

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO



**“La contribución al desarrollo económico como elemento para  
la determinación de la competencia material de los tribunales  
arbitrales del CIADI: interpretaciones y perspectivas de  
solución”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Internacional  
Económico

AUTOR

Magrit Felícita Cordero Hajar

ASESOR

Roberto Claros Abarca

JURADO

Manuel Monteagudo Valdez

Victor Saco Chung

Roberto Claros Abarca

LIMA – PERÚ

2017

## RESUMEN

El artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio de Washington) establece que uno de los requisitos para acceder a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es que se constate la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión. Sin embargo, la ausencia de una definición del término “inversión” en el Convenio de Washington ha propiciado que los tribunales arbitrales adopten distintas líneas de interpretación respecto al sentido y alcance de dicho término, generando incertidumbre jurídica en los arbitrajes internacionales de inversión.

En este contexto, algunos tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI han considerado que la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, como parte del denominado “*Test Salini*”, constituye uno de los elementos para determinar la existencia de una inversión. No obstante, al no contar con un alcance delimitado, el concepto de “contribución al desarrollo económico” se ha convertido en uno de los asuntos más controversiales en los arbitrajes seguidos ante el CIADI.

La experiencia de los Estados en arbitrajes internacionales de inversión, sumado a la necesidad de impulsar políticas de desarrollo a través de la promoción de la inversión extranjera, ha dado lugar a que se planteen reformas en el régimen internacional de promoción y protección de las inversiones a fin de contar con mayores herramientas que generen una inversión que beneficie a todos los interesados. Un problema adicional, en ese sentido, gira en torno a la necesidad de encontrar alternativas en la elaboración de los acuerdos internacionales de inversión que permitan armonizar la promoción y protección de las inversiones con la contribución de las mismas al desarrollo de los Estados receptores de la inversión.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I	6
LA NECESIDAD DE INTERPRETAR QUÉ ES “INVERSIÓN” EN EL CONTEXTO DEL CONVENIO DE WASHINGTON	
1.1 La determinación de la competencia material de los tribunales arbitrales del CIADI	8
1.1.1 La interpretación del término “inversión” a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969	
1.1.2 El contexto de la adopción del art. 25(1) del Convenio de Washington	
1.2 Posiciones de los tribunales arbitrales del CIADI respecto a los elementos que permiten determinar la existencia de una inversión	22
1.2.1 Teoría Subjetiva	
1.2.2 Teoría Objetiva	
CAPÍTULO II	32
EL CONCEPTO DE “CONTRIBUCIÓN AL DESARROLLO ECONÓMICO” COMO ELEMENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES DEL CIADI	
2.1 El Preámbulo del Convenio de Washington	32
2.1.1 La ambigüedad en la redacción del primer párrafo del Preámbulo del Convenio de Washington	
2.1.2 La diferencia entre la “contribución al desarrollo económico” y los otros elementos del “Test Salini”	

2.2	Enfoques interpretativos de los tribunales arbitrales del CIADI respecto al concepto de “contribución al desarrollo económico”	44
2.2.1	Enfoque rígido	
2.2.2	Enfoque flexible	
CAPÍTULO III		53
HACIA UNA ARMONIZACIÓN ENTRE LOS INTERESES DEL ESTADO RECEPTOR DE LA INVERSIÓN Y DEL INVERSIONISTA RESPECTO A LA DEFINICIÓN DE “INVERSIÓN”		
3.1	La inviabilidad de una interpretación uniforme del concepto “contribución al desarrollo económico” como elemento de la definición de inversión	54
3.1.1	La ausencia de una “jurisprudencia constante” en los arbitrajes seguidos ante el CIADI	
3.1.2	Las limitaciones de la adopción de un enfoque flexible por parte de los tribunales arbitrales del CIADI	
3.2	La definición de “inversión” y el equilibrio de intereses entre la protección y promoción de inversiones y el desarrollo del Estado receptor de la inversión	62
3.2.1	El objeto y fin de los Acuerdos Internacionales de Inversión: evolución y tendencias	
3.2.2	La reforma en el régimen internacional de las inversiones promovida por la UNCTAD	
3.2.3	La práctica de los Estados para lograr que la inversión contribuya a su desarrollo	
CONCLUSIONES		77
BIBLIOGRAFÍA		79

## INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo de investigación es explorar posibles líneas de interpretación que propicien un acercamiento entre las distintas posiciones que existen en torno a la discusión de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor como elemento para la determinación de la competencia material (competencia *ratione materiae*) de los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI y, en ese espíritu, se busca explorar también las alternativas que tienen los Estados en sus Acuerdos Internacionales de Inversión (AI) para lograr que las inversiones protegidas reflejen un equilibrio entre la promoción y protección de la inversión y el desarrollo del Estado receptor.

El presente trabajo de investigación está dividido en tres capítulos. El primer capítulo aborda las implicancias jurídicas generadas a partir de la ausencia de una definición del término “inversión” en el contexto del Convenio de Washington, haciendo especial énfasis en las principales posiciones adoptadas por los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI respecto a los elementos que permiten determinar la existencia de una inversión.

Por su parte, el segundo capítulo analiza los enfoques interpretativos de los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI respecto al concepto “contribución al desarrollo económico”. De acuerdo al “*Test Salini*”, uno de los elementos que facilita la determinación de la competencia material de un tribunal arbitral constituido en el marco del CIADI es la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión. El citado elemento ha generado gran controversia en torno a su contenido e importancia, dado que la ambigüedad de ese concepto dificulta su interpretación. Asimismo, a diferencia de los otros elementos comprendidos en el citado test, se alega que el elemento de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor estaría expresamente contemplado en el Preámbulo del Convenio de Washington al hacer referencia al rol de las inversiones internacionales en el desarrollo económico.

Finalmente, el tercer capítulo evalúa las posibles alternativas que tienen los Estados para circunscribir la definición de “inversión” en sus AI, en la perspectiva de superar la incertidumbre jurídica que surge de la existencia de posiciones opuestas a nivel interpretativo, circunstancia que encuentra explicación en las características del mecanismo de solución de controversias inversionista - Estado, la ausencia de una jurisprudencia constante en los arbitrajes seguidos ante el CIADI y las limitaciones que incluso un enfoque interpretativo flexible y conciliador enfrenta en el ámbito de los arbitrajes del CIADI.



# CAPÍTULO I

## LA NECESIDAD DE INTERPRETAR QUÉ ES “INVERSIÓN” EN EL CONTEXTO DEL CONVENIO DE WASHINGTON

El Convenio de Washington se origina a partir de la iniciativa del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) de crear un foro especializado para la solución de controversias relativas a inversiones.

En el año 1961, el Consejero General del BIRF, Aron Broches, propuso a los Directores Ejecutivos del BIRF un marco institucional mediante el cual se pudiera atender las controversias que surjan entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión, dado que los mecanismos de solución de disputas disponibles por ese entonces, tales como los tribunales locales y la protección diplomática, no resultaban ser satisfactorios (CIADI 1970: 4-7).

Dicha propuesta fue apoyada por el presidente del BIRF, Eugene Black, quien en un discurso dirigido a la Junta de Gobernadores señaló que:

[O]ur experience has confirmed my belief that a very useful contribution could be made by some sort of special forum for the conciliation or arbitration of these [investment] disputes. [...] The fact that governments and private interests have turned to the Bank to provide this assistance indicates the lack of any other specific machinery for conciliation and arbitration which is regarded as adequate by investors and governments alike. I therefore intend to explore with other institutions, and with our member governments, whether something might not be done to promote the establishment of machinery of this kind (CIADI 1968: 3).

Al respecto, la Junta de Gobernadores autorizó el inicio de los trabajos preparatorios para materializar la propuesta de crear un acuerdo internacional de alcance multilateral que tuviera como propósito promover las inversiones privadas extranjeras a fin de mejorar el clima de inversión (BROCHES 1995: 266).

Como resultado de este proceso de negociación, el 18 de marzo de 1965 fue difundido el texto final del acuerdo a los Estados miembros del BIRF para su firma y ratificación. El citado acuerdo adoptó el título de “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, y entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Actualmente, cuenta con un total de 161 Estados miembros (CIADI 2016: 6).

El referido Convenio constituyó una institución internacional que busca mejorar el clima de inversión y, como parte ello, administra procedimientos arbitrales y de conciliación entre Estados y nacionales de otros Estados a través del denominado “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”. A la fecha, esta institución ha administrado un total de 510 procedimientos arbitrales y 8 procedimientos de conciliación (CIADI 2016: 8), demostrando tener una gran acogida como foro de resolución de disputas especializado en materia de inversión.

Si bien el CIADI tiene su origen en un tratado internacional, para acceder a este foro no es suficiente la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio de Washington, sino también es necesario que exista el consentimiento específico otorgado por el Estado para resolver una controversia en dicho foro.

No obstante, lo anterior, el párrafo 25 del Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Convenio de Washington dispone que:

Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes (CIADI 1965: 43).

Un elemento a destacar es que el tribunal arbitral define su propia competencia conforme lo establece el artículo 41 del Convenio de Washington. En ese

sentido, a efectos de la presente investigación, resulta importante analizar las razones por las cuales no se incorporó una definición del término “inversión” en el texto final del citado Convenio y cómo, a partir de ello, los tribunales arbitrales han asumido la responsabilidad de interpretar el término “inversión” a fin de determinar su competencia material conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio de Washington.

### **1.1 La determinación de la competencia material de los tribunales arbitrales del CIADI**

Acceder a la jurisdicción del CIADI implica el cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 25 del Convenio de Washington. Dicha disposición señala a la letra lo siguiente:

- (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.
- (2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:
  - (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

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

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

Al enunciar las condiciones para acceder a la jurisdicción del CIADI, esta disposición incluye los siguientes criterios: a) el consentimiento escrito de las partes de someter una controversia al CIADI (*ratione voluntatis*), b) el Estado debe ser parte del Convenio de Washington y distinto del Estado del nacional que es parte en la controversia (*ratione personae*), c) deben cumplirse con requisitos de jurisdicción temporal, los que varían según el caso (*ratione temporis*) y d) la controversia debe ser de naturaleza jurídica derivada de una inversión (*ratione materiae*).

La primera condición hace alusión a que el consentimiento debe ser acordado por escrito entre las partes. Asimismo, respecto a la forma en la que se puede dar el consentimiento, Aron Broches señala:

Consent may be given, for example, in a clause included in an investment agreement, providing for the submission to the Centre of future disputes arising out of that agreement or in a compromise regarding a dispute which has already arisen. Nor does the Convention require that the consent of both parties be expressed in a single instrument (1995: 268).

Adicionalmente, Christoph Schreuer menciona que el acceso a la jurisdicción del CIADI no solo se encuentra plasmado en un convenio suscrito entre las partes, sino también puede estar establecido en un AIJ o en la legislación nacional del Estado receptor de la inversión (2009: 42).

Respecto a la segunda condición, las partes que pueden discutir una controversia en este foro son el Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante. Conforme a ello, cualquier otro tipo de controversia, tales como: controversias entre Estados, entre Estados y sus propios nacionales, y entre particulares, quedan al margen del foro de solución de disputas ofrecido por el CIADI (CHITTHARANJAN 1976: 803).

En cuanto a la tercera condición, para que el CIADI pueda tener jurisdicción, se tiene que cumplir, entre otros aspectos, con el requisito que la demanda deba ser sometida a su consideración en fecha posterior a la manifestación de consentimiento de las partes (PEREZ 2012: 328).

Por último, la condición referida a la competencia "*ratione materiae*" es uno de los requisitos de acceso a la jurisdicción del CIADI que ha generado mayor creatividad interpretativa por parte de los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI, dada la ausencia de una definición del término "inversión" bajo el Convenio de Washington.

En este contexto, resulta relevante determinar cuál es el sentido del término "inversión" a partir de una interpretación conforme a las normas de derecho internacional. Para ello, se pondrá especial énfasis en el origen del artículo 25 del Convenio de Washington.

### **1.1.1 La interpretación del término “inversión” a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969**

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena) establece las reglas de interpretación de los tratados en sus artículos 31 y 32. Estas disposiciones gozan de amplio consenso por la comunidad internacional ya que son reconocidas como codificadoras de la costumbre internacional en la materia (CARRILLO 1991: 85). Al respecto, Boyle señala que:

In the modern world treaties are no longer simply a source of obligations between the parties. Many of the more important multilateral treaties have become law-making instruments, codifying existing law, creating new law, establishing widely accepted norms and principles applicable to all or the larger majority of States. The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) is one of the leading examples on this phenomenon. Few multilateral conventions have established such a universally accepted, comprehensive, and enduring legal regime as the 1969 Convention, and none has been so widely relied on by governments and courts (2010: 1).

Conforme a ello, el término “inversión” contemplado en el artículo 25.1 del Convenio de Washington debe ser interpretado conforme a la regla general recogida en el artículo 31 de la Convención de Viena y, en caso fuera necesario, se debe recurrir a la regla supletoria contenida en el artículo 32 de la citada Convención.

El artículo 31.1 de la Convención de Viena dispone lo siguiente:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. (...)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> El segundo, tercer y cuarto acápites del artículo 31 de la Convención de Viena señalan:

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

Esto implica que la regla general de interpretación establece cuatro aspectos importantes a ser tomados en cuenta: a) la buena fe, b) el sentido corriente de los términos, c) el contexto, y d) el objeto y fin del tratado. Tales aspectos deben ser aplicados al momento de realizar el ejercicio de interpretación del término “inversión” contemplado en el artículo 25 (1) del Convenio de Washington.

El primer elemento es un principio del Derecho internacional que “*se aplica a todo el proceso de interpretación, incluido el examen del texto, el contexto y la práctica posterior*” (SINCLAIR 1984: 120). Este principio se encuentra consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y en otras disposiciones de la misma Convención de Viena.

El segundo elemento hace alusión a la voluntad plasmada en el texto del tratado. Sin embargo, si las palabras en su sentido ordinario son ambiguas o llevan a un resultado irrazonable, se recurrirá a otros métodos de interpretación para encontrar el real significado que quisieron darles las partes.

Efectivamente, tal como lo señala la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de fecha 3 de marzo de 1950, relativa a la competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como miembro de las Naciones Unidas, “*el primer deber de un tribunal llamado a interpretar un texto es esforzarse por dar efectividad a las palabras utilizadas en el contexto en el que aparecen, atribuyéndoles su sentido natural y ordinario*” (1950: 1).

- 
- a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
  - b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
  3. Juntamente con el contexto, habría de tenerse en cuenta:
    - a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
    - b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
    - c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
  4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Por su parte, el tercer elemento alude al “conjunto de las disposiciones convencionales con las cuales el texto bajo análisis se encuentra íntimamente ligado en una relación de dependencia lógica” (GÓMEZ-ROBLEDO 2003: 143).

En efecto, conforme lo señala el artículo 31.2 de la Convención de Viena, es necesario recurrir, además del texto, su preámbulo y anexos, a: i) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado y ii) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Por último, el cuarto elemento permite determinar el espíritu de la voluntad de las partes al momento de redactar el texto del tratado. Esto implica hacer uso de la *ratio legis* para arribar a la correcta interpretación del tratado.

Todo ello alude a que un tratado internacional debe ser interpretado teniendo en cuenta estos cuatro elementos. Cabe señalar que dicha interpretación debe constituir una operación única a fin de determinar el verdadero sentido y alcance del texto (GONZÁLEZ 2008: 366).

Al respecto, la mayoría de tribunales arbitrales del CIADI han hecho uso de las reglas de interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena para poder determinar su competencia “*ratione materiae*”.

A partir de ello, con la finalidad de encontrar el sentido corriente del término “inversión” han recurrido al uso de diccionarios y a la doctrina a fin de entender el alcance de dicho concepto.

Asimismo, para brindar mayores luces a su definición han recurrido al preámbulo del Convenio de Washington a fin de encontrar el objeto y fin del tratado, en tanto se denota, como ideas fuerza, que la principal motivación para la creación del CIADI fue la necesidad de contar con una instancia especializada que resolviera de forma pacífica las diferencias que surjan entre un inversionista y un Estado, y que la inversión juega un rol importante en el

desarrollo económico de los países. No obstante, el preámbulo ha sido interpretado de diversas maneras.

Para hallar el contexto del término “inversión”, los tribunales arbitrales han coincidido en el uso de una interpretación sistemática del tratado, otorgándole un alcance amplio y flexible al contenido de dicho término.

A mérito de lo expuesto, vemos que aún cuando la regla general de interpretación de los tratados contenida en la Convención de Viena apunta a facilitar una aproximación al concepto de inversión, el uso de esta regla no es suficiente para superar la ambigüedad en torno al sentido y alcance de ese concepto.

En ese escenario, con la finalidad de superar esta ambigüedad, algunos tribunales arbitrales del CIADI han recurrido al uso de la regla supletoria de interpretación de tratados.

Como medios de interpretación complementarios, la Convención de Viena dispone en su artículo 32 el uso de los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración del tratado:

Se podrán recurrir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Sobre el particular, el Informe de los Directores Ejecutivos menciona que:

No se ha intentado definir el término ‘inversión’ teniendo en cuenta el requisito esencial de consentimiento de las partes, y el mecanismo mediante el cual los Estados contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que ellos estarán o

no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (artículo 25.4).  
(CIADI 1965: párr.27)

Concordante con ello, Broches afirma que el Convenio de Washington no ofrece en su artículo 25 una definición del concepto de “inversión”, y que sus trabajos preparatorios ponen de relieve cómo se prefirió que fueran los propios Estados quienes concretaran dicho término, a través de los correspondientes instrumentos internacionales de carácter bilateral o multilateral que fueran celebrando para someterse a la competencia del CIADI o en sus respectivos ordenamientos nacionales (BROCHES 1995: 362).

De la misma forma, Enrique Fernandez señala que ante las diferentes posturas de los Estados miembros del Banco Mundial al momento de definir el término “inversión” en el Convenio de Washington, se optó por no establecer una definición con miras a que en un futuro no se impida que el CIADI tenga jurisdicción respecto a categorías de inversión aún desconocidas (FERNANDEZ 2004: 61).

Teniendo en cuenta lo mencionado en líneas anteriores, queda claro que la voluntad de las partes al negociar el Convenio de Washington fue evitar incluir una definición del término “inversión” con la finalidad de que su significado pueda ser flexible en un marco de constante evolución, y que se dejó en manos de los Estados determinar el alcance de dicho término a través de sus respectivos All.

De esta manera, recurrir a la aplicación del artículo 32 de la Convención de Viena ha servido para que los tribunales arbitrales del CIADI tengan un mayor alcance respecto al sentido del término inversión contemplado en el artículo 25 del Convenio de Washington, facilitando así una interpretación que sea concordante con la voluntad de los Estados al negociar y elaborar dicho tratado.

En ese sentido, la práctica arbitral del CIADI se ha inclinado por determinar su competencia “*ratione materiae*” teniendo en cuenta lo expresado en el All y el

Convenio de Washington. Este análisis es conocido como “doble test” y alude a que la inversión debe calzar dentro de la definición establecida en el AI y debe estar conforme con el Convenio de Washington.

Por ejemplo, en el caso *Salini Costruttori S.P.A e Italstrade S.P.A v. Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/4), el tribunal analizó el término “inversión” en base a lo dispuesto en el AI y el Convenio de Washington.

En este caso, las empresas italianas *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A* y la *Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ADM)* habían suscrito un contrato para construir una autopista que uniría la ciudad de Fez y Rabat.

Posteriormente, las empresas italianas interpusieron una demanda de arbitraje ante el CIADI al amparo del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre el Reino de Marruecos e Italia en 1990 (APPRI Marruecos - Italia), debido a incumplimientos contractuales por parte de ADM. Cabe señalar que Marruecos poseía una participación del 89% en ADM.

Al respecto, el tribunal conformado por Robert Briner, Bernardo Cremades e Ibrahim Fadlallah se enfocó en analizar si el contrato constituía una inversión en función a lo establecido en el APPRI Marruecos - Italia y al Convenio de Washington.

El APPRI Marruecos - Italia establece en su artículo 1, como definición de “inversión”, lo siguiente:

I. The term “investment” designates all categories of assets invested, after the coming into force of the present agreement, by a natural or legal person, including the Government of a Contracting Party, on the territory of the other Contracting Party, in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party. In particular, but in no way exclusively, the term “investment” includes:

- a) chattels and real estate, as well as any other property rights such as mortgages, privileges, pledges, usufructs, related to the investment;
- b) shares, securities and bonds or other rights or interests and securities of the State or public entities;
- c) capitalised debts, including reinvested income, as well as rights to any contractual benefit having an economic value;
- d) copyright, trademark, patents, technical methods and other intellectual and industrial property rights, know-how, commercial secrets, commercial brands and goodwill;
- e) any right of an economic nature conferred by law, or by contract, and any licence or concession granted in compliance with the laws and regulations in force, including the right of prospecting, extraction and exploitation of natural resources;
- f) capital and additional contributions of capital used for the maintenance and/or the accretion of the investment;
- g) the elements mentioned in (c), (d) and (e) above must be the object of contracts approved by the competent authority.

Conforme a ello, el tribunal consideró que al haber sido aprobado el contrato por una autoridad competente constituía una inversión al amparo del APPRI Marruecos - Italia.

Asimismo, el tribunal, a fin de analizar si una actividad económica puede ser calificada como una inversión en los términos del Convenio de Washington, recurrió a la doctrina para establecer un test compuesto por cuatro elementos que debían ser analizados de forma conjunta: a) contribución, b) cierta duración de la ejecución del contrato, c) participación en los riesgos de la transacción y c) contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión.

Cabe precisar que, en este caso, el tribunal arbitral fusionó dos enfoques divergentes. El primero de ellos, fue planteado por autores como Carreau, Flory, Juillard y Gaillard, quienes proponen que no puede haber inversión sin: i)

una contribución, cualquiera sea su forma; ii) un corto período de tiempo, dado que la característica de “dualidad” solo puede ser satisfecha por una contribución de mediano a largo plazo; y iii) un riesgo, lo cual implica que la compensación diferida del inversionista debe depender de la pérdida y beneficio de la empresa (GAILLARD 2009: 405).

El segundo enfoque, fue postulado por Georges Delaume, ex asesor jurídico del Banco Mundial, quien sugirió un análisis basado únicamente en el preámbulo del Convenio de Washington, ya que “la contribución al desarrollo económico” constituye un concepto esencialmente económico en su naturaleza y jurídicamente flexible en su formulación (GAILLARD 2009: 406).

En virtud de ello, al cumplir el contrato de construcción de la autopista con los cuatros elementos en cuestión, el tribunal concluyó que el referido contrato constituía una inversión conforme al artículo 25.1 del Convenio de Washington.

Esta Decisión sobre Jurisdicción marcó un hito importante en la casuística arbitral del CIADI, y el método adoptado por el tribunal para evaluar la existencia de una inversión bajo el Convenio de Washington fue conocido posteriormente como “*Test Salini*”.

Como antecedente al caso Salini, tenemos al caso Fedax N.V. v. Venezuela (Caso CIADI No ARB/96/3). Este fue el primer caso en el cual se presentó objeciones a la jurisdicción del CIADI basadas en el incumplimiento de los requisitos de existencia de una inversión al amparo del Convenio de Washington.

Sobre el particular, el tribunal conformado por Francisco Orrego Vicuña, Meir Heth y Roberts B. Owen examinó su competencia “*ratione materiae*” apoyándose en la posición Christoph Schreuer, quien señala que las características básicas de una inversión se sustentan en: a) cierta duración, b) cierta regularidad de beneficio y retorno, c) asunción de riesgo, d) un compromiso sustancial y e) una inversión significativa en el desarrollo del Estado anfitrión.

Cabe resaltar que, en este caso, la legislación venezolana establecía que la inversión debía tener cierta duración, así como una relación entre las transacciones realizadas y el desarrollo del Estado receptor de la inversión.

Dado que los elementos de contribución, duración y riesgo son características que han sido aceptadas por la doctrina al momento de definir qué es una inversión, la aplicación del “*Test Salini*” resultaría ser una herramienta válida para interpretar el término “inversión” a la luz de la Convención de Viena, puesto que brinda fundamento al sentido corriente de ese concepto.

Adicionalmente, el elemento de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, el cual se encuentra referido en el Preámbulo del Convenio de Washington, se configura como un criterio objetivo de la noción de “inversión” dado que guarda relación con su objeto y fin.

Si bien existe una aplicación considerable por parte de los tribunales arbitrales respecto al “*Test Salini*” y sus cuatro elementos constitutivos, también existe serios cuestionamientos respecto al cuarto elemento: “la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión”.

Por ejemplo, siguiendo a Emmanuel Gaillard, el cuarto elemento no sería propiamente un elemento de la noción de “inversión” ya que se encuentra comprendido en los otros elementos del “*Test Salini*” (2009: 313).

### **1.1.2 El contexto de la adopción del art. 25(1) del Convenio de Washington**

La historia del Convenio del CIADI tiene como base la iniciativa del BIRF de proponer un marco normativo para la solución de controversias suscitadas entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de la inversión. En el año 1962, se planteó por primera vez esta iniciativa ante la Junta de Gobernadores del BIRF en su Decimoséptima Reunión Anual. Como resultado de ello se emitió la Resolución No. 174, mediante la cual se encargó a los Directores Ejecutivos que estudiaran el asunto (CIADI 1965: 39).

Una vez elaborado el Proyecto Preliminar, los Directores Ejecutivos tomaron la decisión de convocar a una serie de reuniones consultivas en la cual participaron juristas internacionales designados por los países miembros (CIADI 1965: 39). En función a ello, se realizaron un total de cuatro Reuniones Consultivas Regionales durante los años 1963 – 1964.

En 1965, luego de cinco años de negociaciones y consultas realizadas entre los funcionarios gubernamentales y juristas internacionales, se aprobó el texto final del Convenio de Washington (CIADI 2016: 2).

El proyecto preliminar del Convenio nació al interior del BIRF. Esto alude a que el texto sobre el cual se trabajó no fue redactado como producto de una discusión de los Estados contratantes. Aron Broches señaló, sobre el particular, que *“the decisions of the Executive Directors would express the view of the Bank as an institution and would not be binding on member governments who could decide whether or not to sign the Convention”* (CIADI 1970: 454).

Cabe señalar que los primeros debates respecto al texto presentado por Aron Broches, denominado “Documento de Trabajo”, se celebraron ante el Comité de Directores Ejecutivos sobre Solución de Diferencias Relativas a Inversiones.

El Documento de Trabajo presentado por Broches no establecía ninguna referencia al término “inversión”, la Sección 1 del Artículo II señalaba lo siguiente al definir el ámbito de aplicación del Convenio de Washington:

The provisions of this Article shall apply to any undertaking in writing to have recourse to conciliation or arbitration pursuant to the provisions of this Convention for the resolution of any existing or future dispute between a Contracting State and a national of another Contracting State (CIADI 1970: 22).

Asimismo, respecto a la competencia del CIADI, el citado documento menciona que: *“the jurisdiction of the Centre shall be limited to disputes between Contracting States and national of other Contracting States and shall be based on consent”* (CIADI 1970: 33).

A tenor de lo señalado por Broches, la razón de esta ausencia en la Sección 1 del Documento de Trabajo tuvo como finalidad no establecer una limitación a dicho concepto.

It will be noted that Section 1 contains no limitation as to the nature of the dispute. Although the Convention and the Center would be intended to be used primarily in connection with what are commonly referred as 'investment disputes', there is no need to write a limitation to that effect into the Convention, since it is up to the parties to an undertaking to decide whether they want to bring it within the terms of the Convention. Moreover, it is difficult to define the term 'investment dispute' with the precision required to avoid disagreement arising as to the applicability of the Convention to a given undertaking. And uncertainty on this score would tend to undermine the primary objective of Article II, namely to give confidence that undertakings to have recourse to the conciliation or arbitration will be carried out (CIADI 1970: 22).

Las primeras reacciones se enfocaron en cuestionar cuáles serían las controversias de competencia del CIADI. En razón de ello, en el Primer Anteproyecto, de fecha 9 de agosto de 1963, y en el Anteproyecto de fecha 15 de octubre de 1963, se estableció que la competencia del Centro se limitaría a los procedimientos de conciliación y arbitraje que versen sobre cualquier conflicto de inversión existente o futuro de carácter jurídico entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante (CIADI 1970: 202).

Si bien existe una limitación a la jurisdicción del CIADI a través del establecimiento de la naturaleza de la controversia, el término "inversión" no es definido.

En el comentario de la Sección 1 del Artículo II de los citados Anteproyectos se explica lo siguiente:

No detailed definition of the category of disputes in respect of which the facilities of the Center would be available has been included in the Convention. Instead, the general understanding reflected in the Preamble, the use of term 'investment dispute', and the requirement that

the dispute be of a legal character as distinct from political, economic or purely commercial disputes, were thought adequate to limit the scope of the Convention in this regard. Within those limits Contracting States would be free to determine in each particular case what disputes they would submit to the Center. To include a more precise definition would tend to open the door to frequent disagreements as to the applicability of the Convention to a particular undertaking, thus undermining the primary objective of this article viz., to give confidence that undertakings to have recourse to conciliation or arbitration will be carried out (CIADI 1970: 204).

En el Primer Proyecto, de fecha 11 de septiembre de 1964, se estableció una definición de “inversión”, la cual significaba *“any contribution of money or other asset of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years”* (CIADI 1970: 623).

Al respecto, esta definición de inversión no obtuvo consenso en las discusiones al interior del Comité Jurídico debido a que un grupo consideraba que tal definición era demasiado amplia y el otro grupo demasiado estrecha (CIADI 1970: 829-831).

Finalmente, el Comité Jurídico presentó su Proyecto al Comité Plenario sin incorporar ninguna definición del término “inversión”, quedando el artículo 25.1 tal como se encuentra redactado en la actualidad.

## **1.2 Posiciones de los tribunales arbitrales del CIADI respecto a los elementos que permiten determinar la existencia de una inversión**

Los tribunales arbitrales del CIADI, a fin de determinar su competencia *“ratione materiae”*, han recurrido al uso de un doble análisis o “doble test”, el cual se enfoca en: i) evaluar si la inversión alegada calza dentro de la definición de inversión ofrecida por el AII, la cual establece los límites del consentimiento de las partes; y ii) evaluar si la inversión alegada tiene consonancia con lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio de Washington, donde se establecen los requisitos de jurisdicción del CIADI.

Por ejemplo, el tribunal conformado para el caso *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia* (Caso CIADI N° ARB/05/10), luego de realizar el doble análisis, concluyó que el contrato no es una inversión en el sentido del artículo 25.1 del Convenio de Washington. Es importante precisar que el tribunal aplicó el “*Test Salini*” para determinar si la inversión se encuentra conforme con el citado Convenio (2007: 49).

En el caso *Abaclat y otros v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/5), el tribunal arbitral recurrió al uso del “doble test”, señalando que los bonos se encuentran cubiertos por el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones suscrito entre Italia y Argentina, y que el supuesto cumple con el artículo 25 del Convenio de Washington.

Cabe resaltar que el tribunal no recurrió al uso del “*Test Salini*” para determinar si los bonos constituían una inversión bajo el Convenio de Washington, ya que consideró que:

Si las contribuciones de las Demandantes no cumplieran la prueba del caso *Salini* —de acuerdo con los adherentes de ese criterio—, no podrían considerarse inversiones conforme al artículo 25 del Convenio del CIADI, lo que a su vez significaría que las contribuciones de las Demandantes no gozarían de la protección procesal que brinda ese convenio. El Tribunal concluye que ese resultado sería incompatible con la finalidad del Convenio, que consiste en promover la inversión privada y, a la vez, dar a las partes las herramientas necesarias para definir mejor qué tipo de inversión quieren promover, y no tendría sentido a la luz del acuerdo expreso de Argentina e Italia de proteger el valor generado por esos tipos de contribuciones. En otros términos, desde la perspectiva del valor, habría una inversión, que Argentina e Italia querían proteger y someter al arbitraje del CIADI, pero a la que no se podría dar protección alguna porque, desde la perspectiva de la contribución, esa inversión no cumple determinados criterios. Habida cuenta de que esos criterios nunca se incluyeron en el Convenio del CIADI y, al mismo tiempo, son polémicos y han sido aplicados por

tribunales de diversas maneras y en diversos grados, el Tribunal no considera útil seguir y copiar los criterios del caso Salini. Estos pueden ser útiles para describir mejor las características que podrían o deberían tener las contribuciones, pero no deben crear un límite que ni el propio Convenio ni las partes contratantes de determinado TBI se hayan propuesto establecer (2011: párr. 364)

De esta manera, se puede apreciar que el tribunal arbitral se inclinó en brindar una interpretación amplia al término inversión, sosteniendo que *“el único requisito referente a la contribución es que sea apta para crear el valor que se protege en el marco del TBI”* (2011: párr. 365).

Si bien el criterio para determinar si existe una inversión conforme a los términos del artículo 25.1 del Convenio de Washington varía caso a caso, los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI han desarrollado dos aproximaciones para determinar la existencia de una inversión conforme lo establecido en dicho Convenio. En función a ello, pasaremos a desarrollar cada una de estas aproximaciones.

### **1.2.1 Teoría Subjetiva**

Esta teoría se basa en que el párrafo 27 del Informe de los Directores Ejecutivos<sup>2</sup> alude a que existe una intención de los redactores del Convenio de Washington de otorgar a las partes de la disputa la discrecionalidad de definir el término “inversión” contenido en el artículo 25.1 del citado Convenio.

En atención a ello, no es necesario que el Convenio defina el contenido del concepto de “inversión”, ya que los Estados mediante una comunicación al CIADI pueden establecer las clases de diferencias que serán sometidas a la jurisdicción del Centro y, en caso no lo hagan, la definición de inversión se encontrará en el instrumento mediante el cual las partes plasmaron su consentimiento.

---

<sup>2</sup> Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 27:

“No se trató de definir el término “inversión” dado el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados contratantes pueden dar a conocer por adelantado, si así lo desean, las clases de controversias que quisieran o no considerar someter al Centro (Artículo 25 (4)).”

El último supuesto implica que los tribunales se remitirán a encontrar la definición de inversión en los AI o en la legislación nacional del Estado receptor de la inversión.

Al respecto, Aron Broches precisó que el requisito relacionado a que la controversia surja directamente de una inversión debía estar fusionado con el requisito de consentimiento a la jurisdicción del CIADI (1995: 287).

En consecuencia, de acuerdo a esta teoría la definición de inversión contenida en los AI o en la legislación nacional del Estado receptor de la inversión serviría para verificar que se cumpla el requisito material establecido en el artículo 25.1 del Convenio de Washington.

Es importante resaltar que el término “inversión” ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. En esta medida, mientras algunos AI han brindado una definición de inversión basada en empresa, otros lo han hecho en torno a la noción de activos. La primera asocia la inversión con las actividades empresariales, y la segunda cubre tanto la inversión directa como la inversión de portafolio.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha mencionado que:

Most BITs of the last 10 years have continued to adopt a broad ‘asset-based’ definition of ‘investment’, the scope of which goes beyond covering only foreign direct investment. The definition covers ‘every kind of asset’ or ‘any kind of asset’, accompanied by a list of examples (2007:8)

Desde sus inicios, los AI han establecido una definición amplia de inversión, la cual ha generado serias controversias y preocupaciones para los Estados. En vista de ello, la evolución respecto a este concepto tiende a restringirse.

En los primeros AI suscritos por el Perú en la década de los 90, podemos observar que nuestros Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) contienen una definición amplia, mediante la cual toda clase de bienes o derechos

relacionados con la inversión estarían protegidos al amparo del tratado internacional, prácticamente sin limitaciones. Este tipo de acuerdos se caracterizan por proteger básicamente las actividades comprendidas en la fase de posestablecimiento de la inversión.

Por ejemplo, el Convenio entre Perú y Dinamarca sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito en el año 1995, enuncia una lista ilustrativa, pero no limitativa, del concepto de "inversión":

#### Artículo 1 – Definiciones

Para los fines del presente convenio,

(1) El término "inversión" significará todo tipo de activo relacionado con actividades económicas y adquirido con el fin de establecer relaciones económicas duraderas entre un inversionista y una empresa sin tener en cuenta la forma legal, incluyendo "joint ventures" y cualquier participación en el capital a la que los inversionistas estén facultados, así como toda valoración de capital y, en particular, pero no exclusivamente:

- (a) Acciones, partes alicuotas o cualquier otra forma de participación en compañías incorporadas en el territorio de una Parte Contratante;
- (b) Rendimientos reinvertidos, derechos sobre dinero u otros derechos con valor financiero;
- (c) Bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos tales como hipotecas, arrendamientos financieros, privilegios, garantías y cualesquiera otros derechos similares definidos de conformidad con la legislación de la parte contratante en cuyo territorio se encuentra la propiedad en cuestión;
- (d) Derechos de propiedad industrial e intelectual, tecnología, marcas registradas, derechos de llave (goodwill), conocimientos técnicos (know how) y cualesquiera otros derechos similares;
- (e) Concesiones comerciales otorgadas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones relativas a recursos naturales.

Posteriormente, luego de la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos, el Perú adoptó un nuevo modelo de AI tomando como base dicho acuerdo. Bajo el nuevo modelo, el concepto de inversión se inclinó en tener una definición más restringida.

Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá, suscrito en el año 2008, se establece una lista respecto a lo que se entiende por inversión, y se detalla lo que no se considera como inversión cubierta.

## Capítulo Ocho

### Artículo 847: Definiciones

**inversión** significa:

- (a) una empresa;
- (b) acciones de capital de una empresa;
- (c) instrumentos de deuda de una empresa
  - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
  - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años,pero no incluye un instrumento de deuda de una empresa estatal, independientemente de la fecha original de vencimiento;
- (d) un préstamo a una empresa:
  - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
  - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años,pero no incluye un préstamo a una empresa estatal, independientemente de la fecha original de vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar en los activos de esa empresa en liquidación, siempre que éste no sea un instrumento de deuda o un préstamo excluido de los subpárrafos (c) o (d);
- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para

otros fines empresariales; y

(h) la participación que resulte del compromiso de capital u otros recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de dicha Parte, tales como los siguientes:

(i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de la Parte, incluidos, los contratos de llave en mano o de construcción, o las concesiones, o

(ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

pero inversión no significa

(i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

(i) contratos comerciales para la venta de mercancías o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en el territorio de la otra Parte, o

(ii) el otorgamiento de crédito en relación a una transacción comercial, tal como la financiación del comercio, excepto un préstamo cubierto por las disposiciones del subpárrafo (d); y

(j) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés establecidos en los subpárrafos (a) al (h).

En ese sentido, bajo esta teoría los tribunales arbitrales del CIADI enfocan su análisis en la definición de inversión contenida en el All suscrito por las partes, dado que ello les permite calificar *prima facie* el activo como una inversión cubierta por el Convenio de Washington.

### 1.2.2 Teoría Objetiva

Esta teoría sostiene que la estipulación del término "inversión" en el artículo 25.1 del Convenio de Washington tiene la finalidad de establecer una limitación objetiva a la jurisdicción del CIADI (SCHREUER 2006: 125).

Esto implica que para acceder a la jurisdicción del CIADI se debe cumplir con todos los requisitos que se puedan derivar del concepto de inversión en el marco de lo dispuesto por el citado Convenio.

Dado lo anterior, esta teoría se diferencia de la teoría subjetiva en virtud a que interpreta que el requisito del consentimiento es distinto al requisito material, por tanto, el solo cumplimiento del requisito del consentimiento no brindaría acceso a la jurisdicción del CIADI.

En otras palabras, la teoría objetiva se inclina en señalar que el término “inversión” debe ser interpretado no sólo en función de la definición establecida en el AIJ, sino también a la luz del sentido ordinario del término “inversión” en el marco del Convenio de Washington. Esto último implica un análisis al amparo de criterios generales que ayuden a determinar la existencia de una inversión.

Como ejemplo tenemos el Caso Salini, en el cual se estableció un test compuesto por cuatro elementos a fin de ofrecer una definición objetiva del término “inversión” contenido en el Convenio de Washington. Como señalamos anteriormente, estos elementos son: a) contribución, b) cierta duración de la ejecución del contrato, c) participación en los riesgos de la transacción y c) contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión.

En la Decisión sobre Jurisdicción correspondiente al caso Joy Mining Machinery Limited c. Egipto (Caso CIADI No. ARB/03/11), podemos observar que el tribunal arbitral tomó en cuenta los elementos contenidos en el citado test al momento de realizar su análisis para determinar su jurisdicción material:

Summarizing the elements that an activity must have in order to qualify as an investment, both the ICSID decisions mentioned above and the commentators thereon have indicated that the project in question should have a certain duration, a regularity of profit and return, an element of risk, a substantial commitment and that it should constitute a significant contribution to the host State's development. To what extent these

criteria are met is of course specific to each particular case as they will normally depend on the circumstances of each case. (2003: párr. 53).

En esa misma línea, otros tribunales se han inclinado en aplicar dicho test, como, por ejemplo, el tribunal conformado para el caso Jan de Nul N. V. y Dredging International N. V. c. Egipto (Caso CIADI No. ARB/04/13), donde se señaló lo siguiente:

The ICSID Convention contains no definition of the term “investment”. The Tribunal concurs with ICSID precedents which, subject to minor variations, have relied on the so-called “Salini test”. Such test identifies the following elements as indicative of an “investment” for purposes of the ICSID Convention: (i) a contribution, (ii) a certain duration over which the Project is implemented, (iii) a sharing of operational risks, and (iv) a contribution to the host State’s development, being understood that these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case (2005: párr. 130).

No obstante lo anterior, existen algunos tribunales que han optado por considerar solo algunos elementos del “*Test Salini*”. En el caso LESI SpA y Astaldi SpA. c. Algeria (Caso CIADI No. ARB/05/3), el tribunal arbitral en su Decisión sobre Jurisdicción consideró solo los tres primeros elementos del “*Test Salini*”, dejando de lado el elemento de la contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión al estimar que este es difícil de determinar y que se encuentra implícito en los otros elementos. A criterio de dicho tribunal:

(iv) (...) il paraît conforme à l'objectif auquel répond la Convention qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplisse les trois conditions suivantes; il faut

- a) que le contractant ait effectué un apport dans le pays concerné,
- b) que cet apport porte sur une certaine durée, et
- c) qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque.

Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus<sup>3</sup> (2006: párr. 72).

En este contexto, podemos apreciar que los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI han tomado en consideración criterios generales objetivos al momento de analizar si una transacción económica califica o no como inversión en los términos del artículo 25.1 del Convenio de Washington.



---

<sup>3</sup> (iv) (...) parece consistente con el objetivo de la Convención que un contrato, para ser considerado como una inversión en el sentido de la disposición, deba satisfacer las siguientes tres condiciones:

- a) que la parte contratante haya efectuado una contribución en el país concernido,
- b) que esta contribución tenga una cierta duración, y
- c) que implique algún riesgo para quien realiza la contribución.

Por otro lado, no es necesario que la inversión contribuya específicamente al desarrollo económico del país, algo que es difícil de comprobar y que se encuentra implícitamente cubierto por los tres elementos utilizados. (Traducción propia)

## CAPÍTULO II

### EL CONCEPTO DE “CONTRIBUCIÓN AL DESARROLLO ECONÓMICO” COMO ELEMENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES DEL CIADI

La ausencia de una definición del término “inversión” contenido en el Convenio de Washington ha generado una serie de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

Teniendo en cuenta ello, una aproximación para lograr definir su contenido ha sido la verificación de ciertos elementos que deben estar presentes en una actividad económica para que esta sea considerada como inversión en los términos del citado Convenio.

Uno de estos elementos ha sido la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, el cual ha causado una problemática en torno a su contenido dado que no existe consenso sobre sus alcances al interior de la práctica arbitral del CIADI.

No obstante, este elemento no solo resulta importante a efectos de evaluar la existencia de una inversión bajo el Convenio de Washington, sino también cobra especial relevancia para los Estados en tanto puede servir como mecanismo para reafirmar su interés en proteger inversiones que efectivamente generen desarrollo a sus pueblos.

#### 2.1 El Preámbulo del Convenio de Washington

La regla general de interpretación de los tratados contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena establece que el preámbulo es parte integrante del texto del tratado y pieza clave para llegar a una interpretación conforme al contexto del tratado.

De acuerdo a Gardiner:

The preamble usually consists of a set of recitals. These recitals commonly include motivation, aims, and considerations which are stated as having played a part in drawing up the treaty. Specifically mentioned as an element of the context as defined in the Vienna rules, preambles are of both textual and teleological significance. Their textual significance is as part of the apparatus for selecting and modifying the ordinary meaning of terms used. By stating the aims and objectives of a treaty, as preambles often do in general terms, they can help in identifying the object and purpose of the treaty (2008: 186).

En esa misma línea, el preámbulo tiene un valor jurídico ampliamente aceptado, puesto que sirve para despejar las dudas sobre aspectos tales como el objeto y fin que tuvieron las partes al momento de redactar el instrumento internacional (GOMEZ-ROBLEDO 2003: 144).

Conforme a lo anterior, no cabe duda que el preámbulo debe ser tomado en cuenta al momento de realizar la interpretación de los alcances del Convenio de Washington, lo que incluye, en el caso que nos ocupa, la interpretación del término “inversión” contenido en el artículo 25 del citado Convenio.

Ahora bien, queda sujeto a debate si el preámbulo establece una limitación de acceso a la jurisdicción del CIADI. Al respecto, la historia de la redacción del Convenio de Washington demuestra que existió la intención de otorgar una función normativa al preámbulo del referido Convenio (CIADI1968: 60-65).

No obstante, si bien se afirma que el preámbulo tiene una función normativa, ello no justifica *per se* que se llegue a la conclusión de que el “desarrollo económico” es un requisito de acceso a la jurisdicción del CIADI, dado que el propio artículo 25.1 del Convenio de Washington no lo establece expresamente en su enunciado.

Teniendo en cuenta ello, cabe preguntarnos cuál es el real alcance de lo establecido en el primer considerando del preámbulo del Convenio de Washington.

En ese sentido, a continuación, pasaremos a analizar el primer considerando del Convenio de Washington para lograr tener una aproximación respecto al alcance de su significado.

### **2.1.1 La ambigüedad en la redacción del primer párrafo del Preámbulo del Convenio de Washington**

El primer considerando del Preámbulo del Convenio de Washington alude a “la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”. Conforme a ello, cabe someter a consideración cuál es el alcance de dicho enunciado.

Al respecto, la noción de “cooperación internacional al desarrollo” fue un concepto que surgió tras la Segunda Guerra Mundial como respuesta a los nuevos problemas generados por los cambios suscitados en el sistema internacional (UNCETA 2000: 15).

Asimismo, a los fines del citado Convenio, el concepto “desarrollo” tiene tres perspectivas de alcance: a) respecto a la definición de inversión, b) en la discusión sobre si el nivel de desarrollo tiene un impacto en la interpretación y aplicación de los estándares sustantivos y c) en la discusión acerca del objeto y propósito de los AII (SCHILL 2009: 342).

En el Informe de los Directores Ejecutivos se hace alusión a que la finalidad del Convenio es estimular el flujo de inversiones internacionales; no obstante, también se resalta la intención de mantener un equilibrio entre los intereses del inversionista y del Estado receptor de la inversión. (CIADI 1965: 40).

Cabe recordar que el CIADI, como institución parte del Grupo del Banco Mundial, tiene una misión que va más allá de ser una entidad administradora de medios de solución pacífica de controversias, dado que las instituciones que forman parte del Grupo del Banco Mundial persiguen objetivos de desarrollo (GARCÍA-BOLIVAR 2012: 2).

Por su parte, los Estados han recurrido, como mecanismo para generar desarrollo en sus pueblos, a la suscripción de AI, los cuales han plasmado el objetivo de promover y fomentar la inversión extranjera.

En virtud de lo anterior, “la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado” puede ser entendida como una meta para los Estados dentro de un sistema de internacional de inversiones (GARCÍA-BOLIVAR 2012: 1).

Considerando ello, el primer párrafo del preámbulo del Convenio de Washington ha sido considerado, por algunos tribunales arbitrales, como un sustento jurídico para justificar la existencia del elemento sobre contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión.

Por ejemplo, en el asunto *Malaysian*, el árbitro único señaló que:

The Tribunal considers that, taking a teleological approach to the interpretation of the ICSID Convention, a tribunal ought to interpret the word ‘investment’ so as to encourage, facilitate and to promote cross-border economic cooperation and development. Support for such an approach can be found in the Preamble to the ICSID Convention (‘Considering the need for international cooperation for economic development . . . .’) and the Report of the Executive Directors on the Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States (‘the Report of the Executive Directors’) dated March 18, 1965, at Paragraph 9, which points out that the idea of ICSID was ‘prompted by the desire to strengthen the partnership between

countries in the cause of economic development (2007: 66).

En la Opinión Disidente de la Decisión sobre Anulación del Laudo del citado asunto, el juez Mohamed Shahabuddeen consideró que la estrecha relación existente entre el CIADI y el BIRF confirmaría la postura de que el Convenio de Washington tenía por finalidad estimular el desarrollo económico de los Estados (2009: 43-44).

En esa misma línea, Georges Abi-Saab, en su Opinión Disidente a la Decisión sobre Jurisdicción del caso *Ablacat y otros c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/5), mencionó que:

It is most significant that the ICSID Convention was elaborated and the Centre established on the initiative and within the framework of the International Bank for Reconstruction and Development; an institution which concentrated its activities since the early sixties almost exclusively to the second facet of its mandate according to its title, i.e. the 'development' of the less developed countries. The Preamble of the Convention clearly reveals its 'developmental' object and purpose, as a means of encouraging 'international cooperation for development, and the role of private international investment therein'; and this by making available 'facilities for international conciliation or arbitration', besides the national courts of host States, to settle potential disputes arising from such investments between private foreign investors and those States. The investment that the Convention seeks to encourage by providing it with an international procedural guarantee is that which contributes to the economic development of the host country, i.e. to the expansion of its productive capacity, a contribution that presupposes a commitment to this task not only of economic resources, but also in terms of duration in time and the taking of risk, with the expectation of reaping profits and/or revenue in return (2011: 48-50).

En este contexto, aun cuando los términos generales mediante los cuales fue redactado el primer considerando del preámbulo del Convenio de Washington pueden dar lugar a varias interpretaciones sobre el rol de la inversión

extranjera en la cooperación para el desarrollo, es posible inferir que dicha disposición alude a la contribución de la inversión extranjera al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, y que este aspecto se considera como parte del objeto y fin de ese tratado.

Asimismo, teniendo en cuenta el lenguaje amplio utilizado en el primer párrafo del Convenio de Washington, algunos tribunales arbitrales se han inclinado en considerar que la contribución de la inversión extranjera al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión constituye un criterio o requisito a ser evaluado al momento de determinar su competencia material al amparo del Convenio de Washington.

Conviene subrayar que el tribunal del caso Salini declaró que el requisito de “desarrollo económico” tenía por objeto limitar la competencia del Centro, siguiendo lo enunciado por Schreuer:

The only possible indication of an objective meaning that can be gleaned from the Convention is contained in the Preamble's first sentence, which speaks of 'the need for international co-operation for economic development and the role of private international investment therein.' This declared purpose of the Convention is confirmed by the Report of the Executive Directors which points out that the Convention was 'prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development.' Therefore, it may be argued that the Convention's object and purpose indicate that there should be some positive impact on development (2001: 124-125).

Sobre el particular, en la primera edición de la publicación de este autor, no se mencionó que la contribución al desarrollo económico sea un requisito para acceder a la jurisdicción del CIADI. En su segunda edición, el autor explicó inclusive que no se puede afirmar que del Preámbulo del Convenio de Washington se infiera que tal elemento es necesario para la existencia de una inversión en el sentido del artículo 25 (SCHREUER 2009: 117).

En los términos de Schreuer:

A test that turns on the contribution to the host State's development should be treated with particular care. The reference in the Convention's Preamble indicates that economic development is among the Convention's object and purpose. This would support the proposition that an international transaction that is designed to promote the host State's development enjoys the presumption of being an investment. But it does not follow that an activity that does not obviously contribute to economic development must be excluded from the Convention's protection (2009: 134).

A pesar de las aclaraciones dadas por Schreuer respecto a que el elemento sobre la contribución al desarrollo no puede ser entendido como un requisito de acceso a la jurisdicción del CIADI, algunos tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI han considerado que los cuatro elementos establecidos en el "*Test Salini*" constituyen requisitos obligatorios y no simples características.

Ello ocurrió en el caso Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán (Caso CIADI No. ARB/03/29), al considerar a los elementos del término "inversión" como "condiciones" (2005: párr. 130). Cabe resaltar que, en el presente caso, el tribunal arbitral consideró estos cuatro elementos: compromiso sustancial del lado del inversor, cierta duración, proporcionar beneficios, riesgo y contribución significativa al desarrollo del Estado anfitrión (2005: párr. 130-137).

No obstante, esta afirmación no ha encontrado respaldo en otro sector de la práctica arbitral del CIADI. En el caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente c. Chile (Caso CIADI No. ARB/98/2), el tribunal consideró que:

(...). La exigencia de una contribución al desarrollo del Estado receptor, difícil de establecer, es en su opinión más una cuestión de fondo del litigio que de competencia del Centro. Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es

cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión. Es por esta razón, como han señalado algunos tribunales de arbitraje, que este cuarto elemento está en realidad englobado en los tres primeros (2008: párr. 232).

En ese sentido, podemos observar cómo algunos tribunales se han inclinado por considerar que lo establecido en el preámbulo del Convenio de Washington se presenta como una consecuencia y no como un requisito de acceso a la jurisdicción del CIADI, ya que el solo hecho de proteger la inversión extranjera tendría como consecuencia el otorgamiento de condiciones favorables para al desarrollo del Estado receptor de la inversión.

Adicionalmente, cierto sector de la práctica arbitral del CIADI se ha inclinado en considerar que lo dispuesto en el primer párrafo del preámbulo se refiere a un criterio propio de las inversiones amparadas bajo el Convenio de Washington y no a una característica o elemento del concepto de “inversión” (LETURIA: 301).

### **2.1.2 La diferencia entre la “contribución al desarrollo económico” y los otros elementos del “*Test Salini*”**

Como se ha señalado anteriormente, el “*Test Salini*” se encuentra conformado por los siguientes elementos: a) contribución económica, b) cierta duración del contrato, c) participación en los riesgos de la transacción y d) contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, siendo los tres primeros considerados por la doctrina como características básicas del concepto de “inversión”.

En efecto, los elementos de a) contribución económica, b) cierta duración del contrato y c) participación en los riesgos de la transacción, adquieren

relevancia cuando los tribunales arbitrales evalúan la existencia de una inversión teniendo en cuenta el sentido corriente de dicho término.

Cabe señalar que, de acuerdo a Gardiner, cuando hablamos del sentido corriente de un término dentro del contexto de un tratado internacional, nos referimos a su sentido regular, normal y consuetudinario (2010: 164)

Bajo esta perspectiva, algunos tribunales del CIADI se han inclinado por considerar que existe una inversión siempre que se reúnan solo los tres primeros elementos. Esto puede ser apreciado en el análisis que realizaron los árbitros en los casos Consortium Groupement LESI - DIPENTA c. Argelia (Caso CIADI N° ARB/03/08) y LESI SpA y ASTALDI SpA c. Argelia (Caso CIADI N° ARB/05/3).

Si bien el análisis del sentido corriente del término “inversión” es una herramienta utilizada en la práctica arbitral del CIADI, ello no ha impedido que algunos tribunales, hayan centrado su análisis en otros parámetros del concepto de inversión en el marco del Convenio de Washington.

Por ejemplo, en la Decisión de Jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, correspondiente al caso Ceskoslovenska Obchodni Banka AS c. Eslovaquia (Caso CIADI N° ARB/97/4), el tribunal relativizó el planteamiento del Estado en la controversia al indicar que las características que este asociaba con el sentido corriente del término inversión en el marco del artículo 25 del Convenio de Washington no constituían un requisito formal de jurisdicción. En ese sentido, es interesante observar que el tribunal dio importancia al hecho que un préstamo puede calificar bajo determinadas circunstancias como inversión si contribuye sustancialmente al desarrollo económico del Estado receptor (1999: 275-282).

Por otro lado, el elemento de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión adquiere protagonismo a partir de que algunos tribunales arbitrales han considerado que deriva del preámbulo del Convenio de Washington al señalarse que “los Estados Contratantes consideran la

necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en este campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”.

Lo anterior implica que dicho elemento guardaría relación con el objeto y fin del Convenio de Washington, puesto que en el preámbulo se haya contenido el propósito de dicho instrumento internacional.

En el derecho internacional queda claro que el preámbulo es parte del tratado y que conforme lo establecido en el segundo párrafo del artículo 31 de la Convención de Viena "el contexto a los efectos de la interpretación de un tratado comprenderá, además del texto, su preámbulo y sus anexos".

Dicho enunciado señala que el preámbulo del Convenio de Washington forma parte del contexto mediante el cual se debe interpretar el concepto de "inversión" estipulado en artículo 25 del citado Convenio.

Tal como lo ha señalado Schreuer, la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión no es necesariamente una característica del concepto de "inversión" (1996: 372). Para dicho autor, este elemento forma parte del objeto y fin del Convenio de Washington, en base a que el preámbulo y el Informe de los Directores Ejecutivos así lo sugieren.

El artículo 25 del Convenio de Washington no señala expresamente cuál es el contenido del término "inversión", por lo que no se puede afirmar que el preámbulo establece una limitación de acceso a la jurisdicción del CIADI. Sin embargo, es importante tener en consideración que la historia de la redacción del citado Convenio demuestra la intención de otorgar una función normativa al preámbulo (CIADI 1968: 60-65).

En el Primer Anteproyecto de fecha 3 de agosto de 1963, luego de una serie de discusiones en torno al alcance jurisdiccional del Convenio de Washington, se consignó lo siguiente:

## The Contracting States

1. CONSIDERING the need for international cooperation for economic development, and the role of foreign investment therein; (...) (CIADI 1970: 134-135)

Esta limitación fue sugerida por Garland, uno de los Directores Ejecutivos, y fue plasmada por Broches en su documento de trabajo, en estos términos:

There is a general understanding, which could be recorded in a Preamble to the Convention, that the machinery created by the Convention and the rules laid down in the Convention are designed to deal primarily with investment disputes. It is also generally understood that the scope of the Convention should be limited to legal disputes as distinguished from political or commercial disputes, and this could also be suitably expressed in a Preamble. Once this intention is expressed, there seems to be no need to go further and give a precise definition of the disputes for which the services of the Center would be available. To give a precise definition of investment dispute would be extremely difficult. More seriously, it might lead to undesirable jurisdictional controversies in cases where parties have agreed to submit a dispute to conciliation or arbitration under the auspices of the Center, and one of the parties later refuses to carry out the agreement claiming that the dispute is of a kind outside the defined scope of the Convention. If the Convention established compulsory arbitration or conciliation, there would clearly be need for defining the scope of the obligation. But the Convention does not by itself establish any obligation except to abide by agreements freely made. It has been argued, however, that since the very existence of the Convention implies a danger of pressure being exercised on host governments by investors to have recourse to the services of the Center, the scope of activity of the Center should be closely defined in the Convention so as at least to limit the range of situation within which this pressure could be exercised. Even assuming that such a danger exists at all, and this may well be questioned, the Preamble would serve to limit this 'danger' to the field of investment

disputes (CIADI 1970: 83)

De manera concordante, se sugirió establecer un vínculo entre el preámbulo y la jurisdicción del CIADI en la Sección 1 del Artículo II del Primer Anteproyecto:

No detailed definition of the category of disputes in respect of which the facilities of the Center would be available has been included in the Convention. Instead, the general understanding reflected in the Preamble, the use of the term 'investment dispute', and the requirement that the dispute be of a legal character distinct from political, economic or purely commercial disputes, were thought adequate to limit the scope of the Convention in this regard. Within those limits Contracting States would be free to determine in advance in each particular case what disputes they would submit to the Center. To include a more precise definition would tend to open the door to frequent disagreements as to the applicability of the Convention to a particular undertaking, thus undermining the primary objective of this Article viz., to give confidence that undertakings to have recourse to conciliation or arbitration will be carried out (CIADI 1970: 149).

Adicionalmente, el profesor Sornarajah nos hace recordar que la consideración de este cuarto elemento resulta ser relevante, debido a que forma parte de una de las características propias del sistema de solución de controversias ofrecido por el CIADI (2011: 312-314).

En ese sentido, para algunos tribunales del CIADI, el elemento de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión tiene un sustento jurídico distinto al de los otros elementos del "*Test Salini*", dado que se encuentra establecido en el preámbulo del Convenio de Washington.

En ese orden de ideas, mientras los elementos de contribución económica, cierta duración del contrato y participación en los riesgos de la transacción adquieren relevancia como parte de la discusión del sentido corriente del término "inversión", el elemento de la contribución al desarrollo económico del

Estado receptor de la inversión merece una valoración distinta, ya que al estar reflejado en el preámbulo del Convenio de Washington se postula como un criterio que forma parte del objeto y fin del mismo, y que puede incidir en la interpretación del concepto de “inversión”.

Por último, cabe señalar que la interpretación que se atribuya a lo estipulado en el preámbulo del citado Convenio a propósito de una interpretación del término “inversión”, deberá guardar consonancia con los principios de buena fe y efecto útil<sup>4</sup>, en tanto principios reconocidos por el Derecho Internacional aplicables en la interpretación de un tratado.

## **2.2 Enfoques interpretativos de los tribunales arbitrales del CIADI respecto al concepto de “contribución al desarrollo económico”**

El primer caso en el cual se presentó objeciones a la jurisdicción del CIADI basadas en el incumplimiento de los requisitos de existencia de una inversión al amparo del Convenio de Washington fue el caso Fedax.

En este caso, el tribunal examinó su competencia *ratione materiae* apoyándose en la descripción sobre las características de la inversión dada por Christoph Schreuer, expresando lo siguiente:

The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development. The duration of the investment in this case meets the requirement of the Law as to contracts needing to extend beyond the fiscal year in which they are made. The regularity of profit and return is also met by the scheduling of interest payments through a period of several years. The amount of capital committed is also relatively substantial. Risk is also involved as has been explained. And most

---

<sup>4</sup> Este principio reconocido por el Derecho Internacional hace alusión a que “*se debe suponer que los autores del Tratado han elaborado la disposición para que se aplique de forma que, entre todas las interpretaciones posibles, se debe escoger aquella que permita su aplicación*”. Esto significa que la interpretación debe perseguir una función práctica a fin de alcanzar su objeto y fin (ARELLANO: 210)

importantly, there is clearly a significant relationship between the transaction and the *development* of the host State, as specifically required under the Law for issuing the pertinent financial instrument. It follows that, given the particular facts of the case, the transaction meets the basic features of an investment (1997: párr. 43).

Conforme a ello, este caso se convirtió en el primero en hacer referencia al “desarrollo” como parte de las características básicas del término “inversión”.

Asimismo, en el caso *Ceskoslovenska*, el tribunal arbitral reconoció la existencia de la contribución económica, cierta duración del contrato, participación en los riesgos de la transacción y contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión como características de la inversión. De acuerdo a ello, se afirmó que:

(...) these elements of the suggested definition, while they tend as a rule to be present in most investments, are not a formal prerequisite for the finding that a transaction constitutes an investment as that concept is understood under the Convention (1999: párr. 90)

En ambos casos, los tribunales arbitrales abordaron las características básicas de dicho término. Sin embargo, el aporte de este último caso fue establecer que el término “inversión” tiene como sustento jurídico lo expresado en el primer párrafo del preámbulo del Convenio de Washington.

Recién en el Caso *Salini* se expresó, por primera vez, los elementos del término “inversión” en el marco del Convenio de Washington como requisitos de jurisdicción material, marcando un hito en la práctica arbitral del CIADI.

The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...). In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition (2001: 622).

A partir de lo anterior, el elemento de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión adquirió relevancia y formó parte de los elementos o características evaluados por un tribunal al momento de determinar su competencia material en virtud del Convenio de Washington.

Sin embargo, este elemento ha causado serias dificultades respecto a cómo debe ser evaluado su contenido por los tribunales del CIADI, puesto que no existe consenso en torno a sus alcances.

A continuación, se brindará una aproximación respecto a las posiciones interpretativas que han sostenido los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI respecto a la contribución al desarrollo económico del Estado receptor como elemento para la determinación de la competencia material de los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI.

### **2.2.1 Enfoque rígido**

De acuerdo a Sornarajah, para que un tribunal arbitral tenga jurisdicción material, la inversión debe ser capaz de promover el desarrollo económico, además de cumplir con otros criterios. En sus términos:

Being a subsidiary body of the World Bank, ICSID would not have any competence to supply arbitration services to a system that was not connected with economic development, which falls within its mandate. (...) While the limitation applies to ICSID arbitration, it clearly does not apply to other arbitral institutions which are referred to in dispute - settlement provisions of investment treaties. But, investment treaties uniformly refer to economic development as the objective of the treaties. There may be an inherent limitation in the investment treaties to the effect that protection is confined to investment that promote economic development. The obvious view is that, if an ICSID tribunal is to have jurisdiction, the subject - matter of the investment must be capable of promoting the economic development of the host state, in addition to

satisfying the other criteria for a foreign investment (como se cita en CAMPOS 2013: 44)

En ese sentido, algunos tribunales arbitrales se han inclinado por considerar que la contribución al desarrollo económico del Estado receptor debe ser “significativa” o “sustancial” para que la inversión se encuentre protegida por el Convenio de Washington.

En el caso Salini, el tribunal señaló que la inversión debe cumplir con generar una contribución importante al desarrollo del Estado anfitrión. Esto significa que el tribunal identificó que dicho elemento debe beneficiar el interés público y transferir conocimientos técnicos (2001: párr. 57).

En esa misma línea, en el Laudo correspondiente al caso Joy Mining Machinery Limited v. República Árabe de Egipto (Caso CIADI N° ARB/03/11) de fecha 10 de agosto de 2004, el tribunal señaló que la inversión debería constituir una contribución significativa al desarrollo del Estado anfitrión, para ello centró su análisis en la cantidad de dinero involucrado en la transacción (2004: 546).

Summarizing the elements that an activity *must have* in order to qualify as an investment, both the ICSID decisions mentioned above and the commentators thereon have indicated that the project in question should have a certain duration, a regularity of profit and return, an element of risk, a substantial commitment and that it should constitute a significant contribution to the host State's development. To what extent these criteria are met is of course specific to each particular case as they will normally depend on the circumstances of each case (2004: 500).

Asimismo, en la Decisión sobre Jurisdicción de fecha 14 de noviembre de 2005, correspondiente al caso Bayindir, el tribunal arbitral concluyó que Bayindir realizó una inversión bajo lo establecido en el TBI y el Convenio de Washington, considerando, entre otros aspectos, que el proyecto de infraestructura vial era de importancia para el desarrollo del país.

Lastly, relying on the preamble of the ICSID Convention, ICSID tribunals

generally consider that, to qualify as an investment, the project must represent a significant contribution to the host State's development. In other words, investment should be significant to the State's development. As stated by the tribunal in L.E.S.I, often this condition is already included in the three classical conditions set out in the 'Salini test'. In any event, in the present case, Pakistan did not challenge the numerous declarations of its own authorities emphasizing the importance of the road infrastructure for the development of the country (2005: párr.137).

Por tal motivo, en caso la inversión no cumpla con generar una contribución significativa al desarrollo del Estado anfitrión, se encontraría al margen de lo establecido por el Convenio de Washington.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el caso Malaysian. En dicho asunto, el tribunal arbitral consideró que el contrato para el salvataje marítimo de un buque no contribuía al desarrollo económico, dado que dicho contrato no generaba efectos significativos sobre la economía y el interés público de Malasia.

The Tribunal considers that the weight of the authorities cited above swings in favour of requiring a significant contribution to be made to the host State's economy. Were there not the requirement of significance, any contract which enhances the Gross Domestic Product of an economy by any amount, however small, would qualify as an 'investment'. (...)

In the present case, the Contract is not a "readily recognizable" 'investment'. This is also the first time a marine salvage claim has been brought before the Centre. (...)

Unlike the Construction Contract in Salini which, when completed, constituted an infrastructure that would benefit the Moroccan economy and serve the Moroccan public interest, the Tribunal finds that the Contract did not benefit the Malaysian public interest in a material way or serve to benefit the Malaysian economy in the sense developed by ICSID jurisprudence, namely that the contributions were significant

(2007: 43-45).

### 2.2.2 Enfoque flexible

Por su parte, otros tribunales se han mostrado renuentes a brindarle un alcance rígido al elemento de la contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión debido a la dificultad de lograr establecer una definición.

Heiskanen señala que requerir que las inversiones tengan impacto en el desarrollo del Estado anfitrión desincentiva la inversión extranjera. Dicho autor, considera que el preámbulo del Convenio de Washington alude a que se busca promover la inversión que tiende a contribuir al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión (2010: 71).

En esa misma línea, Brigitte Stern es de la opinión que este elemento debe tener una aproximación amplia, dado que resulta complejo evaluar si una inversión contribuye efectivamente al desarrollo del país (2009: 534-544).

Por ejemplo, en el caso *Ceskoslovenska*, el tribunal estableció que:

(...) that investment as a concept should be interpreted broadly because the drafters of the Convention did not impose any restrictions on its meaning. Support for a liberal interpretation of the question whether a particular transaction constitutes an investment is also found in the first paragraph of the Preamble to the Convention, which declares that ‘the Contracting States [are] considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein.’ This language permits an inference that an international transaction which contributes to cooperation designed to promote the economic development of a Contracting State may be deemed to be an investment as that term is understood in the Convention (1999: 273).

En esta Decisión, el tribunal consideró que la aportación de préstamos

beneficia al interés público del Estado anfitrión, no obstante la ausencia de una transferencia visible de recursos.

Asimismo, en la Decisión de Anulación de Laudo del caso Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo (Caso CIADI N° ARB/99/7), el Comité Ad Hoc consideró que el elemento de la contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión debe tener un alcance amplio y variable de acuerdo al caso.

The existence of a contribution to the economic development of the host State as an essential — although not sufficient — characteristic or unquestionable criterion of the investment, does not mean that this contribution must always be sizable or successful; and, of course, ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host State, and this concept of economic development is, in any event, extremely broad but also variable depending on the case (2004: párr.33).

En el Laudo de fecha 15 de abril de 2009, correspondiente al caso Phoenix Action Ltd c. República Checa (Caso CIADI N° ARB/06/5), el tribunal arbitral reemplazó el elemento de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión por una operación realizada para desarrollar una actividad económica en el Estado anfitrión.

It is the Tribunal's view that the contribution of an international investment to the development of the host State is impossible to ascertain – the more so as there are highly diverging views on what constitutes “development”. A less ambitious approach should therefore be adopted, centered on the contribution of an international investment to the economy of the host State, which is indeed normally inherent in the mere concept of investment as shaped by the elements of contribution/duration/risk, and should therefore in principle be presumed (2009: párr.85).

Cabe resaltar que el tribunal consideró que la presunción puede ser revertida, en caso el inversor no lleve a cabo ninguna actividad económica conforme el objetivo del Convenio de Washington.

Nevertheless, depending on the circumstances, this presumption can be reversed, as is illustrated in this Award. If the investor carries out no economic activity, which is the goal of the encouragement of the flow of international investment, the operation, although possibly involving a contribution, a duration and some taking of risk will not qualify as a protected investment, as it does not satisfy the purpose of the ICSID Convention (2009: párr.86).

Teniendo en cuenta el tenor amplio con el que se alude al desarrollo en el preámbulo del Convenio de Washington, así como la variedad de nociones sobre el elemento de la contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión, es posible afirmar que una interpretación amplia y flexible es la que más adecuada a fin de conciliar las distintas posturas sobre su contenido.

Por otro lado, tal como lo señala García-Bolívar, los árbitros tienen la tarea de analizar si la inversión en la controversia contribuye al desarrollo económico del Estado receptor, teniendo en cuenta el propósito de los AII (2012: 7).

La evaluación de la contribución al desarrollo económico dependerá en gran medida del estándar de revisión que utilice el tribunal arbitral. Al respecto, las instancias internacionales, incluyendo los tribunales arbitrales del CIADI, asumen por lo general una posición de deferencia respecto a la valoración que hacen los Estados sobre asuntos vinculados al interés público, otorgando un amplio margen de apreciación. Bajo esa perspectiva, los tribunales arbitrales no sustituyen al Estado en “definir la importancia” o “determinar la contribución” de la inversión al desarrollo económico del Estado receptor, sino que analizan la razonabilidad de la evaluación hecha por el Estado a tal efecto.

Por último, siguiendo a García-Bolívar, es importante que los negociadores de los AIJ entiendan la importancia de establecer de manera expresa el verdadero propósito por el cual sus países suscriben dichos acuerdos a fin de superar este dilema (2012: 7).



## CAPÍTULO III

### HACIA UNA ARMONIZACIÓN ENTRE LOS INTERESES DEL ESTADO RECEPTOR DE LA INVERSIÓN Y DEL INVERSIONISTA RESPECTO A LA DEFINICIÓN DE “INVERSIÓN”

Según expresa García-Bolivar, hasta el surgimiento de los Acuerdos Internacionales de Inversión el inversionista extranjero solo tenía dos mecanismos para reclamar la afectación a sus derechos. El primero consistía en someter la disputa ante los tribunales locales del Estado receptor de la inversión, y el segundo se enfocaba en solicitar la protección diplomática del Estado del que era nacional (2006: 2).

La protección diplomática alude a que *“el Estado del que era nacional el inversionista decidía asumir como propia la reclamación e invocaba la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión por las vías diplomáticas, judiciales e incluso recurriendo al uso de la fuerza”* (BURGOS-DE LA OSSA 2009: 247).

El primer acontecimiento que marcó un hito para el desarrollo del Derecho Internacional de las Inversiones fue la suscripción del Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre Alemania y Pakistán el 25 de noviembre de 1959 (GARCIA-BOLIVAR 2006: 1).

Posteriormente, surgieron iniciativas para establecer un marco general que regule el naciente Derecho de las Inversiones. Sin embargo, al no obtener consenso de la comunidad internacional, estas iniciativas fracasaron.

Kundmüller agrega que, *“debido al fracaso a fines de los años noventa de la iniciativa de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) para dar lugar a un tratado multilateral sobre inversiones, hasta el momento no existe una regla o tratado que regule en forma centralizada y homogénea el Derecho Internacional de las Inversiones, por lo que esta*

*disciplina viene evolucionando a partir de diversos paradigmas jurídicos” (2008: 70).*

Ello quiere decir que esta disciplina, al carecer de un marco legal, se ha ido desarrollando a través de instrumentos internacionales, tales como los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio que contienen un capítulo de inversión. Dichos instrumentos se caracterizan principalmente por establecer estándares internacionales de protección a las inversiones y un mecanismo de solución de controversias inversionista – Estado.

En este contexto, los tribunales arbitrales conformados para resolver cada controversia sometida a su jurisdicción han contribuido al desarrollo de este derecho a través de sus decisiones.

Sobre el particular, los tribunales arbitrales, al tener que lidiar con la ausencia de una definición del término “inversión” contemplado en el Convenio de Washington, han generado diversas posturas al tratar de brindar un contenido a dicho término.

Ante esta situación, corresponde evaluar las posibles alternativas que tienen los Estados frente a la incertidumbre jurídica existente en torno a la definición de “inversión” en el marco de los arbitrajes CIADI, así como repasar las diversas iniciativas que vienen adoptando los Estados con la finalidad de armonizar sus políticas de promoción y protección de las inversiones con la contribución de las mismas a su desarrollo.

### **3.1 La inviabilidad de una interpretación uniforme del concepto “contribución al desarrollo económico” como elemento de la definición de inversión**

En el marco del desarrollo del comercio internacional y la promoción y regulación de las inversiones, ha sido inevitable que surjan disputas entre los Estados y los inversionistas debido a la contraposición de intereses. Esto trajo

como consecuencia que los inversionistas recurran a los mecanismos de solución de controversias contemplados en los AIIs.

Estos mecanismos establecen que en caso surja una disputa entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante esta será resuelta mediante un arbitraje institucional ante el CIADI o un arbitraje *Ad Hoc*.

Dichos arbitrajes adoptaron el nombre de “arbitrajes de inversión”. Al respecto, De Trazegnies señala que:

La extraordinaria evolución del comercio internacional ha dado como consecuencia que a fines del S. XX aparezca una nueva categoría – llamada arbitraje de inversión– que, manteniéndose dentro del campo del arbitraje internacional en materia de negocios, se separe del arbitraje puramente comercial y se constituye en un tipo independiente de arbitraje (2007: 148-149).

El arbitraje de inversión, como figura independiente al arbitraje comercial, se caracteriza principalmente porque una de las partes es un Estado soberano y se discute dentro del proceso si este incurrió en responsabilidad internacional.

Asimismo, dada la naturaleza de la figura del arbitraje, cada tribunal cuenta con un grado de discrecionalidad para decidir en función al derecho aplicable respecto a la controversia que le fue sometida. En ese sentido, lograr establecer una interpretación uniforme en torno al concepto de “contribución al desarrollo económico” resulta improcedente dada las características propias del arbitraje, así como a la propia ambigüedad de dicho concepto.

No obstante, con la finalidad de brindar un contenido a dicho concepto en tanto elemento de la definición de inversión, observamos que las posturas interpretativas flexibles y amplias dadas por los tribunales arbitrales son las que más se aproximan a una posible solución.

### 3.1.1 La ausencia de una “jurisprudencia constante” en los arbitrajes seguidos ante el CIADI

El arbitraje se ha caracterizado por ser un medio privado de resolución de conflictos, dado que cada tribunal resuelve la controversia específica de manera independiente sin recibir ninguna influencia de otro tribunal (ROGERS 2009: 44).

Este mecanismo de resolución de conflictos tiene como base el consentimiento de las partes, el cual es la fuente de los poderes y de la misión del árbitro (BENTOLILA 2012: 378).

Teniendo en cuenta lo anterior, cada tribunal es autónomo en el modo de interpretar y aplicar el derecho en cada caso. A razón de ello, podemos apreciar la gran variedad de posiciones vertidas por los tribunales arbitrales al momento de emitir su decisión respecto a la resolución de un caso.

Particularmente, en torno al arbitraje de inversión desarrollado en el marco del Convenio de Washington, existe un debate respecto a la existencia o no de una jurisprudencia.

La jurisprudencia es una fuente de derecho para las partes, dado que lo resuelto es de cumplimiento obligatorio para las mismas (RUBIO 2007: 162). Asimismo, la jurisprudencia internacional es entendida como una fuente del derecho internacional conforme lo establece el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

De acuerdo a Sprecher, *“en los países de common law, en virtud de la doctrina del stare decisis, las decisiones de tribunales superiores (como la House of Lords en Inglaterra o la Corte Suprema de Estados Unidos) son obligatorias para los tribunales inferiores y respecto de ellos mismos, salvo que sea irrazonable o inconveniente o que existan decisiones contradictorias de tribunales de la misma jerarquía”* (1945: 502).

Por su parte, *“en los países de civil law, si bien se basan en un sistema de derecho codificado, los tribunales superiores pueden, en ciertos casos, imponer una jurisprudencia constante”* (BENTOLILA 2012: 376).

Conforme a ello, un sector de la doctrina se inclina en considerar que en el ámbito de los arbitrajes de inversión existen elementos que pueden permitir la existencia de una “jurisprudencia constante”, ya que en algunos casos existe similitud entre tribunales arbitrales, controversias y las cláusulas contenidas en los AII (BENTOLILA 2012: 386-387).

Asimismo, algunos académicos se inclinan por sostener la existencia de una “jurisprudencia constante” en relación a la interpretación de determinados estándares de tratamiento de la inversión extranjera; sin embargo, ello no ocurre en el caso de la definición de inversión contenida en el artículo 25 del Convenio del CIADI, dado que existen grandes divergencias en torno a su interpretación (BENTOLILA 2012: 406-410).

Otro sector de la doctrina señala que la ausencia de un tribunal u órgano permanente para la solución de controversias, la inexistencia de un mecanismo de apelación y las diversas tradiciones jurídicas de los árbitros, limitan la existencia de una “jurisprudencia constante”.

En este contexto, este sector considera que hablar de “práctica arbitral” resultaría ser más apropiado que jurisprudencia. Al respecto, Rogers señala que:

[E]l término "práctica" describe mejor cómo varios tribunales arbitrales abordan una determinada cuestión de manera similar, si las referencias cruzadas han sido o no hechas por esos tribunales a las soluciones adoptadas por otros tribunales. Los tribunales arbitrales gozan de gran libertad para aplicar las normas que deseen, siempre y cuando respeten los contratos contra los que se originó la controversia (2009: 45).

Adicionalmente, algunos autores consideran que los árbitros no tienen la obligación de tomar en cuenta las decisiones de otros tribunales, en virtud a que se trata de una obligación de medios y no de resultados (ROGERS 2009: 67).

Por ejemplo, en la Decisión sobre Jurisdicción de fecha 29 de enero de 2004, correspondiente al Caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas, el tribunal arbitral señaló que:

(...) [N]o existe doctrina del precedente en el derecho internacional, si por precedente se entiende una regla sobre el efecto obligatorio de una decisión particular. No existe jerarquía de tribunales internacionales e, incluso si la hubiera, no hay una buena razón para permitir que el primer tribunal en el tiempo resuelva asuntos para todos los tribunales posteriores (2004: párr. 97).

Más allá de esta discusión, podemos encontrar que la práctica arbitral ha dado lugar en algunos casos a una interpretación consistente y uniforme respecto a determinados estándares de tratamiento de la inversión extranjera contenidos en los AI. Ello ha contribuido a la evolución del derecho internacional de las inversiones.

La práctica arbitral ha destacado la importancia de considerar a manera de referencia las interpretaciones realizadas por otros tribunales. Por ejemplo, en el Laudo de fecha 31 de marzo de 1986, correspondiente al Caso Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia, el tribunal arbitral indicó que *“aunque el Tribunal no est  obligado por los precedentes establecidos en otros Tribunales del CIADI, resulta no obstante instructivo considerar tales interpretaciones”* (1986: párr. 352).

Al respecto, es posible augurar que la tendencia arbitral se inclina en lograr una armonización del Derecho Internacional de las Inversiones. No obstante, en el caso en particular, de la interpretación sobre el concepto de inversión en el marco del Convenio CIADI, la práctica arbitral ha generado interpretaciones

opuestas y contradictorias, poniéndose en evidencia las falencias del sistema de arbitrajes de inversión.

En ese sentido, dado que este régimen se encuentra en constante evolución, sus principales críticas al sistema han servido como fundamento para evaluar una reforma que viene siendo impulsada principalmente por la UNCTAD.

### **3.1.2 Las limitaciones de la adopción de un enfoque flexible por parte de los tribunales arbitrales del CIADI**

Dado que no existe un consenso respecto a la definición del término “inversión” contenido en el Convenio de Washington, los tribunales arbitrales vienen cumpliendo la tarea de determinar el sentido y alcance de dicho concepto en cada caso.

Una herramienta recurrentemente utilizada para realizar esta tarea ha sido el “*Test Salini*”, el cual está compuesto por cuatro elementos: a) contribución, b) cierta duración del contrato, c) participación en los riesgos de la transacción y c) contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión.

Este último elemento ha generado serias discusiones con relación a su contenido, ya que sus alcances aun no han podido ser definidos con claridad por los tribunales arbitrales del CIADI.

Frente a este dilema, podemos encontrar que algunos tribunales arbitrales del CIADI se han inclinado por brindar un enfoque interpretativo rígido al momento de tratar de definir el contenido de este elemento, mientras que otros han adoptado un enfoque flexible.

Por ejemplo, en el caso *Malaysian* el árbitro único enfocó su análisis en evaluar si el contrato generaba un impacto significativo en el desarrollo económico del Estado para determinar si había una inversión en los términos del Convenio de Washington (2007: párr.138).

De igual manera, en el caso *Ceskoslovenska* el tribunal concluyó que, en el sentido de lo expresado en el preámbulo del Convenio de Washington, se puede inferir que una transacción internacional que contribuye a la cooperación destinada a promover el desarrollo económico de un Estado puede considerarse una inversión protegida bajo el citado Convenio (1999: párr.64).

Por otro lado, otorgarle un significado amplio al concepto de “contribución al desarrollo económico” no resolvería *per se* el dilema respecto a su contenido, dado que, tal como señala Leturia, “*se trata de un concepto que suele alinearse con concepciones políticas más que con indicadores meramente técnicos*” (2016: 294).

Sin embargo, las posturas interpretativas flexibles y amplias dadas por los tribunales arbitrales son las que al menos permitirían aproximarse a un punto de equilibrio en virtud del cual se considere que el concepto de “inversión” debe interpretarse tanto en función de la promoción de la inversión extranjera como del interés de los Estados de que tal inversión esté en consonancia con sus objetivos de desarrollo.

En este contexto, puede traerse a colación lo señalado por el Comité *Ad Hoc* en el asunto *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI N° ARB/99/7), en tanto si bien se considera que la existencia de una contribución al desarrollo económico del Estado receptor es una característica esencial de una “inversión” en el marco del Convenio de Washington, se precisa que tal contribución no tiene necesariamente que ser significativa o exitosa, y que los tribunales arbitrales no tienen que evaluar la contribución real de la operación en cuestión, toda vez que es suficiente que dicha operación contribuya de una manera u otra al desarrollo económico del Estado. En ese sentido, el mismo Comité subraya que el concepto de desarrollo económico es extremadamente amplio y variable en función al caso en concreto.

Asimismo, algunos tribunales han reemplazado dicho concepto por el de “contribución a la economía” con la finalidad de convertirlo en un concepto que pueda ser medible.

Por ejemplo, en la Decisión sobre Jurisdicción del caso Phoenix Action Ltd. c. República Checa, el tribunal señaló que:

[L]a contribución al desarrollo del Estado receptor es imposible de establecer – más aún cuando existen diferentes visiones respecto a qué constituye “desarrollo”. Una aproximación menos ambiciosa debiera ser adoptada, centrada en la contribución de la inversión internacional a la economía del Estado receptor, la cual es por cierto normalmente inherente al concepto de inversión conformado por los elementos de contribución/duración/riesgo (...) (2009: párr. 85).

En esa misma línea, Brigitte Stern se pregunta si la creación de una cadena de tiendas por departamento que ofrecen precios bajos para los consumidores (no obstante, afecte las ventas de los negocios pequeños), es realmente una inversión que contribuye al desarrollo del país receptor (2009: 534-543).

En la práctica arbitral del CIADI se ha podido identificar algunos factores al momento de evaluar si la inversión ha contribuido o no al desarrollo del país anfitrión:

i) la consonancia que la inversión tiene con el interés público, según ha sido definido por el Estado receptor, ii) si se ha producido o no un aumento razonable en el Producto Bruto Interno del país huésped, iii) si ha existido algún tipo de transferencia tecnológica o de conocimientos, iv) si la actividad llevada a cabo tiene un impacto objetivo en alguna de las áreas de desarrollo económico relevantes para el respectivo Estado; y v) especialmente en el caso de las inversiones en infraestructura, si ésta es de primordial interés para los habitantes del Estado receptor (LETURIA 2016: 300).

No obstante, si bien un enfoque amplio y flexible sobre el concepto de “contribución al desarrollo económico” permite acercar las posiciones en

controversia, el dilema sobre cuál es el verdadero sentido y alcance de dicho concepto no quedaría del todo resuelto.

### **3.2 La definición de “inversión” y el equilibrio de intereses entre la protección y promoción de inversiones y el desarrollo del Estado receptor de la inversión**

La ausencia de una definición de “inversión” en el Convenio de Washington ha originado que su alcance sea discutido constantemente al interior de la práctica arbitral del CIADI.

No obstante, aun cuando no se haya arribado a una definición consensuada sobre dicho concepto, se puede inferir que su alcance se encontraría relacionado con el desarrollo de los Estados receptores de la inversión.

La mayoría de modelos de All que dieron lugar a la primera generación de tratados bilaterales de inversión se encuentran desfasados, debido a que no responden al nuevo clima de inversión internacional. En este sentido, han surgido una serie de iniciativas que pretenden alcanzar un enfoque equilibrado entre la búsqueda del crecimiento económico y la necesidad de desarrollo de los Estados.

De acuerdo a Phillips, en un inicio los All fueron diseñados con el propósito de proteger a los privados de los riesgos inherentes a invertir en Estados extranjeros; no obstante, dicho propósito ha ido cambiando con el tiempo, puesto que para los Estados se ha convertido en un asunto de “política riesgosa” (2014: 3).

En este contexto, han surgido iniciativas que pretenden ofrecer un nuevo enfoque que responda a la rápida globalización y a la necesidad de promover el desarrollo sostenible (MANN 2005: viii).

Tal como se señala en el “Marco de Políticas para la Inversión” promovido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), “los

*beneficios privados y sociales de la inversión no siempre son congruentes y los gobiernos tienen una agenda de desarrollo más amplia que la rentabilidad empresarial” (OECD 2015: 13).*

Para la OCDE es importante que se reconozca que la promoción de la inversión responsable y la sostenibilidad de la inversión son parte integrante de un buen clima de inversión (2015: 18).

En ese sentido, repasaremos la evolución y las tendencias de los AI, brindando un especial énfasis en las reformas del régimen internacional de las inversiones, para luego observar algunos ejemplos sobre las prácticas que vienen adoptando los Estados para lograr que la inversión contribuya a su desarrollo.

### **3.2.1 El objeto y fin de los Acuerdos Internacionales de Inversión: evolución y tendencias**

Después de la Segunda Guerra Mundial se dio inicio a un proceso de liberalización económica mundial. El primer intento para establecer un marco multilateral de protección de la inversión extranjera fue propuesto por los Estados Unidos durante las negociaciones de la Carta de La Habana de 1948 (UNCTAD 2008: 7-8).

A su vez, como señalamos anteriormente, el primer Tratado Bilateral de Promoción y Protección de la Inversión fue celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959, siendo Alemania el país pionero en la celebración de tratados en Europa (UNCTAD 2008: 8).

Durante el período 1959 – 1969, se firmaron alrededor de setenta y dos TBI cuyo modelo establecía garantías como: trato nacional; trato de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; compensación rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación; derechos de libre transferencia de fondos; y mecanismos de solución de controversias entre inversionista - Estado y entre Estados (UNCTAD 2008: 9-11). Cabe recordar que durante dicho período se

creó el CIADI al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor en 1966.

Por su parte, en el año 1967, la OCDE intentó establecer un régimen general de inversiones mediante la elaboración de un proyecto de “Convención sobre la protección de los bienes extranjeros”. Si bien esta iniciativa no obtuvo apoyo para ser concretada, constituyó una referencia de gran importancia en términos que fue tomada como modelo para la celebración de tratados bilaterales de inversión de varios Estados europeos.

En este escenario, los TBI fueron utilizados por los países en desarrollo como un instrumento para atraer inversión extranjera directa (ROGERS 2009: 131). Esta estrategia bilateral de los países en desarrollo supuso un cambio respecto a la política que habían asumido dichos Estados en años anteriores en el sentido de defender a nivel multilateral su posición en torno a aspectos de derecho de las inversiones que afectaban sus derechos e intereses soberanos.

Así, por ejemplo, en el año 1974, los países en desarrollo impulsaron la adopción de dos Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (Resolución 3201 S-VI) y el Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional (Resolución 3202 S-VI), las cuales tenían por finalidad destacar la participación de los países en desarrollo en el sistema económico mundial (MAHIOU 2011: 1)

Cabe destacar que los primeros AII contenían por lo general escasas referencias al desarrollo económico del Estado receptor, y destacaban, más bien, el propósito de promover la inversión extranjera, el cual era considerado como el aspecto central en torno al cual giraban el objeto y fin del tratado. A título ilustrativo, puede citarse el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Perú y España de 1994, el cual dispone en su preámbulo lo siguiente:

La República del Perú y el Reino de España, en adelante "las Partes Contratantes";

Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países;

Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversiones de cada una de las partes contratantes en el territorio de la otra; y,

Reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo al presente acuerdo estimula las iniciativas en este campo (...).

La situación no cambió pese a algunas iniciativas institucionales que pusieron de relieve la importancia de la contribución al desarrollo de los Estados receptores de inversión. Así, por ejemplo, en el año 1983, se concluyó la versión de un proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las empresas transnacionales, que tenía por finalidad establecer lineamientos para que estas empresas contribuyan al cumplimiento de los objetivos de desarrollo de los países en donde operasen (UNCTAD 2008: 9).

Sin embargo, a fines de los años ochenta, el contexto político y económico trajo consigo cambios respecto al modelo de instrumento internacional utilizado para promover las inversiones. Conforme a ello, se empezaron a suscribir tratados multilaterales y regionales, así como acuerdos de libre comercio con capítulos de inversión (UNCTAD 2008: 11).

Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) celebrado entre Canadá, Estados Unidos y México, no solo reguló la inversión, sino también abarcó temas más amplios del comercio.

Asimismo, durante la década del noventa surgió una iniciativa por parte de la OCDE para crear un Acuerdo Multilateral sobre la Inversión (AMI). Sin embargo, este no obtuvo respaldo de los países en desarrollo debido al elevado compromiso de protección y liberalización (UNCTAD 2008: 11).

En el año 2001, durante la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial de Comercio, realizada en Doha, se acordó que después de la Quinta Conferencia Ministerial a realizarse en el año 2003 se trabajaría en un acuerdo sobre la inversión. Esta iniciativa tampoco logró un consenso (UNCTAD 2008: 12).

A lo largo del tiempo, los países en desarrollo han ido obteniendo mayor participación en el sistema económico mundial, esto se ha visto reflejado en la creciente cantidad de AII que han suscrito con los países del norte.

De acuerdo al último Informe de Inversión Mundial, *“la inversión extranjera directa a nivel mundial creció en un 38% hasta alcanzar 1,76 billones de dólares”*, esto significó el nivel más alto de los últimos tiempos, después de la crisis económica y financiera mundial acontecida durante los años 2008 y 2009 (UNCTAD 2016: 1).

Con relación a los países en desarrollo, dicho informe señaló que el ingreso de la inversión extranjera directa de estos países alcanzó un máximo de 765.000 millones de dólares (UNCTAD 2016: 2-3). Al respecto, la directora del Fondo Monetario Internacional (FMI), Christine Lagarde, resaltó la creciente importancia de las economías emergentes para la economía mundial, dado que constituyen el 85% de la población del mundo (6.000 millones de personas) (FMI 2016).

Cabe señalar que ya en el informe denominado *“Global Development Horizons 2011—Multipolarity: The New Global Economy”* elaborado por el Banco Mundial, se proyectaba para el 2025 el surgimiento de una nueva economía mundial. Con ocasión de ello, Justin Yifu Lin, primer vicepresidente del Banco Mundial indicó que *“las empresas multinacionales de los mercados emergentes se están transformando en una fuerza que reconfigura la industria mundial, con una rápida expansión de las inversiones sur-sur y de los flujos de inversión extranjera directa (IED)”* (BANCO MUNDIAL 2011).

Por otro lado, la suscripción de AII sigue en aumento, en el año 2015 se suscribieron treinta y un nuevos AII, haciendo un total de tres mil trescientos cuatro a nivel mundial (UNCTAD 2016: vi).

Adicionalmente, en el año 2015 se estableció un nuevo récord anual con el inicio de setenta arbitrajes inversionista – Estado basados en AII (UNCTAD 2016: vi-vii).

En este contexto, la reforma de los AII que viene impulsando la UNCTAD está trayendo como resultado una nueva generación de AII. *“El Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD y su Hoja de Ruta para la Reforma de los Acuerdos Internacionales de Inversión están orientando reformas clave en todos los niveles de la formulación de políticas”* (UNCTAD 2016: vi-vii).

Dicha reforma consta de dos etapas. En la primera, los Estados han determinado las áreas y los enfoques, realizado una revisión de sus AII, elaborado un nuevo modelo de AII e iniciado la negociación de nuevos AII; en la segunda etapa, los Estados deberán enfocar sus esfuerzos en la adecuación y modificación de sus AII existentes (UNCTAD 2016: vi-vii).

La nueva generación de AII apunta a que los Estados logren mantener un clima favorable a la inversión y a su vez, puedan continuar desarrollando sus políticas públicas (UNCTAD 2012: 28).

Un ejemplo de esta nueva generación de AII que ofrece una alternativa para delimitar el concepto de inversión en un marco equilibrado de intereses, constituye el Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre Perú y Brasil, recientemente suscrito en el 2016.

Al respecto, en el preámbulo de dicho tratado se puede apreciar cómo se conjugan los intereses de promoción de la inversión con la contribución al desarrollo.

La República del Perú

y

La República Federativa del Brasil, en adelante denominados como las "Partes" o individualmente como la "Parte":

**ANIMADOS** por el propósito de fortalecer los lazos de amistad y solidaridad entre sus pueblos;

**PERSUADIDOS** de que el intercambio comercial entre las Partes, regulado en materia de comercio de mercancías por el Acuerdo de Complementación Económica N°58, y ampliado en materia de inversiones, comercio de servicios y contratación pública por este acuerdo de promoción del comercio, constituye uno de los principales medios para que ambas Partes puedan acelerar su proceso de desarrollo económico y social;

**DECIDIDOS** a impulsar el comercio e inversiones bilaterales, abriendo nuevas iniciativas de integración entre las Partes;

**RECONOCIENDO** el papel fundamental de la integración económica regional en la liberalización del comercio y la inversión, y en la promoción del desarrollo sostenible, del crecimiento económico, de la reducción de la pobreza, de la creación de empleo, de la expansión de la capacidad productiva y del desarrollo humano;

**DESEANDO** establecer un marco común de principios y normas para su comercio bilateral de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y como medio de promover el crecimiento económico;

(...).

En ese sentido, los All han ido evolucionado de tal manera que han adquirido un nuevo significado para los actores de la comunidad internacional y en la regulación económica internacional (MANN 2004: viii). Lo anterior implica que los Estados tienen la labor de dirigir el rumbo de esta evolución, teniendo cuenta sus intereses públicos.

### **3.2.2 La reforma en el régimen internacional de las inversiones promovida por la UNCTAD**

Ante el gran incremento de disputas inversionista-Estado derivadas de los AII y la percepción de que los tribunales arbitrales tienden a favorecer la posición de los inversionistas en perjuicio del espacio regulador del Estado, surgió una serie de cuestionamientos que no solo abarcan críticas al sistema de solución de controversias inversionista-Estado, sino también al régimen internacional de las inversiones.

Frente a esta situación, en el año 2012, la UNCTAD presentó una iniciativa denominada “Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible”, el cual fue recogido como parte del contenido del Informe sobre las Inversiones en el Mundo del 2012.

Dicho marco ofrece: i) principios básicos, ii) directrices para la formulación de políticas nacionales de inversión y iii) opciones para el diseño y la utilización de los AII (UNCTAD 2012: 8)

Al respecto, la UNCTAD plantea un total de 11 principios básicos los cuales rigen el “Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible”, estos principios son también conocidos como “Criterios de diseño”:

- 1 Inversión para el desarrollo sostenible: El objetivo general de las políticas de inversión es el fomento de la inversión para lograr un crecimiento incluyente y el desarrollo sostenible.
- 2 Coherencia de las políticas: Las políticas de inversión se deben basar en la estrategia de desarrollo general de cada país. Todas las políticas que inciden en la inversión deben ser coherentes y sinérgicas a nivel nacional e internacional.
- 3 Gobernanza pública e instituciones: Las políticas de inversión deben prepararse con la participación de todas las partes interesadas e integrarse en un marco institucional basado en el estado de derecho que cumpla normas estrictas de gobernanza pública y garantice la

- instauración de procedimientos predecibles, eficientes y transparentes para los inversores.
- 4 Elaboración dinámica de las políticas: Las políticas de inversión se deben revisar periódicamente para garantizar su eficacia y pertinencia, y para adaptarlas a la dinámica cambiante del desarrollo.
  - 5 Equilibrio entre derechos y obligaciones: Las políticas de inversión deben equilibrar los derechos y obligaciones de los Estados e inversores en aras del desarrollo para todos.
  - 6 Derecho a regular: Cada país tiene el derecho soberano a fijar condiciones de entrada y funcionamiento para la inversión extranjera, compatibles con sus compromisos internacionales, en aras del bien público y para minimizar posibles efectos negativos.
  - 7 Apertura a la inversión: La política de inversión debe fijar condiciones de entrada de la inversión abiertas, estables y predecibles, de acuerdo con la estrategia de desarrollo del país.
  - 8 Protección y tratamiento de la inversión: Las políticas de inversión deben brindar una protección adecuada a los inversores establecidos. El trato a los inversores establecidos no debe ser discriminatorio.
  - 9 Fomento y facilitación de la inversión: Las políticas de promoción y facilitación de la inversión deben estar en consonancia con los objetivos del desarrollo sostenible, y concebidas de manera que minimicen el riesgo de competencia nociva para atraer inversiones.
  - 10 Gobernanza y responsabilidad empresarial: Las políticas de inversión deben fomentar y facilitar la adopción y el cumplimiento de las mejores prácticas internacionales de responsabilidad social de la empresa y buena gobernanza empresarial.
  - 11 Cooperación internacional: La comunidad internacional debe cooperar para afrontar los retos comunes de las políticas de inversión para el desarrollo, en especial en los países menos adelantados. También son necesarios esfuerzos colectivos por evitar el proteccionismo en materia de inversiones (UNCTAD 2012: 32)

En el “Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible” se señala que las políticas de inversión de “nueva generación” pretenden:

- Crear sinergias con objetivos de desarrollo económico o políticas industriales más amplios, y lograr una perfecta integración en las estrategias de desarrollo;
- Fomentar un comportamiento inversor responsable e incorporar los principios de la responsabilidad social de la empresa;
- Garantizar la eficacia de las políticas en su diseño y su aplicación, así como en el entorno institucional en que operan (UNCTAD 2012: 28).

Lo anterior deriva en desafíos para la política internacional de inversión, tanto en el plano nacional como internacional. En el primer plano, los desafíos específicos son: i) integrar la política de inversión en la estrategia de desarrollo, ii) incorporar los objetivos de desarrollo sostenible en la política de inversión y iii) garantizar la idoneidad y efectividad de las políticas de inversión (UNCTAD 2012: 28-30).

Por otro lado, los desafíos a nivel internacional son los siguientes: i) reforzar la dimensión del desarrollo de los AII, ii) lograr un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los Estados e inversores, y iii) gestionar la complejidad sistémica del régimen de AII (UNCTAD 2012: 28-30).

Entre las más de 115 opciones ofrecidas por el “Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible”, podemos resaltar que en el ámbito internacional se identifica el ajuste de las disposiciones existentes o comunes contenidas en los AII para que sean más favorables al desarrollo sostenible mediante cláusulas que preserven el espacio de políticas y limiten la responsabilidad del Estado (UNCTAD 2012: 42).

Para lograr ello, se propone los siguientes mecanismos: a) lenguaje exhortatorio, b) aclaraciones, c) salvedades/ limitaciones, d) reservas /exenciones, e) exclusiones de cobertura / excepciones y f) omisiones (UNCTAD 2012: 45).

Por ejemplo, en atención al primer mecanismo, los Estados podrían declarar en el preámbulo de sus AII que buscan atraer la inversión extranjera responsable que promueva el desarrollo sostenible como uno de los objetivos del tratado. Asimismo, haciendo uso del tercer mecanismo, los Estados podrían delimitar qué tipo de inversión y bajo qué condiciones será protegida por el tratado.

Teniendo en cuenta lo anterior, las reformas planteadas por la UNCTAD tratan de impulsar una nueva generación de políticas en materia de inversión a fin de que los Estados logren el crecimiento inclusivo y desarrollo sostenible de sus países al momento de atraer la inversión extranjera (TUERK 2012).

### **3.2.3 La práctica de los Estados para lograr que la inversión contribuya a su desarrollo**

Con el afán de afrontar las deficiencias y los nuevos retos que trae consigo el régimen internacional de las inversiones, los Estados vienen adoptando diferentes medidas.

Algunos Estados se han inclinado en redactar nuevos modelos de AII, que incluyen, entre otros, determinados mecanismos que les permitan mantener su derecho a regular en pro del interés público (UNCTAD 2012: 24).

Por ejemplo, Australia emitió en el año 2011 una Declaración de Política Comercial, mediante la cual señaló que dejaría de incluir cláusulas de solución de controversias inversionista - Estado en sus futuros AII (UNCTAD 2012: 24).

En el año 2012, los Estados miembros de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo publicaron un nuevo modelo de tratado bilateral de inversiones. Dicho modelo constituye un claro ejemplo de un cambio en el enfoque de la gobernanza de las inversiones en el África meridional (WOOLFREY 2014).

En el preámbulo del citado modelo se relaciona la inversión con el desarrollo sostenible de las Partes, así como se resalta la búsqueda de un equilibrio entre

los derechos y obligaciones de los Estados Partes, los inversionistas y las inversiones:

The Government of \_\_\_\_\_ and the Government of \_\_\_\_\_,  
Desiring to strengthen the bonds of friendship and cooperation between the State Parties;  
Recognizing the important contribution investment can make to the sustainable development of the State Parties, including the reduction of poverty, increase of productive capacity, economic growth, the transfer of technology, and the furtherance of human rights and human development;  
Seeking to promote, encourage and increase investment opportunities that enhance sustainable development within the territories of the State Parties;  
Understanding that sustainable development requires the fulfilment of the economic, social and environmental pillars that are embedded within the concept;  
Reaffirming the right of the State Parties to regulate and to introduce new measures relating to investments in their territories in order to meet national policy objectives, and—taking into account any asymmetries with respect to the measures in place—the particular need of developing countries to exercise this right;  
Seeking an overall balance of the rights and obligations among the State Parties, the investors, and the investments under this Agreement; (...)

Además, este nuevo modelo establece el denominado “*Test Salini*” al definir el concepto de “inversión”:

In order to qualify as an investment under this Agreement, an asset must have the characteristics of an investment, such as the [substantial] commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, the assumption of risk, and significance for the Host State’s development.

Posteriormente, en el año 2016, la India lanzó un nuevo modelo de AI, el cual se espera que sea utilizado como texto base para sus futuras negociaciones y reemplazar sus acuerdos ya suscritos.

Como una de las características más resaltantes de este nuevo modelo, se puede apreciar que en el preámbulo se deja a salvo el derecho a regular las inversiones y, además, se hace referencia que se busca alinear los objetivos de la inversión con el desarrollo sostenible y el crecimiento inclusivo de las partes:

The Government of the Republic of India and the Government of the Republic of ----- (hereinafter referred to as “the Party” individually or “the Parties” collectively);

Desiring to promote bilateral cooperation between the Parties with respect to foreign investments; and

Reaffirming the right of Parties to regulate Investments in their territory in accordance with their Law and policy objectives including the right to change the conditions applicable to such Investments; and

Seeking to align the objectives of Investment with sustainable development and inclusive growth of the Parties (...).

Asimismo, dicho modelo se caracteriza por adoptar una definición de "inversión" teniendo en cuenta los cuatro criterios establecidos en el “*Test Salini*”:

1.2 “Enterprise” means:

- (i) any legal entity constituted, organised and operated in compliance with the Law of the Host State, including any company, corporation, limited liability partnership or a joint venture; and
- (ii) having its management and real and substantial business operations in the territory of the Host State.

1.2.1 For greater certainty, “real and substantial business operations” for the purposes of this definition requires an Enterprise to have, without exception, all the following elements:

- (i) made a substantial and long term commitment of capital in the Host State;
- (ii) any legal entity constituted, organised and operated in compliance with the Law of the Host State, including any company, corporation, limited liability partnership or a joint venture; and
- (iii) having its management and real and substantial business operations in the territory of the Host State.
- (iv) engaged a substantial number of employees in the territory of the Host State;
- (v) assumed entrepreneurial risk;
- (vi) made a substantial contribution to the development of the Host State through its operations along with transfer of technological knowhow, where applicable; and
- (vii) carried out all its operations in accordance with the Law of the Host State.

Por otro lado, Bolivia ha tomado la iniciativa de consolidar un marco legal nacional de fomento de las inversiones a fin de evitar recurrir al uso de los All y de instancias internacionales para discutir una controversia inversionista – Estado.

La nueva Ley de Promoción de las Inversiones (Ley N° 516), tiene por objeto “establecer el marco jurídico e institucional general para la promoción de las inversiones en el Estado Plurinacional de Bolivia, a fin de contribuir al crecimiento y desarrollo económico y social del país, para el Vivir Bien”.

Asimismo, enuncia nueve principios, entre los cuales se destacan los siguientes:

- Respeto Mutuo y Equidad. - La inversión contribuye a la implementación del modelo económico productivo plural, donde el Estado dirige, controla, regula y participa en el desarrollo económico del país, relacionándose con los inversionistas en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad, en el marco de la soberanía y dignidad del Estado en un contexto de seguridad jurídica.
- Economía Plural. - Las formas de organización económica estatal, privada, social cooperativa y comunitaria que integran la economía plural, se articulan en el marco de los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. Las inversiones que se realicen en el país contribuyen al desarrollo de las formas de organización económica.

Por último, al definir la “inversión” señala que se refiere a *“toda colocación de aportes de inversión en los diferentes mecanismos de inversión de acuerdo a lo señalado en la presente Ley, destinados al desarrollo permanente de actividades económicas y a la generación de rentas que contribuyan al crecimiento y desarrollo económico y social del país”*.

En ese sentido, la práctica que vienen desarrollando algunos Estados se enfoca en que la inversión tenga como objetivo “contribuir al desarrollo del país”. Asimismo, entre otros asuntos, los AI y/o la normativa nacional de dichos Estados resaltan la importancia de lograr el equilibrio de intereses entre la protección y promoción de inversiones y el desarrollo del Estado receptor de la inversión.

No obstante, es preciso acotar que queda a consideración de cada uno de los Estados tomar la decisión sobre qué tipo inversión es la que desean atraer y proteger.

## CONCLUSIONES

1. Ante la ausencia de una definición del término “inversión” en el Convenio de Washington, el “*Test Salini*” se ha convertido en una herramienta útil para los tribunales arbitrales del CIADI al momento de determinar su competencia material, dado que les permite identificar los elementos que constituyen el término “inversión”.
2. Si bien la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión es uno de los elementos más controversiales del “*Test Salini*”, resulta importante determinar sus alcances no solo bajo el supuesto en que se asuma la validez de ese test para determinar la existencia de una inversión conforme al tenor del Convenio de Washington, sino también para reafirmar el interés de los Estados en proteger inversiones que generen desarrollo.
3. Asumir que el elemento de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor está basado en el Preámbulo del Convenio de Washington implica reconocer en aquel un fundamento jurídico distinto al de los otros elementos del “*Test Salini*”, y plantea la necesidad de preservar su “efecto útil” en el contexto de su interpretación conforme al Derecho de los Tratados. No obstante, incluso asumiendo dicha interpretación, subsistirá la controversia sobre qué es “contribución al desarrollo económico”.
4. Las características del mecanismo de solución de controversias inversionista – Estado, así como las dificultades para delimitar el alcance de conceptos como “inversión” y “desarrollo”, limitan *a priori* las perspectivas de solución a la incertidumbre jurídica que han generado las interpretaciones contradictorias de los tribunales arbitrales del CIADI respecto a si la contribución al desarrollo económico del Estado receptor es un elemento para la determinación de su competencia material.

5. Si bien una interpretación amplia y flexible del concepto de “contribución al desarrollo económico” del Estado receptor de la inversión se aproxima a lograr un acercamiento entre las posiciones en controversia, no soluciona del todo el dilema respecto al alcance de dicho concepto.
  
6. Existen alternativas a nivel de la elaboración de los All que permitirían reforzar el criterio de contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Dichas alternativas no solo deben reflejar la preocupación de que las inversiones tengan una relación con el desarrollo económico de los Estados, sino que deben preservar también el propósito de promover la inversión extranjera a través de los All.



## BIBLIOGRAFÍA

### I. Artículos:

BENTOLILA, Dolores

“Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Décimo Aniversario, 2012. Consulta: 13 de enero de 2017.  
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/387/648>

BURGOS-DE LA OSSA María Angélica y LOZADA-PIMIENTO, Nicolás

“La Protección Diplomática en el marco de las Controversias Internacionales de Inversión”, en International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, No.15, 2009.

CHITTHARANJAN FELIX, Amerasighe

“The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation Venderbilt”, en Journal of Transnational Law, 1976.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

“Arbitrando la Inversión”, en Revista Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, 2007. Consulta: 13 de agosto de 2016  
[http://www.limaarbitration.net/LAR2/fernando\\_de\\_trazegnies\\_granda.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR2/fernando_de_trazegnies_granda.pdf)

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.

“Nociones básicas del arbitraje internacional de las inversiones”, 2006. Consulta: 6 de noviembre de 2016.  
<http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E.

“Definiendo la inversión en el CIADI: Por qué el Desarrollo Económico debería ser el Elemento Fundamental”, en International Institute for Sustainable Development, Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible, Número 3, Tomo 2, abril 2012. Consulta: 6 de noviembre de 2016.

[http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_april\\_2012\\_es.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_april_2012_es.pdf)

HEISKANEN, Veijo

“Of Capital Import: The Definition of Investment in International Investment Law”, en Association Suisse de l’arbitrage (ASA) Special Series, Protection of Foreign Investment through Modern Treaty Arbitration –Diversity and Harmonisation, No. 34, mayo 2010.

MAHIOU, Ahmed

“La Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional”, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2011. Consulta: 22 enero de 2017.

[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_3201/ga\\_3201\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_s.pdf)

MANN, Howard, COSBEY, Aron y otros

“Comments on ICSID Discussion Paper: Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, en International Institute for Sustainable Development, International Investment and Sustainable Development Team, 2004.

MANN, Howard, VON MOLTKE y otros

“Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible”, Guía para Negociadores, en International Institute for Sustainable Development, abril 2005, Consulta: 10 de enero de 2017.

[https://www.iisd.org/pdf/2005/investment\\_model\\_int\\_handbook\\_es.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf)

PEREZ PACHECO, Yaritza

“Objeciones a la Jurisdicción Arbitral del CIADI”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, editada por el Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Vol. 4, No 1, marzo 2012.

PHILLIPS, Zoe

“Negocios Riesgosos o Política Riesgosa: ¿Qué Justifica las Controversias entre Inversionista y Estado?”, en International Institute for Sustainable Development, Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible, Número 3, Tomo 5, agosto 2014. Consulta: 6 de noviembre de 2016. [https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd\\_itn\\_august\\_2014\\_es.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_itn_august_2014_es.pdf)

SPRECHER, Robert

“The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which It Should be Applied”, en American Bar Association Journal, Vol. 31, No. 10, 1945.

STERN, Brigitte

“The contours of the notion of protected investment”, en ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, No.24, 2009.

TUERK, Elizabeth y Faraz ROJID

“Towards a New Generation of Investment Policies: UNCTAD’s Investment Policy Framework for Sustainable Development”, en International Institute for Sustainable Development, 30 de octubre de 2012. Consulta: 16 de abril de 2017. <https://www.iisd.org/itn/2012/10/30/towards-a-new-generation-of-investment-policies-unctads-investment-policy-framework-for-sustainable-development/>

WOOLFREY, Sean

“The SADC Model Bilateral Investment Treaty Template: Towards a new standard of investor protection in southern Africa”, TRALAC, diciembre 2014. Consulta: 16 de abril de 2017. <https://www.tralac.org/images/docs/6771/d14tb032014-woolfrey-sadc-model-bit-20141210-fin.pdf>

## II. Libros:

ARELLANO, Carlos.

Derecho Internacional Público. Tomo No.2, Ciudad de México D.F.: Ed. Porrúa, S.A, 2010.

BOYLE, Alan

Reflections on the Treaty as a Law-making Instrument, en Alexander Orakhelashvili y Sarah Williams (eds). 40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2010.

BROCHES, Aron.

World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio

Curso de Derecho Internacional Público. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

GAILLARD, Emmanuel

“Identify or Define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice”, en BINDER, Cristina et al. (eds), International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer, Nueva York: Oxford University Press, 2009.

GARDINER, Richard K.

Treaty Interpretation. Nueva York: Oxford University Press, 2010.

GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alfonso

La interpretación de los tratados en derecho internacional. Temas selectos de derecho internacional. Ciudad de México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cuarta edición, 2003.

GONZÁLEZ, Julio, Luis SÁNCHEZ, y Paz SÁENZ

Curso de Derecho Internacional Público. Cuarta edición. Madrid: Thomson Civitas. 2008.

FERNÁNDEZ, Enrique

Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

LETURIA, Francisco

“La contribución al desarrollo del Estado receptor como requisito de la noción de inversión: la experiencia de los países latinoamericanos”, en TANZI, Attila et al. (eds.) Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y perspectivas, Leiden: Nijhoff International Investment Law Series, Brill Nijhoff 2016.

ROGERS, Catharine y ALFORD, Roger

“When BITS have some bite”, en ROGERS, Catharine y ALFORD, Rogers (eds.), The Future of Investment Arbitration, Nueva York: Oxford University Press, 2009.

SCHILL, W, Stephan

The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHREUER, Christoph

The ICSID Convention: A commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SCHREUER, Christoph

The ICSID Convention: A commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SINCLAIR, Ian

The Vienna Convention on the Law of Treaties. Segunda edición revisada y ampliada, Manchester: Manchester University Press, 1984.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy

The International Law on Foreign Investment. Cambridge: Cambridge University Press, tercera edición, 2011.

UNCETA, Koldo y YOLDI, Pili

La Cooperación al Desarrollo: Surgimiento y Evolución Histórica, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2000.

### III. **Publicaciones Institucionales:**

BANCO MUNDIAL

“Los polos de crecimiento de los mercados emergentes redefinen la estructura económica internacional, según un informe del Banco Mundial”. Banco Mundial 2011. Consulta: 18 de mayo de 2017.

<http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2011/05/17/emerging-market-growth-poles-are-redefining-global-economic-structure-says-world-bank-report>

## CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

“Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio de Washington”. CIADI: 1965. Consulta: 2 de junio de 2016.  
<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partB-section02.htm>

## CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

“History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”. Washington: ICSID, Vol. II – 1, 1968.

## CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

“History of the ICSID Convention: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”. Washington: ICSID, Vol. I, 1970.

## CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

“Carga de Casos del Ciadi – Estadísticas” (Edición 2016 - 2). Consulta: 10 de septiembre de 2016.  
[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20\(Spanish\)%20Sept%2020%20-%20corrected.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20(Spanish)%20Sept%2020%20-%20corrected.pdf)

## CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

“Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a seguir”, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas

relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, 2008. Consulta: 2 de septiembre de 2016.

[http://unctad.org/es/Docs/iteiit20073\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf).

#### CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

“Bilateral Investment Treaties 1995 - 2006: Trends in investment rulemaking”. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2007. Consulta: 10 de agosto de 2016.

<http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>. Consulta: 10 de agosto de 2016.

#### CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

“Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements”, UNCTAD, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, Naciones Unidas, 2008. Consulta: 10 de septiembre de 2016.

[http://unctad.org/en/docs/iteiit20077\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/iteiit20077_en.pdf)

#### CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

“Informe sobre las inversiones en el mundo 2012: Hacia una Nueva Generación de Políticas de Inversión”, UNCTAD, Naciones Unidas, 2012. Consulta: 10 de enero de 2017.

[http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2012overview\\_es.pdf](http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2012overview_es.pdf)

#### CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

“Informe sobre las inversiones en el mundo 2016: nacionalidad de los inversores: retos para la formulación de políticas”, UNCTAD, Naciones Unidas, 2016. Consulta: 10 de enero de 2017.

[http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2016\\_Overview\\_es.pdf](http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_es.pdf)

## CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

“Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas”, Opinión Consultiva de 3 de marzo de 1950.

## FONDO MONETARIO INTERNACIONAL

“El papel de los mercados emergentes en una nueva alianza mundial para el crecimiento”. Discurso realizado en Universidad de Maryland, 4 de febrero de 2016. Consulta: el 13 de mayo de 2017.

<https://www.imf.org/es/News/Articles/2015/09/28/04/53/sp020416>

## ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

“Policy Framework for Investment”. OECD, 2015. Consulta: el 10 de septiembre de 2016.

<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Policy-Framework-for-Investment-2015-CMIN2015-5.pdf>.

### IV. Tesis:

#### CAMPOS, Nathaly

“La determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: consideraciones en torno a la aplicación del test Salini”. Tesis de maestría en Derecho Internacional Económico. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados, 2013. Consulta: 10 de septiembre de 2016.

[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4626/CAMPOS\\_SANCHEZ\\_NATHALY\\_TRIBUNALES\\_ARBITRALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4626/CAMPOS_SANCHEZ_NATHALY_TRIBUNALES_ARBITRALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y)