concerniente a la cláusula arbitral y la declaratoria de consentimiento a algunas instancias internacionales (cláusula *ratione voluntatis*),²⁰⁹ como al arbitraje frente al CIADI, a su Mecanismo Complementario, al arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL o a la conformación de un tribunal *ad hoc*. Esta *invitatio ad offerendum* representa una declaratoria abierta realizada por los Estados contratantes del APPRI frente a futuras controversias que pudieran suscitarse en su contra, la cual podrá ser utilizada en todo momento por los inversores extranjeros cuando estos o sus inversiones hayan sido presuntamente violados por el Estado anfitrión.²¹⁰

En muchos APPRI esta sección también incluye reglas específicas relativas al procedimiento arbitral a seguir, como el número de árbitros y método para su nombramiento, la anulación de los procedimientos, sede del arbitraje, el derecho aplicable,²¹¹ medidas provisionales, sobre el laudo, su reconocimiento y ejecución,²¹² entre otras disposiciones procesales. (8) En la parte final de los APPRI se incluye su duración y procedimiento para su denuncia o en su defecto su renegociación.

²⁰⁹ Véase p. e. el artículo 13 del APPRI México-India. “1. Cada Parte Contratante otorga su consentimiento incondicional para someter una controversia a arbitraje internacional... 2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 anterior 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 (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, relativo al ‘acuerdo por escrito’”.

²¹⁰ Una contribución interesante sobre el tema se encuentra en Cremades, Bernardo M., “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties”, en Fortier et al. (eds.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century – Liber Amicorum for Karl-Heinz-Boeckstiegel*, Colonia, Berlín, Bonn y Munich, Carl Heymanns Verlag, 2001, pp. 149 y ss.

²¹¹ Sacerdoti, Giorgio, “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, *ICSID Review*, vol. 19, nr. 1, 2004, pp. 1 y ss.

²¹² Cremades, Bernardo M. (ed.), *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America. Papers presented at the 1998 Vancouver IBA Conference*, Hague, London y Boston, Kluwer Law International, 1999.

b. Ámbito de aplicación del APPRI

El ámbito de aplicación de un APPRI tiene diferentes dimensiones, en primer lugar, la materia para la cual el APPRI es aplicable. En la mayoría de los casos esta será “la protección de las inversiones realizadas por inversores de una parte contratante”; en un segundo lugar, representará el ámbito geográfico de protección del APPRI, que por lo general será “el territorio de la otra parte contratante”. Una tercera dimensión será el ámbito temporal de aplicación del APPRI, el cual puede variar de acuerdo en acuerdo, por ejemplo, puede referirse “a las inversiones realizadas después de la entrada en vigor del tratado”, “así como a las inversiones existentes al momento de entrar en vigor el tratado”. En ocasiones existe una cláusula de exclusión de aplicación del acuerdo “a las reclamaciones derivadas de eventos que ocurrieron, o las reclamaciones que hayan sido presentadas o resueltas antes de la entrada en vigor del mismo”. Otro tipo de cláusulas urgen además de la existencia de “un daño o pérdida inminente” a la inversión. Citaremos tres ejemplos de este tipo de cláusulas comenzando por la más amplia y terminando por la más estrecha.

Comenzaremos con el artículo 28 del APPRI México-India²¹³ el cual prevé: “Aplicación del acuerdo. Las disposiciones del presente Acuerdo aplicarán a todas las inversiones realizadas antes o después de la entrada en vigor del presente Acuerdo por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante”.

En este tipo de cláusulas no existe restricción temporal alguna respecto de la aplicación de la cláusula; sin embargo, advierte que a las inversiones que se aplicará serán a las “inversiones realizadas”, es decir, la protección del acuerdo únicamente será válida si las inversiones ya han sido establecidas, lo cual deberá ser de conformidad con la legislación y reglamentación nacional aplicable.²¹⁴

Este tipo de cláusula no realiza anotación alguna respecto de las controversias que se hubieran suscitado por hechos acontecidos anteriores a la entrada en vigor del APPRI, ni tampoco de controversias en curso al momento de entrada en vigor del mismo, lo que podría dejar abierto el camino de aplicación retroactiva de las leyes con efectos positivos para el inversor extranjero.

Otra cláusula que cierra este camino es la prevista en el artículo 29 del APPRI México-China²¹⁵ que establece:

²¹³ APPRI México-India, *cit.*

²¹⁴ *Ibidem*, artículo 2o.

²¹⁵ APPRI México-China, *cit.*

Este Acuerdo aplicará a las inversiones realizadas después de la entrada en vigor del presente Acuerdo por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, así como a las inversiones existentes de conformidad con la legislación aplicable de las Partes Contratantes en la fecha de entrada en vigor. No obstante, las disposiciones de este Acuerdo no aplicarán a reclamaciones derivadas de eventos que ocurrieron, o a reclamaciones que hayan sido resueltas, antes de su entrada en vigor.

Muy similar es la cláusula contenida en el artículo 9o. del APPRI México-Alemania²¹⁶ que prevé: “el presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de un Estado contratante antes de la entrada en vigor del mismo, conforme a las disposiciones legales del otro Estado contratante en su territorio. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigor.

En este modelo, la protección del APPRI no podrá ser invocada por presuntas violaciones que ocurrieron, ni por reclamaciones en curso o reclamaciones que hayan sido resueltas, antes de la entrada en vigor del mismo.

c. Otras cláusulas específicas

A pesar de lo expuesto con anterioridad y de que en la generación de APPRI celebrados a partir de los años noventa existe consistencia en los estándares de protección incluidos en APPRI de antiguas generaciones,²¹⁷ los primeros presentan hoy día cierta evolución respecto al contenido de algunas cláusulas específicas. En una gran cantidad de APPRI modernos se incluye hoy por hoy, una variedad más amplia de disciplinas que impactan a su vez en un mayor número de áreas jurídicas y económicas de los Estados anfitriones de manera más compleja y detallada. Al mismo tiempo se ha puesto mayor énfasis en las políticas públicas como la inclusión de salvaguardas y excepciones relativas a salud pública, protección ambiental y seguridad nacional,²¹⁸ además, en ocasiones se presentan re-

²¹⁶ APPRI México-Alemania, *cit.*

²¹⁷ El libro del Prof. Dolzer se puede consultar como una buena fuente respecto a los contenidos más importantes de los APPRI de la llamada “antigua generación”. Véase Dolzer, Rudolf y Stevens, Margaret, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, Boston y London, 1995.

²¹⁸ Véase el artículo 31 del APPRI México-India: “Excepciones por Seguridad. Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo imposibilita a la Parte Contratante receptora para tomar acciones destinadas a proteger sus intereses esenciales de seguridad, o en circunstancias de emergencia extrema de conformidad con su legislación normal y razonablemente aplicada sobre bases no discriminatorias”.

quisitos de desempeño o prohibiciones a su imposición.²¹⁹ Otras materias que se regulan con menor frecuencia son las relativas a la entrada y permanencia de personal en el Estado anfitrión,²²⁰ que están relacionadas con personal clave contratado por el inversor extranjero, cláusulas como las denominadas “paraguas” o de “cumplimiento de las obligaciones” (*umbrella clause*),²²¹ diferentes disposiciones relativas a la transparencia,²²² derechos previos al establecimiento de la inversión,²²³ cláusula de denegación de be-

²¹⁹ Por ejemplo el APPRI Argentina-USA en su artículo II, nr. 4, prohíbe a las partes poner restricciones por razón de la nacionalidad a los altos directivos de las compañías legalmente constituidas en el territorio de una de las partes: “4. Companies which are legally constituted under the applicable laws or regulations of one Party, and which are investments, shall be permitted to engage top managerial personnel of their choice, regardless of nationality”. Otro ejemplo interesante se presenta en el artículo II, nr. 4: “Treatment of Investment... 4. Neither Party shall impose, as a condition of establishment, expansion or maintenance of investments, any performance requirements which require or enforce commitments to export goods produced, or which specify that goods or services must be purchased locally, or which impose any other similar requirements or measures”.

²²⁰ Véase el artículo 30 del APPRI México-India: “Sujeto a su legislación aplicable relativa a la entrada y permanencia de extranjeros, una Parte Contratante permitirá a personas físicas de la otra Parte Contratante y al personal contratado por empresas de la otra Parte Contratante, entrar y permanecer en su territorio con el propósito de integrarse a actividades relacionadas con las inversiones”.

²²¹ Véase el artículo 8o., nr. 2 del APPRI México-Alemania: “Cada Estado Contratante observará cualquier otra obligación por escrito que haya asumido en relación a inversiones en su territorio por nacionales o sociedades del otro Estado Contratante; las controversias surgidas respecto de dichas obligaciones, serán solucionadas únicamente de acuerdo a las disposiciones contenidas en el contrato respectivo”.

²²² Véase el artículo VIII de APPRI Polonia-USA: “Exchange of Information and Transparency. 1. Each Party acknowledges the desirability of facilitating the collection and exchange of all non-confidential, non-proprietary information relating to investments and commercial activities within its territory.

2. Each Party shall make publicly available all non-confidential, non-proprietary information which may be useful in connection with investment and commercial activities. In addition, each Party shall promptly make public all laws, regulations, administrative practices and procedures, and adjudicatory decisions having general application that pertain to or affect commercial activities or investments.

3. The Parties shall disseminate to their respective business communities such information made available under paragraph 2 which will assist their nationals and companies in pursuing the most expeditious and equitable settlement of any dispute affecting them which may arise under this Treaty. Such information may be related to timeliness of decisions and vindication of rights under the Treaty”.

²²³ Véase Chatterjee, C., “When Pre-Investment or Development Costs May or May Not Be Regarded as Part of ‘Investment’ under Article 25(1) of the ICSID Convention – The Mihaly Case”, *JWIT*, vol. 4, nr. 5, 2003, pp. 909 y ss. Tratados con este tipo de cláusulas han sido celebrados principalmente por Canadá, USA y Japón; UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, cit., p. xiii.

neficios,²²⁴ entre otras. Por lo tanto, si un inversor extranjero pretende utilizar el beneficio de un APPRI para establecerse en algún Estado anfitrión, es recomendable observar con lupa todas y cada una de sus cláusulas para gozar de su protección y beneficios para que, en el peor de los escenarios, pueda hacer uso de su mecanismo de solución de controversias en caso de presentarse alguna violación a los derechos del inversor o a su inversión.²²⁵

Por todo lo anterior, las diferencias basadas en estos instrumentos bilaterales internacionales son los imperantes en las controversias en materia de inversión inversor-Estado, y por ello representan en gran medida el objeto de estudio de la presente investigación.

d. Objetivos estratégicos

Al momento de celebrar un APPRI es recomendable conservar coherencia en la política que encierra las obligaciones que pretenden adquirirse, esto es, que el APPRI en cuestión sea acorde y refleje las políticas domésticas en materia de economía y desarrollo. En la medida en que se vean reflejados la estructura y el contenido del APPRI en la estructura política,

²²⁴ Véase por ejemplo el artículo 10 del APPRI México-India, que sostiene: “Las disposiciones de los artículos 3 y 4 no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio que pueda ser otorgado por esa Parte Contratante en virtud de: (a) cualquier organización de integración económica regional, área de libre comercio, unión aduanera, unión monetaria u otra forma de integración similar, existente o futura, respecto de la cual una de las Partes Contratantes sea parte o llegue a serlo; o (b) cualesquier derechos y obligaciones de una Parte Contratante que deriven de un convenio o arreglo internacional, relacionado de manera parcial o principalmente con la materia fiscal, o de cualquier legislación nacional, relacionado de manera parcial o principalmente con la materia fiscal. En caso de discrepancia entre las disposiciones del presente Acuerdo y cualquier otro convenio o arreglo internacional en materia fiscal, prevalecerán las disposiciones de este último”. Otro ejemplo claro es el artículo 31 del APPRI México-China, el cual prevé: “Denegación de Beneficios. Las Partes Contratantes podrán decidir conjuntamente, a través de consultas, el negar los beneficios del presente Acuerdo a una empresa de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, si dicha empresa es propiedad o está controlada por una persona física o por una empresa de una Parte no Contratante”. Con una disposición de este tipo se pretende frenar a los inversores y a empresas controladas por nacionales originarios de terceros Estados que pretendan relocalizar sus inversiones con fines estratégicos destinados a poder acceder a los beneficios del APPRI citado, principalmente para acceder a su mecanismo de solución de controversias.

²²⁵ Partiendo del supuesto de que ningún inversor extranjero, al realizar una inversión en un Estado anfitrión, pretende entrar en conflicto con este, y por lo tanto, hacer uso del mecanismo de solución de controversias del APPRI correspondiente.

económica y de desarrollo del Estado anfitrión los objetivos contenidos en el primero podrán ser alcanzados con mayor facilidad.²²⁶

No obstante lo anterior, y a pesar de las enormes similitudes existentes entre prácticamente todos los APPRI en su estructura y contenido, habrá que acercarse con una lupa para analizar los detalles de cada uno. Vistos bajo el microscopio, nos admirará encontrarnos con una enorme variedad de organismos jurídicos, de la forma en que se encuentran las características particulares de cada organismo de la misma especie al realizarles un análisis de ADN.

En este sentido, existen los Estados típicamente industrializados como Alemania, Canadá, Estados Unidos, Países Bajos, entre otros, que cuentan con un modelo específico de APPRI, los cuales pretenden imponer a la contraparte en la medida de lo posible; sin embargo, Estados en transición como Argentina, Brasil, China, Chile,²²⁷ India, México, Turquía o Sudáfrica han obtenido grandes avances en su posición de negociación frente a terceros Estados, lo que se traduce en el triunfo de sus posiciones al establecer ciertos límites a los estándares típicos impuestos por los países industrializados. En el caso mexicano, a pesar de admitir en muchos casos la inclusión de la cláusula paraguas, impone una limitante a ella, al establecer que aunque esta es aceptada, las controversias que pudiesen suscitarse respecto de las obligaciones adquiridas por escrito, se resolverán de conformidad con lo establecido en el documento respectivo, que no necesariamente será el arbitraje internacional. China, India y México han logrado imponer restricciones a diferentes estándares: restricciones a las transferencias bajo supuestos específicos,²²⁸ que seguramente deben su existencia a la crisis mexicana de

²²⁶ UNCTAD, *Development implications of international investment agreements. IIA Monitor No. 2 (2007)*, International Investment Agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007, p. 4.

²²⁷ Biggs, Gonzalo, "The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investment and the Chile-U.S. Free Trade Agreement", *ICSID Review*, vol. 19, nr. 1, 2004, pp. 61 y ss.

²²⁸ Véase el artículo 8o., nr. 5 del APPRI México-China, "En caso de un desequilibrio fundamental en la balanza de pagos o de una amenaza a la misma, cada Parte Contratante podrá temporalmente restringir las transferencias, siempre y cuando dicha Parte Contratante instrumente medidas o un programa de conformidad con estándares internacionales. Estas restricciones tendrán que ser impuestas sobre bases equitativas, no discriminatorias y de buena fe". Véase también el artículo 8o., nr. 4 del APPRI México-India, que prevé: "En caso de un desequilibrio fundamental en la balanza de pagos y de dificultades financieras externas o de una amenaza de las mismas, una Parte Contratante podrá adoptar o mantener restricciones a los pagos o transferencias relacionadas con las inversiones, las cuales:

(a) serán compatibles con el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional;
(b) evitarán daños innecesarios a los intereses comerciales, económicos y financieros del in-

1994 y la argentina del 2001²²⁹ y sus consecuencias económicas. Incluso el APPRI México-Reino Unido y en el renegociado APPRI México-España, incluyen una cláusula de restricción a las transferencias, lo que confirma a nuestro parecer, la precaución y fortaleza mexicana en la negociación y renegociación de los mismos.²³⁰

B. *Luces y sombras*

Se han realizado diversos estudios para verificar la relación existente entre la celebración de APPRI y la atracción de inversión extranjera a un Estado determinado.²³¹ En algunos estudios realizados, los resultados

versionista de la otra Parte Contratante; (c) no excederán de lo necesario para hacer frente a las circunstancias mencionadas en este párrafo; (d) serán temporales y se eliminarán progresivamente tan pronto como las condiciones descritas en este párrafo mejoren; (e) serán aplicadas bajo una base equitativa, no discriminatoria y de buena fe; y (f) serán notificadas con prontitud a la otra Parte Contratante.

La Parte Contratante que adopte cualquier restricción bajo este párrafo deberá, a solicitud de la otra Parte Contratante, comenzar consultas con esta última a fin de revisar las restricciones adoptadas”.

²²⁹ Alfaro, Carlos E., “The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals. A Conflict between International and Domestic Law?”, *JWIT*, vol. 6, nr. 3, 2005, pp. 417 y ss.

²³⁰ Véase el artículo 8o., nr. 4 del APPRI México-Reino Unido, el cual anota: “En caso de un desequilibrio fundamental en la balanza de pagos o de una amenaza a la misma, una Parte Contratante podrá temporalmente restringir las transferencias, siempre y cuando dicha Parte Contratante instrumente medidas o un programa de conformidad con los estándares internacionales. Estas restricciones tendrían que ser impuestas sobre bases equitativas, no discriminatorias y de buena fe”. Véase también el artículo VII, nr. 3 del APPRI México-España, renegociado y firmado el 10 de octubre del 2006, en vigor el 4 de abril del 2008. Otros APPRI que incluyen una cláusula similar son el APPRI México-Portugal, en su artículo 6o., nr. 4, APPRI México-Austria, en su artículo 7o., nr. 6, APPRI México-Francia, en su artículo 7o., párrafo tercero, México-Finlandia, en su artículo 7o., nr. 4. Una cláusula de este tipo no está contenida en antiguos APPRI mexicanos celebrados, tales como en el México-Alemania, México-Países Bajos, México-Uruguay, México-Corea, entre otros.

²³¹ Sauvart, Karl P. y Sachs, Lisa (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Reino Unido, Oxford University Press, 2009; Aisbett, Emma, “Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation”, *University of California Berkeley, Munich Personal RePEc Archive*, paper No. 2255, noviembre de 2007, <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/2255>, mayo de 2010; Gallagher, Kevin y B. L. Birch, Melisa, “Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America”, *JWIT*, 2007, pp. 961-974; Neumayer, Eric y Spess, Laura, “Do bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”, *London School of Economics and Political Science, World Development*, Reino Unido, vol. 33, núm 10, 2005, pp. 1567-1585; Tobin, Jennifer y Rose-Ackermann, Susan, “Bilateral Investment Treaties: Do they stimulate Foreign Direct Investment?”, *Yale Law & Economics, Research Paper No.*

respecto a la efectiva influencia de los APPRI respecto a la atracción de inversión extranjera directa (IED, en adelante) han resultado opuestos. La mayoría de ellos apunta a que no existe una relación única y directa entre la firma de un APPRI entre dos Estados y la recepción de inversión extranjera, sino que confluyen una serie de factores como el tamaño y la orientación del mercado, la estabilidad macroeconómica, la plataforma para las exportaciones, entre otros, para atraer inversión extranjera directa.²³² Es decir, que si se cumplen los factores mencionados con anterioridad, el número de APPRI signados por un Estado tendrá un efecto positivo e independiente para la atracción de IED. Por ejemplo, en un estudio encomendado por el Banco Mundial se concluye que los APPRI por sí solos no estimulan la IED. El estudio arguye que el tamaño del mercado y la estabilidad macroeconómica son la clave para atraer la IED. Además pone énfasis en que los APPRI no sustituyen las instituciones domésticas y en el supuesto de que contribuyan a incrementar la inversión extranjera en los países en desarrollo, estos actúan únicamente como complementarios a la existencia de instituciones sólidas.²³³ Un resultado opuesto arroja el realizado por Neumayer y Spess,²³⁴ el cual afirma que existe una relación directa entre la celebración de APPRI y la afluencia de IED. Cabe señalar que cada uno de los estudios empleó una metodología diferente, que va desde el análisis de países en vías de desarrollo, los miembros de la OECD, países latinoamericanos, o como el estudio de Neumayer, de más de 119 diferentes países. Lo mismo sucede con el periodo de muestra analizada, que va desde un periodo largo (Neumayer, 1970-2001), hasta periodos recientes muy cortos. Por ello, los resultados arrojados por los distintos estudios son diferentes. Independientemente de la existencia de los estudios mencionados, coincidimos en que la existencia aislada de los APPRI no puede ser un factor único para la atracción de la IED, sino que es uno más de los ingredientes que hacen posible que un Estado sea seleccionado como el “platillo ideal” para realizar una inver-

293, 2 de mayo de 2005, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121, mayo de 2010; Hallward-Driemeier, Mary, “Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a BIT... and they Could bite”, *World Bank Policy Research Working Paper Series, No. 3121*, Washington, D. C., World Bank, agosto de 2003, <http://ideas.repec.org/s/wbk/wbrwps.html>, mayo de 2010.

²³² Gallagher, Kevin y B. L. Birch, Melisa, *op. cit.*, pp. 969 y 972; Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, “Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? — The Lauder/Czech Republic Legacy”, *JWIT*, vol. 6, nr. 1, 2005, pp. 69-71.

²³³ Hallward-Driemeier, Mary, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

²³⁴ Neumayer, Eric y Spess, Laura, *op. cit.*, pp. 1567-1585.

sión. Pensamos que definitivamente la estabilidad económica y política,²³⁵ así como la existencia de seguridad jurídica y de instituciones públicas sólidas, el tamaño del mercado, beneficios fiscales y costos de producción bajos, aunados a la existencia de atractivos APPRI, y otros tratados multilaterales de inversión como tratados de libre comercio, harán que un Estado sea realmente “un platillo apetecible” para la inversión.

Por otra parte, podemos mencionar el caso brasileño. Brasil, a pesar de no contar con APPRI alguno, cuenta con el flujo de IED más importante de toda Latinoamérica.²³⁶ En este Estado sudamericano se incrementó el flujo de IED de 26 en 2009, a 48 mil millones de dólares para 2010²³⁷ —en comparación con México, segundo Estado latinoamericano con mayor atracción de IED, que obtuvo flujos de capital que ascendieron a 15 mil millones de dólares en 2009, con un pequeño incremento equivalente a 19 mil millones de dólares para 2010 y 27 APPRI en vigor—.²³⁸ En este tenor, reafirmamos que la existencia y ratificación de APPRI no es garantía para la exitosa atracción de IED al Estado anfitrión.

II. DERECHO NACIONAL DE LAS INVERSIONES

Muchos Estados cuentan con legislación interna para la protección de las inversiones. Su objetivo es proveer un escenario amigable para atraer inversiones extranjeras a través de la garantía de un nivel de protección estándar que incluye el trato nacional, la no discriminación y la expropiación a cambio de una indemnización justa.²³⁹ Estas disposiciones nacionales, en

²³⁵ Sornarajah, “State responsibility and bilateral investment treaties”, *Journal of World Trade Law*, núm. 20, 1986, pp. 79-98.

²³⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, cit., pp. xiv y 5; Rubins, Noah D., “Investment Arbitration in Brazil”, *JWIT*, vol. 4, nr. 6, 2003, pp. 1071 y ss.

²³⁷ *Ibidem*, p. 4.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ La “fórmula Hull” fue introducida por el secretario de Estado Cordell Hull en respuesta a la nacionalización de las compañías petroleras estadounidenses en 1936. Hull demandaba que el derecho internacional obliga a otorgar una compensación “pronta, adecuada y efectiva” (prompt, adequate and effective) por la expropiación de inversiones extranjeras. Los Estados en desarrollo pugnaron por la adopción de la Doctrina Calvo durante los años sesenta y setenta, tal como se vió reflejado en su mayoría en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En 1962, la Asamblea General adoptó la Resolución sobre Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales que confirmó y acogió el derecho de nacionalizar la propiedad de los extranjeros a cambio de una “indemnización apropiada” (*appropriate compensation*). Esta compensación estándar fue considerada como una provocación entre países desarrollados y en desarrollo. En 1974, la Asamblea General de las Naciones

muchas ocasiones, se complementan con leyes de arbitraje o disposiciones arbitrales contenidas en otros códigos, de este modo se ofrece el arbitraje como medio de solución de controversias.

A diferencia de los APPRI, las disposiciones contenidas en el derecho nacional de protección de las inversiones generalmente son aplicables para todos los inversores extranjeros sin importar su procedencia. Este tipo de disposiciones contendrán, en efecto, una oferta abierta para utilizar el arbitraje como medio de solución de controversias por inversor extranjero. No obstante, algunos Estados han cambiado la jurisdicción de tribunales en procedimientos de arbitraje ya iniciados, basándose en el derecho nacional de protección de las inversiones.²⁴⁰

Otros Estados a pesar de contar con una ley nacional de Arbitraje que *prima facie* podría contener una cláusula de consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI, debido a fallas notorias de técnica legislativa, se vuelve ambigua y oscura en su interpretación, tal es el caso del artículo 22 de la ley venezolana de inversión (LVI, en adelante),²⁴¹ el cual reza:

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

Unidas rechazó la fórmula Hull a favor de la Doctrina Calvo al adoptar la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la cual repetía en su artículo 2o. (c) el principio de “compensación apropiada”, y aclaraba que “en cualquier caso en que la cuestión de la compensación diera origen a una controversia, ésta debía ser dirimida conforme al derecho doméstico del Estado nacionalizador y por sus tribunales *in any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalising State and by its tribunals...*”. Hoy en día, la fórmula Hull y sus variaciones es una regla aceptada por el derecho consuetudinario internacional y es considerada parte de él. Véase, OECD, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, *cit.*, p. 2; Cremades, Bernardo M., “Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 59, issue 2, mayo de 2004.

²⁴⁰ Por ejemplo, la Ley de Inversión Egipcia (Law No. 43 of 1974); Rodríguez Jiménez, Sonia, *El sistema arbitral del CIADI*, *op. cit.* p. 147; una lista amplia de los países que cuentan con una legislación al respecto puede consultarse en: Parra, Antonio, “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, *ICSID Review-FILJ*, vol. 12, 1997.

²⁴¹ Decreto con rango y fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, decreto no. 356 del 3 de octubre de 1999, publicado en la *Gaceta Extraordinaria* no. 5.390 del 22 de octubre de 1999.

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.

En el caso concreto de la LVI, se requerirá una concretización de la citada oferta a través de un contrato de Estado internacional o un APPRI. Una controversia en este contexto se originó en el caso *Mobil Corporation vs. Venezuela*²⁴² donde el tribunal arbitral tuvo que confrontarse con la interpretación de la ley venezolana de inversión para saber si era competente para conocer del caso. Después de un arduo análisis de dicho precepto, el tribunal arbitral declinó su jurisdicción basada en la interpretación del artículo 22 de la LVI como sigue:

...el tribunal observa que Mobil Corporation únicamente ha dado origen a acciones basadas en el artículo 22 de la Ley de Inversión y no en base al APPRI. Arriba en el §140, el tribunal ha concluido que el artículo 22 de la Ley de Inversión no proporciona una base para la jurisdicción en el presente caso. En consecuencia, el tribunal no tiene jurisdicción sobre las acciones de *Mobil Corporation*.²⁴³

En primera instancia hay que señalar que las leyes nacionales son declaraciones unilaterales de los Estados; así, el tribunal arbitral decidió interpretar la norma respecto a su concepción como declaración unilateral para su sometimiento al CIADI a la luz de la interpretación del derecho internacional. A lo tocante añadió: “esto es con base en esas reglas de Derecho Internacional que rigen la interpretación de actos unilaterales formulados dentro del marco y con base en un tratado que este tribunal no procederá a la interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversión”.²⁴⁴

²⁴² *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B. V. et al. vs. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID caso no. ARB/07/27, decisión a la jurisdicción, 10 de junio de 2010. También citado como caso *Mobil Corporation vs. Venezuela*, decisión a la jurisdicción.

²⁴³ *Ibidem*, párr. 207, *cf.* orig. “the tribunal notes that Mobil Corporation has only raised claims on the basis of Article 22 of the Investment Law and not on the basis of the BIT. In § 140 above, the Tribunal has conclude that article 22 of the Investment Law does not provide a basis for jurisdiction in the present case. As a consequence, the Tribunal has no jurisdiction over the claims of Mobil Corporation”. Cabe señalar que en el caso en estudio hubo más de una demandante, al respecto el tribunal se declaró competente para conocer de violaciones basadas en el APPRI Venezuela-Países Bajos de Venezuela Holdings (Netherlands), Mobil CN Holding and Mobil Venezolana Holdings (Delaware), Mobil CN and Mobil Venezolana (Bahamas), véase, párr. 209.

²⁴⁴ *Ibidem*, párr. 95, *cf.* orig. “It is on the basis of those rules of international law governing the interpretation of unilateral acts formulated within the framework and on the basis of

Además completó su posición al añadir que:

...el hecho de que el derecho doméstico y el Derecho Internacional de los tratados no sean controladores o dispositivos no significa que ellos deban ser completamente ignorados:

(i) Como fue señalado en los párrafos previos, cuando los tribunales interpretan actos unilaterales, ellos deben tener en cuenta la intención por la que el Estado ha formulado dichos actos. A este respecto el derecho doméstico juega un papel útil.

(ii) Aunque el derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena no es relevante en la interpretación de actos unilaterales, las disposiciones de ésta Convención podría aplicar análogamente para el alcance compatible con el carácter *sui generis* de actos unilaterales.²⁴⁵

No obstante el contenido de la ley citada, Venezuela denunció el CIADI el 24 de enero del 2012. De conformidad con el artículo 71 del Convenio de Washington dicha denuncia surtirá sus efectos seis meses después de recibida la notificación, es decir, el 25 de julio de 2012.²⁴⁶

III. EL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL (*STATE CONTRACT*)

El contrato de Estado internacional (CEI o *State Contract*) es una fuente importante de afluencia de IED a un Estado anfitrión, y por lo tanto, en caso de resultar fallido, da origen a controversias internacionales en materia de inversión. Inmerso en el CEI está, por un lado, la fuerza del Estado, y la responsabilidad del mismo, y por el otro, un particular de nacionalidad extranjera, sea persona física o moral, que entra en relación jurídica con el

a treaty that this Tribunal will now proceed to the interpretation of Article 22 of the Investment law”.

²⁴⁵ *Ibidem*, párr. 96; *Fisheries Jurisdiction* (España vs. Canadá), ICJ Reports 1998, pp. 453 y 454, párrs. 46 y 49, *cf.* orig. “the fact that domestic law and the international law of treaties are not controlling or dispositive does not mean that they should be completely ignored:

(i) As stated in the preceding paragraphs, when tribunals interpret unilateral acts, they must have due regard to the intention of the State having formulated such acts. In this respect domestic law may play a useful role.

(ii) Although the law of treaties as codified in the Vienna Convention is not relevant in the interpretation of unilateral acts, the provisions of that Convention may apply analogously to the extent compatible with the *sui generis* character of unilateral acts”.

²⁴⁶ Véase “Venezuela presenta una notificación bajo el artículo 71 del Convenio CIADI”, *Boletín de Noticias CIADI*, 26 de enero de 2012, en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100SP>, febrero de 2012.

primero para la realización de una finalidad determinada, especificada en un contrato. Existen distintos tipos de CEI, tales como el contrato de adquisición de suministros o servicios, el contrato de empleo o grandes proyectos de infraestructura como la construcción de autopistas, puertos o presas, entre otros. También existen los llamados “contratos de concesión” destinados a permitir la investigación, extracción, explotación, transformación o distribución de recursos naturales, renovables y no renovables (gas, minerales, petróleo, metales, etcétera); estos también son llamados por algunos autores “contratos de desarrollo económico internacionales”.²⁴⁷ Estos contratos abarcan una gran variedad de prestación de bienes y servicios,²⁴⁸ por ejemplo, los de telecomunicaciones, distribución de agua potable o electricidad, recolección y tratamiento de residuos sanitarios, seguridad, administración de aduanas, administración de puertos, servicios de salud, entre otros.

Por otra parte, existen numerosas *joint ventures* en un gran abanico de sectores. Bajo este tipo de régimen jurídico el Estado anfitrión ostentará acciones de manera directa o a través de empresas controladas por este, o incluso podrá establecer en su legislación la cantidad de acciones que pueden ser adquiridas por inversores extranjeros, las cuales no excederán del 50% del total de las acciones si el Estado pretende mantener el control sobre la misma.²⁴⁹

La motivación que ostentan ambas partes respecto a la celebración del CEI es diferente, mientras que el Estado, por lo general, persigue la realización u obtención de bienes o servicios de interés común o públicos, el particular extranjero pretende obtener beneficios pecuniarios del primero, al cumplir con lo pactado en el contrato.²⁵⁰ En un CEI siempre existirá un latente riesgo para el inversor extranjero si el Estado anfitrión por cualquier motivo decide hacer uso de sus facultades soberanas, pero es un riesgo que el inversor extranjero corre al esperar las jugosas ganancias que traerá consigo la exitosa realización de un CEI.

Así, podemos definir, en primera instancia, a los contratos de Estado como aquellos celebrados entre un Estado, o una de sus entidades de Es-

²⁴⁷ Maniruzzaman, A. F. M., “The Relevance of Public International Law in Arbitrations concerning International Economic Development Agreements. An Appraisal of some Fundamental Aspects”, *JWIT*, vol. 6, nr. 2, abril de 2005, pp. 263 y ss.

²⁴⁸ UNCTAD, *Contratos de Estado*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2004, p. 3.

²⁴⁹ Leung, Priscilla M. F. y Wang, Guiguo, “State Contracts in the Globalized World”, *JWIT*, vol. 7, núm. 6, diciembre de 2006, p. 830.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 833.

tado (EE o *state entities*, en adelante), y un particular;²⁵¹ le agregaremos el ingrediente “internacional”, es decir, de contrato de Estado internacional, cuando el particular es una persona física o moral de nacionalidad extranjera. Algunos autores afirman que la característica más importante de un CEI “no es su fin ni su contenido, que pueden variar al infinito, no es tampoco la nacionalidad de las partes, sino la desigualdad jurídica de los contratantes”,²⁵² puesto que una parte del contrato será el Estado, un ente soberano que imperará con sus reglas y ordenamiento jurídico, las cuales gobernarán en gran medida al CEI, y la otra parte será un sujeto de derecho privado, sea nacional o internacional. El escenario expuesto es muy lógico, pues los CEI son celebrados, en muchas ocasiones, en sectores que tradicionalmente son fuentes de ingreso para un Estado o son controlados por este. Por otro lado, tenemos al inversor extranjero, quien deberá negociar con la entidad estatal correspondiente que ejercía el control. El inversor extranjero deberá atenerse a los procedimientos que disponga el Estado de forma directa o a través de una de sus entidades y su ordenamiento jurídico, el cual en muchas ocasiones contempla un procedimiento especial²⁵³ para la celebración del CEI, por lo que el abanico de negociación del inversor extranjero será relativamente pequeño, no obstante, será el mejor momento para obtener los mejores términos contractuales, incluyendo la inserción de cláusulas de solución de controversias con opción para acceder al arbitraje internacional.²⁵⁴ Empresas multinacionales y algunas otras empresas grandes cuentan con los recursos económicos y profesionales necesarios para

²⁵¹ Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, cit., p. 86; Böckstiegel, Karl-Heinz, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1971, pp. 23, 119, 136 y 173.

²⁵² García Castillo, Tonatiuh, *El contrato de Estado internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 295; Brand, Ronald A., “Sovereignty: The State, the Individual, and the International Legal System in the Twenty First Century”, *HeinOnline – 25 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 279 (2001-2002), pp. 279-295.

²⁵³ En diversos sistemas jurídicos se contemplan procedimientos especiales para la celebración de CEI, por ejemplo, en el concepto francés de “contrat administratif”. En muchos sistemas jurídicos está claramente establecida en su legislación, la capacidad de una entidad estatal para celebrar contratos y en ese tenor, también se podrán identificar los tipos de esferas en que la entidad estatal está facultada para concluir dichos contratos. En este escenario, la fuente legal aplicable al contrato suele residir en la legislación y el reglamento sobre la cuestión de que es objeto el contrato así como sobre la entidad estatal que lo celebra. En cambio, en el sistema anglosajón se han introducido consideraciones de derecho público en los principios generales del derecho de los contratos que se aplican a los contratos públicos. Véase UNCTAD, *Contratos de Estado*, cit., pp. 6 y ss.; Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2004, p. 422.

²⁵⁴ Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.*, pp. 22-38.

realizar negociaciones exitosas; este equipo de expertos cuenta, en muchas ocasiones, con conocimientos más especializados y profesionales que con los que cuenta el Estado anfitrión en sí, o a través de sus entidades de Estado.²⁵⁵ García Castillo realiza un buen resumen al recomendar cuatro elementos que ayudarán a equilibrar el contrato que son:

- i) Elección de una ley aplicable al contrato apropiada para ambas partes;
- ii) inclusión de cláusulas de estabilización en el contrato,²⁵⁶
- iii) inclusión de cláusulas de arbitraje internacional,²⁵⁷
- iv) establecimiento de sistemas de garantía o seguridad de inversiones.²⁵⁸

En los CEI la libertad de la voluntad de las partes no es tan grande.²⁵⁹ La realidad es que los CEI, en la gran mayoría de las ocasiones, son

²⁵⁵ Leung, Priscilla M. F. y Wang, Guiguo, *op. cit.*, p. 829 (833); Gallus, Nick, “State Enterprises as Organs of the State and BIT Claims”, *JWIT*, vol. 7, nr. 5, octubre de 2006, p. 761 (762).

²⁵⁶ Algunos Estados han adoptado en su legislación disposiciones destinadas a respaldar las garantías a la estabilidad contractual entre el Estado anfitrión y el inversor extranjero, por ejemplo, la Ley 963 de 2005, del 8 de julio de 2005, por la que se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. En años recientes, países como Timor Oriental, Papúa-Nueva Guinea, Perú, Panamá, Costa de Marfil, Kazajstán, entre otros, han promulgado diversas leyes de estabilidad o adoptado disposiciones encaminadas a estabilizar ciertos sectores como el de los hidrocarburos o promulgado leyes específicas para atraer la inversión extranjera. Por ejemplo, Kazajstán adoptó dichas disposiciones en distintas leyes, tales como en la *Law on Investments*, adoptada el 8 de enero 2003; *Law on Subsoil and Subsoil Usage*, adoptada en enero de 1996 en su artículo 71; la *Law on Petroleum*, adoptada en junio de 1995 en su artículo 57; el código *on Taxes and other Obligatory Payments to the Budget*, adoptado en junio del 2001 en sus artículos 285.1 y 282.2. Véase Maniruzzaman, A. F. M., “National Laws Providing for Stability of International Investment Contracts: A Comparative Perspective”, *JWIT*, vol. 8, nr. 2, abril de 2007, p. 233; Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.*, pp. 29 y 30; Al Faruque, Abdullah, “The Rationale and Instrumentalities for Stability in Long-term State Contracts. The Context of Petroleum Contracts”, *JWIT*, vol. 7, nr. 1, febrero de 2006, pp. 85-112; Berger, Klaus Peter, “Renegotiation and Adaptation of International Investment”, *Vanderbilt journal of transnational law*, Jg./Bd. 36, 2003, pp. 1347-1380.

²⁵⁷ Véase al respecto a Carbonneau, Thomas E., “The Exercise of Contract Freedom in Making of Arbitration Agreements”, *Vand. J. Transnat'l L.*, 36, 2003, pp. 1189-1232; Frick, Joachim G, *Arbitration and Complex International Contracts*, Netherlands, Kluwer Law International, 2001.

²⁵⁸ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, p. 295; Horn, Norbert, *op. cit.*, p. 13.

²⁵⁹ Respecto a la autonomía de las voluntades de las partes envueltas en el CEI nos remitiremos a lo agregado por Tonatiuh García cuando dice que “la partes de un contrato son autónomas únicamente en la medida y extensión en que se lo permite el sistema legal en que se mueven. Son libres en la medida de sus grados de libertad”. Añade además que cuando se tiene la opción de escoger un sistema legal determinado que gobierne al contrato, dicho sis-

gobernados, como lo hemos señalado, por el sistema jurídico del Estado receptor. Esto es muy lógico, puesto que el Estado actúa en un espectro que, por lo general, estará preestablecido en su legislación interna y seguramente este o cualquiera de sus entidades de Estado se sujetarán a dicha legislación para celebrar los contratos. Sin embargo, los CEI están potencialmente sujetos a reglas de derecho internacional público o a cualquier otro sistema supranacional de derecho, debido a que un inversor extranjero está envuelto en ellos.²⁶⁰ Lo anterior no es de menor importancia y crea una discusión que se traduce en dos corrientes relativas a los CEI; la primera sugiere que el Estado, en su calidad de ente soberano, realiza actos de interés público y sus obligaciones contraídas deben ser consideradas revocables si el bien común así lo demanda; esta facultad soberana del Estado es reconocida por el derecho internacional, siempre y cuando exista una compensación “justa” de su daño,²⁶¹ estaremos en presencia de una expropiación; en caso de no hacerlo, estaremos frente a una confiscación, razón por la cual, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional.²⁶² Esta teoría no es apoyada, como podría pensarse, únicamente por los Estados en transición o en vías de desarrollo. Países industrializados siguen y aplican dicha corriente a los CEI que han celebrado.²⁶³ En este sentido, el Estado no restringe su soberanía a través de la celebración de un CEI, sino que hace uso de ella.²⁶⁴ Por lo tanto, el Estado no otorga

tema debe de reconocer dicho compromiso. Dicho reconocimiento se debe a dos supuestos: i) se crea una red de n^n relaciones sinalagmáticas de reconocimiento mutuo entre los sistemas n_i , o ii) la obligación de reconocimiento está prevista en un sistema jurídico que engloba otros tantos sistemas legales; García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, pp. 290 y ss.

²⁶⁰ Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, *cit.*, p. 85; García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, pp. 284 y ss.

²⁶¹ La fórmula más popular empleada por los tribunales arbitrales internacionales y respaldada por los inversores extranjeros es la introducida por el secretario de Estado norteamericano Cordell Hull que apuntó que “ningún Gobierno tiene derecho a expropiar propiedad privada, por cualquier motivo, sin otorgar un pago rápido, adecuado y efectivo”. Esta fórmula es mejor conocida como la fórmula “Hull”. Sin embargo, los países en vías de desarrollo expresaron la necesidad de la creación de un nuevo orden internacional económico en la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual únicamente habla de una “compensación apropiada”. Así, después de una serie de expropiaciones masivas en los años mil novecientos sesenta y setenta, en los que se aplicó esta fórmula, queda en duda si la fórmula Hull es una regla de derecho consuetudinario internacional. Véase Neumayer, Eric y Spess, Laura, *op. cit.*, pp. 1569 y 1570.

²⁶² Brownlie, Ian, *op. cit.*, pp. 509 y ss.

²⁶³ Gran Bretaña y Noruega son ejemplos de Estados que siguen dicha doctrina. Véase Leung, Priscilla M. F. y Wang, Guiguo, *op. cit.*, p. 836.

²⁶⁴ Wimbledon, PCIJ, judgment, 17 de agosto de 1923, series A, núm. 1.

únicamente validez al contrato, sino que ostenta el poder de “enmendar o abrogar sus obligaciones contractuales”.²⁶⁵

La segunda corriente sugiere que el Estado, a pesar de su potestad soberana, al celebrar contratos con nacionales extranjeros, debe cumplir con estos.²⁶⁶ Dicha teoría aboga por la obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) y sostiene que está bien establecido que los contratos entre un Estado y nacionales de otros Estados son obligatorios.²⁶⁷ En este sentido, numerosos tribunales arbitrales han apoyado dicha corriente ideológica.²⁶⁸ Además, el Estado está limitado en su ámbito de actuación por los compromisos internacionales adquiridos con otros Estados,²⁶⁹ cuyos beneficiarios son sus ciudadanos.

Una tercera teoría sostiene que para compensar la desigualdad entre las partes en un CEI, estos deberían ser gobernados por el derecho internacional.²⁷⁰

Por otra parte, si el CEI es ilegal o nulo de conformidad con la legislación nacional del Estado anfitrión, no se admitirá la invocación de protección a la inversión de ningún tratado internacional.²⁷¹ Sin embargo, la pregunta frecuente que han tenido que resolver los tribunales arbitrales y la doctrina es, si la cláusula arbitral es de igual forma nula, o si subsiste a la nulidad del CEI. Existen corrientes doctrinales al respecto, las cuales, como es frecuente, son de posiciones encontradas. La primera sugiere que no debiera subsistir la cláusula arbitral puesto que el contrato nunca se perfeccionó. La segunda aboga por la subsistencia de la cláusula arbitral, con independencia a la nulidad del CEI.²⁷²

²⁶⁵ Véase *Kahler vs. Midland Bank Ltd*, British Court of Appeal, AC 56 (1950).

²⁶⁶ Horn, Norbert, *op. cit.*, p. 13.

²⁶⁷ *Idem*; Leung, Priscilla M. F. y Wang, Guiguo, *op. cit.*, p. 837.

²⁶⁸ Véase *Sapphire International Petroleum Lts. vs. National Iranian Oil Company*, 35 I. L. R. 136 (1967). También citado como caso *Sapphire*. En este caso, el tribunal arbitral sostuvo que la intervención institucional del Estado anfitrión constituye una violación contractual.

²⁶⁹ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, p. 267; *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco case*, PCIJ, series B, núm. 4, advisory opinion, 1923, p. 24.

²⁷⁰ Leung, Priscilla M. F. y Wang, Guiguo, *op. cit.*, p. 832; Maniruzzaman, “State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies”, *Eur J Int Law*, núm. 12, 2001, pp. 309-328.

²⁷¹ Para más información al respecto véase Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, *cit.*, pp. 95 y ss.; Horn, Norbert, *op. cit.*, pp. 15 y ss.; UNCTAD, *Contratos de Estado*, *cit.*, pp. 6 y ss.

²⁷² González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, p. 92. Véase doctrina de la separabilidad del acuerdo arbitral en Lew, Julian *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Londres, Kluwer Law International, 2003, p. 102.

La primera corriente doctrinal aboga por la nulidad de la cláusula arbitral si se declara la nulidad del contrato principal, es decir, del CEI. Esta corriente se basa en el argumento de que las entidades de Estado tienen personalidad y capacidad jurídica limitadas. Así, estas únicamente pueden actuar de conformidad con lo establecido en las leyes o su llamado “estatuto” y siguiendo el procedimiento reglamentado en las disposiciones legales aplicables al caso. En este sentido, se realiza una analogía con el derecho societario en el que los poderes de una sociedad privada son limitados en su carta constitutiva, de tal suerte que un contrato celebrado por dicha sociedad es inválido si este se realiza más allá de sus poderes o facultades. Hay una obligación, en quienes negocian con sociedades privadas, de entender la naturaleza de los poderes de las corporaciones con las que están negociando. Parker²⁷³ explica dicho razonamiento:

La pregunta sobre si una transacción es *ultra vires* o no, es una cuestión de derecho entre la compañía y una tercera parte. La verdad es que el acta constitutiva de una empresa persigue un doble propósito. En primer lugar, otorga protección a los accionistas, quienes conocen a través de ésta los propósitos para los que podrá ser utilizado su dinero. En segundo lugar, otorga protección a personas que entran en relaciones de negocio con la sociedad y quienes pueden deducir de ésta la extensión de los poderes de la empresa.²⁷⁴

Según Sornarajah si lo anterior es aplicable a sociedades privadas, puede aplicarse de manera análoga a un CEI; existe una gran necesidad de que aquellos que negocian con entidades de Estado, deban tener contempladas las facultades y competencias de dicha entidad al negociar con esta. Las entidades de Estado son creadas por la legislación y existe una presunción de que el sistema jurídico del Estado es conocido por aquellos que viven en dicho Estado o por quienes se internan en este para realizar transacciones. En este sentido, se podría aplicar el principio de que “el desconocimiento de la ley no exime su cumplimiento”. Además, afirma que los poderes, también llamados competencias o facultades de las entidades de Estado, están “cuidadosamente definidas” teniendo en cuenta el hecho de que estas desempeñan una función a favor del Estado y del interés público. Este argumento es, según Sornarajah, perfecto para la aplicación rigurosa de la regla de *ultra vires* en el caso de contratos realizados por dichas corporaciones.²⁷⁵

²⁷³ *Hazell vs. Hammersmith and Fulham LBC*, House of the Lords, 1992, 2 AC 1.

²⁷⁴ Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, cit., p. 96.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 97.

Sin embargo, queremos dejar claro que la “tan anhelada claridad de las leyes y reglamentos” que generalmente regulan las facultades y competencias de una entidad de Estado no siempre están al alcance de los ciudadanos; así como tampoco lo están los documentos constitutivos de ciertas corporaciones que entablan un negocio con dichas entidades. En muchas ocasiones, el proceso de licitación se realiza de una manera “poco transparente” por no utilizar el calificativo “turbio”, de modo tal que con cierta frecuencia, los licitantes no conocen bien los procedimientos y leyes que deben cumplirse para poder alcanzar el éxito en la celebración y adjudicación de una licitación pública, y por tanto, no estarán posibilitados en alcanzar la materialización de un CEI. En otro tenor, reconocemos que empresas multinacionales cuentan con los medios económicos y el *know-how* suficiente para enterarse de la capacidad y facultades de las entidades de Estado, así como de los procedimientos formales establecidos en leyes y reglamentos al celebrar un CEI.

Por el contrario, según la segunda corriente doctrinal el acuerdo arbitral debe contemplarse de forma separada al contrato principal. Sin embargo, debe observarse a fondo si los requisitos de existencia del acuerdo arbitral se cumplen, y sin los cuales estaremos frente a un *ex nihilo nil fit*. Dichos requisitos son: consentimiento y objeto materia del contrato.²⁷⁶ Los seguidores de esta teoría se apoyan en el argumento de que “un Estado no puede negar con base en el derecho local la validez de un acuerdo arbitral derivado de cuestiones de capacidad”.²⁷⁷ Además, esta doctrina se apoya en la teoría de la separabilidad o independencia de las cláusulas de un contrato, la cual establece que si una cláusula del contrato resulta nula, dicha nulidad no afecta al resto del convenio, salvo que en las circunstancias específicas sea irrazonable mantenerlo vivo del todo. Incluso en los casos en que el contrato sea declarado nulo en su totalidad, habrá algunas cláusulas que subsistan, como son las de arbitraje, jurisdicción y elección de los integrantes del tribunal arbitral. La explicación que dan los tratadistas a dicho razonamiento es que “existen compromisos separados, uno se refiere a las obligaciones de las partes en cuanto al negocio que les interesa y otros compromisos refieren a los contratos colaterales, al negocio que contienen diversas obligaciones como la de solucionar disputas por medio de arbitraje que puedan surgir de la relación contractual”.²⁷⁸ Otra explicación respecto de la inde-

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 64.

²⁷⁷ Resolución Santiago di Compostela, Resolution on Arbitration Between States, States Enterprises or State Entities and Foreign Enterprises, Instituto de Derecho Internacional, septiembre de 1989.

²⁷⁸ Redfern, Alan y Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Thomson Sweet & Maxwell, 1999, p. 154.

pendencia de la cláusula arbitral es el propósito que tiene cada uno de los compromisos, en este caso, no obstante que un contrato llegue a su término, el mismo “sobrevive para el propósito de los reclamos que surgen del incumplimiento y la cláusula arbitral sobrevive para determinar el modo de su solución”.²⁷⁹ Si la cláusula arbitral simplemente fuera considerada parte del contrato principal, la nulidad o violaciones al mismo afectarían directamente la jurisdicción del tribunal arbitral. Así, en el caso de que las imputaciones o alegaciones fueran fundadas, la cláusula arbitral compartiría la misma suerte que el contrato principal, de modo tal que afectaría también la jurisdicción del tribunal. En consecuencia, el tribunal no podría decidir sobre el fondo del asunto, sino declinar su jurisdicción, con el resultado de que las disputas referentes a la existencia o validez del contrato principal tendrían que ser conocidas por los tribunales nacionales del Estado parte del CEI. Donde las cláusulas arbitrales están redactadas de modo tal que dispongan que cualquiera o todas las disputas originadas de la relación contractual deberá someterse al arbitraje, este acuerdo arbitral también incluirá las disputas relativas a la existencia, validez y terminación del contrato.²⁸⁰ Así que la separabilidad extiende los efectos de la cláusula de arbitraje para cubrir la subsecuente terminación del contrato principal, pero también a reclamaciones sobre la nulidad del contrato principal *ab initio*. En este caso, la cláusula arbitral sobreviviría para determinar sobre la nulidad de dicho contrato. Mientras que la doctrina de la *Kompetenz-Kompetenz* le confiere poderes al tribunal para decidir sobre su propia competencia, la doctrina de la separabilidad asegura que este pueda conocer sobre el fondo de la cuestión, incluida la nulidad del CEI.²⁸¹

Para finalizar, queremos subrayar que apoyamos la postura de aplicar el principio de separabilidad de las cláusulas contractuales; en concreto, apostamos a que sea el tribunal arbitral el que tenga la facultad de revisar si un CEI es nulo *a priori* o no. Para ello, el tribunal arbitral deberá, por un lado, decidir sobre su propia competencia —principio *Kompetenz-Kompetenz*—, y por otro lado, decidir sobre la nulidad del CEI.

En este orden de ideas, puede afirmarse que la inclusión de una cláusula arbitral internacional en un CEI tiene dos propósitos fundamentales: por un lado, *equilibrar a las partes*. Como lo hemos anotado con anteriori-

²⁷⁹ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, p. 290.

²⁸⁰ Lew, Julian *et al.*, *op. cit.*, p. 102; *Sojuznefteexport (SNE) vs. JOC Oil Ltd.*, Bermuda Court of Appeal, 7 de julio de 1989, *YBCA*, vol. XV, 1990, 384, pp. 407 y ss.

²⁸¹ Para más profundidad en el tema véase Barceló III, John J., “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vand. J. Transnat’l L.*, 36, 2003, pp. 1115 y ss.

dad, al hablar de las partes de un CEI nos referimos a dos sujetos que no se encuentran en la misma posición jurídica, ni en el derecho nacional ni en el ámbito internacional, pues el Estado es un sujeto de derecho público desde el punto de vista del derecho nacional y sujeto de derecho internacional público desde el punto de vista internacional. Lo anterior incluso si actúa a través de una de sus entidades de Estado y que estas, a su vez, hayan retomado una forma de organización regulada por el derecho privado.²⁸² En cambio, el inversor extranjero será siempre un sujeto de derecho privado, sea en el ámbito nacional o internacional. Por otro lado, *lograr la internacionalización del contrato*. Bajo dicho concepto entenderemos que será un tribunal arbitral internacional el que logre conocer sobre los hechos y fondo controvertidos del contrato, esto es, que para que un tribunal arbitral pueda conocer sobre la nulidad de un contrato primero debe conocer sobre su propia competencia.²⁸³

²⁸² Para ello debemos realizar la prueba de adjudicación de la responsabilidad al Estado por los actos de sus entidades de Estado. Véase también Perera, Srilal M., “State Responsibility. Ascertainning the Liability of States in Foreign Investment Disputes”, *JWIT*, vol. 6, nr. 4, agosto de 2005, pp. 499 y ss.

²⁸³ Véase Pengelley, Nicholas, “*Albon vs. Naza Motor Trading*: Necessity for a Court to find that there is an Arbitration Agreement Before Determining that it is Null and Void”, *Arbitration International*, vol. 24, nr. 1, LCIA, 2008, pp. 171 y ss.; Mann, “State Contracts with Aliens: Contemporary Developments in Compensation or Termination or Breach of International Law”, 59 *Brit. Y.B. Int'l L.*, 88, 1992.