

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



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 presentada para optar el grado académico de Magíster en Derecho Internacional Económico

Autor

Nathaly Mara Campos Sánchez

Asesor

Víctor Saco Chung

Miembros del jurado

Dra. Elvira Méndez Chang

Dr. Manuel Monteagudo Valdéz

Dr. Víctor Saco Chung

Lima - 2013

INDICE

Introducción.....	4
I. La ausencia de una definición de “<i>inversión</i>” en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio de Washington) y sus implicancias jurídicas en la determinación de la competencia <i>ratione materiae</i> de los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).....	6
I.1. La ausencia de una definición de “ <i>inversión</i> ” en el Convenio de Washington y su explicación a partir de los trabajos preparatorios de dicho tratado.....	7
I.2. Importancia del concepto de inversión para la determinación de la competencia <i>ratione materiae</i> de los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del CIADI.....	13
I.3. Posiciones a nivel de la doctrina y de los tribunales arbitrales del CIADI en torno a las implicancias jurídicas de la ausencia de una definición de inversión en el Convenio de Washington.....	17
I.4 La definición de inversión a partir de los acuerdos internacionales que regulan el tratamiento de la inversión extranjera.	23
II. Consideraciones en torno a la aplicación del “<i>test Salini</i>” para la determinación de la competencia <i>ratione materiae</i> de los tribunales arbitrales del CIADI	30
II.1. Repercusiones de la decisión sobre jurisdicción en el caso Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra Marruecos.....	32
II.1.1. Identificación de un test que contiene elementos para la determinación de la competencia <i>ratione materiae</i> de los tribunales arbitrales del CIADI.....	36
II.1.1.1 Contribución económica efectiva por parte del inversionista.	39
II.1.1.2. Cierta duración en la ejecución del proyecto de inversión... ..	39
II.1.1.3. Asunción de riesgo empresarial por el inversor.	42
II.1.1.4. Cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión.....	43
II.1.2. Aplicación del “ <i>test Salini</i> ” en sucesivas decisiones de tribunales arbitrales del CIADI.....	45

II.2. Fundamentos jurídicos que respaldan la validez del “*test Salini*” en la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI..... 51

II.3. Consideraciones que limitan la aplicación del “*test Salini*” para la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI..... 58

II.4. Posición personal..... 63

Conclusiones..... 71

Anexo 73

Bibliografía..... 74



Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal analizar de qué manera la identificación de criterios o características vinculados a una noción general de “*inversión*” podría contribuir a la determinación de la competencia material (competencia *ratione materiae*) de los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el CIADI) y si, en ese sentido, el denominado “*test Salini*” constituiría una herramienta válida para la identificación de tales criterios o características.

Un primer aspecto a considerar a tal efecto es la ausencia de una definición de inversión en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965 (en adelante, el Convenio de Washington). Ello resulta relevante toda vez que, en el marco de los procedimientos de solución de controversias inversionista-Estado del CIADI, la competencia *ratione materiae* de un tribunal arbitral se determina en función a la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una “*inversión*”.

Precisamente, tomando en cuenta esta circunstancia, el “*test Salini*”, que surgió de una decisión adoptada por un tribunal arbitral constituido en el ámbito del CIADI, ha sido tomado como referencia por parte de la doctrina y de algunos tribunales arbitrales para identificar algunos criterios y características asociados a una noción general de inversión, en la perspectiva de facilitar la determinación de la competencia *ratione materiae* de tribunales arbitrales que resuelven controversias inversionista-Estado. Sin embargo, debe tenerse presente que, a nivel de la doctrina y de algunas decisiones arbitrales en materia de inversiones, existen posiciones encontradas en torno a las posibilidades de identificar un concepto general de inversión a partir del denominado “*test Salini*”.

En ese escenario, la segunda parte de la tesis plantea que, a fin de poder aplicar el “*test Salini*” en la determinación de la competencia *ratione materiae* de un tribunal arbitral que resuelva una controversia inversionista-Estado, deberá tomarse en consideración: (i) la voluntad de las Partes en relación a la definición abierta o cerrada del concepto de inversión que hayan acordado; (ii) la adecuación de los elementos del “*test Salini*” en función al tipo de definición de inversión acordada por las Partes; y, (iii) la importancia del criterio de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, si se trata de un arbitraje en el ámbito del CIADI, en términos que es un elemento del “*test Salini*” que tiene su base jurídica en el propio Convenio de Washington.

A lo largo del desarrollo de la tesis, se utilizarán fundamentalmente las siguientes herramientas metodológicas: el *método exegético*, mediante el cual se estudiará la jurisdicción *ratione materiae* del CIADI a partir de las disposiciones del Convenio de Washington, identificando el alcance de tales disposiciones y las condiciones exigidas por las mismas; el *método dogmático*, a través del cual se analizará el concepto atribuido al término “inversión” en el contexto de controversias inversionista-Estado, recurriendo a criterios y principios de Derecho internacional; y, el *análisis comparativo*, en virtud del cual se contrastarán las posiciones asumidas a nivel de las decisiones arbitrales sobre controversias inversionista-Estado, así como las diferentes definiciones de inversión contenidas en tratados en materia de inversiones.

I. La ausencia de una definición de “*inversión*” en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio de Washington) y sus implicancias jurídicas en la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

En el presente Capítulo se analizará la ausencia de una definición de “*inversión*” en el Convenio de Washington y su explicación a partir de los trabajos preparatorios de dicho tratado.

Se estudiará también la importancia que merece el concepto de “*inversión*” para la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI dado que, conforme al artículo 25^o del Convenio de Washington, la jurisdicción del CIADI se extiende a diferencias de naturaleza jurídica que surgen directamente de una “*inversión*”.

Tomando en cuenta esa circunstancia, se pondrá de relieve cómo la ausencia de una definición de “*inversión*” en el Convenio de Washington ha implicado que los tribunales arbitrales del CIADI, para la determinación de su competencia *ratione materiae*, tengan que interpretar el término “*inversión*” fundamentalmente a partir del acuerdo que regula el tratamiento de la inversión extranjera que es invocado en la controversia.

Las implicaciones jurídicas de la ausencia de una definición de “*inversión*” en el Convenio de Washington serán explicadas también a partir de las diferentes posiciones adoptadas a nivel de la doctrina y de los tribunales arbitrales del CIADI.

Finalmente, se estudiarán distintos acuerdos internacionales que regulan el tratamiento de la inversión extranjera -como son los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, APPIs) y

los Tratados de Libre Comercio que incluyen capítulos en materia de inversiones (en adelante, TLCs)- con la finalidad de identificar diferentes tipos de definiciones de “*inversión*” y la manera en que ello incide en la determinación de la competencia *ratione materiae* de un tribunal arbitral del CIADI en una controversia.

I.1. La ausencia de una definición de “*inversión*” en el Convenio de Washington y su explicación a partir de los trabajos preparatorios de dicho tratado.

El Convenio de Washington fue elaborado bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en adelante, el Banco Mundial) y sometido a consideración de los Estados miembros de dicha organización internacional para su firma y ratificación el 18 de marzo de 1965. El Convenio de Washington entró en vigor el 14 de octubre de 1966, tras haber sido ratificado por 20 Estados, y es considerado como uno de los instrumentos jurídicos de Derecho internacional más exitoso del mundo contemporáneo, lo que se pone en evidencia al haber sido ratificado por más de 140 Estados¹. En el caso del Perú, dicho tratado se suscribió el 4 de setiembre de 1991 y se encuentra vigente desde el 8 de setiembre de 1993².

El CIADI, por su parte, fue constituido por el Convenio de Washington con el objeto de estimular las inversiones en el ámbito internacional, a través de mecanismos de solución pacífica de controversias relativas a inversiones, como la conciliación y el arbitraje, ofrecidos a Estados y nacionales de otros Estados y dirimidos por foros neutrales e independientes. Los datos demuestran cómo en la práctica el número de

¹ SUAREZ ANZORENA, Ignacio C. “Introducción a los Requisitos Rationae Materiae y Rationae Personae del Arbitraje bajo el Convenio CIADI”. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 2 (2006). p. 252

² Véase el Archivo de la Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. En: <http://www.rree.gob.pe/portal/Tratados.nsf/tramulxfecfir?OpenForm>.

arbitrajes internacionales de inversión llevados ante el CIADI han experimentado un crecimiento exponencial en los últimos años³.

El acceso al CIADI tiene como contrapartida el cumplimiento de los requisitos de jurisdicción contemplados en el Convenio de Washington, los cuales están estrechamente asociados a los fines que motivaron la creación del CIADI⁴. En ese contexto, merece destacarse que, de conformidad con el artículo 25 del Convenio de Washington, la jurisdicción material está circunscrita a la solución de controversias que surjan directamente de una inversión.

Ahora bien, a pesar que su objeto y fin está vinculado a la solución de diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, el Convenio de Washington no contiene una definición de “*inversión*”, lo que ha generado, en la práctica, que sean los propios tribunales arbitrales del CIADI los encargados de interpretar dicho concepto en cada caso concreto, valiéndose para ello de lo contemplado en el acuerdo que regula el tratamiento de la inversión extranjera invocado por las partes en una controversia que, por lo general, es un APPI o un TLC⁵.

Dicha situación, que implica analizar el concepto de “*inversión*” a partir de lo señalado en el APPI o TLC invocado en la controversia, ha generado que los tribunales arbitrales del CIADI empleen criterios distintos en cada caso concreto para determinar qué tipo de actividades califican bajo el concepto de “*inversión*”. Del mismo modo, la falta de uniformidad sobre el concepto de “*inversión*” en decisiones arbitrales ha dado lugar a que los

³ **GONZALO QUIROGA, Marta** “El sistema arbitral de solución de controversias del CIADI”. En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freire. Derecho Internacional Económico y de las Inversiones internacionales. Volumen 10. Segunda Parte. Edit. Palestra. p. 451.

⁴ **SUAREZ ANZORENA, Ignacio** Ob. Cit., p. 286.

⁵ **CREMADES M. Bernardo y CAIRNS, David**. “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados”. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. En: <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf>.

Estados recurran a la práctica de cuestionar la competencia de los tribunales arbitrales del CIADI en las controversias inversionista - Estado⁶.

En ese sentido, si bien es cierto la omisión sobre el significado de “*inversión*” en el Convenio de Washington ha permitido a los tribunales arbitrales interpretar dicho concepto con mayor flexibilidad, no ha conseguido eliminar ni atenuar las dificultades que quisieron impedir los Estados que negociaron el Convenio de Washington en relación al sistema de solución de controversias inversionista-Estado⁷.

En efecto, en el marco de los trabajos preparatorios, los redactores del Convenio de Washington omitieron intencionalmente definir el concepto de inversión a fin de que sean los Estados Contratantes los encargados de delimitar ese concepto en los acuerdos que celebren. Ello apuntaba a que la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI no se limitara a una noción rígida de “*inversión*”, sino, más bien, a una más amplia que estuviera en función de las actividades consideradas como inversión en el marco de un tratado que regula el tratamiento de la inversión extranjera, propiciando, de esta manera, que se cuestione en menor medida la competencia material de los tribunales del CIADI⁸.

La referencia a los trabajos preparatorios del Convenio de Washington resulta relevante toda vez que constituye un medio de interpretación complementario de los tratados conforme al artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que es, a su vez, expresión del Derecho internacional consuetudinario. Por ello, es conveniente conocer el contexto en el que dichos trabajos preparatorios

⁶ **BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN y FOMENTO.** Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. 18 de marzo de 1965.

⁷ **FELDSTEIN DE CÁRDENAS,** Sara Lidia. “Arbitraje e Inversiones Extranjeras”. Centro Argentino de Estudios Internacionales Programa de Derecho Internacional, p. 5. En: www.caei.com.ar.

⁸ **ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela** “Las características del arbitraje del CIADI”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. En: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/2/cmt/cmt6.htm>.

se llevaron a cabo, así como las distintas posturas que se asumieron respecto a la conveniencia de contar con una definición de “*inversión*”.

Los trabajos preparatorios del Convenio de Washington tuvieron lugar entre los años 1961 a 1965. Aron Broches, iniciador de esta gran tarea y arquitecto principal del Convenio de Washington, fue el encargado de presidir la adopción de acuerdos de lo que sería finalmente el texto definitivo del Convenio⁹.

Un aspecto importante a poner de relieve es el hecho que el primer Borrador del Convenio de Washington contenía una definición de “*inversión*” en los siguientes términos: “*inversión significa cualquier contribución de dinero o de otro bien de valor económico hecha por un período indefinido, o si se define el período, por uno de no menos de cinco años*”¹⁰. De esta manera, es posible advertir que en el tiempo en que se negoció el texto del Convenio de Washington existía cierta tendencia a reconocer determinados elementos característicos de una inversión¹¹.

Sin embargo, al momento de adoptarse el texto final del Convenio de Washington, los Estados miembros del Grupo del Banco Mundial mantenían diferentes posturas respecto a la conveniencia de adoptar una definición de “*inversión*”, optándose finalmente por no incluir una definición en el texto en razón a que esta podría impedir a futuro el sometimiento a

⁹ **CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES.** History of the ICSID Convention. Vol. I: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention (1970). pp. 2-10. Asimismo, ver Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. En: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=26_Rules_sp.pdf

¹⁰ **Ibíd**, p.116.

¹¹ **Ibíd**em.

la jurisdicción del CIADI de controversias relacionadas a categorías de inversión desconocidas en ese momento¹².

Esta situación motivó en buena cuenta que sean los Estados Partes del Convenio de Washington los encargados de determinar lo que debe entenderse por “inversión” a los efectos del artículo 25 de dicho Convenio¹³.

En esa misma línea, el Informe de los Directores Ejecutivos ha precisado 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)”*.¹⁴

De esta manera, como bien apunta Enrique Fernández Masía, a pesar de la importancia del término “inversión” respecto de la determinación de la jurisdicción del CIADI, el texto final del Convenio de Washington no terminó incorporando un concepto general de “inversión” a la luz de las discusiones producidas en el marco de los trabajos preparatorios¹⁵.

A propósito de ello, el profesor Delaume ha identificado dos razones que explican por qué no se recogió de manera intencional un concepto de “inversión” en la elaboración del Convenio de Washington: de un lado, la formulación de una definición general hubiera sido intrascendente y una definición precisa hubiera sido imposible de lograr ante la diversidad de opiniones entre los Estados contratantes; y, de otro lado, dado que el acceso al arbitraje del CIADI es voluntario, se consideró que los Estados

¹² **FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique.** “Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 61

¹³ **Ibidem**

¹⁴ **BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN y FOMENTO.** Ob. Cit. Párr. 27.

¹⁵ **FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique.** Ob. Cit. p. 60.

Partes serían los mejores calificados para reconocer si una operación específica constituiría una inversión¹⁶.

La ausencia de una definición de “*inversión*” en el marco del Convenio de Washington y el hecho de que la tarea de definir qué es inversión recaiga en los Estados que celebran acuerdos en materia de inversiones ha puesto en evidencia una gran disparidad respecto a lo que puede entenderse por “*inversión*”. En efecto, habrá quienes la describan como un conjunto de activos, un proceso o una acción; en general, existe un amplio espectro de nociones jurídicas de inversión que varía según lo establecido en cada tratado¹⁷.

En ese sentido, si bien la ausencia de una noción general de inversión en el Convenio de Washington ha permitido que los Estados dispongan de mayor flexibilidad a la hora de regular los supuestos que pueden calificar como inversión en el marco de los acuerdos que celebran, no es menos cierto que ello ha contribuido también a que los tribunales arbitrales del CIADI tengan mayores dificultades a la hora de determinar su competencia *ratione materiae*, en particular, en relación a supuestos que revisten formas más complejas y suponen un mayor análisis para calificar si constituyen o no una inversión.

Consecuentemente, es posible considerar que la principal fuente a efectos de determinar el concepto de “*inversión*” son los tratados en los que consta el consentimiento a la jurisdicción del CIADI, respecto a los cuales los Estados gozan de autonomía para regular los supuestos que califican como inversión. Sin embargo, a manera de referencia, habría que tener en cuenta también que existen decisiones arbitrales en el ámbito del

¹⁶ **DELAUME, Georges** “Experience with ICSID”. *International Arbitration between Private Parties and Governments*, Practising Law Institute. p. 230.

¹⁷ **RUBINS, Noah**. “The notion of Investment in International Investment Arbitration”. En: *Arbitration Foreign Investment Disputes*, pp. 283-324.

CIADI donde se han establecido límites a esta autonomía, tomando en cuenta el objeto y fin del Convenio de Washington¹⁸.

I.2. Importancia del concepto de inversión para la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del CIADI.

Como todo tratado internacional, el Convenio de Washington se deberá interpretar conforme a su objeto y fin, que radica en el buen funcionamiento del CIADI y, en última instancia, en el fomento de la inversión extranjera. Es por ello que se puso a disposición de los Estados e inversionistas un mecanismo de solución de controversias especialmente diseñado para que las diferencias que se generen en el contexto de operaciones de inversión sean resueltas con neutralidad y eficacia¹⁹.

En esa línea, debe tenerse presente que el CIADI es una institución arbitral especializada, adaptada y limitada a resolver un tipo específico de controversias²⁰. En particular, ello explica que existan determinados requisitos relativos a la materia, el tiempo y las personas involucradas en una controversia que deberán tomarse en cuenta para que un tribunal arbitral del CIADI pueda declararse competente en un caso concreto. Así, por ejemplo, los tribunales arbitrales, para efectos de determinar su competencia en razón a la materia conforme al Convenio de Washington, tomarán en consideración aquellas controversias jurídicas que surjan directamente de actividades calificadas como inversión.

Concretamente, cabe traer a colación el artículo 25, numeral 1, del Convenio de Washington, que, a la letra, señala lo siguiente:

¹⁸ SUAREZ ANZORENA, Ignacio C. Ob. Cit. p. 261

¹⁹ DELAUME, Georges R. Ob. Cit. p. 254.

²⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Op. Cit. p. 54

“Artículo 25

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

A partir de una lectura del citado artículo se desprenden dos condiciones en relación a la jurisdicción objetiva del CIADI: i) la controversia ha de ser de naturaleza jurídica y ii) ha de surgir directamente de una inversión. Asimismo, nos interesa destacar que, en la línea de lo planteado en párrafos anteriores, se entiende que el Convenio de Washington considera al consentimiento de las Partes como la piedra angular en la que descansa la jurisdicción del CIADI²¹.

En el ejercicio de la voluntad de las Partes, materializada en los APPIs y TLCs que incluyen Capítulos en materia de inversión, aquellas no solamente reconocen la jurisdicción del CIADI para resolver las controversias inversionista-Estado, sino que regulan también el tratamiento otorgado a la inversión extranjera, incluyendo disposiciones relativas al concepto de “*inversión*”. En ese sentido, los tribunales arbitrales que resuelven una controversia inversionista-Estado en el marco de un APPI o un TLC deben analizar, interpretar y aplicar las disposiciones de ese tratado.

Sin embargo, aún cuando la voluntad de las Partes para recurrir al CIADI y para regular qué actividades califican como inversión en el marco de un APPI o de un TLC es lo que fundamentalmente determina la jurisdicción de un tribunal arbitral del CIADI, son los tribunales arbitrales quienes, en el

²¹ GONZALO QUIROGA, Marta Ob. Cit. p. 452.

ejercicio del principio competence-competence, deben determinar si son competentes para resolver un caso concreto, tomando en cuenta el tratado celebrado por el Estado demandado y el Estado del que el inversionista extranjero es nacional, pero considerando también el Convenio de Washington.

En efecto, si bien es cierto que las Partes de un tratado en materia de inversiones, en el ejercicio de su libre consentimiento, acuerdan el tipo de actividades económicas consideradas como inversión y cuya protección podrá dar lugar a reclamaciones en el ámbito del CIADI, ello no significa desconocer que los tribunales arbitrales del CIADI tengan que evaluar su competencia *ratione materiae* no sólo a la luz de lo acordado por las Partes, sino también conforme al propio Convenio de Washington. Así, por ejemplo, no podría aceptarse que el CIADI tenga que conocer diferencias surgidas de transacciones que no tienen la naturaleza de una “*inversión*” en el marco del Convenio de Washington²².

Con ello queremos poner de relieve que, aún cuando no existe una definición general de inversión en el Convenio de Washington, es necesario considerar las disposiciones de dicho tratado que, al estar relacionadas al concepto de inversión, serían relevantes para determinar la jurisdicción material del CIADI. Este es el caso del preámbulo del Convenio de Washington, en el sentido que se menciona la “*necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado*”. Tal como lo ha señalado la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) el Convenio de Washington no debe considerarse como un mero

²² FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Ob. Cit. p 62.

instrumento de arreglo de diferencias, sino también como un instrumento de política internacional para la promoción del desarrollo económico²³.

A la luz de tales consideraciones, es posible concluir que, cuando el consentimiento arbitral está contenido en un APPI o en un TLC, el inversionista tendrá que demostrar que el objeto de la controversia es una inversión conforme al tratado y al Convenio de Washington²⁴. De esta manera, los tribunales arbitrales del CIADI²⁵, al momento de analizar su competencia *ratione materiae*, deberán realizar un doble análisis consistente en:

- por un lado, determinar si el objeto de la controversia está dentro de un supuesto de inversión que las Partes han consentido someter al CIADI; esto tiene que ver con una interpretación del alcance del consentimiento de las partes, de manera que si la controversia en cuestión no se encuentra entre aquellas que las Partes han acordado someter al CIADI, estaremos ante una falta de consentimiento;
- por otro lado, determinar si el objeto de la controversia guarda sintonía con lo dispuesto en el Convenio de Washington, lo que tiene que ver con el objeto y fin de dicho tratado y, en particular, con una interpretación de si se trata de una diferencia de naturaleza jurídica que “surja directamente de una inversión” y que sea consistente con el “desarrollo económico” del Estado receptor de la inversión.

²³ **CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO.** “Alcance y Definiciones”. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011, p. 50.

²⁴ **ZAMBRANA TEVAR, Nicolás.** “Arbitraje y Protección de Inversiones” En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freire. Volumen 4, p. 334

²⁵ Decisión arbitral **Fedax N. V. v. Venezuela.** Caso CIADI N°ARB/96/3 y **Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.P.A v. Reino de Marruecos.** Caso CIADI N°ARB/00/4

En síntesis, los Estados partes del Convenio de Washington que acuerdan someter las controversias derivadas de una inversión al CIADI tienen determinados límites para considerar cualquier transacción como inversión en el marco de la competencia *ratione materiae* de un tribunal arbitral del CIADI²⁶. Tal como se ha señalado líneas atrás, la determinación de dicha competencia dependerá del concepto de inversión que se maneje en función al marco normativo acordado para la controversia y al propio Convenio de Washington.

A su vez, creemos que, desde una perspectiva jurídica, la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI debería realizarse tomando en consideración la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados reconocidas a nivel del Derecho internacional consuetudinario y codificadas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; ello permitiría limitar la discrecionalidad al momento de interpretar el concepto de inversión en el marco de los acuerdos de inversión y del Convenio de Washington.

I.3. Posiciones a nivel de la doctrina y de los tribunales arbitrales del CIADI en torno a las implicancias jurídicas de la ausencia de una definición de inversión en el Convenio de Washington.

El requisito sobre jurisdicción del CIADI relativo a que tenga que configurarse una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una “*inversión*”, así como el hecho de que el Convenio de Washington no contemple una definición general de inversión, ha traído como consecuencia que los tribunales arbitrales del CIADI tengan que decidir acerca de su competencia *ratione materiae* basándose fundamentalmente

²⁶ SUAREZ ANZORENA, Ignacio C. Ob. Cit. p. 264.

en los acuerdos en materia de inversión que son invocados para resolver una controversia inversionista-Estado.

Esta situación constituiría la principal implicancia de la ausencia de una definición de inversión en el Convenio de Washington. No obstante, existen diferentes posiciones a nivel de la doctrina y de los tribunales arbitrales del CIADI en relación a otras implicancias que podrían surgir de esa misma situación y que tendrían que ver con la posibilidad de identificar criterios o características vinculadas a una noción general del término “*inversión*” y de asignarles un valor jurídico de cara a la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI.

Así, un primer tema de discusión está referido a si cabría circunscribir el concepto de “*inversión*” a una serie de características y/o criterios que estarían vinculados a dicho término. Sobre el particular, tal como ha sido resaltado por Ibrahim Fadlallah, existen posiciones encontradas a nivel de la doctrina y de las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI en torno a la posibilidad de identificar un concepto mínimo de inversión basado en criterios de carácter general que servirían para determinar cuándo nos encontramos ante una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una “*inversión*”, conforme a lo establecido por el artículo 25(1) del Convenio de Washington, y que, por ejemplo, serían los siguientes para dicho autor²⁷:

- i. aportación económica efectiva por parte del inversionista;
- ii. cierta duración de la ejecución del proyecto;
- iii. asunción de riesgo empresarial por el inversor; y
- iv. cooperación al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión

²⁷ **FADLALLAH, Ibrahim.** “La noción de inversión: ¿Hacia una restricción de la competencia del CIADI?”. Disponible en: Revista Peruana de Arbitraje N° 5 (2007). p. 151.

Este autor refiere además que es más recomendable considerar estos elementos como factores pertinentes susceptibles de guiar a los árbitros, como sucede con las reglas de interpretación de los contratos. No es necesario que se encuentren todos, y es importante dejar a los árbitros un margen confortable de apreciación.

Así, por ejemplo, del estudio de las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI, se advierte que existen al menos dos interpretaciones del término “*inversión*” de acuerdo al Convenio de Washington. La primera se limita a identificar un cierto número de características que permitirían determinar la existencia de una “*inversión*”, bastaría con que algunas de las características, no necesariamente todas, se reúnan en un caso concreto para poder concluir que nos encontramos ante una “*inversión*”. Esta fue la solución adoptada en los casos CSOB contra Eslovaquia²⁸ y MCI contra Ecuador²⁹.

En cuanto al número características y/o criterios que estarían vinculados al término “*inversión*,” las decisiones arbitrales no son totalmente uniformes. Algunos tribunales arbitrales del CIADI³⁰ han considerado que existe una inversión siempre que se reúnan tres elementos: i) la existencia de un aporte al país en cuestión, ii) que dicho aporte suponga una cierta duración en el tiempo y iii) que comporte para quien efectúa dicho aporte un cierto riesgo.

Otros tribunales, en cambio, han considerado a partir de un análisis del Preámbulo del Convenio de Washington, que la existencia de una inversión en el marco del Convenio de Washington recaería en la

²⁸ **Ceskoslovenska Obchodni Banka v. República Eslovaca.** Caso CIADI N°ARB/97/4, laudo sobre competencia de 24 de mayo de 1999, párr. 90.

²⁹ **M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. v. Ecuador.** Caso CIADI N°ARB/03/6, laudo de 31 de julio de 2007, párr. 165.

³⁰ **Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. Argelia.** Caso CIADI N° ARB/03/08, laudo de 10 de enero de 2005, párr. 13 (iv), **L.E.S.I. S.p.A. y ASTALDI S.p.A. v. Argelia.** Caso CIADI N°ARB/05/3, decisión de 12 de julio de 2006, párr. 72(iv), y **Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. La República de Chile.** Caso CIADI N°ARB/98/2.

conjunción de cuatro elementos, los tres elementos citados en el párrafo anterior, más el de la contribución de la transacción en controversia al desarrollo económico del Estado receptor, entre estos encontramos a Salini ccontra Marruecos, Fedax contra Venezuela , Joy Mining contra Egipto, Jan de Nul contra Egipto, Helnan contra Egipto y Saipem S.p.A. contra Bangladesh.

Al respecto, el profesor Christoph Schreuer, en su libro “*The ICSID Convention: A commentary*”, señala que no sería realista intentar una nueva definición de “*inversión*” sobre la base de la experiencia de los tribunales arbitrales del CIADI, pero parece posible identificar ciertas características que son típicas para la mayor parte de las operaciones en cuestión, como son: i) la duración, ii) regularidad de ganancias, iii) riesgo, iv) la importancia del compromiso y v) la contribución para el desarrollo del Estado anfitrión. Indica, además, que la única referencia a una definición objetiva de “*inversión*” se encuentra en la primera oración del Preámbulo del Convenio de Washington, cuando se alude al rol de la inversión extranjera privada y a la necesidad de cooperar a nivel internacional para promover el desarrollo económico. Sin embargo, para concluir, él insiste en que estas características no necesariamente deberán ser comprendidas como los requisitos jurisdiccionales, sino meramente como las características típicas de inversiones bajo el Convenio de Washington³¹.

La postura de Schreuer es seguida también por Suarez Anzorena, al considerar que, a falta de una definición, las pautas que caracterizan a una “*inversión*” a los fines del Convenio de Washington son: i) una cierta duración, ii) regularidad en materia de retorno o compensación del capital, iii) riesgo, iv) compromiso de capital sustantivo y v) la cooperación significativa al desarrollo del Estado receptor de la inversión extranjera.

³¹ **SCHREUER, Christoph.** “The ICSID Convention: A commentary”. Cambridge University Press, 2009. p.128

Estas pautas orientativas han sido sentadas por la jurisprudencia para contribuir a precisar el concepto de inversión³².

De otro lado, existe también decisiones arbitrales que consideran innecesario identificar los elementos esenciales o las características mínimas de la “*inversión*” en el marco del Convenio de Washington, éstas se apoyan en el hecho que los trabajos preparatorios del Convenio dan cuenta de los varios intentos para incorporar una definición de “*inversión*”, lo que a la postre no tuvo éxito³³.

En efecto, si bien la principal fuente a fin de determinar el contenido del término “*inversión*” en un caso concreto son los APPIs o TLCs, también es cierto que anteriores decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI han marcado pautas en relación a la discrecionalidad de las Partes para calificar un supuesto como “*inversión*”³⁴, pues en numerosos casos sometidos a su jurisdicción se ha tomado en consideración el objeto y fin del Convenio de Washington a efectos de determinar su competencia *ratione materiae*.³⁵

Tanto la doctrina como los tribunales arbitrales del CIADI han identificado ciertos elementos característicos de lo que debe considerarse como “*inversión*”. Es así que en un gran número de casos sometidos a la jurisdicción del CIADI los árbitros han sido invitados a verificar si la controversia está en relación directa con una inversión, conforme al APPI o TLC invocado y al Convenio de Washington³⁶.

³² SUAREZ ANZORENA, Ignacio. Ob. Cit. p. 265

³³ **Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania**. Caso CIADI N°ARB/05/22

³⁴ Somos conscientes que las decisiones de los distintos tribunales arbitrales del CIADI no constituyen precedentes en la *ratio decidendi* para otros tribunales arbitrales creados posteriormente a propósito de otros asuntos en ese mismo foro; sin embargo, aquellas pueden constituirse en importantes guías o referentes en el sistema de solución de controversias del CIADI.

³⁵ SUAREZ ANZORENA, Ignacio. Ob. Cit. p. 260.

³⁶ *Ibíd.* p. 142.

Bajo tales consideraciones, los tribunales arbitrales del CIADI realizan un doble análisis a la hora de determinar su competencia *ratione materiae*: por un lado, analizan si el objeto de la controversia está dentro de los supuestos que las Partes han consentido someter al CIADI como una disputa de inversión y, por otro lado, determinan si el objeto de la controversia está dentro del ámbito *ratione materiae* de conformidad con el artículo 25 (1) del Convenio de Washington³⁷.

Sin perjuicio de reconocer que existen posiciones divergentes a nivel de la doctrina y de las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI en torno a las posibilidades de identificar un concepto mínimo del término “*inversión*”, tal como han sido clasificadas en los párrafos precedentes, ha sido posible identificar un número de decisiones arbitrales del CIADI en donde se han identificado criterios objetivos de carácter general que servirían para una delimitación del concepto de “*inversión*” a los efectos del artículo 25(1) del Convenio de Washington, y que serían los siguientes³⁸:

- i. aportación económica efectiva por parte del inversionista;
- ii. cierta duración en la ejecución del proyecto;
- iii. asunción de riesgo empresarial por el inversor; y
- iv. cooperación al desarrollo del Estado receptor de la inversión.

En dichas decisiones, se ha considerado que estos elementos dependerán de las circunstancias de cada caso, pudiendo estar estrechamente interrelacionados, y que serán determinados teniendo en cuenta la totalidad de la operación en la que se encuadre la controversia en cuestión.

En nuestra opinión, la mayoría de los elementos mínimos de la inversión identificados por la doctrina y por algunas decisiones arbitrales

³⁷ **CLAROS ALEGRÍA, Pedro.** “El sistema Arbitral Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (CIADI)”. Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freire. Volumen 4. p. 410.

³⁸ **FADLALLAH, Ibrahim.** Ob. Cit. p. 151.

obedecerían, en última instancia, a un análisis inductivo de las características esenciales de la “*inversión*” a partir de la práctica internacional reflejada en los tratados en materia de inversión. Desde una perspectiva jurídica, sin embargo, es importante tomar en consideración cuáles son las fuentes de Derecho, si las hay, que permitirían oponer tales elementos o características esenciales en el marco de la determinación de la competencia *ratione materiae* de un tribunal arbitral del CIADI que dirime una controversia inversionista-Estado.

I.4 La definición de inversión a partir de los acuerdos internacionales que regulan el tratamiento de la inversión extranjera.

La noción de lo que constituye inversión ha ido cambiando con el tiempo a medida que ha ido evolucionando la dinámica de las relaciones económicas internacionales. La gama de activos que pueden acogerse a la protección de los acuerdos internacionales de inversión se ha ampliado considerablemente desde mediados del siglo XIX, y las circunstancias cambiantes de las modalidades de inversión protegidas hacia finales del siglo XX ha dado a lugar al surgimiento de una creciente variedad de activos de propiedad extranjera que tienen valor económico y pueden considerarse inversión extranjera. Esta situación, aumenta el riesgo de que la “*inversión*” se convierta en un concepto abierto y poco definido en los Acuerdos Internacionales de Inversión³⁹.

En la mayoría de los Acuerdos Internacionales que regulan el tratamiento de la inversión extranjera se ha venido adoptando tradicionalmente una definición amplia de “*inversión*” basada en los activos, la misma que se caracteriza por una afirmación inicial de que por “*inversión*” se entiende

³⁹ **CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO.** “Alcance y Definiciones. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II”. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011, p. 22.

“cualquier tipo de activo” o “cualquier tipo de interés económico”, lo que en la práctica significa que el término “*inversión*” abarca cualquier supuesto que tenga valor económico y sin limitaciones.

En la actualidad, dichos acuerdos típicamente cubren las siguientes áreas: alcance y definición de inversión, admisión y establecimiento, tratamiento nacional, tratamiento de nación más favorecida, tratamiento justo y equitativo, compensación en caso de expropiación o daño a la inversión, entre otros⁴⁰.

Sin embargo, consideramos que las diferentes connotaciones sobre el contenido del término “*inversión*” en los diferentes APPIs y TLCs no permite realizar una aproximación inductiva sobre una definición de “*inversión*” que pueda utilizarse de manera general para la solución de las controversias planteadas ante el CIADI. La práctica convencional demuestra que las definiciones de inversión recogidas en los citados acuerdos se caracterizan por su diversidad, y son, por lo general, lo suficientemente abiertas y flexibles para dar cabida a todas las modalidades de inversión que puedan acaecer durante la vigencia de los mismos.⁴¹

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha precisado, en ese sentido, que la mayoría de Acuerdos internacionales de inversión contemplan una definición amplia de inversión, ya sea que se haga referencia únicamente a “*toda clase de activos*” o que se ofrezca, además, una lista indicativa de activos considerados inversión. Tal como lo refiere la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD):

⁴⁰ **CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD)**. Regulación Internacional de la Inversión: Balance a seguir. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. New York y Ginebra 2008. p. 20

⁴¹ **IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, Igiño** “Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI”. En Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Tomo II, 2002, p. 161.

"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"⁴² (subrayado agregado).

En líneas generales, un gran número de APPIs y TLCs que contienen disposiciones relativas a supuestos considerados como "inversión" no tienen como propósito definir dicho concepto, pues no ofrecen propiamente un criterio distintivo de inversión aplicable con carácter general, ni buscan delimitar las características de una inversión. Lo que en realidad ofrecen es una enumeración de los supuestos considerados como inversión y, eventualmente, los supuestos que no constituyen una inversión (dependiendo del modelo de APPI o de TLC) presentando una lista de activos que normalmente comprenden bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales, acciones, obligaciones, créditos y derechos con prestaciones que tienen un valor económico, así como derechos intelectuales y concesiones⁴³.

Asimismo, la UNCTAD ha identificado una variante de definición amplia de inversión que es lo suficientemente flexible para aplicarse a nuevos tipos de inversión que pudieran surgir en el futuro. En la clasificación de la UNCTAD, este tipo de disposiciones responden al modelo "elemento tautológico en la definición de inversión"⁴⁴.

En ambos casos, podemos observar que la definición amplia de inversión implica que los Estados Partes, los inversionistas contendientes y los

⁴² **CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD)**. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking*. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007, p. 8.

⁴³ **FADLALLAH**, Ibrahim. Ob. Cit. p. 142.

⁴⁴ La UNCTAD cita el caso de los Estados que definen "inversión" refiriéndose a "todo tipo de inversión". **CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD)**. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking*. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007, p. 10.

tribunales arbitrales que resuelven una controversia inversionista-Estado en el marco de un APPI o TLC tienen un mayor margen para interpretar el término “*inversión*”. En el caso de los tratados que además de una definición amplia de “*inversión*” ofrecen una lista indicativa de supuestos considerados dentro de la definición de inversión, únicamente se facilitaría la identificación de los supuestos comprendidos por esa definición, pues no se trataría de listas exhaustivas o con carácter de “*numerus clausus*”.

De otro lado, la UNCTAD ha identificado un tipo de definición de inversión al que ha denominado modelo de “*lista cerrada*”. Este modelo se caracteriza por las siguientes consideraciones: (i) contempla una lista amplia pero finita de activos tangibles e intangibles comprendidos en el marco del tratado, (ii) no utiliza un encabezado o “*chapeau*” conceptual (“*cualquier tipo de activo...*”) y (iii) incluye una “*lista negativa*” de supuestos que no son considerados como inversión en el marco del tratado. Tal como lo refiere la UNCTAD, el modelo de “*lista cerrada*” fue utilizado inicialmente en el contexto del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y Canadá y luego en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés). Posteriormente, comenzó a ser utilizado en los Acuerdos bilaterales de inversión⁴⁵. En el caso del Perú, este modelo ha sido contemplado en el TLC Perú-Canadá.

Adicionalmente, se ha advertido que, en la práctica convencional, existe una reciente tendencia a acotar el alcance del término “*inversión*”. Sobre el particular, la UNCTAD ha identificado diversas modalidades para restringir la definición de “*inversión*”, entre las que encontramos las

⁴⁵ **Ibíd.** Véase también **CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO**. “Alcance y Definiciones. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II”. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011, p. 32.

referidas a⁴⁶: (i) excluir determinados tipos de activos, (ii) utilizar una definición de “*lista cerrada*” de inversiones, (iii) limitar el alcance del concepto a las inversiones realizadas “*de conformidad con la legislación del país receptor*”, (iv) complementar las definiciones de “*inversión*” con referencias explícitas al riesgo y otros factores normalmente vinculados a las inversiones, (v) limitar la protección de las inversiones en función de su fecha de establecimiento, (vi) limitar la protección de las inversiones a determinados sectores y (vi) restringir la cobertura de los derechos de propiedad intelectual.

Así también, en el Perú, existen Acuerdos internacionales de inversión que combinan los modelos de definición de “*inversión*” señalados en los párrafos anteriores. Podemos citar como ejemplo el APPI celebrado entre el Perú y España. El artículo 1.2 de dicho APPI señala lo siguiente⁴⁷:

“A los efectos del presente acuerdo (...) 2. Por ‘inversiones’ se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- *Acciones y otras formas de participación en sociedades;*
- *Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados,*

⁴⁶ **CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO.** “Alcance y Definiciones”. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011, p. 27

⁴⁷ **ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES ENTRE LA REPÚBLICA DEL PERÚ Y EL REINO DE ESPAÑA.** Firmada en Madrid-España, el 17 de noviembre de 1994, vigente a partir del 17 de febrero de 1996. Disponible en: <http://www.rree.gob.pe/portal/Tratado>.

- *Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, conocimientos tecnológicos y derechos de llave;*
- *Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con las prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.”*

Como puede observarse, el APPI entre el Perú y España utiliza un concepto amplio de “*haberes*” que podrían ser considerados como “*inversión*” al referirse a “*todo tipo de haberes*” y establecer como único límite que estos sean “*adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión*”; a continuación, dicho tratado precisa un listado de bienes y derechos que vendrían a concretar el universo de materias comprendidas bajo el concepto de “*inversión*” en el marco del APPI, sin tratarse de un catálogo exhaustivo de materias. Igualmente, la expresión “*aunque no exhaustivamente*” permitiría incluir bajo esa definición algunos supuestos de haberes que podrían ser considerados como inversión en el futuro⁴⁸.

A partir de las diferentes definiciones del término “*inversión*” identificadas por la UNCTAD, realizamos una revisión de los 37 Acuerdos Internacionales de Inversión celebrados por el Perú que a la fecha se encuentran vigentes (estos Acuerdos incluyen APPIs y TLCs)⁴⁹, a efectos de identificar los tipos de definición de “*inversión*” que ha utilizado el Perú en su práctica internacional (véase cuadro Anexo):

⁴⁸ GARRIGA SUAU, Georgina. Ob. Cit. p. 286.

⁴⁹ **Acuerdos Internacionales de Inversión Vigentes.** Disponible en: <http://www.proinversion.gob.pe>.

- a. **Definición amplia basada en activos:** Encontramos un total de 10 acuerdos internacionales de inversión que contienen una definición amplia de “*inversión*”, lo que significa que dicho término abarca cualquier supuesto que tenga valor económico.
- b. **Definición amplia basada en activos con la precisión de que solo se aplica a las inversiones realizadas de conformidad con la legislación del Estado receptor:** Identificamos 19 acuerdos internacionales de inversión donde la protección otorgada a las inversiones queda condicionada a la obtención de las autorizaciones con arreglo a la legislación nacional del Estado receptor.
- c. **Definición amplia basada en activos con referencia al riesgo de la “*inversión*” y a otros factores:** Identificamos 7 acuerdos internacionales de inversión que precisan y circunscriben el alcance del concepto de “*inversión*” introduciendo una referencia expresa al riesgo de la inversión y a otras características económicas que se relacionan habitualmente con la inversión, con el fin de proporcionar a los tribunales criterios objetivos para determinar si una determinada transacción constituye una “*inversión*”.
- d. **Enfoque de “*lista cerrada*”:** Encontramos 1 acuerdo internacional de inversión que utiliza el método de lista cerrada.

Podemos advertir entonces que las definiciones de “*inversión*” utilizadas en los acuerdos internacionales de inversión celebrados por el Perú incluyen en su mayoría fórmulas notoriamente amplias, pues contemplan por lo general una lista ilustrativa de materias sin tratarse de un catálogo exhaustivo; sin embargo, es posible identificar también una cierta tendencia a procurar limitar los alcances de la definición de “*inversión*” a las inversiones realizadas de conformidad con la legislación del Estado

receptor, o a elementos considerados como características de una inversión.

En síntesis, las materias consideradas como “*inversión*” en el marco de una controversia ante el CIADI se determinan fundamentalmente a partir de las disposiciones del APPI o TLC invocado por las partes contendientes; ello supone el ejercicio de una tarea de interpretación por parte de los tribunales arbitrales del CIADI según el caso concreto.⁵⁰

Del análisis realizado en torno a los modelos de tratados de inversión identificados por la UNCTAD, advertimos que aquellos contemplan diferentes tipos o categorías de definiciones de inversión. No obstante, creemos importante destacar que la mayoría de tratados celebrados hasta la década de los noventa y un número considerable de los tratados que se celebran hoy en día contienen una definición muy amplia de inversión que, de un lado, responde a la gran variedad de activos que pueden ser considerados como inversión y permite una mayor flexibilidad y apertura de cara a nuevos supuestos que en el futuro pueden ser considerados como inversión, pero que, de otro lado, suponen un gran margen de discrecionalidad que hace más difícil la determinación de la competencia *ratione materiae* por parte de un tribunal arbitral en el marco de la solución de una controversia inversionista-Estado.

II. Consideraciones en torno a la aplicación del “*test Salin*” para la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI

A partir del escenario descrito en la primera parte de este trabajo, podemos advertir que los supuestos que incluyen una definición más amplia de “*inversión*”, es decir, aquellos que consisten únicamente en una

⁵⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Ob. Cit. p. 62

lista abierta de activos considerados como inversión, son los que suponen mayor discrecionalidad y dificultad para un tribunal arbitral del CIADI que determina su competencia *ratione materiae* de cara a poder resolver una controversia inversionista-Estado.

Ante la ausencia de mayores elementos proporcionados por la definición amplia de “*inversión*” contenida en un APPI o un TLC, los tribunales arbitrales recurren a un ejercicio de interpretación general del término “*inversión*” que tome en cuenta las reglas de interpretación de los tratados establecidas por el Derecho internacional general.

Precisamente, esta segunda parte del trabajo aborda las consideraciones en torno a la aplicación del denominado “*test Salini*”, concebido para facilitar la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales que resuelven controversias inversionista-Estado, y que adquiere especial relevancia respecto a supuestos como el mencionado en el párrafo anterior, donde es necesario indagar cuál puede ser el alcance que tiene una definición amplia del término “*inversión*” para un caso concreto.

Es así que se analizará a continuación las repercusiones de la decisión sobre jurisdicción en el caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra Marruecos*, en términos que dio lugar a la identificación de un test que contiene elementos para la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI, que fue aplicado en sucesivas decisiones arbitrales. Asimismo, se estudiarán los fundamentos jurídicos que respaldan la validez del “*test Salini*”, así como las consideraciones que limitan su aplicación, para, finalmente, exponer nuestra posición personal respecto al tema en discusión.

II.1. Repercusiones de la decisión sobre jurisdicción en el caso **Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra Marruecos.**

El carácter amplio y poco exhaustivo de la definición de “*inversión*” utilizada en los APPIs y TLCs, unido al hecho de que el Convenio de Washington no define el concepto de “*inversión*”, ha generado que, en las controversias inversionista-Estado en el ámbito del CIADI, uno de los asuntos más controvertidos por las partes en la controversia sea la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales. Bajo ese escenario, la decisión dada el 23 de julio de 2001 en el caso Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra Marruecos (en adelante, caso Salini contra Marruecos)⁵¹ es considerada como un hito importante en relación a las decisiones arbitrales del CIADI que han analizado la noción de “*inversión*”⁵².

En este caso, el Estado receptor de la inversión (el Reino de Marruecos) mantenía una participación del 89% en *Société Nationale des Autoroutes du Maroc* (“ADM”). En el año 1995, ADM había suscrito un contrato con dos compañías italianas, Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. para la construcción de una autopista entre las ciudades de Fez y Rabat.

Posteriormente, Salini inició un arbitraje con arreglo al APPI celebrado entre Italia y Marruecos, alegando que Marruecos se encontraba en situación de incumplimiento de sus obligaciones conforme al tratado a causa de incumplimientos del contrato por parte de ADM.

Como cuestión jurisdiccional previa, el tribunal arbitral del CIADI, presidido por Robert Brines, consideró necesario determinar si el contrato constituía una “*inversión*” en el marco de los artículos 1 y 8 del APPI entre Italia y

⁵¹ **Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco.** Caso CIADI N°ARB/00/4). Decisión de Jurisdicción, 23 de julio del 2001.

⁵² **GAILLARD, Emmanuel.** “Identify or Define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice”. En: International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer. Oxford University Press. Mayo 2009, p. 403.

Marruecos, de 18 de julio de 1990, así como del artículo 25 del Convenio de Washington.

En efecto, en los literales (c) y (e) del Artículo 1 del APPI entre Italia y Marruecos se incluye una definición de “*inversión*”, la cual consiste en “*cualquier tipo de derechos contractuales que tengan un valor económico*” y “*cualquier derecho de naturaleza económica conferido por una ley o contrato*”, sujeto a que los derechos de esta naturaleza “*deberán haber sido aprobados por la autoridad competente*”. El tribunal llegó a la conclusión que el contrato había sido aprobado por una autoridad competente y constituía, por tanto, una inversión en el sentido del APPI.

Ahora bien, el tribunal consideró que según la doctrina generalmente aceptada, para que una actividad económica sea considerada como una “*inversión*” en el marco del artículo 25 del Convenio de Washington, esta debía implicar: “*(...) contribución, una cierta duración del contrato, una participación en los riesgos de la transacción (...) y a tenor del preámbulo del Convenio de Washington podría añadirse como condición adicional la contribución al desarrollo económico del Estado Receptor*”.⁵³

El tribunal arbitral en el caso Salini contra Marruecos señaló que el demandante había contribuido al proyecto de construcción de la autopista con experiencia, equipo técnico y personal calificado, habiendo obtenido además un préstamo y garantías bancarias para financiar la ejecución del proyecto⁵⁴. Se asumían, a su vez, los riesgos legales derivados de la legislación en vigor sobre contratos administrativos públicos y posibles modificaciones legislativas por parte del Estado receptor, que podrían dar como resultado mayores costos laborales para el inversionista⁵⁵. En cuanto a la duración, el tribunal arbitral estimó que, en tanto la duración total para la ejecución del contrato se extendió a 36 meses, se cumplía

⁵³ **Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA contra Marruecos**, párr. 52

⁵⁴ **Ibíd**, párr. 53

⁵⁵ **Ibíd**, párr. 55

con el período mínimo requerido por la doctrina (2 a 5 años) para entender que existía una “*inversión*”⁵⁶.

Asimismo, el tribunal arbitral consideró que la construcción de la autopista era también una cuestión de interés público para Marruecos y equivalía a un proyecto de infraestructura, características que entran dentro de las facultades de un Estado soberano. A la luz de tales consideraciones, el tribunal arbitral concluyó que el contrato de construcción fue una “*inversión*” conforme a los artículos 1 y 8 del APPI entre Italia y Marruecos, así como en el sentido del artículo 25 (1) del Convenio de Washington.⁵⁷

Así, pues, el análisis utilizado en esta decisión arbitral es identificado a menudo como el “*test Salini*”, que constituye una interpretación del significado de “*inversión*” tanto en el contexto de un APPI o TLC en particular, en este caso, el APPI entre Italia y Marruecos, como en función a lo establecido en el artículo 25 del Convenio de Washington.

Es preciso señalar que, con anterioridad a este caso, la decisión sobre jurisdicción en el caso Fedax contra Venezuela⁵⁸ constituía un antecedente importante en el ámbito del CIADI, toda vez que, al analizar su competencia *ratione materiae*, el tribunal arbitral incluyó en su análisis la evaluación de si la actividad económica en controversia reunía las “*características básicas*” de una “*inversión*”. En efecto, basándose en la posición del profesor Christoph Schreuer, el tribunal arbitral consideró que:

“(…) 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

⁵⁶ *Ibíd*, párr. 54

⁵⁷ *Ibíd*, párr. 58

⁵⁸ **Fedax N. V. contra la República de Venezuela**. Decisión sobre jurisdicción de 11 de julio de 1997, Caso N°ARB/96/3

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 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.”⁵⁹

Sin embargo, debe tenerse presente también que, al analizar el cumplimiento de las “*características básicas*” de una inversión, dicho tribunal arbitral consideró el hecho que la Ley sobre Créditos Públicos de Venezuela exigía cierta duración en las inversiones, así como una relación entre las transacciones realizadas y el desarrollo del Estado receptor de la inversión. Esta referencia a las condiciones establecidas por la legislación de Venezuela influyeron en la apreciación del tribunal arbitral al momento de decidir su competencia *ratione materiae*.

En todo caso, es relevante destacar que el propio tribunal arbitral en Fedax contra Venezuela puso en evidencia que, con anterioridad a esa decisión, no existían antecedentes en el ámbito del CIADI sobre decisiones donde hubiese sido objetada la jurisdicción del Centro en base a cuestionar la existencia de una inversión. En palabras de ese tribunal:

“Precisely because the term ‘investment’ has been broadly understood in the ICSID practice and decisions, as well as in scholarly writings, it has never before been a major source of contention before ICSID Tribunals. This is the first ICSID case in which the jurisdiction of the Centre has

⁵⁹Ibíd, párr. 43.

been objected to on the ground that the underlying transaction does not meet the requirements of an investment under the Convention. On prior occasions ICSID Tribunals have examined on their own initiative the question whether an investment was involved, and in each such case have reached the conclusion that the 'investment' requirement of the Convention has been met.”⁶⁰

Sin perjuicio de destacar la relevancia que tuvo como antecedente el caso Fedax contra Venezuela, es con la decisión sobre jurisdicción del tribunal arbitral en el caso Salini contra Marruecos que, en sucesivas decisiones arbitrales, así como a nivel de la doctrina, se utiliza la denominación del “*test Salini*” para referirse a un estándar de evaluación que identifica los elementos que caracterizan a una “*inversión*”. Ello resulta significativo pues, como ha sido mencionado líneas atrás, el tribunal arbitral en Salini contra Marruecos utilizó ese test a pesar de la definición amplia del término “*inversión*” contenida en el APPI entre Italia y Marruecos.

II.1.1. Identificación de un test que contiene elementos para la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI.

En la línea de los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, se advierte que el tribunal arbitral del CIADI en el caso Salini contra Marruecos tuvo que examinar si el supuesto de hecho controvertido era o no una inversión a efectos de determinar su competencia *ratione materiae* de conformidad con el artículo 25 del Convenio de Washington⁶¹. Siendo ello así, el tribunal arbitral procedió a evaluar, en primer lugar, si el conflicto surgía de una inversión conforme a lo establecido por el APPI y,

⁶⁰ *Ibíd*, párr. 25.

⁶¹ **FACH GOMEZ, Katia.** “Construyendo un nuevo Derecho Internacional de las Inversiones: Las propuestas del Instituto Internacional para el desarrollo sostenible. Disponible en: www.reei.org.

en segundo lugar, si la controversia se refería a una inversión de acuerdo con el artículo 25 del Convenio de Washington⁶².

De esta manera, el tribunal arbitral en el caso Salini contra Marruecos, constituido por el Dr. Robert Briner como Presidente y los profesores Bernardo Cremades e Ibrahim Fadlallah como co-arbitros, consideró que el contrato de construcción era una “*inversión*” de acuerdo al APPI celebrado entre Italia y Marruecos y bajo el artículo 25 Convenio de Washington, señalando, además, que el requisito “*inversión*” bajo el Convenio de Washington era una condición objetiva que no podía ser diluida por el consentimiento de las partes.

El tribunal arbitral se refirió a la doctrina para considerar que bajo el concepto de “*inversión*” se incluyen: *las contribuciones, una cierta duración, y una participación en los riesgos de la transacción*; asimismo, consideró que a partir de la lectura del Preámbulo del Convenio de Washington era posible añadir la *cooperación al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión* como un elemento adicional de la “*inversión*”. A su vez, la decisión arbitral bajo comentario destacaba el carácter interdependiente de los elementos del test. Así, los riesgos de la transacción pueden depender de las contribuciones y de la duración del desarrollo del contrato. Tomando ello en consideración, el tribunal señaló que tales criterios debían ser analizados conjuntamente⁶³.

En esa perspectiva, podemos destacar que en el “*test Salini*” se consideraron cuatro elementos o criterios “*mínimos*” que permiten identificar los aspectos “*esenciales*” de una inversión. Para ello, el tribunal arbitral del CIADI tomó en cuenta el criterio seguido por Carreau, Flory, Juillard y Gaillard, el mismo que se basa en tres ideas fuerza: en primer lugar, no puede haber inversión sin una contribución, cualquiera sea la

⁶² **WAIBEL, Michael.** “Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration”. Disponible en: www.jstor.org/pss/40006317

⁶³ **Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA contra Marruecos**, párr. 52

forma de esa contribución; en segundo lugar, no puede haber inversión en un plazo de un corto tiempo (una actividad económica considerada como inversión se caracteriza por una “*durabilidad*” que sólo puede ser satisfecha por una contribución de largo plazo); y, en tercer lugar, no puede haber inversión sin riesgo, lo que quiere decir que la compensación diferida del inversionista debe ser dependiente de la pérdida y debe beneficiarse del riesgo⁶⁴.

Adicionalmente, el “*test Salini*” consideró un cuarto elemento. Este fue una alternativa planteada por Georges Delaume, ex asesor del Banco Mundial, quien sugirió una prueba basada en el Preámbulo del Convenio de Washington: “*la contribución para el desarrollo económico del receptor de la inversión*”, señalando que este elemento constituía un concepto esencialmente económico en naturaleza y legalmente flexible en su formulación, basado en la contribución esperada de la inversión para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión extranjera en cuestión⁶⁵.

Estas dos aproximaciones fueron fusionadas en el “*test Salini*”, reteniendo de la primera la idea que existen criterios reales para identificar una inversión que deben ser satisfechos acumulativamente, e incorporando de la segunda un elemento que tiene su propio sustento en el Convenio de Washington⁶⁶. Estas cuatro características de una inversión que se citan a continuación han sido identificadas y adoptadas en decisiones arbitrales en términos similares, aunque no siempre idénticos. Dichas características son las siguientes:

⁶⁴ GAILLARD, Emmanuel. Ob. Cit. p. 405.

⁶⁵ DELAUME, George. “Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)”, *Journal de droit international* (1982) p. 775

⁶⁶ *Ibíd.* p. 406.

II.1.1.1 Contribución económica efectiva por parte del inversionista.- La doctrina generalmente considera a la contribución como una de las características de la “*inversión*”. Este elemento del “*test Salini*” puede tomar diversas formas, como, por ejemplo, aporte en capital, compromiso sustancial, aporte en especie, aporte en personal y *know how* (como en el caso Salini). En efecto, como bien apuntan Carreau, Flory, Juillard y Galliard, no puede haber inversión sin una contribución, cualquiera sea la forma que esta contribución adquiera⁶⁷.

Por lo general, las inversiones presentan cierta regularidad en el retorno del capital y las ganancias, de manera que la contribución y las legítimas expectativas de retorno por los gastos efectuados son considerados aspectos típicos de la inversión.

En opinión del Profesor Brownlie, en su voto razonado en el asunto CME, la contribución es un aspecto indispensable de cualquier inversión verdadera, como una forma de gasto o transferencia de fondos que tienen por propósito obtener un retorno de lo invertido⁶⁸.

II.1.1.2. Cierta duración en la ejecución del proyecto de inversión.- Con relación al elemento sobre la duración de la inversión, es interesante advertir que en el asunto Salini contra Marruecos se planteó el requerimiento de una “*duración mínima*” de dos años para que una transacción pueda calificar como una inversión, al señalarse que:

“Aunque la duración total para la función del contrato, de conformidad con el CCAP (Book of General Administrative

⁶⁷ GAILLARD, Emmanuel. Ob. Cit. p. 405.

⁶⁸ CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, Decision Final en Procedimiento Arbitral en UNCITRAL, 14 de marzo de 2003. Voto Razonado de Ian Brownlie.

Clauses), se fijó en 32 meses, este se extendió hasta 36 meses. La transacción, por consiguiente, cumple con la longitud de tiempo mínimo reconocido por la doctrina, que es de 2 a 5 años (D. Carreau Th. Flory, P. Juillard, Droit International Economique – C. Schreuer)⁶⁹.

De esta manera, el tribunal arbitral en el caso Salini consideró la descripción de la duración típica de una inversión estudiada por Carreau, T. Flory, y P. Juillard y Emmanuel Galliard Galliard. Para dichos, autores una “*inversión*” es una transacción de mediano o largo plazo, es decir, de acuerdo con la definición más aceptada, una operación cuya duración no es inferior a tres años (mediano plazo) o siete años (largo plazo)⁷⁰.

Podemos considerar, entonces, que bajo el “*test Salini*” el elemento de duración no es discutible aunque su determinación podría ser arbitraria. En los trabajos preparatorios del Convenio de Washington se propuso que la inversión debía tener una duración mínima de 5 años, esa sugerencia razonablemente no fue aceptada, toda vez que no sería posible excluir del alcance del artículo 25 del Convenio de Washington a una inversión simplemente porque es una actividad de corto plazo.⁷¹

En nuestra opinión, de los elementos identificados en torno a la noción de “*inversión*” por el “*test Salini*”, este sería el más controvertido, pues, más allá de los supuestos que constituyen inversión extranjera directa, donde no se cuestiona el elemento de la duración, podría implicar dejar de lado otras actividades que,

⁶⁹ **Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA contra Marruecos**, párr 54.

⁷⁰ **CARREAU, Dominique, FLORY T. y JUILLARD P.** “Droit International Economique” 3ra Ed. Paris, LGDJ, 1990, p. 558.

⁷¹ US Senate 89th Congress, 2d Session, Executive Report N° 2, p. 15. Ver **GALLIARD, Emmanuel**. Ob. Cit. p. 66 (considera a la duración como uno de los tres elementos de la inversión).

por lo general, también son consideradas en APPIs o TLCs. En ese sentido, sería más difícil cuestionar un supuesto de “*inversión*” contemplado en un APPI o en un TLC solamente porque no cumple un determinado período exigido sobre una base doctrinaria o de antecedentes de decisiones arbitrales que no constituyen *stare decisis*.

Sin embargo, cabe precisar que los contratos de ejecución instantánea, como ocurre en el caso de una venta comercial, no constituirían una inversión, pues se tratarían de supuestos regulados por el comercio internacional y no reunirían otros aspectos -como la rentabilidad o utilidad- derivados de otros elementos del test, como la contribución y el riesgo asociado a aquella. Ello sin perjuicio que, como ha señalado el tribunal arbitral en el asunto Joy Mining Machinery contra Egipto, una compra de título o una colocación inmobiliaria para el comprador, por ejemplo, pueda significar una inversión⁷².

En líneas generales, los créditos comerciales de corto plazo no son considerados inversiones. Probablemente, este criterio se refiere al deseo del Estado receptor de promover el compromiso de un capital extranjero en el cual se pueda confiar para lograr un desarrollo económico. Las operaciones de duración limitada, desde la posición de los Estados receptores de inversión, son imprevisibles y propensas al retiro o a la renovación excepcional cuando las condiciones se deterioran, llegando a empeorar la volatilidad financiera del Estado en vez de mitigarla.⁷³

Así, pues, de las decisiones arbitrales en el ámbito CIADI, se advierte que algunos tribunales parecen haber considerado que

⁷² **Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt.** Caso CIADI N°ARB/03/11. párr. 9.

⁷³ **RUBINS, Noah.** Ob. Cit. p. 283-324.

un período de dos a cinco años es suficiente⁷⁴, y que en algunos casos este criterio se consideró con facilidad⁷⁵. Otros tribunales señalaron que el elemento de duración no se refiere únicamente a la duración efectiva de la actividad principal, sino también al tiempo de licitación e interrupción del trabajo, así como a la renegociación, extensión y garantía del contratista⁷⁶.

II.1.1.3. Asunción de riesgo empresarial por el inversor.-

Como bien apuntan Carreau, Flory, Juillard y Emmanuel Galliard, no puede haber inversión sin riesgo⁷⁷, ello supone que una inversión se sujetará a las consecuencias de los riesgos asumidos, ya sea que aquellas se traduzcan en pérdidas o en utilidades derivadas de la actividad del inversionista.

Dado que la inversión normalmente conlleva la existencia de algún riesgo, ello va a implicar precisamente la posibilidad que cuando surja un incumplimiento contractual se requiera una tutela efectiva. En cambio, si la entidad extranjera soporta poco o ningún riesgo en concluir un trato, es razonable asumir que aquella elegirá involucrarse en esa actividad inclusive sin las seguridades de recurrir a un arbitraje en caso de controversias futuras⁷⁸.

Siguiendo al profesor Sornarajah, aún cuando los riesgos son indudablemente mayores en las transacciones tradicionales de inversión, existen también riesgos en las transacciones de ventas, pero hay una característica particular en el riesgo asumido en una inversión extranjera -protegida por un acuerdo de inversiones- que

⁷⁴ **Salini contra Maruecos, Jan de Nul contra Egipto.** Caso CIADI N°ARB/05/19, **Malaysian Historical Salvors contra Malaysia.** Caso CIADI N°ARB/05/10

⁷⁵ **Helnan contra Egipto.** Caso CIADI N°ARB/05/19, **Ioannis Kardassopoulos v. Georgia.** Caso CIADI N°ARB/08/18

⁷⁶ **SCHREUER, Christoph.** Ob. Cit., 2009, p. 131.

⁷⁷ **GAILLARD, Emmanuel.** Ob. Cit., p. 405.

⁷⁸ **RUBINS, Noah.** Ob. Cit, p. 298.

consiste en el riesgo de una intervención gubernamental. Para dicho autor, un riesgo meramente comercial no es suficiente, sino que es ese factor de riesgo político o económico que puede provenir de una medida de Gobierno lo que distingue el riesgo asumido en una inversión del riesgo asumido en distintos tipos de contratos⁷⁹.

II.1.1.4. Cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión.-

A diferencia de los otros elementos del “*test Salini*”, la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión es un aspecto que tiene su propia especificidad, en tanto está contemplado en el propio Convenio de Washington, al señalarse en su Preámbulo que las Partes 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*”.

Tal como es mencionado por el profesor Schreuer, el requisito de una contribución significativa para el desarrollo del Estado receptor ha generado posiciones encontradas. Para dicho autor, una vez cumplido con los otros elementos del “*test Salini*”, este requisito no debería ser difícil de establecer, y, en todo caso, cuando una inversión ha sido legalmente admitida e implementada, la consistencia del proyecto con el ordenamiento jurídico del Estado receptor sería suficiente para indicar que se cumple con la contribución al desarrollo de dicho Estado⁸⁰.

⁷⁹ **SORNARAJAH M.** “The International Law on Foreign Investment”. Cambridge: Cambridge University Press, tercera edición, 2011, p. 310.

⁸⁰ **DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER.** “Principles of International Investment Law”. Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 69.

A su vez, este es un elemento que permite diferenciar los arbitrajes en el ámbito del CIADI de los casos sometidos a otros sistemas de solución de controversias en materia de inversiones, a menos que, por supuesto, el documento pertinente de consentimiento a arbitraje en otros foros contemplara un lenguaje similar al del Preámbulo del Convenio de Washington de 1965, enfatizando la importancia del desarrollo económico en el Estado receptor de la inversión.

Ello ha sido puesto de relieve por el profesor Sornarajah, al considerar que:

“(...) 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.”⁸¹

Delaume ha sugerido que el punto de vista del Estado termina siendo dominante a efectos de definir la inversión para los propósitos del artículo 25 (1) del Convenio de Washington, y hay

⁸¹ SORNARAJAH M. Ob. Cit., pp. 313-314.

cierto mérito en esta posición⁸². En particular, cuando el consentimiento se consigue a través de la oferta del Estado para recurrir a arbitraje, la intención de aquella oferta lógicamente deriva de las preferencias *ex ante* del Estado receptor y no del comportamiento del inversionista.

En ese sentido, los Estados calificarán como “*inversión*” (la actividad económica sujeta a la protección internacional) a los proyectos que contribuyen a su desarrollo, incluyendo algunos que son en gran medida de naturaleza contractual y comercial, o relacionados al comercio⁸³. En el caso *Salini contra Marruecos*, por ejemplo, el tribunal arbitral del CIADI destacó que la construcción de una carretera era claramente de interés público y, por lo tanto, tuvo un impacto positivo en el desarrollo de Marruecos.

II.1.2. Aplicación del “*test Salini*” en sucesivas decisiones de tribunales arbitrales del CIADI.

Con posterioridad al caso *Salini contra Marruecos*, algunos tribunales arbitrales del CIADI han considerado los elementos del “*test Salini*” al momento de determinar su competencia *ratione materiae*. A criterio de dichos tribunales, si bien es cierto que la calificación de una actividad como “*inversión*” se determina caso por caso, teniendo en cuenta fundamentalmente las disposiciones contempladas en el APPI o en el TLC invocado, ello no enerva la posibilidad de considerar también ciertos atributos que caracterizan de manera general a una inversión.

Ahora bien, la decisión adoptada en el caso *Salini contra Marruecos* repercutió en numerosas decisiones arbitrales del CIADI, siendo posible

⁸² DELAUME, George. Ob. Cit., p. 70.

⁸³ RUBINS, Noah. Ob. Cit. p. 300.

identificar algunas que respaldan los elementos del “*test Salini*” y otras que lo cuestionan.

Entre las decisiones arbitrales que respaldan la validez del “*test Salini*”, podemos considerar la de **Joy Mining Machinery Limited contra La República Árabe de Egipto**⁸⁴, donde una empresa del Reino Unido interpuso una demanda contra Egipto por un conflicto surgido de un “*Contrato de Prestación*” para un proyecto minero.

Es interesante advertir que en este caso el tribunal estimó necesario determinar si las garantías bancarias constituían una inversión, para lo cual se analizaron, en primer lugar, las disposiciones del APPI celebrado entre el Reino Unido y la República Árabe de Egipto, y, en segundo lugar, el artículo 25 del Convenio de Washington, tomando en cuenta todos los elementos considerados en el “*test Salini*”. Es así que, a partir de tales consideraciones, el tribunal concluyó que las garantías bancarias no configuraban una inversión, y que, por tanto, carecía de competencia *ratione materiae*.

Igualmente, cabe traer a colación el asunto **Jan de Nul N.V. v. La República Árabe de Egipto**⁸⁵, en el cual una empresa belga interpuso una demanda por una controversia surgida de un contrato para la ampliación y profundización de determinados tramos en el sur del Canal de Suez, indicando que Egipto desnaturalizó deliberadamente las condiciones del contrato.

El tribunal arbitral del CIADI, a efectos de determinar su competencia *ratione materiae*, evaluó si la actividad económica en controversia constituía una inversión a la luz del APPI y del artículo 25 del Convenio de Washington, tomando para ello en consideración los siguientes elementos

⁸⁴ **Joy Mining Machinery Limited contra La República Árabe de Egipto** Caso CIADI N°. ARB/03/11, de 6 de agosto de 2004

⁸⁵ **Jan de Nul N.V. v. La República Árabe de Egipto**. Caso CIADI N°. ARB/04/13.

indicativos de una "inversión" identificados en el "test Salin": (i) una contribución, (ii) una duración determinada en la que se ejecuta el proyecto, (iii) un reparto de los riesgos operacionales, y (iv) una contribución económica al Estado receptor de la inversión. El tribunal señaló, además, que estos elementos pueden encontrarse estrechamente relacionados entre sí, y que deben ser examinados conjuntamente atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Es importante señalar que, teniendo en cuenta las citadas características, el tribunal estuvo de acuerdo con la empresa demandante, al considerar que sus actividades de drenaje en el Canal de Suez cumplían con los criterios mínimos de una "inversión". En particular, la cantidad de trabajo necesario (incluida la movilización de dos buques pesados por un período de aproximadamente 19 meses) y la compensación relacionada fueron considerados como una contribución sustancial del inversionista. Por otra parte, a criterio del tribunal, no cabía ninguna duda de que una operación de tal magnitud y complejidad implicaba un riesgo, ni tampoco se podía negar que la operación del Canal de Suez era de gran importancia para el desarrollo económico de Egipto⁸⁶.

Del mismo modo, el tribunal consideró que la duración de la operación era suficiente para calificar a esta como una inversión en el marco del artículo 25 del Convenio de Washington⁸⁷. En ese sentido, el tribunal concluyó que los demandantes habían realizado una inversión en el marco del APPI y a la luz del artículo 25 del Convenio de Washington.

Asimismo, podemos citar el caso **Saipem S.p.A. v. La República de Bangladesh**⁸⁸, donde el reclamante era una empresa italiana y la controversia surgió de un contrato sobre canalización para la construcción de un gasoducto de 409 km destinado a llevar gas condensado a varias

⁸⁶ **Ibíd.** párr. 92

⁸⁷ **Ibíd.** párr. 95

⁸⁸ **Saipem S.p.A. v. La República de Bangladesh.** Caso CIADI N°. ARB/05/07

localidades del noreste de Bangladesh. El tribunal arbitral del CIADI consideró que para determinar si Saipem realizó una inversión en el marco del artículo 25 del Convenio de Washington se debían aplicar los elementos identificados por el “*test Salini*”, llegando a la conclusión que Saipem había realizado una inversión en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington y del APPI celebrado entre Italia y Bangladesh⁸⁹.

Otro precedente relevante es la decisión adoptada en el asunto **Helnan International Hotels A/S, v. La República de Egipto**, donde Helnan Hotels interpone una demanda contra Egipto por una controversia surgida de la suscripción de un contrato para la gestión y el funcionamiento del Hotel Shephear. En este caso, el tribunal arbitral del CIADI, al momento de determinar si la controversia derivaba directamente de una inversión, tomó también en cuenta las características de una “*inversión*” identificadas en el “*test Salini*”.

Para el tribunal arbitral, el período de duración de veintiséis años era definitivamente una “*duración determinada*”; asimismo, la actividad de la demandante suponía una remuneración periódica; la renovación y transformación del Hotel Shepheard a un hotel de cinco estrellas implicó el riesgo de no tener un éxito comercial; y la cantidad de dinero necesaria para alcanzar ese objetivo y mantener esa calificación suponía un importante compromiso en la contribución al desarrollo económico de Egipto. El tribunal señaló además que era evidente la importancia que tenía la empresa demandante para la economía y turismo de Egipto y que, por lo tanto, era competente en relación a la controversia sometida en ese arbitraje.

⁸⁹ *Ibíd.* párr 114.

Igualmente, hemos identificado decisiones arbitrales del CIADI donde se ha considerado que existe una inversión siempre que se reúnan tres elementos del “*test Salini*”.

En ese sentido, una primera decisión arbitral que merece traerse a colación es el caso **Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. La República Democrática de Argelia**, donde una empresa italiana interpuso una demanda arbitral contra la República de Argelia por una controversia surgida de la construcción de una represa de agua potable. El tribunal arbitral del CIADI, a efectos de determinar su competencia *ratione materiae*, consideró de manera individual tres elementos del “*test Salini*”: (i) la contribución económica, (ii) la duración y (iii) el riesgo. Sin embargo, respecto a la cooperación al desarrollo económico del Estado receptor, el tribunal estimó que se trataba de un aspecto incluido en los otros elementos del “*test Salini*”. Cabe destacar que, a criterio del tribunal arbitral, existe necesidad de identificar criterios objetivos de una “*inversión*” para garantizar un grado de seguridad que guarde coherencia con el objetivo del Convenio de Washington⁹⁰.

Del mismo modo, podemos citar el asunto **Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. La República de Chile**, en el cual el Señor Pey Casado, ciudadano español, y la Fundación Presidente Allende, interponen una demanda contra la República de Chile. En este caso, la controversia se refiere esencialmente a las consecuencias de la confiscación por parte del Gobierno de Chile de los bienes de los que alegaban ser propietarios los demandantes.

El tribunal consideró que sí existía una definición de inversión de conformidad con el Convenio de Washington y que no bastaba con señalar la presencia de algunas de las “*características*” habituales de una inversión para satisfacer la condición objetiva de la competencia *ratione*

⁹⁰ **Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. La República Democrática de Argelia**. Caso CIADI N°ARB/03/08. `párr.15.

materiae de los tribunales arbitrales del CIADI, toda vez que una interpretación de este tipo significaría privar de sentido a determinados términos contemplados en el artículo 25 del Convenio de Washington y no sería compatible con la exigencia de interpretar los términos de un tratado confiriéndoles un efecto útil⁹¹.

El tribunal señaló, además, que era evidente el cumplimiento de los tres requisitos que rigen la calificación de “*inversión*”: la existencia de un aporte, el hecho de que dicho aporte implica una cierta duración en el tiempo y el hecho de que dicho aporte comporta ciertos riesgos para quien lo efectúa⁹². Respecto al elemento de la “*contribución al desarrollo económico del Estado receptor*”, si bien es cierto el tribunal arbitral no lo calificó como uno de los requisitos de una “*inversión*”, no dejó de tomarlo en cuenta, al señalar que “*la adquisición y la expansión del diario ‘El Clarín’, cuya tirada era, según las personalidades de la época, la más importante del país, contribuyó sin duda alguna al progreso económico, social y cultural del país*”⁹³. Teniendo en cuenta esas consideraciones, el tribunal concluyó que el requisito de inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio de Washington se encontraba satisfecho.

En definitiva, a partir de las decisiones arbitrales que acaban de reseñarse, podemos advertir la repercusión que tuvo en ellas la identificación de los elementos de “*inversión*” a partir del “*test Salini*”, toda vez que los tribunales arbitrales consideraron, con algunas variantes, la contribución económica, el riesgo, la duración y la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión como criterios válidos y legítimos que les permitieron determinar su competencia *ratione materiae*.

⁹¹ **Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. La República de Chile.** Caso CIADI N°ARB/98/2, párr. 231. Cabe anotar que, en este caso, el tribunal tomó como referencia lo señalado en el laudo emitido en el asunto Joy Mining Machinery Limited.

⁹² **Ibid.** párr 232

⁹³ **Ibid.** párr. 234

En nuestra opinión, consideramos que la importancia del “*test Salini*” radica en haber servido como referente para facilitar la determinación de la competencia *ratione materiae* de tribunales arbitrales del CIADI en ulteriores casos al de Salini contra Marruecos. Sin embargo, dado que la competencia material de los tribunales arbitrales del CIADI sólo puede determinarse bajo parámetros objetivos, la principal referencia en tales casos será siempre el APPI o TLC celebrado entre el Estado demandado y el Estado del cual es nacional el inversionista reclamante.

El “*test Salini*”, tal como se ha visto reflejado en la mayoría de laudos que lo han tomado como referencia, sólo podría utilizarse para complementar lo acordado por las Partes en el marco del APPI o del TLC, a la vez que el propio test debería interpretarse, a nuestro entender, como un todo, tomando en cuenta la relación entre los elementos que lo conforman, así como las características particulares de la inversión en el caso concreto.

II.2. Fundamentos jurídicos que respaldan la validez del “*test Salini*” en la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI.

Al referirnos al “*test Salini*” como un estándar de evaluación que permite identificar las características y condiciones vinculadas a una noción general de “*inversión*”, debemos preguntarnos acerca de cómo fundamentar su validez jurídica de cara a que pueda ser utilizado por los tribunales arbitrales del CIADI en situaciones donde estos determinan su competencia *ratione materiae* en un controversia inversionista-Estado.

Como ha sido señalado líneas atrás, el denominado “*test Salini*” está basado en cuatro elementos: (i) el aporte o contribución económica del inversionista, (ii) una cierta duración del proyecto de inversión, (iii) una participación del inversionista en los riesgos de la transacción y (iv) la

relación de la inversión con la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión.

A nuestro entender, de cara a identificar los fundamentos jurídicos que respaldan la validez del “*test Salini*”, es necesario distinguir sus elementos en función a la fuente que les sirve de sustento. En ese sentido, habría que poner de relieve que, mientras los elementos sobre contribución, duración y riesgo fueron tomados en cuenta por el tribunal arbitral en el caso Salini contra Marruecos (y, con anterioridad, en el caso Fedax contra Venezuela) en tanto características generales de una inversión identificadas por la doctrina; el elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión fue traído a colación al tratarse de un aspecto considerado en el propio Convenio de Washington.

Dicha situación nos permite clasificar los elementos del “*test Salini*” en dos categorías: de un lado, los elementos que consisten propiamente en las características generales e intrínsecas de una inversión identificadas por la doctrina y, de otro lado, el elemento sobre la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión que, más que una característica de una inversión, constituiría una condición de las inversiones amparadas por el Convenio de Washington.

Así, pues, en lo referente a la utilización de las características generales de una inversión identificadas por la doctrina, consideramos que su relevancia jurídica -de cara a la determinación de la competencia *ratione materiae* de un tribunal arbitral del CIADI- incidiría en el hecho que sería una manera válida de interpretar el término “*inversión*” contemplado en el Convenio de Washington y en el APPI o TLC invocado, dado que, conforme a las reglas generales de interpretación de los tratados codificadas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un tratado debe interpretarse de buena fe

conforme al “*sentido corriente*” que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos.

Como bien apunta el profesor Richard Gardiner, el “*sentido corriente*” de un término incluye el sentido regular, normal y consuetudinario del mismo. Dicho autor destaca, además, que los órganos que resuelven una controversia jurídica recurren por lo general a diccionarios y a la doctrina especializada para interpretar el significado de un término, y que, en última instancia, el significado no es inherente al texto sino que es atribuido por el intérprete, sin perjuicio que este deba basar su apreciación siguiendo las reglas generales de interpretación de los tratados⁹⁴.

En ese sentido, frente a la necesidad de calificar si un supuesto constituye o no una inversión a la luz del Convenio de Washington y del APPI o TLC invocado en la controversia, de un lado, y la ausencia de mayores elementos en el tratado que permitan determinar con precisión si ese supuesto constituye o no una inversión, de otro lado, resultaría jurídicamente válido utilizar los elementos sobre contribución, duración y riesgo del “*test Salini*” para fundamentar la interpretación del término “*inversión*”, toda vez que, al tratarse de las características generales e intrínsecas que la doctrina de los publicistas atribuye a la noción de “*inversión*”, guardarían correspondencia con el “*sentido corriente*” que tiene dicho término en un acuerdo internacional de inversiones.

Consecuentemente, la utilización de los elementos sobre contribución, duración y riesgo del “*test Salini*” por un tribunal arbitral del CIADI se justificaría en razón a su consistencia con las reglas generales de

⁹⁴ En efecto, Gardiner destaca que, en el artículo 31, numeral 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, se hace referencia a una interpretación conforme al sentido corriente “*que haya de atribuirse*” a los términos del tratado en el contexto de estos, lo que implica que, en última instancia, el intérprete tiene un margen para atribuir el “*sentido corriente*” de un término. **GARDINER Richard K.** “Treaty Interpretation”. Nueva York: Oxford University Press. 2010. p 164.

interpretación de los tratados reconocidas a nivel del Derecho Internacional General. En particular, consideramos que es idóneo utilizar la doctrina especializada de los publicistas para identificar el “*sentido corriente*” que tiene el término “*inversión*”, y que es posible validar una interpretación basada en esa referencia cuando se realiza de buena fe y toma en cuenta el contexto de los términos del tratado, así como su objeto y fin. En esa línea, coincidimos con el profesor Pastor Ridruejo, para quien “*la doctrina de los publicistas, aun no siendo fuente autónoma del Derecho Internacional, contribuye a su formación y aplicación y en ese sentido desempeña un papel nada desdeñable*”⁹⁵.

Al mismo tiempo, una interpretación que tuviera como referente las características de una inversión enunciadas por el “*test Salini*” y que considerase el contexto de los términos del tratado, así como su objeto y fin, debería ser tomada como válida salvo que se advirtiera que las Partes hubiesen querido dar a ese término un sentido especial. De presentarse este último escenario, se aplicaría la regla establecida en el artículo 31, numeral 4 de la Convención de Viena de 1969, que vuelve a citarse como expresión del Derecho Internacional consuetudinario en la materia, en el sentido que se debe dar a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las Partes.

Siguiendo a Richard Gardiner, el sentido especial de un término puede incluir dos categorías: de un lado, el sentido especial que tiene un término en un área específica o técnica, en cuyo contexto constituye el sentido corriente de dicho término; y, de otro lado, el significado particular atribuido a un término que difiere de su significado ordinario o más usual, en cuyo caso se requiere de alguna indicación que permita dejar de lado el significado que, en principio, cabría esperar del término. El artículo 31,

⁹⁵PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Madrid: Editorial Tecnos. Novena Edición 2003. p. 156.

numeral 4 de la Convención de Viena de 1969 está más orientado a cubrir este segundo supuesto⁹⁶.

Asimismo, tal como es puesto de relieve por los profesores Julio González Campos, Luis Sánchez Rodríguez y Paz Sáenz de Santa María, es importante el criterio seguido por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto del “*Estatuto jurídico de Groenlandia oriental*”, en el sentido que “*si una de las partes alega que debe atribuírsele (a un término) un sentido inusitado o excepcional, corresponde a esa parte demostrar la validez de su afirmación*”⁹⁷.

De otro lado, a diferencia de los elementos del “*test Salin*” que acaban de reseñarse, es posible sostener que la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión tiene su propio fundamento jurídico en el Convenio de Washington, toda vez que, de la lectura del Preámbulo de dicho Convenio, se entiende que su objeto y fin está relacionado a estimular la inversión internacional de carácter privado en tanto contribuye a la cooperación internacional que las Partes estiman necesaria para su desarrollo económico.

A tenor de lo indicado por el Preámbulo del Convenio de Washington, el elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión no constituiría propiamente una característica de una “*inversión*”, sino, más bien, un criterio o condición de las inversiones amparadas por dicho tratado que está vinculado a su objeto y fin.

En ese orden de ideas, la inclusión de dicho criterio o condición en el Preámbulo del Convenio de Washington es relevante a fin de interpretar el término “*inversión*” en el contexto de una controversia planteada ante un tribunal arbitral del CIADI, pues, conforme a las reglas generales sobre

⁹⁶ GARDINER Richard K. Ob. Cit., p 291.

⁹⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA. “Curso de Derecho Internacional Público”. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008, p. 368

interpretación de los tratados (artículo 31, numeral 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969) un tratado debe interpretarse conforme al “*sentido corriente*” que haya de atribuirse a sus términos “*en el contexto de estos*” y “*teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

A mayor precisión, como quiera que la referencia a la relación entre la inversión extranjera y la cooperación para el desarrollo económico de las Partes del Convenio de Washington está contemplada en el Preámbulo de dicho tratado, resulta relevante lo señalado en el artículo 31, numeral 2 de la Convención de Viena de 1969, al contemplar que, para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto incluye su preámbulo y anexos.

Sobre el particular, coincidimos con lo indicado por los profesores Julio González Campos, Luis Sánchez Rodríguez y Paz Sáenz de Santa María, en términos de resaltar que la determinación del sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de un tratado no puede hallarse tomando como base ciertas frases aisladas que, separadas de su contexto, pueden ser interpretadas de diversas maneras. Siguiendo a dichos autores, lo que corresponde es realizar una “*interpretación sistemática de los términos*”, que obliga a tener en cuenta los distintos elementos del tratado, incluyendo lo dispuesto en su preámbulo y anexos⁹⁸.

Igualmente, es relevante anotar que, en tanto las disposiciones del preámbulo de un tratado contienen los propósitos que persiguen las Partes a través de la celebración del mismo, se entiende que aquellas están relacionadas al objeto y fin del tratado que se celebra. En ese sentido, coincidimos con lo expresado por el profesor Schreuer al subrayar que, tomando en cuenta lo mencionado en el Preámbulo del Convenio de Washington, es posible inferir que el desarrollo económico está entre los aspectos que conforman el objeto y fin de dicho tratado, y

⁹⁸ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio et. al., Ob. Cit., p. 367.

que ello permite sostener que una transacción internacional dirigida a promover el desarrollo del Estado receptor de la inversión goza de la presunción de constituir una inversión a la luz del Convenio de Washington⁹⁹.

En esa misma línea, Richard Gardiner ha señalado que el preámbulo de un tratado tiene una significación textual y teleológica. De esta manera, cuando existe duda acerca del significado de un término contenido en el cuerpo principal o parte dispositiva de un tratado, el preámbulo puede justificar una interpretación más amplia o incidir en la selección del sentido corriente de dicho término. Al mismo tiempo, al contemplar los propósitos y objetivos de un tratado, el preámbulo puede ayudar a identificar el objeto y fin del mismo¹⁰⁰.

Como puede observarse, el elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión encuentra un importante sustento jurídico a partir de estar contemplado en el Preámbulo del Convenio de Washington. En cuanto a su utilización por parte de tribunales arbitrales del CIADI, podemos señalar que, incluso en decisiones arbitrales anteriores al “*test Salini*”, se consideró que dicho elemento estaba vinculado al término “*inversión*” a partir de lo establecido por el Convenio de Washington.

Así, por ejemplo, en el caso **Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S v. la República Eslovaca**, el tribunal arbitral del CIADI consideró que el sustento jurídico de lo que debe considerarse como “*inversión*” se encuentra en el primer párrafo del Preámbulo del Convenio de Washington, concluyendo que la actividad económica en controversia estaba estrechamente relacionada con el desarrollo de la actividad

⁹⁹ SCHREUER, Christoph. Ob. Cit. p.134 (2009)

¹⁰⁰ GARDINER Richard K. Ob. Cit., pp. 186-187.

bancaria en la República Eslovaca y que calificaba como inversión en el sentido del APPI y del Convenio de Washington¹⁰¹.

A partir de los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, es posible concluir que el Convenio de Washington contiene en su Preámbulo un criterio objetivo relacionado a la noción de “*inversión*” que guarda relación con su objeto y fin y que resulta relevante de cara a la determinación de la competencia *ratione materiae* por parte de un tribunal arbitral del CIADI.

II.3. Consideraciones que limitan la aplicación del “*test Salini*” para la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI.

Como ha sido señalado líneas atrás, existen posturas que cuestionan la aplicación del “*test Salini*” al considerar innecesario identificar las características de una “*inversión*” a los fines del artículo 25 del Convenio de Washington; a criterio de tales posiciones, un tribunal arbitral del CIADI debería determinar si existe una controversia de naturaleza jurídica que surge directamente de una “*inversión*” tomando únicamente como base las disposiciones contempladas en el APPI o TLC invocado en la controversia. En ese sentido, es posible reconocer que algunos tribunales arbitrales del CIADI han optado por interpretar con carácter flexible las definiciones de inversión contempladas en APPIs o TLCs y han limitado la posibilidad de aplicar el “*test Salini*” en el caso concreto.

A manera de referencia, pueden traerse a colación algunas decisiones arbitrales del CIADI que cuestionan la validez del “*test Salini*”. Entre ellas, mencionaremos al asunto **MCI Power Group, LC and New Turbine, Inc**

¹⁰¹ **Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S v. la República Eslovaca.** Caso CIADI N°ARB97/4. párr. 92

v. **Ecuador**¹⁰², en el que una empresa de Estados Unidos (Seacoast) interpuso una demanda contra el Ecuador alegando la violación de las obligaciones del APPI invocado a través de actos de discriminación por parte del Gobierno ecuatoriano, que continuaron hasta la revocación arbitraria del permiso de operaciones de Seacoast.

En este caso, el tribunal arbitral del CIADI señaló que los requisitos que fueron tomados en cuenta en decisiones arbitrales anteriores para los propósitos de denotar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como la duración y el riesgo de la supuesta inversión) debían ser considerados como meros ejemplos y no necesariamente como elementos exigibles para determinar la existencia de una inversión¹⁰³.

En otro asunto, **Biwater Gauff LTD. v. Tanzania**¹⁰⁴, el tribunal arbitral rechazó el argumento de Tanzania, para quien un proyecto de renovación de infraestructuras de agua y alcantarillado no podía calificar como una inversión debido a su naturaleza poco lucrativa.

En el citado caso, tras mencionar los cuatro elementos del “*test Salini*” en que se basó Tanzania, el tribunal arbitral del CIADI señaló que no existía una base para una aplicación demasiado estricta de los elementos de dicho test y consideró, además, el hecho que aquellos no aparecen contemplados en el Convenio de Washington¹⁰⁵. A criterio de dicho tribunal, el “*test Salini*” resulta problemático porque las características “*típicas*” de una inversión identificadas por el tribunal arbitral en el asunto Salini contra Marruecos representan “*una prueba fija e inflexible*”.

¹⁰² **MCI Power Group, LC and New Turbine, Inc v. Ecuador**. Caso CIADI N°ARB/03/6

¹⁰³ No obstante, el tribunal arbitral consideró que el proyecto Seacoast cumplía con los elementos sobre duración y riesgo que, en otras decisiones arbitrales, fueron considerados necesarios para determinar la existencia de inversiones protegidas. **Ibíd.** párr. 165

¹⁰⁴ **Biwater Gauff LTD. v. Tanzania**. Caso CIADI N°ARB/05/22

¹⁰⁵ **Ibíd.**, párr. 313.

Sin embargo, debe tenerse presente que el tribunal arbitral manifestó que sería posible tener en cuenta las características identificadas en el “*test Salini*” bajo un enfoque más flexible y pragmático sobre el significado de “*inversión*”, siempre que se considere también todas las circunstancias del caso concreto, incluyendo la naturaleza del instrumento que contiene la autorización pertinente al CIADI¹⁰⁶.

De esta manera, es interesante advertir que pese a que el tribunal arbitral desestimó la aplicación del “*test Salini*” en el caso concreto, reconoció *in abstracto* la posibilidad de utilizar los elementos del test para identificar una noción de “*inversión*”, para lo cual precisó que sería necesario emplear un enfoque más flexible, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias de la actividad económica en controversia y el instrumento en que ha sido contemplada la definición de inversión.

Otro caso que es pertinente traer a colación es la decisión del Comité *ad hoc* sobre anulación en el caso **Malaysian Historical Salvors v. Malasian**, en la cual, por mayoría de votos, se anuló un laudo arbitral que excluyó de la jurisdicción del CIADI a supuestos alegados como “*inversiones*”, en tanto no calificaban como una contribución significativa para el desarrollo económico de Malasia¹⁰⁷.

Cabe anotar que, en este caso, el Comité *ad hoc* opinó que el árbitro único se había excedido en sus poderes, al no tomar en cuenta la amplia definición de inversión contenida en el APPI celebrado entre el Reino Unido y Malasia, y al no haber reparado en que el propio Convenio de Washington no limita su jurisdicción a contribuciones monetarias o al

¹⁰⁶ **Ibíd**, párr. 316.

¹⁰⁷ En efecto, el Comité Ad hoc declaró nulo el Laudo **Malaysian Historical Salvors v. Malasian**, en el cual el árbitro único estimó que no tenía jurisdicción sobre la controversia sometida a él porque la actividad en controversia no era una inversión en el marco de lo señalado en el artículo 25 del Convenio de Washington. Por el contrario, el Comité Ad Hoc consideró que el supuesto alegado en la controversia sí representaba una contribución histórica y cultural para el Estado receptor.

monto de la inversión¹⁰⁸. El Comité *ad hoc* señaló que el árbitro único se limitó a hacer un análisis de los criterios de una “*inversión*” de acuerdo al artículo 25 del Convenio de Washington, elevándolos a requisitos jurisdiccionales, y que interpretó exigentemente la supuesta condición de una contribución para el desarrollo económico del Estado receptor para excluir de su ámbito a contribuciones de una naturaleza cultural e histórica. En ese sentido, para el Comité *ad hoc*, el análisis de la competencia *ratione materiae* del tribunal arbitral no debió recaer tanto en los elementos del “*test Salini*” sino, más bien, en las disposiciones contempladas en el APPI.

Es preciso señalar que la posición del Comité *ad hoc* no fue unánime, dado que el árbitro Shahabuddeen Mohamed planteó una opinión disidente señalando que la definición del Convenio del CIADI tiene supremacía sobre la definición del tratado y que la decisión del árbitro limitando la definición de inversión no constituía un exceso de poder¹⁰⁹.

En general, podemos ver que existen decisiones arbitrales que excluyen la aplicación del “*test Salini*”, al considerar que la única fuente para determinar el sentido del concepto “*inversión*” es el APPI o TLC celebrado por el Estado demandado y el Estado del cual el demandante es nacional. En cambio, otros tribunales arbitrales han considerado que debería limitarse la aplicación del “*test Salini*” en términos de descartar una interpretación estricta de sus elementos. Sin embargo, a criterio de dichos tribunales, el “*test Salini*” podría constituir una herramienta válida para interpretar el concepto de “*inversión*” a la luz del artículo 25 del Convenio de Washington y del APPI o TLC invocado en la controversia, para lo cual sería necesario que los elementos de dicho test fueran aplicados de manera flexible.

¹⁰⁸ ARIF HYDER, AÍ. “Breves notas sobre el Arbitraje de Inversión”. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 9 (2009), p. 7

¹⁰⁹ *Ibíd*em

Asimismo, creemos importante resaltar que una de las razones que subyace a las posiciones que limitan la aplicación del “*test Salini*” es el hecho de haber surgido de una decisión arbitral (el caso Salini contra Marruecos) que, por naturaleza, no constituye *stare decisis*, vale decir, no representa un precedente vinculante para futuras controversias inversionista-Estado.

Más aún, se cuestiona que los elementos sobre contribución económica del inversionista, duración de la inversión y riesgo asumido hayan surgido a partir de tomar en cuenta posiciones doctrinarias en torno a las características intrínsecas de una “*inversión*”, consideradas exógenas a las disposiciones del Convenio de Washington y del APPI o TLC invocado en una controversia.

En cuanto al elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor, si bien es cierto es un aspecto contemplado en el Preámbulo del Convenio de Washington, algunas posiciones han señalado que, por el tenor con el que está redactado, debería interpretarse con carácter muy limitado y, en última instancia, no podría rebatir una interpretación amplia de los supuestos contemplados como inversión en un APPI o TLC.

Siguiendo a Dinah Shelton, es posible identificar cuatro categorías de disposiciones en función a la naturaleza jurídica del instrumento que contiene la disposición (continente) y el tenor o lenguaje utilizado para redactar esa disposición (contenido). En ese sentido, la interacción entre el continente y el contenido de la disposición nos lleva a las siguientes opciones: (i) la norma obligatoria, contemplada en un instrumento jurídico vinculante (continente de *hard law*) con un contenido mandatorio o normativo (contenido de *hard law*); (ii) el lenguaje exhortatorio, contemplado en un instrumento jurídico vinculante (continente de *hard law*) pero con un contenido de carácter promocional (contenido de *soft law*); el compromiso, contemplado en un instrumento no vinculante

(continente de *soft law*) pero con un contenido mandatorio o normativo (contenido de *hard law*); y, la libertad de acción, que se sitúa en un instrumento no vinculante o de *soft law* y que tiene un contenido promocional o de *soft law*¹¹⁰.

Bajo ese escenario, una posición que apuntara a limitar la aplicación del “*test Salini*” podría sostener que el elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor constituiría una disposición de “*lenguaje exhortatorio*”, es decir, una disposición contemplada en un instrumento de *hard law* pero con un contenido promocional o de *soft law* que debería interpretarse en un sentido muy limitado.

II.4. Posición personal.

Habida cuenta de los aspectos que han sido considerados y explicados en los párrafos anteriores en torno a la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI y las consideraciones que, en relación a dicho supuesto, fundamentan y limitan la aplicación del “*test Salini*”, somos de la opinión que existen bases jurídicas suficientes que respaldan la utilidad y validez de dicho test desde la perspectiva del Derecho Internacional aplicado a la regulación internacional de las inversiones.

Una defensa jurídica del “*test Salini*” que apunte a tener mayor repercusión a nivel de su aplicación por parte de los tribunales arbitrales del CIADI debe tomar en cuenta las distintas opciones con las que es posible concebir el sentido y aplicación de dicho test.

Tales opciones pueden variar en función al propósito que se atribuye al “*test Salini*” (en términos de si este apunta a definir de manera general

¹¹⁰ SHELTON, Dinah. “Commitment and compliance. The role of Non-Binding Norms in the International Legal System”. Nueva York: Oxford University Press, 2000, p. 4.

qué es “*inversión*” o de si es considerado únicamente para identificar algunos aspectos relacionados al término “*inversión*” en el ámbito del CIADI) y a la manera cómo se plantea aplicar dicho test (en el sentido de si deben tomarse necesariamente en cuenta todos sus elementos o solo algunos de ellos, o de si dichos elementos deben analizarse conjuntamente o de manera separada).

Con relación al primer punto, creemos que el “*test Salini*” constituye una herramienta destinada a facilitar a los tribunales arbitrales del CIADI la determinación de su competencia *ratione materiae* en una controversia inversionista-Estado. No consideramos que el “*test Salini*” ofrezca en sentido estricto una definición general del concepto “*inversión*”, ni tampoco que todos sus elementos constituyan propiamente características intrínsecas de una inversión.

En efecto, al interpretar el elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión a partir de lo dispuesto en el Preámbulo del Convenio de Washington, advertimos que el tenor con el que ha sido redactado no busca atribuir una característica al término “*inversión*”, sino, más bien, plantea la función que tiene la inversión extranjera respecto a la cooperación internacional para el desarrollo económico de las Partes, que es considerada necesaria. De esta manera, se entendería que este elemento del “*test Salini*” constituiría, en realidad, un criterio referido a las inversiones que las Partes han convenido amparar en el marco del Convenio de Washington.

De otro lado, a propósito de la discusión a nivel de la doctrina y de las decisiones arbitrales del CIADI en torno a si deberían considerarse todos los elementos del “*test Salini*” o aplicarse algunos de ellos, descartando el elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, somos de la opinión que debería asumirse la primera posición.

Este tema de discusión nos permite poner de relieve los fundamentos jurídicos que sustentan las dos categorías de elementos que hemos identificado en el “*test Salini*”: de un lado, las características de una “*inversión*” que dicho test postula a partir de tomar en cuenta la doctrina de los publicistas y; de otro lado, el elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, que consiste en un criterio o condición de las inversiones amparadas por el Convenio de Washington.

En cuanto a los elementos relativos a las características de una inversión (contribución económica, duración y riesgo), su sustento jurídico radicaría en el hecho que podrían ser utilizadas para determinar el “*sentido corriente*” del término “*inversión*”, conforme a las reglas generales de interpretación de los tratados codificadas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. A tal efecto, la referencia a las características de una inversión identificadas por la doctrina de los publicistas sería una manera válida para dilucidar el “*sentido corriente*” atribuido al término “*inversión*”, siempre que ello sea consistente también con el contexto del tratado a la luz de su objeto y fin¹¹¹.

El elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, por su parte, encuentra su sustento jurídico en el propio Convenio de Washington. Sin embargo, más allá de esta circunstancia, algunas posiciones han considerado que el ámbito de

¹¹¹ Sobre el particular, consideramos relevante la referencia que hace la Comisión de Derecho Internacional, en su Proyecto de Artículos sobre Derecho de los Tratados, a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre competencia de la Asamblea General respecto a la admisión de un Estado a las Naciones Unidas, en términos de señalar que la primera obligación de un tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es procurar darles efecto en su sentido natural y corriente, en el contexto en que se sitúen. Si los términos relevantes tienen sentido en su significado natural y corriente, ello puede poner fin a la interpretación del término. **COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL**: Proyecto de Artículos sobre Derecho de los Tratados con comentarios (1966). Naciones Unidas, 2005, p. 221.

En:http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf.

aplicación de este elemento es tan residual que, en la práctica, no debería ser tomado en cuenta para la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI. Tales posiciones plantean que el tenor con el que está redactado este elemento en el Preámbulo del Convenio de Washington denota un “*lenguaje exhortatorio*” o promocional, lo cual le resta validez para que sea considerado en el análisis de la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI.

Respecto al lenguaje exhortatorio y al valor jurídico de disposiciones con contenido de *soft law* pero que están contempladas en instrumentos de *hard law*¹¹², habría que decir que no dejan de tener alguna implicación jurídica en tanto constituyen aspectos previstos en el propio texto del tratado. En ese sentido, no debe perderse de perspectiva que, a nivel del Derecho Internacional, tales disposiciones pueden resultar relevantes a la luz de las reglas generales sobre interpretación de los tratados.

En el caso del elemento sobre cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, la regla general de interpretación que nos ofrece la Convención de Viena de 1969 nos permite argumentar que la citada disposición del Preámbulo del Convenio de Washington, a pesar de utilizar un lenguaje exhortatorio o de *soft law*, no deja de estar contenida en un instrumento de *hard law* y de tener algún grado de aplicación en tanto forma parte del contexto del tratado.

¹¹² Al respecto, cabe remitirse a lo señalado líneas atrás por Dinah Shelton. Asimismo, siguiendo a Prosper Weil, es posible distinguir dos nociones: el *soft law instrumentum* y el *soft law del negotium*. En relación al *soft law instrumentum*, dicho autor señala que es lo opuesto a un tratado internacional firmado, ratificado, y que entra en vigor entre dos Estados, que constituye un instrumento normativo puro y duro de *hard law*; mientras que el *soft law del negotium* está relacionado a reglas cuyo contenido normativo es débil y poco obligatorio (blandura del contenido normativo); este es el caso de las disposiciones que enuncian ciertos derechos y obligaciones que no definen ni imponen una conducta precisa. **WEIL, Prosper** “Le droit international en quete de son identité cours des cours de l’Académie de Droit International (RCADI). Tomo 237. 1992.

Esta reflexión nos lleva a tener presente el principio *ut res magis valeat quam pereat* (conocido también como principio de efectividad o del efecto útil). Conforme ha sido planteado en el Proyecto de Artículos sobre Derecho de los Tratados de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), órgano encargado de promover el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación, el hecho de no haberse contemplado expresamente dicho principio en el texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no quiere decir que aquel ha sido excluido de las reglas generales de interpretación de los tratados. A criterio de la CDI, el principio del efecto útil está presente en el hecho que un tratado debe interpretarse “*de buena fe*” conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto del tratado y “*a la luz de su objeto y fin*”. De esta manera, sostiene la CDI, cuando un tratado está abierto a dos interpretaciones, una de las cuales permite dar a sus disposiciones un efecto apropiado y la otra no, la buena fe y el objeto y fin del tratado exigen que se adopte la primera interpretación¹¹³.

Existe, además, un aspecto que refuerza el sustento jurídico del elemento de la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, que está vinculado a la relación que puede deducirse entre las disposiciones del Preámbulo del Convenio de Washington y el objeto y fin de dicho tratado.

Como bien apunta Georges Scelle¹¹⁴, “*no es raro que el preámbulo contenga verdaderas disposiciones de orden legislativo o reglamentario que encuadran o complementan las estipulaciones del cuerpo del tratado*”. En esa misma línea, José Corriente Córdoba refiere que algunos preámbulos contienen verdaderas normas jurídicas suplementarias o complementarias a las de la parte dispositiva del tratado¹¹⁵.

¹¹³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Ob. Cit., p. 219.

¹¹⁴ SCELLE, Georges. “Précis de Droit des Gens. Principes et systématique. Présentation de Carlo Santulli. Vol. XI. p. 464

¹¹⁵ CORRIENTE CÓRDOBA, José A. “Principio de Subsidiariedad y Regionalismo en la Unión Europea”. Azpilcueta: Universidad de Navarra, Cuadernos de Derecho, Nº 16, 2001, p. 98.

A nuestro entender, este sería el caso de la disposición del Preámbulo del Convenio de Washington referido a la cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, pues permite precisar que la intención de las Partes fue amparar las inversiones extranjeras que guardaran relación con la cooperación para el desarrollo económico de aquellas.

Consecuentemente, podríamos afirmar que las posiciones que cuestionan y excluyen toda posibilidad de utilizar el elemento del “*test Salini*” sobre cooperación para el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión estarían pervirtiendo, en realidad, el efecto útil de una disposición contenida en el propio Convenio de Washington.

Al estar contemplado en el propio Convenio de Washington, dicho elemento tendría que tener alguna aplicación conforme al principio del efecto útil relacionado al objeto y fin de un tratado. Bajo una interpretación *de minimis*, por ejemplo, creemos que no sería posible admitir una interpretación en virtud de la cual se admitiera un supuesto calificado como inversión en un APPI o TLC de manera que fuera abiertamente contrario al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión, vale decir, al espíritu de Convenio de Washington.

Sin perjuicio de ello, consideramos también que, aún cuando dicho elemento del “*test Salini*” tiene una base jurídica en el propio Convenio de Washington y está relacionado a su objeto y fin, no debe dejarse de reconocer su lenguaje exhortatorio o promocional. Ello resulta relevante toda vez que el principio del efecto útil no podría aplicarse para legitimar una aplicación demasiado amplia de dicho elemento, en el sentido de ir más allá de lo que está expresado o necesariamente implicado en los términos del tratado¹¹⁶.

¹¹⁶ Cabe señalar que, precisamente, la Comisión de Derecho Internacional no incluyó expresamente el principio del efecto útil en el Proyecto de Artículos sobre Derecho de los Tratados -que dio lugar a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969- en razón a que ello hubiese podido

En ese sentido, coincidimos con dos precisiones señaladas por el profesor Schreuer, que permiten afirmar que este elemento debería tener una aplicación flexible:

- (i) En primer lugar, cabría afirmar que cualquier concepto de desarrollo económico podría servir como criterio para determinar la existencia de una “*inversión*”, es decir, al aplicar dicho elemento con cierta flexibilidad, no debería circunscribirse el concepto de desarrollo a contribuciones medibles o cuantificables como el PBI, sino que debería incluir el desarrollo del potencial humano, el desarrollo político y social y la protección del medio ambiente local y global.
- (ii) En segundo lugar, la interpretación de este elemento del “*test Salini*” no supone dejar de calificar ciertas actividades económicas como “*inversión*” por el sólo hecho de no haberse demostrado fehacientemente su contribución económica al Estado receptor de la inversión¹¹⁷.

En síntesis, ante la ausencia de una definición de “*inversión*” en el Convenio de Washington y la falta de mayores elementos en el APPI o TLC invocado en la controversia para interpretar si un determinado supuesto constituye o no una “*inversión*”, consideramos que es jurídicamente válida y perfectamente legítima la aplicación del “*test Salini*”.

No debe perderse de vista que la finalidad del “*test Salini*” consiste en facilitar a los tribunales arbitrales del CIADI la determinación de su competencia *ratione materiae*. Para tal efecto, la aplicación de dicho test deberá tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto y ceñirse a

promover interpretaciones abusivas para extender el alcance de los términos de un tratado. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Ob. Cit., p. 219.

¹¹⁷ SCHREUER, Christoph. Ob. Cit., p. 134.

una interpretación que considere los términos reflejados en el APPI o TLC invocado en la controversia y en el Convenio de Washington.

En ese sentido, es importante aclarar que el “*test Salini*” no pretende enervar el consentimiento de las Partes de recurrir al CIADI para solucionar las controversias que se presenten en la aplicación de un APPI o TLC, ni tampoco busca desconocer lo convenido por aquellas en torno a las categorías de inversión previstas en tales tratados.

Más bien, a través del “*test Salini*”, es posible acercar al intérprete al “*sentido corriente*” que tiene el término “*inversión*” en un APPI o TLC (lo que implica cotejar que las Partes no hubiesen querido dar a ese término un sentido especial), a la vez que se toma en cuenta la intención expresada en el Convenio de Washington de amparar bajo dicho tratado las inversiones que guarden consistencia con el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión. Como bien apunta Ignacio Suárez Anzorena, la eficacia del “*test Salini*” dependerá de si se llega a un punto de equilibrio entre lo previsto en el Convenio de Washington y lo acordado por las Partes en un APPI o TLC¹¹⁸.

Una interpretación en ese sentido abonaría a favor de la vigencia del “*test Salini*”, si bien con un rol menos protagónico bajo el que habría sido concebido según los detractores del test. En particular, una interpretación lo suficientemente flexible del “*test Salini*” permitiría que este gozara de mayor consenso a efectos de constituir una herramienta válida para determinar la competencia *ratione materiae* de un tribunal arbitral del CIADI. Ello, a su vez, sería respetuoso de la voluntad de los Estados en el marco de los tratados celebrados en materia de inversión (APPIs y TLCs), y conciliaría las distintas posiciones que se han adoptado a nivel de las decisiones arbitrales en el ámbito del CIADI.

¹¹⁸ SUAREZ ANZORENA, Ignacio. Ob. Cit. p. 260

Conclusiones:

1. Si bien es cierto, conforme al artículo 25 del Convenio de Washington, la jurisdicción del CIADI se determina en función a la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una “*inversión*”, dicho tratado no incluye una definición del término “*inversión*”. A partir de un análisis de los trabajos preparatorios del Convenio de Washington, es posible entender que ello se debió a una omisión intencional, que tuvo como propósito que los Estados parte sean los encargados de precisar el término “*inversión*” en los acuerdos que estos celebren.
2. Si bien es cierto los acuerdos que regulan el tratamiento de la inversión extranjera contemplan “*definiciones*” del término “*inversión*”, estas, por lo general, no proporcionan criterios distintivos ni las características de una inversión, sino que consisten, más bien, en listas de supuestos que califican como una inversión o que no constituyen una inversión en el marco del acuerdo específico de que se trate.
3. Las definiciones convencionales del término “*inversión*”, al ser muy generales, dan lugar a una labor de interpretación por parte de los tribunales arbitrales del CIADI para determinar su competencia *ratione materiae* en el marco del Convenio de Washington y del Acuerdo invocado que regula el tratamiento de la inversión extranjera.
4. El “*test Salini*” constituye una herramienta que apunta a facilitar la determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales del CIADI, en particular, en casos donde exista duda acerca de si una actividad económica puede ser considerada como inversión a la luz del Convenio de Washington y del Acuerdo que

regula el tratamiento de la inversión extranjera invocado por las partes en una controversia.

5. La validez del “*test Salini*” para poder interpretar el concepto de “*inversión*” contemplado en el Convenio de Washington y en el Acuerdo que regula el tratamiento de la inversión extranjera invocado por las partes en una controversia radica en el hecho que constituye una herramienta cuya aplicación se fundamenta en las reglas generales de interpretación de los tratados reconocidas por el Derecho Internacional y recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
6. Es posible distinguir los elementos del “*test Salini*” en función a las reglas de interpretación de los tratados que les sirven de sustento. Mientras que los elementos referidos a la contribución económica, duración y riesgo se fundamentan en el sentido corriente que se atribuye al término “*inversión*”, el criterio relativo a la cooperación económica para el desarrollo del Estado receptor de la inversión toma en cuenta un elemento contemplado en el propio Convenio de Washington y que está vinculado a su objeto y fin.

Anexo

Acuerdos Internacionales de Inversión de los que el Perú es Parte¹¹⁹

Acuerdos Internacionales de Inversión	Basada en activos	Basada en activos (de conformidad con la legislación del país receptor)	Referencia al riesgo de la inversión y otros factores	Lista cerrada
Alemania		x		
Argentina		x		
Australia		x		
Bolivia		x		
Canadá				x
Colombia	x		x	
Corea	x		x	
Cuba	x			
Chile	x		x	
China		x		
Dinamarca	x			
Ecuador	x			
El Salvador		x		
Estados Unidos	x		x	
España		x		
Finlandia		x		
Francia	x			
Islandia	x			
Italia		x		
Japón	x		x	
Liechtenstein	x			
Luxemburgo	x			
Malasia	x			
México		x		
Noruega		x		
Países Bajos	x			
Panamá	x		x	
Paraguay		x		
Portugal		x		
Reino Unido		x		
República Checa		x		
Rumania		x		
Singapur	x		x	
Suecia		x		
Suiza		x		
Tailandia	x			
Venezuela		x		

Fuente: Elaboración propia en base a la información que obra en el portal de internet de PROINVERSIÓN.

¹¹⁹ La referencia a los acuerdos internacionales de inversión incluye a los Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, así como a los Tratados de Libre Comercio que contienen capítulos relativos a inversiones.

Bibliografía:

I. Libros

1. **BROCHES, Aron.** “World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law”. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
2. **CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando.** “Arbitraje comercial y de las inversiones. Lima: UPC, 2007.
3. **CARREAU, Dominique, FLORY T. y JUILLARD P.** “Droit International Economique. Paris : LGDJ, tercera edición, 1990.
4. **CORRIENTE CÓRDOBA, José A.** “Principio de Subsidiariedad y Regionalismo en la Unión Europea”. Azpilcueta: Universidad de Navarra, Cuadernos de Derecho, Nº 16, 2001.
5. **CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES.** “History of the ICSID Convention”. Vol. I: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention. Washington: ICSID. 1970
6. **CLAROS ALEGRÍA, Pedro.** “El sistema Arbitral Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (CIADI)”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freire. Lima: Palestra Editores S.A.C., volumen 4. 2007
7. **CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES.** “History of the ICSID Convention”. Vol.

II: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention. Washington: ICSID. 1968.

8. **DELAUME, George.** “Experience with ICSID”. International Arbitration between Private Parties and Governments, Practising Law Institute. Estados Unidos de América: 1982.
9. **DELAUME, George.** “Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)”. París: Journal de Droit international. 1982.
10. **DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER.** “Principles of International Investment Law”. Nueva York: Oxford University Press, 2008.
11. **FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique.** “Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
12. **GARRIGA SUAÚ, Georgina.** “Los tratados bilaterales de Inversión (BITs)”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freire. Derecho Internacional Económico y de las Inversiones internacionales. Volumen 10. Segunda Parte. Lima: Editorial Palestra. 2009
13. **GARDINER, Richard K.** “Treaty Interpretation”. Nueva York: Oxford University Press, 2010.
14. **GONZÁLEZ CAMPOS, Julio; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA.** “Curso de Derecho Internacional Público”. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008.

15. **GONZALO QUIROGA, Marta.** “El sistema arbitral de solución de controversias del CIADI”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freire. Derecho Internacional Económico y de las Inversiones internacionales. Segunda Parte. Lima: Editorial Palestra, volumen 10. 2009
16. **HORN, Norbert.** “Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Sustantive Legal Aspects” Studies in Transnational Economic Law. Volumen 19. Países Bajos: Kluwer Law International, volumen 19. 2004
17. **PASTOR RIDRUEJO, José Antonio.** “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid: Editorial Tecnos, novena edición, 2003.
18. **RODRIGUEZ JIMÉNEZ. Sonia.** “El sistema arbitral del CIADI”. México D.F.: Editorial PORRÚA S.A., 2006.
19. **RUBINS, Noah.** “The notion of Investment in International Investment Arbitration”. Arbitration Foreign Investment Disputes”. Países Bajos: Kluwer Law International. 2004.
20. **SCHEREUER, Christoph.** “The ICSID Convention: A Commentary”. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
21. **SCHREUER, Christoph.** “The ICSID Convention: A commentary”. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
22. **SCELLE, Georges.** “Précis de Droit des Gens. Principes et systématique. Présentation de Carlo Santulli. Francia: Editorial. Dalloz, volumen XI, 2008.

23. **SHELTON, Dinah.** “Commitment and compliance. The role of Non-Binding Norms in the International Legal System”. Nueva York: Oxford University Press, 2000.
24. **SORNARAJAH M.** “The International Law on Foreign Investment”. Cambridge: Cambridge University Press, tercera edición, 2011.
25. **WEIL, Prosper** “Le droit international en quete de son identité cours des cours del Académie de Droit International: Francia, RCADI. tomo 237. 1992.
26. **ZAMBRANA TEVAR. Nicolás.** “Arbitraje y Protección de Inversiones. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freire. Lima: Palestra Editores S.A.C., volumen 4.

II. Artículos de revista

1. **ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela** “Las características del arbitraje del CIADI”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. En: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/2/cmt/cmt6.htm>. Visitado el 15 de setiembre de 2010.
2. **ARIF HYDER, Alí.** “Breves notas sobre el Arbitraje de Inversión”. Revista Peruana de Arbitraje N° 9 (2009). En: http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_9_2009.pdf. Visitado el 24 de agosto de 2010.
3. **CREMADES M. Bernardo y CAIRNS, David.** “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados”. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Real Instituto El Cano. En:

<http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf>. Visitado el 12 de setiembre de 2010.

4. **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** “Arbitrando la Inversión” Revista Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones. En: [http://www.limaarbitration.net/LAR2/fernando de trazegnies granda.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR2/fernando_de_trazegnies_granda.pdf). Visitado el 15 de agosto de 2010.
5. **ESCOBAR, Alejandro.** “The Use of ICSID precedents by ICSID and ICSID tribunals”. British Institute of International and Comparative Law”. En: <http://www.biicl.org/admin/files/Alejandro%20Escobar.pdf>. Visitado el 14 de setiembre de 2010.
6. **FACH GOMEZ, Katia.** “Construyendo un nuevo Derecho Internacional de las Inversiones: Las propuestas del Instituto Internacional para el desarrollo sostenible”. Revista Electrónica de Estudios Internacionales. En: www.reei.org. Visitado el 04 de setiembre de 2010.
7. **FADLALLAH, Ibrahim.** “La noción de inversión: ¿Hacia una restricción de la competencia del CIADI?”. Revista Peruana de Arbitraje N° 5 (2007). En: [/www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_5_2007.pdf](http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_5_2007.pdf). Visitado el 15 de diciembre de 2011.
8. **FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia.** “Arbitraje e Inversiones Extranjeras”. Centro Argentino de Estudios Internacionales Programa de Derecho Internacional. En: www.caei.com.ar. Visitado el 12 de noviembre de 2010.

9. **GAILLARD, Emmanuel.** “Identify or Define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice”. Disponible en: www.shearman.com. Visitado el 6 de noviembre de 2010.
10. **IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, Igiño.** “Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPI”. En Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Tomo II.
11. **SUAREZ ANZORENA, Ignacio.** “Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI”. Revista Peruana de Arbitraje N° 2 (2006). En: www.limaarbitration.net/Revista-Peruana-de-Arbitraje-2.pdf. Visitado el 12 de julio de 2011.
12. **WAIBEL, Michael.** “Pandora's Box de apertura: Bonos Soberanos en el Arbitraje Internacional”. En: <http://www.jstor.org/stable/40006317>. Visitado el 26 de agosto de 2010

III. Publicaciones Institucionales

1. **COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL.** Proyecto de Artículos sobre Derecho de los Tratados con comentarios (1966). Naciones Unidas, 2005.
En: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf. Visitado el 15 de diciembre de 2012.
2. **CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD).** “Alcance y Definiciones”. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II. Naciones Unidas, Nueva

York y Ginebra, 2011. En: <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>.
Visitado el 15 de diciembre de 2012.

- 3. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD).** “Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking”. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007. En: <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>.
Visitado el 7 de julio de 2010.

- 4. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD).** “Regulación Internacional de la Inversión: Balance a seguir”. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Nueva York y Ginebra, 2008. En: <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>. Visitado el 12 de abril de 2011.

IV. Páginas web

- 1. AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA.** <http://www.proinversion.gob.pe/>. Acuerdos internacional de Inversión.
- 2. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI). ICSID Cases.** https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home
- 3. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Archivo de Tratados.** www.rree.gob.pe/politicaexterior/Paginas/Tratados.aspx.

V. Decisiones Arbitrales del CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO D DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI):

1. Bayindir v. Pakistan. Caso CIADI N° ARB/05/22. Decisión de jurisdicción del 14 de noviembre de 2005.
2. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Decisión de jurisdicción del 24 de julio de 2008.
3. Ceshoslavenka Obchodni Banka v. República de Eslovaquia. Caso CIADI N° ARB/97/4. Decisión de jurisdicción del 24 de mayo de 1999.
4. Fedax N. V. v. Venezuela. Caso CIADI N° ARB/96/3. Decisión de jurisdicción del 11 de julio de 1997.
5. Helnan International Hotels A/S, v. La República de Egipto. Caso CIADI N° ARB 05/19. Decisión de jurisdicción del 17 octubre de 2006.
6. Jan de Nul N.V.v. La República árabe de Egipto. Caso CIADI N° ARB/04/13. Decisión de jurisdicción del 16 de junio de 2006.
7. Joy Mining Machinery Limited v. La República Árabe de Egipto. Caso CIADI N° ARB/03/11. Decisión de jurisdicción del 30 de julio de 2004.
8. L.E.S.I- Dependa v. República Arabe de Argelia. Caso CIADI N°. ARB/03/08. Decisión del 12 de julio de 2006
9. Malaysian Historical Salvors v. Malasian. Caso CIADI N° ARB/05/10. Decisión sobre Solicitud de Anulación del 16 de abril de 2009.

10. MCI Power Group, LC and New Turbine, Inc v. Ecuador. Caso CIADI N° ARB/03/6. Laudo del 31 de julio de 2007.
11. Saipem S.p.A. v. La República de Bangladesh. Caso CIADI N° ARB/05/07. Decisión de jurisdicción del 21 de marzo de 2007.
12. Salini Costruttori SpA y v Italstrade SpA Kingdom de Marruecos. Caso CIADI N° ARB/00/4. Decisión de jurisdicción del 16 de julio de 2001.
13. Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. La República de Chile. Caso CIADI N° ARB/98/2. Laudo del 08 de mayo de 2008.

