

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



**LA NOCIÓN DE INVERSIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES Y SU DESARROLLO
POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES CIADI: EN CAMINO HACIA LA OBJETIVACIÓN DE
LA NOCIÓN DE INVERSIÓN Y SU IMPORTANCIA EN EL CASO PERUANO**

Tesis para optar por el Grado de Abogado

Presentado por:

CINTHIA CORONADO CORDOVA

Bajo la dirección del profesor doctor

Fernando Cantuarias Salaverry

Lima, junio de 2013





*A mi madre, abuela y tías por su amor, confianza y apoyo
en todas las empresas emprendidas a lo largo de mi vida,
y por su ejemplo que me guiará por el resto
de mi existencia.*



LA NOCIÓN DE INVERSIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES Y SU DESARROLLO POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES CIADI: EN CAMINO HACIA LA OBJETIVACIÓN DE LA NOCIÓN DE INVERSIÓN Y SU IMPORTANCIA EN EL CASO PERUANO

Lista de abreviaciones	v
Lista de decisiones	vi
Introducción	xi

Capítulo Primero

El origen de la noción de inversión en el Derecho Internacional y su importancia en el arbitraje de inversiones

I.1. El reconocimiento de la importancia de la inversión extranjera en el Derecho Internacional, la falta de acuerdo de los Estados para otorgarle un régimen sustantivo de protección y la ineficacia de los mecanismos de solución de controversias existentes para su protección	1
I.1.1. La importancia de la inversión extranjera y la falta de acuerdo de los Estados para otorgarle un régimen sustantivo de protección en el DI	1
I.1.2. La ineficacia de los mecanismos de solución de controversias existentes	5
I.1.2.1. El cuestionamiento a los tribunales nacionales	5
I.1.2.2. El cuestionamiento a la protección diplomática	6
I.1.2.3. El cuestionamiento al arbitraje comercial	15
I.2. El arbitraje de inversiones a través del CIADI y los AI	16
I.2.1. El CIADI	17
I.2.1.1. El origen del CIADI y su importancia en el Derecho Internacional	17
I.2.1.2. Las características del arbitraje de inversiones CIADI	19
I.2.1.3. La jurisdicción del CIADI y el requisito de inversión	21
I.2.2. Los Acuerdos Internacionales de Inversión	25
I.2.2.1. El origen y evolución	25
I.2.2.2. El ámbito de protección	27
I.2.2.2.1. Los estándares sustantivos	27
I.2.2.2.2. El arbitraje de inversiones	29
I.2.2.3. El ámbito de aplicación limitado a la existencia de una inversión	30
I.2.2.3.1. Las inversiones	30
I.2.2.3.1.1. Definición amplia	31

I.2.2.3.1.2. Definición limitada**33**

I.3. La importancia de la noción de inversión en el arbitraje de inversiones y su desarrollo por los tribunales arbitrales CIADI**34**

Capítulo Segundo

La noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI cuando la fuente de consentimiento constituye un tratado

II.1. La problemática sobre la noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI cuando su fuente de consentimiento constituye un AI**39**

II.1.1. El cuestionamiento sobre el derecho aplicable para interpretar el término inversión**39**

II.1.1.1. El derecho aplicable para determinar que la inversión se efectúa de conformidad con el derecho nacional del Estado receptor de la inversión **39**

II.1.1.2. El derecho aplicable para interpretar el requisito de inversión en el CIADI y en los AI**42**

II.1.2. El cuestionamiento sobre la primacía entre la noción de inversión en el CIADI v la noción de inversión en un AI: el test dual versus**46**

II.2. Las nociones de inversión en el CIADI**46**

II.2.1. Noción subjetiva**46**

II.2.2. Noción objetiva**51**

II.2.2.1. Noción deductiva **53**

II.2.2.2. Noción intuitiva**58**

II.3. El cuestionamiento de las nociones de inversión en el CIADI**63**

II.3.1. El cuestionamiento de la noción subjetiva**63**

II.3.1.1. Propiedad minoritaria e indirecta de acciones**66**

II.3.1.2. Contratos de inversión**75**

II.3.1.3. Inversiones en cartera **85**

II.3.1.4. Instrumentos de deuda**88**

II.3.1.5. Pre-Inversión**91**

II.3.2. El cuestionamiento de la noción objetiva**94**

II.3.2.1. Una noción ideológica**95**

- II.3.2.2. Una noción que limita las definiciones de inversión establecidas en los AII**97**
- II.3.2.3. La interpretación inconsistente de los criterios empleados**98**
- II.4. Nuevos criterios para interpretar la definición de inversión en el CIADI y en los AII**102**
 - II.4.1. El caso Romak v Uzbekistán**102**
 - II.4.2. El caso Abaclat v Argentina**107**
 - II.4.3. La definición de inversión establecida en el CIADI y los AII debe ser comprendida de manera dual complementaria**110**
- II.5. En camino hacia la objetivación de la noción de inversión en el arbitraje de inversiones**113**
 - II.5.1. Aspecto legal**115**
 - II.5.2. Aspecto económico **118**

Capítulo Tercero

La noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI cuando la fuente de consentimiento constituye un contrato

- III.1. La problemática sobre la noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI cuando su fuente de consentimiento constituye un contrato**124**
 - III.1.1. El cuestionamiento sobre la existencia de una inversión cubierta por el CIADI**124**
 - III.1.1.2. El cuestionamiento sobre el alcance de la inversión: La teoría de la “unidad de la inversión” **132**
 - III.1.1.2.1. Los casos**133**
 - III.1.1.2.1.1. El caso Holidays Inns v Marruecos**133**
 - III.1.1.2.1.2. El caso SOABI v Senegal**136**
 - III.1.1.2.1.3. El caso CSOB v Eslovaquia**140**
 - III.1.1.2.1.4. El caso Duke v Perú**142**
 - III.1.1.2.1.4.1. La decisión de jurisdicción**143**
 - III.1.1.2.1.4.1.1. La inversión desarrollada por Duke**143**
 - III.1.1.2.1.4.1.2. La aplicación de la cláusula arbitral CIADI**148**
 - III.1.1.2.1.4.2. La decisión de anulación**151**
 - III.1.1.2.1.4.2.1. La ley aplicable al acuerdo arbitral**151**
 - III.1.1.2.1.4.2.2. La definición otorgada a la inversión**155**
 - III.1.1.2.2. El análisis de los casos**158**

Capítulo Cuarto

La importancia de la interpretación adoptada por los tribunales arbitrales CIADI sobre el término inversión en el caso peruano

IV.1. La importancia de las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales CIADI para los Estados que acogen este régimen de solución de controversias **176**

IV.2. La importancia de la interpretación adoptada por los tribunales arbitrales CIADI sobre el término inversión en el caso peruano **177**

IV.2.1 Cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un tratado **178**

IV.2.2 Cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un contrato **180**

Conclusiones	190
Bibliografía	197
Anexos	
1. La definición de inversión en los Modelos de AII	215
2. La definición de Inversión en los AII suscritos por el Estado peruano	222
3. La definición de Inversión en los CEJ (Problema del caso Duke)	252

Lista de Abreviaciones

AII	Acuerdo Internacional de Inversiones
CEJ	Convenio de Estabilidad Jurídica
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CV	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DI	Derecho Internacional
DII	Derecho Internacional de Inversiones
TBI	Tratado Bilateral de Inversiones
TLC	Tratado de Libre Comercio
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas en Comercio y Desarrollo

Lista de decisiones

Fuente de consentimiento: Tratado

Abaclat and Others v Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4 2011.

AES Corporation v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, April 26 2005.

Bayindir v Pakistan, ICSID Case No.ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v United Republic of Tanzania, ICSID Case No.ARB/05/22, Award, 24 July 2008.

Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction, May 11, 2005.

CMS Gas Transmission Co v Argentina, ICSID Case No.ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003.

CMS Gas Transmission Co v Argentina, ICSID Case No.ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment, 25 September 2007.

Desert Line Projects LLC v The Republic of Yemen, ICSID Case No.ARB/05/17, Award, 6 February 2008.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, January 14 2004.

Fedax v Venezuela, ICSID Case No.ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.

Gas Natural v Argentina, ICSID Case No.ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 17 June 2005.

GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine, Award, ICSID Case No.ARB/08/16, 31 March 2011.

Generation Ukraine, Inc. v Ukraine, ICSID Case No.ARB/00/9, Award, 16 September 2003.

Gruslin v Malazya, ICSID Case No.ARB/99/3, Award, 27 November 2000.

Ioannis Kardassopoulos v The Republic of Georgia, ICSID Case No.ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007.

Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006.

Joy Mining v. Egypt, ICSID Case No.ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004.

Lanco International Inc. v The Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/97/6, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, December 8, 1998.

LESI-DIPENTA S.p.A et ASTALDI S.p.A. v Algeria, ICSID Case No.ARB/03/08, Award, 10 January 2005.

L.E.S.I. S.p.A et ASTALDI S.p.A. v Algeria, ICSID Case No.ARB/05/3, Decision on Jurisdiction, 12 July 2006.

Malaysian Historical Salvors v Malaysia, ICSID Case No.ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007.

Malaysian Historical Salvors v Malaysia, ICSID Case No.ARB/05/10, Dissenting opinion of Judge Mohamed Shahabudeen, February 19 2009.

Malaysian Historical Salvors v Malaysia, ICSID Case No.ARB/05/10, Decision on the Application on Annulment, April 16 2009.

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007.

Mihaly v Sri Lanka, ICSID Case No.ARB/00/2, Award and Concurring Opinion, 15 March 2002.

Mytilenios Holdings SA v The State Union of Serbia & Montenegro y Republic of Serbia, Partial Award on Jurisdiction, UNCITRAL, Zurich, 8 september, 2006.

Noble Energy, Inc. and Machalpower Cia. Ltda. v The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Case No.ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, March 5 2005.

Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, July 30 2009.

Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo, ICSID Case No.ARB/99/7, Award, February 9 2004.

Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo, ICSID Case No.ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006.

Romak SA v Uzbekistan, Award, PCA Case No.AA280, 26 November 2009.

Saipem Spa v Bangladesh, ICSID Case No.ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007.

Salini Costruttori SpA and Italstrade Spa v Kingdom of Morocco, ICSID Case No.ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

Saluka Investments BV v Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006.

Sempra Energy International v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, May 11 2005.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines, ICSID Case No.ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Decisions on Jurisdiction, January 29 2004.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No.ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, August 6 2003.

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile, ICSID Case No.ARB/98/2, Award, 8 May 2008.

Waste Management v Mexico, ICSID Case No.ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004.

Wena Hotels Limited v Egypt, ICSID Case No.ARB/98/4, Decision on Jurisdiction, May 25 1999.

Yaung Chi Oo v Myanmar, ICSID Case No.ARB/01/1, Final Award, 31 March 2003.

Fuente de consentimiento: Contrato

Alcoa Minerals of Jamaica, Inc v Government of Jamaica, ICSID Case No.ARB/74/2, Decision on Jurisdiction and Competence of 6 July 1975.

Amco Asia Corp. et al v Republic of Indonesia, ICSID Case No.ARB/81/8, Decision on Jurisdiction of September 25, 1983.

Autopista Concesionada de Venezuela, CA. v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No.ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, September, 27, 2001.

Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v Slovak Republic, ICSID Case No.ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of May 24, 1999.

Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v Republic of Peru, Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 1, 2006.

Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v República del Perú, Case No. ARB/03/28, Laudo, 18 de agosto de 2008.

Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v República del Perú, Case No. ARB/03/28, Decisión del Comité ad hoc, 1 de marzo de 2011.

Holiday Inns S.A. and others v Morocco, ICSID Case No.ARB/72/1, Decision on Jurisdiction, September, 23, 1974.

Kaiser Bauxite Company v Jamaica, ICSID Case No.ARB/74/3, Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975.

Klockner v Republic of Cameroon, ICSID Case No.ARB/81/2, Application for Annulment Submitted by Klockner against the Arbitral Award rendered on October 21, 1983.

Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v The Government of the Republic of Liberia, Award, March 31, 1986.

RSM Production Corporation v La République Centrafricaine, Affaire No.ARB/07/02, Décision sur la Compétence et la Responsabilité, 7 décembre 2010.

Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v the Republic of Senegal, ICSID Case No.ARB/82/1, Award of February 25, 1988.



Introducción

La controversia sobre la noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI y su importancia en el caso peruano surgió a raíz del caso Duke. En este caso, como evaluaremos, Duke celebró con el Estado peruano un contrato –en adelante el CEJ DEI Bermuda- que incluía una cláusula arbitral CIADI y, además, una cláusula que establecía la inversión considerada por las partes. La controversia surgió debido a que el organismo competente de la recaudación fiscal en el Perú (SUNAT) impuso a Duke el pago de impuestos que, supuestamente, no fueron pagados por dicha empresa desde el año 1996 hasta el año 1999. El Estado peruano se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI alegando, entre otras razones, el incumplimiento del requisito *ratione materiae*, según el cual las controversias evaluadas por el tribunal deben surgir directamente de una inversión. El Estado peruano señaló que no se cumplía con dicho requisito porque la única inversión relevante para la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI constituía lo indicado por las partes en el CEJ DEI Bermuda, el cual señalaba como inversión el aporte de capital realizado por DEI Bermuda en DEI Perú Holdings. En ese sentido, las controversias planteadas –las cuales tenían relación con la inversión efectuada por Duke de manera indirecta en DEI Egenor- no podían surgir del CEJ DEI Bermuda y, por ende, no resultaban cubiertas por el convenio arbitral incluido en dicho CEJ. Duke argumentó, por su parte, que cuando el Estado peruano suscribió el CEJ DEI Bermuda aceptó resolver cualquier controversia relacionada con la inversión efectuada por Duke en DEI Egenor a través del arbitraje de inversiones CIADI.

El tribunal arbitral desestimó la excepción planteada por el Estado peruano en contra de su jurisdicción porque señaló que la inversión considerada por las partes al celebrar el CEJ DEI Bermuda no se limitaba a lo establecido en dicho CEJ, sino que involucraba a todas las operaciones contractuales celebradas por Duke con el fin de adquirir las acciones en DEI Egenor. Asimismo, indicó que la cláusula arbitral CIADI era lo suficientemente amplia que comprendía a todas las controversias que tuvieran relación con el incumplimiento del CEJ DEI Bermuda. Además, las controversias planteadas estaban relacionadas al incumplimiento de dicho CEJ. Este punto de la decisión emitida por el tribunal arbitral, luego, fue contradicho por el Estado peruano ante un Comité de Anulación. Este Comité también desestimó los argumentos planteados por el Estado.

A raíz de este caso surgió el cuestionamiento sobre la interpretación que le otorgan los tribunales arbitrales CIADI al término inversión, cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un CEJ. Pues, aparentemente, esta decisión muestra que los tribunales

arbitrales CIADI interpretaron el término inversión empleando figuras que se utilizan cuando la fuente de consentimiento a éste constituye un tratado (unidad de la inversión), dejando de lado la voluntad considerada por las partes en el CEJ –el cual constituye un régimen especial para la protección de las inversiones extranjeras-.

Como consecuencia de esta controversia, resulta fundamental para el Estado peruano conocer la interpretación que le otorgan los tribunales arbitrales CIADI a este término, porque éste, a diferencia de la gran mayoría de Estados, ha incluido cláusulas arbitrales CIADI no solo en sus tratados sino también en sus contratos –denominados CEJ-. Sin embargo, para conocer la interpretación que le han otorgado los tribunales arbitrales CIADI a este término, no es suficiente con evaluar la casuística que se ha producido cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un contrato, debido a que existen pocos casos en este supuesto. Por ello, con este propósito, también, se evaluará la casuística que existe cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un tratado, debido a que éste constituye su principal fuente de consentimiento. En esta evaluación se conocerá, entonces, si la noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI depende de su fuente de consentimiento.

Ahora bien, independientemente de la importancia de la noción de inversión para el caso peruano, ésta resulta fundamental para los Estados que someten sus controversias al arbitraje de inversiones CIADI debido a que éste constituye un requisito esencial para su jurisdicción. En ese sentido, este análisis resulta esencial para los Estados que mantienen su consentimiento a este tipo de arbitraje –como el Estado peruano-, porque les permite conocer la problemática que existe sobre uno de los puntos más controvertidos en el arbitraje de inversiones y, de esta manera, reformularlas disposiciones establecidas en relación a este término tanto en sus tratados como en sus contratos; con el fin de generar predictibilidad y legitimidad en el sistema de inversiones.

La hipótesis de la cual partimos en esta investigación es que existe una noción única de inversión, independientemente de la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI. Esta noción de inversión está compuesta por un aspecto económico y un aspecto legal (dual complementaria). En este sentido, la evaluación de la casuística CIADI resulta medular para comprender esta noción objetiva de inversión.

Con el fin de verificar esta hipótesis, este trabajo se estructura en cuatro capítulos. En el primero explicaremos el contexto en el que la noción de inversión surgió en el Derecho Internacional –en adelante DI- y la importancia de este término para la creación de una rama propia en el DI, así como para un sistema particular de solución de controversias. Expondremos la consolidación del arbitraje de inversiones a través de la aparición del CIADI y los Acuerdos Internacionales de Inversión –en adelante AII-, sin que exista una definición clara del término inversión en ambos acuerdos. Como consecuencia de ello, señalaremos la controversia que existe sobre la definición de este término en el contexto del CIADI, que cuestiona la predictibilidad y, por ende, la viabilidad del sistema de inversiones CIADI.

En el segundo capítulo expondremos el problema sobre la definición del requisito de inversión establecido en el Convenio CIADI, cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un AII. Pues, como hemos señalado, la principal fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI han sido los AII y, por ello, la gran mayoría de tribunales arbitrales CIADI que han evaluado la interpretación del término inversión se han constituido a raíz del consentimiento otorgado en los AII. En este supuesto se identificará que el principal problema sobre la noción de este término en el CIADI consiste en comprender su naturaleza objetiva o subjetiva frente a la definición considerada sobre este mismo término en los AII (test dual versus). Dentro de la casuística existente resaltaremos a dos de los casos recientes *Romak v Uzbekistán* y *Abaclat v Argentina*. Pues ambos casos coinciden en que la noción de inversión en el CIADI no se opone a la definición de inversión en los AII. Por ello, la interpretación del término inversión establecido tanto en el CIADI como en los AII debe ser comprendida de manera dual complementaria. Asimismo, ambos casos permitirán comprender que la problemática sobre la noción de inversión no es inherente al CIADI, sino al sistema de inversiones. Finalmente, señalaremos que a raíz de la casuística CIADI se observa una objetivación de la noción de inversión en los nuevos AII, ya sea limitando o precisando la definición establecida en estos y agregando a estas definiciones criterios como: la contribución de capital u otros recursos, la expectativa de obtener una ganancia o utilidades y el riesgo de la operación.

En el tercer capítulo explicaremos la problemática sobre la noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un contrato. En este supuesto observaremos que se han presentado dos problemas. El primero relacionado, al igual que en el capítulo anterior, con el cumplimiento del requisito de inversión establecido en el CIADI. En este caso, los tribunales arbitrales reconocen la

naturaleza objetiva de este requisito, verificando el cumplimiento de ciertos criterios, como los considerados cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un tratado: la contribución de capital u otros recursos en el territorio del Estado receptor, la expectativa de obtener una ganancia o utilidades y el riesgo de la operación. Como consecuencia de la falta de claridad sobre la noción de inversión cuando ésta se realiza a través de un contrato, en la casuística CIADI se ha observado un segundo problema que consiste en determinar si la inversión se puede realizar a través de un conjunto de contratos. Esta comprensión de la inversión ha sido denominada por los tribunales arbitrales CIADI como “la unidad de la inversión”. Así que, en este capítulo expondremos la razón de ser de esta teoría y su efecto en el requisito *ratione materiae*, necesario para la jurisdicción de un tribunal arbitral CIADI.

Finalmente, en el último capítulo señalaremos la importancia de las conclusiones alcanzadas en los capítulos anteriores para el caso peruano, debido a que el Estado peruano ha suscrito, a diferencia de la mayoría de Estados, no solo tratados con cláusula arbitral CIADI sino también contratos. Por tanto, a través de estas conclusiones, el Estado peruano podrá comprender la evolución que ha surgido en relación a la interpretación de este término y, en ese sentido, podrá emplear una regulación en materia de inversiones acorde con esta investigación.

En el desarrollo de esta investigación nos gustaría agradecer a todas las personas que han contribuido de distintas maneras con sus comentarios, consejos, acceso a la información, entre otros. En particular, quisiéramos agradecer al doctor Fernando Cantuarias por su participación en la dirección de esta tesis y su invaluable asesoría. Asimismo, agradecemos a los doctores Franz Stirnimann, Christian Carbajal y Roger Rubio por brindarnos información y consejo; así como a mis colegas Liz Galindo Oré y Walter Vásquez Rebaza por sus comentarios y opiniones.



Capítulo Primero

El origen de la noción de inversión en el Derecho Internacional y su importancia en el arbitraje de inversiones

I.1. El reconocimiento de la importancia de la inversión extranjera en el Derecho Internacional, la falta de acuerdo de los Estados para otorgarle un régimen sustantivo de protección y la ineficacia de los mecanismos de solución de controversias existentes para su protección

La aparición de un régimen jurídico especial para la protección de las inversiones extranjeras en el DI y de un sistema propio de solución de controversias responde a una serie de factores históricos (económicos, políticos) que se han ido desarrollando en el contexto internacional.¹ En particular explicaremos que el desarrollo de este sistema responde a la importancia que empezó a cobrar la noción de inversión durante el siglo XX, a la falta de acuerdo de los Estados sobre la protección sustantiva que deberían otorgarle ya la ineficacia de los mecanismos de solución de controversias existentes durante este periodo.

I.1.1. La importancia de la inversión extranjera y la falta de acuerdo de los Estados para otorgarle un régimen sustantivo de protección en el DI

Antes de la aparición del CIADI y de los AIIs en el DI, el término inversión no fue reconocido en ningún tratado. Sin embargo, este término comenzó a cobrar relevancia en el DI a comienzos del siglo XX.² Observamos el reconocimiento de la importancia de la inversión

¹VANDELDE, Kenneth, "A Brief History of International Investment Agreements", en *University of California Davis Journal of International Law & Policy*, 2005, Vol.12, pp. 157-194. (Durante el siglo XX, el autor señala que los hechos que motivaron el desarrollo de un sistema de inversiones bilateral a través de los AIIs fueron (i) la celebración del GATT y la frustración del ITO; (ii) el proceso de descolonización que condujo a la creación de nuevos Estados independientes; (iii) la emergencia del bloque socialista, que condujo a la expropiación de la propiedad extranjera sin un rango de compensación razonable o sin compensación alguna); ver también *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a seguir*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, 2008, pp. 7-14.

²Ver *Scope and Definition*, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations Conference on Trade and Development, United Nations, 2011, pp. 7-9. (El documento señala que el término inversión empezó a cobrar relevancia a comienzos del siglo XX debido al incremento de capital extranjero en el territorio de otros Estados en la forma de inversión extranjera directa. Además, a mediados del siglo XX, la protección de acciones en empresas extranjeras empezó a constituir un asunto de preocupación).

extranjera en el Derecho Internacional a través de las palabras del presidente fundador de la Sociedad Americana de Derecho Internacional, Elihu Root. Este autor señaló en 1910 que:

*“The great accumulation of capital in the money centers of the world, far in excess of the opportunities for home investment, has lead to a great increase of international investment extending over the entire surface of the earth...All these forms of peaceful interpenetration among the nations of the earth naturally contribute their instances of citizens justly or unjustly dissatisfied with the treatment they receive in foreign countries”.*³

En este texto, claramente, se desprende que el incremento económico de ciertos sujetos dentro de sus territorios conllevó a que estos buscaran expandir su economía fuera de sus propios Estados y, como consecuencia de ello, se incrementó la inversión extranjera en diversos Estados. Sin embargo, no existía un régimen jurídico para la protección de los inversionistas extranjeros, y de su propiedad, fuera de su territorio en el Derecho Internacional.⁴

En efecto, antes de la aparición del CIADI y los All en el Derecho Internacional existía un gran desacuerdo entre los Estados, que en esos momentos resultaban ser Estados colonizantes y Estados que recién habían cobrado su independencia, sobre la protección sustantiva que deberían otorgarle a los extranjeros, y a la propiedad de estos, fuera de su territorio. Pues, como recordamos, antes de la segunda guerra mundial una de las principales características del DI consistía en que los Estados constituían los únicos sujetos dentro del

³Ver ROOT, Elihu, “The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad”, en *American Journal of International Law*, 1910, No. 4, p. 517.

⁴Ver VANDELDE, *supra note 1*, pp. 158-161 (El autor explica que si bien antes del CIADI y los TBIs no existía un régimen de protección de las inversiones extranjeras en el Derecho Internacional, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (FCN) constituyeron un antecedente de los TBIs debido a que establecieron la protección de los extranjeros fuera de su territorio, quienes se comprendía se establecían fuera de su territorio con el fin de ejercer el comercio. Estos tratados se comenzaron a suscribir desde el siglo XVIII hasta el siglo XX, por lo que durante todo este tiempo estos tratados fueron evolucionando. Así, pues, si bien estos tratados, desde sus inicios, tuvieron como fin primordial promover un marco legal para el desarrollo de las buenas relaciones comerciales con otros Estados, posteriormente fueron incluyendo estándares para la protección de la propiedad de los extranjeros, y de sus empresas, fuera de su territorio como el “trato justo y equitativo” y “la protección y seguridad plenas”, “el trato nacional”, “la nación más favorecida”, la compensación efectiva, justa y oportuna en caso de expropiación. Por tanto, estos FCN tratados incluyeron tanto disposiciones para la protección del comercio y las inversiones. Sin embargo, el autor señala que estos tratados dejaron de resultar un vehículo para la protección de las inversiones debido a que estos constituían principalmente tratados comerciales y la materia se empezó a discutir a través del GATT).

sistema internacional, lo cual determinaba una visión “estado-céntrica” del DI; es decir, una mirada del DI desde los intereses propios de cada Estado.⁵

En ese sentido, se produjo una gran tensión entre los Estados colonizantes y los nuevos Estados independientes sobre el régimen de protección que deberían otorgarle a los inversionistas extranjeros, y a sus propiedades, fuera de su territorio. Por un lado, los Estados que recién cobraron su independencia sostenían que los extranjeros fuera de su territorio y la propiedad de estos no merecían un trato superior al de sus nacionales “*trato equitativo*”. Por otro lado, los Estados colonizantes sostenían que sus nacionales fuera de sus territorios, junto con su propiedad, debían de recibir un estándar de “*trato mínimo internacional*”, debido a que éste era consustancial a todas las naciones.⁶

Un hecho que demostró este desacuerdo entre los Estados sobre el estándar de protección que deberían otorgarle a los inversionistas extranjeros y a sus propiedades, se produjo en 1938, a propósito de las expropiaciones llevadas a cabo por el gobierno Mexicano en la industria petrolera de su país. A raíz de este hecho, el secretario de Estados Unidos, Cordell Hull, expresó que la compensación otorgada a los inversionistas americanos debía evaluarse conforme al estándar mínimo internacional (fórmula Hull), indicando que:

“El Gobierno de los Estados Unidos simplemente advierte un hecho evidente al preservar que los precedentes y las autoridades aplicables y reconocidas en Derecho Internacional respaldan su declaración que bajo todas las reglas de derecho y equidad,

⁵Ver KUNDMULLER CAMINITI, Franz, “El Arbitraje entre Inversionistas y Estados, el Declive del Antiguo Modelo “Estadocéntrico/Moderno” de Gestión de Conflictos, la Proliferación de Tratados Bilaterales de Inversión, el Derecho Internacional de las Inversiones, el ICSID, la Globalización y otros temas, (des) integrados en diez puntos caleidoscópicos” Parte I, Cámara de Comercio de Lima, (Consulta: 10/10/2008), en http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/6/voz_arbitro3.htm (El autor explica que el modelo “estado-céntrico” de gestión de conflictos, se entiende sobre la base de la evolución del Estado moderno (territorio, nación, población), el cual es el centro del poder a través del ejercicio de sus funciones legislativa, judicial y ejecutiva). Ver también FALK, Richard, “What Comes after Westphalia”, en *Widener Law Review*, Vol. 13, pp. 245. (El autor denomina como “westfaliano” al producto de la Paz de Westfalia, entre ellos, la concepción moderna del Estado-Nación que ejerce poder sobre un espacio territorial de manera exclusiva y excluyente).

⁶Ver VITORIA, F, *De Indis et De Ivre Belli: Reflections* (1696), E. Nys (ed.), J.P. Bate (trans.), Washington, DC: Carnegie Institution of Washington, 1917, s. III; GROTIUS, H, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625), Scott, J (ed.), Kelsey, F (trans.), Oxford: Clarendon Press, 1925, Book II, Chapter II, XXII (De Vitoria y Grotius sostenían que los extranjeros debían ser tratados de manera igualitaria frente a los nacionales de un Estado, sin que fueran tratados de manera discriminatoria). VATTEL, E, *Law of Nations*, Chitty, J (trans.), Philadelphia: T&J.W. Johnson & Co., 1858, Book II, Chapter VIII, § 100 (Vattel argumentaba que los extranjeros y la propiedad de estos mantenían su pertenencia al Estado del cual eran nacionales, sin encontrarse obligados a someterse a todas las disposiciones del Estado receptor).

ningún gobierno tiene derecho a expropiar la propiedad privada, para cualquier fin, sin que a cambio medie pago pronto, adecuado y efectivo”.

México, por su parte, sostuvo que el Derecho Internacional distinguía entre las expropiaciones que afectaban intereses conocidos con anticipación y determinados de manera individual, de aquellas que se llevaban a cabo de manera general e impersonal con el fin de redistribuir la tierra. En este último caso, por ende, no correspondía una obligación inmediata de compensación debido a que ésta debía ser evaluada conforme al trato nacional. Como México sostuvo era su caso.

Este desacuerdo, por tanto, conllevó a que no se consolidara la celebración de cualquier Acuerdo Internacional en la materia.⁷ En particular, éste determinó el fracaso de la Carta de la Habana (1947), la cual tenía como fin la creación del Acuerdo Internacional del Comercio (ITO) –en el cual se reconocería la protección a las inversiones extranjeras, entre otras materias-,⁸ y la vigencia indefinida del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Por lo tanto, a partir de este hecho la división entre la protección de las actividades comerciales y de inversión quedó establecida en el DI.

⁷Ver NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 5. (Los autores explican que durante la segunda mitad del siglo XX distintas organizaciones no-gubernamentales llevaron a cabo, sin éxito, distintos esfuerzos para definir el régimen de protección que les correspondía los extranjeros y a su propiedad, fuera de su territorio: (i) el Acuerdo Internacional del Comercio (ITO) (1947); (ii) la Cámara de Comercio de París (CCI) propuso el Código Internacional del Trato Equitativo para las Inversiones Extranjeras (1949); (iii) bajo los auspicios de la Asociación Internacional de Derecho (ILA) se formuló el Proyecto del Estatuto del Tribunal Arbitral para las Inversiones Extranjeras y la Corte de Inversiones Extranjeras; (iv) el Proyecto para la Convención sobre Inversiones Extranjeras (1959), más conocida como el Proyecto de la Convención Abs-Shawcross; (v) bajo la solicitud del Secretario de las Naciones Unidas se formuló el Proyecto para la Convención sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por daños a los Extranjeros (1961); (vi) la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos formuló el Proyecto de la Convención para la Protección de la Propiedad Extranjera (1967) (Proyecto OECD).

⁸Havana Charter

Article 11(1) b: No member shall take unreasonable or unjustifiable action within its territory injurious to the rights or interests of nationals of other Members in the enterprise, skills, capital, arts or technology which they have supplied.

Article 11(2): (...) The Organization may, in such collaboration with other intergovernmental organizations as may be appropriate: (a) make recommendations for and promote bilateral or multilateral agreements on measures designed: (i) to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member country to another (...)

I.1.2. La ineficacia de los mecanismos de solución de controversias existentes

El reconocimiento de la importancia de las actividades denominadas como “inversión” dentro del área del DI, significó no solo la necesidad de un régimen especial para su protección, sino también de un sistema particular para la solución de sus controversias. Pues, antes de la aparición del arbitraje de inversiones, las controversias que involucraban a un individuo extranjero –inversionista-, y/o su propiedad, fuera de su territorio solo podían ser resueltas, en el plano local, por los tribunales nacionales del Estado receptor; en el plano internacional, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, a través de la protección diplomática ejercida por el Estado del cual era nacional el sujeto perjudicado; y, de manera excepcional, por medio del arbitraje comercial. Sin embargo, el ejercicio de cualquiera de estos mecanismos resultaba desventajoso tanto para los extranjeros como para los Estados. De ahí que se plantearon distintos cuestionamientos a los mecanismos existentes para la solución de las controversias relacionadas con un sujeto extranjero, y/o su propiedad, fuera de su territorio.

I.1.1.1. El cuestionamiento a los tribunales nacionales

En el plano local, como regla general, las controversias que surgen entre un extranjero –inversionista- y el Estado que lo acoge son sometidas a los tribunales nacionales de dicho Estado. Sin embargo, el sometimiento de estas controversias ante los tribunales nacionales del Estado receptor era percibida, incluso actualmente, como desventajoso para dicho individuo. Esto como consecuencia del riesgo que existe, de que los tribunales del mismo Estado cuestionado sean quienes resuelven la controversia. Es decir, el riesgo de que el Estado cuestionado sea, a su vez, juez y parte en la controversia. Y en ese sentido, el sistema judicial del Estado receptor, por su relación con el ejecutivo, puede ver influenciada sus decisiones a favor del Estado mismo, debido a consideraciones de orden político.

Además, la gran carga procesal que existe en los poderes judiciales de los Estados en desarrollo, así como la baja remuneración que perciben quienes laboran en estos, son las causas de un sistema judicial corrupto e ineficiente. Por estas razones, los tribunales nacionales de los Estados receptores –que comúnmente resultaban ser receptores-

eran percibidos como un sistema parcial e ineficiente para la solución de las controversias que involucraban a un extranjero, y/o su propiedad, fuera de su territorio.⁹

I.1.1.2. El cuestionamiento a la protección diplomática

La protección diplomática constituye un mecanismo empleado por los Estados, aproximadamente desde la edad media, para la protección de sus nacionales fuera de su territorio.¹⁰ Sin embargo, éste tiene su origen, técnicamente, en el sistema Westfaliano, en el cual apareció la concepción de los Estados y la diferencia entre nacionales y extranjeros.¹¹ Así, pues, el fundamento de este mecanismo descansa en el pensamiento Vatteliano, según el cual: *“el daño ocasionado a un nacional representa un daño a su nación”*.¹²

Este mecanismo, independientemente de la época exacta de su aparición, cobró relevancia en el Siglo XIX debido a la importancia económica y política que representaba para los Estados exportadores de capital el estatus de sus nacionales fuera de sus territorios.¹³ Así que, éste fue legalmente reconocido como un principio inherente del Derecho Internacional en el caso *Concesiones Mavrommatis* en Palestina (Grecia v El Reino Unido) (1924), en el cual la Corte Permanente de Justicia estableció que:

“Es un principio elemental del Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Al hacerse cargo de la causa de uno de sus nacionales al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese

⁹SCHILL, Stephan, “Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clause in International Umbrella Clauses”, en *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 18, No. 1, Winter 2009, pp. 14-15.

¹⁰NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, Lluís, *supra note 7*, p.5.

¹¹VERMEER-KUNZLI, Anna Maria Helena, *The Protection of Individuals by Means of Diplomatic Protection: Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, 2007, Doctoral Thesis, Leiden University, p. 3.

¹²Vattel, E, *supra note 6*.

¹³BROWNIE, Ian, *Principles of Public International Law*, United States, Oxford University Press, 1966 (7th ed. 2008), p. 522 (El autor señala que como consecuencia de la importancia económica y política que posee para los Estados exportadores de capital la protección de sus nacionales fuera de su territorio, en el siglo XIX, después de 1840, se formaron aproximadamente sesenta comisiones mixtas de reclamación, las cuales fueron creadas para evaluar las controversias que surgían por el daño a los extranjeros. Todas estas comisiones funcionaron bajo el ejercicio de la protección diplomática).

Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus nacionales el derecho internacional”.¹⁴

Conforme se desprende de esta cita, el ejercicio de la protección diplomática fue reconocido como una facultad inherente del Estado para reclamar por el daño ocasionado a su nacional fuera de su territorio, con el fin de obtener del Estado infractor la reparación correspondiente.¹⁵ En ese sentido, el ejercicio de este mecanismo depende de la discrecionalidad de un Estado, quien lo ejerce no para representar a su nacional sino para exigir el cumplimiento de una obligación debida a él mismo conforme al Derecho Internacional.¹⁶ Es decir, que el ejercicio de este mecanismo no dependía de la voluntad del particular dañado, sino de la voluntad política de su Estado. Así, pues, el Estado del cual era nacional el particular dañado podía negarse a reclamar, acordar una reparación menor al daño ocasionado a su nacional e incluso abandonar la reclamación efectuada.¹⁷

A pesar de la discrecionalidad de los Estados para el ejercicio de este mecanismo, éstos solo podían ejercerlo cuando los individuos perjudicados cumplieran con dos requisitos, como son: (i) la existencia de un vínculo de nacionalidad con el Estado demandante;¹⁸ y (ii) el agotamiento de los recursos internos ofrecidos por el Estado infractor,¹⁹ salvo en un supuesto de denegación de justicia.

Como resultado de las características que posee este mecanismo y del contexto internacional en el que fue ejercido, se cuestionó que éste constituyera un medio eficaz para la protección de los intereses de los extranjeros, y/o su propiedad, fuera de su territorio, sin que

¹⁴ Caso *Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v U.K.), PCIJ Reports, 1924, Series A, No. 2, p. 12.

¹⁵ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, Text adopted by the International Law Commission and submitted to the General Assembly, 2006, (A/61/10), p. 24.

¹⁶ DOUGLAS, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p.15. Para ver una posición contraria VERMEER-KUNZLI, *supra note*11, pp. 31-66.(Esta autora defiende que el ejercicio de la protección diplomática es una ficción legal sosteniendo que es incorrecta la interpretación que se le ha otorgado al fallo de *Mavrommatis*, el cual resalta que el daño ocasionado a un nacional en realidad representa un daño a su Estado. La autora sostiene que, entre otros temas, si bien es cierto que un Estado al ejercer la protección diplomática en parte hace valer su propio derecho, dicho ejercicio solo es posible gracias a una ficción legal que relaciona la violación de los derechos primarios de un individuo nacional al derecho secundario de su Estado para reclamar internacionalmente).

¹⁷ Ver SCHREUER, Cristoph, “Investment Protection and International Relations”, en *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, 2007, p. 345.(Todo esto como consecuencia de que, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, los Estados eran los únicos sujetos con derechos y obligaciones –sujetividad internacional- en el Derecho Internacional).

¹⁸ Caso *Panevezys-Saldutiskis*, (Estonia v Lituania), PCIJ, 1939, Series A/B, No. 76, 4, 16.

¹⁹ Ver DOLZER, Rudolf and SCHREUER, Cristoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 211; Caso *Interhandel*, (Switzerland v USA), PCIJ, 1959.

de por medio resultarían afectadas las relaciones entre los Estados involucrados en la reclamación. Las causas de esta crítica fueron el ejercicio de la protección diplomática de los cañones y las decisiones emitidas por la CIJ en los casos Barcelona Traction y ELSI, como evaluaremos a continuación:

La cláusula Calvo

La cláusula Calvo, al igual que la doctrina Calvo,²⁰ surgió como reacción a la protección diplomática ejercida en América Latina, durante los siglos XIX y XX.²¹ En efecto, durante este periodo, la protección diplomática fue ejercida de manera abusiva en América Latina debido a las características que adoptó: (i) el uso legítimo de la fuerza o la amenaza de su ejercicio,²² y

²⁰Ver SHEA, Donald, "The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy", en *University of Minnesota Press*, Mineapolis, 1955, p. 21; WENHUA, "Is Calvo Dead?", en *The American Journal of Comparative Law*, 2007, Vol. 55, p. 127; SUMMERS, "The Calvo Clause", en *Virginia Law Review*, Vol. 19, p. 464; MANNING-CABROL, "The Eminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle Equality of Foreign and National Investors", en *Law & Policies in International Business*, 1994, Vol. 26, p. 1172; TAWIL, Guido, "Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el Arbitraje Internacional: el Caso de la Argentina", p. 24, (Consulta: 10/09/2009), en <http://www.bomchil.com/cas/articulos/2220-BIT.PDF>; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Arbitraje de Inversión y América Latina", p. 7, (Consulta: 22/09/2009), en http://www.uncitral.org/pdf/english/TAC/ARBITRAJE_DE_INVERSION_Y_AMERICALATINA_UNCITRAL_Republica_Dominicana_enero_2010.pdf; CREMADES, Bernardo, "Disputes arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and other Jurisdictional Issues", en *Dispute Resolution Journal*, May-Jul 2004, Vol. 59, No. 2, p. 80; DUGARD, *Third Report on Diplomatic Protection, International Law Commission, Fifty-fourth session*, Geneva, 29 April-7 June and 22 July-16 August 2002, p. 3.

²¹Ver NEWCOMBE y PARADELL, *supra note 7*, p. 7. (Los autores indican que a través del ejercicio de la diplomacia no solo se llevaron a cabo reclamaciones internacionales para la protección de los individuos extranjeros sino que también se crearon Comisiones de Reclamaciones *ad hoc* y se instalaron tribunales arbitrales para la resolución de casos específicos. De ahí que desde 1840 hasta 1940 los Estados establecieron más de 60 comisiones arbitrales para resolver las controversias que surgieron de los daños ocasionados a sus nacionales. Sin embargo, a pesar que estas Comisiones de reclamaciones y arbitrajes fueron creados con el fin de atender las demandas basadas en pérdidas individuales, estas generalmente conservaron el modelo de la protección diplomática, en el que las partes en el proceso eran los Estados. Algunos ejemplos en Latinoamérica son los casos arbitrales *Aboilard* (1905/Francia-Haití), *Antioquia Railroad* (1899/Inglaterra- Colombia), *May* (1900/Estados Unidos-Guatemala), *Chéribon Steamship* (1897/Francia-Chile), *Olivia* (1903/Italia-Venezuela), *Shufeldt's* (1930/Estados Unidos-Guatemala); WEBB JACKEE, Jason, "Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality", en *Fordham International Law Journal*, 2009, Vol. 32, pp. 1572-1574.

²²Ver MONTT, Santiago, *The Latin American Position on State Responsibility. Looking into the Past for Lessons into the Future*, Paper presented at the annual meeting of The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009, p. 10; PARRA, José Joaquín, "Formulación de la Doctrina Drago y su Influencia Política y Jurídica", (Consulta: 10/06/2010) , en <http://www.pdvsa.com/interface.sp/database/fichero/free/4999/638.PDF> (El ejercicio de la protección diplomática de los cañones se hizo frecuente por parte de los Estados Unidos y los Estados europeos, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Por ejemplo, Francia bloqueó los principales puertos de Argentina (1838-1840), invadió México (1838), junto a Inglaterra intervino Río de la Plata (1843-1850) y con la ayuda de España e Inglaterra no solo atacaron a México sino también establecieron al archiduque austríaco Maximiliano como su emperador en dicho territorio (1861-1867). Un caso emblemático fue el bloqueo de los puertos de Venezuela por Alemania, Inglaterra e Italia, el 9 de diciembre de 1902, con el fin de cobrar sus

(ii) la interpretación del supuesto de denegación de justicia conforme a un estándar mínimo internacional.²³ De ahí que a ésta se le denominara “gunboat diplomacy” o “protección diplomática de los cañones”.²⁴

La cláusula Calvo apareció, entonces, en América Latina como una disposición incluida en distintos instrumentos legales: constituciones políticas,²⁵ acuerdos contractuales y hasta en acuerdos regionales.²⁶ Por ello, este mecanismo fue concebido de distintas maneras.²⁷ García Amador la define de la siguiente manera:

“Algunas veces, esta [sic] consiste simplemente en una estipulación en que el extranjero interesado se verá satisfecho recurriendo a las cortes locales. En otros casos, la cláusula abarca una renuncia más directa y amplia de la protección diplomática, cuando establece que las disputas que surgieren no derivaran en una

acreencias y obtener la reparación por los agravios ocasionados a sus nacionales, siendo que estos últimos ascendían a 186.500.000 bolívares).

²³GARCÍA AMADOR, F, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 1974, p. 4; MANNING-CABROL, *supra note* 20, p. 1175.

²⁴LILLICH, Richard, “The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens”, en *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1983, pp. 1-3.

²⁵Los artículos 31 y 32 de la Constitución Política del Perú de 1933 son un ejemplo de la cláusula Calvo, en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/Constitu/Cons1933.pdf>

Artículo 31.- La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan.

Artículo 32.- Los extranjeros están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.

²⁶El artículo 50 y 51 de la Decisión 24 del Régimen Común del Trato al Capital Extranjero y de las Marcas, Patentes, Licencias y Privilegios de la Comunidad Andina, ahora ya modificados señalaba lo siguiente:

Article 50.- “(...) granting to foreign investors any treatment more favorable than that granted to national investors”.

Article 51.- “(...) in no instrument relating to investments or the transfer of technology shall there be clauses that remove possible conflicts or controversies from the national jurisdiction and competence of the recipient country or allow the subrogation by States to the rights and actions of their national investors”.

²⁷Ver DUGARD, *supra note* 20, p. 4; TAMBURINI, Francesco, “Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?”, en *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, N° 24, Valparaíso 2002, p. 2, en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0716-54552002400005&script=sci_arttext, (Consulta: 02/06/2010) (El autor señala que “no existe una parte de sus obras en que el jurista argentino declare de una forma directa su susodicho pensamiento; su doctrina se forma de manera indirecta, a través de una lectura general de sus afirmaciones, que tienen que ser consideradas en su conjunto general (...). Fruto del trabajo de interpretación de otros juristas sobre la doctrina Calvo es también la así llamada “cláusula Calvo”(“...”)”; PARRA, José Joaquín, *supra note* 22, p. 23. (El autor señala, por su parte, que “Se ha denominado Cláusula Calvo a las diversas interpretaciones que sobre los principios desarrollados en la doctrina Calvo, se han podido deducir y cuyas conclusiones terminan por informar a disposiciones que se consagran en leyes o contratos. Es decir, la doctrina Calvo no establece fórmulas ni modelos legales específicos, pero sus principios permiten que otros puedan desarrollarlas a través de la cláusula Calvo, que sí precisa el alcance y la aplicación de estos principios frente a situaciones concretas a ser contempladas en la ley o en el convenio”).

demanda internacional, o además que los individuos extranjeros o empresas serán consideradas como nacionales del país para los propósitos del contrato o concesión".²⁸

Las distintas redacciones que existieron de esta disposición dificultaron el reconocimiento de su naturaleza y contenido en el DI.²⁹ Sin embargo, estos temas fueron desarrollados en el caso *North American Dredging Company of Texas (Estados Unidos v México)* (1926), el cual constituye un caso emblemático para conocer el efecto que poseía la cláusula Calvo como una disposición incluida en los contratos.³⁰

En el caso, *North American Dredging Company of Texas*, Estados Unidos ejerció la protección diplomática de su nacional demandando al Gobierno mexicano ante la Comisión de Reclamaciones Americano-Mexicana. El demandante reclamaba el pago de la suma de \$233,523.30 incluido intereses, correspondientes a los daños y perjuicios ocasionados por el alegado incumplimiento del contrato suscrito entre la empresa americana y el gobierno mexicano, el cual incluía en su artículo 18 la denominada cláusula Calvo, cuyo texto señalaba que:

"The contractor and all persons who, as employees or in any other capacity, may be engaged in the execution of the work under this contract either directly or indirectly, shall be considered as Mexicans in all matters, within the Republic of Mexico, concerning the execution of such work and the fulfillment of this contract. They shall not claim, nor shall they have, with regard to the interests and the business connected with this contract, any other rights or means to enforce the same than those granted by the laws of the Republic to Mexicans, nor shall they enjoy any other rights than those established in favor of Mexicans. They are consequently deprived of any rights as aliens, and under no conditions shall the intervention of foreign diplomatic agents be permitted, in any matter related to this contract".³¹

La Comisión se declaró incompetente para pronunciarse sobre una demanda en la que se alegaba el incumplimiento del contrato debido a que fue voluntad de las partes el someter

²⁸GARCIA AMADOR, "State Responsibility. Some New Problems" (1958-II), *Recueil des Cours*, Vol. 94, No. 369, pp. 455-456.

²⁹*Ibid.*

³⁰DUGARD, *supra note 20*, p. 8.

³¹SHEA, *supra note 20*, p. 26.

las controversias que resultaran de aquel a los tribunales y leyes mexicanas. En ese sentido, la Comisión le otorgó a la cláusula Calvo los siguientes efectos:

*“bind the claimant to be governed by the laws of Mexico and to use the remedies existing under such laws ... But this provision [la cláusula Calvo] did not, and could not, deprive the claimant of his American citizenship and all that that implies. It did not take from him his undoubted right to apply to his own Government for protection if his resort to the Mexican tribunals or other authorities available to him resulted in a denial of justice as that term is used in international law. In such a case the claimant’s complaint would be not that his contract was not a construction of his contract, save perchance in an incidental way, but rather an internationally illegal act”.*³²

En esta decisión se comprende que la cláusula Calvo incluida en un contrato poseía distintos efectos. Primero, esta decisión permitió aclarar que no existe en el DI prohibición alguna que impida al inversionista extranjero renunciar a su derecho de solicitar el ejercicio de la protección diplomática para aquellas controversias de naturaleza contractual. Segundo, como consecuencia de lo anterior, ésta permite al extranjero renunciar a su derecho de reclamar el ejercicio de la protección diplomática por parte de su Estado para aquellas controversias que surgen de un contrato y, por ende, someter la solución de este tipo de controversias a los tribunales locales del Estado receptor.³³ Tercero, el extranjero a través de esta disposición no puede renunciar a aquellos derechos que solo le corresponde ejercer a su Estado conforme al Derecho Internacional, por ejemplo a través del supuesto de denegación de justicia. Cuarto, ésta cláusula reafirma el cumplimiento del requisito del agotamiento de los recursos internos ofrecidos por el Estado receptor para el ejercicio de la protección diplomática.

En este orden de ideas, el Derecho Internacional reconoció que si bien la cláusula Calvo no podía eliminar el ejercicio de la protección diplomática para aquellas demandas que alegaban el incumplimiento de una obligación internacional,³⁴ sí podía limitar su ejercicio para aquellas que alegaban el incumplimiento de un contrato. En otras palabras, el único efecto que

³²Caso *North American Dredging Company of Texas (USA) v United Mexican States*, (1926), citado por DUGARD, *supra note 20*, pp. 10-11.

³³DUGARD, *supra note 20*, p. 11; BROWNLIE, *supra note 13*, pp. 545-546.

³⁴MANNING-CABROL, *supra note 20*, p. 1181; DOUGLAS, Zachary, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, en *British Year Book International Law*, 2003, Vol. 74, pp.176; GLAHN, G citado por HIRSCH MOSHE, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p.13.

poseyó esta disposición fue limitar el ejercicio de la protección diplomática para las controversias que surgían de un contrato.

Los casos Barcelona Traction y ELSI

A raíz de las decisiones emitidas por la CIJ en los casos Barcelona Traction y ELSI se cuestionó que la protección diplomática constituyera un medio adecuado para la protección de los extranjeros fuera de su territorio; en particular, para la propiedad en forma de acciones que estos pueden poseer en diversas empresas. Pues, en ambos casos se decidió de manera contradictoria sobre el requisito de nacionalidad con el cual debía cumplir el nacional antes de reclamar el ejercicio de la protección diplomática por parte de su Estado.³⁵

En el caso Barcelona Traction,³⁶ la empresa perjudicada –Barcelona Traction- era una *holding* constituida en Canadá con subsidiarias en España, cuyo objeto era principalmente la construcción y operación de plantas de energía eléctrica. La controversia surgió cuando el gobierno Español declaró en quiebra a la Barcelona Traction y luego de complejos procesos legales otorgó a sus nacionales españoles las acciones de esta empresa. Estas acciones propiciaron el ejercicio de la protección diplomática de varios Estados, entre ellos Canadá, quien luego abandonó la protección de la empresa.

Bélgica demandó a España ante la Corte Internacional de Justicia por los daños ocasionados a los accionistas de la empresa Barcelona Traction, quienes en su mayoría eran nacionales belgas. Bélgica alegó que las acciones y omisiones cometidas por el gobierno español, a pesar de que estuvieron dirigidas a la Barcelona Traction, produjeron la pérdida del valor de las acciones de esta empresa. Por ello, Bélgica señaló que el ejercicio de la protección diplomática se basaba en un derecho propio concedido por el Derecho Internacional a los accionistas -nacionales belgas- de dicha empresa, ante la pérdida del valor de sus acciones.

El argumento de Bélgica para demandar por los daños ocasionados a los accionistas belgas de la Barcelona Traction estaba fundamentado en tres razones. Primero, en el Derecho

³⁵NEWCOMBE y PARADELL, *supra note 7*, pp. 35-37; VICENTE BLANCO, Damaso Javier, “La Protección de las Inversiones Extranjeras y la Codificación Internacional del Arbitraje”, en *Agenda Internacional*, Año 2, No.3, 1995, pp. 109-141; MUCHLINSKI, Peter, “The Diplomatic Protection of Foreign Investors: A Tale of Judicial Caution”, en *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Christina Binder y otros (ed.), 2009, pp. 341-362.

³⁶Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Bélgica v España)*, CIJ, 1970, *Dispute Settlement: General Topics*, International Court of Justice, United Nations, 2003, pp. 28-32.

Internacional no existía prohibición alguna para que el Estado del cual eran nacionales los accionistas de una empresa pudiera demandar, aun cuando los accionistas poseyeran una nacionalidad distinta a la de la empresa. Segundo, Bélgica podía ejercer la protección diplomática de los accionistas –nacionales belgas- de la Barcelona Traction, debido a que existían circunstancias especiales que permitían levantar el velo societario de esta empresa y comprobar que sus accionistas poseían un derecho propio para demandar. Tercero, las acciones cometidas por el gobierno español contra los accionistas –nacionales belgas- de la Barcelona Traction representaban una violación de las obligaciones debidas por España a Bélgica conforme al Derecho Internacional.

La Corte rechazó la primera razón porque, según los derechos locales, el derecho para demandar por los daños ocasionados a una empresa, le pertenece a ésta misma y no a sus accionistas. En ese sentido, el silencio que existía en el Derecho Internacional sobre la posibilidad de que un Estado del cual son nacionales los accionistas de una empresa pudiera demandar la protección diplomática de sus nacionales, no significaba que dicho Estado pudiera ejercerla y; en ese sentido, que Bélgica pudiera hacerlo en el caso particular.

La Corte reconoció que podía emplearse la figura del levantamiento del velo societario en beneficio de los accionistas en circunstancias especiales: (i) cuando la empresa se hubiese extinguido y/o (ii) cuando el Estado del cual es nacional dicha empresa se encontrara imposibilitado para ejercer la protección diplomática. Sin embargo, la Corte consideró que en el caso particular no se cumplía ninguna de estas circunstancias debido a que la empresa aún existía legalmente y el Estado canadiense había ejercido la protección diplomática de la Barcelona Traction, pero posteriormente se había desistido de continuar su acción. En ese sentido, la Corte reconoció que el principio de responsabilidad limitada de la empresa (Sociedad Anónima) le impedía levantar el velo societario de ésta para determinar quiénes eran realmente los accionistas afectados. Por ello, señaló que el Estado donde la empresa se había constituido –Canadá- era el único legitimado para demandar.

La tercera razón también fue rechazada porque la Corte negó que un Estado se encontrara siempre legitimado para ejercer la protección diplomática de sus nacionales en el extranjero. Esto como consecuencia de que no existía un Derecho Internacional para la protección de las inversiones extranjeras. Por tal razón, la Corte sostuvo que, en ausencia de un instrumento internacional que recogiera la protección de las inversiones en el extranjero, no

existía sustento legal alguno por parte de Bélgica para demandar la protección de la inversión realizada por parte de sus nacionales en España.

Asimismo, en virtud a consideraciones políticas, la Corte rechazó que el Estado del cual era nacional el accionista de una empresa pudiera ejercer la protección diplomática de su nacional porque esto generaría confusión e incertidumbre en el DI. Por ello, la Corte se declaró incompetente para evaluar el fondo del asunto en base a la excepción planteada por España sobre la falta de legitimidad *–ius standi–* de Bélgica para demandar la protección de sus accionistas.

En el caso *Elettronica Sícula (ELSI)*,³⁷ la empresa perjudicada *–ELSI–* era una sociedad constituida en Sicilia, Italia, donde operaban sus oficinas para la producción de componentes electrónicos. La empresa estaba controlada por dos accionistas americanos, Raytheon y Machlett, quienes poseían el 99.16% y el 0.84% de las acciones, respectivamente. La controversia se inició cuando una orden del Alcalde de Palermo que requisó los bienes y la empresa, según los Estados Unidos, generó la pérdida de la administración y el control de ELSI, así como su quiebra.

En virtud del Tratado de Comercio y Navegación (FCN) suscrito entre Estados Unidos e Italia en 1948, Estados Unidos ejerció la protección diplomática de los accionistas de ELSI –nacionales americanos– demandando a Italia ante la Corte Internacional de Justicia por los daños y perjuicios ocasionados con la pérdida de la administración y control de ELSI, así como por su quiebra. En este caso, la Corte se pronunció sobre los méritos de la controversia, sin referirse a la legitimidad de Estados Unidos para ejercer la protección diplomática de los accionistas de ELSI.

Como consecuencia de las decisiones adoptadas en ambos casos, se cuestionó a la protección diplomática como un mecanismo efectivo para la protección de la propiedad que ostentan los extranjeros fuera de sus territorios; en particular por el daño que se les puede ocasionar a las acciones que estos pueden poseer en distintas empresas transnacionales.³⁸ Por un lado, algunos autores han considerado el criterio empleado en el caso *Barcelona Traction*

³⁷ Caso *Elettronica Sícula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos v Italia), 1989, CIJ, pp. 252-259. Ver *Dispute Settlement: General Topics, International Court of Justice, United Nations, 2003*, pp. 32-34; Ver NEWCOMBE y PARADELL, *supra note 7*, pp. 37-39.

³⁸ Ver SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment, United Kingdom: Cambridge University Press, 1994 (2nd ed. 2004)*, p. 228.

para determinar el requisito de nacionalidad como formalista y desactualizado para la realidad económica que existía en relación a la constitución de empresas transnacionales.³⁹ Pues, resulta mucho más factible que un Estado ejerza la protección diplomática de los accionistas de una empresa, con quienes posee un interés económico sustancial; que el de la empresa misma, con la cual el único vínculo que puede existir es el de la constitución en su territorio. En el mismo sentido, se cuestionó el caso ELSI debido a la falta de pronunciamiento sobre la legitimidad de Estados Unidos para ejercer la protección de sus nacionales y la posición que adoptó sobre el tema frente al caso Barcelona Traction. Por otro lado, la duración prolongada de ambos procesos planteó un cuestionamiento sobre la verdadera protección otorgada por dicho mecanismo.⁴⁰

I.1.1.3. El cuestionamiento al arbitraje comercial

El arbitraje comercial fue otro de los mecanismos empleados para la solución de las controversias que surgieron entre los extranjeros –inversionistas- y los Estados. Este mecanismo, sin embargo, a diferencia de los anteriores implicaba el consentimiento mutuo de los extranjeros y los Estados receptores para dejar de lado el sometimiento de sus controversias a los tribunales nacionales y someterlas a los tribunales arbitrales.⁴¹ Por tal razón, la casuística existente refleja que los únicos contratos que incluyeron estos acuerdos arbitrales fueron los que se han denominado como “contratos de concesión”, a través de los cuales un Estado concede a un privado la explotación de sus recursos naturales.⁴²

Estos contratos incluyeron, además de cláusulas arbitrales, cláusulas de ley aplicable y de estabilidad jurídica, con el fin de impedir que estos fueran sometidos a los tribunales nacionales del Estado receptor y/o a las leyes del mismo Estado.⁴³ De ahí que algunos autores

³⁹Ver MUCHLINSKI, *supra note* 35, pp. 347-348.

⁴⁰Ver NEWCOMBE y PARADELL, *supra note* 7, p. 39. (En el caso Barcelona Traction, Bélgica demandó por segunda vez a España ante la CIJ en 1958 y la sentencia fue emitida en 1970. En el caso ELSI, Estados Unidos demandó a Italia en 1987 y la sentencia fue emitida en 1989).

⁴¹Ver VAN HARTEN, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 59-63.

⁴²Ver BERNARDINI, Piero, “The Law Applied by International Arbitrators to State Contracts”, en AAVV, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Robert Briner (eds.), 2001, pp. 51-66.

⁴³Ver GODOY, Federico, “Stabilization Clauses in BIT Litigation”, (Consulta: 22/09/2006), en http://www.berettagodoy.com/imprime_seminarios.php?id=16; BROWNLIE, *supra note* 13, pp. 545-546; WOLFGANG, Peter, “Contractual Leverage; Stabilization Clauses”, en AAVV, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Treaties*, N. Horn and S. Kröll (eds.), 1995, pp. 214-230.

hayan observado el gran poder de negociación que poseían los extranjeros para incluir este tipo de disposiciones en los contratos de concesión.⁴⁴ Sin embargo, la eficacia de todos estos instrumentos legales fue cuestionada debido a la incertidumbre que existía para la ejecución de las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales.⁴⁵ Estas decisiones fueron limitadas por teorías tales como la inmunidad soberana de ejecución, el acto de Estado y otras similares.⁴⁶

I.2. El arbitraje de inversiones a través del CIADI y los AII

Como hemos señalado, antes del CIADI y los AII no existía ningún tratado que definiera el término inversión; sin embargo, con la aparición de estos instrumentos en el DI se establece sin ninguna duda su reconocimiento y la importancia de su protección.⁴⁷ El Convenio CIADI institucionaliza al arbitraje como el mecanismo efectivo para la solución de controversias en materia de inversiones y otorga a los inversionistas extranjeros acceso directo a este foro. Los TBIs, por su parte, otorgan estándares sustantivos para la protección de los inversionistas extranjeros y/o sus inversiones, así como consolida al arbitraje—en particular el del CIADI— como el mecanismo de solución de controversias.

La conjunción de ambos instrumentos, por tanto, otorga a los inversionistas extranjeros tanto protecciones sustantivas como procesales para la solución de las controversias relacionadas a una inversión. Pero, en particular, ambos instrumentos consolidan la solución de las controversias en materia de inversiones a través del arbitraje.

⁴⁴Ver SCHILL, *supra note* 9, p. 21; VAN HARTEN, *supra note* 41, pp. 45-71.

⁴⁵BERNARDINI, *supra note* 42, pp. 51-66. (Sin embargo, la situación de riesgo que subyacía a este tipo de contratos se acrecentó debido a los cambios políticos y económicos generados en el contexto mundial durante los años 60s. Durante este periodo, los nuevos Estados independizados observaron estos contratos, en particular los de concesión, como una forma de neo-colonialismo. Así, pues estos Estados pusieron fin a este tipo de contratos en virtud de la capacidad que poseían para tal efecto y del interés público que subyacía a la defensa de sus recursos naturales. En este contexto, distintos juristas y tribunales arbitrales sostuvieron el carácter internacional de este tipo de contratos fundamentado en la naturaleza de estos acuerdos, la cual refleja la participación especial del Estado, la importancia de la materia del contrato y la disposición del arbitraje internacional).

⁴⁶Ver BROWNLIE, *supra note* 13, pp. 546-550.

⁴⁷Ver MONTT, *supra note* 22, p. 43; NEWCOMBE y PARADELL, *supra note* 7, p. 41; McLACHLAN, Campbell, "Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework", en AAVV, *International Council for Commercial Arbitration, 50 Years of the New York Convention*, Jan Van Den Berg (ed.), Kluwer Law International, 2009, pp. 95-145. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Arbitrando la Inversión", en AAVV, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Carlos Soto Coaguila (ed.), Lima, 2008, pp. 783-800 (El autor resalta la importancia del arbitraje de inversiones en virtud a la asimetría que existe en la relación entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. Así que la aparente asimetría arbitral es el otro lado del espejo de la asimetría que existe en la realidad).

De ahí, que la aparición del CIADI y los AIJ en el DI simbolicen la aparición de “pequeñas estrellas en la oscuridad”, según Montt.⁴⁸ Schreuer, por su parte, representa su aparición con los movimientos para bailar tango. El primer paso lo constituye la creación del CIADI y el segundo el régimen de los TBIs.⁴⁹

I.2.1. EI CIADI

I.2.1. 1. El origen del CIADI y su importancia en el DI

En 1966,⁵⁰ el Convenio CIADI creó al CIADI como una organización internacional autónoma para la solución de controversias en materia de inversiones, a través de los mecanismos de conciliación y arbitraje.⁵¹ Aron Broches, uno de los fundadores del CIADI, señaló que la creación de este organismo, bajo los auspicios del Banco Mundial, respondía a la ausencia de mecanismos adecuados para la solución de controversias en materia de inversiones.⁵² Así, pues, indicó que antes del CIADI, los extranjeros que realizaban una inversión fuera de su territorio quedaban sometidos a los tribunales locales del Estado receptor; a excepción de aquellos que poseían un gran poder de negociación para acordar la solución de sus controversias a través del arbitraje, pero aun en este supuesto existía el riesgo de que éste resultara ineficaz.⁵³ Asimismo, desestimó la eficacia de la protección diplomática como un mecanismo adecuado para la protección de los intereses de los inversionistas extranjeros. Por todas estas razones y ante el conflicto que existía entre los Estados sobre el estándar sustantivo de protección que debía ser otorgado al inversionista extranjero, Broches propuso la

⁴⁸ MONTT, *supra note* 22, p. 42.

⁴⁹ Ver SCHREUER, “The Dynamic Evolution of the ICSID System”, en *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 2007, pp. 1-19.

⁵⁰ El Convenio CIADI entró en vigor el 14 de octubre de 1966 con la ratificación de 20 países.

⁵¹ Convención de Washington.

Artículo 1

(2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

⁵² Ver también SHIHATA, Ibrahim, “The Settlement of Disputes regarding Foreign Investment: the Role of the World Bank, with Particular Reference to ICSID and MIGA”, en *American University of International Law and Policy*, 1997, Vol. 1, pp. 97-116.

⁵³ GALLAGHER, Nora y SHORE, Laurence “Bilateral Investment Treaties: Options and Drawbacks”, en *International Arbitration Law Review*, Vol.7, 2004, p. 49 (Un ejemplo claro de la ineficacia del arbitraje internacional fue el Caso Lena Goldfields, en el que el Estado incumplió la decisión que lo declaró responsable por la expropiación de la concesión otorgada al demandante).

creación de un mecanismo imparcial para la solución de controversias, en lugar de establecer normas o estándares sustantivos de protección.⁵⁴

En este contexto, la creación del CIADI constituyó un hito importante en el DI porque tuvo como fin la constitución de un foro neutral: deslocalizado y despolitizado para la solución de controversias en materia de inversiones a través del cual se promovería el flujo privado de inversiones entre los Estados contratantes del Convenio.⁵⁵ En otras palabras, el consentimiento de los Estados parte del Convenio para someter sus controversias con los inversionistas extranjeros al CIADI, constituiría un elemento para atraer a la inversión extranjera hacia el territorio de los Estados parte, debido a la neutralidad e imparcialidad que otorgaban los mecanismos de solución de controversias establecidos por este organismo.

Asimismo, el CIADI otorgó a los individuos acceso directo a los mecanismos contemplados en el Convenio –en contraposición al mecanismo de la protección diplomática-. De esta manera, se evita que en los procesos que se llevaran a cabo en su seno se hiciera evidente la desigualdad existente entre las partes intervinientes en un proceso, es decir entre un Estado y un individuo o sociedad comercial.⁵⁶ Así que, el CIADI rompe con el modelo estado-céntrico que caracterizaba al Derecho Internacional consuetudinario, otorgando al inversionista extranjero *ius standi* para demandar a un Estado ante un foro internacional como éste. Además, el arbitraje de inversiones CIADI posee ciertas características que permiten definirlo como un sistema autónomo y autosuficiente para el inicio, la conducción y la conclusión de los procedimientos:⁵⁷ “un sistema arbitral contenido en sí mismo”.⁵⁸

⁵⁴ BROCHES, Aron, *Selected Essays, World Bank, ICSID and other Subjects of Public or Private International Law*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 331-335; NEWCOMBE, *supra note 7*, p. 27.

⁵⁵ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio. Numeral 12. Ver RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonia. *El Sistema Arbitral del CIADI*. México: Editorial Porrúa, 2006, pp. 497-498. (La autora diferencia la finalidad del Centro CIADI y el Convenio CIADI. Señala que, el Centro constituye un foro neutral de carácter internacional mientras que el Convenio busca estimular un aporte mayor de capital privado extranjero entre los territorios de los Estados parte del mismo). Para evaluar con detalle la tarea que desarrolla el Banco Mundial en la promoción y protección de la inversión ver SHAMS, Heba, “The World Bank and Investment Protection: A Question of Accountability”, en AAVV, *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects*, N. Horn, S. Kroll (eds.), 2004, pp. 111-142.

⁵⁶ RODRIGUEZ JIMENEZ, *supra note 55*, p. XXIV.

⁵⁷ Numeral 15 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio.

⁵⁸ Ver SCHREUER, *supra note 49*, p. 4.

1.2.1.2. Las características del arbitraje de inversiones CIADI

El arbitraje de inversiones CIADI posee cuatro características que han permitido denominarlo como un sistema de solución de controversias autónomo y, como consecuencia de ello, el principal foro de solución de controversias en materia de inversiones.⁵⁹ Primero, una de las particularidades, y de las más importantes, es el reconocimiento y ejecución de los laudos CIADI. En el Convenio CIADI los Estados se comprometen a ejecutar las obligaciones pecuniarias impuestas por dichos laudos como si estos fuesen una sentencia firme emitida por sus tribunales nacionales. Es decir, que estas decisiones no se someten a ningún tipo de recurso bajo los tribunales de dichos Estados.⁶⁰ A través de este compromiso, los laudos CIADI son ejecutables en el Estado receptor de la inversión sin necesidad del trámite del *exequátur* o de reconocimiento al que se someten otros laudos arbitrales.

Segundo, el arbitraje de inversiones CIADI excluye la ejecución de otros mecanismos de solución de controversias, cuando se ha prestado consentimiento al arbitraje CIADI.⁶¹ Además, una vez que la controversia se encuentra sometida al arbitraje CIADI, los Estados están imposibilitados de recurrir al ejercicio de la protección diplomática, salvo que no se haya acatado el laudo CIADI o se haya dejado de cumplirlo.⁶² Asimismo, no es necesario que el

⁵⁹PARRA, Antonio, "ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: Will ICSID be the Leading Arbitration Institution in the Early 21st Century?", en *American Society of International Law*, No.41, p.42. (Esta situación ha sido corroborada por la UNCTAD, quien en estadísticas recientes indica que aproximadamente el treinta y ocho por ciento (38%) de los arbitrajes conocidos hasta a la fecha son administrados fuera del sistema CIADI. Esto implica que el sesenta y dos por ciento (62%) restante de arbitrajes de inversión son administrados bajo el Convenio CIADI).

⁶⁰Convenio CIADI

"Artículo 53

(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. (...)"

"Artículo 54

(1) Todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado(...)"

⁶¹Convenio CIADI

"Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso (...)"

⁶²Convenio CIADI

"Artículo 27

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio (...)"

inversionista extranjero agote los remedios locales para recurrir al arbitraje CIADI, salvo que se haya hecho expresa reserva de ello.⁶³

Tercero, el arbitraje CIADI posee su propia *lex arbitri*: las disposiciones establecidas en el Convenio y las Reglas de Arbitraje, las cuales impiden que resulte aplicable la ley de cualquier sede arbitral.⁶⁴ Cuarto, los laudos CIADI sólo se encuentran sometidos a los recursos señalados por el Convenio CIADI; y en el caso que estos sean sometidos al recurso de anulación, las causales de este recurso son taxativas.⁶⁵ Sin embargo, sin perjuicio del cumplimiento obligatorio de los laudos CIADI, el Convenio establece que la ejecución de estos se rige por las normas del Estado en que se solicita su cumplimiento.⁶⁶ De esta manera, el arbitraje CIADI supera las limitaciones impuestas por la doctrina de la inmunidad soberana de jurisdicción, pero se sujeta a aquellas de la soberanía de ejecución. Además, fuera de las disposiciones establecidas en el Convenio CIADI, el incumplimiento de un laudo CIADI acarrea la falta de credibilidad internacional del Estado responsable.⁶⁷

⁶³Convenio CIADI

“Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

⁶⁴Convenio CIADI

“Artículo 44

Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”.

⁶⁵Convenio CIADI

“Artículo 52

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más o de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde. (...)

⁶⁶Convenio CIADI

“Artículo 54

(...)

(3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”.

“Artículo 55

Nada de lo dispuesto en el artículo 54, se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”.

⁶⁷SCHREUER, *supra note* 49, p. 6.

I.2.1.3. La jurisdicción del CIADI y el requisito de inversión

El consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI no significa el sometimiento a una corte permanente de arbitraje, sino a tribunales *ad hoc* que se constituyen por acuerdo de las partes para la solución de una controversia específica. Por ello, el sometimiento a este tipo de arbitraje supone el cumplimiento de ciertas condiciones que son inherentes al arbitraje de inversiones CIADI y que han sido denominadas como parte de su jurisdicción. La jurisdicción del CIADI ha sido definida en el numeral 22 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio de la siguiente manera:

“El término ‘jurisdicción del Centro’ se usa en el convenio como una expresión adecuada para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje (...)”.

Esta definición permite comprender que el poder de los tribunales arbitrales CIADI para resolver una controversia, depende del cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por el Convenio. Estos requisitos han sido incluidos en el artículo 25 del Convenio, el cual dispone tres condiciones: en razón del consentimiento, de la materia y de la persona.⁶⁸ Todos estos requisitos son obligatorios para acceder a la jurisdicción de un tribunal arbitral CIADI. Por tanto, cualquier deficiencia en su cumplimiento podría acarrear la anulación del laudo emitido por un tribunal por falta de jurisdicción. En palabras de Schreuer, “(...) *the full range of jurisdictional requirements in Art. 25(1) - (3) may serve as a basis for a successful claim that there has been an excess of powers*”.⁶⁹ Para efectos de este trabajo solo nos referiremos al consentimiento y a la materia de las controversias.

El consentimiento constituye la piedra angular de todo arbitraje, incluyendo el arbitraje de inversiones CIADI.⁷⁰ Este consentimiento para que se verifique debe ser otorgado por el

⁶⁸Ver SCHREUER, Cristoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, (2nd ed. 2009), pp. 70-347; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Condiciones para Acceder al CIADI- a propósito del Caso Luchetti”, en *Revista de Economía y Derecho UPC*, 2004, pp. 31-43.

⁶⁹Ver SCHREUER, *supra note* 68, pp. 943-947.

⁷⁰Ver Numeral 22 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio; SCHREUER, Cristoph, “Consent to Arbitration”, en AAVV, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer (eds.), 2008, p. 830; *Course of Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.3, Consent to arbitration*, United Nations, 2003; GALINDO, Alvaro, “El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Material de Inversiones”, en AAVV, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Carlos Soto Coaguila (ed.), 2008, pp. 801-808.

inversionista y el Estado receptor de la inversión por escrito.⁷¹ Es decir, que este requisito no se configura con la simple ratificación, aceptación o aprobación del Convenio CIADI por parte de un Estado,⁷² porque cualquiera de éstas solo configura el consenso de los gobiernos para crear, mediante acuerdos intergubernamentales, medios y procedimientos para el arreglo de diferencias relativas a inversiones.⁷³ Delaume describió esta situación de la siguiente manera:

*“The scope as such a consent is within the discretion of the parties. In this connection, it should be noted that ratification of the ICSID Convention is, on the part of a Contracting State, only an expression of its willingness to make use of the ICSID machinery. As such, ratification does not constitute an obligation to use that machinery. That obligation can arise only after the State concerned has specifically agreed to submit to ICSID arbitration a particular dispute or classes of disputes. In other words, the decision of a State to consent to ICSID arbitration is a matter of pure policy and it is within the sole discretion of each Contracting State to determine the type of investment disputes that it considers arbitrable in the context of ICSID”.*⁷⁴

En efecto, como se desprende de esta cita, el consentimiento al arbitraje CIADI por parte de un Estado no se configura con la simple ratificación, adhesión o aprobación del Convenio, sino mediante una decisión política para someter un determinado tipo de controversias a este mecanismo. En este sentido, el consentimiento indicado en el Convenio CIADI contempló un acuerdo entre un inversionista y el Estado a través de un contrato. Esto como consecuencia de que durante la redacción del Convenio CIADI, los contratos eran la forma más usual de consentimiento al arbitraje entre un inversionista y un Estado.⁷⁵ Por esta razón, quizás, la actividad del CIADI durante los primeros veinte años fue escasa, llegando a ser sólo uno el promedio de casos administrados por año.⁷⁶ De ahí que se le considerara “*la bella durmiente*” del Derecho Internacional.⁷⁷

⁷¹ Artículo 25.-

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias (...) que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. (...)

⁷² Preámbulo del Convenio.

⁷³ Numeral 3 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio.

⁷⁴ Ver DELAUME, citado por SCHREUER, *supra note* 68, p. 190.

⁷⁵ RODRIGUEZ JIMENEZ, *supra note* 55, p. 505. Ver casos CIADI *Alcoa v Jamaica*; *Amco Asia v Indonesia*; *CSOB v La República Eslovaca*; *Klockner v Camerún*; *Holidays Inns v Marruecos*; *LETCO v Liberia*; *Kaiser Bauxite v Jamaica*.

⁷⁶ Ver

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement79>, (Consulta: 27/11/2010).

⁷⁷ McLACHLAN, *supra note* 47, p. 97.

Sin embargo, el consentimiento al arbitraje CIADI cobró un matiz nuevo con la aparición de los AIIs, en los cuales se dispuso el sometimiento de las controversias que resultaran de una inversión al arbitraje de inversiones CIADI. A través de estos tratados se concibe que los Estados realizan una oferta a los inversionistas para someter las controversias que surjan en materia de inversión al CIADI. Esta oferta se perfecciona con el inicio del proceso arbitral por parte del inversionista extranjero. Esto es lo que en la doctrina se conoce, popularmente, como el “*arbitration without privity*”.⁷⁸ De esta manera, los AIIs se han convertido en la principal fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI.⁷⁹

Además del requisito del consentimiento, la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI depende de la naturaleza de las controversias planteadas: requisito *ratione materiae*.⁸⁰ Estas controversias deben poseer naturaleza legal y surgir directamente de una inversión.⁸¹ Es decir, que para verificar el cumplimiento de esta condición la controversia: primero, debe poseer naturaleza jurídica y, segundo, surgir directamente de una inversión.

En primer lugar, existe una diferencia o una disputa cuando se verifica un desacuerdo sobre una cuestión de hecho o de derecho que genera un conflicto de intereses entre dos o más partes. Este desacuerdo debe ser expresado por las partes, de manera explícita o implícita. La omisión por parte de un Estado de contestar o atender las requisitorias de un inversor permite tener por configurada una disputa a estos fines.⁸² Esta diferencia posee naturaleza jurídica cuando se busca determinar la existencia o alcance de un derecho u obligación de orden legal, o se busca precisar la naturaleza o alcance de la reparación que corresponde por la violación de una obligación de orden legal.⁸³ Las controversias que implican determinar cuestiones de hecho no están excluidas de la jurisdicción del Centro, siempre que

⁷⁸Ver PAULSSON, Jan, “Arbitration without Privity”, en *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1995, Vol. 10, No. 2, pp. 232-257.

⁷⁹Ver

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=Spanish32> (Consulta: 08/01/2013) (El documento publicado por CIADI muestra que la principal base de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI lo constituyen los TBIs (68%)).

⁸⁰SCHREUER, *supra note* 68, p. 82; *Dispute Settlement: Investor- State*, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2003, pp. 48-50; *Course of Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.5, Requirements Ratione Materiae*, United Nations, 2003, pp. 1- 36.

⁸¹Artículo 25.-

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión (...)

⁸²Ver SUAREZ ANZORENA, Ignacio, “Introducción a los requisitos Rationae Materiae y Rationae Personae del Arbitraje bajo el Convenio CIADI”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, 2006, p. 259.

⁸³Numeral 26 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio.

versen sobre las consecuencias legales de tales cuestiones.⁸⁴El CIADI precisa que la naturaleza de la controversia sea jurídica con el fin de excluir aquellas que resulten de cuestiones políticas o comerciales.⁸⁵

En segundo lugar, esta controversia debe “surgir directamente” de una “inversión”. Ambos términos constituyen un límite objetivo a la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI, según el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio:

*“Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para sostener una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes”.*⁸⁶(énfasis agregado)

A pesar del carácter objetivo de este requisito, el Informe indicadono definió ninguno de estos términos. Con respecto al término “inversión”, el Informe atribuyó su falta de definición a las siguientes razones:

*“No se ha intentado definir el término ‘inversión’, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25 (4))”.*⁸⁷

Esta cita expresa que el término inversión no fue definido porque éste podía ser limitado de dos maneras distintas: primero, los Estados podían notificar al Centro CIADI la clase de controversias que podía ser evaluadas por los tribunales arbitrales; segundo, las partes podían definir lo que consideraban como una inversión en su instrumento de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI. En ese sentido, en defecto de la notificación de los Estados parte al CIADI sobre la clase de controversias sometidas a éste, la definición otorgada por los Estados

⁸⁴SUAREZ ANZORENA, Ignacio, *supra note*82, p. 260.

⁸⁵*Course of Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes* 2.5, Requirements Ratione Materiae, *supra note* 80, p.9 (Este requisito se corrobora con la creación de las Reglas Complementarias (AFR), las cuales permiten el inicio de arbitrajes que no puedan ser llevados a cabo bajo el Convenio CIADI. Es decir que, las AFR permiten el sometimiento al arbitraje, entre otras, de aquellas controversias que no surjan de una inversión, conforme al artículo 2(9)).

⁸⁶Numeral 25 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio.

⁸⁷Numeral 27 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio.

en su instrumento de consentimiento ha resultado cuestionada, como evaluaremos más adelante.

I.2.2. Los Acuerdos Internacionales de Inversión

I.2.2.1. El origen y evolución

Los TBIs fueron los primeros All que surgieron en el DI. Los motivos de su origen han sido ampliamente debatidos.⁸⁸ Sin embargo, la mayoría de autores coincide en que estos acuerdos surgieron, al igual que el CIADI, como reacción a la inconsistencia y al vacío existente en el Derecho Internacional Consuetudinario,⁸⁹ así como a la falta de efectividad del Derecho privado para la protección de los inversionistas extranjeros y/o sus inversiones.⁹⁰

En ese sentido, estos acuerdos se concibieron, como su mismo nombre lo indica, con el propósito de proteger y promover el régimen de las inversiones extranjeras. Por un lado, los Estados exportadores de capital tuvieron como objetivo proteger las inversiones de sus nacionales fuera de sus territorios. Con tal intención, estos Estados elaboraban los proyectos de los TBIs sin necesidad de negociar con los Estados receptores de inversiones las disposiciones incluidas en estos.⁹¹ Por otro lado, los Estados importadores de capital buscaron promover el flujo de capital extranjero en sus territorios con el fin de lograr el desarrollo de sus economías.⁹²

⁸⁸Ver MONTT, Santiago, “El Surgimiento de la Generación BIT como un Problema de Acción Colectiva: ¿Dilema de los Prisioneros o Efecto de Red?”, en *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 1, 2007, pp. 1-57; SALACUSE, Jeswald, “BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact on Foreign Investment in Developing Countries”, en *The International Lawyer*, Vol. 24, No. 3, 1990, pp. 655-675; GAFFNEY, Jhon P. and LOFTIS, James, “The ‘Effective Ordinary Meaning’ of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims”, en *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, Vol. 8, No. 1, pp. 5-67; WEBB JACKEE, Jason, “Do we really need BIT’s? Toward a Return to Contract”, en *International Investment Law*, No.3, 2008, pp. 145-156.

⁸⁹Ver NEWCOMBE y PARADELL, *supra note 7*, p.41; *Course of Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.1, Overview*, United Nations, 2003, pp. 1-28.

⁹⁰Ver McLACHLAN, *supra note 47*, pp. 95-145; Ver VANDELDE, *supra note 1*, p. 168. (Estados Unidos, en particular, como reacción a las expropiaciones que se llevaron a cabo por los Estados receptores de inversión, decidió negociar estos acuerdos con el fin de establecer una red de tratados que establecieran que la compensación correspondiente a las medidas expropiatorias debía de ser pronta, adecuada y efectiva: fórmula Hull).

⁹¹Ver VANDELDE, *supra note 1*, p. 170.

⁹²Ver *El Papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la Atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los Países en Desarrollo*, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2009, pp. 13- 26; DOLZER, Rudolf, “The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, en *International Law and Politics*, Vol. 37, 2005, pp.953 (El autor señala que “Desde el punto de vista sistémico se observa la inversión extranjera como un componente clave para promover el crecimiento económico y reducir la pobreza, los tratados bilaterales de inversión son un conjunto de reglas establecidas que sirven para atraer la inversión extranjera reduciendo el

Actualmente, al universo de TBIs existente se han sumado otros AII, de mayor alcance, más complejos y diversos.⁹³ Uno de estos tipos de acuerdos son los TLCs. Estos acuerdos se refieren principalmente al comercio, pero incluyen un capítulo dedicado a la inversión extranjera que contiene disposiciones de protección y liberalización similares, aunque más exigentes y detalladas, a las contenidas en los TBIs.⁹⁴ El primer y más importante ejemplo de este tipo de AII lo constituye el TLCAN, suscrito en 1994 entre los Estados Unidos, Canadá y México, cuyo capítulo 11 revela la misma estructura y contenido que la que poseen los TBIs.⁹⁵

Los TBIs y la sección correspondiente a las inversiones en los TLCs se caracterizan por su contenido similar, pues ambos incluyen protecciones sustantivas y al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. En ese sentido, la protección otorgada a la inversión extranjera por los TBIs es prácticamente la misma que la otorgada por los TLCs. De esta manera, cuando nos referimos a los AII se comprende que estos incluyen a los TBIs y TLCs. Pues, todos estos AII, a pesar de su evolución, poseen dos características comunes que son el establecimiento de estándares mínimos de tratamiento a la inversión y/o inversionista extranjero, así como un mecanismo procesal para la solución de las controversias inversionista-Estado como el arbitraje.⁹⁶

I.2.2.2. El ámbito de protección

espacio de las acciones arbitrarias del Estado receptor y por tanto contribuye al buen gobierno, que es una condición necesaria para el logro del progreso económico del Estado receptor” [traducción libre]; DOUGLAS, *supra note* 16, p. 135. (El autor señala que el principal objetivo de un tratado de inversiones es estimular el flujo de capital privado en las economías de los Estados contratantes. Por tal razón, el autor señala que el objetivo de estos AII consiste en un *quid pro quo*).

⁹³Ver *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a seguir*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, *supra note* 1, pp. 20-23. (Estos acuerdos son multifacéticos porque abarcan otras cuestiones además de la inversión, como el comercio de bienes y servicios, los derechos de propiedad intelectual, las políticas de competencia, la contratación pública, el medio ambiente, los derechos laborales, etc. De la misma manera, la complejidad de estos ha ido incrementándose porque el contenido de las normas de inversiones ha ido variando, conforme a la política que han ido adoptando los Estados en materia de inversiones. Asimismo, la diversidad de estos acuerdos se ha alcanzado con la participación de Estados con diferente nivel de desarrollo económico; en acuerdos multilaterales, plurilaterales, regionales, etc); KUNDMULLER CAMINITI, Franz, “El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, No. 1, 2007, pp. 119-178.

⁹⁴Ver *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a seguir*, *supra note* 1, pp. 23. (Por ejemplo, el NAFTA va mucho más allá de cualquier TBI garantizando la protección de la inversión extranjera desde su entrada. Los TLCs son la primera fuente que incorpora el modelo de demanda directa en el área de inversiones).

⁹⁵Ver SALACUSE, Jeswald, “Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain”, en AAVV, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, N. Horn, S. Kroll (eds.), 2004, pp. 77-88.

⁹⁶Ver DOLZER, Rudolf, *supra note* 92, pp. 953-972.

I.2.2.2.1. Los estándares sustantivos

Los AII establecen de manera constante los siguientes estándares sustantivos de protección: el trato justo y equitativo, el trato nacional, el trato de la Nación Más Favorecida, la protección y seguridad plenas, así como la compensación por expropiación o cualquier otro tipo de desposesión.

El “Trato Justo y Equitativo” ha sido expresado de diversas maneras en los AII. Este estándar es considerado como contingente debido a que su definición no es concreta sino que depende de las particularidades del caso.⁹⁷ Por ello, éste se encuentra sujeto a diversas interpretaciones,⁹⁸ las cuales han ido variando en el transcurso del tiempo.⁹⁹ Como consecuencia de su contingencia, este estándar puede resultar aplicable a una gran variedad de supuestos. De ahí que, en la gran mayoría de casos los demandantes recurran a éste.¹⁰⁰

El estándar del “Trato Nacional” se refiere a que el Estado receptor de la inversión debe otorgar al inversionista extranjero un trato no menos favorable que el otorgado a su nacional, siempre que ambos se encuentren en las mismas circunstancias.¹⁰¹ Es decir que, en el fondo, este estándar busca impedir la discriminación del inversionista extranjero frente al nacional, siempre y cuando ambos se encuentren en las mismas condiciones. Este estándar es relativo¹⁰² porque depende de la comparación de las circunstancias del caso. Por ello, su aplicación resulta compleja, a pesar de la sencillez de su redacción.¹⁰³

La “Protección y Seguridad Plenas” constituye una protección sustantiva a través de la cual el Estado receptor de la inversión está en la obligación de otorgar al inversionista extranjero y a su inversión protección y seguridad en forma constante y plena. Esta protección no significa que el Estado se convierte en un garante por los daños que resultaran a la

⁹⁷ Caso *Mondev International Ltd. v United States of America*. Caso CIADI No. Arb (AF)/99/2, Laudo 11 de octubre de 2002, §118.

⁹⁸ Ver SALACUSE, Jeswald, *supra note*95, p. 667.

⁹⁹ Ver YANNACA, Katia, “*Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/3, pp. 1; *Investor- States Disputes arising from Investment Treaties: A Review*, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2005, p. 37-41.

¹⁰⁰ Ver MORTIMORE, Michael, *Arbitraje Internacional basado en Cláusulas de Solución de Controversias entre los Inversionistas y el Estado en Acuerdos Internacionales de Inversión: Desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, noviembre 2009, p. 37.

¹⁰¹ Ver *Investor- States Disputes arising from Investment Treaties: A Review*, United Nations Conference on Trade and Development, *supra note*99, pp. 32-34.

¹⁰² GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, México:Editorial Porrúa, 2009, p.183.

¹⁰³ *Ibid.*, p.124. El autor cita al caso *Feldman v Mexico*.

inversión y/o al inversionista extranjero, sino que solo será responsable cuando incumpla con protegerlos con la debida diligencia. En el caso *Asian Agricultural Products Ltd. v Sri Lanka*,¹⁰⁴ el tribunal arbitral señaló que la obligación del Estado consiste en otorgar las medidas razonables de prevención que cualquier Estado “bien administrado” podría otorgar en las mismas circunstancias. Para ello, este estándar puede ser incumplido de manera activa o pasiva. En el primer caso la actividad de las dependencias del Estado ocasiona daños al inversionista extranjero. En el segundo, el Estado no actúa razonablemente para evitar los daños que conoce se están produciendo en la inversión extranjera.¹⁰⁵

“Compensación por Expropiación o cualquier acto de desposesión”. Se ha reconocido la capacidad reguladora del Estado para expropiar la propiedad de un inversionista extranjero, pero siempre que la expropiación: (1) se lleve a cabo para un propósito público; (2) no se realice de manera discriminatoria; (3) se produzca conforme al debido proceso y (4) se otorgue la compensación debida. Sin embargo, el punto más controversial es este último. Muchos tribunales han considerado la compensación según la fórmula Hull; es decir una compensación pronta, adecuada y efectiva.¹⁰⁶

El estándar del “Trato de la Nación Más Favorecida” determina que el Estado receptor de la inversión otorgue al inversionista extranjero un trato no menos favorable que el concedido a otro inversionista en las mismas circunstancias. Es decir que, éste tiene como objetivo impedir la discriminación entre inversionistas extranjeros, pero siempre que se encuentren en circunstancias similares. En ese sentido, esta cláusula es considerada como relativa debido a que para su aplicación debe compararse con otras situaciones. La interpretación de ésta ofrece a un inversionista extranjero la misma protección sustantiva y procesal que pudiesen ser otorgadas a otros inversionistas. Sin embargo, la interpretación extensiva de este estándar considerando el mecanismo procesal otorgado a otro inversionista ha generado controversia y una casuística contradictoria.¹⁰⁷

¹⁰⁴Ver Caso *Asian Agricultural Products, Ltd. v. The Republic of Sri Lanka*.

¹⁰⁵GONZÁLEZ DE COSSIO, *supra note* 102, p.196.

¹⁰⁶SALACUSE, Jeswald, *The Law of Investment Treaties*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 670.

¹⁰⁷*Investor- States Disputes arising from Investment Treaties: A Review*, United Nations Conference on Trade and Development, *supra note* 99, pp. 34-36.

I.2.2.2.El arbitraje de inversiones

Una de las principales ventajas de los AI, junto a las protecciones sustantivas señaladas, constituye el reconocimiento del arbitraje como un mecanismo jurisdiccional para la solución de las controversias que surgen entre los inversionistas y el Estado receptor de la inversión.¹⁰⁸ De ahí que los AI se hayan constituido en la principal fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje.

Douglas ha identificado que en los AI existen cuatro tipos distintos de consentimiento al arbitraje de inversiones.¹⁰⁹ Primero, un grupo de AI permite que “toda” o “cualquier” controversia que tenga relación con una inversión pueda ser sometida al arbitraje de inversiones. Segundo, otro grupo establece un número limitado de fuentes legales que constituyen la causa de pedir del inversionista. Un ejemplo claro de este consentimiento al arbitraje de inversiones es el Modelo TBI USA 2012, el cual indica:

*“For the purposes of this Treaty, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to an investment authorization, an investment agreement or an alleged breach of any right conferred, created or recognized by this Treaty with respect to a covered investment”.*¹¹⁰

En este grupo las controversias sometidas al arbitraje de inversiones pueden surgir de (i) un acuerdo de inversión,¹¹¹ (ii) una autorización de inversión,¹¹² y/o (iii) el incumplimiento de

¹⁰⁸Ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el Acceso al Arbitraje”, en *Revista de Economía y Derecho UPC*, 2004, pp. 29-50; FRANCK, Susan, “Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law”, en *Global Business & Development Law Journal*, Vol. 19, 2007, p. 343; FRANCK, Susan, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, en *Fordham Law Review*, 2005, Vol. 73, pp. 1529- 1545.

¹⁰⁹Ver DOUGLAS, *supra note*16, pp. 234-235.

¹¹⁰Artículo 24 del Modelo TBI USA 2012.

¹¹¹Sección A, Modelo TBI USA2012.

“investment agreement” means a written agreement between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor:

- (a) with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale;
- (b) to supply services to the public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications; or
- (c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government.

¹¹²Sección A, Modelo TBI USA2012.

cualquier obligación sustantiva considerada en el tratado. Tercero, otro grupo de All restringe el ámbito de jurisdicción de un tribunal arbitral a aquellas controversias que surgen de la violación de cualquiera de las disposiciones sustantivas del tratado. El ejemplo más resaltante de este grupo es el TLCAN.¹¹³ Cuarto, un último grupo limita el ámbito de jurisdicción del tribunal arbitral a aquellas controversias que surgen para determinar el monto de pago de la compensación correspondiente a una expropiación.¹¹⁴ Sin embargo, Douglas señala que el número de estos All es bastante limitado.

Los All si bien, por un lado, limitan la clase de controversias sometidas al arbitraje de inversiones, por otro, permiten que éstas sean administradas por distintas instituciones arbitrales. Esta disponibilidad de foros para el inversionista ha sido denominada como “cafetería-style” o el “estilo cafetería”.¹¹⁵ Así, pues, los inversionistas extranjeros pueden recurrir al arbitraje administrado por distintas instituciones arbitrales como el CIADI, la Cámara de Comercio de Estocolmo, el arbitraje ad-hoc de la CNUDMI, entre otros. Dentro de todas estas posibilidades, sin embargo, como hemos apuntado, el CIADI constituye la principal institución que administra arbitrajes inversionista-Estado, debido entre otras razones a las características que posee.¹¹⁶

I.2.2.3. El ámbito de aplicación limitado a la existencia de una inversión

El ámbito de aplicación de los All se encuentra limitado a cierto tipo de inversionistas e inversiones. Es decir, que las protecciones sustantivas y procesales establecidas en los All se otorgan únicamente a aquellos que califican como inversiones e inversionistas en dichos acuerdos. Sin embargo, para efectos de este trabajo solo nos referiremos a la definición del término inversión otorgada por los All.

I.2.2.3.1. Las inversiones

En los All no existe una definición única y clara sobre el término inversión, más bien lo que encontramos en estos es una lista de “bienes” que podrían revestir la forma jurídica y

“investment authorization” means an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party.

Asimismo, un pie de página agrega que “las acciones tomadas por una Parte con el fin de hacer cumplir las leyes de aplicación general, tales como leyes en materia de competencia, no están incluidas en esta definición”.

¹¹³ Artículo 1116, 1117 NAFTA.

¹¹⁴ Artículo(9)3 del China Model BIT.

¹¹⁵ McLACHLAN, *supra note*47, p. 100.

¹¹⁶ PARRA, Antonio, “ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: Will ICSID be the Leading Arbitration Institution in the Early 21st Century?”, en *American Society of International Law*, No.41, p.42.

económica de una inversión.¹¹⁷ En ese sentido, el objeto de protección de los AI constituyen la propiedad adquirida por el inversionista extranjero en un Estado determinado.¹¹⁸ Estas listas de bienes incluidas en distintos AI son muy similares. Sin embargo, esta similitud no implica que exista una definición uniforme y general sobre el término inversión. Por el contrario, los bienes considerados como inversión en cada AI forman parte de las condiciones específicas del consentimiento que dirigen las relaciones individuales de los Estados.¹¹⁹

En consideración a la similitud que existe entre las listas de bienes consideradas como una inversión en los AI, éstas han sido clasificadas por los autores de diversas maneras. Rubins, ha clasificado la definición de inversión otorgada por los AI en tres tipos de listas: (i) una lista ilustrativa, la cual no limita la cantidad de bienes cubiertos; (ii) una lista exhaustiva, la cual limita la cantidad de bienes cubiertos señalados en el AI; y, (iii) una lista híbrida, que consiste en una mezcla de las dos primeras listas debido a que consiste en una definición amplia e ilimitada de la inversión, pero siempre que ésta cumpla con ciertas características objetivas que permiten limitarlas. Schlemmer y Salacuse, por su parte, señalan la existencia de dos tipos de listas o aproximaciones: una aproximación amplia, que establece una lista ilimitada de bienes cubiertos; y, una aproximación restringida, la cual consiste en una lista de bienes que, a diferencia de la anterior, resulta limitada por distintos requisitos, como que la inversión sea efectuada en el territorio del Estado o que la inversión cumpla con las leyes y regulaciones del Estado contratante, etc.¹²⁰

En este trabajo expondremos la clasificación de la definición de inversión establecida por la UNCTAD, la cual ha adoptado una definición amplia y otra limitada, al igual que Schlemmer y Salacuse.

I.2.2.3.1.1. Definición amplia

Este tipo de definición de inversión considera que “todo tipo de bien” puede ser calificado como una inversión. Además, esta definición no contiene un número exhaustivo o

¹¹⁷SILVA ROMERO, Eduardo, “Por un Regreso al Sentido Ordinario de la Palabra ‘Inversión’”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 1, 2009, p. 222; *Investor- States Disputes arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD, *supra* note 99, pp. 15-16.

¹¹⁸DOUGLAS, *supra* note 16, p. 353; AVENDAÑO, Jorge, “La propiedad como derecho de los inversionistas y su protección a través de los convenios de Estabilidad Jurídica”, en *AAVV Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Vol.1, (Palestra. eds.), p. 377.

¹¹⁹SCHREUER, *supra* note 68, p. 124.

¹²⁰SALACUSE, *supra* note 106, pp. 160-163; SCHLEMMER, Engela, “Investment, Investor, Nationality and Shareholders”, en *AAVV, The Oxford Handbook of International Investment Arbitration*, 2008, pp. 55-56.

limitado de bienes cubiertos, sino que por el contrario consiste en un número abierto de posibles opciones. En ese sentido, las inversiones cubiertas pueden escapar de aquellas establecidas en la lista.

El objeto de este tipo de definición es el reconocimiento de que las inversiones evolucionan constantemente en el mundo de las transacciones internacionales. Por tanto, ésta no pretende limitar las inversiones cubiertas, sino servir de guía a los intérpretes sobre la clase de inversiones que pueden ser cubiertas.¹²¹ Con este propósito, este tipo de definición puede considerarse, incluso, que el cambio en la forma de la inversión de los bienes no resulta relevante. Esta disposición permite, entonces, a los inversionistas reestructurar su inversión, sin preocuparse, de ser el caso, de las condiciones establecidas en el momento inicial de su inversión.¹²² De acuerdo a la UNCTAD, este tipo de definición de inversión predomina en los AII.¹²³ Un ejemplo claro de este tipo de definición es el TBI Perú-Alemania, cuyo artículo 1 establece que:

“Artículo 1-

Para los efectos del presente convenio:

(1) "Inversión" designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; esto incluye en particular, pero no exclusivamente:

(a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas y derechos de prenda;

(b) acciones o derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades;

(c) derechos a fondos empleados para crear un valor económico o a prestaciones bajo contrato y derechos otorgados por ley, que tengan un valor económico;

(d) derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, modelos y diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos y conocimientos tecnológicos patentados o no, documentos técnicos e instrucciones, know how y goodwill;

¹²¹ SALACUSE, *supra* note 106, p. 162.

¹²² Scope and Definition, UNCTAD, *supra* note 2, p. 28.

¹²³ *Ibid.*, p. 24.

(e) las concesiones otorgadas, por ley o contrato, por las partes contratantes o sus entidades públicas para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de los recursos naturales.

Las modificaciones en la forma de inversión de los bienes no afectan su carácter de inversión”.

I.2.2.3.1.2. Definición limitada

La definición limitada del término inversión en los AI puede incluir distintas restricciones. De acuerdo al análisis elaborado por la UNCTAD,¹²⁴ este tipo de definición puede estar limitado por los siguientes factores:

- Excluir la protección de las inversiones de cartera, ciertos tipos de contratos, ciertos préstamos, instrumentos de deuda, etc;
- Emplear un tipo de “lista cerrada” con una lista amplia de bienes cubiertos, los cuales resultan limitados;
- Limitar las inversiones a aquellas efectuadas “de acuerdo con las leyes del Estado receptor”;
- Agregar a la definición de inversión requisitos o criterios objetivos, tales como el riesgo y la contribución económica efectuada, etc.

Este tipo de definición tiene como origen, como evaluaremos más adelante, las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales, las cuales han considerado como inversión cierta clase de bienes que los Estados no buscaron proteger a través de dichos acuerdos.¹²⁵ De ahí, que la UNCTAD ha considerado este tipo de definición como un modelo emergente en los AI.¹²⁶ Un ejemplo de este tipo de definición es el TLC Perú-Estados Unidos, cuyo artículo 10.28 define las inversiones de la siguiente manera:

“inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la

¹²⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹²⁵ SALACUSE, *supra note* 106, p. 166.

¹²⁶ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, pp. 7-12.

expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;*
 - (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;*
 - (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;*
 - (d) futuros, opciones y otros derivados;*
 - (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;*
 - (f) derechos de propiedad intelectual;*
 - (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y*
 - (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;*
- pero inversión no significa una orden o sentencia ingresada en un proceso administrativo o judicial”.*

I.3. La importancia de la noción de inversión en el arbitraje de inversiones y su desarrollo por los tribunales arbitrales CIADI

Como hemos evaluado, la noción de inversión resultó fundamental en el DI no solo para la constitución de un régimen particular de protección para las inversiones extranjeras, sino también de un sistema especial de solución de controversias: el arbitraje de inversiones. En efecto, como hemos explicado, en el arbitraje de inversiones este requisito es fundamental porque su ámbito de aplicación se restringe aquellas controversias que surjan o tengan relación con una inversión.

Cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones constituye un AI, Douglas ha explicado que la existencia de una inversión resulta esencial para que se cumpla con el objetivo que dio origen a los AI: el estímulo del flujo de capital en la economía de los Estados contratantes. Pues, en los AI se desprende que los Estados contratantes otorgan a los inversionistas extranjeros tanto protecciones sustantivas como procesales, a cambio de que estos realicen una inversión en su territorio. A este objetivo de los AI, el autor lo ha

denominado el *quid pro quo*.¹²⁷ Además, el autor indica que la gran mayoría de AI otorga protección a las inversiones, en lugar de a los inversionistas. Es decir, que la protección otorgada en los AI depende, en su mayoría, no de la cualidad personal de un extranjero, como lo es la nacionalidad, sino de la existencia de una inversión en el Estado receptor.¹²⁸

Así, pues, en virtud de la importancia de la existencia de una inversión para recurrir al arbitraje de inversiones, el autor señala que éste resulta esencial para el cumplimiento de cualquier requisito jurisdiccional. En palabras de Douglas:

*“(...) The boundaries of the tribunal’s *ratione materiae* jurisdiction are shaped by the nexus between the claims and the investment. The tribunal’s *ratione personae* jurisdiction extends to a claimant with control over the investment at the time of the alleged breach and its *ratione temporis* jurisdiction depends upon the timing of the claimant’s acquisition of the investment. The tribunal’s examination of the question of the host state’s liability is intertwined with an assessment of whether the prejudice alleged by the claimant can be properly linked to the rights that comprise the investment. (...) Finally, if the host state is found to be liable in damages, then the quantification of such damages will depend upon a careful assessment of the income generated by the whole or part of the investment that was subjected to unlawful interference”.*¹²⁹

Asimismo, como hemos visto, la existencia de una inversión también resulta fundamental en el arbitraje de inversiones CIADI porque, independientemente de su fuente de consentimiento, éste forma parte del requisito *ratione materiae*, condición *sine qua non* para la jurisdicción de un tribunal arbitral CIADI y cuyo incumplimiento podría acarrear la anulación de la decisión emitida por un tribunal arbitral.¹³⁰

Sin embargo, a pesar de la importancia de este término tanto en el arbitraje de inversiones CIADI como en el no CIADI, como hemos explicado, la falta de precisión sobre la

¹²⁷ DOUGLAS, *supra* note 16, pp.135-136.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 136-141.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 165 y 136.

¹³⁰ Ver artículos 25 y 52 del Convenio CIADI. SCHREUER, *supra* note 68, pp. 938-947. (El autor explica que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en el artículo 25 del Convenio CIADI, entre ellos el *ratione materiae* -que incluye al requisito de inversión-, podría determinar la anulación de la decisión emitida por el tribunal a partir del ejercicio manifiestamente extralimitado de sus facultades (Artículo 52(1)b) al decidir sobre una controversia sobre la cual no posee jurisdicción. En palabras de Schreuer: “A deficiency in meeting any of these requirements [from article 25] would mean that there is not jurisdiction. For instance, if there is no legal dispute there is no jurisdiction and an award on the merits would constitute an excess of powers. The same would apply if the dispute does not arise directly out of an investment (...)).

definición de este término en los AIJ y su falta de definición en el Convenio CIADI, han conllevado a que éste constituya uno de los términos más controvertidos en el arbitraje de inversiones¹³¹ y, por ende, una de las razones por las cuales los Estados demandados cuestionan la predictibilidad y legitimidad de este sistema.¹³² Pues, justamente, una de las críticas que existe en torno a este mecanismo se refiere a la falta de claridad de las condiciones para acceder a éste.¹³³

De ahí, que para los Estados que acogen este régimen de solución de controversias sea necesario conocer la interpretación que le vienen otorgando los tribunales arbitrales, con el fin de comprender su contenido.¹³⁴ Esto como consecuencia de que el DIJ constituye una nueva rama del DI, en el cual no existe un régimen de jurisprudencia vinculante, sino un sistema denominado como “*precedente de facto*”.¹³⁵ En este sistema, como evaluaremos más adelante,

¹³¹La problemática sobre la definición del término inversión no es inherente al arbitraje de inversiones CIADI para ello ver SILVA ROMERO, *supra note* 117, pp. 221-227 (El autor explica algunos casos no CIADI en donde también se discute el contenido de este término); Caso *Romak v Uzbekistán*, Award, PCA Case No. AA280, 26 November 2009, §191. (El tribunal cita a distintos autores para indicar que la noción de inversión es uno de los temas más controvertidos en el contexto de la jurisdicción de los tribunales arbitrales).

¹³²Ver BEN HAMIDA, Walid, “Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control”, en *Journal of International Arbitration*, 2007, Vol. 24, No. 3, p. 302. (La controversia sobre la naturaleza de las controversias –requisito *ratione materiae*– en el arbitraje de inversiones CIADI es uno de las controversias que cuestionan la viabilidad del sistema arbitral CIADI); DE COSSIO, Francisco, *supra note* 102, pp. 297-304. (Un ejemplo manifiesto de este cuestionamiento al mecanismo de solución de controversias arbitral CIADI constituye la renuncia al Convenio CIADI por parte de Ecuador, Bolivia); FRANCK, Susan, “The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards”, en *Virginia Journal of International Arbitration*, Vol. 51, 2011, pp. 825-914.

¹³³Distintos documentos de la UNCTAD y otros autores explican la problemática que existe en el DIJ. Un ejemplo del Estudio realizado sobre la problemática existente en el DI, en particular ver *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, *supra note* 99, pp. 9-34.

¹³⁴Ver FRANCK, Susan, “The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future?”, en *University of California. Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 12, No. 47, 2005, pp. 79-98 (La autora explica que con el fin de mejorar la eficacia y la consistencia en el arbitraje de inversiones se han planteado una serie de reformas: (i) oponerse al arbitraje de inversiones; (ii) minimizar la inconsistencia existente. En este último supuesto, se plantean métodos directos e indirectos. Los primeros consisten en crear un órgano de apelaciones o comisiones constituidas en los tratados para rectificar los errores que se produzcan en las decisiones. Esta posibilidad aún no se descarta pero no ha sido considerada como una solución factible. Los segundos consisten en introducir reformas en los tratados que promuevan la claridad de sus textos a nivel procesal como sustantivo. En ese sentido, la autora señala: “They could suggest revising procedural rights in investment treaties. By implementing and defining certain structural safeguards in the text of a treaty’s dispute resolution provision. Sovereigns could create procedural enhancements which do not inhibit access to arbitration but nevertheless minimize the risk that different tribunals will reach inconsistent decisions”. En ese sentido, los Estados que han adoptado el régimen del arbitraje de inversiones han considerado necesario minimizar las inconsistencias que se pueden producir en este sistema a través de métodos indirectos).

¹³⁵Ver CHENG, Tai-Heng, “Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration”, en *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, 2007, p. 1014, COMMISSION, Jeffery, “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, No. 2, 2007, pp. 129-158;

los tribunales arbitrales no se encuentran obligados a emplear las decisiones emitidas en casos anteriores; sin embargo, hacen referencia a éstas con el fin de fortalecer el razonamiento de su decisión o apartarse de éstas. Así que, en el DII las decisiones pobres en razonamiento no son empleadas en casos posteriores, mientras que las decisiones bien razonadas y sustentadas, aunque se aparten de los criterios empleados en casos anteriores, pueden sobrevivir para generar predictibilidad en el sistema y, sobre todo, contribuir al desarrollo del DII.¹³⁶

En ese sentido, resulta fundamental conocer la interpretación que le vienen otorgando los tribunales arbitrales a este término. En particular los tribunales arbitrales CIADI, porque estos han resultado los principales encargados en evaluar su contenido, debido a que el CIADI constituye el principal foro de solución de controversias en materia de inversión, por la publicidad de sus laudos y, sobre todo, porque el cumplimiento de este requisito resulta esencial en términos jurisdiccionales.



DI PIETRO, Domenico, "The Use of Precedents in ICSID Arbitration: Regularity or Certainty?" En *International Arbitration Law Review*, 2007, Vol.10, pp. 92- 97; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", en *Arbitration International*, Vol. 23, No. 3, 2007, pp. 357-378; SCHREUER, Cristoph, "Conversation Across Cases-Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration?", en AAVV, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, pp. 1-18; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "Is Consistency a Myth?", en AVV, *Precedent in International Arbitration*, Gaillard and Banifatemi (eds.), 2008, pp. 137-147; REINISH, August, "The Role of Precedent in ICSID Arbitration", en *Austrian Arbitration Year Book*, 2008, pp.495-510; SINCLAIR, "The Umbrella Clause Debate", en AAVV, *Investment Treaty Law*, Andrea Bjorklund, Ian Laird (ed.), *British Institute of International and Comparative Law*, 2009, pp.275.

¹³⁶Ver KAUFMANN-KOHLER, *supra note* 135, p. 375; DI PIETRO, *supra note* 135, p. 92.



Capítulo Segundo

La noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI cuando la fuente de consentimiento constituye un tratado

II.1. La problemática sobre la noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI cuando su fuente de consentimiento constituye un All

La principal controversia sobre la noción del término inversión en el CIADI cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje son los All ha consistido en si la definición establecida en estos acuerdos coincide con aquella otorgada por el CIADI; es decir cuál es la interpretación que se le ha otorgado al término inversión establecido tanto en los All como en el Convenio CIADI. Sin embargo, antes de evaluar este punto, evaluaremos el derecho aplicable para interpretar el término inversión establecido en ambos acuerdos, debido a que éste también ha sido un punto controvertido en el marco del CIADI, el cual ha sido aclarado a través de la casuística.

II.1.1. El cuestionamiento sobre el derecho aplicable para interpretar el término inversión

El derecho aplicable para interpretar el término inversión en el CIADI cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje es un All cobró relevancia debido a que una disposición incluida en los All establecía que *“la inversión debía efectuarse conforme al derecho nacional del Estado receptor de la inversión”*. Esta situación, por tanto, conllevó a que los tribunales explicaran la diferencia que existe entre esta disposición y el derecho empleado para interpretar el término inversión establecido tanto en el CIADI como en los All.

II.1.1.1. El derecho aplicable para determinar que la inversión se efectúa de conformidad con el Derecho nacional del Estado receptor de la inversión

Distintos All han incluido en su definición de inversión que ésta debe efectuarse *“de conformidad con la legislación del Estado receptor”*.¹³⁷ Un ejemplo de esta situación es el artículo 1(1) del TBI Perú-Bolivia, el cual define a la inversión como: *“(…) todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión de conformidad con este Convenio (…)*”. Como consecuencia de esta clase de disposición, distintos Estados demandados opusieron que el derecho aplicable para definir la inversión cubierta por un All constituía el derecho nacional del Estado receptor de la

¹³⁷Ver TBI Alemania- Filipinas, TBI Lituania-Ucrania, TBI Bangladesh-Italia, TBI España-México y TBI Omán-Yemen.

inversión. Los tribunales arbitrales, sin embargo, diferenciaron esta disposición del derecho aplicable para interpretar la noción de inversión establecida en los AIJ y el CIADI.

Esta diferencia se puede observar en el caso *Salini v Marruecos*. En este caso, la demandante, empresa italiana, señaló que la definición de inversión otorgada por el TBI Italia-Marruecos permitía considerar el contrato de construcción suscrito con la empresa ADM -quien había suscrito un contrato de concesión con el Ministro de Infraestructura de Marruecos- como una inversión cubierta por el TBI en cuestión y por el CIADI.¹³⁸

Marruecos negó dicha afirmación en base a la disposición del TBI que señalaba que “la inversión debía efectuarse conforme a las leyes y regulaciones del Estado parte”. Marruecos indicó que el derecho aplicable para determinar que la inversión se encontraba cubierta por el TBI, no era el TBI mismo, sino la ley de Marruecos. En ese sentido, conforme al derecho marroquí, el contrato indicado no calificaba como un contrato de inversión, sino como un contrato de servicios. Por tanto, Marruecos concluyó que el contrato señalado no calificaba como una inversión cubierta por el TBI y, por ende, el incumplimiento de este contrato no calificaba como una violación del TBI sino un simple incumplimiento contractual, regido por el derecho local del Estado receptor.¹³⁹

El tribunal arbitral rechazó la aplicación de la ley marroquí para determinar la noción de inversión cubierta por el TBI y por el Convenio CIADI. El tribunal señaló que la referencia a “las leyes y regulaciones del Estado” para la realización de una inversión determinaban la validez de ésta y no su definición.¹⁴⁰ En palabras del tribunal:

“This provision refers to the validity of the investment and not to its definition. More specifically it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal”.¹⁴¹

En el caso, el tribunal señaló que las demandantes cumplieron con la disposición que determinaba que la inversión debía efectuarse conforme a la legislación del Estado receptor, debido a que la inversión se desarrolló con la autorización oficial del proyecto por parte del

¹³⁸ *Salini Costruttori SpA and Italstrade Spa v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, §2.

¹³⁹ *Ibid.*, §38.

¹⁴⁰ *Ibid.*, §46.

¹⁴¹ *Ibid.* §46.

gobierno de Marruecos y se ejecutó conforme a la ley de Marruecos.¹⁴² Por tanto, la aplicación de la ley de Marruecos se limitó a establecer la legalidad de la inversión, mientras que su definición recaía en el TBI, como evaluaremos más adelante.

En el caso *Mytilineos v State Union of Serbia and Montenegro*, la demandante, empresa griega, señaló que los contratos suscritos con RTB-BOR, una empresa constituida conforme al derecho yugoslavo, así como las dos garantías bancarias relacionadas a estos contratos y la propiedad de bienes muebles retenida para su entrega a RTB-BOR calificaban como inversiones en el TBI Grecia-Yugoslavia. En ese sentido, agregó que los contratos y las operaciones económicas celebradas con RTB-BOR cumplían con los estándares internacionales para ser caracterizados como inversiones.

El Estado demandado argumentó que las operaciones realizadas por Mytilenios no cumplían con la definición de inversión establecida en el TBI Grecia-Yugoslavia, la cual señalaba que: *“Investment’ means every kind of asset invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, in accordance with the latter’s legislation (...)”*. Conforme con esta disposición, la ley del Estado receptor establecía que una inversión efectuada en su territorio debía ser aprobada y registrada. Por tanto, Mytilenios al no haber registrado su inversión, no cumplía con esta disposición. Además, el Estado demandado indicó que los casos *Yaung Chi Oo v Myanmar* y *Gruslin v Malasya* corroboraban su afirmación, debido a que en estos los tribunales negaron la existencia de una inversión cubierta por el AII al corroborarse la falta de aprobación y registro de la inversión.¹⁴³

El tribunal desestimó el argumento de Serbia y Montenegro porque, a diferencia de los casos apuntados, en este caso el TBI en cuestión no incluía una disposición que estableciera que la inversión debía ser aprobada y registrada por el Estado receptor. En ese sentido, el incumplimiento de este requisito, establecido en la ley del Estado receptor, no impedía que la inversión alegada constituyera una inversión cubierta.¹⁴⁴ Asimismo, el tribunal explicó que la disposición incluida en el TBI, según la cual la inversión debía realizarse conforme a la legislación del Estado receptor de la inversión, significaba lo siguiente:

“The Tribunal considers the Salini test to constitute the proper jurisdictional yardstick for determining whether an investment has been made “in accordance with the law” of a

¹⁴² *Ibid.*, §49.

¹⁴³ *Mytilineos Holdings SA v The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia*, UNCITRAL, §137-142.

¹⁴⁴ *Ibid.*, §143-146.

host State. It will thus be guided in its assessment by scrutinizing whether the investment had been vitiated by an illegality".¹⁴⁵

El tribunal consideró que, en consideración al significado de esta disposición, el Estado en ningún momento argumentó que las actividades realizadas por Mytilenios fueran ilegales.¹⁴⁶ Por tanto, el tribunal desestimó la objeción presentada por el Estado y estimó que la inversión alegada constituía una inversión cubierta por el CIADI y el TBI en cuestión.

En otros casos, los tribunales arbitrales también han rechazado que la disposición señalada *"en conformidad con las leyes y regulaciones del Estado receptor de la inversión"* sirva para interpretar el término inversión establecido en el Convenio CIADI y en los AIJ conforme al Derecho nacional de un Estado.¹⁴⁷ Esta disposición, según los casos y la doctrina, tiene como función particular evitar que una inversión que resulte ilegal conforme al derecho nacional de un Estado pueda ser protegida por un AIJ.¹⁴⁸

II.1.1.2. El derecho aplicable para interpretar el requisito de inversión en el CIADI y en los AIJ

La interpretación del término inversión establecido tanto en el CIADI como en los AIJ depende del derecho aplicable empleado para tal propósito. El Convenio CIADI ni los AIJ establecen de manera particular un derecho aplicable para interpretar este término. Sin embargo, los tribunales arbitrales han señalado, de manera general, que el derecho aplicable para este propósito constituye aquel empleado para determinar su jurisdicción. Así, pues,

¹⁴⁵ *Ibid.*, §152.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §153-157.

¹⁴⁷ Ver *LESI-DIPENTA S.p.A et ASTALDI S.p.A. v Algeria*, ICSID Case No.ARB/03/08, Award, 10 January 2005, §11, 24(iii); *Bayindir v Pakistan*, ICSID Case No.ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, §105-110; *Saipem Spa v Bangladesh*, ICSID Case No.ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, §79-82, §120; *L.E.S.I. S.p.A et ASTALDI S.p.A. v Algeria*, ICSID Case No.ARB/05/3, Decision on Jurisdiction, 12 July 2006,, §83 (iii); *Desert Line Projects LLC v The Republic of Yemen*, ICSID Case No.ARB/05/17, Award, 6 February 2008, §97-123; *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, §202-221.

¹⁴⁸ Ver KRIEBAUM, Ursula, "Illegal Investments", en AAVV, *Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration 2010*, Klausseger, Klein, otros (ed.), 2010, pp. 307-305; SCHILL, Stephan, "Illegal Investments in International Arbitration", (Consulta: 20/05/2012), en <http://ssrn.com/abstract=1979734> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1979734>; MOLOO, Rahin and KHACHATURIAN, Alex, "The compliance with the law requirement in International Investment Law", en *Fordham International Law Journal*, 2011, Vol. 34, pp.1473-1501; CARRANO TARRILLO, Italo, "Notas sobre el Alcance de la Cláusula 'de conformidad con las leyes del país receptor de la inversión' después del Caso Fraport v. Filipinas", en AAVV, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Carlos Soto Coaguila (ed.), 1998, pp. 935-950; DE BRABANDERE, Eric, "'Good Faith' 'Abuse of Process' and the Initiation of Investment Treaty Claims", en *Journal of International Dispute Settlement*, No.3, pp. 1-28 (El autor señala que en este requisito existe una obligación por parte del inversionista para que actúe de buena fe en la adquisición de la inversión).

cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI es un AI, los tribunales arbitrales han indicado que el derecho aplicable para determinar su jurisdicción y, por ende, el requisito de inversión (*ratione materiae*), constituyen el artículo 25 del Convenio y las disposiciones correspondientes del AI.¹⁴⁹

Este razonamiento, de manera simple, pareciera responder a la concepción de que cuando los tribunales arbitrales CIADI se han constituido conforme a un tratado entonces corresponde aplicar el Derecho Internacional –el AI y el Convenio CIADI-.¹⁵⁰ Este punto de vista podría explicarse, entonces, a través del siguiente silogismo:

*“(...) an investment treaty is an international instrument governed by international law; the arbitral tribunal is created by the investment treaty; therefore, issues relating to the tribunal’s jurisdiction or the admissibility of claims submitted to it are to be resolved by the treaty and international law (...)”*¹⁵¹

Este silogismo, sin embargo, deja de lado la noción de que el arbitraje y, por ende, los tribunales arbitrales son criaturas del consentimiento otorgado por las partes.¹⁵² Por tanto, el derecho aplicable para establecer la jurisdicción de un tribunal arbitral depende del consentimiento al arbitraje establecido por las partes.

Como hemos explicado, cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un tratado, el consentimiento a este tipo de arbitraje se expresa a través de la voluntad de los Estados Parte para someterse a este mecanismo y la aceptación de dicha

¹⁴⁹Ver *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, January 14 2004, §38; *AES Corporation v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, April 26 2005, §34-39; *Camuzzi International S.A. v The Argentine Republic I*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction, May 11, 2005, §15-17; *Sempra Energy International v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, May 11 2005, §25-28; *Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No.ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, §65-68; *Saipem Spa v Bangladesh*, ICSID Case No.ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, §68-70, §78-82; *Noble Energy, Inc. and Machalpower Cia. Ltda. v The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No.ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, March 5 2005, §56-57.

¹⁵⁰Ver HEISKANEN, Veijo, “Forbidding Dépeçage: Law Governing Investment Treaty Arbitration”, en *Suffolk Transnational Law Review*, 2009, Vol. 32, No. 2, pp. 396-406.(El autor sostiene que el dépeçage es inherente al arbitraje internacional de inversiones debido a que en este se mezclan una serie de temas que se encuentran regidos tanto por el Derecho internacional público como privado. Sin embargo, el autor como la gran mayoría de autores no se pronuncia sobre la ley aplicable a los aspectos jurisdiccionales de los tribunales arbitrales CIADI).

¹⁵¹DOUGLAS, *supra note* 16, p. 74.

¹⁵²DOUGLAS, *supra note*16, pp.74-75; SCHREUER, Cristoph, “The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes”, (Consulta: 02/07/2010), pp. 2-5, en www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf

oferta por parte del inversionista (arbitration without privity).¹⁵³ Este acuerdo arbitral se rige por el Derecho Internacional en virtud de las razones expresadas en el caso *Occidental Exploration & Production Company v Ecuador*. En este caso, las partes no se sometieron al arbitraje de inversiones CIADI, sino a un arbitraje *ad hoc* bajo las reglas CNUDMI; sin embargo, la Corte explicó que el acuerdo arbitral se encontraba sometido al Derecho Internacional por las siguientes razones:

*“Although it is a consensual agreement, it is closely connected with the international treaty which contemplated its making, and which contains the provisions defining the scope of the arbitrators’ jurisdiction. Further, the protection of investors at which the whole scheme is aimed is likely to be better served if the agreement to arbitrate is subject to international law, rather than to the law of the state against which an investor is arbitrating”.*¹⁵⁴

Como se desprende de esta cita, el acuerdo arbitral y, por ende, la jurisdicción de un tribunal arbitral se rige conforme al Derecho Internacional debido a que éste constituye el marco de origen de la voluntad de los Estados Parte para someterse al arbitraje de inversiones. En palabras de Schreuer: *“The perfect consent is neither a treaty nor simply a contract under domestic law, but an agreement between the host State and the investor based on a treaty”.*¹⁵⁵ Asimismo, otra razón es la necesidad de que la jurisdicción de un tribunal arbitral concebido en este contexto no se someta a las leyes del Estado receptor. Bajo este razonamiento, cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones constituye un tratado, la jurisdicción de un tribunal arbitral se rige conforme al Derecho Internacional.

Este mismo razonamiento se aplica, con mucha más razón, al arbitraje de inversiones CIADI debido a que el consentimiento a este foro comprende la aceptación de las disposiciones establecidas en el Convenio, el cual constituye un tratado internacional concebido para instituir un marco procesal autónomo. En ese sentido, el artículo 25 es la única disposición aplicable del Convenio para establecer la jurisdicción de un tribunal arbitral CIADI y, por ende, para definir el requisito de inversión debido a que éste es el único que establece los requisitos sustantivos necesarios para la jurisdicción del CIADI. De esta manera, se descarta la aplicación del artículo

¹⁵³Ver *supra* Capítulo 1.2.1.3.

¹⁵⁴Citado por DOUGLAS, *supra* note 16, p.76.

¹⁵⁵SCHREUER, *supra* note 68, p. 249.

42 del Convenio, tal como fue explicado en la decisión emitida en el caso *CMS v Argentina*, la cual señaló lo siguiente:

*“Article 42 is mainly designed for the resolution of disputes on the merits and, as such, it is in principle independent from the decisions on jurisdiction, governed solely by Article 25 of the Convention and those other provisions of the consent instrument which might be applicable, in the instant case the Treaty provisions(...).”*¹⁵⁶

Como se desprende de esta cita, el artículo 42 del Convenio no resulta parte de la ley aplicable a la jurisdicción del CIADI debido a que no sirve para establecer los requisitos necesarios para la jurisdicción de un tribunal arbitral, sino las reglas de Derecho aplicable a los méritos de la controversia.¹⁵⁷ Por tanto, bajo este razonamiento, el artículo 25 del Convenio y las disposiciones correspondientes del All constituyen las únicas fuentes para determinar la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI y, por ende, la noción del término inversión en el CIADI.

La conclusión alcanzada, sin embargo, no resuelve todos los problemas que surgen en torno a la jurisdicción y, por ende, sobre la interpretación del requisito de inversión en el CIADI. Por ello, coincidimos con Douglas, quien ha señalado lo siguiente:

*“[t]he application of international law to the agreement to arbitrate paves the way for the development of an autonomous body of principles regulating issues of jurisdiction and admissibility for the investment treaty regime. The express provisions of (...) the ICSID Convention, are obviously the starting point for resolving such issues, but these provisions do not supply a comprehensive set of answers to every problem relating to jurisdiction (...) within the investment treaty regime (...)”*¹⁵⁸

En efecto, como se observa en esta cita, el Derecho Internacional –Convenio CIADI y el All- desarrolla los principios para determinar la jurisdicción de los tribunales arbitrales; sin embargo, éste no responde a todos los problemas que surgen en torno a ésta.

¹⁵⁶ *CMS Gas Transmission Co v Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, §88.

¹⁵⁷ SCHREUER, *supra note* 68, pp. 248-249; pp. 550-552.

¹⁵⁸ DOUGLAS, *supra note* 16, p. 76.

II.1.2. El cuestionamiento sobre la primacía entre la noción de inversión en el CIADI v la noción de inversión en un All: el test dual versus

Como hemos apuntado anteriormente, la determinación del Derecho Internacional como el derecho aplicable para la interpretación del término inversión en el CIADI y en los All no resuelve el principal problema que ha surgido en torno a éste. Pues, los Estados demandados indicaron que la definición de inversión establecida en los All no cumplía con los criterios que debía cumplir una inversión conforme al Convenio CIADI. Es decir, que las disposiciones que definen a una inversión en un All no cumplían con los criterios que se derivan de la interpretación del artículo 25 del Convenio CIADI. Este problema se hizo evidente por primera vez en el caso *Salini v Marruecos*. En este caso, como evaluaremos más adelante, el tribunal corroboró si la definición de inversión establecida en el TBI correspondiente cumplía con los criterios para determinar la existencia de una inversión según el CIADI. Este análisis de verificación es lo que la gran mayoría de tribunales ha denominado el test dual. Sin embargo, para efectos de este trabajo lo hemos denominado el “test dual versus”.

El “test dual versus” es un análisis “dual” porque consiste en un examen doble empleado por los tribunales arbitrales CIADI para determinar si la definición de inversión comprendida en los All coincide con aquella considerada por el CIADI.¹⁵⁹ Además este test es “versus” porque los tribunales arbitrales han atribuido al término inversión establecido en los All un significado contrario al otorgado en el Convenio CIADI. Asimismo, los tribunales arbitrales CIADI han adoptado dos posiciones opuestas sobre la definición de este término en el CIADI, como evaluaremos a continuación.

II.2. Las nociones de inversión en el CIADI

II.2. 1. Noción subjetiva

Los tribunales arbitrales que han adoptado una noción subjetiva sobre el requisito de inversión establecido en el Convenio CIADI, han considerado que éste no constituye ningún límite objetivo para su jurisdicción. Esto como consecuencia del enfoque expresado en el Informe de los Directores Ejecutivos del CIADI, el cual otorga la facultad de definir la inversión a las partes que someten sus controversias al CIADI:

¹⁵⁹SCHREUER, *supra* note 68, p. 117; RUBINS, Noah, “The Notion of Investment in International Investment Arbitration”, en AAVV, *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects*, N. Horn, S. Kroll (eds.), 2004, pp. 289-290.

*“No se ha intentado definir el término ‘inversión’, **teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes** y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25 (4))”.*¹⁶⁰(énfasis agregado)

En esta cita se desprende que las controversias sometidas al Centro CIADI dependen de una comunicación de los Estados al Centro para delimitarlas y, ante la ausencia de ésta, de la voluntad de las partes que someten la controversia al arbitraje. Así, pues, ante la ausencia de notificaciones de los Estados limitando las controversias sometidas al CIADI, los tribunales arbitrales han comprendido que la definición de inversión constituye aquella que las partes han establecido en el instrumento de su consentimiento al CIADI. En ese sentido, cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un tratado, la noción de inversión depende de la definición otorgada en los AII.

Esta posición subjetiva sobre la definición de inversión en el CIADI se explica, según diversos autores, en la historia de la redacción del Convenio CIADI.¹⁶¹ Aron Broches, el padre de la Convención CIADI, opinó que el requisito de que *“la controversia debe surgir directamente de una inversión”* debía fusionarse con el requisito del consentimiento a la jurisdicción del CIADI.¹⁶² Delaume, poco tiempo después de la adopción del Convenio, explicó que esta omisión fue intencional, debido a que una definición muy amplia de este término no habría tenido ningún sentido y, por el contrario, una definición muy limitada podría haber hecho imposible el acceso a este foro.¹⁶³ Rubins, por su parte, considera que los delegados encargados de la redacción del Convenio CIADI prefirieron omitir la definición de inversión porque reconocieron que las partes, al momento de otorgar su consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI, podían establecer –implícita o explícitamente- una definición de ésta.¹⁶⁴

Mortenson también comparte esta posición, a la que denomina como “deferencial”, la cual se basa en una interpretación distinta de la redacción del Convenio CIADI. Según este

¹⁶⁰ Numeral 27 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio.

¹⁶¹ Ver SCHREUER, *supra note*68, p. 116; TUPMAN, “Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Investment Disputes”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, Vol. 35, p. 816; NATHAN, “Submissions to the International Centre for Settlement of Investment Disputes in Breach of the Convention”, en *Journal International Arbitration*, 1995, Vol. 12, No. 27, p. 30.

¹⁶² BROCHES citado por RUBINS, *supra note*159, p. 287.

¹⁶³ DELAUME citado por RUBINS *supra note*159, p. 288.

¹⁶⁴ RUBINS, *supra note*159, p. 289.

autor, el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial omitió definir el término inversión porque los Estados parte poseían la facultad para limitarlo de manera individual. Sin embargo, el autor reconoce que el resumen abreviado de este Informe oscurece la intensidad y los detalles del conflicto subyacente a la definición de inversión en el marco del CIADI. En ese sentido, el autor considera que una verdadera aproximación histórica sobre la redacción del Convenio CIADI permite comprender que la definición de inversión corresponde a los Estados y, por ende, a la definición adoptada por estos a través de los AII.¹⁶⁵

Distintos tribunales arbitrales han adoptado esta posición subjetiva sobre la definición de inversión en el marco del CIADI; en particular, aquellos que surgieron antes del caso *Salini v Marruecos*.¹⁶⁶ Algunos ejemplos de esta posición fueron los casos *Lanco v Argentina*, *Wena Hotels v Egipto* y *Generation Ukraine v Ukraine*. En el primer caso, Lanco, empresa americana, era accionista del 18.3% del capital de una empresa argentina, la cual suscribió un contrato de concesión para la ejecución y el desarrollo de un puerto en Argentina con el Ministro de Economía.¹⁶⁷ En este caso, la decisión emitida por el tribunal no expresa claramente la posición de las partes involucradas sobre el requisito de inversión. Sin embargo, en ésta se desprende que el tribunal arbitral evaluó si la participación accionaria de Lanco en una empresa argentina, así como el contrato de concesión suscrito por la empresa en la cual poseía acciones, constituían inversiones cubiertas por el TBI Estados Unidos-Argentina y el Convenio CIADI.

El tribunal señaló que la definición de inversión otorgada por el TBI era lo suficientemente amplia como para comprender a las acciones como un tipo de inversión cubierta. Para ello, aclaró que el TBI no requería que la participación en las acciones de una empresa determinara el control de ésta. Por tanto, el tribunal estableció que la propiedad del 18.3% de las acciones de Lanco constituía una inversión cubierta por el TBI.¹⁶⁸

Por otro lado, el tribunal realizó un análisis más profundo para determinar si el contrato de concesión –suscrito por la empresa en la cual participó Lanco como accionista- constituía una inversión cubierta por el TBI.¹⁶⁹ Para ello, el tribunal analizó la calidad de la participación de Lanco en dicho contrato, examinando: el lenguaje del contrato y de los documentos

¹⁶⁵Ver MORTENSON, Julian Davis, “The Meaning of ‘Investment’: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law”, en *Harvard International Law Journal*, 2010, Vol. 51, No. 1, p. 270.

¹⁶⁶Ver por ejemplo *Fedax v Venezuela*, ICSID Case No. Arb/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997; *Lanco International Inc. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary Decision, 8 December 1998.

¹⁶⁷*Lanco International Inc. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, §4-5.

¹⁶⁸*Ibid.*, §10.

¹⁶⁹*Ibid.*, §11.

involucrados en el procedimiento administrativo a través del cual se realizó la concesión. A través de este análisis el tribunal concluyó que Lanco participó en dicho contrato no solo en calidad de accionista, sino también a nombre propio, adquiriendo una serie de derechos y obligaciones. Por tanto, el tribunal concluyó que el contrato constituía una inversión cubierta por el TBI.¹⁷⁰

El tribunal también evaluó si las inversiones cubiertas por el TBI calificaban como una inversión cubierta por el Convenio CIADI. En este análisis, el tribunal señaló que “*the nature of the dispute is left in part to the provisions of the Parties in expressing their consent, in this case the Argentina-US BIT*”.¹⁷¹ Es decir que, el tribunal adoptó una noción subjetiva sobre el término inversión en el CIADI, la cual depende de la voluntad de las partes en su instrumento de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI. Por tal razón, la determinación de la existencia de una inversión cubierta por el TBI implicó la existencia de una inversión conforme al Convenio.¹⁷²

En el caso *Wena Hotels v Egipto*, la demandante y una empresa de hoteles egipcios (EHC), empresa afiliada a la Autoridad General de Turismo en Egipto, suscribieron un contrato de leasing para la ejecución del Hotel Luxor por un periodo de 21 años. A través de este contrato, Wena hotels, por su propia cuenta y de manera exclusiva, desarrollaría y administraría el Hotel Luxor con el fin de desarrollar y aumentar su eficiencia operativa. Asimismo, Wena Hotels y EHC suscribieron un contrato similar por un periodo de 25 años con respecto al hotel El Nilo. Poco tiempo después a la suscripción de dichos acuerdos, Wena Hotels y EHC discreparon sobre el cumplimiento de sus obligaciones. Producto de este desacuerdo, representantes de EHC atacaron las instalaciones de los hoteles Luxor y El Nilo y tomaron el control de estos. Como consecuencia de los hechos señalados, Wena Hotels demandó a Egipto ante el CIADI por la expropiación de su propiedad y la falta de protección de su inversión conforme al TBI Reino Unido-Estados Unidos.¹⁷³

Egipto se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI porque, entre otras razones, Wena Hotels no realizó ninguna inversión en Egipto. Sin embargo, durante el proceso arbitral, Egipto desestimó dicha objeción porque consideró *prima facie* que Wena Hotels realizó una inversión, a través del desembolso de dinero para el desarrollo y renovación de los hoteles

¹⁷⁰ *Ibid.*, §13-16.

¹⁷¹ *Ibid.*, §47.

¹⁷² *Ibid.*, §47-48.

¹⁷³ *Wena Hotels Limited v Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Jurisdiction, May 25 1999, pp. 883-884.

indicados. A pesar de este argumento, el tribunal analizó la existencia de una inversión conforme al TBI en cuestión y la Convención CIADI.¹⁷⁴

El tribunal enfatizó que el Convenio CIADI no estableció ninguna definición sobre el término inversión porque, según el Reporte de los Directores Ejecutivos del CIADI, las partes que se sometieran a su jurisdicción podían definirlo. En ese sentido, el tribunal señaló que el desembolso de dinero efectuado por Wena hotels calificaba como una inversión cubierta por la lista amplia de inversiones señalada en el TBI. Por tanto, el tribunal aceptó la renuncia de Egipto para no examinar esta objeción a su jurisdicción.¹⁷⁵

En el caso *Generation Ukraine v Ucrania*, el demandante, nacional americano, señaló que el Estado ucraniano interfirió en la realización de su proyecto de inversión. Por ello, Generation Ukraine (GU) demandó que la conducta de Ucrania equivalía a una expropiación, que violaba la protección otorgada por el TBI Estados Unidos-Ucrania.¹⁷⁶ En este caso, el tribunal señaló que la inversión alegada no comprendía una sola transacción, sino una serie de actividades: la construcción de un edificio para oficinas (el Proyecto), la cual comprendía un conjunto de derechos de propiedad, contractuales y administrativos, así como contribuciones de capital en diferentes etapas del proyecto.¹⁷⁷

El Estado ucraniano, a través de distintos escritos, negó que GU hubiera realizado una inversión en Ucrania conforme al TBI y el Convenio CIADI. El Estado ucraniano señaló que las únicas inversiones tangibles que el demandante pudo realizar en Ucrania fueron: el equipo de computación y oficina, así como el control indirecto sobre el diseño del Proyecto; mientras que la inversión intangible correspondería a la participación accionaria mayoritaria del demandante en Heneratsiya (HA), empresa local controlada por el inversionista. Sin embargo, el Estado indicó que todas estas inversiones no resultaban cubiertas por el TBI porque ninguna de éstas fue expropiada.¹⁷⁸

GU señaló, por su parte, que realizó diferentes inversiones, las cuales estaban incluidas en la definición de inversión establecida en el TBI Estados Unidos-Ucrania. Así, pues, GU explicó que su inversión calificaba en las siguientes categorías de inversión establecidas en el TBI: propiedad tangible, el dinero desembolsado por GU y la inversión en equipo de

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 886.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 890.

¹⁷⁶ *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, §1.2.

¹⁷⁷ *Ibid.*, §6.1.

¹⁷⁸ *Ibid.*, §6.14. (e), §6.5. (a), §6.8. (a).

computadoras y oficina; propiedad intangible, la transferencia de derechos sobre el Proyecto realizados por GU a HA, incluyendo su diseño de arquitectura, trabajo de ingeniería, trabajo de marketing, todos los derechos relacionados con el contrato y los acuerdos con terceras partes para la ejecución del trabajo; derechos legales, la transferencia de propiedad de GU a HA, la cual fue establecida por una entidad del Estado encargada de otorgar derechos de propiedad;¹⁷⁹ derecho para reclamar dinero o para demandar un bien con valor económico, correspondiente a la legitimación del demandante para interponer una demanda de dinero o demanda para ejecutar el Proyecto; propiedad intelectual, la colección de los materiales que comprendían el Proyecto, el cual podía ser clasificado como una combinación de trabajo literario y artístico, invenciones y diseño industrial.¹⁸⁰

El tribunal arbitral señaló que en el Convenio CIADI no existía una definición de inversión porque las partes eran las encargadas de definirla en otro instrumento legal. En ese sentido, el tribunal indicó que el Convenio hacía referencia a la definición de inversión otorgada por las partes en el TBI Estados Unidos-Ucrania. Por tanto, el tribunal aceptó que la definición de inversión otorgada por el TBI, la cual incluía “acciones de una empresa u otros intereses en una empresa”, permitía calificar *prima facie* a las acciones de GU en HA como una inversión cubierta por el Convenio CIADI.¹⁸¹

II.2.2. Noción objetiva

Los tribunales arbitrales que han adoptado una noción objetiva sobre el requisito de inversión establecido en el Convenio CIADI, han considerado que éste constituye un límite objetivo para determinar su jurisdicción. Es decir que, éste no depende del consentimiento de las partes sometidas a una controversia, sino de una serie de criterios o características con los que éste debe cumplir.

Esta posición, según distintos autores, tiene como fundamento el texto del Convenio CIADI, la historia de su redacción, las Reglas de Iniciación del arbitraje CIADI y el Mecanismo Complementario del CIADI. Según Rubins, el artículo 25 de la Convención establece expresamente el requisito de una inversión. Éste, al igual que los otros requisitos, constituye un límite objetivo a la jurisdicción del CIADI. De lo contrario, los inversionistas podrían abusar de la facultad que poseen para definir la inversión, obligando a los Estados a someter sus

¹⁷⁹ *Ibid.*, §6.12. (e) 1-2.

¹⁸⁰ *Ibid.*, §6.7. (b); §6.12 (f).

¹⁸¹ *Ibid.*, §8.1-8.5.

controversias ante tribunales arbitrales CIADI.¹⁸² Gaillard, por su parte, señala que es difícil concebir el requisito de inversión en el CIADI desde una posición subjetiva teniendo en cuenta el lenguaje específico del artículo 25 de la Convención.¹⁸³

En la historia de la redacción del Convenio CIADI, según Manciaux, la falta de definición del requisito de inversión no obedeció a su conveniencia para el acceso al CIADI, sino al fracaso de los redactores en definirla.¹⁸⁴ Por esta razón, el autor relativiza el numeral 27 del Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial- que considera otras posibilidades para limitar la noción de inversión- y resalta el numeral 25 del mismo documento, según el cual *“el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción (...) la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes”*.

Schreuer, por su parte, señala que *“[l]a referencia al requisito esencial del consentimiento en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial no implica una libertad ilimitada de las partes [para definir la inversión]”*.¹⁸⁵ En ese sentido, el autor indica que de la historia de la redacción del Convenio se desprende que las controversias de naturaleza comercial se encuentran fuera de la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI, sin importar que las partes sometan este tipo de controversias al arbitraje de inversiones CIADI.

Schreuer y Rubins señalan que esta noción objetiva del término inversión en el arbitraje de inversiones CIADI se constata a través de las Reglas de Iniciación del arbitraje.¹⁸⁶ En la segunda regla de este instrumento legal se establece que la demandante en su solicitud para iniciar un arbitraje debe presentar información que constata que la diferencia de naturaleza jurídica surge directamente de una inversión.¹⁸⁷ El Mecanismo Complementario del CIADI fue adoptado para someter al arbitraje aquellas controversias que no cumplen con los requisitos

¹⁸²Ver RUBINS, *supra* note 159, p. 289 (El autor señala que el requisito de inversión constituye un requisito objetivo como lo es el requisito de nacionalidad de las partes que acceden al arbitraje de inversiones CIADI, porque el consentimiento de las partes puede otorgar a las personas naturales con doble nacionalidad acceder al arbitraje de inversiones –como lo hacen muchos TBIs-, sin embargo el Convenio no otorga jurisdicción a aquellos sujetos que poseen la nacionalidad del Estado receptor de la inversión).

¹⁸³Ver GAILLARD, Emmanuel, “Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, en AAVV, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Binder, Christina (ed.)*, 2009, p.411.

¹⁸⁴Ver MANCIAUX, Sébastien, “The Notion of Investment: New Controversies”, en *The Journal of World Investment & Trade*, p.4.

¹⁸⁵SCHREUER, *supra* note 68, p. 117.

¹⁸⁶SCHREUER, *supra* note 68, p. 117; RUBINS, *supra* note 159, p. 289.

¹⁸⁷Regla 2(1)e de las Reglas de Iniciación.

ratione materia o *ratione persona* establecidos en el Convenio.¹⁸⁸ Así, pues, un tribunal arbitral bajo el Mecanismo Complementario puede evaluar una controversia que no surja directamente de una inversión, siempre que ésta no constituya una transacción comercial ordinaria.¹⁸⁹ Es decir que, para el acceso a este mecanismo, a diferencia del CIADI, la inversión no resulta un elemento fundamental.

El caso *Salini v Marruecos* fue el primer caso CIADI que reflejó la importancia de una definición objetiva del término inversión,¹⁹⁰ la cual responde al cumplimiento de cuatro criterios: una contribución sustancial, cierta duración de la operación, el riesgo y la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Esta posición ha sido adoptada desde dos perspectivas distintas por los tribunales arbitrales,¹⁹¹ como evaluaremos a continuación.

II.2.2.1. Noción deductiva

Los tribunales arbitrales que han adoptado una noción deductiva sobre el requisito de inversión en el Convenio CIADI, han considerado que éste debe cumplir con todos los criterios señalados en el caso *Salini*. En ese sentido, la inexistencia de cualquiera de los criterios que caracterizan a esta noción de inversión determina la denegación de jurisdicción del tribunal arbitral o la anulación de la decisión que no la contempló.

Distintos casos han adoptado una definición deductiva sobre el término inversión en el arbitraje de inversiones CIADI.¹⁹² Algunos de los casos más representativos sobre esta posición son: *Patrick Mitchell v Congo* y *Malaysian Historical Salvors v Malasia*.

En el caso *Patrick Mitchell v la República Democrática del Congo*, el demandante, nacional americano, era propietario de un Estudio de Abogados, el cual fue intervenido y requisado por las fuerzas militares del demandado.¹⁹³ Como consecuencia de ello, el

¹⁸⁸ Artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario.

¹⁸⁹ Artículo 2 (b) del Reglamento del Mecanismo Complementario.

¹⁹⁰ La razón por la cual existen dos posiciones sobre la definición de inversión las explica GAILLARD, *supra note*183, pp. 403-416.

¹⁹¹ *Ibid.* (Esta división entre posición deductiva e intuitiva fue señalada por Gaillard); *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Case No.ARB/05/10, Laudo, §70-72 (El tribunal arbitral en este caso también hizo referencia sobre la adopción de dos posiciones distintas dentro de una posición objetiva denominadas (i) aproximación jurisdiccional, la cual se asemeja a la posición deductiva; y, (ii) aproximación típica de características, la cual se asemeja a la posición inductiva).

¹⁹² Ver Clasificación elaborada por GAILLARD, *supra note*183, pp. 410-411.

¹⁹³ *Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No.ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, §1.

demandante alegó que la República Democrática del Congo (en adelante, la RDC) expropió su propiedad, violando las disposiciones sustantivas del TBI Estados Unidos-la República Democrática del Congo.

La RDC se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral porque, a su criterio, las actividades de consultoría legal desempeñadas por el Estudio de abogados del señor Mitchell no podían ser calificadas como una inversión cubierta por el CIADI por las siguientes razones: primero, éstas no contribuían al desarrollo económico y social del Estado receptor; segundo, éstas no resultaban cubiertas por el TBI en cuestión; y, tercero, éstas no cumplía con los requisitos objetivos señalados en el caso Salini (larga duración del proyecto, contribución de recursos, contribución al desarrollo económico del Estado receptor).¹⁹⁴ El tribunal arbitral desestimó esta objeción a su jurisdicción porque determinó que las inversiones alegadas por el señor Mitchell resultaban cubiertas por el TBI en cuestión.¹⁹⁵ Además, el tribunal consideró que los criterios expresados en el caso Salini si bien constituían elementos objetivos que permiten determinar la existencia de una inversión, no constituían requisitos formales de obligatorio cumplimiento.¹⁹⁶

La RDC sometió la decisión del tribunal al recurso de anulación porque, entre otras razones, el tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades al considerar la existencia de una inversión cubierta por el CIADI. El Comité de Anulación al evaluar esta solicitud, señaló que si bien no existía una definición de inversión en el Convenio CIADI, no podía someterse a su jurisdicción cualquier actividad considerada como inversión.¹⁹⁷ Por ello, el Comité consideró que era necesario verificar que la definición otorgada por el TBI era conforme con la noción otorgada por el Convenio, como se indica a continuación:

*“(...) It is then necessary to verify the conformity of the concept of investment as set out in the parties’ agreement or in the BIT with **the concept of investment in the Washington Convention, as this latter results from the interpretation of the Convention in accordance with Article 31.1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, as well as from ICSID case law, to the extent the latter may contribute to defining the concept. Indeed, such concept of investment should prevail over***

¹⁹⁴ *Ibid.*, §2-3 y 23.

¹⁹⁵ *Ibid.*, §23-24.

¹⁹⁶ *Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No.ARB/99/7, Award, February 9 2004, §56.

¹⁹⁷ *Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No.ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, §31.

any other 'definition' of investment in the parties' agreement or in the BIT, as it is obvious that the special and privileged arrangements established by the Washington Convention can be applied only to the type of investment which the Contracting States to that Convention envisaged".¹⁹⁸(énfasis agregado)

Como se desprende de este texto, el Comité consideró que la definición de inversión en el Convenio CIADI dependía, entre otros, de los criterios establecidos por la casuística CIADI.¹⁹⁹ Por ello, el Comité evaluó si la decisión del tribunal contemplaba los criterios señalados en el caso Salini, en particular el de "la contribución al desarrollo económico del Estado receptor", como se desprende a continuación:

"The ad hoc Committee wishes nevertheless to specify that, in its view, the existence of a contribution to the economic development of the host State as an essential – although not sufficient – characteristic or unquestionable criterion of the investment, does not mean that this contribution must always be sizable or successful; and, of course, ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host State, and this concept of economic development is, in any event, extremely broad but also variable depending on the case".²⁰⁰(énfasis agregado)

En virtud de este razonamiento, el Comité de anulación consideró que para que el servicio de asesoría legal que prestaba el señor Mitchel constituyera una inversión cubierta por el CIADI, ésta debía aportar en alguna medida al desarrollo económico del Estado. En ese sentido, el Comité señaló que para que éste fuera el caso: "(...) *qualifying the Claimant as an investor and his services as an investment would be possible; furthermore, it would be necessary for the Award to indicate that, through his know-how, the Claimant had concretely assisted the DRC, for example by providing it with legal services in a regular manner or by specifically bringing investors (...)*".²⁰¹ Sin embargo, el Comité consideró que la decisión del tribunal arbitral era incompleta y oscura sobre este punto.²⁰² Por tanto, el Comité anuló la

¹⁹⁸ *Ibid.*, §25.

¹⁹⁹ *Ibid.*, §27.

²⁰⁰ *Ibid.*, §33.

²⁰¹ *Ibid.*, §39.

²⁰² *Ibid.*, §39-40.

decisión emitida por el tribunal en base a la falta de fundamentación del aporte que otorgaban los servicios de asesoría legal al desarrollo económico de la RDC.²⁰³

En el caso *Malaysian Historical Salvors (MHS) v Malasia*, la demandante, una empresa de salvamento marítimo, suscribió un contrato para la ubicación y el salvamento de la carga de un barco británico que se hundió en la costa de Malasia.²⁰⁴ En este contrato MHS se obligó a utilizar su experiencia, mano de obra y equipo para llevar a cabo la operación de salvamento; empleando para ello sus propios recursos financieros y asumiendo todos los riesgos de la operación. Asimismo, MHS se obligó, entre otros, a limpiar, restaurar y catalogar los elementos recuperados del salvamento.²⁰⁵ El pago del contrato, conforme al Derecho marítimo consuetudinario, dependía del salvamento de la carga y, en ese sentido, los gastos de esta operación correspondían únicamente a MHS.²⁰⁶ En caso que el salvamento resultara exitoso, MHS recibiría un porcentaje del dinero percibido en la subasta efectuada sobre los bienes rescatados.²⁰⁷

La controversia surgió, según MHS, por dos razones: primero, Malasia no le otorgó el porcentaje correspondiente obtenido de la venta de los bienes rescatados; y, segundo, Malasia se reservó el derecho de subastar ciertos bienes cuyo valor hubiese aumentado significativamente el porcentaje de su pago.²⁰⁸ Por tal razón, MHS demandó a Malasia por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el TBI Reino Unido-Malasia. Para ello, Malasia indicó que la ejecución del contrato calificaba como una inversión cubierta por las definiciones del TBI en cuestión, como son: “demandas para reclamar dinero o cualquier ejecución bajo un contrato, el cual posee un valor financiero”, “concesiones otorgadas por ley o contrato, incluyendo concesiones de búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”.²⁰⁹

Malasia se opuso a la jurisdicción del CIADI porque, entre otras razones, el contrato suscrito con MHS no calificaba como una inversión cubierta ni por el TBI ni por el Convenio CIADI, debido a que éste solo tenía propósitos arqueológicos con el fin de estudiar la herencia

²⁰³ *Ibid.*, §39-41.

²⁰⁴ *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award, 17 May 2007, Annulment Decision, 16 April 2009, Dissenting Opinion, 16 April 2009, §7.

²⁰⁵ *Ibid.*, §8-9.

²⁰⁶ *Ibid.*, §10.

²⁰⁷ *Ibid.*, §11.

²⁰⁸ *Ibid.*, §14.

²⁰⁹ *Ibid.*, §38-40.

histórica. En ese sentido, esta operación no cumplía con los requisitos establecidos en el caso Salini. En particular, éste no cumplía con el requisito de contribuir al desarrollo económico del Estado.²¹⁰

El tribunal arbitral señaló, como un asunto preliminar, que el término inversión en el CIADI constituía un requisito objetivo para la jurisdicción del CIADI.²¹¹ Este requisito, según el tribunal, debía interpretarse como una actividad que promoviera algún desarrollo económico positivo en el Estado receptor.²¹² A través del análisis de los casos CIADI, el tribunal determinó que la inversión alegada cumplió con las características de una contribución y el riesgo asumido bajo el contrato, pero sobre todo enfatizó la importancia del desarrollo económico del Estado.²¹³

El tribunal enfatizó la importancia de considerar que la inversión generó un “desarrollo económico para el Estado” porque no era claramente distinguible que un contrato de salvamento marítimo constituyera una inversión. Era la primera vez que un tribunal evaluaba si un contrato de este tipo calificaba como una inversión.²¹⁴ Asimismo, el tribunal señaló que era importante determinar el cumplimiento de esta característica porque otras no fueron decisivas o solo fueron superficialmente cumplidas.²¹⁵ Del análisis de los hechos del caso, el tribunal determinó que el empleo de malayos en las labores de rescate implicaba algún beneficio a la economía de Malasia, pero éste no era -cualitativamente o cuantitativamente- suficiente.²¹⁶ En ese sentido, el tribunal concluyó que el contrato no contribuyó al desarrollo económico de Malasia por la siguiente razón:

“The Tribunal considers that these factors indicate that, while the Contract did provide some benefit to Malaysia, they did not make a sufficient contribution to Malaysia’s economic development to qualify as an “investment” for the purposes of Article 25(1) or Article 1(a) of the BIT. While the Tribunal is aware of the comment in Mihaly that “the question whether an expenditure constitutes an investment or not is hardly to be governed by whether or not the expenditure is large or not,” the Tribunal concludes that there was no substantial contribution because the nature of the benefits that

²¹⁰ *Ibid.*, §47.

²¹¹ *Ibid.*, §54-55.

²¹² *Ibid.*, §68.

²¹³ *Ibid.*, §107-112.

²¹⁴ *Ibid.*, §129.

²¹⁵ *Ibid.*, §130.

²¹⁶ *Ibid.*, §132.

the Contract offered to Malaysia did not provide substantial benefits in the sense envisaged in previous ICISD jurisprudence such as CSOB, Jan de Nul and Bayindir.

*The benefits offered by the Contract to Malaysia were of a different nature to those offered in CSOB, Jan de Nul and Bayindir. **The benefits flowing from the Contract were no different from the benefits flowing to the place of the performance of any normal service contract.** The benefit was not lasting, in the sense envisaged in the public infrastructure or banking infrastructure projects. The submission that historical marine salvage contracts could lead to a thriving tourism industry appears speculative. In contrast, it is highly likely that a public infrastructure or banking infrastructure project such as those in CSOB, Jan de Nul and Bayindir could provide positive economic development to the host State”.²¹⁷(énfasis agregado)*

II.2.2.2. Noción intuitiva

Los tribunales arbitrales que han adoptado esta posición han considerado que el requisito de inversión establecido en el Convenio CIADI se cumple si se verifica la existencia de ciertas características establecidas por la doctrina o los casos arbitrales. En ese sentido, esta posición se caracteriza, a diferencia de la posición deductiva, por ser flexible, ya que para determinar la existencia de una inversión cubierta por el CIADI no es necesario que se cumpla con un número de criterios fijos, sino que estos pueden variar de caso en caso. Por esta razón, esta posición puede catalogarse como una fusión entre la definición subjetiva –la cual depende del consentimiento otorgado por las partes sometidas a la jurisdicción del CIADI- y la definición objetiva –la cual depende de los criterios empleados en el caso Salini- antes evaluados.

Distintos casos han adoptado esta posición.²¹⁸ Algunos ejemplos sobre esta posición son los casos MCI v Ecuador y Biwater v Tanzania. En el primer caso, las demandantes, empresas estadounidenses, eran propietarias y ejercían el control de la empresa estadounidense Seacoast, la cual suscribió un contrato para la venta de electricidad (Contrato Seacoast) con el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL), entidad estatal ecuatoriana. Con el fin de ejecutar el Contrato Seacoast, MCI y New Turbine, como inversionistas de Seacoast, constituyeron a Ecuapower, una subsidiaria local constituida bajo las leyes de

²¹⁷ *Ibid.*, §143-144.

²¹⁸ Ver Clasificación elaborada por GAILLARD, *supra note*183,pp. 407-410.

Ecuador.²¹⁹ Asimismo, Ecuapower suscribió un contrato con INECEL con el fin de que esta última le suministrara energía eléctrica (Contrato Ecuapower).

La controversia surgió cuando las partes discreparon sobre el cumplimiento de los términos establecidos en el Contrato Seacoast que conllevaron a que Seacoast suspendiera sus obligaciones en dicho contrato e INECEL lo rescindiera. Como consecuencia de esto, Seacoast transfirió sus acciones a Ecuapower y sus cuentas por cobrar fueron vendidas a MCI y New Turbine, reteniendo Seacoast la responsabilidad de cobrar los montos reclamados contra INECEL. Finalmente, MCI y New Turbine terminaron vendiendo sus acciones en Ecuapower a un tercero. MCI y New Turbine demandaron a Ecuador ante los tribunales arbitrales CIADI alegando, entre otros, que el Gabinete de Ministros del Ecuador interfirió en el Contrato Seacoast, anulando su capacidad para exigir sus derechos contractuales.²²⁰

Ecuador se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral porque, entre otras razones, no existía una inversión cubierta ni por el Convenio CIADI ni por el TBI Estados Unidos-Ecuador. Ecuador negó que el Contrato Seacoast, el Contrato Ecuapower²²¹ y un permiso de operación otorgado a Seacoast²²² calificaran como una inversión cubierta por el TBI y el Convenio CIADI. Ecuador explicó que el Contrato Seacoast no cumplía con los requisitos para que se corroborara la existencia de una inversión cubierta por el Convenio CIADI (la duración del proyecto, las expectativas de retorno u obtención de beneficios, el asumir riesgos, la existencia de un compromiso sustancial y la relación de la operación con el desarrollo del Estado receptor).²²³ Este contrato para Ecuador era un contrato de suministro, que en esencia constituía un contrato de compra venta, a través del cual el proveedor cobraba por la energía que vendía y el comprador pagaba por la energía que compraba. Además, el contrato fue suscrito como consecuencia de una emergencia transitoria y su duración era precaria. Una muestra de esta circunstancia era que los generadores de energía ingresaron por el régimen aduanero de internación temporal. En este orden de ideas, este contrato constituía una transacción comercial que se encontraba fuera del ámbito de jurisdicción del CIADI.

²¹⁹ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, October 19 2009, Anulación §7-8.

²²⁰ *Ibid.*, §9-13.

²²¹ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, §143.

²²² *Ibid.*, §144.

²²³ *Ibid.*, §138.

Las demandantes, por su parte, argumentaron que Seacoast -sucursal de éstas- y los activos intangibles de ésta calificaban como inversiones protegidas tanto por el TBI Estados Unidos-Ecuador como por el Convenio CIADI. Las demandantes alegaron que estas inversiones cumplían con los requisitos de duración y riesgo, sin explicar los motivos de este argumento.²²⁴ Además, indicaron que el Contrato Seacoast cumplía con la definición de inversión considerada como “reclamo de dinero” y/o “cualquier derecho conferido por contrato” otorgados por el TBI.²²⁵ Asimismo, las demandantes afirmaron que el permiso de operar de Seacoast cumplía con la definición de inversión otorgada por el TBI que refiere “cualquier licencia y permiso conferido conforme a la Ley”. Finalmente, los demandantes consideraron que sus intereses en Seacoast calificaban como una inversión en el TBI, debido a que éstas eran propietarias de la sucursal de Seacoast en Ecuador y ésta tenía derechos en contra de INECCEL bajo el Contrato Seacoast.²²⁶

El tribunal arbitral señaló que una inversión cubierta por el Convenio CIADI dependía, según el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, del instrumento de consentimiento de las partes.²²⁷ En ese sentido, el tribunal concluyó que las definiciones de inversión otorgadas por el TBI eranlo suficientemente amplias como para comprender los derechos e intereses alegados por las demandantes en las consecuencias del proyecto Seacoast, que subsistieron como una inversión protegida después de la entrada en vigor del TBI. Sin perjuicio de ello, el tribunal señaló que las inversiones alegadas cumplían con los criterios de riesgo y duración de la inversión, entre otras; sin precisar la razón de esta conclusión. No obstante, el tribunal precisó que estas características no eran prescriptivas para la existencia de una inversión cubierta por el Convenio CIADI y el TBI. En palabras del tribunal:

*“(...) los requisitos tenidos en cuenta en algunos precedentes arbitrales a efectos de caracterizar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como pueden ser la duración y el riesgo de la alegada inversión), deben ser considerados como **meras ejemplificaciones y no necesariamente como elementos constitutivos necesarios para su existencia**. No obstante, el Tribunal entiende que los elementos propios del proyecto Seacoast y sus consecuencias, encuadran dentro de aquellas*

²²⁴ *Ibid.*, §150.

²²⁵ *Ibid.*, §153.

²²⁶ *Ibid.*, §155.

²²⁷ *Ibid.*, §158-159.

caracterizaciones requeridas para determinar la existencia de inversiones protegidas”.²²⁸(énfasis agregado)

En el mismo sentido, el tribunal arbitral determinó el cumplimiento del requisito de inversión CIADI en el caso *Biwater v Tanzania*. En este caso, la demandante, empresa inglesa, junto a otra empresa constituyeron a City Water conforme a las leyes de Tanzania con el fin de cumplir con uno de los requisitos establecidos en las bases para suscribir el contrato para el desarrollo de un proyecto de reparación y expansión del sistema de agua y desagüe en Tanzania.²²⁹City Water suscribió tres contratos para la implementación del Proyecto²³⁰ y otorgó bonos a la autoridad encargada del mantenimiento de agua y desagüe de Tanzania, a través de una entidad financiera.²³¹La controversia surgió como consecuencia de una serie de hechos que reflejaban el desacuerdo de las partes sobre la ejecución de los contratos.²³²

Tanzania se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral porque, entre otras razones, no existía una inversión cubierta conforme al Convenio CIADI. Tanzania argumentó que, conforme a sus proyecciones financieras y el reporte de sus expertos, la propiedad de Biwater sobre el 51% de las acciones en City Water no constituía una inversión cubierta por el Convenio CIADI porque éstas no se adquirieron con la expectativa de generar un beneficio económico. Es decir que, estas no cumplían con una característica de las inversiones: la expectativa de un beneficio económico por parte del inversionista.²³³Así, pues, en base a la evidencia aportada por Tanzania, el Proyecto constituía un “loss leader”; es decir, una obligación que no significaba para el inversionista un beneficio económico por sí mismo, pero que aportaba otras oportunidades. Tanzania reconoció que las acciones de Biwater en City Water y el préstamo otorgado a ésta podrían calificar como una inversión cubierta por el TBI. Sin embargo, el TBI no podría ampliar el alcance objetivo del artículo 25 del Convenio CIADI. En ese sentido, un “loss leader” al no cumplir con los elementos de riesgo y compromiso sustancial requeridos por el CIADI, impedía que éstas calificaran como una inversión cubierta por el Convenio CIADI.²³⁴

²²⁸ *Ibid.*, §126.

²²⁹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, §2-5.

²³⁰ *Ibid.*, §6.

²³¹ *Ibid.*, §12.

²³² *Ibid.*, §15.

²³³ *Ibid.*, §287.

²³⁴ *Ibid.*, §288-289.

Biwater alegó que el proyecto en el cual participó a través de City Water cumplía con todos los elementos que caracterizaban una inversión cubierta por el Convenio CIADI.²³⁵ Asimismo, Biwater indicó que el Proyecto calificaba como una inversión porque podía considerarse dentro de la definición amplia otorgada por el TBI: la propiedad y los derechos de propiedad de City Water, las acciones de City Water y el capital y préstamos otorgados a City Water, los derechos de ejecución en los contratos, la disposición de know-how y personal técnico a City Water, así como las concesiones otorgadas a City Water en los contratos. Finalmente, la demandante agregó que su inversión fue calificada como una inversión cubierta en el Derecho nacional a través del otorgamiento de un Certificado de Incentivos a City Water.²³⁶

El tribunal arbitral rechazó los argumentos expresados por Tanzania. El tribunal adoptó la definición de inversión otorgada por el Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, según el cual la definición de este término recaía en las partes. En ese sentido, el tribunal consideró que en la Convención CIADI la definición de inversión no constituía un límite objetivo que pudiera considerarse aplicable en todos los casos.²³⁷ Por tanto, el tribunal señaló que:

*“(...) there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention (...)”²³⁸ “Given that the Convention was not drafted with a strict, objective, definition of “investment”, it is doubtful that arbitral tribunals sitting in individual cases should impose one such definition which would be applicable in all cases and for all purposes”.*²³⁹

A pesar de esta posición, el tribunal consideró que debería adoptarse una posición que tomara en cuenta las características señaladas en el caso Salini junto a las circunstancias del caso:

“The Arbitral Tribunal therefore considers that a more flexible and pragmatic approach to the meaning of “investment” is appropriate, which takes into account the features

²³⁵ *Ibid.*, §282.

²³⁶ *Ibid.*, §242-245 y 282.

²³⁷ *Ibid.*, §312-313.

²³⁸ *Ibid.*, §312.

²³⁹ *Ibid.*, §313.

*identified in Salini, but along with all the circumstances of the case, including the nature of the instrument containing the relevant consent to ICSID”.*²⁴⁰

Sin embargo, el tribunal señaló que aun si se demostrara que la inversión alegada no cumplía con las características del test Salini, esto no sería suficiente para negar la jurisdicción del CIADI. En particular, el tribunal rechazó la aproximación de Tanzania, según la cual la alegada inversión no generaba una expectativa económica. Este argumento, según el tribunal, implicaba una investigación en el desenvolvimiento económico del proyecto, así como de las motivaciones particulares detrás de éste, como un asunto inicial de jurisdicción. El tribunal rechazó que ésta haya sido la intención del artículo 25 de la Convención.²⁴¹

II.3. El cuestionamiento de las nociones de inversión en el CIADI

II.3.1. El cuestionamiento de la noción subjetiva

Distintos autores y tribunales arbitrales han criticado una noción subjetiva del requisito de inversión establecido en el Convenio CIADI. Es decir, que estos han cuestionado que el requisito de inversión establecido en el Convenio dependa de la definición otorgada por los Estados sobre este término en un AI. Juillard es uno de los autores que han criticado esta definición. Para ello, el autor ha expresado su preocupación sobre la inter-relación que existe entre las cláusulas arbitrales CIADI y los AI:

*“The interweaving between ICSID jurisdiction and BITs has become so close that one day, by the interplay of the inclusion of ICSID clauses in these treaties (...) the Centre will be in a position to examine legal disputes relating to foreign assets status, which do not present any link, of any sort, with an investment”.*²⁴²

En esta cita, el autor señala que la inclusión de cláusulas arbitrales CIADI en los AI, ha permitido a algunos tribunales arbitrales considerar como inversiones cubiertas por el CIADI a aquellas señaladas por los AI. Esta situación para el autor es preocupante debido a que las definiciones de inversión en los AI no poseen ningún vínculo con una inversión. En otras palabras, el autor critica que el requisito de inversión establecido en el Convenio CIADI resulte

²⁴⁰ *Ibid.*, §316.

²⁴¹ *Ibid.*, §321.

²⁴² JUILLARD, Patrick citado por YALA, Farouk, “The Notion of ‘Investment’ in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some ‘Un-Conventional’ Thoughts on Salini, SGS and Mihaly”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, No. 2, 2005, p. 125.

cumplido con la simple verificación de las definiciones establecida por los AI, sin corroborar la existencia de otros criterios necesarios para tal objetivo.

Además, Yala ha expresado que la noción subjetiva del término inversión en el CIADI conduce a equiparar el arbitraje CIADI con otros tipos de arbitraje de inversión, también establecidos en los AI. En palabras de Yala:

*“Whatever the case may be, (...) an extension of ICSID jurisdiction to any kind of economic operation, even those without any connection to ‘authentic’ investment, continues to grow, ICSID may well become just another arbitration institution, competing with a range of others (ICC, LCIA, AISSCC, etc). In this case, the important renouncement of sovereignty that contracting states accepted when signing the Washington Convention (...) could be jeopardized, and lose their raison d’être”.*²⁴³

Como se desprende de esta cita, el autor considera que el permitir que la definición del requisito de inversión en el CIADI dependa de la definición establecida sobre este término en los AI, conduce a que la jurisdicción del CIADI, en razón de la materia, no pueda distinguirse o que sea semejante al arbitraje de inversiones administrado por otros centros de arbitraje, como lo hacen la CCI, la LCI, o, incluso, al arbitraje *ad-hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, entre otros.

Manciaux también muestra su preocupación por la definición subjetiva del requisito de inversión establecido en el Convenio CIADI. Sin embargo, expresa que esta inquietud no responde únicamente al arbitraje de inversiones CIADI. En palabras de Manciaux:

*“Defining the notion of investment is thus necessary, not only for academic reasons. **Aside from the issue of ICSID’s future, it is a question of legal security for foreign investors and capital-importing countries, i.e. all the States on the planet. And if a definition is necessary, it could not result from an enumerative method retained in the near totality of international treaties, if not because an enumeration, no matter how long, has never constituted a definition. In the more particular scope of the application of the Washington Convention, it also seems difficult to comprehend that the rationemateriae scope of this multilateral treaty varies case by case according to the***

²⁴³YALA, *supra* note 242, p. 125.

litigants will, or depends on bilateral instruments such as BITs that in comparison are mere textsof application".²⁴⁴(énfasis agregado)

En esta cita, el autor cuestiona que la definición del término inversión dependa de la voluntad de las partes que se someten a la jurisdicción del CIADI y, por ende, que cuando la fuente de consentimiento es un AII, ésta dependa de la definición otorgada por estos acuerdos. Sin embargo, independientemente del foro de solución de controversias, el autor resalta la importancia de la definición de este término para la seguridad jurídica de los inversionistas extranjeros.

En el mismo sentido, Silva Romero cuestiona que la definición del término inversión, fuera del arbitraje de inversiones CIADI, dependa de las definiciones otorgadas sobre este término en los TBIs. El autor considera que las denominadas definiciones de inversión en los TBIs no constituyen una definición de inversión en sí misma porque no comprenden los elementos regulares de una inversión. En ese sentido, el autor indica que:

“La considerable violencia que dichas listas de ‘inversiones’ cometen contra el sentido ordinario de la palabra ‘inversión’ nos conduce, por lo tanto, a preguntarnos si lo que allí se lista representa, más que ‘inversiones’, formas jurídicas y económicas que puede revestir una ‘inversión’. La manera (desafortunada) en que los encabezados de dichas listas han sido redactados, sin embargo, parece más bien indicar que los ítems listados son realmente inversiones”.²⁴⁵

En virtud de esta incongruencia sobre lo que se entiende por inversión - de manera común y las definiciones establecidas en los TBIs-, el autor considera que esta posición subjetiva conduce a un nominalismo insoportable.²⁴⁶ Por tal razón, el autor defiende una noción objetiva sobre la definición de inversión porque: “[d]etrás de la defensa de una noción única y objetiva de inversión se oculta, sin lugar a dudas, la garantía del valor –fundamental en todas latitudes- de la seguridad jurídica”.²⁴⁷

²⁴⁴ MANCIAUX, *supra note*184, p.6.

²⁴⁵ SILVA ROMERO, *supra note* 117, p. 222.

²⁴⁶ *Ibid.*, p.220.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 228.

En este orden de ideas, todas estas críticas representan no solo un cuestionamiento a la definición subjetiva del término inversión en el CIADI, sino también a las definiciones de inversión establecidas en los AII,²⁴⁸ como evaluaremos a continuación.

II.3.1.1. Propiedad minoritaria o indirecta de acciones

El reconocimiento de las “acciones” como un tipo de inversión en los AII, sin ningún tipo de limitación, ha permitido que los accionistas de una empresa, sin importar la calidad de su participación en dicha empresa –accionista controlante, accionista directo, accionista indirecto e incluso propietario de acciones en cartera- puedan demandar ante el CIADI por los daños ocasionados a dichas acciones o a la empresa misma.

En el caso *CMS v Argentina*, la demandante, empresa americana, adquirió un porcentaje accionario minoritario (29.42%) en la empresa Transportadora de Gas del Norte (TGN), la cual era una empresa argentina que suscribió con la Provincia de Buenos Aires un contrato de licencia para el transporte de gas en dicho país.²⁴⁹ CMS demandó que las medidas adoptadas por el gobierno argentino en el sector del gas, a propósito de la crisis económica, generaron un efecto adverso en el negocio y en las garantías que protegían su inversión en TGN. Por ello, CMS demandó el incumplimiento del trato justo y equitativo, así como de otras obligaciones adquiridas por Argentina en el TBI Estados Unidos-Argentina.

Argentina opuso dos excepciones a la jurisdicción del tribunal arbitral. Primero, señaló que CMS no poseía los derechos en los que sustentaba su demanda, debido a que TGN constituía una empresa argentina y CMS solo era una accionista minoritaria de ésta. En ese sentido, los daños ocasionados a TGN solo podían ser demandados por ésta misma. Sin embargo, ésta tampoco podía demandar la protección del TBI porque no calificaba como una inversionista extranjera. Segundo, Argentina afirmó que la demanda de CMS no correspondía a

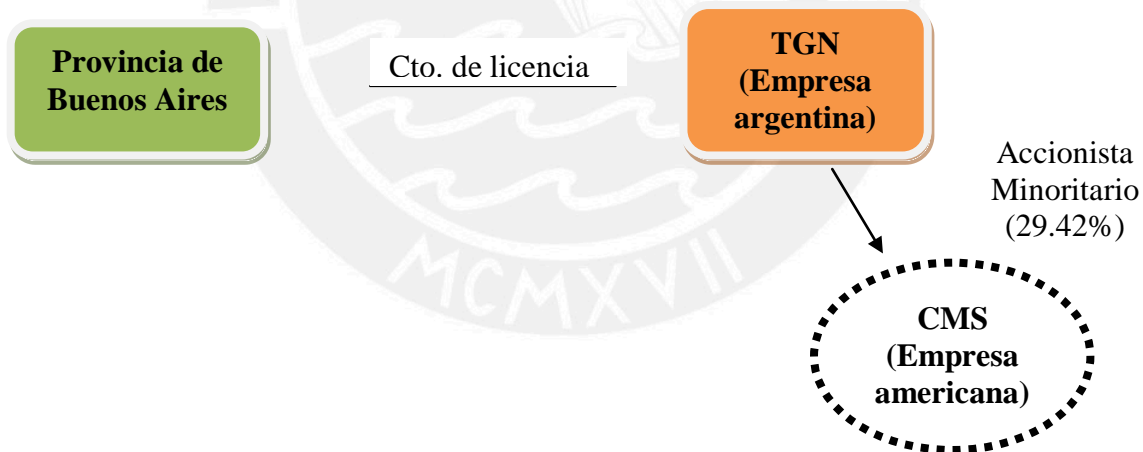
²⁴⁸ *Ibid.*, pp. 221-227 (Este autor explica que en otros arbitrajes de inversión distintos al CIADI, como al el arbitraje de inversiones CNUDMI, también se ha cuestionado la noción de inversión otorgada en los AII); DOUGLAS, *supra* note 16, pp. 164-165.

²⁴⁹ *CMS Gas Transmission Co v Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment, 25 September 2007, §30-33. (TGN fue una de las compañías constituidas como resultado de la privatización que se llevó a cabo en Argentina. Esta empresa obtuvo una licencia para el transporte de gas en Argentina, aprobada a través de un Decreto. Argentina vendió el 70% de sus acciones en TGN a un consorcio formado por varios accionistas, destinó un 5% a un programa de acciones para empleados y retuvo el 25% restante. Este 25% fue adquirido por CMS Gas Argentina, una subsidiaria de propiedad de CMS Gas Transmission Company. Posteriormente, CMS Gas Argentina compró a terceros una participación adicional del 4.42% en TGN).

los daños directos causados a las acciones que eran de su propiedad, sino a los daños indirectos, que habían sido sufridos por TGN.

El tribunal arbitral rechazó estos argumentos en base a tres razones. Primero, el tribunal señaló que en el Derecho Internacional no existía ningún impedimento para que los accionistas de una empresa demandaran de manera independiente a la empresa involucrada, aun cuando estos poseyeran un número minoritario de acciones y carecieran del control de la empresa.²⁵⁰ Segundo, el Convenio CIADI no definió el término inversión. Por tal razón, el tribunal no encontró ningún impedimento bajo el Convenio para que un accionista minoritario pudiera demandar ante un tribunal arbitral CIADI. Tercero, el TBI Estados Unidos-Argentina contemplaba a las “acciones u otros intereses en la empresa” como inversiones cubiertas. Por tanto, cualquier accionista de una empresa poseía un derecho propio para demandar por los daños directos o indirectos ocasionados a sus inversiones, sin importar la calidad económica o legal de éstas.²⁵¹

Caso CMS v Argentina: propiedad minoritaria de acciones



En el caso *Gas Natural v Argentina*, la demandante, empresa española, invirtió en un consorcio que adquirió el setenta por ciento (70%) de las acciones de BAN, una empresa argentina privatizada con el fin de producir y distribuir gas natural en la zona norte de la

²⁵⁰ *Ibid.*, §48.

²⁵¹ *Ibid.*, §57-65, §68-76. (En este caso, el Comité de Anulación resuelve la causal de anulación planteada en torno al *ius standi* de la demandante adoptando la definición amplia del término inversión en el Convenio CIADI y el TBI Estados Unidos- Argentina).

provincia de Buenos Aires.²⁵² Posteriormente, como consecuencia de uno de los requisitos de la licitación suscrita entre BAN y el gobierno argentino, el control del 70% de BAN fue adquirido por Invergas, una empresa constituida en Argentina. Sin embargo, posteriormente, a través de la restructuración de la propiedad accionaria de BAN, Invergas se quedó con el 51% de sus acciones y Gas Natural Argentina con el 19% adicional. La controversia surgió cuando Argentina, a propósito de la crisis económica por la que atravesaba, llevó a cabo una serie de medidas que conllevaron a la disminución del valor de las acciones de BAN y, por ende, al correspondiente deterioro de las acciones de Gas Natural en ésta. Por tal razón, Gas Natural afirmó que Argentina violó distintas disposiciones establecidas en el TBI España-Argentina.²⁵³

Argentina se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI porque, entre otras razones, Gas Natural constituía un inversionista indirecto del titular de la licencia otorgada por el gobierno argentino. Argentina señaló que conforme a su Derecho, como en la mayoría de las legislaciones de los Estados, los accionistas no se encontraban legitimados para incoar demandas en nombre de la sociedad en la cual habían participado. Gas Natural expresó que su reclamación se basaba en la pérdida del valor de las acciones de BAN y que esas acciones estaban incluidas en la definición de inversión del TBI. En ese sentido, la reclamación de Gas Natural no se fundamentaba en la licencia otorgada a BAN conforme a la legislación argentina, sino en las acciones que poseía en dicha compañía argentina.²⁵⁴

El tribunal resolvió la excepción sobre la falta de legitimidad de Gas Natural, empleando la definición otorgada por el TBI España-Argentina, en ausencia de una definición en el Convenio CIADI.²⁵⁵ En ese sentido, el tribunal concluyó que las acciones de una sociedad argentina –BAN- se encontraban comprendidas en la definición amplia otorgada por el TBI en cuestión. Por tanto, la propiedad de las acciones por parte de Gas Natural constituía una inversión conforme al Convenio y el TBI.

Asimismo, el tribunal describió que el procedimiento estándar para la realización de inversiones extranjeras directas se llevaba a cabo a través de la constitución de una sociedad conforme a la legislación del Estado receptor de la inversión. Por tal razón, el tribunal concluyó que, en dichas circunstancias, el inversor extranjero adquirió derechos en el marco del Convenio CIADI y el tratado en mención, incluyendo, en especial, la legitimación para promover

²⁵² *Gas Natural v Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 17 June 2005, §9.

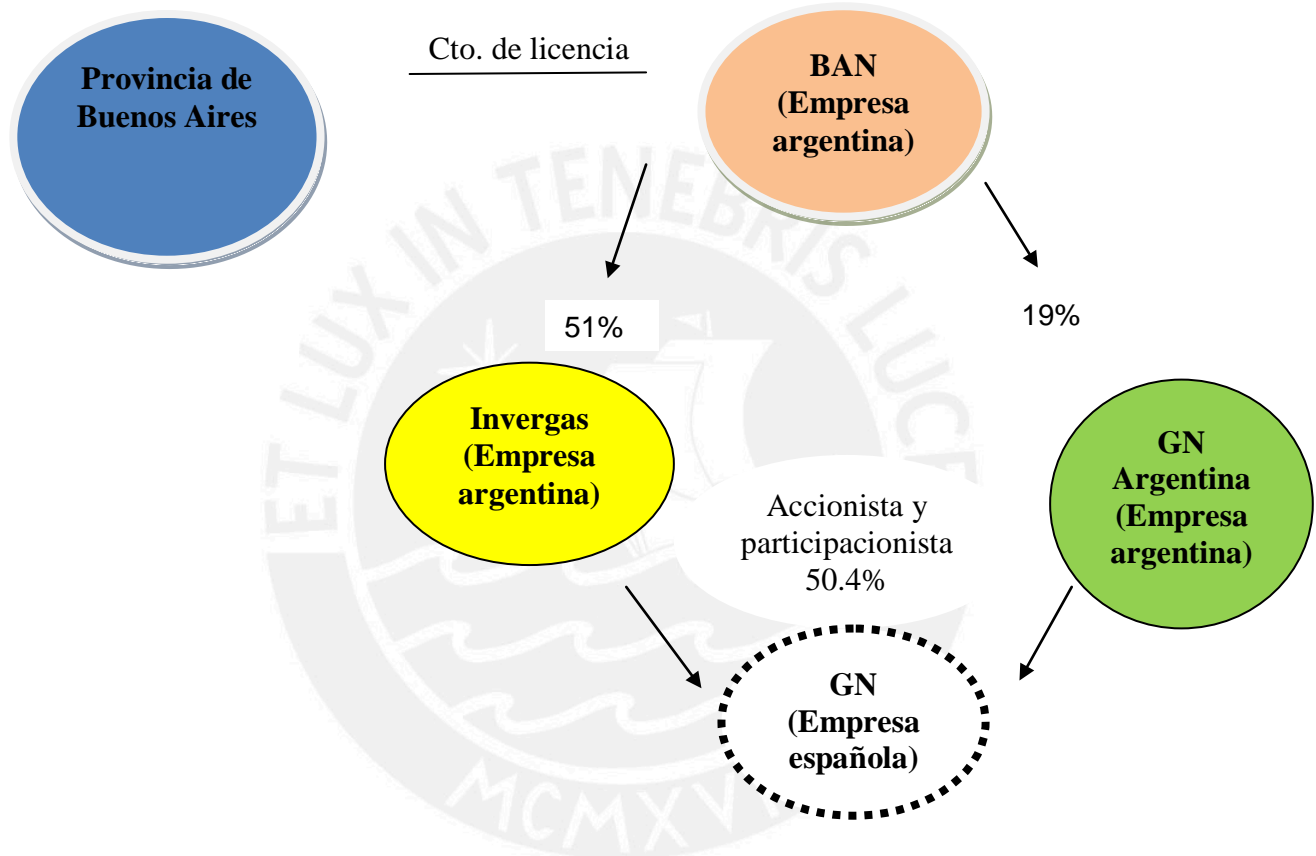
²⁵³ *Ibid.*, §16, 17.

²⁵⁴ *Ibid.*, §32.

²⁵⁵ *Ibid.*, §33.

un arbitraje internacional. Además, el tribunal empleó las decisiones emitidas en los casos CMS v Argentina y Azurix v Argentina para reafirmar su decisión.²⁵⁶

Caso Gas Natural v Argentina: propiedad minoritaria de acciones



En el caso *Noble Energy y MachalaPower v Ecuador y el Consejo Nacional*, las controversias planteadas ante el tribunal arbitral CIADI surgieron, según las demandantes, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las demandadas frente a éstas en el marco del TBI Estados Unidos-Ecuador y de los contratos suscritos.²⁵⁷ Una de las diferencias planteadas involucraba únicamente a Noble Energy y las demandadas. Las demandadas alegaron que Noble Energy no podía plantear una reclamación conforme al TBI

²⁵⁶ *Ibid.*, §52.

²⁵⁷ *Noble Energy, Inc. and Machalpower Cia. Ltda. v The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, March 5 2005, §15.

porque ésta no realizó ninguna inversión por sí misma o de manera directa. En ese sentido, las demandadas consideraban que Noble Energy estaba demandando en nombre de MachalaPower, empresa registrada en Islas Caimán, subsidiaria de Samedan Oil Corporation – compañía constituida en el Estado de Delaware- que a su vez era subsidiaria de entera propiedad de Noble Energy.²⁵⁸ Esta excepción cuestionaba la conexión que debía existir entre el accionista (indirecto) y su inversión (indirecta), pues para las demandadas la relación entre MachalaPower y Noble Energy era demasiado remota.²⁵⁹

Noble Energy contestó a la excepción planteada aclarando que no reclamaba en nombre de MachalaPower sino en nombre propio.²⁶⁰ En ese sentido, Noble Energy explicó que el TBI en cuestión incluía como inversiones las acciones de una empresa, controladas directa o indirectamente por el inversionista. Por tanto, Noble Energy concluyó que nada impedía que accionistas indirectos de una empresa –como era su caso- invocaran la protección del TBI.²⁶¹ Para ello, Noble Energy señaló distintos casos que respaldaban esta posición.²⁶²

El tribunal explicó que MachalaPower era de propiedad plena y directa de Noble Energy International Ltd.(registrada en las Islas Caimán), la cual era de propiedad absoluta y directa de Samedan of North Africa, Inc. (registrada en Delaware), que a su vez era de propiedad absoluta y directa de Noble Energy.²⁶³ Por tal razón, el tribunal consideró que en todo momento Noble Energy fue la compañía matriz final de todas las compañías subsidiarias que participaron en el arbitraje y que esas subsidiarias son de propiedad plena, directa o indirecta de Noble Energy.²⁶⁴ Por tanto, el Tribunal concluyó que Noble Energy poseía legitimación procesal en virtud del Convenio CIADI y del TBI, en su calidad de accionista indirecto de MachalaPower.²⁶⁵

A pesar de esta conclusión, el tribunal hizo referencia a la decisión del caso Enron v Argentina, en la cual el tribunal expresó su preocupación en cuanto a que numerosos accionistas que forman parte de un grupo de empresas podrían acceder al arbitraje de inversiones CIADI. En ese sentido, el tribunal se cuestionó lo siguiente:

²⁵⁸ *Ibid.*, §71.

²⁵⁹ *Ibid.*, §72.

²⁶⁰ *Ibid.*, §73.

²⁶¹ *Ibid.*, §75.

²⁶² *Ibid.*, §72.

²⁶³ *Ibid.*, §80.

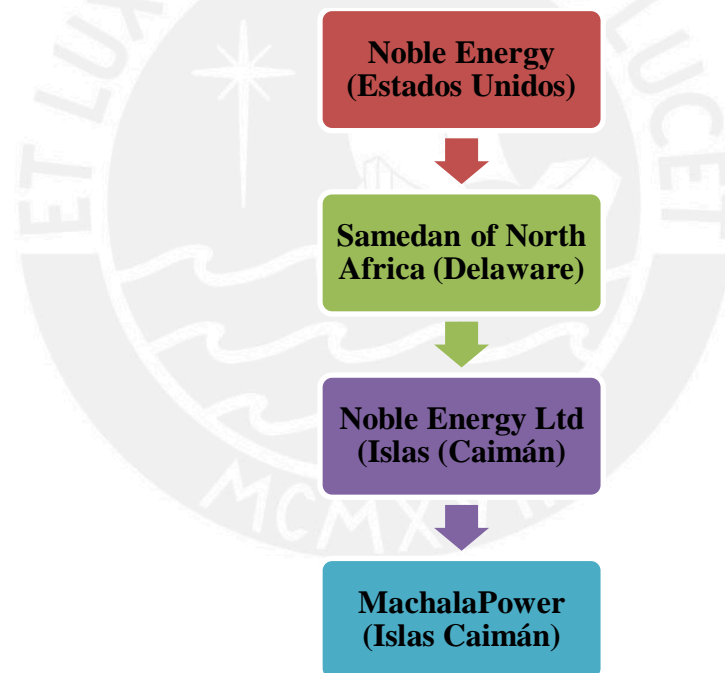
²⁶⁴ *Ibid.*, §82.

²⁶⁵ *Ibid.*, §83.

“A la luz de lo que antecede, ¿cuán indirecto puede ser un accionista para aún así calificar como inversionista a los efectos del tratado? ¿Existe un límite? Si lo hay, ¿se alcanzó en el presente caso? En otros términos, ¿cuántas capas o compañías pueden interponerse entre los accionistas directos y el inversionista indirecto? (...)”²⁶⁶

Este cuestionamiento, sin embargo, no conllevó a que el tribunal determinara cuál era el punto de corte en la cadena de empresas que podían acceder a la protección otorgada por los tratados de inversión. Esta cuestión no era pertinente para efectos del caso, según el tribunal. Por ello, el tribunal consideró suficiente con determinar que Noble Energy constituía la empresa matriz de las empresas subsidiarias que participaban en el arbitraje, para considerar que ésta poseía legitimidad procesal para demandar.

Caso Noble Energy v Ecuador: propiedad indirecta de acciones



En todos los casos que hemos evaluado, la posibilidad de que una acción, sin importar su carácter legal o económico, constituya una inversión, ha permitido que accionistas minoritarios (CMS v Argentina y Gas Natural v Argentina) e indirectos (Noble Energy v Ecuador) de una empresa puedan demandar la protección otorgada por un TBI.

²⁶⁶ *Ibid.*, §80.

Esta situación, como se desprende de los casos citados, ha generado críticas por parte de los Estados demandados, quienes han considerado las demandas presentadas por los accionistas contrarias al principio de personería jurídica, reconocido tanto por el Derecho Internacional Consuetudinario como por la gran mayoría de ordenamientos jurídicos. Este principio reconoce la autonomía e independencia de una empresa frente a sus accionistas en los temas de responsabilidad y representación.²⁶⁷ Por tanto, en el Derecho Internacional Consuetudinario y en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos, el reconocimiento de este principio impide a los accionistas de una empresa afectada demandar, salvo supuestos excepcionales.²⁶⁸ Así fue reconocido en el caso Barcelona Traction, en el cual la CIJ expresó que:

*“[W]henever a shareholder’s interest are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed (...) **An act directed against and infringing only the company’s rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interest are affected(...)**”.*²⁶⁹(énfasis agregado)

En el Derecho Internacional de las Inversiones, esta regla ha dejado de poseer aplicación práctica porque los accionistas de una empresa poseen la capacidad para demandar tanto por el daño ocasionado a sus propios intereses como en representación de la empresa en la cual participan. Este reconocimiento no significa que la decisión emitida en el caso Barcelona Traction haya sido errónea, sino que dicha regla se aplica, únicamente, para el ejercicio de la protección diplomática.²⁷⁰ Así lo han considerado algunos tribunales arbitrales, quienes han señalado que las reglas establecidas en los TBIs forman parte de una *lex specialis* y no del Derecho Internacional Consuetudinario.²⁷¹

²⁶⁷ ELIAS LAROZA, *Derecho Societario Peruano: La Ley General de Sociedades del Perú*, Normas Legales (ed.), p. 24.

²⁶⁸ Ver *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Bélgica v España)*, CIJ, 1970, *Dispute Settlement: General Topics, International Court of Justice*, United Nations, 2003 (La CIJ admitió dos supuestos en los cuales los accionistas de una empresa poseían legitimidad para demandar: (i) cuando la empresa dejaba de existir legalmente y/o (ii) cuando los accionistas han sufrido una interferencia directa a sus derechos como tales).

²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 35-36.

²⁷⁰ Ver ORREGO VICUÑA, Francisco, “Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement”, (Consulta: 27/04/2009), en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12224294674510/changing_approaches_to_the_nationality_of_claims_in_the_context_of_diplo_matic_protection_and_international_dispute_settlement.pdf

²⁷¹ Ver *CMS Gas Transmission Co v Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, §69.

El reconocimiento de las acciones como un tipo de inversión cubierta por los TBIs responde, al parecer, a la realidad económica existente, la cual demuestra que los inversionistas extranjeros participan en la economía de otro Estado no solo por medio de la constitución de una empresa subsidiaria, sino también -por razones económicas y/o requerimientos del Estado receptor- a través de la adquisición de las acciones de una empresa constituida en el Estado receptor.²⁷² Este reconocimiento, sin embargo, plantea diversos problemas para los Estados demandados. Uno de estos fue señalado en el caso *Enron v Argentina* de la siguiente manera:

*“(...) The Argentine Republic has rightly raised a concern about the fact that if minority shareholders can claim independently from the affected corporation, this could trigger an endless chain of claims, as any shareholder making an investment in a company that makes an investment in another company, and so on, could invoke a direct right of action for measures affecting a corporation at the end of the chain.”*²⁷³

Esta cita muestra que el reconocimiento de las acciones como un tipo de inversión, sin ninguna referencia al control o participación de los accionistas en la empresa, genera en los Estados inquietud por la multiplicidad de demandas internacionales que se pueden iniciar en su contra. En particular, esta situación puede agravarse cuando se trata de grupos de sociedades o de empresas transnacionales que participan en una inversión.²⁷⁴ A esta preocupación se le suman otras como la multiplicidad de procedimientos por el mismo daño; la posibilidad de otorgar doble indemnización –tanto a la empresa como al accionista de ésta-; y, la posición de los acreedores de una empresa, quienes podrían resultar perjudicados frente a los accionistas.²⁷⁵

A pesar de todos los problemas que puede generar el reconocimiento de las acciones – sin importar su calidad económica o legal- como un tipo de inversión, la redacción amplia e ilimitada de los AII impide que los tribunales arbitrales limiten el acceso de distintos tipos de accionistas. Esta situación fue expresada claramente en el caso *CMS v Argentina*, de la siguiente manera:

²⁷²Ver *Gas Natural v Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 17 June 2005, §52.

²⁷³*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, January 14 2004, §50.

²⁷⁴UNCTAD, Scope and Definition, *supra note 2*, p. 66.

²⁷⁵Ver MCLACHLAN, SHORE, y WEINIGER, *supra note 47*, p. 188; Ver DOUGLAS, *supra note 16*, p. 416.

“The Tribunal notes in this respect that [ICSID] has made every effort possible to avoid a multiplicity of tribunals and jurisdictions, but that it is not possible to foreclose rights that different investors might have under different arrangements (...).”²⁷⁶

En esta cita se reconoce que la redacción amplia e ilimitada de los All, impide a los tribunales arbitrales limitar el acceso de múltiples accionistas a múltiples jurisdicciones. De ahí que algunos All si bien no han excluido el reconocimiento de las acciones como un tipo de inversión, han esclarecido o incluido otras cláusulas para evitar dichos problemas. Así, pues, algunos All han reconocido como un criterio para determinar la nacionalidad de la empresa demandante el criterio del control efectivo de la empresa. De esta manera, un tribunal arbitral puede levantar el velo societario de la empresa demandante para determinar la nacionalidad que subyace a ésta e impedir que empresas que no poseen ningún vínculo con el Estado receptor de la inversión o, incluso, cuyo control es ejercido por nacionales del mismo Estado receptor, puedan acceder al arbitraje de inversiones CIADI.

Asimismo, otros All han optado por incluir una cláusula de denegación de beneficios, la cual impide que empresas intermediarias que no han participado de manera sustancial en el Estado receptor, accedan a la protección de un All.²⁷⁷ Un ejemplo de este tipo de cláusula es el artículo 17 del Modelo del TBI Estados Unidos:

“Article 17: Denial of Benefits

1. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:

(a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or

(b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Treaty were accorded to the enterprise or to its investments.

2. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has

²⁷⁶ CMS Gas Transmission Co v Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, §86.

²⁷⁷ Ver UNCTAD, *Scope and Definition*, supra note 2, pp. 71-72.

nosubstantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non Party, or of the denying Party, own or control the enterprise”.

II.3.1.2. Contratos de inversión

La inclusión de los contratos como un tipo de inversión cubierta en los All ha permitido que diversos inversionistas extranjeros demanden ante los tribunales arbitrales CIADI el incumplimiento de una obligación contractual, como si ésta constituyese el incumplimiento de una obligación internacional.²⁷⁸ Esto como consecuencia de la falta de claridad que existe sobre las características con que debe cumplir un contrato para que califique como un contrato de inversión y se distinga de contratos puramente comerciales. Esta situación ha sido evaluada en los siguientes casos.

En el caso *Salini v Marruecos*, la demandante, empresa italiana, suscribió un contrato para la construcción de un tramo de una carretera en Marruecos con la empresa ADM, quien a su vez había suscrito un contrato de concesión con el Ministro de Infraestructura de Marruecos.²⁷⁹ La controversia surgió cuando las empresas italianas enviaron a ADM y al Ministro de Infraestructura de Marruecos la liquidación de la obra realizada sin recibir ninguna respuesta de ambas partes.²⁸⁰ Las demandantes señalaron que el incumplimiento de dicho contrato constituía la violación de ciertas obligaciones establecidas en el TBI Italia-Marruecos.

Marruecos se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral porque, entre otras razones, la transacción en cuestión se trataba de un subcontrato de construcción, el cual no podía ser considerado como una inversión cubierta por el TBI ni por el Convenio CIADI. El TBI en cuestión definía el término inversión, entre otros, como “*derechos o cualquier beneficio contractual que tenga un valor económico*” y “*cualquier derecho de naturaleza económica conferida por ley o por contrato*”. Por esto, el tribunal concluyó que la transacción evaluada constituía una inversión conforme al TBI.

Sin embargo, como hemos señalado, éste fue el primer caso CIADI en que un tribunal arbitral evaluó si la inversión alegada cumplía, además de la definición establecida en el TBI, con ciertos criterios objetivos. Para ello, el tribunal reconoció que si bien el requisito de

²⁷⁸Ver DOUGLAS, *supra note* 16, pp. 207-224.

²⁷⁹*Salini Costruttori SpA and Italstrade Spa v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, §2.

²⁸⁰*Ibid.* §5.

inversión no se encontraba definido ni por el Convenio ni por el Informe de los Directores ejecutivos del Banco Mundial, no obstante:

*“(...) it would be inaccurate to consider that the requirement that a dispute be ‘in direct relation to an investment’ is diluted by the consent of the Contracting Parties. To the contrary, ICSID case law and legal authors agree that the investment requirement must be respected as an objective condition of the jurisdiction of the Centre (...)”.*²⁸¹

En esta cita se desprende que el requisito de inversión constituye una condición objetiva para acceder a la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI. Por esta razón, el tribunal consideró que este requisito debía cumplir con los siguientes criterios señalados por la doctrina:

*“(...) contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...). In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the Investment as an additional condition. In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend of the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here”.*²⁸²

El tribunal explicó que en la transacción realizada por las empresas italianas se verificaba cada uno de los elementos señalados. Primero, el requisito de la contribución se cumplió cuando las empresas italianas emplearon su know-how, dispusieron el equipo necesario y el personal calificado para realizar sus tareas, obtuvieron préstamos que les permitieron financiar las compras necesarias para llevar a cabo los trabajos y pagar los salarios de los trabajadores, etc.²⁸³

Segundo, la operación desarrollada por las empresas italianas constituía un riesgo por su propia naturaleza. Así, pues, uno de los riesgos del contrato estaba asociado al riesgo del ejercicio de las prerrogativas del concedente, quien prematuramente podía poner fin al contrato, o imponer variaciones en éste, etc.²⁸⁴ El tribunal indicó que una construcción que se

²⁸¹ *Ibid.*, §52.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid.*, §53.

²⁸⁴ *Ibid.*, §55.

prolonga durante muchos años, sin que el costo total pueda establecerse con certeza por adelantado, crea un riesgo obvio para el contratante.²⁸⁵

Por último, el tribunal señaló que el contrato contribuyó al desarrollo económico de Marruecos porque la construcción de una infraestructura de tal magnitud constituía una de las tareas llevadas a cabo regularmente por el Estado o por una autoridad pública. Es decir, que no se puede negar que una carretera sirve al interés público del Estado. En este orden de ideas, el tribunal, después de verificar el cumplimiento de todos los elementos necesarios para la existencia de una inversión, concluyó que el contrato suscrito entre ADM y la empresa italiana constituía una inversión cubierta por el TBI y la Convención CIADI.²⁸⁶

En el caso *SGS v Pakistán*, el demandante, una empresa suiza, suscribió con el gobierno pakistaní un contrato de servicios para la inspección de los bienes que eran importados por Pakistán. En este contrato, SGS estaba obligada a inspeccionar los bienes, verificar la base imponible del valor de los bienes en aduanas previo al embarque, y recomendar una clasificación arancelaria apropiada a las autoridades pakistaníes respecto de los bienes a ser importados a dicho país. Una vez inspeccionados los bienes, SGS elaboraría un informe que contendría la información recogida por las oficinas de SGS en distintos países, junto con una recomendación de la tasa del arancel aplicable para cada bien particular. La inspección de los bienes importados a Pakistán sería efectuada por SGS (i) en el extranjero a través de sus oficinas y afiliadas; y (ii) en los puertos de Pakistán junto al servicio de aduanas pakistaní.

El objetivo de este contrato era asegurarse de que los bienes importados a Pakistán fueran clasificados correctamente con el fin de recaudar adecuadamente los impuestos, permitir que Pakistán mejore su eficiencia en el servicio de aduanas y, por ende, los ingresos obtenidos por Pakistán contribuirían al desarrollo del tesoro público.²⁸⁷ La controversia surgió cuando Pakistán unilateralmente terminó el contrato y retuvo algunas de las sumas demandadas por SGS. Como consecuencia de ello, ambas partes iniciaron diversos procesos ante tribunales judiciales y arbitrales. En uno de estos, SGS demandó a Pakistán ante un tribunal arbitral CIADI porque el incumplimiento del contrato constituía la violación de diferentes protecciones sustantivas establecidas en el TBI Suiza-Pakistán.

²⁸⁵ *Ibid.*, §56.

²⁸⁶ *Ibid.*, §58.

²⁸⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, August 6 2003, §11.

Pakistán se opuso a la jurisdicción del CIADI argumentando, entre otros, que SGS no realizó una inversión cubierta por el TBI en cuestión, debido a que ésta no desarrolló ninguna inversión dentro de su territorio. Pakistán explicó que el contrato fue ejecutado por entidades controladas o afiliadas a SGS fuera de Pakistán, las cuales emplearon oficinas y personal en varios puertos alrededor del mundo. Por esta razón, las actividades desempeñadas por estas oficinas no constituyeron una inversión realizada en su territorio.²⁸⁸ Asimismo, Pakistán explicó que las oficinas de conexión establecidas en su territorio no calificaban como una inversión dentro de su territorio, debido a que éstas no generaron ningún impuesto para este país.²⁸⁹

SGS alegó que la inspección de pre-envío establecida en el contrato constituía una inversión desarrollada en el territorio pakistaní debido a que a través de éste se transfirió un valor importante a dicho territorio. Esto como consecuencia de que las actividades de inspección tenían como objetivo incrementar los ingresos en el sector de aduanas pakistaní. En ese sentido, SGS indicó que transfirió a Pakistán *know how* para asistir a los oficiales de aduanas pakistaní en la inspección y verificación de bienes.²⁹⁰

SGS aclaró que las oficinas en el territorio pakistaní fueron una parte instrumental para el desarrollo del contrato y de la inversión. Por ello, señaló que si bien las inspecciones de pre-embarco ocurrieron fuera de Pakistán, los resultados de éstas fueron enviados y procesados en las oficinas de conexión de este país. Estas oficinas significaban un desembolso significativo de dinero para, entre otros, el pago de sueldos, entrenamiento del personal y mantenimiento de locales.²⁹¹ En este orden de ideas, el argumento de que estas oficinas no generaron ninguna ganancia comercial al territorio pakistaní era irrelevante porque éstas fueron vitales para el desarrollo del contrato.²⁹²

El tribunal señaló que la definición de inversión cubierta por el CIADI correspondía a aquella que las partes le otorgaran en su instrumento de consentimiento; en este caso el TBI Suiza-Pakistán. En ese sentido, el tribunal consideró que el contrato calificaba como una inversión cubierta por el TBI porque éste definía como inversiones: *“las demandas de dinero o por cualquier ejecución que represente un valor económico”* y *“las concesiones bajo el derecho público o cualquier otro derecho otorgado por ley o por contrato”*. El tribunal precisó que las

²⁸⁸ *Ibid.*, §76.

²⁸⁹ *Ibid.*, §77.

²⁹⁰ *Ibid.*, §125.

²⁹¹ *Ibid.*, §127.

²⁹² *Ibid.*, §128.

actividades de inspección daban lugar, primero, a demandas de dinero; segundo, Pakistán le otorgó a SGS una concesión de Derecho Público, desde que se le otorgó a SGS ciertos poderes que ordinariamente eran ejercidos por el servicio de aduanas pakistani; y, tercero, los derechos que SGS ejerció fueron derechos otorgados por ley y contrato.²⁹³

Asimismo, el tribunal señaló que el contrato estaba redactado de tal manera que permitía comprender que para poder cumplir SGS con dicho acuerdo, debía realizar ciertos gastos en el territorio del Estado pakistani. Estos gastos aunque fueran relativamente pequeños, involucraban el desembolso de dinero en el territorio pakistani para llevar a cabo sus compromisos.²⁹⁴

En el caso *SGS v Filipinas*, al igual que en el caso anterior, la demandante, empresa suiza, suscribió un contrato y sus respectivas adendas con el gobierno de Filipinas con el fin de realizar la inspección y clasificación de los bienes importados a este país antes de su envío. La inspección de los bienes verificaría la calidad, cantidad y el precio de exportación en el mercado, así como el cumplimiento de la regulación necesaria para su importación. Asimismo, SGS asistiría en la modernización del sector aduanero de Filipinas y su infraestructura para establecer los impuestos.²⁹⁵ La controversia surgió cuando Filipinas dejó de pagarle a SGS ciertas sumas de dinero, las cuales no fueron acordadas por las partes, ni determinadas por ningún tribunal. Como consecuencia de ello, SGS demandó a Filipinas ante un tribunal arbitral CIADI por el incumplimiento de diversas obligaciones establecidas en el TBI Suiza-Filipinas.

Filipinas se opuso a la jurisdicción del CIADI alegando, entre otros, que no existía una inversión realizada en el territorio filipino, tal y como lo requería el TBI. Filipinas explicó que el contrato señalaba claramente que su obligación principal, la cual consistía en la inspección de bienes antes de su embarco a Filipinas, se realizaba fuera de su territorio,²⁹⁶ sin perjuicio de que otras actividades se llevaran a cabo dentro éste. Filipinas argumentó que la existencia de una inversión dentro de su territorio dependía del lugar donde se desarrolló la actividad principal y no de donde se desarrollaron las actividades periféricas o incidentales.²⁹⁷

²⁹³ *Ibid.*, §135.

²⁹⁴ *Ibid.*, §136.

²⁹⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Decisions on Jurisdiction, January 29 2004, §12.

²⁹⁶ *Ibid.*, §57.

²⁹⁷ *Ibid.*, §58.

Asimismo, Filipinas expresó que no existía una inversión cubierta por el Convenio CIADI por tres razones. Primero, el pago de una comisión a SGS no equivalía a una ganancia o utilidad, característicos en una inversión, sino a una remuneración. Segundo, SGS no asumió ningún riesgo en el contrato debido a que ésta siempre recibiría una comisión, aun en los embarcos sin valor. Tercero, el significado ordinario del término inversión excluye el servicio de una empresa extranjera a cambio de una comisión, especialmente cuando no existe gasto de capital o asunción de riesgo.²⁹⁸

SGS alegó, por su parte, que realizó inversiones sustanciales en el territorio de Filipinas a través de varios canales. Primero, SGS señaló que sus inversiones intangibles calificaban como una inversión cubierta por el TBI, debido a que éste establecía como una inversión las “demandas de dinero” y “derechos para demandar bajo un contrato”. Segundo, SGS realizó inversiones tangibles, en particular a través del establecimiento de una oficina conexas en Filipinas y la inyección de fondos sustanciales para la operación de dicha oficina. Tercero, SGS transfirió a Filipinas *knowhow* a través de distintas actividades, como la conducción de cursos y seminarios para otorgar conocimiento en materia de aduanas a las agencias correspondientes, entre otros. Esta actividad, también, calificaba como una inversión cubierta por el TBI, bajo la denominación de “copyrights, propiedad industrial, know how y good will”.²⁹⁹ En este orden de ideas, SGS señaló que realizó una operación significativa que calificaba como una inversión cubierta por el CIADI.³⁰⁰

Asimismo, SGS indicó que existía una inversión cubierta por el CIADI, porque ésta cumplía con las definiciones establecidas en el TBI. El argumento de SGS se basaba en dos premisas: primero, que ninguna inversión directa o física era necesaria que se desarrollara en el territorio filipino debido a que otras disposiciones del TBI no establecían este requisito. Segundo, SGS realizó una inversión substancial en Filipinas.³⁰¹

El tribunal arbitral expresó no coincidir con los argumentos del Estado filipino, conforme a los cuales algunos servicios prestados por SGS se realizaron fuera de Filipinas y otros, considerados simplemente incidentales o periféricos, se desarrollaron en este país. Para el tribunal los servicios prestados por SGS no podían ser divididos de esta manera debido a que

²⁹⁸ *Ibid.*, §59.

²⁹⁹ *Ibid.*, §62.

³⁰⁰ *Ibid.*, §80.

³⁰¹ *Ibid.*, §81.

en el contrato se estableció que SGS debía proveer servicios dentro y fuera de Filipinas, con el fin de mejorar e integrar la importación de servicios.³⁰²

En ese sentido, el tribunal explicó que el objetivo central de las actividades prestadas por SGS era la disposición de un certificado de inspección. Las inspecciones realizadas por SGS en el extranjero no fueron realizadas para su propio beneficio sino con el fin de proveer, en Filipinas, un certificado de inspección, en el que la autoridad de aduanas podría confiar para el ingreso de bienes en el territorio filipino. Para ello, dichas actividades serían organizadas a través de una oficina conexas en Filipinas, la cual empleaba un número significativo de personas.³⁰³ Por tanto, un aspecto sustancial y no separable de la actividad desarrollada por SGS fue provisto en dicho Estado y la legitimidad de SGS para cobrar dependería de este aspecto.³⁰⁴

Asimismo, el tribunal rechazó el argumento de Filipinas sobre que la oficina conexas establecida en su territorio no podría ser considerada una inversión debido a que ésta no generó ningún ingreso a través de la recaudación de impuestos.³⁰⁵ El tribunal señaló que este punto dependía de una política de Estado, independiente al régimen del TBI.³⁰⁶ Finalmente, el tribunal respaldó su posición con la decisión emitida en el caso *SGS v Pakistán*, en el cual también se consideró que SGS había realizado una inversión. El tribunal señaló que su argumento era, aún, mucho más contundente que el expresado en el caso indicado, debido a la magnitud y duración de la actividad desarrollada por SGS y la importancia de las actividades desarrolladas por la oficina conexas de Filipinas.³⁰⁷

En el caso *Joy Mining v Egipto*, la demandante suscribió un contrato con la Organización General de Proyectos Industriales y de Minería de Egipto (IMC), con el fin de suministrar equipos de minería para tajos largos y equipos de apoyo para el proyecto minero de fosfato de Abu Tartur. En este contexto, Joy Mining entregó a IMC una serie de garantías para el cumplimiento del contrato. La controversia surgió cuando existieron desacuerdos entre las partes sobre los aspectos técnicos relacionados a la puesta en marcha y pruebas de rendimiento realizados a los equipos del proyecto. En consecuencia, IMC a pesar de que cumplió con pagar a Joy Mining por el total de los equipos comprados, no le devolvió las

³⁰² *Ibid.*, §100.

³⁰³ *Ibid.*, §100.

³⁰⁴ *Ibid.*, §102.

³⁰⁵ *Ibid.*, §104.

³⁰⁶ *Ibid.*, §107.

³⁰⁷ *Ibid.*, §111.

garantías ofrecidas.³⁰⁸ Por ello, Joy Mining demandó a Egipto alegando que la no devolución de las garantías significaba la violación de diversas protecciones sustantivas establecidas en el TBI Reino Unido-Egipto.

Egipto se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI porque, entre otras razones, no existía una inversión que cumpliera con los requisitos de la Convención CIADI y el TBI.³⁰⁹ El argumento de Egipto se basaba en que el contrato constituía un simple acuerdo de entrega de equipos, porque en éste se estableció el precio, el cual fue pagado de manera total por medio de una letra de crédito irrevocable, y la entrega de los equipos. Por tal razón, la ejecución del contrato estaba libre de riesgo alguno.³¹⁰

Egipto agregó que el contrato estaba redactado en términos comerciales y que las garantías bancarias constituían una clase de instrumento que se otorga en operaciones comerciales. En ese sentido, Egipto señaló que el equipo empleado en el proyecto no funcionó adecuadamente porque Joy Mining no llevó a cabo los exámenes necesarios para comprobar su funcionamiento. Por tal razón, las garantías bancarias no podían ser legalmente entregadas hasta que no se determinara el cumplimiento del contrato, según el mecanismo de solución de controversias establecido en dicho acuerdo.³¹¹ Egipto explicó, además, que el proyecto estaba siendo ejecutado desde hace cuatro décadas por IMC. En este contexto, el rol de Joy Mining era suplir de equipos al proyecto, como cualquier otro vendedor lo hubiese realizado.³¹²

Joy Mining se opuso a esta excepción planteada por Egipto. Para ello, explicó que el contrato en mención estaba compuesto de dos fases. La primera involucraba el remplazo del equipo y la segunda, la ingeniería, diseño y otorgamiento de un nuevo sistema completo de tajo largo.³¹³ En el contrato el ámbito de trabajo de Joy Mining incluía, entre otros asuntos, la ingeniería; el diseño; la entrega de materiales, equipos y repuestos; el mantenimiento de herramientas; la supervisión de las instalaciones; la inspección; el examen de puesta en marcha de las operaciones y comisiones; el entrenamiento del personal y asistencia técnica. Dentro de estas actividades, algunas involucraban compromisos de largo plazo como la obligación de producir y mantener los repuestos por un periodo no mejor de diez años. Los

³⁰⁸ *Joy Mining v Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, 6 August 2004; Award on Jurisdiction, 6 August 2004, §15-21.

³⁰⁹ *Ibid.*, §34.

³¹⁰ *Ibid.*, §31.

³¹¹ *Ibid.*, §32.

³¹² *Ibid.*, §33.

³¹³ *Ibid.*, §36.

servicios debían proveerse tanto dentro como fuera de Egipto y la asistencia técnica duraría seis meses.³¹⁴

Joy Mining reconoció que en este tipo de actividades era normal la aceptación de garantías bancarias, sin embargo, precisó que no era normal que una garantía, como la otorgada, requiriera el 97% del precio del contrato. Por tal razón, Joy Mining calificó a las garantías otorgadas como una inversión cubierta por el TBI.³¹⁵ Joy Mining, además, señaló que aun si una o varias de las actividades mencionadas no fueran consideradas como una inversión, la operación completa sí calificaría como tal. En ese sentido, Joy Mining explicó que la empresa se encontraba en el lugar de ejecución del contrato por cuatro años, el riesgo que implicaba la terminación del contrato y la contribución al desarrollo económico de Egipto, eran todos factores que calificaban al proyecto como una inversión.³¹⁶

El tribunal arbitral precisó que únicamente debía responder si la garantía bancaria constituía una inversión cubierta tanto por el TBI como por el Convenio CIADI.³¹⁷ Por ello, con el fin de determinar la calidad de las garantías en el contexto de la relación contractual, el tribunal también evaluó si el contrato calificaba como una inversión cubierta.³¹⁸

El tribunal señaló que el objeto del contrato, el cual era reponer y procurar el equipo de minería para tajos largos, constituía un elemento normal de un contrato de compra venta. De la misma manera, el tribunal consideró que las otras actividades que involucraban la ejecución del contrato constituían características normales de los contratos para el suministro de equipos complejos. Para el tribunal un ejemplo característico de los contratos de suministro de equipos altamente sofisticados son los contratos para el transporte aéreo o de tranvía, los cuales requieren actividades adicionales de ingeniería, diseño, repuestos y servicios incidentales. Sin embargo, estas actividades no transformaban al contrato en una inversión.³¹⁹

Asimismo, el tribunal explicó que los términos del contrato correspondían a una transacción enteramente comercial, incluyendo los términos dispuestos en las garantías bancarias. El tribunal constató que en estos documentos no existía ninguna referencia a una inversión, ni se llevó a cabo ningún procedimiento para que estos calificaran como una

³¹⁴ *Ibid.*, §37.

³¹⁵ *Ibid.*, §39.

³¹⁶ *Ibid.*, §40.

³¹⁷ *Ibid.*, §42.

³¹⁸ *Ibid.*, §54.

³¹⁹ *Ibid.*, §55.

inversión conforme al Derecho egipcio o para disfrutar de los incentivos ofrecidos por Egipto a las inversiones extranjeras.³²⁰

El tribunal indicó que la duración y la regularidad de la ganancia del contrato no fueron significativas, debido a que su precio fue pagado en su totalidad en una etapa temprana. Asimismo, agregó que el riesgo inmanente a esta actividad no era ajeno al involucrado en cualquier contrato comercial, incluyendo la posibilidad de la terminación del contrato. El monto del precio y de las garantías bancarias era relativamente sustancial debido a que estos podrían involucrar una contribución al desarrollo de las operaciones mineras en Egipto, pero éstas eran solo una pequeña fracción del proyecto. Por tanto el tribunal concluyó que el contrato no podía ser considerado como uno de desarrollo económico o que involucrara la concesión sobre servicios públicos.³²¹

El tribunal arbitral explicó que el análisis sobre la naturaleza del contrato tenía como fin distinguir entre los contratos ordinarios de compra-venta, aunque complejos, de los contratos de inversión. De lo contrario, cualquier contrato de compra-venta que involucrara una agencia del Estado podría calificarse como una inversión. En ese sentido, el tribunal enfatizó que de no llevarse a cabo esta comparación no se podría diferenciar las inversiones de aquellos contratos de Estado que se someten al arbitraje internacional de la CCI o la LCI.³²²

El tribunal, por último, manifestó que el contrato celebrado en este caso era diferente al del caso Salini v Marruecos, porque en este último se llevó a cabo un gran proyecto para la construcción de una carretera que involucraba una gran inversión de capital, así como servicios y otros compromisos por un periodo prolongado de tiempo. En ese sentido, el riesgo, la duración y la regularidad de las utilidades y la contribución al desarrollo eran evidentes.³²³ En este orden de ideas, el tribunal concluyó no poseer jurisdicción debido a que las garantías bancarias junto al contrato en mención no calificaban como una inversión cubierta conforme al TBI y el CIADI.³²⁴

En los casos evaluados los Estados demandados cuestionaron que la definición de una inversión en los AIJ como “*derechos a cualquier beneficio contractual que tenga un valor económico*” y “*cualquier derecho de naturaleza económica conferida por ley o por contrato*”

³²⁰ *Ibid.*, §56.

³²¹ *Ibid.*, §57.

³²² *Ibid.*, §58.

³²³ *Ibid.*, §62.

³²⁴ *Ibid.*, §41-63.

permitiera que cualquier tipo de contrato calificara como una inversión cubierta tanto por los TBIs como por el CIADI. De ahí, que estos argumentaran que para que los contratos calificaran como una inversión cubierta por ambos instrumentos legales debían cumplir con ciertos criterios objetivos, como el que la inversión se desarrollara en el territorio del Estado (casos SGS) y/o el contrato cumpliera con ciertas características—criterios del caso Salini- (caso Joy Mining v Egipto).

Como consecuencia de la dificultad que existe para distinguir aquellos contratos que califican como una inversión de aquellos que no, distintos AIIs han excluido la posibilidad de que los contratos de venta de bienes o servicios califiquen como una inversión. En este sentido, el Modelo del TBI Canadá señala:

*“but investment does not mean,
(X) claims to money that arise solely from
(i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in
the territory of a Party to an enterprise in the territory of the other Party (...)”*

De una manera distinta, los nuevos TLCs suscritos con Estados Unidos establecen dos posibilidades para que ciertos contratos califiquen como una inversión. Primero, un inversionista puede alegar que se ha violado las disposiciones sustantivas establecidas en la Sección A del acuerdo y que las inversiones cubiertas constituyen: “[los] contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares”, los cuales además deben cumplir con las características generales de una inversión, tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo.³²⁵ Segundo, un inversionista puede alegar que se ha violado un “acuerdo de inversión”, el cual solo puede resultar un contrato respecto a la explotación, extracción, transporte, entre otros, de los recursos naturales concedidos por el Estado receptor; un contrato de generación o distribución de servicios públicos; y, contratos sobre proyectos de infraestructura.³²⁶

II.3.1.3. Inversión en cartera

Este tipo de inversión es de carácter puramente financiero, ya que el inversionista desembolsa un capital, sin participar en el control o administración de éste. Asimismo, éste no

³²⁵TLC Perú-Estados Unidos. Artículo 10.28. Definiciones. Inversión.

³²⁶TLC Perú-Estados Unidos. Artículo 10.28. Definiciones. Acuerdo de Inversión.

implica transferencia de tecnología, entrenamiento de personal local y otros beneficios asociados a una inversión extranjera directa.³²⁷ Este tipo de inversión, en ese sentido, se opone a la inversión extranjera directa (FDI), la cual es definida por el Fondo Monetario Internacional (FMI) de la siguiente manera:

*“investment’ that is made to acquire a lasting interest in an Enterprise operating in an economy other than that of the investor, the investor’s purpose being to have an effective voice in the management of the enterprise”.*³²⁸

La importancia de la diferencia entre la inversión extranjera directa y la inversión en cartera en los AII ha surgido debido a la redacción amplia de estos acuerdos, que elimina la diferencia entre éstas.³²⁹ En particular, la preocupación que existe sobre la protección de la inversión en cartera consiste en determinar el valor del capital invertido y la ganancia o retorno que ésta puede generar, independientemente del tiempo que involucre esta inversión.³³⁰ El caso *Gruslin v Malasia* refleja esta preocupación.

En este caso, Gruslin, un nacional belga, invirtió US \$2.3 millones en acciones cotizadas en la Bolsa de Kuala Lumpur (BKL) a través de un fondo mutuo conocido como EAMEC, el cual se constituyó en Luxemburgo y era administrado por Citiportfolios, una empresa también constituida en Luxemburgo.³³¹ La controversia surgió, según Gruslin, cuando Malasia impuso un control de cambios en la comercialización de su moneda, lo cual conllevó a la pérdida total de lo invertido en BKL.³³² El TBI Bélgica-Malasia definía la inversión de manera amplia incluyendo *“acciones y otro tipo de títulos”*. Sin embargo, el mismo TBI establecía que éste solo se aplicaría a las *“inversiones calificadas como un proyecto aprobado por el Ministro de Malasia”*.³³³

Malasia se opuso a la jurisdicción del tribunal CIADI porque la compra de acciones a través de EAMEC no constituía una inversión cubierta por el TBI, el cual requería que la inversión se realizara en el territorio del Estado receptor y, para ello, contará con la aprobación

³²⁷Ver UNCTAD, *Scope and Definition*, *supra note 2*, p. 29.

³²⁸IMF, *Balance of Payments Manual*, 1977, (4th ed.), p. 136.

³²⁹RUBINS, *supra note 159*, p. 317 (El autor señala que en la lengua de los AII la noción de control y administración de la inversión se ha eliminado).

³³⁰Ver UNCTAD, *Scope and Definition*, *supra note 2*, p. 29.

³³¹*Gruslin v Malazya*, ICSID Case No. ARB/99/3, Award, 27 November 2000, §8.1.

³³²*Ibid.*, §8.3.

³³³Intergovernmental Agreement between Malaysia and the Belgo-Luxemburg Economic Union, Article 1 (i).

del Ministro de Malasia.³³⁴ Malasia expresó que el requisito de la aprobación de la inversión por parte del gobierno tenía como fin limitar la protección otorgada por el TBI a aquellas inversiones desarrolladas en su territorio a través de proyectos que contribuyeran al desarrollo de la capacidad manufacturera e industrial del Estado. Gruslin, por su parte, opuso, entre otros argumentos, que el requisito señalado no tenía como fin considerar la clase de bienes que calificaban como inversiones cubiertas, sino desincentivar actividades ilegales en su país.

El tribunal adoptó el argumento de Malasia, pues para determinar la existencia de una inversión cubierta no era suficiente con que la demandante haya adquirido acciones en la BKL, sino que además ésta debió contar con la aprobación del Ministro de Malasia para considerar que fue realizada en el territorio del Estado receptor.³³⁵ De lo contrario, como es el caso, Gruslin solo adquirió derechos contractuales para la correcta administración del fondo mutuo.³³⁶ Por tanto, el tribunal decidió que las acciones pertenecientes a empresas malayas (EAMEC) no calificaban como una inversión cubierta por el TBI y, por ende, no se satisfizo el requisito del consentimiento en la Convención del CIADI.

El caso que hemos evaluado refleja que la definición amplia de inversión en los All permite proteger inversiones en cartera. Es cierto, que en el caso el tribunal arbitral declinó su jurisdicción pero no en virtud de la definición de inversión, sino por la existencia del requisito de aprobación de la inversión, también, señalada en el All. Así, pues, la protección o no de este tipo de inversión en los All ha cobrado importancia. El artículo 45 de la Asociación Europea de Libre Comercio con México, define la inversión de la siguiente manera:

“For the purpose of this Section, investment made in accordance with the laws and regulations of the Parties means direct investment, which is defined as investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising an effective influence on the management thereof”.

La inversión en cartera incluye a los instrumentos de deuda, los cuales son cubiertos por la gran mayoría de All. Sin embargo, el problema que existe con estos lo explicaremos a continuación.

³³⁴ *Gruslin v Malazya*, ICSID Case No. ARB/99/3, Award, 27 November 2000, §10.3.

³³⁵ *Ibid.*, §25.5- 25.7.

³³⁶ *Ibid.*, §13.8-13.11. y §15.6.

II.3.1.4. Instrumentos de deuda

Los instrumentos de deuda son aquellos emitidos por las empresas o los gobiernos en calidad de deuda. Estos instrumentos pueden ser bonos, títulos valores y ciertas clases de préstamos. Estos instrumentos han sido incluidos en los AIJ bajo la denominación de “bonos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en una empresa” o “un préstamo o cualquier otro derecho sobre dinero o derecho de ejecución que tenga un valor económico” e incluso “derecho a dinero”, como fue invocado en el caso *Fedax v Venezuela*.

En este caso *Fedax*, empresa holandesa, demandó a Venezuela ante los tribunales arbitrales CIADI por las controversias que surgieron producto del endoso de unos pagarés emitidos por el gobierno de Venezuela. Venezuela se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral, principalmente, porque no existía una inversión cubierta por el Convenio CIADI.³³⁷

Venezuela señaló que la tenencia de unos pagarés emitidos por su gobierno, en relación a un contrato suscrito con una empresa extranjera, no constituía una inversión efectuada por *Fedax* por distintas razones. Primero, la tenencia de unos pagares no involucraba transferencia de capitales a largo plazo de un país a otro con el fin de adquirir intereses en una empresa y que, por ende, implicara ciertos riesgos para los potenciales inversionistas. Segundo, ésta transacción tampoco calificaba como una inversión en cartera, debido a que esto solo ocurría cuando el inversionista adquiría acciones de una empresa a través de una Bolsa de Valores en el mercado primario. Tercero, las definiciones de inversión otorgadas por el TBI Estados Unidos-Venezuela debían interpretarse conforme a la CV. En ese sentido, una inversión debía interpretarse como la disposición de dinero o propiedad en negocios, con el fin de producir algún ingreso o utilidad.³³⁸

El tribunal no coincidió con los argumentos expresados por Venezuela. Primero, el tribunal señaló que la definición de inversión en el Convenio CIADI fue delegada a las partes a través de su instrumento de consentimiento.³³⁹ En ese sentido, en el contexto del CIADI, el tribunal indicó que la definición de este término nunca había constituido un problema ni para la doctrina ni para la casuística.³⁴⁰ Por ello, el tribunal señaló que desde que los pagarés eran

³³⁷ *Fedax v Venezuela*, ICSID Case No. Arb/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, §18.

³³⁸ *Ibid.*, §19.

³³⁹ *Ibid.*, §21-22.

³⁴⁰ *Ibid.*, §25-26.

evidencia de un préstamo y de un instrumento crediticio- financiero típico, no existía ningún argumento que impidiera que su compra calificara como una inversión cubierta por el CIADI.³⁴¹

Segundo, el tribunal explicó que el TBI en cuestión establecía una definición amplia del término inversión. Por ello, los “derechos sobre dinero” no se encontraban restringidos, de ninguna manera, a ciertas formas de inversión extranjera directa o inversión en cartera, como argumentó Venezuela.³⁴² Para ello, el tribunal mostró que la definición amplia de una inversión constituía una práctica generalizada en distintos tratados -bilaterales y multilaterales-.³⁴³ En ese sentido, el tribunal señaló que si la intención de Venezuela hubiese sido contraria a lo explicado, éste hubiese excluido del AII, de manera inequívoca, aquellas inversiones que no fueran manifiestamente directas.³⁴⁴

Tercero, el tribunal señaló que el endoso de los pagarés no permitía excluir estos instrumentos de la definición de una inversión cubierta por el TBI o el Convenio CIADI. Para ello, el tribunal explicó el significado de la emisión de los pagarés y su posterior endoso. El tribunal indicó que los pagarés fueron emitidos por Venezuela con el fin de reconocer una deuda. El tribunal reconoció que si bien el endoso de estos pagarés constituía una transacción separada e independiente de la transacción por la cual se emitieron estos instrumentos, estos documentos, por su naturaleza, serían transferidos y endosados a siguientes tenedores.³⁴⁵ En ese sentido, el tribunal indicó que aunquela identidad del inversionista cambiara con cada endoso, la inversión se mantendría constante, ya que el emisor disfrutaría de un crédito continuo hasta el momento en que los pagarés vencieran. Por ello, Venezuela podía prever la transferencia de estos instrumentos a potenciales inversionistas.

El tribunal, además, señaló que el hecho de que estos pagarés se encontraran en dólares era una evidencia de su eventual circulación internacional. En ese mismo sentido, agregó que el hecho de que el crédito haya sido dispuesto por un tenedor extranjero permitía considerar que éste constituía una inversión extranjera que se encontraba conforme con los términos de la Convención y el AII.³⁴⁶

³⁴¹ *Ibid.*, §29.

³⁴² *Ibid.*, §32.

³⁴³ *Ibid.*, §34-35.

³⁴⁴ *Ibid.*, §36.

³⁴⁵ *Ibid.*, §39.

³⁴⁶ *Ibid.*, §40.

Cuarto, el tribunal negó que Fedax no hubiese realizado una inversión en el territorio venezolano. El tribunal explicó que esta situación no se corroboraba en todas las transacciones, debido a que en muchas de éstas los fondos involucrados no eran físicamente transferidos al territorio del beneficiario, sino que simplemente bastaba con que fueran puestos a su disposición en cualquier lugar. En el caso particular, el tribunal señaló que lo importante fue que Venezuela empleó los fondos disponibles por el pagaré con el fin de financiar las distintas necesidades del gobierno. Es decir que Venezuela, por medio de los pagarés, recibió un crédito empleado durante un periodo de tiempo para sus necesidades financieras.³⁴⁷ El tribunal corroboró esta afirmación al determinar que los pagarés emitidos por Venezuela se encontraban regulados por la ley del crédito público, a través de la cual Venezuela adquirió un crédito a través de estos instrumentos con el fin de atender a las necesidades de interés nacional.³⁴⁸ En ese sentido, el tribunal explicó que estos instrumentos cumplían con las características básicas de una inversión como son cierta duración, cierta regularidad de ganancias o utilidades, asunción de riesgo, un compromiso sustancial y un desarrollo significativo para el Estado receptor.³⁴⁹

Como consecuencia de la dificultad que surgió en el caso Fedax para determinar si un instrumento de deuda calificaba como una inversión, Douglas indica que el capítulo 11 del TLCAN estableció dos requisitos para que estos calificaran como una inversión cubierta. Primero, estos instrumentos deben ser emitidos por una empresa afiliada del inversionista y, segundo, su vencimiento no puede superar el plazo de tres años. Además, este acuerdo excluye los instrumentos de deuda emitidos por una empresa estatal.³⁵⁰

Asimismo, el TLC Perú-Estados Unidos aclara que los “*bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos*” considerados como una inversión, deben comprenderse de la siguiente manera:

“Es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan estas características”.

³⁴⁷ *Ibid.*, §41.

³⁴⁸ *Ibid.*, §42.

³⁴⁹ *Ibid.*, §43.

³⁵⁰ DOUGLAS, *supra note*16, p. 182.

II.3.1.5. Pre-inversión

Distintos autores han considerado que los gastos realizados previos a la realización de una inversión podrían calificar como una inversión cubierta por los AIJ y el Convenio CIADI.³⁵¹ Esto como consecuencia de la definición amplia del término inversión en los AIJ, los cuales incluyen entre otros “*derechos a prestaciones con un valor económico*”. Esta situación ha sido discutida a raíz del caso *Mihaly v Sri Lanka*.

En este caso, Mihaly suscribió una serie de acuerdos con el gobierno de Sri Lanka con el fin de concretar la suscripción de un contrato para la construcción de una planta de energía eléctrica en Sri Lanka. Sin embargo, el contrato no fue suscrito por el gobierno de Sri Lanka, a pesar de que Mihaly desembolsó diversas sumas de dinero con el propósito de concretar dicho contrato. Por tal razón, Mihaly demandó al gobierno de Sri Lanka ante los tribunales arbitrales CIADI alegando que éste incumplió su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a su inversión conforme al TBI Estados Unidos- Sri Lanka.

Mihaly y Sri Lanka coincidieron en que la Convención CIADI no establecía un significado *a priori* sobre el término inversión.³⁵² Por ello, Mihaly señaló que convendría otorgarle a este término una interpretación amplia, con el fin de promover el flujo de capital en los Estados en desarrollo. Sri Lanka, por su parte, señaló que esta interpretación amplia desincentivaría a los Estados en desarrollo a suscribir la Convención CIADI.³⁵³

En virtud de las interpretaciones señaladas sobre el término inversión en el Convenio CIADI, Mihaly señaló que los gastos realizados antes de la suscripción del contrato constituían una inversión debido a que las actividades desarrolladas en la fase de la constitución de un proyecto son tan esenciales como aquellas desempeñadas para la construcción física de la planta. En ese sentido, Mihaly expresó que constituía una práctica comúnmente aceptada que estos gastos se incluyeran en los costos de la inversión.³⁵⁴ Sri Lanka no rechazó la posibilidad de contabilizar dichos gastos en el costo de la inversión. Sin embargo, negó dicha posibilidad

³⁵¹Ver HAMIDA, Ben, “The Mihaly v Sri Lanka Case: Some Thoughts Relating to the Status of Pre-investment Expenditures” en AAVV, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Weiler, T (ed.), 2005, 64-66 (El autor señaló que Mihaly pudo argumentar que los desembolsos de dinero realizados calificaban como una inversión cubierta por el TBI debido a la definición amplia de este término, el cual no requería que ésta surja de un contrato o que fuera admitida o registrada por el Estado receptor).

³⁵²*Mihaly v Sri Lanka*, ICSID Case No.ARB/00/2, Award and Concurring Opinion, 15 March 2002, §33.

³⁵³*Ibid.*, §36.

³⁵⁴*Ibid.*, §34.

en el caso concreto porque el Estado nunca otorgó su consentimiento para recibir o admitir la inversión en cuestión.³⁵⁵

El tribunal después de evaluar la documentación suscrita por ambas partes durante el periodo de negociación concluyó, primero, que ninguno de los documentos le confería a Mihaly exclusividad para la suscripción del contrato; y, segundo, que el otorgamiento de exclusividad nunca se concretó en un contrato. Como consecuencia de que la operación realizada por Mihaly era contingente a la celebración del contrato con Sri Lanka, los gastos empleados para su realización no serían considerados como una inversión hasta que fueran admitidos por Sri Lanka.³⁵⁶ En otras palabras, el tribunal consideró que si las negociaciones se hubiesen materializado con la suscripción del contrato, entonces, el dinero gastado por Mihaly hubiese sido capitalizado como parte del costo del proyecto y, por tanto, convertido en parte de la inversión.³⁵⁷

Asimismo, el tribunal agregó que si bien el desembolso de grandes sumas de dinero constituía una de las características indudables de las actividades comerciales modernas, ésta por sí misma no determinaba la constitución de una inversión. La determinación de la existencia de una inversión dependía más bien del consentimiento de las partes, quienes deciden en qué momento de sus negociaciones desean entrar a una inversión para comprometer las disposiciones del Convenio. Así, pues, Sri Lanka señaló expresamente en distintos documentos, conocidos por el demandante, que no sería hasta la ejecución del contrato que estaría dispuesto a aceptar que las relaciones contractuales habían comenzado y que la inversión era admitida.³⁵⁸ El tribunal arbitral precisó que la conclusión a la que había llegado dependía del caso particular porque, en otras circunstancias, gastos similares a los demandados podían calificar como una inversión.³⁵⁹

En virtud de las definiciones otorgadas sobre el término inversión en el TBI Estados Unidos-Sri Lanka, Sri Lanka negó que los documentos de negociación constituyeran un “acuerdo de inversión” o una “autorización para invertir otorgada por la autoridad de inversiones de Sri Lanka”. Mihaly, por su parte, no señaló ningún argumento para expresar que los gastos realizados en la fase de negociación cumplieran con cualquiera de las definiciones otorgadas por

³⁵⁵ *Ibid.*, §35.

³⁵⁶ *Ibid.*, §48.

³⁵⁷ *Ibid.*, §50.

³⁵⁸ *Ibid.*, §51.

³⁵⁹ *Ibid.*, §49.

el TBI indicado. Mihaly solo se refirió a una inversión ya existente a la cual le correspondía otorgar el trato justo y equitativo.

En este orden de ideas, el tribunal desestimó la demanda presentada por Mihaly debido a que no se cumplió con el requisito de inversión para establecer la jurisdicción del tribunal. En particular, el tribunal negó que los gastos realizados por la demandante durante la etapa de negociación constituyeran una inversión cubierta conforme al Convenio CIADI y el TBI.

En una decisión concurrente, el árbitro Suratgar expresó la importancia de considerar a los gastos realizados previos a una inversión como una inversión cubierta tanto por los All como por el CIADI. En palabras de Suratgar:

*“If private foreign investors are to be encouraged to pursue transparency in seeking such BOT opportunities the international community must address the lessons of this case. **Expenditure incurred by successful bidders do indeed produce “economic value” as specified by Article 1 of the US–Sri Lanka BIT and the protection mechanism developed under the aegis of the World Bank in the form of the ICSID Convention should be available to those who are encouraged to embark on such expensive exercises**”.*³⁶⁰ (énfasis agregado)

En esta cita Suratgar manifiesta que los gastos preparatorios a la suscripción de un contrato de inversión producen un valor económico, requerido tanto por los TBIs como por el Convenio CIADI. Por tal razón, este árbitro recomendó que el arbitraje establecido en estos instrumentos debiera encontrarse disponible para aquellos que realizan este tipo de desembolsos.

A pesar de este reconocimiento, el árbitro indicó que, en el caso particular, los gastos efectuados previos a la suscripción del contrato de inversión no podían ser calificados como una inversión cubierta por el TBI Estados Unidos-Sri Lanka ni por el Convenio CIADI. Pues, como hemos evaluado, Mihaly no señaló ningún argumento para demostrar que los desembolsos realizados cumplieran con cualquiera de las definiciones de inversión otorgadas por el TBI indicado.

³⁶⁰ *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Individual Concurring Opinion by Mr. David Suratgar, §10.

Es cierto que esta discusión surge porque la realidad económica actual evidencia que los inversionistas extranjeros desembolsan grandes sumas de dinero en el trabajo preparatorio o de pre-inversión, en actividades tales como: negociaciones, evaluaciones ambientales, gastos financieros, etc. Esta afirmación, si bien parece razonable, generaría ciertos riesgos para los Estados receptores de la inversión, quienes podrían verse obligados a responder a numerosas demandas frívolas por parte de quienes participaron en un proceso de pre-inversión. En consecuencia, estos Estados disminuirían el sometimiento de estas controversias al arbitraje de inversiones y, por ende, comprometería la legitimidad de este tipo de arbitraje. Sin embargo, esto no impide que potenciales inversionistas y Estados receptores se obliguen a someter las controversias que resultan de estos trabajos de pre-inversión a un foro distinto al arbitraje de inversiones CIADI.³⁶¹

II.3.2. El cuestionamiento de la noción objetiva

Distintos autores y tribunales han criticado la noción objetiva del requisito de inversión establecido en el Convenio CIADI. Es decir, que estos han cuestionado que la definición de este término, en el contexto del CIADI, dependa de los criterios indicados en el caso Salini. Krishan es el principal crítico de esta posición. En palabras de Krishan:

*“The Salini test is ideological and therefore presents a putative crisis to all involved in ICSID. It impairs ICSID’s usefulness in the international legal architecture governing investment. The tendency to elevate the autonomous clause above investment treaties, ICSID arbitration- agreements, and other well-accepted definitions of investment serves to establish an ivory tower that is not very useful. The Salini test instead of being seen as providing sufficient conditions for an ICSID investment has come to represent the necessary conditions for such. This should be rejected. An aberration”.*³⁶²

Como se desprende de esta cita, el autor cuestiona que la definición de inversión en el CIADI dependa de los criterios señalados en el caso Salini debido a que: (i) estos no surgen de una interpretación del Convenio sino de una creación elaborada por distintos autores y (ii) estos han construido una definición autónoma que se esgrime por encima de las definiciones otorgadas en distintos AII. Por estas razones, el autor califica los criterios establecidos en el

³⁶¹Ver HORNICK, R, “The Mihaly Arbitration Pre-Investment Expediture as a Basis for ICSID Jurisdiction”, en *Journal of International Arbitration*, Vol.20, No.2, 2003, pp. 192-193.

³⁶²Ver KRISHAN, D, “A Notion of ICSID Investment”, en AAVV, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Weiler, Grierson (ed.), Vol. 1, May 2008, pp.75-76.

caso Salini como una aberración, ya que estos en lugar de otorgar las condiciones para acceder al arbitraje de inversiones CIADI, limitan su acceso.

Heiskanen considera que una definición objetiva del término inversión tiende a ser bastante subjetiva al aplicarse. En palabras de Heiskanen:

*“The problem with the objective approach is that its purportedly objective criteria tend to become quite subjective in their actual applications. Questions such as whether the contribution at issue was of an adequate duration, whether the contribution itself was sufficiently “substantial”, and whether it has contributed “significantly” to the economic development of the host State, tend to leave a broad margin of discretion for arbitrators. As a result, it is perhaps not surprising that arbitral tribunals are tempted to pay only lip service to these criteria and simply conclude, after a rather perfunctory analysis, that they have all been met, or in some instances take them more seriously, which may lead to an abstract exercise of largely unfettered discretion”.*³⁶³

En esta cita, el autor resalta que no existe una noción clara para aplicar los criterios que comprenden la definición objetiva de inversión en el CIADI. Por tal razón, los tribunales arbitrales han determinado su cumplimiento de manera superficial e incluso discrecional.

Las críticas expresadas cuestionan los criterios empleados en la noción objetiva del término inversión en el CIADI –conforme al test Salini- porque, por un lado, surgen de una posición ideológica que busca limitar la jurisdicción del CIADI; y, por otro, se aplican de manera subjetiva y discrecional, como evaluaremos a continuación.

II.3.2.1. Una noción ideológica

Una de las críticas de la noción objetiva del término inversión consiste en el origen doctrinal de los criterios que la componen. Pues, estos criterios -una contribución sustancial, una expectativa de ganancia o utilidades, una cierta duración de la operación, un cierto riesgo y la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión- no resultan de la interpretación del Convenio CIADI conforme a la CV. Legum y Mouawad lo han explicado claramente en una de sus obras, concluyendo lo siguiente:

³⁶³HEISKANEN, Veijo, “Of Capital Import: The Definition of Investment in International Investment Law”, en *Association Suisse de l’arbitrage (ASA) Special Series, Protection of Foreign Investment through Modern Treaty Arbitration –Diversity and Harmonisation-*, No. 34, p. 67.

*“Salini’s definition is a fine definition for what it is, but application of the VCLT does not lead to the conclusion that the term ‘investment’ has an autonomous definition or that such definition has a specific content”.*³⁶⁴

Gaillard, también, ha cuestionado la definición del término inversión en el CIADI conforme al test Salini. Para ello, el autor ha explicado el origen de los cuatro criterios establecidos en el caso Salini. Según el autor, los criterios establecidos en el caso Salini –una contribución, una cierta duración de la operación, la participación en los riesgos de la transacción y la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión– provienen de la combinación de dos aproximaciones fundamentalmente opuestas en la doctrina. La primera aproximación fue expuesta por Messrs, Carreau, Florry, Juillard y Gaillard, quienes señalaron que una inversión dependía de la existencia de tres criterios: una contribución, cierta duración de la operación y el riesgo. En palabras de los autores:

*“These criteria are based on three ideas. First, there can be no investment without a contribution –whatever the form of that contribution. Second, there can be no investment within a short period of time: an investment transaction is characterized by a ‘durability’ that can only be satisfied by a mid to long term contribution. Third, there can be no investment without risk, which means that the deferred compensation of the investor must be dependent upon the loss and profit of the venture. These three criteria are to be applied cumulatively”.*³⁶⁵

Asimismo, Gaillard agrega que en el mismo texto los autores señalaron que la noción de inversión en el CIADI no podía limitarse a los criterios económicos señalados. Por ello, este término económico desde un punto de vista legal podía involucrar una multiplicidad de transacciones.³⁶⁶

La segunda aproximación fue expuesta por Georges Delaume, ex asesor jurídico del Banco Mundial, quien en reacción a la definición de inversión antes expuesta sugirió una definición más flexible. La posición de este autor se basa en un criterio único, expresado en el Preámbulo de la Convención CIADI: una inversión debe contribuir al desarrollo económico del Estado receptor. En palabras de Delaume:

³⁶⁴ LEGUM, Barton and MOUAWAD, Caline, “The Meaning of Investment in the ICSID Convention”, en AAVV, *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts, Bekker, Pieter, Dolzer, Rudolf* (eds.), Cambridge University Press, 2010, p. 356.

³⁶⁵ CARREAU citado por GAILLARD, *supra note*183, p. 405.

³⁶⁶ GAILLARD, *supra note*183, p. 405.

“[The] traditional concept, which is inspired by a narrow economic and legal conception, is today substituted by another concept, which is essentially economic in nature and legally flexible in its formulation, that is not based on contribution in the form of ownership but, to the contrary, on the expected –if not always actual- contribution of the investment to the economic development of the country in question”³⁶⁷

De la combinación de los dos criterios indicados, Gaillard explica que resultan los actuales problemas existentes sobre la definición del término inversión en el CIADI.

II.3.2.2. Una noción que limita las definiciones de inversión establecidas en los AII

Las definiciones de inversión otorgadas por los AII, como hemos señalado, resultan bastante amplias.³⁶⁸ Así que, los Estados demandados han empleado los criterios de la noción objetiva para limitar las definiciones de inversión establecidas en los AII. Sin embargo, como hemos evaluado, la noción objetiva de inversión en el CIADI ha adoptado dos aproximaciones: una deductiva y otra, intuitiva. Esta última no limita las definiciones de inversión otorgadas por los AII, porque los tribunales arbitrales han considerado a estos criterios como simples características, que pueden o no corroborarse, dependiendo del caso.

La primera aproximación –posición deductiva- es la que ha generado distintos cuestionamientos. Los autores han criticado que a través de esta posición los Estados han buscado negar la definición de inversión considerada en los AII. Esto es, que en los AII los Estados otorgan a los inversionistas el acceso al arbitraje de inversiones CIADI sobre una serie amplia de inversiones; sin embargo, una vez que se ha iniciado la controversia, los Estados niegan que la definición de inversión otorgada en dichos acuerdos, constituya una inversión cubierta por el CIADI. Esta actitud ha sido criticada por Paulsson en el caso *Pantechniki SA Contractors & Engineers v Albania*, en el cual indicó que:

“Indeed in the context of BITs the notion of an autonomous investment requirement would be of a different nature than the ‘legal dispute’ and ‘Contracting States’ requirement [also stated in ICSID Art. 25(1)]. It would deny Contracting States the right to refer legal disputes to ICSID if they have defined investments too broadly. One may wonder about the purpose of such a denial. If the words of the Convention nevertheless said so that would of course be decisive. But there is no such express limitation. The

³⁶⁷ DELAUME citado por GAILLARD, *supra note*183, p.406.

³⁶⁸ Ver *supra* chapter1.2.2.3.1.1.

*drafters of the Convention decided not to define ‘investments’. Does this mean that the matter is left to the determination of States? For ICSID arbitral tribunals to reject an express definition desired by two States-party to a treaty seems a step not to be taken without the certainty that the Convention compels it’.*³⁶⁹ (énfasis agregado)

Como se desprende de esta cita, el autor cuestiona que la definición objetiva del término inversión en el CIADI limite la definición de inversión establecida en los All. En particular, cuando la Convención CIADI no estableció estos criterios. Así, pues, el autor mantiene la posición adoptada por distintos tribunales arbitrales CIADI, los cuales ante la falta de una definición del término en el Convenio otorgan plena efectividad a las definiciones establecidas en los All.

Krishan cuestiona de manera más dura la definición objetiva del término de inversión adoptada por distintos tribunales. En palabras de Krishan:

*“To say that parties cannot arbitrarily agree to anything as an ICSID investment and thereby exclude the positions taken by hundreds of sovereigns in thousands of investment treaties is to make a mockery of the word ‘arbitrarily’”.*³⁷⁰

Bajo esta posición, el razonamiento de los Estados demandados consiste en que las definiciones de inversión otorgadas por los All, por sí mismas, no constituyen una inversión o no resultan objetivas.

II.3.2.3. La interpretación inconsistente de los criterios empleados

Los criterios que componen la definición objetiva del término inversión en el CIADI –una contribución, una cierta duración de la inversión, el riesgo de la actividad y la contribución al desarrollo económico del Estado- han sido interpretados de distintas maneras por los tribunales arbitrales. Esta situación se ha puesto en evidencia a través de las dos aproximaciones sobre la definición objetiva de este término: una intuitiva y otra, deductiva. Ambas aproximaciones son una muestra de que los criterios considerados bajo esta definición no determinan con certeza la existencia de una inversión cubierta por el CIADI.

³⁶⁹ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, July 30 2009, §41-42.

³⁷⁰ KRISHAN, *supra* note 362, p. 74.

Así, pues, los tribunales que han adoptado una posición intuitiva han considerado que los criterios de la posición objetiva no constituyen elementos obligatorios sino simples características, las cuales pueden o no cumplirse dependiendo del caso.³⁷¹ Los tribunales arbitrales que han adoptado una posición deductiva, si bien han considerado que los criterios de una posición objetiva deben cumplirse en su integridad, por un lado, han determinado su cumplimiento de manera superficial y, por otro, han otorgado a unos criterios mayor valor que a otros.³⁷²

Los criterios que más cuestionamientos han generado tanto por parte de la doctrina como por la casuística son: “una cierta duración en la ejecución de la inversión”, “el riesgo de la operación” y la “contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión”.³⁷³ Así, pues, en los casos *Salini v Marruecos*, *Jan de Nul v Egipto* y *Saipem v Bangladesh* donde se corroboró el criterio de “cierta duración en la ejecución de la inversión” se verifica la falta de certeza sobre este criterio. En el caso *Salini v Marruecos*, en el cual el tribunal señaló que el contrato de construcción cumplió con el tiempo requerido por la doctrina, el cual podía variar entre los dos y cinco años. Para ello, el tribunal no calculó el tiempo establecido por las partes (32 meses) sino el que demandó la ejecución del contrato (36 meses).³⁷⁴

En el caso *Jan de Nul v Egipto*, el tribunal arbitral consideró que el contrato para la realización de operaciones de dragado en el Canal de Suez cumplió con el periodo señalado por la doctrina, según la cual éste no debía ejecutarse en un periodo menor de dos años.³⁷⁵ Para ello, el tribunal no evaluó el tiempo de ejecución del contrato -como en el caso *Salini*- el cual contado desde su suscripción (29 de julio de 1992) hasta la entrega del trabajo (junio de 1994) duró un poco menos del periodo señalado. El tribunal adoptó la posición del demandante, según la cual el periodo de ejecución del contrato debía contabilizarse desde la etapa de pre-calificación (marzo de 1991), en la cual el inversionista empezó a desembolsar dinero y hacer gastos para preparar su oferta, hasta la ejecución del contrato (1994). En ese sentido, el periodo de ejecución del contrato fue de aproximadamente tres años.³⁷⁶

³⁷¹ Ver *supra* Capítulo II.2.2.2.

³⁷² Ver *supra* Capítulo II.2.2.1.

³⁷³ Ver MANCIAUX, *supra* note 184, pp. 11-18.

³⁷⁴ *Salini Costruttori SpA and Italstrade Spa v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, §54.

³⁷⁵ *Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, §93.

³⁷⁶ *Ibid.*, §94-95.

En el caso *Saipem v Bangladesh*, a diferencia de los casos anteriores, el tribunal no contempló el tiempo establecido por las partes en el contrato (1 año), ni tampoco el tiempo de su ejecución (aproximadamente un año), sino que contabilizó el periodo en que éste se comenzó a ejecutar hasta que se culminó, incluyendo el tiempo en que el contrato fue interrumpido. Así, pues, el tribunal arbitral concluyó con que el contrato para la construcción de una tubería cumplió con dicho criterio.³⁷⁷

El criterio del “riesgo de la inversión” también ha sido cuestionado debido a que el riesgo es un factor subyacente a toda operación económica, en particular en aquellos contratos de larga duración suscritos con el Estado.³⁷⁸ En el caso *Salini v Marruecos*, el tribunal señaló que la naturaleza del contrato de construcción de la carretera permitía que Salini incurriera en diversos riesgos. En particular, el tribunal resaltó que la duración del contrato y la falta de certidumbre sobre el costo del mismo permitían que se cumpliera con este requisito, sin importar que el mismo fuera libremente consentido por Salini y que éste no influenciara en el costo del contrato.³⁷⁹ Esta posición fue catalogada como “permisiva” por la doctrina, debido a que los riesgos señalados pudieron ser neutralizados a través de herramientas legales y se encontraban asociados a la remuneración que debía recibir el inversionista.³⁸⁰

El criterio de la “contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión”, también, ha sido duramente criticado. En particular, a raíz de las decisiones emitidas en los casos *Patrick Mitchell v la RDC* y *MHS v Malasia*. En el primer caso, como hemos señalado, el Comité de Anulación señaló que para que el servicio de asesoría legal que prestaba el señor Mitchell contribuyera al desarrollo económico del Estado, bastaba con determinar que éste aportó de alguna manera a tal propósito.³⁸¹ El Comité, sin embargo, anuló esta decisión porque el tribunal no explicó de qué manera los servicios de asesoría legal efectuados por el estudio de abogados del señor Mitchell contribuyeron al desarrollo económico de la RDC.³⁸²

³⁷⁷ *Saipem v Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, §7-12 y §102.

³⁷⁸ *Joy Mining v Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, §57; Ver YALA, *supra* note 242, p.111.

³⁷⁹ *Ibid.*, §55-56.

³⁸⁰ Ver YALA, *supra* note 242, pp. 111-113.

³⁸¹ *Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, §33.

³⁸² *Ibid.*, §39-41.

En el segundo caso, sin embargo, el tribunal indicó que el contrato de salvamento no contribuyó al desarrollo económico del Estado, porque la ejecución de éste no generaba ningún beneficio cualitativo o cuantitativo para el desarrollo económico del Estado. De ahí, que el tribunal concluyó que los beneficios de éste no se diferenciaban a los de cualquier contrato de servicios.³⁸³ Esta decisión luego fue anulada porque el tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades al determinar que el contrato indicado no constituía una inversión a causa del criterio señalado.³⁸⁴

Asimismo, en un caso posterior a los indicados, *Pey Casado v Chile*, el tribunal arbitral desestimó la aplicación de este criterio para definir una inversión cubierta en el CIADI por las siguientes razones:

*“(...) Según el Tribunal, dicha definición comprende sólo tres elementos. La exigencia de una contribución al desarrollo del Estado receptor, difícil de establecer, es en su opinión más una cuestión de fondo del litigio que de competencia del Centro. Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión. Es por esta razón, como han señalado algunos tribunales de arbitraje, que este cuarto elemento está en realidad englobado en los tres primeros”.*³⁸⁵

En este orden de ideas, el contenido del criterio de “la contribución al desarrollo económico del Estado” ha sido valorado de distintas maneras por los tribunales arbitrales, que plantean la falta de predictibilidad de su uso para determinar la existencia de una inversión.

³⁸³ *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007, §131.

³⁸⁴ *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application on Annulment, April 16 2009, §56-82.

³⁸⁵ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008, §232.

II.4. Nuevos criterios para interpretar la definición de inversión en el CIADI y en los AII

Como consecuencia de la controversia que existe sobre la definición del requisito de inversión en el CIADI, dos decisiones recientes han planteado nuevos criterios que podrían cambiar el panorama existente para la interpretación de este término cuando su fuente de consentimiento constituye un AII. Esto como consecuencia de que ambas decisiones pertenecen a un régimen denominado como “*sistema de precedentes de facto*”³⁸⁶ o “*sistema de jerarquía de la razón*”.³⁸⁷

II.4.1. El caso Romak v Uzbekistán

En este caso, la demandante, empresa suiza especialista en el comercio internacional de cereales, suscribió una serie de contratos para el suministro de trigo a Uzbekistán. Así, pues, Romak suscribió con Uzdon, empresa estatal de Uzbekistán, un contrato para el suministro de trigo. Este contrato señalaba que Uzdon se obligaba a entregar una carta de garantía emitida por el Banco Nacional de Asuntos Económicos Extranjeros, así como disponía una cláusula arbitral bajo el auspicio de la Asociación para el comercio del grano (en adelante, GAFTA). Asimismo, Romak suscribió un Protocolo de Intención con Uzdon y Uzkhleboproduct, otra empresa estatal de Uzbekistán. Este Protocolo establecía un marco para la celebración de futuros acuerdos comerciales, incluyendo que Romak proveería a Uzkhleboproduct de información y pronósticos sobre la existencia de granos a cambio de que esta última otorgara a la primera un estatus preferencial para importaciones futuras de trigo a Uzbekistán.³⁸⁸

La controversia surgió, según Romak, debido a la dificultad para obtener el pago del suministro por el trigo entregado, así como por la falta de entrega de la carta de garantía por parte del Banco Nacional de Asuntos Económicos Extranjeros. Asimismo, las autoridades de Uzbekistán declararon al contrato de suministro como inválido. Como consecuencia de ello, Romak inició un proceso arbitral en contra de Uzdon bajo los auspicios de la GAFTA. Este proceso favoreció a Romak; sin embargo, Uzdon se negó a cumplir con el laudo emitido. Romak intentó de manera infructuosa ejecutar el laudo durante diez años.³⁸⁹ Así que, después de este tiempo, Romak inició un arbitraje bajo las reglas de la CNUDMI en contra de Uzbekistán por la violación de las obligaciones establecidas en el TBI Suiza-Uzbekistán.

³⁸⁶ Ver REINISH, *supra note* 135, p. 495.

³⁸⁷ Ver SINCLAIR, *supra note* 135, p. 275.

³⁸⁸ *Romak SA v Uzbekistan*, Award, PCA Case No. AA280, 26 November 2009, §3, §7-11, §15-70.

³⁸⁹ *Ibid.*, §15-70.

Uzbekistán se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral porque Romak no probó que los contratos celebrados con las entidades estatales de Uzbekistán, así como el laudo GAFTA calificaran como inversiones cubiertas por el TBI Suiza-Uzbekistán. Uzbekistán señaló que la lista de bienes definidos como inversión en el TBI solo constituía una parte de lo que realmente era una inversión. Por tanto, esta lista no era suficiente por sí misma para definir una inversión cubierta por el TBI.³⁹⁰

Romak indicó que los contratos celebrados con las entidades estatales de Uzbekistán, así como el laudo GAFTA cumplían con las definiciones de inversión establecidas en los literales (c) y (e) del artículo 1(2) del TBI, como “*derechos sobre dinero*” y “*derechos conferidos en virtud de contratos*”, respectivamente. Como consecuencia de ello, sus inversiones calificaban como inversiones cubiertas por el TBI indicado. Este argumento, de manera contraria al de Uzbekistán, consideraba que para determinar una inversión cubierta por el TBI era necesario constatar que los bienes u operaciones desarrolladas por el demandante cumplieran con cualquiera de las definiciones establecidas en el tratado. Es decir que, bastaba la interpretación literal del artículo 1(2) del TBI para determinar las inversiones cubiertas por este acuerdo.³⁹¹

Con el fin de determinar si las operaciones señaladas por Romak calificaban como una inversión cubierta por el TBI, el tribunal arbitral explicó, primero, la definición de inversión en el TBI y, segundo, la existencia de una inversión en el caso concreto. En este orden, en primer lugar, el tribunal no coincidió con el argumento expresado por Romak, según el cual la lista de bienes considerados como una inversión en el TBI define una inversión. El tribunal consideró que esta interpretación era contraria a la lógica de dicho artículo, porque la lista de bienes señalada no era exhaustiva y, por ende, no comprendía una definición completa sobre dicho término. Como consecuencia de ello, existían muchos otros bienes, no mencionados en dicho artículo, que podían calificar como una inversión cubierta por el TBI. En virtud de ello, el tribunal indicó que debía existir un límite para poder evaluar si los bienes no señalados en el TBI como inversión, calificaban como tales. En ese sentido, el tribunal concluyó que: “[t]he term “investment” has a meaning in itself that cannot be ignored when considering the list contained in Article 1(2) of the BIT”.³⁹²

³⁹⁰ *Ibid.*, §175.

³⁹¹ *Ibid.*, §175 y §178.

³⁹² *Ibid.*, §179-180.

Asimismo, el tribunal explicó que una interpretación literal del artículo que define el término inversión en el TBI, ignora la segunda oración del artículo 31(1) de la CV, la cual requiere que el intérprete evalúe junto al significado ordinario de los términos de un tratado, el contexto del artículo, así como el objeto y el fin del mismo tratado. El tribunal consideró que el contexto, el objeto y el fin señalados podían ser inferidos del hecho que el mismo día en que los Estados suscribieron el TBI en cuestión, también celebraron un Acuerdo de Comercio y Operación Económica. Este hecho para el tribunal significó que los Estados parte del TBI adoptaron una distinción entre comercio e inversión. Por tanto, una interpretación literal del artículo 1(2) del TBI resultaba inconsistente con el objeto y propósito del tratado.³⁹³

El tribunal, además, indicó que una interpretación literal o mecánica del artículo 1(2) del TBI sería contraria al artículo 32 (b) de la CV, porque generaría *“un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable”*. Primero, esta interpretación eliminaría cualquier limitación al alcance del concepto “inversión”. En particular, ésta eliminaría la distinción entre transacciones comerciales y de inversión. Segundo, ésta permitiría que cualquier laudo emitido a favor de un Estado parte, en un arbitraje comercial, calificará como una “demanda de dinero” o “un derecho otorgado por una autoridad”. De esta manera, esta interpretación crearía una nueva instancia de revisión y ejecución de los laudos arbitrales emitidos en un arbitraje comercial. Tercero, esta interpretación permitiría que cualquier contrato suscrito entre un nacional suizo y una entidad estatal de Uzbekistán (independientemente de la naturaleza y objeto del contrato), así como cualquier laudo o decisión emitida a favor de un nacional suizo (independientemente de la naturaleza de la operación que subyace a estos) calificara como una inversión cubierta por el TBI.³⁹⁴

En este orden de ideas, el tribunal concluyó que para la interpretación adecuada del artículo 1(2) del TBI no era suficiente la aplicación literal de sus términos, sino también evaluar el contexto de este artículo, así como el objeto y propósito del TBI. En ese sentido, la lista de bienes considerada como “inversión” en el TBI correspondía ser considerada de la siguiente manera:

“(...) the categories enumerated in Article 1(2) are not exhaustive and are clearly intended as illustrations. Thus, for example, while many “claims to money” will qualify as “investments,” it does not follow that all such assets necessarily so qualify. The term

³⁹³ *ibid.*, §181-183.

³⁹⁴ *ibid.*, §184-187.

“investments” has an intrinsic meaning, independent of the categories enumerated in Article 1(2). This meaning cannot be ignored.³⁹⁵ (énfasis agregado)

Sin embargo, el tribunal, también, manifestó que una interpretación de este tipo no era suficiente para determinar el significado del término inversión establecido en el TBI. Por ello, el tribunal recurrió a la doctrina y a las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales, incluyendo el CIADI. Para ello, el tribunal indicó que el TBI contemplaba como un foro posible de solución de controversias el arbitraje de inversiones CIADI. En ese sentido, el tribunal explicó que la definición de inversión establecida en el TBI era la misma tanto cuando el foro de solución de controversias constituyera el CIADI o no. Esto como consecuencia del empleo de una regla de construcción que requiere que un intérprete considere que un Estado parte de dos o más tratados que emplean el mismo término en el mismo (o similar) contexto, otorgue a dicho término el mismo (o al menos compatible) significado en todos los tratados.³⁹⁶ De lo contrario, el significado de este término determinaría que:

“(...)the substantive protection offered by the BIT would be narrowed or widened, as the case may be, merely by virtue of a choice between the various dispute resolution mechanisms sponsored by the Treaty. This would be both absurd and unreasonable (...)”.³⁹⁷

Como consecuencia de la evaluación realizada, el tribunal concluyó lo siguiente:

“(...) the term “investments” under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings) entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk. The Arbitral Tribunal is further comforted in its analysis by the reasoning adopted by other arbitral tribunals which consistently incorporates contribution, duration and risk as hallmarks of an “investment.” By their nature, asset types enumerated in the BIT’s non-exhaustive list may exhibit these hallmarks. But if an asset does not correspond to the inherent definition of “investment,” the fact that it falls within one of the categories listed in Article 1 does not transform it into an “investment.” In the general formulation of the tribunal in Azinian, “labeling... is no substitute for analysis.””³⁹⁸

³⁹⁵ *Ibid.*, §188.

³⁹⁶ *Ibid.*, §189-193.

³⁹⁷ *Ibid.*, §194.

³⁹⁸ *Ibid.*, §207.

Una vez determinado el significado del término inversión en el TBI, el tribunal analizó si, en el caso concreto, existía una inversión cubierta por el TBI. Es decir, si las operaciones señaladas por Romak involucraban una contribución que se extendía durante cierto periodo de tiempo e involucraba algún riesgo. Para ello, el tribunal señaló que era suficiente evaluar si los contratos y operaciones económicas celebradas con las entidades de Uzbekistán constituían una inversión cubierta, debido a que el laudo GAFTA resultó de aquellas operaciones. Así, pues, si las operaciones contractuales no constituían una inversión cubierta por el TBI, tampoco la cristalización de los derechos contenidos en estos, a través del laudo, constituiría una inversión.³⁹⁹

El tribunal definió el requisito de la contribución de manera amplia como: “[a]ny dedication of resources that has economic value, whether in the form of financial obligations, services, technology, patents, or technical assistance, can be a “contribution.” In other words, a “contribution” can be made in cash, kind or labor”.⁴⁰⁰ En virtud de esta definición, primero, el tribunal señaló que el suministro de trigo, establecido en el contrato, no podía ser calificado como una contribución, debido a que éste fue efectuado a cambio del pago inmediato de una suma de dinero. Segundo, las obligaciones señaladas en el Protocolo de Intención no constituyeron obligaciones vinculantes y, por ello, nunca fueron ejecutadas. Tercero, la transferencia de un título sobre una cantidad de trigo tampoco constituía una contribución porque no tenía como objetivo el desarrollo de una actividad, sino una simple obligación de transferir bienes a cambio de un pago de dinero. En este orden de ideas, el tribunal concluyó que Romak no realizó ninguna contribución a través de las transacciones alegadas.⁴⁰¹

El tribunal señaló que no existía una duración determinada que permitiese calificar a una operación como una inversión. En palabras del tribunal: “The Arbitral Tribunal does not consider that, as a matter of principle, there is some fixed minimum duration that determines whether assets qualify as investments. Short term projects are not deprived of “investment” status solely by virtue of their limited duration. Duration is to be analyzed in light of all of the circumstances, and of the investor’s overall commitment”.⁴⁰² En ese sentido, a luz de los hechos del caso, el tribunal expresó que la duración de la entrega de trigo (efectuada en un promedio

³⁹⁹ *Ibid.*, §211-212.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, §214.

⁴⁰¹ *Ibid.*, §215-222.

⁴⁰² *Ibid.*, §225.

de cinco meses conforme al contrato) no constituía más que un compromiso para desarrollar una transacción única.⁴⁰³

El tribunal definió el riesgo de participar en una inversión de la siguiente manera: “An *“investment risk” entails a different kind of alea, a situation in which the investor cannot be sure of a return on his investment, and may not know the amount he will endup spending, even if all relevant counterparties discharge their contractual obligations. Where there is “risk” of this sort, the investor simply cannot predict the outcome of the transaction*”.⁴⁰⁴ El tribunal explicó que conforme a la evidencia presentada en el caso, cuando Romak participó en las operaciones contractuales, conoció que el riesgo que implicaban éstas se limitaba al precio del trigo que sería entregado. Así que, con el fin de evitar este riesgo, Romak consideró en el contrato de suministro de trigo el pago por medio de una garantía o letra de crédito. En este sentido, el tribunal concluyó que el riesgo asumido por Romak en esta operación correspondía a cualquier clase de actividad comercial.⁴⁰⁵

Bajo este orden de ideas, el tribunal concluyó que Romak no efectuó ninguna inversión conforme al significado otorgado al artículo 1(2) del TBI. Los derechos de Romak surgieron de un contrato de compra-venta, una operación comercial única que involucraba la entrega de trigo a cambio de un pago.

II.4.2. El caso *Abaclat v Argentina*

En este caso, *Abaclat*, conformada por un total de 180,000 mil personas naturales y jurídicas italianas, adquirió títulos en relación a los bonos emitidos por el Estado Argentino, a propósito de un programa de reestructuración financiera a inicios de los años 90s. La controversia surgió, según la demandante, cuando Argentina se negó a pagar las obligaciones producto de los bonos emitidos, a raíz de la crisis económica por la que atravesó en el 2001.⁴⁰⁶

El Estado argentino se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral, entre otras razones, porque los títulos adquiridos por la demandante en relación a los bonos argentinos no constituían una inversión cubierta por el TBI Italia-Argentina y el Convenio CIADI. Argentina señaló que los títulos no cumplían con los criterios establecidos en el caso *Salini*, los cuales

⁴⁰³ *Ibid.*, §226-227.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, §230.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, §231-232.

⁴⁰⁶ *Abaclat and Others v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4 2011, §238-239.

debían corroborarse al constituir límites externos a la jurisdicción del CIADI en relación a la naturaleza de las controversias. Estos límites no podían ser incumplidos por las partes a través de una definición más amplia del término inversión.⁴⁰⁷

Abaclat, por su parte, señaló que los títulos adquiridos en relación con los bonos cumplían tanto con el TBI en mención como con el Convenio CIADI. El argumento de Abaclat se respaldaba en que el Convenio CIADI no estableció definición alguna de este término, otorgándole a las partes la facultad de definirlo en su instrumento de consentimiento. En ese sentido, estos títulos cumplían con dos de las definiciones establecidas por el TBI: *“bonos, instrumentos financieros públicos o privados o cualquier otro derecho de ejecución o servicios con un valor económico”*; y *“cualquier otro derecho de naturaleza económica otorgado por ley o cualquier otro acuerdo”*. Sin perjuicio de esto, Abaclat indicó que los títulos emitidos en relación a los bonos cumplían con los criterios señalados en el caso Salini.⁴⁰⁸

El tribunal arbitral no coincidió con los argumentos expresados por las partes. El tribunal explicó que el test doble, empleado comúnmente para determinar si la definición de inversión establecida en los AII coincidía con la del CIADI, debía ser comprendido de manera complementaria y no excluyente. Es decir, que la inversión alegada debía cumplir con la definición otorgada tanto por el AII como por el CIADI, debido a que ambas muestran dos aspectos distintos de la inversión. Por un lado, los AII describen los derechos y valores de potenciales contribuciones generadas por el inversionista. Así que, esta definición supone la *“existencia de una contribución”*. Por otro lado, el tribunal reconoce que en el Convenio CIADI no existe una definición del término inversión. Sin embargo, el tribunal consideró que la definición otorgada por distintos tribunales a este término a través del test Salini, comprende la *“contribución que produce una inversión”*. Ambas aproximaciones, según el tribunal, resultan de la finalidad tanto de los AII –los cuales otorgan protecciones sustantivas y procesales a los inversionistas- como de la Convención CIADI- la cual se preocupa por otorgar un mecanismo de solución de controversias-.⁴⁰⁹

En este contexto, el tribunal evaluó si la inversión alegada calificaba como una inversión cubierta tanto por el TBI como por el Convenio CIADI. El tribunal señaló que los bonos calificaban como una inversión dentro de las definiciones de “obligaciones” o “títulos públicos”

⁴⁰⁷ *Ibid.*, §341.1.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, §342.1.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, §343-351.

establecidas en el TBI. En ese sentido, el tribunal explicó que la relación entre los títulos adquiridos por los inversionistas y los bonos era directa debido a que ambos eran parte de una misma transacción económica, la cual cobraba sentido de manera conjunta. Esto se desprendía de los términos de la Oferta de Intercambio 2010, un acuerdo celebrado por Argentina y los suscriptores de los bonos. Conforme a este acuerdo se comprende que los bonos y los títulos eran parte de una misma transacción económica porque: (i) los suscriptores de bonos los adquirieron bajo la premisa de que serían negociables; (ii) los títulos son el resultado de la distribución de los bonos y, en ese sentido, estos no poseen un valor independiente del bono; y (iii) que la distribución de los bonos se haya efectuado de manera electrónica no cambia el hecho de que estos fueron adquiridos como títulos.⁴¹⁰

De la misma manera, el tribunal señaló que los bonos y los títulos adquiridos en relación a los bonos constituían una inversión conforme al Convenio CIADI. El tribunal explicó que este resultado dependía de la contribución que generaron, sin utilizar para esto el test Salini. El tribunal negó la adecuación del test Salini para determinar la contribución producida por las alegadas inversiones porque:

“(...) considering that these criteria were never included in the ICSID Convention, while being controversial and having been applied by tribunals in varying manners and degrees, the Tribunal does not see any merit in following and copying the Salini criteria. The Salini criteria may be useful to further describe what characteristics contributions may or should have. They should, however, not serve to create a limit, which the Convention itself nor the Contracting Parties to a specific BIT intended to create”.⁴¹¹

El tribunal señaló que la contribución generada por la inversión alegada se corroboraba si *“(...) it be apt to create the value that is protected under the BIT”*. En ese sentido, el tribunal concluyó que el valor generado por esta contribución era el derecho adquirido a través de los títulos para demandar a Argentina por el reembolso de la suma principal y los intereses acumulados.⁴¹²

Sin perjuicio del argumento señalado, el tribunal agregó que a través de dos métodos adicionales, que no aplican el “test dual versus”, se podía concluir que los títulos adquiridos por Abaclat en relación a los bonos calificaban como una inversión cubierta tanto por el TBI como

⁴¹⁰ *Ibid.*, §352-361.

⁴¹¹ *Ibid.*, §364.

⁴¹² *Ibid.*, §366.

por el CIADI. Uno de estos métodos consistía en evaluar únicamente si la inversión alegada cumplía con cualquiera de las definiciones establecidas en el TBI, debido a que el Convenio CIADI no señala ninguna definición sobre ésta. El otro método fue adoptado del caso Romak. Este método consistía en determinar si la inversión alegada constituía una contribución que se prolongaba por un periodo determinado de tiempo y que involucrara cierto riesgo. Esto como consecuencia de que el término inversión posee un significado objetivo en sí mismo.⁴¹³

II.4.3. La definición de inversión establecida en el CIADI y en los All debe ser comprendida de manera dual complementaria

En ambos casos el razonamiento empleado y las decisiones a las que llegaron los tribunales arbitrales resultaron distintos. Sin embargo, ambos casos, a diferencia de los que le anteceden, coincidieron en dos puntos. Primero, la definición del término inversión establecido en los All no se opone al otorgado por el Convenio CIADI. De esta manera, se elimina el empleo del “test dual versus”. Segundo, el término inversión establecido tanto en el CIADI como en los All debe ser comprendido de manera dual-complementaria.

En primer lugar, en ambos casos se eliminó la existencia de una noción de inversión en el CIADI contraria a la definición establecida en los All y, por ende, no se aplicó el “test dual versus”. El “test dual versus” ha sido empleado, como hemos señalado, para verificar que la definición de inversión establecida en los All coincide con el significado otorgado por el CIADI. En ese sentido, se podría decir que en el caso Romak no se aplicó este test porque no se trataba de un caso CIADI, sino CNUDMI. Sin embargo, el tribunal arbitral señaló que la definición de este término era independiente del foro ante el cual se reclamara.

El tribunal arbitral calificó como absurdo e irrazonable considerar que la definición del término inversión dependiera del foro ante el cual el inversionista recurriese. Para ello, el tribunal explicó que es cierto que el arbitraje de inversiones CIADI establece ciertas particularidades en materia de jurisdicción (como la denegación del acceso a este foro por parte de personas naturales con doble nacionalidad, cuando una de estas fuera la del Estado receptor). Sin embargo, señaló que este término no fue definido ni en el Convenio CIADI ni en su proyecto de redacción. En ese sentido, no existe ningún argumento para otorgarle a éste una definición distinta, que en el supuesto que el inversionista recurriese al arbitraje de la CNUDMI, como era el caso.

⁴¹³ *Ibid.*, §368-371.

Asimismo, el tribunal indicó que otorgar un significado distinto al término inversión establecido tanto en el TBI como en el CIADI, significaría dejar sin efecto la cláusula para el sometimiento de las controversias al CIADI. Es decir, que la definición establecida por las partes en el TBI no podría dejar sin efecto la disposición que otorga al inversionista la elección entre el arbitraje CIADI o el arbitraje de la CNUDMI. De esta manera, el tribunal rechazó la aplicación del “test dual versus”. En particular, el tribunal para concluir aquello, empleó la siguiente regla de interpretación: *“un Estado parte de dos o más tratados que emplea el mismo término en el mismo (o similar) contexto, significa que intentó otorgarle a dicho término el mismo (o similar) significado en todos los tratados”*.⁴¹⁴

En el caso *Abaclat*, el tribunal también negó la existencia de una noción de inversión en el CIADI opuesta a la del TBI, porque consideró que ambos acuerdos mostraban dos aspectos distintos pero complementarios de una inversión. De esta manera, el tribunal cuestionó de manera directa la aplicación del “test dual versus”. La razón de este argumento es el objetivo de ambos tratados, establecido en su preámbulo. El propósito del TBI es promover las inversiones, i.e. creando condiciones para que los inversionistas extranjeros realicen ciertas contribuciones; mientras que el objetivo del CIADI es proteger los frutos y el valor generados de dichas contribuciones. En ese sentido, estas dos aproximaciones de la inversión deben ser observadas como complementarias y no opuestas.

Además, el tribunal señaló que en caso tuviera que aplicarse el “test dual versus”, éste no implicaría que la definición de inversión establecida en el TBI tendría que encajar en otra definición. En lugar de ello, es la inversión misma la que tendría que encajar en los conceptos incluidos en los AII y el Convenio CIADI, debido a que cada uno de estos se enfoca en un aspecto distinto de la inversión.

En segundo lugar, en ambos casos se consideró que la definición del término inversión comprende dos aspectos complementarios establecidos tanto en el AII como en el CIADI. En el caso *Romak*, el tribunal señaló que la definición del término inversión establecido en el AII no era suficiente para determinar el contenido de este término. Es decir, que la interpretación literal de este término no era suficiente para determinar su contenido. Así que, el tribunal a través de otros medios de interpretación establecidos en la CV, aplicó la doctrina y los casos CIADI. Como resultado de esta interpretación, el tribunal estimó que el término inversión

⁴¹⁴*Romak SA v Uzbekistan*, Award, PCA Case No. AA280, 26 November 2009, §195.

establecido en el TBI poseía un significado inherente que consistía en una contribución que involucraba cierto riesgo.

En el caso *Abaclat*, el tribunal arbitral indicó que tanto en un TBI como en el CIADI se mostraban dos aspectos distintos del término inversión: derechos y contribuciones, respectivamente. En ese sentido, el tribunal determinó que para verificar la existencia de una inversión debía corroborarse que el demandante realizó determinadas contribuciones, las cuales permitieron la constitución de los derechos establecidos en el TBI.

Además, el tribunal, para corroborar esta noción de inversión dual complementaria, se refirió al caso *Romak*. En palabras del tribunal:

*“(...) That analysis is similar to the analysis on the basis of the criteria identified above in Romak (i.e., a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk). The conclusion is again that Claimants’ purchase of security entitlements in Argentinean bonds constitutes a contribution which qualifies as ‘investment’ per se under Article 1(1) of the BIT”.*⁴¹⁵

De esta cita se desprende, que el tribunal equiparó, en cierta medida, su criterio de inversión dual complementaria con los criterios determinados en el caso *Romak*, en el cual se consideró la definición de inversión establecida en los AII y un significado inherente del término inversión.

La decisión de ambos casos, por tanto, permite concluir que no existe ningún fundamento jurídico para considerar la definición de inversión establecida en el CIADI contraria a la indicada en los AII. Es decir, que la controversia sobre la noción de inversión en el CIADI cuando su fuente de consentimiento constituye un tratado no es inherente al CIADI, sino al sistema de inversiones. En ese sentido, cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones constituye un AII, la “definición amplia” establecida en los AII sobre este término resulta insuficiente para determinar la existencia de una inversión. Por ello, los criterios esgrimidos por la casuística CIADI –como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener una ganancia o utilidad y el riesgo- sirven para precisar esta definición. En particular, estos criterios sirven para comprender un aspecto de la noción de inversión, que no se define en los AII como una lista de bienes.

⁴¹⁵ *Abaclat and Others v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4 2011, §371.

II.5. En camino hacia la objetivación de la noción de inversión en el arbitraje de inversiones

Como hemos planteado, la noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI resulta controvertida debido a su falta de definición en el Convenio y a la delegación de esta tarea a las partes que se someten a este tipo de arbitraje, lo cual permite considerar que este requisito para la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI es de naturaleza subjetiva. Sin embargo, el mismo Convenio establece su naturaleza objetiva. Como consecuencia de esta situación, como hemos evaluado, surge la controversia sobre la objetivación o subjetivación de la noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI.⁴¹⁶

A lo largo de este capítulo, no obstante, hemos observado que el problema sobre la interpretación del término inversión en el CIADI cuando su fuente de consentimiento constituye un AIJ no solo se debe a la falta de definición de este término en el Convenio CIADI, sino también a la definición amplia otorgada por los AIJ sobre el mismo. De ahí, que como hemos evaluado, la falta de definición de este término en el Convenio ha servido a los Estados demandados para plantear que la definición de inversión establecida en los AIJ no cumple con los criterios considerados por la casuística CIADI. En otras palabras, que la definición de inversión en los AIJ se opone a la considerada por el CIADI.

Los casos recientes –Romak y Abaclat-, sin embargo, han explicado de manera persuasiva⁴¹⁷ que la definición del término inversión en el CIADI no se opone a las definiciones consideradas sobre el mismo término en los AIJ, eliminando de esta manera la aplicación del “test dual versus” y dejando de lado las críticas sobre el sometimiento de las controversias a este foro. Asimismo, estos casos permiten comprender que la definición de inversión establecida en los AIJ no es suficiente por sí misma para comprender la noción de inversión. Así que, para comprender la definición de inversión establecida en los AIJ, ambos tribunales emplearon los criterios señalados por la casuística CIADI. En conclusión, ambas decisiones esgrimieron una noción dual complementaria del término inversión, que comprende tanto las definiciones de inversión establecidas en los AIJ –aspecto legal- como los criterios considerados por la casuística CIADI –aspecto económico-.

⁴¹⁶Ver *supra* Capítulo II.2. y II.3.

⁴¹⁷Ver HALONEN, Laura, “Bridging the gap in the notion of ‘Investment’ between ICSID and UNCITRAL Arbitrations: Note on an Award Rendered under the Bilateral Investment Treaty between Switzerland and Uzbekistan (Romak v Uzbekistan)”, en *ASA Bulletin*, June 2011, Vol. 29, No.2, p.326. (La autora señala que a pesar de que el tribunal no buscó desarrollar jurisprudencia en el derecho internacional, sino simplemente resolver la controversia, la decisión emitida por éste resulta muy bien fundamentada, persuasiva y elocuente para ser citada en futuros casos).

Como hemos apuntado en este trabajo, el empleo de los criterios considerados por la casuística CIADI –como un aporte de capital u otros recursos, que implican cierto riesgo con la expectativa de obtener ciertas ganancias- no se desprenden claramente de la interpretación del Convenio CIADI o de los AII; sino de una noción ideológica de los Estados demandados, quienes se opusieron a la “definición amplia” otorgada sobre el término inversión en los AII.⁴¹⁸ Es decir, que los Estados se opusieron a lo que ellos mismos definieron como inversión en los AII. Por ello, para que la definición de inversión en los AII no solo se interprete como una lista de bienes o derechos de propiedad, los Estados que mantienen su reconocimiento al sistema de inversiones deben agregar a esta definición los criterios considerados por la casuística CIADI; independientemente de si el foro de solución de controversias constituye el CIADI o no.

Esta noción dual complementaria del término inversión ya viene siendo adoptada en los nuevos AII,⁴¹⁹ lo cual corrobora la necesidad de concebir de esta manera a la inversión por parte de los Estados. De lo contrario, como hemos explicado, la “definición amplia” de inversión en los AII permitiría que cualquier tipo de bien económico calificara como una inversión (Joy Mining v Egipto, Romak v Uzbekistán).⁴²⁰

En ese sentido, la inversión puede ser definida, como ha postulado Douglas, de la siguiente manera:

*“(...) an investment in order to qualify for investment treaty protection must incorporate certain legal and economic characteristics. **The economic characteristics derive from the common economic conception of foreign direct investment. (...) they are codified as the transfer of resources into the economy of the host state and the assumption of risk in expectation of a commercial return. The legal characteristics derive from the non-exhaustive examples of an ‘asset’ that constitute***

⁴¹⁸Ver *supra* Capítulo II.3.2.1. Una posición distinta es la esgrimida por DOUGLAS, *supra* note 16, pp. 164-165. (El autor sostiene que la noción de inversión comprende un aspecto económico, porque de lo contrario se atentaría contra el sentido ordinario de la palabra inversión, interpretado conforme al artículo 31 de la CV). El problema de interpretación surge porque existe un problema común al DII ver SILVA, *supra* note 117, p. 240 (El autor apunta justamente que “(...) los problemas fundamentales del nascente derecho internacional de las inversiones se hallan en la incertidumbre en cuanto a sus fuentes y al método de interpretación de los TBIs”).

⁴¹⁹Ver Anexo 1 (Una posición similar fue adoptada en el Modelo del MAI, en el cual se precisa el trabajo de los Estados para limitar las definiciones establecidas en los AII así como incluir en una nota interpretativa la necesidad de que la inversión cumpla con ciertos criterios como la contribución de cierto capital u otros recursos, la expectativa de obtener una ganancia o la asunción de riesgos).

⁴²⁰Ver *supra* Capítulo III.1.

‘investments’ in investment treaties, (...) which generalizes the requirement as the acquisition of property rights in the host state. It is essential that an investment have both the requisite legal and economic characteristics (...).⁴²¹(énfasis agregado)

Con el fin de comprender un poco más esta noción de inversión, explicaremos de manera sucinta cada uno de sus aspectos.⁴²²

II.5.1. Aspecto legal

El aspecto legal de la noción de inversión se expresa a través de la lista de bienes o derechos de propiedad considerados en los AII como una inversión. Esta lista de bienes, como bien hemos señalado, si bien resulta similar, varía en cada AII, debido a que estos forman parte de las condiciones específicas del consentimiento que dirigen las relaciones individuales de los Estados.⁴²³ Por ello, la reformulación de la lista de bienes o derechos considerados como inversión depende de la voluntad común de los Estados que suscriben estos AII.

Como consecuencia de la controversia en relación a la noción de inversión en los AII, distintos Estados han precisado la lista de bienes considerada como inversión en los AII. Así, pues, como hemos apuntado, después del caso *Fedax v Venezuela*, el TLCAN precisó que los instrumentos de deuda emitidos por una empresa califican como una inversión siempre que sean emitidos por la empresa filial de un inversionista, el vencimiento de estos no sea menor de tres años y los instrumentos de deuda no sean emitidos por una empresa estatal. De otra manera, en el TLC Perú- Estados Unidos no se establecen las mismas limitantes del TLCAN pero se explica que es más probable que algunas formas de deuda, como los bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión; mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como las reclamaciones de pago con vencimiento inmediato que son resultado de la venta de mercancías y servicios, tengan estas características. Asimismo, como consecuencia del caso *Saipem v Bangladesh* –caso similar a *Romak v Uzbekistán*–, distintos AII como el TLC Perú-Estados Unidos precisan que una orden o sentencia ingresada en un proceso administrativo o judicial no constituye una inversión.

A pesar de algunas precisiones en la definición de inversión establecida en los AII, estas definiciones no han variado mucho, debido a la inclusión de otros criterios que precisan la

⁴²¹ DOUGLAS, *supra note* 16, p. 163.

⁴²² Para comprender esta noción de inversión con más detalle ver *Ibid.*, pp. 170-232.

⁴²³ Ver *supra* Capítulo I.2.2.3.1.

noción de una inversión cubierta. Así, pues, los nuevos All precisan su definición de inversión incluyendo criterios económicos, sobre los cuales nos referiremos al abordar el aspecto económico de la inversión, y señalando que ésta debe realizarse en el territorio del Estado receptor de la inversión.

El desarrollo de la inversión en el territorio del Estado receptor de la inversión no resulta un criterio tan claro en la casuística, debido a que éste, generalmente, no constituía un criterio para definir la inversión, sino que constituía un requisito adicional para tal propósito. Sin embargo, Douglas –con quien coincidimos en la noción de inversión–, explica la importancia de que la inversión posea un vínculo territorial con el Estado receptor de la inversión. Este vínculo de conexión resulta importante porque determina que la inversión se desarrolla dentro de la jurisdicción del Estado receptor.⁴²⁴ En ese sentido, el vínculo territorial de la inversión con el Estado receptor determina que la creación, posesión o disposición de los derechos de propiedad, considerados como una inversión (aspecto legal de la inversión), se rijan por el Derecho nacional del Estado receptor de la inversión.

Ahora bien, que la existencia y el alcance de los derechos de propiedad establecidos en un All se rijan conforme al Derecho nacional del Estado receptor, no implica que éste último sea el Derecho aplicable para determinar si estos resultan cubiertos por el All y el CIADI. La diferencia entre “el Derecho aplicable para determinar la existencia y el alcance de los derechos de propiedad” con “el Derecho aplicable para determinar una inversión cubierta” la explica Douglas de la siguiente manera:

*“Investment disputes are about investments, investments are about property, and property is about specific rights over tangibles and intangibles cognisable by the municipal law of the host state. General International law contains no substantive rules of property law. Nor do investment treaties purport to lay down rules for acquiring rights in rem over tangibles and intangibles”.*⁴²⁵

En efecto, ni el Derecho Internacional general ni los All contienen normas sustantivas que permitan determinar la adquisición de los bienes considerados como inversión en los All.

“It is therefore the municipal law of the host state that determines whether a particular right in rem exists, the scope of that right, and in whom it vests. It is the investment

⁴²⁴ DOUGLAS, *supra* note 16, p. 171.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 52.

*treaty, however, that supplies the classification of an investment and thus prescribes whether the right in rem recognised by the municipal law is subject to the protection afforded by the investment treaty”.*⁴²⁶

Como se desprende de esta cita, el Derecho nacional del Estado receptor de la inversión permite determinar la existencia y el alcance de los derechos de propiedad que constituyen una inversión, mientras que el Derecho Internacional establece si tales derechos de propiedad califican como una inversión cubierta por un tratado. En efecto, como ya hemos determinado, el derecho aplicable para determinar una inversión cubierta por el CIADI y los AII constituye el artículo 25 del Convenio y las disposiciones correspondientes del AII.⁴²⁷

En ese sentido, si existe alguna duda sobre el vínculo de conexión territorial entre los derechos de propiedad establecidos en un AII y el Estado receptor de la inversión, corresponderá corroborar si la existencia y el alcance de dichos derechos se rigen por las normas del Estado receptor. Douglas expone que en el supuesto que el derecho de propiedad es un bien tangible, las normas de Derecho Internacional Privado establecen que su régimen legal depende del *situs* o lugar de donde se encuentra el bien.⁴²⁸ En el caso de los bienes intangibles, el derecho aplicable depende del *situs ficticio* otorgado por las normas de Derecho Internacional Privado i.e. las acciones de una empresa pueden guiarse por el lugar de inscripción o registro. En ese sentido, si el factor de conexión coincide con el Derecho nacional del Estado receptor, dichos derechos poseen un vínculo con el Estado. Sin embargo, el autor señala que existen algunos bienes intangibles para los cuales las normas de Derecho Internacional Privado no establecen factor de conexión alguno i.e. la propiedad intelectual. En estos casos, corresponde evaluar las normas sustantivas del Estado receptor de la inversión.⁴²⁹

II.5.2. Aspecto económico

⁴²⁶ DOUGLAS, Zachary, *supra note 34*, p. 198.

⁴²⁷ Ver *supra* Capítulo II.1.1.2.

⁴²⁸ DELGADO BARRETO, César, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Lima: PUCP. Fondo Editorial, 2002, (3rd ed. 2008), pp.324, p. 251. (Esta regla en el Derecho Internacional Privado es la que aplica al derecho de los bienes y se denomina como *lex rei sitae*).

⁴²⁹ DOUGLAS, *supra note 16*, pp. 171-172.

El aspecto económico de una inversión, como hemos evaluado, no se desprende claramente de la interpretación del Convenio CIADI ni de los All, sino de la casuística CIADI, la cual ha reconocido que una interpretación adecuada del término inversión debe considerar los siguientes criterios: “la contribución económica en el Estado receptor de la inversión que implica un riesgo, con la expectativa de obtener una ganancia”. Es cierto que la casuística CIADI también ha concebido el reconocimiento de otros criterios como la duración de la inversión y la contribución al desarrollo económico del Estado; sin embargo, como hemos explicado, ambos criterios han sido dejados de lado por los tribunales arbitrales debido a su falta de objetividad.⁴³⁰ La falta de objetividad se desprende por ejemplo del caso *MHS v Malasia*, ya antes explicado.

En este caso, como recordamos, MHS, una empresa inglesa de salvamento marítimo, suscribió con el gobierno de Malasia un contrato para la ubicación y el salvamento de la carga de un barco británico que se hundió en la costa malaya.⁴³¹ En este contrato MHS se obligó a utilizar su experiencia, mano de obra y equipo para llevar a cabo la operación de salvamento; empleando para ello sus propios recursos financieros y asumiendo todos los riesgos de la operación.⁴³² Una vez rescatada la carga, MHS demandó a Malasia por el incumplimiento del contrato. Para ello, MHS señaló que el contrato de salvamento marítimo celebrado con el Reino Unido constituía una inversión porque cumplía con las definiciones de inversión establecidas en el TBI, tales como “demandas de dinero o cualquier otro servicio bajo un contrato, que tenga un valor económico” y “concesiones conferidas por ley o contratos, incluyendo concesiones de búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”.⁴³³

El tribunal evaluó no solo las definiciones de inversión establecidas en el TBI, sino también los criterios señalados en el caso *Salini*. Primero, el tribunal determinó el incumplimiento del criterio de la “regularidad de las utilidades”. Sin embargo, el tribunal expresó que este criterio no siempre determinaba la existencia de una inversión. Por ello, el tribunal estableció que el incumplimiento de este requisito no determinaba la inexistencia de una inversión.⁴³⁴ Segundo, el tribunal determinó que MHS empleó sus propios recursos para la ejecución del contrato a través de equipo, *know how* o personal. Por tanto, el tribunal concluyó

⁴³⁰ Ver *supra* Capítulo II.3.2.3.

⁴³¹ *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award, 17 May 2007, Annulment Decision, 16 April 2009, Dissenting Opinion, 16 April 2009, §7.

⁴³² *Ibid.*, §8-9.

⁴³³ *Ibid.*, §38-40.

⁴³⁴ *Ibid.*, §108.

que el criterio de “contribución” o “desembolso de recursos” se cumplió.⁴³⁵ En este punto discrepamos porque difícilmente cualquiera de los desembolsos efectuados por MHS poseyó un vínculo de territorialidad con el Estado receptor de la inversión, el cual resulta necesario para determinar el cumplimiento de este criterio, como evaluaremos.

Tercero, el tribunal indicó el incumplimiento del criterio de “duración” debido a que si bien la ejecución del contrato se prolongó por 4 años, esta situación fue circunstancial y el plazo inicial del contrato fue de solo 18 meses. Por ello, el tribunal se refirió al cumplimiento cuantitativo pero no cualitativo de este criterio.⁴³⁶ No comprendemos esta diferencia esbozada por el tribunal. Así que, podemos concluir, una vez más, que el criterio de duración no constituye un límite objetivo para la determinación de una inversión.

Cuarto, el tribunal anotó que el “riesgo” que implicaba el contrato fue asumido en su integridad por MHS, debido a que en este tipo de contratos el pago dependía del salvamento de la carga. El tribunal señaló que este tipo de riesgo no significaba un simple riesgo comercial. Por tanto, este contrato cumplía con el criterio del riesgo.⁴³⁷ Sin embargo, discrepamos de esta posición, apoyándonos en la posición de Douglas, quien señala que:

“(...) the assumption of risk must have accompanied the commitment of resources to the host state. It is thus a condition precedent for an investment (...) but it does not feature as part of the test in isolation because otherwise, as the tribunal experienced in the present case it is devoid of utility. To the extent than an ordinary commercial contract might not be an investment, that is because there might not be an acquisition of a property right in the host state memorialized by the contract, or because it does not entail the commitment of resources to the host state. But to disqualify an ordinary commercial contract on the basis of a distinction between normal commercial risks and some other category of risks (not defined by the tribunal) is highly problematic.”⁴³⁸ (énfasis agregado)

A través de este análisis, el tribunal concluyó que el contrato cumplió con los criterios de contribución y de riesgo requeridos para determinar una inversión, pero señaló la importancia de estimar la “contribución generada por éste al desarrollo económico del Estado receptor”. El

⁴³⁵ *Ibid.*, §109.

⁴³⁶ *Ibid.*, §110-111.

⁴³⁷ *Ibid.*, §112.

⁴³⁸ DOUGLAS, *supra* note 16, p. 201.

tribunal explicó que la contratación de malayos en la operación de rescate si bien significó algún beneficio económico en la economía malasia, éste no era –cuantitativamente o cualitativamente- suficiente. Por tanto, el tribunal concluyó que el beneficio económico generado por este contrato, en comparación con otros casos expuestos por la casuística, no era suficiente para determinar la existencia de una inversión.⁴³⁹ Este análisis muestra la subjetividad con que se puede evaluar este criterio. De ahí, que como ha sido considerado en otros casos, este criterio no puede constituir un requisito que determine la jurisdicción de un tribunal.⁴⁴⁰

A pesar de que el aspecto económico de una inversión se compone por los tres factores señalados: “el desembolso de recursos en el Estado receptor de la inversión, el riesgo y la expectativa de obtener una ganancia o utilidad”; no se puede desestimar la existencia de una inversión únicamente por el factor “riesgo” o por la “expectativa para obtener ganancias”, sino principalmente por la falta de “desembolso de recursos en el territorio del Estado receptor”, que no involucre la existencia de los otros dos criterios. En ese sentido, “el desembolso de recursos en el territorio del Estado receptor de la inversión” constituye uno de los criterios claves para la determinación o no de una inversión. Sin embargo, como hemos observado al analizar los casos, el requisito de inversión no se vincula con el requisito de territorialidad, salvo que el All lo indique expresamente.⁴⁴¹

En los All el vínculo de territorialidad de la inversión se suele expresar como lo hizo el TBI Perú-Argentina: “El término ‘inversión’ designa, (...) todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte contratante en el territorio de la otra Parte contratante”. La importancia del vínculo de territorialidad de los recursos desembolsados por el inversionista ha sido explicada por Douglas de la siguiente manera:

“The territorial nexus between the claimant’s contribution of capital and the economy of the host state is also a fundamental aspect of the economic materialization of the

⁴³⁹ *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award, 17 May 2007, Annulment Decision, 16 April 2009, Dissenting Opinion, 16 April 2009, §113-145.

⁴⁴⁰ Ver *supra* Capítulo II.3.2.3. Ver *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008, §232.

⁴⁴¹ Ver KNAHR, Christina, “Investments in the territory of the Host State”, en *AAVV International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Binder, Kriebaum, otros (eds.), 2009, pp. 42-53.

investment; indeed it is the realization of the prime objective for the contracting state parties to enter into an investment treaty in the first place".⁴⁴²

En efecto, coincidimos con Douglas en que la "contribución económica" debe desarrollarse en el territorio del Estado receptor de la inversión para que se cumpla con uno de los objetivos de los AI: el empleo del capital extranjero en el Estado receptor de la inversión. En el caso *SGS v Filipinas*, evaluado anteriormente, se comprende el cumplimiento de este criterio. En este caso, como recordamos, SGS, empresa suiza, suscribió un contrato y sus respectivas adendas con el gobierno de Filipinas con el fin de realizar la inspección y clasificación de los bienes que serían importados a dicho país.⁴⁴³ La controversia surgió cuando Filipinas dejó de pagarle a SGS ciertas sumas de dinero. Como consecuencia de ello, SGS demandó a Filipinas ante un tribunal arbitral CIADI por el incumplimiento de diversas obligaciones establecidas en el TBI Suiza-Filipinas.

Filipinas se opuso a la jurisdicción del CIADI alegando, entre otros, que no existía una inversión realizada en el territorio filipino, tal y como lo requería el TBI. Filipinas explicó que el contrato señalaba claramente que su obligación principal, la cual consistía en la inspección de bienes antes de su embarco a Filipinas, se realizaba fuera de su territorio,⁴⁴⁴ sin perjuicio de que otras actividades se llevaran a cabo dentro éste. Por ello, Filipinas argumentó que la existencia de una inversión dentro de su territorio dependía del lugar donde se desarrolló la actividad principal y no las actividades periféricas o incidentales.⁴⁴⁵

El tribunal arbitral disintió de los argumentos expresados por el Estado filipino, debido a que los servicios prestados por SGS no podían ser divididos en principales y periféricos. El tribunal explicó que el objetivo central de las actividades prestadas por SGS era la disposición de un certificado de inspección. Las inspecciones realizadas por SGS en el extranjero no fueron realizadas para su propio beneficio sino con el fin de proveer, en Filipinas, un certificado de inspección, en el que la autoridad de aduanas podría confiar para el ingreso de bienes en el territorio filipino. Para ello, dichas actividades serían organizadas a través de una oficina conexas en Filipinas, la cual empleaba un número significativo de personas.⁴⁴⁶ Por tanto, un

⁴⁴² DOUGLAS, *supra* note 16, p. 191.

⁴⁴³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Decisions on Jurisdiction, January 29 2004, §12.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, §57.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, §58.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, §100.

aspecto sustancial y no separable de la actividad desarrollada por SGS fue provisto en dicho Estado y, por ende, la legitimidad de SGS para cobrar dependía de este aspecto.⁴⁴⁷

En este caso, compartimos la decisión del tribunal según la cual para determinar la contribución económica realizada en el Estado receptor de la inversión, no es necesario establecer el centro de gravedad de la inversión, sino únicamente corroborar si dicha contribución –comprendida como alguna forma de inversión- fue efectuada en el territorio del Estado.



⁴⁴⁷ *Ibid.*, §102.



Capítulo Tercero

La noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI cuando la fuente de consentimiento constituye un contrato

III.1. La problemática sobre la noción de inversión en el arbitraje de inversiones CIADI cuando su fuente de consentimiento constituye un contrato

Cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI ha constituido un contrato, de manera similar a los casos cuya fuente de consentimiento ha constituido un tratado, se ha cuestionado si la inversión considerada por las partes en el contrato constituye una inversión conforme al CIADI. Además, como consecuencia de la falta de claridad sobre la noción de inversión cuando ésta se realiza a través de un contrato, ha surgido la dificultad para comprender que una inversión se puede realizar a través de un conjunto de contratos.

III.1.1. El cuestionamiento sobre la existencia de una inversión conforme al CIADI

En los casos sometidos al CIADI cuya fuente de consentimiento ha constituido un contrato, al igual que en los casos cuya fuente de consentimiento ha sido un tratado, los tribunales arbitrales también han evaluado si lo considerado por las partes en el contrato cumplía con el requisito de inversión establecido en el Convenio. Sin embargo, han sido pocos los casos que han cuestionado el cumplimiento de este requisito, porque, al parecer, un contrato con cláusula arbitral CIADI presupone la existencia de una inversión.⁴⁴⁸ Estos pocos casos han sido *Alcoa v Jamaica*, *Kaiser Bauxite v Jamaica*, *LETCO v Liberia*, *CSOB v La República Eslovaca* –como evaluaremos más adelante– y, más recientemente, *RSM Production v The Republicque Centrafricaine*.

*Alcoa v Jamaica*⁴⁴⁹ fue el primer caso en el cual un tribunal arbitral CIADI desestimó el consentimiento otorgado por las partes como un criterio objetivo para definir el término inversión en el CIADI. En este caso, Alcoa, una empresa americana, suscribió con el gobierno de Jamaica un contrato para la construcción de una planta de refinación de aluminio por un plazo de 25 años, a cambio del otorgamiento de incentivos tributarios y contratos de arrendamiento de mineras de bauxita por un periodo prolongado. El contrato establecía un

⁴⁴⁸SCHREUER, *supra note* 68, p. 119.

⁴⁴⁹Ver SCHMIDT, John, "Arbitration under the Auspices of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes: Implications of the Decision on Jurisdiction in *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc v Government of Jamaica*, en *Harvard International Law*, No. 17, pp. 90-109.

régimen de estabilidad en los impuestos y regalías que tendrían que ser pagados por Alcoa para el desarrollo de sus actividades de minería y refinación. Asimismo, el contrato incluía una cláusula arbitral CIADI. La controversia surgió cuando el gobierno jamaicano promulgó una ley que incrementó en nueve veces los impuestos pagados por Alcoa en el desarrollo de la actividad minera de bauxita. Alcoa demandó a Jamaica ante los tribunales arbitrales CIADI señalando que esta nueva ley violaba el régimen de estabilidad tributaria establecido en el contrato.⁴⁵⁰

Jamaica no participó en el proceso arbitral. Por ello, el tribunal evaluó, como cuestión preliminar, cualquier objeción a su jurisdicción, entre ellas la cuestión sobre la existencia de una inversión. Primero, el tribunal indicó que las operaciones de Alcoa cumplían con la definición del término inversión contemplada por el Convenio. En palabras del tribunal:

*“(...) a case like the present, in which a mining company has invested substantial amounts in a foreign state in reliance upon an agreement with that State, is among those contemplated by the Convention”.*⁴⁵¹

Segundo, el tribunal también evaluó la referencia efectuada por el Informe de los Directores del Banco Mundial sobre la definición de inversión en el instrumento de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI. El tribunal, sin embargo, cuestionó esta referencia, debido a la amplitud de actividades que podían ser calificadas por las partes como inversión sin que llegase a cumplirse con el requisito de la inversión establecido en el Convenio. Por tanto, el tribunal no consideró como un factor relevante para determinar la existencia de una inversión el consentimiento de las partes, sino el criterio de la contribución de capital efectuada por Alcoa en el territorio jamaicano a través de las actividades de minería ejecutadas.⁴⁵²

En el caso *Kaiser Bauxite v Jamaica*, la demandante, una empresa americana, suscribió un acuerdo con el gobierno de Jamaica sobre la propiedad y actividad de las minas de bauxita en Jamaica. Este acuerdo contenía una cláusula de estabilidad tributaria, conforme a la cual Jamaica se comprometió a no imponer a Kaiser Bauxite impuestos adicionales a los establecidos en el contrato. Este contrato fue modificado en dos ocasiones y ambas modificaciones dispusieron el sometimiento de las controversias que surgieran de estos

⁴⁵⁰ *Ibid.*, pp.93-98.

⁴⁵¹ Citado por SCHMIDT, *supra note* 449, p.99.

⁴⁵² SCHMIDT, *supra note* 449, pp.98-100.

acuerdos al CIADI. Posteriormente, Jamaica promulgó una ley a través de la cual dispuso el pago de impuestos adicionales para la extracción de bauxita. Por ello, Kaiser Bauxite inició un proceso arbitral CIADI en contra de Jamaica con el fin de obtener una declaración de que la ley mencionada no se le aplicaba y, por ende, se le devolviera los pagos efectuados al gobierno jamaicano a propósito de dicha ley.

De manera similar al caso anterior, Jamaica no participó en el proceso. Esto llevó a que el tribunal se pronunciara bajo su propia iniciativa sobre cualquier objeción que pudiera presentarse contra su jurisdicción y, por ende, sobre la existencia de una inversión. El tribunal señaló que existía una inversión bajo el siguiente razonamiento:

*“The tribunal finds that the dispute arises directly out of an investment. It is said in the Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and development accompanying the Convention when submitted to Governments (...) that no attempt was made to define the term “investment” given the essential requirement of consent by the parties. It follows that the intention of the Convention was that the consent of the parties should be entitled to great weight in any determination of the Centre’s jurisdiction. Moreover, it seems clear to the Tribunal that **a case like the present, in which a mining company has invested substantial amounts in a foreign State in reliance upon an agreement with that State, is among those contemplated by the Convention**”.*⁴⁵³(énfasis agregado)

En esta cita se desprende que, a diferencia del caso Alcoa, el tribunal consideró como un factor importante para la determinación de la inversión el consentimiento otorgado por las partes. Sin embargo, el tribunal agregó como un criterio para determinar la existencia de esta inversión, el desembolso sustancial de dinero efectuado por Kaiser Bauxite en el territorio jamaicano a través de sus actividades de minería.

En el caso *LETCO v Liberia*, el tribunal también evaluó bajo su propia iniciativa la existencia de una inversión. Con este propósito el tribunal describió todas las obligaciones desempeñadas por LETCO en el contrato de concesión suscrito con el gobierno de Liberia. Así, pues, el tribunal señaló lo siguiente:

⁴⁵³ *Kaiser Bauxite Company v Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/3, Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975, en ICSID Reports, Vol.1, 1993, p. 303.

“The Concession Agreement between the Government of Liberia and LETCO provides for an extensive outlay of capital by LETCO which was to be dedicated to the harvesting and processing of forest products in Liberia. The Agreement required LETCO to provide ‘all capital at such times and in such amounts as may be required for the economic and profitable development of this concession. (Article III (1)). The development of the concession required, among other things, harvesting of timber, the construction and maintenance of a sawmill, the payment of surface rents and stumpage taxes, facilities for its employees including dispensary, health clinic, education, etc. LETCO claims to have paid out over \$5 million in machinery and equipment alone from 1970 to 1982. (...) the fact is that Liberia’s own documents indicate that LETCO paid out extensive amounts for the development of the Concession. There is, therefore, no doubt that based on the Concession, as well as other undertakings, this legal dispute has arisen directly from an ‘investment’ as that term is used in the Convention”.⁴⁵⁴(énfasis agregado)

En esta cita se observa que, este tribunal determinó la existencia de una inversión cubierta por el Convenio de manera similar a los casos anteriores. Es decir que, la existencia de una inversión cubierta por el CIADI no solo depende del consentimiento de las partes que se someten a este foro, sino también por el desembolso de recursos desempeñados para llevar a cabo una actividad económica en el territorio del Estado receptor de la inversión.

Un caso reciente, *RSM v La República Centroafricana (RCA)*, también pone en evidencia que la existencia de una inversión en el contrato no depende únicamente de la inclusión de una cláusula arbitral en éste. Así, pues, en este caso, la demandante, empresa americana, suscribió un contrato para la explotación de petróleo con la RCA, que incluía una cláusula arbitral CIADI.⁴⁵⁵ La controversia surgió, según la demandante, porque la actuación de la RCA impidió que cumpliera con sus obligaciones contractuales. Por ello, RSM demandó a la RCA ante los tribunales arbitrales CIADI, conforme a la cláusula arbitral contenida en el contrato.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v The Government of the Republic of Liberia*, Award, March 31, 1986, en *International Legal Materials*, No. 26, p. 5.

⁴⁵⁵ *RSM Production Corporation v La République Centrafricaine*, Affaire No.ARB/07/02, Décision sur la Compétence et la Responsabilité, 7 décembre 2010, §1-5, §12.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, §12-16.

La RCA se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral, entre otras razones, porque RSM no efectuó ninguna inversión cubierta por el Convenio CIADI. La RCA señaló que RSM no efectuó ningún aporte de capital, equipo o de industria en el territorio de la RCA. En particular, la RCA resaltó que RSM no efectuó ningún acto que contribuyera al desarrollo económico del Estado. Así, pues, RSM no cumplió con abrir una oficina en la RCA para conducir las operaciones petroleras establecidas en el contrato, las cuales podían contribuir al desarrollo económico y social de la RCA. Además, la RCA agregó que como consecuencia de que el contrato era uno de exploración, su ejecución no constituía ninguna inversión en el territorio del Estado porque no contribuía al desarrollo del Estado receptor. En ese sentido, la recolección de datos efectuada por RSM durante tres años, no significaba ningún aporte de *know how* o transferencia de tecnología que haya beneficiado a la RCA.⁴⁵⁷ Asimismo, la RCA indicó que RSM no adquirió ningún riesgo a través del contrato porque en éste se estableció expresamente que la exploración se llevaría a cabo a riesgo de la RCA. En conclusión, la RCA expresó que RSM no cumplió con los requisitos considerados por la jurisprudencia CIADI para constatar la existencia de una inversión.⁴⁵⁸

RSM, por su parte, se opuso a los argumentos señalados por la RCA indicando que los criterios del test Salini, no constituían criterios obligatorios para determinar la existencia de una inversión cubierta por el CIADI. RSM expresó que era difícil concebir que un contrato de exploración no constituyera una inversión. RSM señaló que el contrato significaba la existencia de aportes, una cierta duración en su ejecución, la participación en los riesgos de la operación y una contribución al desarrollo económico del Estado.⁴⁵⁹

RSM indicó que la inversión efectuada consistía en el *know how* aportado a través de la técnica utilizada para adquirir y reinterpretar datos con el fin de predecir un terremoto, para establecer los movimientos sísmicos; así como los estudios realizados para el transporte de los hidrocarburos encontrados en el territorio; los costos de refinanciación local de los hidrocarburos descubiertos. Estos aportes por el costo generado se traducen en inversiones financieras.⁴⁶⁰ En cuanto al periodo de la inversión, RSM indicó que el contrato poseía una duración de cinco años y que existían posibilidades de renovación del contrato. El riesgo era

⁴⁵⁷ *Ibid.*, §30-34.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, §35-37.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, §38-39.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, §41.

inherente al desarrollo de la actividad desarrollada por la RCA debido a que en ésta no existía la certeza de encontrar petróleo.

RSM enfatizó que sus actividades contribuyeron al desarrollo económico de la RCA porque la ubicación del petróleo a través de las actividades desarrolladas significa un impacto económico importante en el país receptor. En particular, RSM señaló que era de interés de la RCA determinar si su país poseía recursos petroleros comercialmente explotables. En consecuencia, aun en la etapa de exploración, el contrato petrolero poseía consecuencias que contribuirían al desarrollo económico del Estado.⁴⁶¹

El tribunal al evaluar la existencia de la inversión dividió su análisis en dos partes. La primera, un análisis teórico y la segunda una aproximación práctica. En la primera parte, el tribunal señaló que la noción de inversión se basa en una noción objetiva, que no dependía únicamente de la inclusión de una cláusula arbitral CIADI para considerar a una actividad como una inversión. En otras palabras, que la existencia del consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI no dispensaba al tribunal de constatar que la inversión cumplía con ciertas condiciones objetivas. Para tal propósito, el tribunal consideró necesario evaluar los cuatro criterios señalados en el test Salini, recogidos también en otros casos.⁴⁶²

En la segunda parte de su análisis, el tribunal compartió la posición de la RCA, según la cual un contrato de exploración petrolera era en esencia una inversión. Ello porque un contrato petrolero confiere derechos y obligaciones a su titular, las cuales determinan por parte de éste aportes de capital durante un periodo de tiempo y un riesgo. En ese sentido, el tribunal señaló que era indudable que se efectuaron aportes a través del contrato. Algunos de estos aportes fueron la investigación realizada, la preparación en la fase de explotación, la apertura de una oficina, aunque fuera más tarde de lo previsto en el contrato. Mientras otros aportes tendrían lugar después de culminar el tercer año, en especial las campañas de exploración en el lugar correspondiente.⁴⁶³

El tribunal no aceptó la tesis expuesta por la RCA, según la cual no existía una inversión seria. El tribunal señaló que la existencia de una inversión constituye una noción cualitativa y no cuantitativa. En ese sentido, el tribunal señaló que el criterio relevante para determinar la

⁴⁶¹ *Ibid.*, §44.

⁴⁶² *Ibid.*, §46-59.

⁴⁶³ *Ibid.*, §60-63.

existencia de una inversión consistía en el compromiso de recursos para la ejecución de dicha exploración.⁴⁶⁴ De lo contrario, en palabras del tribunal:

*“Toute autre position impliquerait qu’un investisseur bénéficiaire d’un contrat puisse se voir privé de ses droits contractuels, très peu de temps après les avoir obtenus, sous prétexte que l’investissement n’a pas encore reçu un commencement d’exécution ou n’a pas encore été entièrement réalisé”.*⁴⁶⁵

Por otro lado, el tribunal señaló que se cumplía con el criterio de cierta duración en la ejecución del contrato porque el periodo inicial del contrato era de cinco años, el cual podía extenderse; así como en caso de descubrimiento comercial, la concesión podía extenderse por veinticinco años. En ese sentido, el tribunal consideró que el contrato se trataba de una relación económica sostenible en el tiempo.⁴⁶⁶ El tribunal también señaló que nadie podía negar que un contrato petrolero no constituyera una empresa riesgosa, cuyos beneficios resultan inciertos y que se encuentre destinado a contribuir a la economía de un país, en el cual las operaciones de exploración y eventualmente de explotación debían efectuarse.⁴⁶⁷

Por tanto, el tribunal señaló que no podía negarse que las operaciones económicas previstas en el contrato y el permiso de exploración petrolera constituían una inversión conforme al artículo 25 del Convenio CIADI, tal como lo ha interpretado la casuística CIADI.⁴⁶⁸ En este orden de ideas, el tribunal también reconoció que la definición del término inversión no dependía únicamente de la voluntad de las partes que se sometieran a este foro, sino que además debía cumplirse con los criterios objetivos recogidos por la casuística CIADI (test Salini). Sin embargo, en el caso, estos criterios solo fueron corroborados con los compromisos efectuados en el contrato, sin que mediara un desembolso de recursos en la realidad.

En los cuatro casos que hemos evaluado observamos que a pesar de que los contratos en controversia contenían una cláusula arbitral CIADI, los tribunales arbitrales no indicaron que estos *per se* comprendían una inversión. De esta manera, estos casos corroboran la naturaleza objetiva del requisito de inversión establecido en el CIADI.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, §64-66.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, §67.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, §68.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, §69.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, §70.

Este mismo razonamiento consideramos que es aplicable en el supuesto de que se incluya en un contrato la cláusula arbitral modelo No.3 del CIADI, cuyo texto indica que: “Se estipula por la presente que la transacción a que se refiere este acuerdo es una inversión”.⁴⁶⁹ Schreuer explica que esta cláusula fue creada para fortalecer la presunción de que un contrato con cláusula arbitral CIADI constituye una inversión. De este modo, la inserción de esta cláusula en un contrato impediría que una de las partes en controversia pudiera oponerse al arbitraje sosteniendo que la relación que subyace al contrato no constituye una inversión.⁴⁷⁰ Sin embargo, consideramos que esta cláusula por sí misma en un contrato, de la misma manera que la inclusión de una cláusula arbitral CIADI, no determina la existencia de una inversión, debido a que para que ésta se corrobore es necesario que el tribunal verifique el cumplimiento de ciertos criterios.

En todos los casos evaluados, a pesar de que se desprende claramente la naturaleza objetiva del recurso de inversión, no resultan tan claros los criterios con que debe cumplir este requisito. Así pues, en los casos más antiguos, los tribunales consideraron su cumplimiento al determinar que la actividad económica considerada por las partes significaba un desembolso de capital en el territorio del Estado receptor de la inversión (Alcoa v Jamaica, Kaiser Bauxite v Jamaica y LETCO v Liberia); mientras que en los más recientes, al igual que en los casos cuya fuente de consentimiento han constituido un AI, los tribunales han aplicado los criterios considerados en el caso Salini (CSOB v La República Eslovaca y RSM Production v The Republique Centrafricaine) y, además, en el último de estos no se verificó ningún desembolso de recursos.

A pesar de las aparentes diferencias señaladas en los casos para determinar la existencia de una inversión, observamos que tanto en los casos antiguos como en los recientes –a excepción de RSM Production v The Republique Centrafricaine– el “desembolso de recursos en el territorio del Estado receptor de la inversión para el desarrollo de una actividad económica” constituye un criterio común para determinar la existencia de una inversión en el CIADI. Ahora bien, es cierto que en los casos recientes, al igual que en los casos cuya fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un tratado, también se verifica el cumplimiento de otros criterios como el riesgo, la duración, la contribución al desarrollo económico del Estado receptor –los cuales forman parte del test Salini–.

⁴⁶⁹Ver

(Consulta:

20/08/2012)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?actionVal=ModelClauses&requestType=ICSIDDocRH>

⁴⁷⁰SCHREUER, *supra note* 68, pp.119-120.

Sin embargo, como hemos indicado en el capítulo anterior, el criterio esencial para determinar la existencia de una inversión cubierta constituye el “desembolso de recursos en el Estado receptor de la inversión”.⁴⁷¹ Esto, como hemos explicado, no implica que los otros criterios considerados no resulten igualmente importantes para establecer la inversión cubierta, sino que estos se justifican en relación a éste.⁴⁷² Así, pues, si evaluamos los casos antiguos, también comprobaremos que en estos se verifica el cumplimiento de los otros criterios considerados en los casos recientes, como el riesgo y la expectativa de obtener una ganancia. En este orden de ideas, en los casos cuya fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un contrato –tanto antiguos como recientes–, se verifica la existencia de una inversión en el CIADI a través del desembolso de recursos en el territorio del Estado receptor de la inversión para el desarrollo de una actividad económica, la cual genera un riesgo y la expectativa de obtener una ganancia.

En ese sentido, podemos concluir que la noción de inversión en el CIADI –o como hemos apuntado en el capítulo anterior la noción de inversión de manera general⁴⁷³ es única, independientemente de la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje. De ahí, que en los casos recientes cuya fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un contrato, de manera similar a los casos cuya fuente de consentimiento constituye un tratado, se empleara el test Salini. Es decir, que la noción de inversión tanto para los casos cuya fuente de consentimiento al arbitraje CIADI constituye un contrato o un tratado, como lo hemos apuntado en el capítulo anterior, se comprende como el “desembolso de recursos en el territorio del Estado receptor, que implica un riesgo, con la expectativa de obtener ciertas ganancias”.⁴⁷⁴ Esta definición de inversión comprende tanto el aspecto legal como económico de la inversión esgrimida en el capítulo anterior. La única diferencia es que en los casos cuya fuente de consentimiento constituye un contrato no se establece en la fuente contractual la posible lista de bienes que podría considerarse como una inversión.

III.1.2. El cuestionamiento sobre el alcance de la inversión: la teoría de la “unidad de la inversión”

Como consecuencia de la falta de claridad sobre la noción de inversión cuando ésta se realiza a través de un contrato, los tribunales arbitrales han evaluado si ésta puede realizarse a

⁴⁷¹ Ver *supra* Capítulo II.5.2.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Ver *supra* Capítulo II.5.

⁴⁷⁴ Ver *supra* Capítulo II.5.

través de un conjunto de contratos. Y, como consecuencia de ello, han valorado sila cláusula arbitral CIADI, contenida en uno de estos contratos, puede extenderse a todos los contratos que poseen este vínculo de conexión. Esta concepción de la inversión ha sido denominada como “la unidad de la inversión” en los casos *Holidays Inns v Marruecos*, *SOABI v Senegal*, *CSOB v la República de Eslovaquia* y *Duke v Perú*, como observaremos a continuación.

III.1.2.1. Los casos

III.1.2.1.1. El caso *Holidays Inns v Marruecos*⁴⁷⁵

En este caso, el gobierno marroquí interesado en desarrollar y diversificar la industria hotelera en su país inició conversaciones con *Holidays Inns* (HI), una empresa americana líder en la industria hotelera, y *Occidental Petroleum Corporation* (OPC), otra empresa americana, con el fin de evaluar la conveniencia de la construcción de hoteles y, a su vez, beneficiarse de la experiencia, organización y *know how* de ambas empresas.

Después de sendas negociaciones y estudios preliminares, el gobierno marroquí determinó la conveniencia del proyecto para el desarrollo del turismo en su país. Así que, éste suscribió con ambas empresas un contrato de *joint venture* para la construcción y operación de cuatro hoteles cinco estrellas. Este contrato se denominó Acuerdo Principal, el cual podría ser complementado en el transcurso de los años por acuerdos adicionales. En este contrato Marruecos se obligó a prestar a *Holidays Inns* y a OPC una cantidad de dinero para la construcción de cada hotel, a través de una agencia marroquí; así como a otorgarles una serie de beneficios para el desarrollo del proyecto. Las empresas americanas, por su parte, estaban obligadas a desarrollar el proyecto, el cual consistía en planear, construir, equipar y operar los cuatro hoteles. Este Acuerdo Principal contenía una cláusula arbitral CIADI.

La controversia surgió de la confluencia de una serie de factores que conllevaron a que las empresas extranjeras se vieran imposibilitadas de desarrollar el proyecto. El principal factor de desacuerdo entre las partes fue el financiamiento del proyecto. De acuerdo al contrato, los préstamos tenían que realizarse a través de una agencia especializada marroquí (CIH) sobre la base los avances de construcción realizados.

⁴⁷⁵Ver LALIVE, Pierre, “The First World Bank Arbitration (*Holiday Inns v Morocco*) -Some Legal Problems, en *ICSID Reports*, No.1, pp. 123-161.

Estos contratos de préstamo fueron celebrados a nivel nacional entre CIH y las empresas subsidiarias de HI y OPC (HISA), constituidas en Marruecos. Las partes interpretaron la referencia al sistema de financiación del proyecto, incluido en el contrato, de manera diferente. Las HISA señalaron que el proyecto debía ser financiado de manera íntegra por el gobierno marroquí. Marruecos, por su parte, indicó que el proyecto determinaba la financiación simultánea del proyecto; de lo contrario esta situación resultaría desigual y, por ende, debía ser renegociada.

Esta discrepancia, junto a otras, conllevó a que las HISA, suscriptoras del contrato, demandaran a Marruecos ante un tribunal arbitral CIADI señalando: (i) la obligación del gobierno marroquí y su agencia para reanudar sus préstamos y bonos; (ii) la compensación debida por daños y pérdidas incurridas en razón de las demoras en los pagos; y (iii) la convertibilidad y transferencia de divisas empleadas en la construcción, honorarios de administración y otros gastos incurridos para la ejecución de los hoteles.

El Estado marroquí se opuso a la jurisdicción del CIADI porque las controversias que surgían en relación a los préstamos realizados por CIH debían ser evaluadas por los tribunales nacionales de Marruecos, conforme lo establecían las cláusulas de solución de controversias de estos contratos. El argumento principal de Marruecos se basó en que las principales demandas señaladas por HI estaban relacionadas a los contratos de préstamo y que, por tal razón, el tribunal debía abstenerse de decidir sobre estos contratos hasta que los tribunales nacionales decidieran sobre éstos. De lo contrario, el tribunal actuaría en contra de los principios de justicia natural al resolver sobre una controversia en la cual las partes suscriptoras (CIH ni HISA) no acordaron someterse y, por ende, éstas no podrían defender sus derechos.

HI se opuso al argumento de Marruecos, caracterizándolo de una perversa tergiversación de la jerarquía de las normas y de los acuerdos. HI señaló que aceptar los argumentos de Marruecos conllevaría a consecuencias inaceptables, como dejar sin efecto la cláusula arbitral CIADI. Por ello, HI enfatizó el carácter internacional de la relación con el gobierno porque: (i) los contratos de préstamo poseían un carácter subordinado frente al Acuerdo Principal, así como éstos fueron desarrollados para la obtención de un fin: la implementación del contrato; y, en ese sentido, (ii) la cláusula de solución de controversias en los contratos de préstamo no podían prevalecer sobre la cláusula arbitral CIADI.

El tribunal reconoció que los contratos de préstamo: (i) no hacían referencia a un arbitraje internacional o al arbitraje de inversiones CIADI; y (ii) que contenían una cláusula de solución de controversias a favor de los tribunales de Marruecos. Además, aceptó que en tres de cuatro contratos, no existía ningún elemento internacional, debido a que fue suscrito entre CIH, una agencia especializada marroquí, y las HISA, empresas marroquíes subsidiarias de HI; así como las obligaciones de estos contratos se ejecutaron en Marruecos.

El tribunal señaló que el argumento de Marruecos tenía como fin caracterizar como nacional lo que el demandante calificó como internacional. Por ello, el tribunal indicó que suspender el proceso arbitral hasta que los tribunales nacionales marroquíes decidieran sobre la controversia, significaría otorgar un rol residual a la jurisdicción del CIADI. Así que, el tribunal negó el argumento de Marruecos, empleando principios generales que, a su criterio, inspiraron a la Convención CIADI y que fueron empleados por las partes: el principio de la unidad de la inversión y el principio según el cual los procesos internacionales poseen primacía sobre los procesos nacionales. En particular, el tribunal explicó el primer principio de la siguiente manera:

*“It is well known, and it is being particularly shown in the present case, that investment is accomplished by a number of juridical acts of all sorts. It would not be consonant either with economic reality or with the intention of the parties to consider each of these acts in complete isolation from the others. It is particularly important to ascertain which is the act which is the basis of the investment and which entails as measures of execution the other acts which have been concluded in order to carry it out”.*⁴⁷⁶

En esta cita se evalúa que el tribunal consideró que la inversión efectuada por los demandantes no se limitaba al Acuerdo Principal, que contenía la cláusula arbitral CIADI, sino también a los contratos de préstamo que eran necesarios para que éste se desarrollara. Por ello, el tribunal declaró su jurisdicción sobre aquellas controversias que surgieron de los contratos que no contenían la cláusula arbitral CIADI, pero eran parte de la concepción de la unidad de la inversión. En otras palabras, en este caso se observa la importancia del criterio de la “unidad de la inversión” para que el tribunal declarara su jurisdicción sobre aquellas controversias que no surgieron del contrato que poseía la cláusula arbitral CIADI, sino de aquellos contratos que servían como suplemento de aquel.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 159.

III.1.2.1.2. El caso SOABI v Senegal⁴⁷⁷

En este caso, SOABI, una empresa senegalesa, suscribió con el gobierno de Senegal tres acuerdos. El primero de ellos (el Acuerdo de SOABI) repitió los compromisos adoptados por el gobierno en un acuerdo anterior (el Acuerdo de Naikida). En este último acuerdo, el 24 de julio de 1975, el gobierno senegalés suscribió con Naikida, una empresa panameña, o cualquier otra que asumiera su posición, un acuerdo para la construcción de un mínimo de 15 mil viviendas de bajo costo en un periodo de cinco años. Los terrenos serían ofrecidos por el Estado y la propiedad sería alquilada al constructor del proyecto. El constructor del proyecto se comprometió a constituir una empresa senegalesa, la cual sería propietaria de una planta construida para la fabricación de los elementos empleados en el proyecto de construcción. Asimismo, el constructor se obligó a conseguir un préstamo a favor de la empresa por un monto necesario para la construcción del proyecto. El préstamo sería garantizado de manera irrevocable por Senegal. En un anexo de este acuerdo se indicó los tipos de vivienda y sus precios, incluido su financiamiento.

El Acuerdo de Naikida fue seguido, el 17 de setiembre de 1975, por el Acuerdo de SOABI, suscrito entre el gobierno senegalés y SOABI, una empresa senegalesa en proceso de constitución. Este acuerdo incluyó diversas disposiciones señaladas en el Acuerdo de Naikida: el compromiso del programa de construcción, que especificaba los tipos de viviendas y precios; la obligación de negociar un préstamo por parte de SOABI; las ventajas que obtendría SOABI conforme al Código de Inversiones de Senegal; así como la transferencia del 50% de las acciones de SOABI a Senegal, en un periodo de cinco años y sin ningún recargo. Además, este acuerdo dispuso que la negociación del préstamo y el establecimiento de la planta de construcción debían concretarse en un periodo de seis meses luego de suscrito este acuerdo, bajo sanción de nulidad.

El 16 de setiembre de 1975, el señor Baudox, un nacional belga, quien había suscrito los dos acuerdos antes señalados (el Acuerdo de Naikida y el Acuerdo de SOABI) en calidad de abogado autorizado, se presentó ante una notaría de Dakar y, en representación de una empresa denominada Flexa, depositó los estatutos de SOABI. En los estatutos de SOABI se indicaba que el objeto de la constitución de esta empresa era el siguiente:

⁴⁷⁷ *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v the Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Declaration of President, Award of February 25, 1988, Dissenting Opinions of Kéba Mbaye, en *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, No.1, 1991, pp. 1-33.

*“The purpose of the Corporation is the construction and exploitation of an equipped pre-fabrication plant so as to produce, sell and erect a minimum of fifteen thousand socio-economic dwellings and thereby to implement and execute the agreement signed on 24 July 1975 with the Government of Senegal [el Acuerdo de Naikida]”.*⁴⁷⁸

El 3 de noviembre de 1975, SOABI celebró con el gobierno senegalés un segundo acuerdo (el Acuerdo de Establecimiento), el cual estableció la construcción de una planta para la pre-fabricación de los elementos necesarios para el reforzado del concreto empleado en la construcción del proyecto. Asimismo, éste dispuso una serie de beneficios para SOABI conforme al código de inversiones senegalés. Éste acuerdo dispuso además una cláusula arbitral CIADI, cuyo texto era el siguiente:

*“Any dispute between the parties relating to the carrying out of the present Convention as well as generally to the rights and obligations resulting therefrom for each of them is subject to arbitration (...) The undersigned agree expressly that the arbitration will be subject to the rules established by the [ICSID Convention]. To this end the Government agrees that the nationality requirement prescribed by Art. 25 of that Convention has been met”.*⁴⁷⁹

Dos años después del Acuerdo SOABI, en setiembre de 1977, SOABI presentó al gobierno senegalés un Estudio de Factibilidad, en el cual estableció que mientras se había previsto un solo préstamo para cubrir la construcción de la planta y las primeras viviendas, se esperaba que la planta fuera financiada por préstamos otorgados por el gobierno, debido a que los compradores de las viviendas obtendrían los fondos necesarios para adquirirlas de las sociedades de construcción y de préstamos hipotecarios obtenidos por bancos locales.

En noviembre de 1977, SOABI suscribió con el gobierno un tercer acuerdo (Acuerdo comercial y financiero), a través del cual la empresa se comprometió a realizar los préstamos y se estableció que ella sería la propietaria de la planta. El periodo de construcción de la planta se extendió a diez años.

La controversia surgió, según SOABI, porque el gobierno senegalés incumplió sus obligaciones, en particular poner a disposición el terreno para la construcción. Por ello, SOABI demandó a Senegal ante un tribunal arbitral CIADI por el incumplimiento del acuerdo para la

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p.2.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

construcción de las 15 mil viviendas. Senegal se opuso a la jurisdicción del CIADI, entre otras razones, porque el incumplimiento de la obligación señalada por SOABI no era parte de las obligaciones establecidas en el Acuerdo de Establecimiento, el cual contenía la cláusula arbitral CIADI. Además, el texto del Acuerdo de Establecimiento no contenía ninguna disposición que se refiriera a los derechos y obligaciones contractuales que eran necesarios para la construcción de las 15 mil viviendas. Asimismo, Senegal señaló que la falta de una cláusula arbitral en el Acuerdo de SOABI significaba la voluntad de las partes para someter las controversias que surgieran de éste a los tribunales nacionales de Senegal. SOABI, por su parte, señaló que no importaba la inexistencia de un acuerdo arbitral en el Acuerdo SOABI porque éste y el Acuerdo de Naikida fueron contratos preliminares que se concretaron en el Acuerdo de Establecimiento.

El tribunal señaló que las posiciones de las partes determinaban la necesidad de que se interpretara la Convención CIADI y los contratos celebrados por las partes. El tribunal indicó que el artículo 25 del Convenio establece como una condición fundamental para su jurisdicción: el consentimiento por escrito de las partes para someterse a este tipo de arbitraje. El acuerdo arbitral incluido en el Acuerdo de Establecimiento debía ser interpretado, según el tribunal, “(...) *with due respect for the principle of good faith, that is to say, taking account of the consequences of their commitments which the parties must be considered to have reasonably and legitimately contemplated (...)*”.⁴⁸⁰ Para ello, el tribunal evaluó no solo el texto del Acuerdo de Establecimiento, sino también los otros acuerdos celebrados por las partes.

Después de realizar dicho análisis, el tribunal señaló que poseía jurisdicción para evaluar la controversia que surgía por el incumplimiento de una obligación distinta a la establecida en el Acuerdo de Establecimiento, el cual contenía la cláusula arbitral CIADI, por la siguiente razón:

*“(...) the Tribunal arrived at the conclusion that **the agreements between the parties other than the Establishment Agreement, with respect to the construction of the plant as well as the construction of 15,000 dwelling units, are implicitly encompassed by the Establishment Agreement** and that the disputes related to their execution or to the rights and obligations arising thereunder fall therefore within the*

⁴⁸⁰ *Ibid.*, §4.10, p.10.

scope of [the arbitration clause] in the Establishment Agreement (...).⁴⁸¹ (énfasis agregado)

El razonamiento del tribunal para declarar su jurisdicción sobre una controversia que surgía de un contrato que no poseía la cláusula arbitral CIADI (el Acuerdo SOABI) se fundamentaba en que este acuerdo constituía parte del proyecto expresado en el contrato que poseía la cláusula arbitral (el Acuerdo de Establecimiento). Específicamente, el tribunal consideró que todos los acuerdos celebrados por las partes, distintos al Acuerdo de Establecimiento, se encontraban comprendidos en el Acuerdo de Establecimiento. Por tal razón, el consentimiento expresado por las partes en la cláusula arbitral para evaluar *“the rights and obligations arising thereunder [el Acuerdo de Establecimiento]”* permitía analizar los derechos y las obligaciones que surgían de los otros acuerdos.

Esta posición no fue adoptada por el tribunal de manera unánime. El árbitro Kéba Mbaye disintió de la posición expresada por el tribunal en mayoría porque consideró que ésta distorsionaba y deformaba la voluntad expresada por las partes en el Acuerdo de Establecimiento. El tribunal refutó la decisión emitida por el árbitro disidente, aclarando que su decisión no se refería a la existencia de dos proyectos independientes, sino a la ejecución de uno solo, el cual constaba de dos partes relacionadas. En palabras del tribunal:

*“(...) As has moreover been recognized, in the Government’s view the parties have defined in these agreements ‘the totality of the project which they envisage carrying out jointly’, to wit the construction of a pre-fabrication plant in a first phase, and in that of SOABI ‘the construction of the pre-fabrication plant constituted the realization of the first phase of this project for the construction of the 15,000 dwelling units’. **There is therefore not the slightest doubt concerning the parties will. It did not relate to the execution of two independent projects but to the execution of a single project consisting of two closely related parts, one of which was the technical pre-condition for the implementation of the other and must therefore precede it (...)**”*.⁴⁸² (énfasis agregado)

En esta cita, el tribunal explica que la razón fundamental para evaluar aquellas controversias que no surgían directamente del Acuerdo de Establecimiento se debía a que éste junto con los otros acuerdos formaban parte de un mismo proyecto. En otras palabras, como ya

⁴⁸¹ *Ibid.*, §4.13, p. 10.

⁴⁸² *Ibid.*, §4.17, pp. 10-11.

se señaló anteriormente, el hecho de que los Acuerdos celebrados por las partes fueran parte de un mismo proyecto, permitió al tribunal considerar que el consentimiento expresado en el acuerdo arbitral -para analizar los derechos y obligaciones que surgían del Acuerdo de Establecimiento- le permitían evaluar también las controversias que surgían de los otros acuerdos. Este razonamiento expresa de manera implícita la concepción de la teoría de la “unidad de la inversión” y, luego, el consentimiento arbitral se extiende a todo el grupo de contratos.

III.1.2.1.3. El caso CSOB v La República Eslovaca⁴⁸³

En este caso, CSOB, un banco constituido en la República de Eslovaquia, suscribió un contrato (Contrato de Consolidación) con los Ministros de Finanzas de la República de Eslovaquia (RE) y la República Checa (RCH), con el fin de privatizar y desarrollar las actividades de CSOB en ambos Estados, recién constituidos a partir de la escisión de Checoslovaquia. En este contrato se estableció que CSOB otorgaría unos préstamos de no ejecución (non-performing loan portfolio receivables) a dos empresas (Empresas de Colección) que se constituirían en el territorio de cada Estado recién constituido. Asimismo, se indicó que ambas empresas le pagarían a CSOB los préstamos otorgados, conforme a un cronograma establecido de manera independiente.⁴⁸⁴

Las Empresas de Colección se constituyeron en sus respectivos Estados. CSOB y la Empresa de Colección Eslovaca suscribieron un contrato de préstamo. En este contrato las partes hicieron referencia al Contrato de Consolidación para indicar que el pago del préstamo y los intereses que se generarían de éste se encontraban garantizados por el Ministro de Finanzas de la RE. La controversia surgió, según el demandante, porque la RE no cubrió las pérdidas en las que incurrió la Empresa de Colección Eslovaca, como se había acordado en el Contrato de Consolidación. Así que, CSOB sometió la controversia al arbitraje de inversiones CIADI conforme al TBI República de Eslovaquia-República Checa, al cual hacía referencia el Contrato de Consolidación.⁴⁸⁵

La RE se opuso a la jurisdicción del CIADI porque, entre otras razones, no se cumplía con el requisito *ratione materiae*; es decir que la controversia planteada no surgía directamente

⁴⁸³ *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of May 24, 1999.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, §1-3.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

de una inversión. En ese sentido, la RE señaló que el préstamo otorgado por CSOB a la Empresa de Colección Eslovaca no constituía una inversión cubierta ni por el Convenio CIADI ni por el TBI. La RE concebía una inversión como la adquisición de propiedad o bienes a través del desembolso de recursos por una parte en el territorio de un Estado extranjero, con la expectativa de que ésta produzca un beneficio para ambas partes y ofrezca un retorno en el futuro, sujeto a las incertidumbres del riesgo involucrado. Estas características de una inversión, según la RE, no encajaban en el contrato de préstamo. Asimismo, la RE indicó que la controversia planteada por CSOB no surgía directamente del contrato de préstamo. Esto como consecuencia de que la controversia planteada por CSOB estaba basada en el incumplimiento de una obligación establecida en el Contrato de Consolidación.⁴⁸⁶

El tribunal arbitral evaluó la definición de inversión establecida en el TBI República de Eslovaquia-República Checa, en virtud de la referencia efectuada en el Contrato de Consolidación a este tratado.⁴⁸⁷ Asimismo, el tribunal indicó que el término inversión en el CIADI si bien no poseía una definición específica, ésta debía ser objetiva. Así que, el tribunal empleó el “test dual versus” para corroborar si la definición de inversión en el TBI cumplía con aquella del Convenio CIADI.⁴⁸⁸

El tribunal expresó que la demanda presentada por CSOB –la cual alegaba el pago por las pérdidas incurridas por la Empresa de Consolidación Eslovaca-, evaluada de manera aislada, no constituía una inversión por sí misma.⁴⁸⁹ Sin embargo, consideró que ésta podía ser parte de una operación integral considerada como una inversión, en los siguientes términos:

*“[a]n investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment **even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention,***

⁴⁸⁶ *Ibid.*, §70, §76, §78.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, §49-59. (Como se desprende del caso, el tribunal determinó el consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI debido a que el contrato de Consolidación hacía referencia al TBI República Eslovaquia-República Checa y de la historia de la redacción del contrato se desprendía la negativa de la RE para someterse a los tribunales nacionales de la RCH. Así, pues, el tribunal determinó la inversión en referencia a lo establecido en el TBI indicado).

⁴⁸⁸ *Ibid.*, §63-68.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, §69.

provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment.⁴⁹⁰ (énfasis agregado)

Bajo este razonamiento, el tribunal describió de manera implícita el criterio de la “unidad de la inversión” como un conjunto de operaciones que debía ser evaluado de manera unitaria. Por tal razón, el tribunal explicó la conexión que existía entre las operaciones desarrolladas por las partes. El tribunal expuso la manera en que la obligación para cubrir las pérdidas incurridas por la Empresa de Colección Eslovaca, demandada por CSOB, se encontraba vinculada tanto al préstamo considerado en el Contrato de Consolidación como al contrato de préstamo mismo.

En ese sentido, el tribunal manifestó que el compromiso de la RE para cubrir las pérdidas en las que incurriera la Empresa de Colección tenía como propósito garantizar el financiamiento de CSOB.⁴⁹¹ Esto como consecuencia de que, ante el incumplimiento de la empresa de Colección para devolver el préstamo a CSOB, la RE se encontraba obligada a cubrirlo y, de esta manera, se verificaba el financiamiento de CSOB.⁴⁹²

El fin último del Contrato de Consolidación, sin embargo, no era la consolidación financiera de CSOB, sino el desarrollo de sus actividades en ambos Estados. Por tanto, el tribunal concluyó que el desembolso efectuado por CSOB a través de estas operaciones significó una disposición significativa de recursos en el territorio eslovaco con el fin de desarrollar la infraestructura bancaria de la RE. Es decir, que las operaciones efectuadas, de manera conjunta, constituyeron una inversión porque tuvieron como propósito producir un beneficio y ofrecer un retorno a CSOB en el futuro, sujeto a un riesgo.⁴⁹³

III.1.2.1.4. El caso Duke v Perú

En este caso, Duke, una empresa americana, suscribió un convenio de estabilidad jurídica (CEJ DEI Bermuda) con el Estado peruano, el cual incluía una cláusula arbitral CIADI. La controversia surgió, según Duke, porque el gobierno peruano le impuso acotaciones fiscales en violación de ciertas garantías otorgadas por el CEJ DEI Bermuda. Como consecuencia de ello, Duke demandó al Estado peruano ante un tribunal arbitral CIADI.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, §72.

⁴⁹¹ *Ibid.*, §75.

⁴⁹² *Ibid.*, §82-87.

⁴⁹³ *Ibid.*, §88-91. (Todos estos elementos, para el tribunal, permitían considerar la existencia de una inversión, a pesar de que su cumplimiento no era obligatorio para considerar a una transacción como una inversión).

III.1.2.1.4.1. La decisión de jurisdicción⁴⁹⁴

En el ámbito jurisdiccional, el tribunal arbitral evaluó, entre otros, si se cumplía con el requisito *ratione materiae*. Es decir, que en virtud de este requisito el tribunal determinó: (i) si la inversión estaba conformada por un conjunto de operaciones contractuales que había realizado Duke para adquirir su participación en la empresa DEI Egenor –una empresa de energía eléctrica privatizada-; y, (ii) si la cláusula arbitral CIADI contenida en el CEJ DEI Bermuda se aplicaba a las controversias planteadas por Duke.

III.1.2.1.4.1.1. La inversión desarrollada por Duke

En este caso, Duke señaló que la inversión a la que se refería el acuerdo arbitral comprendía a todas las actividades que realizó para adquirir a DEI Egenor. El Estado peruano se opuso a este argumento, señalando que la única inversión cubierta por el CEJ DEI Bermuda constituía el aporte de capital (US\$ 200 millones) realizado por DEI Bermuda a DEI Perú Holdings, conforme lo establecía la cláusula segunda de dicho CEJ.

El tribunal reconoció que el CEJ DEI Bermuda establecía de manera expresa que la inversión consistía en el aporte de capital realizado por DEI Bermuda en DEI Perú Holdings. Sin embargo, el tribunal discrepó en que éste constituyese la inversión cubierta por el acuerdo arbitral CIADI por las siguientes razones:

- “1. El aporte de capital, sin más, no parecería satisfacer el requisito, según la legislación del Perú, de que una “inversión” respecto de la cual se otorgue un CEJ contribuya a una actividad económicamente productiva (es decir, que sea una inversión “activa”);*
- 2. El aporte de capital no fue una transacción aislada, sino que fue una de las numerosas transacciones realizadas intencionalmente como parte de la privatización de Egenor;*
- 3. Un enfoque restringido de los términos de la Cláusula Segunda del CEJ con DEI Bermuda como indicación de la “inversión” haría privar la forma sobre el fondo, al ignorar la finalidad del aporte de capital, que se describió en la solicitud que DEI Bermuda*

⁴⁹⁴ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v Republic of Peru*, Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 1, 2006.

presentó para el CEJ con DEI Bermudamencionada en la Cláusula Primera del mismo, y (...).⁴⁹⁵

Con respecto al primer punto, el tribunal explicó que el aporte de capital realizado por DEI Bermuda en DEI Perú Holdings no pudo haber sido considerado como una inversión, conforme a la legislación peruana, porque no cumplía con el requisito de contribuir a una actividad económicamente activa.⁴⁹⁶ Es decir, que las partes del CEJ DEI Bermuda no pudieron concebir a este aporte de capital como una inversión que contribuyera al desarrollo de una actividad económica en el territorio peruano, sin tener en cuenta el contexto en que esta transacción se produjo. En este punto, el tribunal disintió con el Estado peruano en que el CEJ DEI Bermuda omitió expresar el interés de DEI Bermuda en DEI Egenor debido a que ésta última, conforme a la legislación peruana, no calificaba como la empresa receptora de los fondos otorgados por DEI Bermuda.⁴⁹⁷

El tribunal indicó que este argumento era erróneo debido a que la Ley de Inversiones Extranjeras peruana no contemplaba la estructura de una empresa holding.⁴⁹⁸ En el contexto de una empresa holding, el aporte de capital realizado por DEI Bermuda debía interpretarse de manera amplia, como una operación desarrollada por un inversionista extranjero con el propósito de participar en una empresa nacional.⁴⁹⁹ El tribunal reconoció que en esta etapa del proceso no podía conocer el motivo de la segmentación de la protección otorgada por los CEJ. Sin embargo, en la etapa jurisdiccional, el tribunal consideró que la protección integral otorgada por el sistema peruano a la inversión, requería que éste observara más allá de las formalidades de la inversión de Duke Energy, como una empresa holding en el Perú. En este orden de ideas, el tribunal concluyó que:

“(...) Respondent granted its approval for the DEI Bermuda LSA because it was part and parcel of the investment being made by Duke Energy in DEI Egenor, an operating company generating wealth, jobs and providing public services in Peru (i.e., an active investment).⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ *Ibid.*, §92.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, §94.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, §95.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, §95-96.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, §97.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, §99.

Con respecto al segundo punto, el tribunal indicó que existía suficiente evidencia para considerar que el aporte de capital realizado por DEI Bermuda en DEI Perú Holdings no fue realizado como una operación aislada, sino como parte del proceso de privatización de Egenor. Este punto se comprende si se toma en cuenta el contexto de la privatización de Egenor. Antes de la participación de Duke Energy en DEI Egenor, Dominion, a través de su subsidiaria IDP, celebró con el Estado peruano un Convenio de Privatización mediante el cual adquirió el 60% de las acciones de DEI Egenor. En este Convenio, Dominion obtuvo la calidad de “Operador” y “Titular de la Participación Comprometida”, conforme al cual debía mantener el control de Egenor con una participación mínima total de 51%. Dominion interesado en vender sus activos en América Latina, vendió el 49% de IDP a una empresa chilena y el 51% restante lo transfirió a DHP, su subsidiaria peruana.⁵⁰¹

Duke tomó conocimiento del interés de Dominion en vender sus activos por lo que centró su interés en adquirir la totalidad del 90% de las acciones de Egenor, que representaba el total del capital accionario existente o a disposición (es decir, un 60% era de propiedad de IDP, una empresa subsidiaria de Dominion, y un 30% de propiedad del Estado peruano).⁵⁰² Duke adquirió el 90% de las acciones de Egenor a través de una serie de transacciones realizadas por dos de sus empresas subsidiarias DEI Holdings No.1 y DEI Holdings No.2 (ambas DEI Holdings USA). Es decir, que DEI Holdings USA adquirió las acciones de Egenor que eran propiedad del Estado (30%) y de IDP (60%), subsidiaria de Dominion. Duke Energy para adquirir el 51% de la participación que poseía Dominion -a través de IDP- en Egenor debió ajustarse a los mismos requisitos que cumplió éste en calidad de “Operador” y “Titular de la participación comprometida”. En este contexto, el Estado aprobó la adquisición de dicha participación por parte de Duke, a través de DEI Holdings USA.⁵⁰³

La adquisición de la participación de Dominion en Egenor tenía varias implicancias en materia tributaria para Duke, por lo que ésta debió ajustarse mediante una reorganización societaria. Al mismo tiempo, Duke debía establecer una estructura propietaria en Egenor que reprodujera aquella reflejada en el Convenio de Privatización. En estas circunstancias, Duke constituyó a DEI Bermuda y a DEI Perú Holdings, esta última como una sociedad inversora propiedad de la primera. DEI Bermuda compró a DEI Holdings USA el 99% de DHP (y, en

⁵⁰¹ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v República del Perú*, Case No. ARB/03/28, Laudo, 18 de agosto de 2008, §49.

⁵⁰² *Ibid.*, §52.

⁵⁰³ *Ibid.*, §53-55.

consecuencia, el 51% de IDP) y el 49% restante de IDP. DHP e IDP se fusionaron y formaron DEI Investments SRL y, como consecuencia de ello, DEI Bermuda se convirtió en dueña del 99% de DEI Investments SRL, a través de la cual era propietaria del 60% de DEI Egenor. Duke Energy, a través de DEI Bermuda, efectuó un aporte de capital de US\$ 200 millones a DEI Perú Holdings, quien utilizó este capital para adquirir de DEI Investments SRL y de DEI Holdings USA el 90% de DEI Egenor.⁵⁰⁴

En el contexto de la privatización de DEI Egenor, el tribunal señala que ciertos hechos confirman que el aporte de capital realizado por DEI Bermuda a DEI Perú Holdings formó parte de esta operación. En palabras del tribunal los hechos fueron los siguientes:

- *“In connection with its investment in Peru, Duke Energy sought to obtain the same investment protection, through LSAs, as Dominion had obtained. The September 13, 1999, communication from Duke Energy’s Peruvian outside counsel to COPRI and CEPRI stated that if the LSAs provided to Dominion could not be assigned to Duke Energy “before the closing date and based on the investment to be made by Duke in Egenor S.A., a new legal stability structure be arranged ...”.*
- *As of the closing date for DEI Holdings USA’s acquisition of the 30 Percent Tranche (i.e., October 7, 1999), the first step in Duke Energy’s indirect acquisition of Egenor S.A.A., no mutually acceptable solution had been identified to implement the investment protection regime for Duke Energy.*
- *By the end of 1999, Duke Energy owned 90 percent of Egenor S.A.A. (the 60 Percent Tranche and the 30 Percent Tranche) through two Delaware holding companies (earlier defined as DEI Holdings USA). This holding structure was considered too cumbersome from a corporate and tax planning standpoint. It also did not reflect the structure that Dominion had used under the Privatization Agreement. Accordingly, Duke Energy decided to restructure its holdings in Peru by consolidating its ownership interest in Egenor S.A.A. in a Peruvian holding company (i.e., DEI Peru Holdings), which in turn would be wholly owned by a Bermudan holding company (i.e., DEI Bermuda).*
- *DEI Bermuda was incorporated in August 1999 and DEI Peru Holdings, wholly-owned by DEI Bermuda, was established in May 2000.*

⁵⁰⁴ *Ibid.*, §56-59.

- *In February 2000, Duke Energy presented Peru with a proposal to obtain the same foreign investor protections that it would have obtained under the Dominion LSA, if the latter had been assignable.*
- *The proposal presented by Duke Energy was implemented as follows:*
 1. *application for a foreign investor LSA by DEI Bermuda;*
 2. *application for a recipient company LSA by DEI Peru Holdings;*
 3. *the assignment of the DEI Holdings USA 30 Percent Tranche LSA, as modified, in favor of DEI Peru Holdings; and*
 4. *the assignment of the IDP Domestic Investor LSA in favor of DEI Peru Holdings.*
- *On July 24, 2001, Peru executed the DEI Bermuda LSA and the DEI Peru Holdings LSA. The DEI Holdings USA 30 Percent Tranche LSA and the IDP Domestic Investor LSA were assigned to DEI Peru Holdings on April 3 and March 14, 2003, respectively.”⁵⁰⁵*

Asimismo, el tribunal resaltó la información contenida en diversos documentos como en: los CEJ DEI Bermuda y DEI Perú Holdings, las Bases de la licitación y el Acuerdo de Privatización; para concluir que el aporte de capital realizado por DEI Bermuda en DEI Perú Holdings se produjo en el contexto de la adquisición de Duke Energy de las acciones de DEI Egenor.⁵⁰⁶

Con respecto al tercer punto, el tribunal destacó la importancia de la solicitud presentada por DEI Bermuda para el otorgamiento del CEJ DEI Bermuda, porque en éste las partes contemplaron la propiedad indirecta de DEI Bermuda en DEI Egenor. El tribunal explicó que la solicitud presentada por Duke a las autoridades peruanas para el otorgamiento de los CEJ DEI Bermuda y DEI Perú Holdings confirmaba que el propósito de la contribución de capital por DEI Bermuda a DEI Perú Holdings era permitir a esta última la adquisición de las acciones de Egenor. En otras palabras, DEI Bermuda otorgó a DEI Perú Holdings el capital señalado en el CEJ DEI Bermuda con el fin de consolidar la propiedad de Duke sobre Egenor – a través de DEI Perú Holdings-.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v Republic of Peru*, Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 1, 2006, §102.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, §103-110.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, §117-118.

III.1.2.1.4.1.2. La aplicación de la cláusula arbitral CIADI

Duke indicó que el consentimiento para someter las controversias al arbitraje de inversiones CIADI fue provisto en el contexto de la privatización de DEI Egenor. Por tanto, el consentimiento al arbitraje CIADI comprendía la inversión realizada por Duke para adquirir a DEI Egenor. El Estado peruano se opuso a este argumento señalando que las controversias planteadas por Duke, relacionadas a la inversión indirecta efectuada por éste en DEI Egenor, no podían surgir del CEJ DEI Bermuda. Como consecuencia de ello, la cláusula arbitral CIADI contenida en dicho acuerdo no podía aplicarse a las controversias planteadas por Duke.

El tribunal arbitral coincidió con el argumento expresado por Duke. Para ello, se refirió: (i) al consentimiento expresado por las partes en el acuerdo arbitral; (ii) a la naturaleza de las controversias; y, (iii) al criterio de la unidad de la inversión. Primero, el texto del acuerdo arbitral señalaba lo siguiente:

*“Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente Convenio se resuelvan de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que **cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio será sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser resuelta mediante arbitraje internacional de derecho sujetándose a las Reglas sobre Conciliación y Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, aprobado por el Perú, mediante Resolución Legislativa N° 26210. Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida**”.*(énfasis agregado)

El tribunal señaló que conforme a los casos CIADI citados por ambas partes, este acuerdo arbitral no debía ser interpretado ni amplia ni restrictivamente sino conforme al principio de la buena fe, con el fin de obtener una solución funcional y objetiva consistente con los hechos del caso. En ese sentido, el tribunal observó que el acuerdo arbitral, por un lado, se restringía a sí mismo y, por ende, no podía extenderse a ningún otro acuerdo; por otro lado, en

éste las partes consintieron de manera amplia el sometimiento de cualquier clase de controversia relacionada al CEJ DEI Bermuda.⁵⁰⁸ En ese sentido, el tribunal expresó que:

*“(...) In respect of disputes under the DEI Bermuda LSA, it appears to the Tribunal that the parties intended to submit to ICSID arbitration any dispute, controversy or claim arising between them if it concerned the interpretation, performance or validity of the DEI Bermuda LSA.”*⁵⁰⁹

En virtud de este razonamiento, el tribunal arbitral consideró necesario evaluar si las controversias sometidas a su jurisdicción estaban relacionadas con la interpretación, ejecución o validez del CEJ DEI Bermuda. Para ello, el tribunal citó las controversias planteadas por Duke:

“1. Incumplimiento de la garantía de tratamiento igualitarios y de no discriminación de la inversión efectuada por DEI Bermuda en el Perú, en violación de lo dispuesto en la Sección 5 de la cláusula tercera del CEJ con DEI Bermuda;

2. Incumplimiento de la garantía de estabilidad del régimen tributario referida al impuesto a la renta con relación a la inversión efectuada por DEI Bermuda en el Perú, en violación de lo dispuesto en la Sección 1 de la cláusula tercera del CEJ con DEI Bermuda;

3. Incumplimiento de la garantía de libre repatriación de la inversión efectuada por DEI Bermuda en el Perú, en violación de lo dispuesto en la cláusula tercera del Artículo 3 del CEJ con DEI Bermuda; e

*4. Incumplimiento de las obligaciones de trato justo y de buena fe, y de la doctrina de los actos propios, en relación con la inversión efectuada por DEI Bermuda en el Perú, obligaciones implícitas en todos los contratos conforme al Código Civil del Perú y, en este caso específicamente, en el CEJ con DEI Bermuda.”*⁵¹⁰

El tribunal observó, sin prejuzgar los méritos del caso, que todas estas controversias eran capaces de incumplir el CEJ DEI Bermuda. Es decir, que el tribunal negó que la segunda cláusula del CEJ -que limitaba la definición de inversión a la contribución de capital otorgada

⁵⁰⁸ *Ibid.*, §76-81.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, §81.

⁵¹⁰ *Ibid.*, §83.

por DEI Bermuda en DEI Perú Holding- impidiera evaluar a las acotaciones fiscales realizadas por el Perú en contra de DEI Egenor como una violación de las protecciones otorgadas en la tercera cláusula del CEJ DEI Bermuda, la cual se otorgaba en relación a una inversión.

Por último, el tribunal empleó el criterio de la unidad de la inversión para demostrar que las controversias planteadas por Duke Energy se encontraban cubiertas por el acuerdo arbitral consentido por las partes. El tribunal explicó que este criterio de “la unidad de la inversión” había sido empleado en casos CIADI similares, donde el consentimiento al arbitraje CIADI se encontraba en un acuerdo individual o contrato, y no en un instrumento paraguas como un TBI. Los casos citados por el tribunal fueron *Holidays Inns v Marruecos*, *CSOB v Slovakia* y *SOABI v Senegal*. Asimismo, el tribunal empleó los comentarios de Schreuer sobre este criterio, cuyo texto señalaba lo siguiente:

*“These cases suggest that ICSID tribunals are inclined to take a broad view of consent clauses where the agreement between the parties is reflected in several successive instruments. Expressions of consent are not applied narrowly to the specific document in which they appear but are read in the context of the parties’ overall relationship. Therefore, a series of interrelated contracts may be regarded, in functional terms, as representing the legal framework for one investment operation. ICSID clauses contained in some, though not all, of the different contracts may be interpreted to apply to the entire operation”.*⁵¹¹

Como se desprende de esta cita y de los casos evaluados, el tribunal consideró que este criterio de la unidad de la inversión contradecía el argumento del Estado peruano, según el cual el alcance de la inversión en el CEJ DEI Bermuda se restringía a la transacción señalada en la segunda cláusula de dicho CEJ. Por el contrario, el tribunal concluyó que la realidad de la inversión permitía comprender que el consentimiento del Estado al arbitraje CIADI alcanzaba a la inversión realizada por Duke en DEI Egenor. El tribunal precisó que el consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI se limitaba a las protecciones otorgadas por el CEJ DEI Bermuda, sin considerar la protección de otros CEJ. En otras palabras, el tribunal señaló que “la unidad de la inversión” no implicaba la unidad de la protección. En palabras del tribunal:

“While the Tribunal’s lack of jurisdiction over the other LSAs will not prevent it from taking them into consideration for the purposes of the interpretation and application of

⁵¹¹ *Ibid.*, §130.

*the DEI Bermuda LSA (indeed, that is “perfectly possible, normal and called for”), it will not be in a position to “give effect” to the protections in those LSAs. In other words, in the peculiar circumstances of this case (successive agreements for the protection of the investment), the unity of the investment does not necessarily imply the unity of the protection of the investment”.*⁵¹²

III.1.2.1.4.2. La decisión de anulación⁵¹³

Los puntos antes expuestos fueron sometidos al recurso de anulación por parte del Estado peruano. Este recurso se fundaba en las siguientes causales: (i) extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal arbitral (artículo 52(1) b); (ii) el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (artículo 52(1) d); y, (iii) la falta de expresión de motivos en que se funda la decisión (artículo 52(1) e). De todas estas causales la primera fue ampliamente evaluada por el Comité.⁵¹⁴ Por tanto, desarrollaremos, en particular, los argumentos expresados por el Comité sobre este punto.

III.1.2.1.4.2.1. La ley aplicable al acuerdo arbitral

El Estado peruano planteó que el tribunal arbitral se extralimitó manifiestamente en sus facultades porque, entre otras razones, no aplicó la legislación peruana -específicamente el derecho contractual peruano- para determinar el alcance del acuerdo arbitral. Esta situación, según el Estado, se hacía evidente porque el tribunal mismo aceptó que un CEJ debía interpretarse con arreglo a la legislación civil del Perú. Además, conforme al artículo 42 del

⁵¹²*Ibid.*, §133.

⁵¹³*Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v República del Perú*, Case No. ARB/03/28, Decisión del Comité ad hoc, 1 de marzo de 2011.

⁵¹⁴*Ibid.*, §161-169. (En las otras causales de anulación, el Comité no tuvo que argumentar demasiado para desestimar las razones del Estado peruano. Así, pues, el Comité desestimó el razonamiento del Estado peruano sobre que la falta de aplicación de la legislación apropiada ameritaba la anulación de la decisión del tribunal por falta de expresión de motivos. El Comité rechazó esta causal porque explicó que la causal de falta de expresión de motivos prevista en el Convenio no equivalía a la falta de expresión de motivos correctos o convincentes, ya que esto obligaría al Comité a revisar la sustancia de la decisión del tribunal. En ese sentido, el Comité indicó que el tribunal respondió a cada una de las excepciones planteadas por el Estado peruano sobre el alcance del objeto del CEJ con DEI Bermuda. Así, pues, la decisión del tribunal no puede ser anulada en virtud de esta causal. El Comité agregó que su función era garantizar la estabilidad del sistema de arbitraje del CIADI, no desvirtuar los laudos por estar en desacuerdo con la decisión. De otra manera, el mecanismo de anulación del CIADI se convertiría en una apelación. Por otro lado, el Comité también desestimó la objeción del Estado peruano sobre que el tribunal al omitir aplicar la legislación peruana quebrantó gravemente una norma de procedimiento. El Comité explica que esta causal de anulación determinaba la necesidad de identificar una norma fundamental del procedimiento que hubiese sido violada. Sin embargo, el Comité concluyó que el Estado peruano solo empleó esta causal para volver a criticar el resultado de la decisión del tribunal, sin identificar la norma fundamental del procedimiento incumplida).

Convenio CIADI, también, correspondía aplicar la ley peruana al CEJ. De esta manera, el Derecho Internacional no desempeñaba papel alguno para interpretar alguna de las cláusulas del CEJ DEI Bermuda, incluida la cláusula arbitral. En ese sentido, el Estado peruano señaló que:

*“El derecho internacional es relevante solo para determinar si la diferencia de la Demandante también cumple con los requisitos jurisdiccionales adicionales específicos del Artículo 25 del Convenio del CIADI. En otras palabras, ¿la nacionalidad del inversionista es la correcta? ¿Existe una inversión? ... El derecho internacional se aplica a la interpretación del Convenio del CIADI, no al CEJ....”*⁵¹⁵

En este orden de ideas, el Estado peruano argumentó que si el tribunal hubiera aplicado la legislación peruana, habría resuelto que carecía de facultades para ir más allá del significado llano del CEJ y, por ende, habría determinado que solo el aporte de capital de DEI Bermuda estaba protegido.

DEI Bermuda, por su parte, sostuvo que tanto la legislación peruana como el Derecho Internacional resultaban aplicables al acuerdo arbitral. En palabras de DEI Bermuda:

*“[E]l Tribunal debe determinar su competencia en un arbitraje ante el CIADI con referencia al derecho internacional a efectos de interpretar los requisitos bajo el Convenio CIADI. Y cuando interpreta el instrumento del consentimiento y específicamente la parte del CEJ con DEI Bermuda que contiene dicho consentimiento, se debe hacer referencia al derecho internacional y a la legislación del Perú.”*⁵¹⁶

El Comité consideró que este caso era particular, por no decir único, porque para determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral había que tener en cuenta dos puntos: (i) el asunto al que se refiere la cuestión del derecho aplicable; y (ii) la fuente del consentimiento de las partes para someterse al arbitraje ante el CIADI. Con respecto al primer punto, el Comité señaló que la cuestión evaluada era un tema de competencia y no de sustancia. Por tal razón, explicó que el artículo 42 del Convenio no era aplicable. Ahora bien, con respecto al segundo punto, el Comité señaló que el consentimiento de las partes a la jurisdicción del Centro se fundamentaba en un acuerdo de arbitraje incluido en un CEJ. Esta situación era distinta a la

⁵¹⁵ *Ibid.*, §136.

⁵¹⁶ *Ibid.*, §138.

que se venía evidenciando en el DII, debido a que era frecuente el consentimiento al arbitraje de inversiones a través de los AII.

Como consecuencia del empleo de un contrato como fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI, el Comité señaló la aplicación del principio de separabilidad del acuerdo arbitral respecto del contrato. El principio de separabilidad permite que la ley aplicable al acuerdo arbitral sea distinta a la empleada para evaluar el fondo del contrato. El Estado peruano explicó que no se podría aplicar este principio al caso, debido a que ambas partes aceptaron en distintos momentos que el CEJ se regía por la legislación peruana. El Comité manifestó que el tribunal reconoció esta situación, es decir que, el CEJ se regía por la legislación nacional. Sin embargo, el problema para las partes no era la ley aplicable al CEJ DEI Bermuda, sino la ley aplicable al acuerdo arbitral contenido en éste. En esta controversia, según el Comité, debía tomarse en cuenta que:

*“En un caso en el que, como aquí, las partes no han elegido expresamente una legislación específica que rija su acuerdo de arbitraje pero sí han acordado someterlas diferencias relativas a la interpretación de un acuerdo de inversión (que se rige por la legislación del estado anfitrión) a arbitraje internacional en virtud del Convenio del CIADI (un instrumento de derecho internacional), el Comité estima que sería artificial e incorrecto referirse solamente al derecho aplicable al contrato principal para determinar el alcance del acuerdo de arbitraje”.*⁵¹⁷ (énfasis agregado)

En este sentido, el Comité apuntó que *“La cuestión central, que plantea el mismo Artículo 25 del Convenio del CIADI, es la medida del consentimiento de las partes (...)”*. Por tanto, el alcance del acuerdo arbitral debía evaluarse a la luz de los principios generales del Derecho, tal y como había sido aplicado en otros casos como Amco Asia v Indonesia, SPP v Egipto y CSOB v República Eslovaca. En palabras del Comité:

“Así, un tribunal del CIADI que resuelve sobre su propia competencia no precisa interpretar el instrumento del consentimiento solamente en base a la legislación nacional, sino que también debe considerar directamente si existe el requisito de la evidencia del consentimiento requerida por el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, tomando en consideración la voluntad conjunta de las partes en la cual

⁵¹⁷ *Ibid.*, §139.

sefundamenta el arbitraje y el principio general (ampliamente aplicado tanto en el derecho local como internacional) de buena fe".⁵¹⁸

El Comité consideró que el tribunal arbitral adoptó este razonamiento porque interpretó el alcance del acuerdo arbitral conforme a la Ley de Inversión Extranjera del Perú, la cual requería que “[el] requisito exigido por el Perú de que una inversión contribuya a una actividad económicamente productiva”, respaldado por el artículo 1357 del Código Civil peruano que prevé que un CEJ solo puede establecerse “con sustento en razones de interés social, nacional o público”. Asimismo, el tribunal empleó los requisitos señalados en la Ley de Inversión Extranjera para referirse a la pertinencia de la solicitud de un CEJ por parte de DEI Bermuda.

En este sentido, el Comité rechazó el argumento expresado por el Estado peruano sobre la pertinencia del empleo de otras normas del Derecho de los contratos peruano, en lugar de la Ley de la Inversión Extranjera. Esta disquisición, según el Comité, excede las facultades otorgadas por el Convenio, ya que corresponden a la labor de un órgano de apelaciones.

Asimismo, el Comité objetó el razonamiento del Estado sobre la inadecuada aplicación del principio de la “unidad de la inversión”. Para ello, el Comité hizo referencia al argumento esgrimido por el tribunal arbitral sobre este mismo punto:

“El Tribunal no está importando en este procedimiento una definición general de “inversión” derivada de los TBIs, junto con jurisprudencia inadecuada relativa a estos últimos. En los casos pertinentes, que se analizan más adelante, los tribunales del CIADI han aplicado el principio de la “unidad de la inversión” en situaciones en las que el consentimiento al arbitraje del CIADI se encontraba en distintos contratos o convenios de inversión y no en un instrumento marco o “paraguas”, como un TBI. El Tribunal opina que los principios derivados de esos casos son directamente aplicables a la determinación de la inversión respecto de la cual las partes consintieron al arbitraje del CIADI en la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda”.⁵¹⁹

En este orden de ideas, repetimos la conclusión a la que arribó el Comité sobre la aplicación inadecuada de la legislación correspondiente al acuerdo arbitral:

⁵¹⁸ *Ibid.*, §142.

⁵¹⁹ *Ibid.*, §145.

“El Comité no considera que se hubiera aplicado de manera incorrecta la ley aplicable para determinar el alcance del consentimiento de las partes. Por el contrario, estima que el Tribunal procedió de conformidad con el enfoque general adoptado en la Decisión sobre Competencia del caso Amco Asia, es decir ‘descubrir y respetar la voluntad común de las partes’ e interpretar el compromiso arbitral ‘de buena fe, es decir teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que pueda considerarse que las partes razonable y legítimamente han contemplado’.”⁵²⁰

III.1.2.1.4.2.2. La definición otorgada a la inversión

El Estado peruano, también, expuso que el tribunal arbitral se extralimitó manifiestamente en sus facultades al determinar que la inversión no se limitaba al aporte de capital de \$200.000.00 millones, establecido en la cláusula segunda del CEJ DEI Bermuda en el Perú, sino que comprendía a todas las operaciones que realizó Duke para adquirir a Egenor. El Estado peruano explicó que solo se responsabilizó por el contenido de lo suscrito. Así, pues, el CEJ DEI Bermuda no proporcionaba garantías de estabilidad jurídica respecto de la inversión en Egenor, sino únicamente del capital señalado expresamente en la cláusula segunda del CEJ DEI Bermuda. Por tanto, el tribunal no tuvo en cuenta el esquema de los CEJ dado que había cinco CEJ vigentes, cada uno de los cuales cubría un segmento diferente de la inversión de Duke en Egenor. En ese sentido, el CEJ DEI Bermuda solo se suscribió para cubrir una porción de la inversión realizada por Duke en el Perú, ya que todas las demás partes de su inversión se encontraban protegidas por sus propios CEJ. Esta situación, además, era conocida por DEI Bermuda, quien había diseñado la protección estructurada de su inversión.

El Comité desestimó el argumento del Estado peruano señalando que, como había apuntado el tribunal, los reclamos efectuados por DEI Bermuda estaban relacionados con la cláusula arbitral contenida en el CEJ. Es decir que, estos reclamos se basaban en supuestas violaciones del CEJ DEI Bermuda por parte del Estado peruano, las cuales habrían surgido de las consecuencias que generaron para DEI Bermuda las determinaciones fiscales impuestas por el gobierno peruano respecto de Egenor. Así que, DEI Bermuda nunca planteó reclamos en representación de Egenor. Esta conclusión fue alcanzada por el Comité a través del siguiente análisis.

⁵²⁰ *Ibid.*, §146.

El Comité explicó que para determinar el alcance del acuerdo arbitral sobre *“cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio”* era necesario evaluar las cláusulas operativas del CEJ. Este análisis en la etapa de jurisdicción, aclaró el Comité, no consistía en resolver si estas cláusulas podían invocarse o no con éxito, sino únicamente en determinar el alcance del objeto del Convenio al que hace referencia el acuerdo arbitral.

El Comité corroboró que la cláusula tercera del CEJ DEI Bermuda proporcionaba ciertas garantías de estabilidad jurídica *“en relación con la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA”* y la cláusula segunda expresaba el consentimiento de DEI Bermuda para aportar US\$ 2000.000.000 millones al capital de Duke International Perú Holdings. A pesar de la literalidad de las cláusulas, el Comité consideró que el alcance del acuerdo arbitral no podía ser determinado en base a las palabras expresadas en estas cláusulas de manera aislada. Por el contrario, conforme lo expuso el Comité anteriormente, consideró que estas cláusulas debían ser evaluadas *“de buena fe, es decir teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que pueda considerarse que las partes razonable y legítimamente han contemplado”* con el fin de *“descubrir y respetar la voluntad común de las partes”*.

En ese sentido, el Comité se refirió a la decisión de competencia, en la cual el tribunal explicó que el aporte de capital realizado por DEI Bermuda en DEI Perú Holdings formaba parte de una operación mayor, la adquisición de acciones en Egenor. En esta decisión se expuso que el CEJ Dominion, que también contenía una cláusula de arbitraje ante el CIADI, no pudo cederse por razones técnicas. Duke, por tanto, declaró que pretendía el mismo régimen de protección y estabilidad que se había otorgado a Dominion respecto de la adquisición de Egenor, en el momento en que Dominion realizó un aporte de capital por US\$228 millones a IDP, la cual fue sustituida por DEI Perú Holdings. De esta manera se comprende que DEI Bermuda reemplazó a Dominion; así como DEI Perú Holdings a IDP.

Asimismo, el Comité se refirió a la solicitud que presentaron DEI Bermuda y DEI Perú Holdings para un CEJ como inversionista extranjero y empresa receptora, respectivamente. El tribunal resolvió que en ambas solicitudes se desprendía el propósito del aporte de capital para permitir que Duke consolidara su participación accionaria en Egenor. De la misma manera, el tribunal concluyó que el aporte de capital realizado por Duke a favor de DEI Perú Holdings a través de DEI Bermuda se utilizó para adquirir acciones en Egenor. Duke, quienya era propietaria del 90% de Egenor al momento en que se negociaba el CEJ DEI Bermuda, no

necesitó adquirir a Egenor dos veces. El tribunal declaró que era difícil comprender que un aporte de fondos de DEI Bermuda a favor de DEI Perú Holdings pudiera constituir una inversión activa dentro del significado del artículo 1 del Decreto Legislativo No. 662, si se lo consideraba fuera del contexto de la transacción.

Este argumento fue reforzado por lo expresado por DEI Bermuda durante la audiencia sobre el procedimiento de anulación. DEI Bermuda explicó que el aporte de US\$200 millones ingresó y egresó el mismo día. Es decir, que esta fue una operación en papel con el objeto de cumplir con los requisitos de la Ley de Inversión Extranjera y con el fin de proteger la inversión de Duke en Egenor. Así que, si bien esta operación de otorgamiento de capital era necesaria para cumplir con los requisitos para el otorgamiento de un CEJ, no resultaba suficiente para constituir una inversión ya que, por sí misma, no contribuía al desarrollo económico del Estado. La verdadera inversión se constituyó a través de la compra de acciones en Egenor por un valor de US\$ 263 millones.

El Comité apuntó que el tribunal determinó la inversión de esta manera con el propósito de otorgar un significado eficiente a las disposiciones del CEJ DEI Bermuda. Ello en virtud a que, entre otras razones, la legislación del Perú no contemplaba una estructura de tres niveles que incluyera a una empresa holding como DEI Bermuda.

Además de todas estas razones que permitieron comprender a la inversión como un proceso complejo, el Comité apuntó que si bien cada CEJ poseía un carácter individual en la estructura de protección otorgada a la inversión de Duke, el Estado peruano no probó por qué el régimen de estabilidad jurídica precisaba de CEJ diferentes en cada etapa.

En este orden de ideas, el Comité concluyó que el análisis realizado por el tribunal de ninguna manera consistió en una extralimitación de sus facultades. Al contrario, en este análisis el tribunal evaluó las circunstancias globales de la inversión de Duke en Egenor, con el fin de otorgar un significado eficiente a las disposiciones del CEJ con DEI Bermuda. Estas fueron las palabras expresas del Comité:

“Cuando un tribunal se aboca a la interpretación de un instrumento de consentimiento escrito a la luz de las circunstancias imperantes o en el contexto de otros documentos, resulta improbable que la interpretación final del significado del documento en base a todas las pruebas y presentaciones de las partes represente una extralimitación manifiesta de sus facultades. Es improbable que una interpretación constituya una

extralimitación manifiesta de las facultades de un tribunal aún cuando de lugar a debate (...).⁵²¹

III.1.2.2. El análisis de los casos

En los cuatro casos evaluados observamos que los tribunales arbitrales han empleado, aunque no en todos de manera expresa,⁵²² la teoría de la “unidad de la inversión” como el fundamento para comprender que cuando la fuente de consentimiento al arbitraje CIADI constituye un contrato, la inversión se puede realizar no solo a través de un contrato, sino de un grupo de contratos y, como consecuencia de ello, -a excepción del caso Duke- se extiende la cláusula arbitral CIADI, establecida en uno de estos contratos, a todas las controversias que surgen de dicha operación unitaria.

Así, pues, como recordamos, en el caso *Holidays Inns v Marruecos*, el contrato de construcción, que contenía la cláusula arbitral CIADI, estableció como una de las obligaciones de Marruecos el financiamiento de la construcción de los hoteles a través de la agencia marroquí CIH. Luego, CIH celebró una serie de contratos de préstamo con las subsidiarias de *Holidays Inns* para la financiación del proyecto de construcción de los hoteles. Estos hechos conllevaron a que el tribunal considerara que, en virtud de la teoría de la unidad de la inversión, los contratos de construcción y de préstamos, aunque contratos autónomos, formaban parte del conjunto de operaciones necesarias para el desarrollo de la inversión. Es decir, que estos contratos a pesar de ser autónomos poseían una finalidad común, que era el desarrollo de la inversión. Por ello, el tribunal indicó que comprender a una inversión de manera contraria, implicaría atentar contra la realidad económica de ésta y la voluntad de las partes. Esta concepción de la inversión permitió, entonces, que el tribunal evaluara las controversias que surgieron de aquellos contratos que no contenían la cláusula arbitral CIADI.

En el caso *SOABI v Senegal*, como explicamos, el Acuerdo de Establecimiento, que contenía la cláusula arbitral CIADI, establecía el compromiso de construir una planta de prefabricación de materiales necesarios para la construcción de 15 mil viviendas. Este compromiso, también, se encontraba reflejado en el Acuerdo de Naikida y el Acuerdo *SOABI*, como uno de los pasos para la construcción de 15 mil viviendas en el territorio de Senegal. En

⁵²¹ *Ibid.*, §160.

⁵²² El único caso en el cual no se hizo referencia expresa a la teoría de la unidad de la inversión fue *CSOB v La República de Eslovaquia*.

este contexto, el tribunal no se pronunció de manera expresa sobre el requisito de inversión; sin embargo, señaló que el Acuerdo de Establecimiento contenía a los otros acuerdos celebrados por SOABI y el gobierno, porque todos eran parte de un mismo proyecto. En otras palabras, el tribunal consideró que si bien el Acuerdo de Establecimiento señalaba una obligación distinta a la de los otros acuerdos, todos estos acuerdos eran parte de un mismo proyecto (la unidad de la inversión). Por tanto, en virtud de este vínculo unitario entre los contratos (el desarrollo de la inversión) el tribunal extendió la cláusula arbitral CIADI contenida en el Acuerdo de Establecimiento al resto de acuerdos.

En el caso CSOB v Eslovaquia, como recordamos, el Contrato de Consolidación indicó que su fin era el desarrollo de las actividades de CSOB en los Estados recién constituidos producto de la escisión de Checoslovaquia. Para ello, este contrato estableció que CSOB otorgaría unos préstamos a dos empresas que se constituirían en el territorio de cada Estado recién constituido y, en contrapartida, las empresas le devolverían dichos préstamos. CSOB otorgó los préstamos indicados a la empresa de colección Eslovaca a través de un contrato de préstamo. En este contrato se hizo referencia al contrato de Consolidación para señalar que el cumplimiento de éste se encontraba garantizado por el Ministro de Eslovaquia.

En este caso, a diferencia de los anteriores, el tribunal señaló expresamente que la inversión de CSOB consistía en el desarrollo de sus actividades en los Estados recién constituidos; y, además, indicó que ésta cumplía con los criterios para ser considerada como una inversión cubierta por el CIADI.⁵²³ En este contexto, el tribunal señaló que el Contrato de consolidación desarrollaba un marco legal conformado por un grupo de operaciones interrelacionadas con el fin de que CSOB desarrollara sus actividades de inversión en ambos Estados; mientras que el contrato de préstamo constituía un instrumento para financiar las actividades de CSOB en ambos Estados, según lo indicaba el contrato de Consolidación. Ambos contratos, entonces, formaban parte del conjunto de operaciones consideradas como la inversión (la unidad de la inversión). En este sentido, el tribunal evaluó la controversia

⁵²³*Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of May 24, 1999, §88-91. (El tribunal determinó que el desarrollo de las actividades de CSOB en ambos Estados recién constituidos consistía la inversión efectuada por CSOB debido a que ésta significó un desembolso de dinero por parte de CSOB en el territorio eslovaco con el fin de desarrollar la infraestructura bancaria de la RE. Además, estas actividades tenían como propósito producir un beneficio y ofrecer un retorno a CSOB en el futuro, sujeto a un riesgo. Todos estos elementos, para el tribunal, permitían considerar la existencia de una inversión, a pesar de que su cumplimiento no era obligatorio para considerar a una transacción como una inversión).

planteada por CSOB –la cual consistía en cubrir las pérdidas incurridas por la empresa de Colección Eslovaca- porque ésta surgía de las operaciones consideradas como una inversión cubierta.

En el caso *Duke v Perú*, como planteamos, el Estado y el inversionista suscribieron distintos CEJ, de los cuales el CEJ DEI Bermuda era el único que contenía la cláusula arbitral CIADI. En este caso, las partes no negaron la existencia de una inversión, pero sí cuestionaron el alcance de ésta.⁵²⁴ Así que, en virtud de la teoría de la unidad de la inversión y de la evaluación de la legislación peruana sobre la materia, el tribunal señaló que la inversión estaba constituida por todas las operaciones contractuales que desarrolló Duke para adquirir a DEI Egenor. En ese sentido, el tribunal determinó *prima facie* que las controversias planteadas por Duke surgieron de la inversión señalada.

La aplicación de la teoría de la “unidad de la inversión” pareciera ser inherente al arbitraje de inversiones CIADI debido a que solo en este tipo de arbitraje se requiere la existencia de una inversión, como un presupuesto para la jurisdicción de los tribunales arbitrales. Y en ese sentido, la extensión de una cláusula arbitral a un conjunto de operaciones contractuales pareciera ser propio del arbitraje de inversiones CIADI, porque solo en este tipo de arbitraje se requiere la existencia de una inversión, la cual puede realizarse a través de un grupo de contratos que tienen un propósito común.

Sin embargo, la concepción de un conjunto de contratos con un fin en común también ha sido reconocida por distintos tribunales y la doctrina, con el fin de otorgarle ciertos efectos jurídicos, como la extensión de una cláusula arbitral al grupo contractual. Esta figura contractual ha sido reconocida en el Derecho comparado bajo las siguientes denominaciones: en el Derecho alemán como “contratos vinculados” (*verbundene Verträge*);⁵²⁵ en el Derecho italiano

⁵²⁴Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. V Republic of Peru, Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 1, 2006. (En este caso ninguna de las partes negaba que el CEJ DEI Bermuda expresaba una inversión. Sin embargo, la principal controversia entre las partes constituía en que la inversión efectuada por Duke se limitaba únicamente al contrato o comprendía a otros CEJ celebrados por Duke para adquirir a DEI Egenor. El tribunal argumentó que la inversión no se limitaba a lo establecido en el CEJ DEI Bermuda sino que abarcaba a todas las operaciones contractuales que había celebrado Duke para adquirir a DEI Egenor debido a la unidad de la inversión que se desprendía de evaluar el CEJ DEI Bermuda como parte del proceso de privatización de DEI Egenor y de las solicitudes para el otorgamiento del CEJ DEI Bermuda y DEI Egenor. Asimismo, el tribunal negó que la inversión establecida en el CEJ DEI Bermuda constituyera una inversión porque no cumplía con los criterios señalados en la legislación peruana. En otras palabras, el tribunal negó que lo establecido en el CEJ DEI Bermuda por sí solo constituyera una inversión, debido a que no cumplía con la legislación peruana).

⁵²⁵Ver ENNECERUS, Ludwing, KIPP, Theodor y WOLF, Martin citados por VAZQUEZ REBAZA, Walter, “La (Visible) Presencia de los Contratos Coligados en el Sistema Jurídico Peruano”, en *Revista Jurídica del Perú*, tomo 140,

como “contratos coligados” (collegamento negoziale),⁵²⁶ en el Derecho francés como “grupos de contratos” (groupes de contrats);⁵²⁷ y en el Derecho español como “contratos conexos”.⁵²⁸ En ese sentido, vale la pena explicar de manera sucinta esta figura contractual para comprender la aplicación de la teoría de la “unidad de la inversión” en el arbitraje de inversiones CIADI.

La teoría de los “contratos conexos” es el producto de una serie de cambios producidos en la realidad económica actual como son: la complejidad de los procesos de producción; la creciente especialización de las actividades, acompañada de la división del trabajo; la circulación cada vez más rápida de las riquezas y de los bienes; la ampliación del sector geográfico de la actividad empresarial; la expansión de las entidades de financiación y el crecimiento del consumo.⁵²⁹ Todos estos cambios han permitido que los sujetos estructuren sus intereses económicos no solo a través de un contrato, sino también de un grupo de contratos, que a pesar de ser autónomos se encuentran entrelazados por intereses comunes.

Esta realidad ha conllevado, entonces, a que en el ámbito jurídico se deje de percibir a un contrato de manera aislada, con el fin de evaluar los intereses que un grupo de contratos persigue de manera coordinada. Esta teoría, por tanto, pareciera que deja de lado principios fundamentales en materia contractual, tales como el principio de autonomía e independencia, así como el principio de relatividad de los contratos. El primer principio -de autonomía e independencia de los contratos- responde a la concepción que le han otorgado los distintos ordenamientos jurídicos al contrato, como una figura acabada y perfecta. En palabras de Bernard:

“Desde el punto de vista socioeconómico el contrato aparece concebido de manera individualizada, como si se tratara de un acto aislado, como lo demuestra el hecho de que el legislador contempla con carácter general el contrato en general y los diversos

octubre 2012, p.4 (El autor explica la unión de los contratos es atribuible a la doctrina alemana clásica de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. Dentro de la doctrina alemana, Ennecerus fue uno de los primeros en elaborar una sistematización dogmática respecto a esta teoría).

⁵²⁶Ver GIORGIANNI, Michele citado por VAZQUEZ REBAZA, Walter, *supra note*525, p.4. (El autor señala que Giorganni fue el pionero en exponer sus ideas sobre la figura de la conexidad contractual en la década de los treinta. Además, el autor resalta que en general esta teoría ha sido ampliamente difundida en el sistema italiano).

⁵²⁷Ver BACAHE-GIBELI, Mareille citado por VAZQUEZ REBAZA, *supra note*525, p.5.

⁵²⁸Ver LOPEZ FRÍASCitado por VAZQUEZ REBAZA, *supra note*525, p.5. (El autor señala que en España como en otros países de América Latina no existe una teoría general sobre este instituto).

⁵²⁹BERNAD MAINAR, Rafael, “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, No. 720, pp. 1448-1449.

contratos en particular, siendo muy excepcional que regule las consecuencias jurídicas emanadas de la conexión que media entre varios de ellos".⁵³⁰

Este principio, sin embargo, no impide concebir a los contratos de manera global con el fin de otorgarles los efectos jurídicos correspondientes.⁵³¹ El principio de relatividad de los contratos, por otro lado, consiste en que estos solo producen efectos entre las partes contratantes y, por ende, no benefician ni perjudican a terceros. Este principio no es afectado por la teoría de los contratos conexos porque a través de ésta no se afecta a ningún tercero, ajeno a un contrato; por el contrario, ésta busca producir efectos en quienes son parte del grupo contractual, pero cuya situación no resulta tan evidente. En otras palabras, la institución de los contratos conexos no se haya en la misma situación con relación a la de un contrato con un tercero.⁵³²

En ese sentido, la razón fundamental del reconocimiento de esta teoría es atribuir ciertos efectos jurídicos a una pluralidad de contratos que, a pesar de mantener su autonomía e independencia, se encuentran entrelazados por un interés común.⁵³³ De lo contrario, podrían producirse resultados disfuncionales con la naturaleza de la operación o contradictorios con el objetivo perseguido por las partes.⁵³⁴ En otras palabras, la falta de reconocimiento de este instituto jurídico atentaría contra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual se manifiesta, además de como una libertad para contratar y configurar el contenido del contrato, como un poder para concertar diversos contratos de cara a la actuación de una operación económica unitaria.⁵³⁵

La doctrina ha coincidido en que para que se configure un supuesto de contratos conexos es necesario que se verifique la conjunción de dos elementos: (i) la pluralidad de contratos; y, (ii) el nexo funcional que existe entre estos.⁵³⁶ La pluralidad de contratos se verifica a través de la agrupación de contratos individuales, autónomos.⁵³⁷ El nexo funcional es

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 1484.

⁵³¹ LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los Contratos Conexos: Estudios de Supuestos Concretos y Ensayo de una Construcción Doctrinal*, Barcelona: Bosch, 1994, p. 371.

⁵³² BERNARD, *supra* note 529, p. 1463.

⁵³³ MORALES HERVIAS, Rómulo, "Contribución a la Teoría de los Contratos Conexos", en *Revista Derecho y Sociedad*, No. 19, p. 138; LOPEZ FRÍAS, *supra* note 501, p. 302.

⁵³⁴ SEGUI, Adela, "Teoría de los Contratos Conexos. Algunas de sus Aplicaciones", en AAVV, *Contratación Contemporánea*, Palestra-Temis, Lima- Bogotá, 2001, pp. 191-192.

⁵³⁵ VAZQUEZ REBAZA, *supra* note 525, p. 14.

⁵³⁶ BERNARD, *supra* note 529, pp. 1451-1459.

⁵³⁷ GASPERONI, Nicola, citado por VAZQUEZ REBAZA, *supra* note 525, p. 15.

el elemento esencial de esta teoría, porque de no existir nos encontraríamos ante contratos que carecen de toda relación entre sí. Este nexo es de carácter funcional porque, según López Frías:

*“(...) la finalidad propia de al menos uno de los contratos, o el fin perseguido por las partes en un supuesto dado, ha de exigir la celebración de más de un acuerdo de voluntades. La vinculación debe estar, por tanto, en la naturaleza de alguno de los contratos concluidos o en el propósito global que a través de ellos se pretende conseguir”.*⁵³⁸

El nexo funcional que existe entre un grupo de contratos puede verificarse a través de una serie de indicios expresados en el texto o en el contexto de los contratos. Alguno de estos indicios podrían ser: el conocimiento de la operación económica global por parte de los contratantes; las características de los bienes a los que se refieren los diversos contratos, los cuales podrían ser de naturaleza complementaria o brindar una utilidad unitaria; la colaboración previa y planificada en la agrupación de los contratos, entre otros.⁵³⁹ Así, pues, el vínculo funcional entre los contratos no se determina aplicando la legislación de un régimen particular, sino interpretandobásicamente la voluntad de las partes, conforme al principio de buena fe. Esta situación ha sido expresada claramente por Esteban, quien señaló al respecto lo siguiente:

*“Esta cuestión no se resuelve de conformidad con un razonamiento de ‘Derecho aplicable’ sino que se trata de un prius, lo que significa que tal calificación se realiza de conformidad con el ordenamiento correspondiente a la autoridad (judicial o arbitral) ante la que se presenta la cuestión (calificación lege fori). Con independencia de ello, **no debe perderse de vista que tal calificación ex lege fori es, en realidad, el resultado de la interpretación del negocio proyectado y querido por las partes. Se trata de un ‘falso problema’ dado que la cuestión de saber si una concreta operación económica internacional se articula a través de una unidad o pluralidad contractual no se plantea en los términos de la aplicación de un concreto ordenamiento, sino que requiere la interpretación del contrato, para la que, sin duda, juega un papel importante la buena fe como canon hermenéutico, en orden de dotar de una respuesta adecuada a las actuales exigencias de seguridad jurídica que***

⁵³⁸ LOPEZ FRÍAS, *supra* note 531, p.282.

⁵³⁹ Ver VAZQUEZ REBAZA, Walter, *supra* note525, pp. 15-16.

requiere la realización de los negocios en el comercio internacional".⁵⁴⁰ (énfasis agregado)

En esta cita se comprende que para determinar la existencia de un grupo de contratos conexos no es necesario aplicar la legislación de un Estado particular, sino interpretar la voluntad expresada por las partes a través de un conjunto de contratos, conforme al principio de la buena fe. En otras palabras, para comprender que un conjunto de contratos posee un fin económico en común no es necesario referirse a una legislación particular, sino interpretar el conjunto de operaciones contractuales con el fin de determinar la voluntad y expectativa de las partes para realizar a través de éstas un propósito común: el desarrollo de la inversión.

La configuración de los elementos señalados, sin embargo, según la doctrina, no permite establecer una serie de consecuencias jurídicas determinadas en el grupo de contratos vinculados. Esto como consecuencia de que, en un supuesto de contratos conexos se pueden desprender una serie de efectos jurídicos.⁵⁴¹ Esta afirmación ha sido expresada claramente por Bernard, quien señala que:

“El tópico de los contratos conexos se concentra fundamentalmente en el establecimiento de sus consecuencias jurídicas, cuestión que presenta dificultades cuando se pretende abarcar con visos de generalidad, dada la pluralidad de situaciones que comprende y sus particularidades considerables, razón por la cual, salvo en lo atinente a un efecto común relativo a su interpretación aceptado con carácter general, no todos los contratos enlazados producen los mismos efectos (...).”⁵⁴²(énfasis agregado)

Como se desprende de esta cita, la comprobación de los elementos configuradores de la teoría de los contratos conexos no permite atribuir, de inmediato, efectos jurídicos generales a un conjunto de contratos, salvo su interpretación conforme al principio de la buena fe como

⁵⁴⁰Ver ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, “Los Contratos Coligados en el Derecho del Comercio Internacional”, en *Anuario Euro-peruano de Derecho del Comercio*, No. 2/3, 2006, pp.110-111.

⁵⁴¹Ver SACCO, citado por VAZQUEZ REBAZA, *supra note* 525, p.16 (El autor señala que de un supuesto de contratos conexos podrían derivarse distintas consecuencias jurídicas. En particular, el autor ha reconocido trece consecuencias jurídicas, algunas de estas son: la interdependencia de los contratos conlleva que las vicisitudes de uno repercuten sobre las del otro, condicionándolo a su validez y eficacia; la anulación, la resolución y el desistimiento no pueden afectar a un contrato sin afectar a toda la cadena; quien es parte de un contrato coligado puede impugnar toda la cadena; el derecho de retención se comunica de un contrato a otro; etc.).

⁵⁴²Ver BERNARD, *supra note*529, p. 1465.

bien hemos apuntado. Por tanto, la atribución de ciertas consecuencias jurídicas a un grupo de contratos vinculados dependerá del supuesto de hecho que se evalúe.⁵⁴³

En ese sentido, la doctrina ha recogido que la configuración de un supuesto de contratos conexos no siempre determina la extensión de la cláusula arbitral contenida en uno de los contratos hacia el resto, debido a que un supuesto como éste –en el cual se configuran una pluralidad de partes y contratos- no es fácil determinar si las partes han consentido en someter a un solo proceso arbitral todas las controversias que surgen del grupo de contratos.⁵⁴⁴ Hanotiau –uno de los principales estudiosos sobre el efecto de un acuerdo arbitral en una pluralidad de contratos- ha señalado, principalmente, dos situaciones que podrían impedir la extensión de la cláusula arbitral contenida en un contrato hacia el resto de contratos conexos: (i) que las partes en los contratos no sean idénticas; y, (ii) que las cláusulas de solución de controversias no sean idénticas, o compatibles, o que uno o más contratos no contengan cláusula alguna.⁵⁴⁵ Estas situaciones han conllevado, por tanto, a que en un supuesto de contratos conexos, los tribunales en determinadas circunstancias hayan extendido la cláusula arbitral contenida en uno de los contratos vinculados hacia el resto, mientras que en otras no.⁵⁴⁶ De ahí, que Hanotiau en su investigación sobre el tema haya concluido que: “[a]ny attempt to induce general principles should never overlook the very important factual dimension of any given case”.⁵⁴⁷

Sin perjuicio de esta conclusión, Born y Hanotiau han señalado que la gran mayoría de tribunales han adoptado dos posiciones en este supuesto: (i) cuando las partes no son idénticas y además los contratos contienen cláusulas de solución de controversias incompatibles, es probable que una cláusula arbitral no se extienda al resto de los contratos; y, (ii) cuando las partes del grupo de contratos son las mismas y las cláusulas de solución de controversias no son incompatibles, entonces, es factible que la cláusula arbitral se extienda al grupo contractual.⁵⁴⁸ El fundamento de este último supuesto, según Hanotiau, se basa en que la determinación de un grupo de contratos conexos –comprendidos como una pluralidad de contratos con un fin común e indivisible- supone la voluntad de las partes para someter las

⁵⁴³Ver LOPEZ FRÍAS, *supra* note 531, p. 302.

⁵⁴⁴Ver HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, The Netherlands: Kluwer Law International, pp. 101-104.

⁵⁴⁵*Ibid.*, p. 103.

⁵⁴⁶*Ibid.*, pp. 101-162.

⁵⁴⁷*Ibid.*, p. 160.

⁵⁴⁸*Ibid.*, p. 161; BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, pp. 1113-1115.

controversias que resulten de estos a un mismo proceso arbitral. Por otro lado, el autor sostiene que una decisión como ésta impide la emisión de decisiones contradictorias que podrían surgir a partir de la fragmentación de este grupo de contratos conexos.

Esta breve descripción de la teoría de los contratos conexos permite comprender que el reconocimiento de un grupo de contratos con un fin en común (la unidad de la inversión) no es inherente al arbitraje de inversiones CIADI, sino que es una figura contractual que reconoce que en la actualidad el interés de los sujetos al contratar no solo se realiza a través de un contrato de manera aislada, sino también de un grupo de contratos que, aunque autónomos, persiguen un fin unitario. En ese sentido, la teoría de los contratos conexos permite comprender a la figura de la unidad de la inversión, la cual –al igual que el instituto de los contratos conexos- lo que hace es reconocer que una inversión puede constituir una operación económica compleja que involucra un conjunto de contratos con un fin en común.

Así, pues, cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI es un contrato, es necesario concebir que una inversión no solo se puede realizar a través de una operación contractual, sino también de un conjunto de contratos. En contraste, cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un tratado, no es necesario aplicar esta teoría debido a que, como hemos expresado en el capítulo anterior, la inversión se define en estos acuerdos de manera bastante amplia, siendo posible que ésta se conciba o esté conformada por un grupo de diversas operaciones, las cuales pueden ser evaluadas de manera conjunta por un tribunal arbitral CIADI. Por estas razones, la teoría de la unidad de la inversión se aplica a los casos CIADI cuya fuente de consentimiento constituye un contrato, debido a que solo en este supuesto es necesario concebir que la inversión se realiza a través de un grupo de contratos y, como consecuencia de ello, en determinadas circunstancias, las controversias que surgieran del grupo contractual pueden ser evaluadas por un solo tribunal arbitral.

Esta comprensión de la inversión permite entender que los elementos necesarios para que se configure un supuesto de “unidad de inversión” son los mismos que en la teoría de los “contratos conexos”. Así, pues, como hemos observado en los casos evaluados, los tribunales concibieron un supuesto de “unidad de inversión” al verificar: (i) un grupo de contratos autónomos; (ii) que tenían como fin unitario: el desarrollo de una inversión. Este último elemento, de la misma manera que en un supuesto de contratos conexos, ha sido determinado

de la voluntad expresada por las partes en distintos documentos: los contratos, documentos preparatorios a su celebración y hasta la legislación correspondiente.

Asimismo, la configuración de un supuesto de la “unidad de la inversión”, al igual que en el caso de los contratos conexos, tampoco permite extender, de manera inmediata, la cláusula arbitral contenida en uno de los contratos vinculados hacia el resto. Es cierto, que en los casos *Holidays Inns v Marruecos* y *SOABI v Senegal*, esta afirmación parece no desprenderse. Sin embargo, consideramos que ambas decisiones son erróneas porque dejan de lado el requisito fundamental del arbitraje: el consentimiento. Y en ese sentido, el caso *Duke v Perú* expone un razonamiento acorde con lo afirmado en el supuesto de “contratos conexos”, según el cual la “unidad de inversión” no determina el alcance del acuerdo arbitral.

En el caso *Holidays Inns v Marruecos*, como recordamos, en virtud de la teoría de la unidad de la inversión, el tribunal decidió someter al arbitraje CIADI las controversias que surgieron de los contratos de préstamos, a pesar que estos contratos poseían sus propias cláusulas de solución de controversias. Esta decisión, a nuestro parecer, si bien demostró que el contrato de construcción y los contratos de préstamo formaban una unidad económica, no explicó las razones para desconocer las cláusulas de solución de controversias establecidas en los contratos de préstamo y, de tal manera, someter las controversias que resultaron de estos a la cláusula arbitral CIADI. En otras palabras, la determinación de la unidad de la inversión no constituye un argumento suficiente para desestimar la voluntad de las partes para someter las controversias que resultaban de los contratos de préstamo a sus propios tribunales.

En el caso *SOABI v Senegal*, como explicamos, el tribunal extendió la cláusula arbitral CIADI contenida en el Acuerdo de Establecimiento a las controversias que surgieron de otros acuerdos, en virtud de la teoría de la unidad de la inversión. Sin perjuicio del razonamiento indicado para determinar la unidad de la inversión, esta decisión ha sido criticada por distintos autores porque no explica la razón por la cual se decidió que el Acuerdo de Establecimiento –el cual fue uno de los últimos acuerdos celebrados por las partes- comprendía a los otros acuerdos. Las críticas fueron recogidas por Hanotiau, quien indicó que:

“The three contracts undoubtedly formed a unified contractual scheme. But on the other hand, it would have been more justified to conclude to the incorporation of the Establishment Agreement in the first two agreements than the contrary. The first two agreements concerned the whole transaction while the Establishment Agreement only

*concerned the execution of part of it, namely the setting up of the prefabrication plant. In other words, for these commentators, even if the solution reached by the tribunal was justified, the reasoning was subject to criticism”.*⁵⁴⁹

En este texto se advierte que a pesar de la determinación de la unidad de la inversión entre estos acuerdos contractuales, es bastante criticable que el Acuerdo de Establecimiento comprendiera a los otros acuerdos, celebrados anteriormente entre las partes. Y en ese sentido, es cuestionable que la cláusula arbitral CIADI, la cual se restringía a “evaluar los derechos y obligaciones comprendidas en el Acuerdo de Establecimiento”, fuera interpretada de manera amplia para comprender las controversias que surgieran de la unidad de la inversión determinada.

En estos dos casos observamos que los tribunales arbitrales asimilaron la voluntad de las partes para realizar una operación en común a través del grupo de contratos (la unidad de la inversión), con el consentimiento para someter a un solo procedimiento arbitral a este mismo grupo contractual, sin evaluar las particularidades de cada caso que determinaban lo contrario. En efecto, sin perjuicio de la determinación de la unidad de la inversión, en ambos casos existían ciertos indicios –como el sometimiento de los contratos de préstamo a los tribunales nacionales del Estado o la interpretación de la cláusula arbitral- que impedían inferir la voluntad de las partes para someter a un grupo contractual a un solo proceso arbitral. Por el contrario, en ambos casos se podía comprender la fragmentación de la solución de las controversias en el grupo de contratos.

En el caso *Duke v Perú*, por otro lado, el tribunal señaló que la inversión estaba conformada por todas las operaciones contractuales que había celebrado Duke con el Estado peruano para adquirir a la empresa DEI Egenor (unidad de inversión). Esta decisión, sin embargo, no significó que el tribunal extendiera la cláusula arbitral contenida en el CEJ DEI Bermuda al resto de CEJ o que el tribunal poseyera jurisdicción para evaluar las controversias que surgieran de todos los CEJ que conformaban la inversión. El razonamiento del tribunal, en ese sentido, fue que de la interpretación de la cláusula arbitral se desprendía que éste solo poseía jurisdicción para evaluar las controversias que surgieran del CEJ DEI Bermuda y que, por ende, no poseía jurisdicción para evaluar las controversias que surgieran del resto de

⁵⁴⁹HANOTIAU, *supra note*544, p. 143.

contratos considerados parte de la inversión. En palabras del tribunal: “*the unity of the investment does not necessarily imply the unity of the protection of the investment*”.⁵⁵⁰

La decisión del caso *Duke v Perú*, por tanto, a diferencia de los casos explicados anteriormente, demuestra que la comprensión de la unidad de la inversión a través de un grupo de contratos relacionados, no siempre implica la extensión de la cláusula arbitral contenida en uno de estos contratos hacia el resto. Este caso, entonces, marca la diferencia entre la determinación de la inversión a través de un grupo de contratos (la unidad de la inversión) y la jurisdicción del tribunal sobre dicho grupo de contratos. Es decir, que cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un contrato, la determinación del requisito de inversión a través de un conjunto de contratos es independiente de la determinación de la jurisdicción del tribunal para evaluar las controversias que surgen del grupo contractual. En otras palabras, un tribunal arbitral puede determinar que la inversión se ha efectuado a través de un grupo de contratos, sin importar que su protección no haya sido determinada de manera conjunta sino fragmentada, como en el caso.

Justamente, una figura que permite comprender que la “unidad de la inversión” no implica que el tribunal posee jurisdicción para evaluar las controversias que surgen de un grupo de contratos es el “*taking of consideration*”. Esta figura ha sido empleada de manera general por el Derecho Internacional Privado para demostrar que la vinculación de los contratos con el fin de establecer la protección otorgada por un contrato, no determina la jurisdicción del tribunal sobre dichos contratos. Esta figura también ha sido aplicada en el caso CIADI *Klockner v Cameroon*.⁵⁵¹ Así que, para comprender su aplicación explicaremos brevemente este caso.

En el caso *Klockner v Cameroon*, la demandante, empresa alemana, suscribió con Camerún distintos acuerdos. Dos de ellos, el Protocolo de Acuerdo y el Acuerdo de Suministro, que disponían la construcción de una planta de fertilizantes, contenían cláusulas arbitrales CIADI; mientras que el otro, el Acuerdo de Administración disponía un arbitraje CCI. *Klockner* se comprometió a suministrar y construir la planta de fertilizantes para que luego la empresa sea operada por un *joint venture* cameruniano, que *Klockner* se encargaría de administrar. La controversia surgió entre las partes debido a la inadecuada administración de la empresa de fertilizantes (*Socame*) por parte de *Klockner*, que produjo el cierre de la empresa. *Klockner*

⁵⁵⁰ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v Republic of Peru*, Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 1, 2006, §133.

⁵⁵¹ HANOTIAU, *supra note* 544, pp. 154-160.

demandó a Camerún ante un tribunal arbitral CIADI por el saldo del pago pendiente por el suministro efectuado a la empresa Socame. Camerún presentó una reconvencción alegando la mala administración de Klockner. Camerún se apoyó en una disposición del Protocolo de Acuerdo que señalaba que Klockner “*shall have responsibility for the technical and comercial management of the company (Socame) which shall be ensured by a management agreement*”.

El tribunal arbitral reconoció su jurisdicción sobre la reconvencción presentada por Camerún, debido a que éste poseía competencia para decidir sobre la ejecución de las obligaciones adoptadas por las partes, entre ellas sobre la responsabilidad de Klockner por la administración técnica y comercial de Socame –la cual se encontraba asegurada por el Acuerdo de Administración-. En ese sentido, este tribunal señaló que no tenía competencia para resolver las controversias que surgían exclusivamente del Acuerdo de Administración. Klockner sometió esta decisión al recurso de anulación porque los árbitros habrían excedido su competencia al pronunciarse sobre la supuesta mala administración de Socame por parte de Klockner, la cual de acuerdo al Acuerdo de Administración debió ser sometida al arbitraje CCI.⁵⁵² El Comité rechazó el argumento de Klockner, señalando que:

*“It is appropriate to distinguished between two aspects: (i) giving effect (which includes interpretation) to the management contract, which escapes the jurisdiction of the tribunal in the latter’s opinion, and (ii) **taking the same contract into consideration for the purposes of interpretation and application of the protocol of agreement and in order to understand the general context of the relationship between the parties to the arbitration.** As the consistent practice of international arbitral tribunals demonstrates, **the second type of activity is perfectly possible, normal and called-for and need not be inhibited by the lack of jurisdiction of the tribunal over the management contract.** By contrast, the first type of activity is not open to a tribunal lacking jurisdiction, as the award itself expressly recognizes: ‘the tribunal lacks jurisdiction to rule on the management contract itself or on its interpretation’.”⁵⁵³ (énfasis agregado)*

En esta cita se desprende que el Comité de anulación desestimó el argumento de Camerún, sobre la falta de jurisdicción del tribunal arbitral CIADI para pronunciarse sobre la

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ *Klockner v Republic of Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2, Application for Annulment Submitted by Klockner against the Arbitral Award rendered on October 21, 1983, citado por HANOTIAU, *supra note* 520, p. 156.

responsabilidad de Klockner por la administración de Socame, debido a que éste se pronunció sobre dicha responsabilidad en virtud del Protocolo del Acuerdo, sobre el cual poseía jurisdicción. El Comité explicó que en este caso el tribunal no interpretó el Acuerdo de Administración, sobre el cual no poseía jurisdicción, sino que simplemente se refirió a éste (taking of consideration) para comprender la relación que existía entre las partes y los acuerdos. En este razonamiento, por tanto, el Comité diferenció entre la interpretación de un Acuerdo sobre el cual un tribunal no posee jurisdicción y la referencia al mismo Acuerdo, lo cual no implica su jurisdicción sobre dicho acuerdo.⁵⁵⁴

De la misma manera que en el caso Klockner v Camerún, en el caso Duke v Perú el tribunal empleó otros contratos que no contenían la cláusula arbitral CIADI con el propósito, no de interpretarlos –debido a que no poseía jurisdicción sobre ellos–, sino para evaluar la protección otorgada por el CEJ DEI Bermuda. Es decir, que en un caso como el de Duke, en el cual el tribunal había indicado que solo poseía jurisdicción para evaluar las controversias que surgían del CEJ DEI Bermuda, el empleo de otros contratos en su decisión de jurisdicción no determinaba su competencia sobre estos, sino una simple referencia para comprender el contexto en el cual las partes habían celebrado la inversión -consustancial al grupo contractual.

Este razonamiento, sin embargo, no impide que en determinados casos sea posible extender la cláusula arbitral contenida en uno de los contratos vinculados hacia el resto del grupo contractual. Pero para ello, consideramos que de la evaluación del grupo contractual no deben desprenderse ciertos indicios que impidan comprender el sometimiento de todo el grupo contractual a un solo proceso arbitral, tales como que cada contrato posea su propia cláusula de solución de controversias (Holidays Inns v Marruecos). De lo contrario, como hemos determinado en los casos Holidays Inns v Marruecos y SOABI v Senegal, se atentaría de manera deliberada contra el fundamento del arbitraje: el consentimiento.

Este análisis demuestra que la posición adoptada por Schreuer –el principal comentarista sobre la Convención CIADI– sobre la función de la figura de la “unidad de la inversión” es cierta en parte. Schreuer ha indicado que esta teoría permite comprender el siguiente problema:

“An investment operation typically involves a number of ancillary transactions. They may include financing, the acquisition of property, purchase of various goods, marketing of

⁵⁵⁴ *Klockner v Republic of Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2, Application for Annulment Submitted by Klockner against the Arbitral Award rendered on October 21, 1983, §52(c).

*produced goods and tax liabilities. In economic terms, these transactions and contracts are all more or less linked to the investment. But whether these peripheral activities and disputes relating to them arise directly out of the investment for purposes of ICSID's jurisdiction may be subject to doubt. **An examination of ICSID practice on the directness of disputes in relation to the investment is complicated by several factors. Transactions that are ancillary to the investment operation are often carried out by means of separate contracts and through distinct juridical persons both on the side of the Contracting State and on the side of the investor. These separate contracts, though clearly related to the investment, may even contain their own dispute settlement provisions, usually referring to domestic courts. These questions of legal form may obfuscate the issue of directness in relation to ICSID jurisdiction (...) It is impossible to draw a precise line in general terms between disputes arising directly and those arising only indirectly out of investments***".⁵⁵⁵(énfasis agregado)

En esta cita se observa que el autor reconoce que una inversión puede estar conformada por distintas transacciones que poseen un vínculo directo o lejano con la inversión, y, por ende, las controversias que surjan de éstas también poseen una relación más directa o lejana con la inversión. Como consecuencia de esta realidad, el autor considera que la teoría de la "unidad de la inversión" ha sido empleada por los tribunales arbitrales para determinar el vínculo directo que existe entre la inversión efectuada y las controversias planteadas, según el artículo 25 del Convenio CIADI, y que, por ende, su efecto jurídico es la evaluación de controversias que aparentemente no surgen directamente de la operación considerada como una inversión. Sin embargo, en el mismo texto, el autor cataloga de imposible la determinación del vínculo directo o indirecto que existe entre la inversión y las controversias a través de esta figura.⁵⁵⁶

La posición de Schreuer sobre la figura de la unidad de la inversión es cierta porque es verdad que ésta tiene como finalidad determinar que las controversias planteadas surgen de una inversión; sin embargo no es cierto que ésta permita considerar que las controversias tienen un vínculo más directo o indirecto con la inversión.⁵⁵⁷ Este error proviene de considerar

⁵⁵⁵SCHREUER, *supra* note 67, pp.108-109 y 112.

⁵⁵⁶*Ibid.*, p. 112.

⁵⁵⁷Sobre el vínculo que debe corroborarse entre la inversión y la controversia, coincidimos con DOUGLAS, *supra* note 16, pp. 242-247. (El autor explica que el vínculo entre la medida alegada y la inversión es un requisito indispensable en todos los tratados de inversión, independientemente de la redacción de cada tratado. Por ejemplo, que la controversia tenga conexión "in connection with" con una inversión, que surja "arising out" de una

que una inversión se expresa a través de un único contrato y que, por ende, las controversias que surgen de otros contratos, que no poseen la cláusula arbitral CIADI, surgen indirectamente de la inversión.

Una inversión, como el mismo autor ha reconocido, puede comprender un número de diversas transacciones. En ese sentido, cuando el contrato es la fuente de la inversión, es preciso comprender que esta inversión no solo se realiza a través de un solo contrato, sino de un conjunto de contratos, porque todos tienen como propósito único el desarrollo de la inversión. Así, pues, como hemos evaluado en los casos, esta teoría de la “unidad de la inversión” ha sido empleada por los tribunales para comprender, antes que el vínculo directo entre la inversión y la controversia, la inversión efectuada. En particular, esta situación se hizo evidente en los casos CSOB v La República Eslovaca y Duke v Perú, debido a que en ambos, antes de evaluar si las controversias planteadas surgían de la inversión, se determinó que la inversión se había realizado a través de un conjunto de operaciones contractuales.

En el caso CSOB, el tribunal determinó que la inversión consistía en el desarrollo de la actividad de CSOB en dos Estados recién constituidos; por ello, el contrato de consolidación y el contrato de préstamo eran parte de las operaciones que conformaban esta inversión. Como consecuencia de ello, las controversias que surgieron del contrato de préstamo pudieron ser evaluadas por el tribunal arbitral. En el caso Duke v Perú, el tribunal estableció que la inversión consistía en todas las actividades desarrolladas por Duke para adquirir a DEI Egenor y, como consecuencia de ello, todos los CEJ suscritos por éste eran parte de esta inversión. Luego, las controversias planteadas por Duke pudieron ser evaluadas por el tribunal.

En ambos casos observamos que la figura de la unidad de la inversión fue empleada para comprender si las controversias planteadas surgían de la inversión, pero antes fue

inversión, con respecto “with respect to” a una inversión, relacionada “concerning o relating” a una inversión. El autor señala que el Gobierno canadiense ha señalado en su Declaración de Implementación del NAFTA que el demandante debe demostrar este vínculo como una “evidencia *prima facie* de que la medida ha afectado a la inversión”. Esta interpretación resuelve la ambigüedad sobre el vínculo existente entre la medida realizada y la inversión, permitiendo que el demandante pruebe este vínculo. Así, pues, en una etapa preliminar del proceso se evita recurrir al argumento de causalidad entre la medida y el daño causado a la inversión. El autor considera que esta medida debe ser identificada como una “property-limitation rule” (regla de limitación a la propiedad)). Una posición contraria cuestiona que el vínculo entre la inversión y la controversia pueda cumplirse bajo la redacción amplia de lo indicado en los AII, mientras que no cumpla con el criterio señalado en el CIADI. De ahí, que algunos autores consideran que los inversionistas pueden recurrir a otros foros de solución de controversias distintos al CIADI. Ver *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2007, pp. 20-22.

necesario descifrar que dicha inversión se realizó a través de un conjunto de contratos. En ese sentido, es cierto lo afirmado por Schreuer sobre que esta teoría sirve para comprender si las controversias planteadas surgen de la inversión considerada, pero para ello es necesario comprender antes que dicha inversión se ejecutó a través de un grupo de contratos.

En este orden de ideas, no cabe duda de que la teoría de la unidad de la inversión ha sido empleada por los tribunales para evaluar si las controversias planteadas surgieron de una inversión, pero para ello antes fue necesario comprender que dicha inversión se realizó a través de un conjunto de operaciones contractuales. Es decir, que esta figura permite comprender que cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un contrato, una inversión se puede realizar no solo a través de un contrato sino de un conjunto de contratos, siempre que estos posean como fin económico común el desarrollo de la inversión. Esta concepción de la inversión igual que la teoría de los contratos conexos –a la cual se asimila,⁵⁵⁸ no permite extender la cláusula arbitral CIADI contenida en uno de los contratos hacia el grupo contractual, porque de lo contrario se desconocería el fundamento de cualquier tipo de arbitraje: el consentimiento.

⁵⁵⁸ HANOTIAU, *supra note* 544, pp. 142-143 (La misma posición la ha dejado entre ver el autor, quien evalúa el caso SOABI v Senegal como un supuesto de multicontract arbitration).



Capítulo Cuarto

La importancia de la interpretación adoptada por los tribunales arbitrales CIADI sobre el término inversión en el caso peruano

IV.1. La importancia de las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales CIADI para los Estados que acogen este régimen de solución de controversias

Las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales CIADI, al igual que en la gran mayoría de los tribunales internacionales, solo resultan vinculantes para las partes en el proceso.⁵⁵⁹ Es decir, que las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales CIADI no constituyen decisiones vinculantes para otros casos. Así, lo expresa el artículo 53.1 del Convenio CIADI, el cual establece que: “*El laudo será obligatorio para las partes (...)*”. De ahí, que los tribunales arbitrales CIADI puedan interpretar la misma disposición de un tratado de manera disímil, e incluso contradictoria; pues no están obligados a emplear las decisiones emitidas en otros casos para seguir un mismo criterio.⁵⁶⁰

Sin embargo, en el DII existe, como bien hemos apuntado, lo que se denomina un sistema de “*precedente de facto*” o de “*jerarquía de la razón*”, en el cual los tribunales se refieren a las decisiones emitidas en otros casos con el fin de fortalecer el razonamiento de su decisión o apartarse de éstas.⁵⁶¹ De esta manera, las decisiones pobres en razonamiento no son empleadas en casos posteriores, mientras que las decisiones bien razonadas y sustentadas, aunque se aparten de los criterios empleados anteriormente, pueden sobrevivir, generar predictibilidad en el sistema y, sobre todo, contribuir al desarrollo del DII.⁵⁶² Esta situación ha sido representada por Paulsson a través de una pelea en la evolución Darwiniana,

⁵⁵⁹ Ver GUILLAUME, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1, 2011, p.16.

⁵⁶⁰ Ver *supra* note 135.

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² Ver KAUFMANN-KOHLER, *supra* note 135, p. 375; DI PIETRO, *supra* note 135, p. 92; SCHREUER, Christoph, “The Future of Investment Arbitration”, (Consulta: 05/01/2010), en http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf (El autor señala que, actualmente, en el Derecho de las Inversiones existe un sistema de precedentes de facto, el cual se seguirá manteniendo como la mejor manera de obtener decisiones consistentes en el sistema. Sin perjuicio de ello, recomienda un sistema de reglas preliminares, que requiere únicamente la suspensión del proceso mientras se resuelve una cuestión de Derecho. Este sistema es similar al Derecho Europeo. De esta manera se prevendría el desarrollo de inconsistencias, sin crear un sistema costoso de apelaciones).

en la cual solo los mejores sobreviven “*good awards will chase the bad, and set standards which will contribute to a higher level of consistent quality*”.⁵⁶³

En ese sentido, las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales CIADI resultan importantes para los Estados que acogen este régimen de solución de controversias porque les permite comprender las decisiones que podrían ser adoptadas por estos tribunales en casos futuros y, en ese sentido, identificar los problemas que surgen alrededor de este sistema, con el fin de adoptar soluciones que permitan mantener su viabilidad.⁵⁶⁴

IV.2. La importancia de la interpretación adoptada por los tribunales arbitrales CIADI sobre el término inversión en el caso peruano

Las conclusiones alcanzadas en este trabajo sobre la interpretación adoptada por los tribunales arbitrales CIADI en relación al término inversión cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un contrato o un AII resultan importantes para el Estado peruano porque éste, a diferencia de la gran mayoría de Estados, se ha sometido al arbitraje de inversiones CIADI no solo a través de los AII, sino también de contratos. Por ello, la interpretación adoptada por los tribunales arbitrales CIADI en relación a este término podría ser adoptada en cualquier caso en el cual se viera involucrado el Estado peruano. De ahí, que resulta importante para el Estado peruano conocer las interpretaciones que le vienen otorgando los tribunales arbitrales CIADI a este término no solo para comprender las decisiones que podrían ser emitidas por los tribunales arbitrales en relación a éste, sino también identificar los problemas que existen en torno a éste y, de tal manera, realizar las reformas necesarias en el régimen de los AII y los contratos, con el fin de obtener decisiones predecibles en relación a dicho punto.

De lo contrario, el Estado peruano mantendría una política de reconocimiento del arbitraje de inversiones sin conocer verdaderamente las repercusiones que implica este sistema. En palabras de UNCTAD:

“While countries like Peru have followed investment promotion strategies, including the conclusion of IIAs, there has not always been appropriate information sharing among

⁵⁶³ PAULSSON, J, *International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law*, paper presented at the ICCA Congress 2006, Montreal, Canada.

⁵⁶⁴ Ver FRANCK, *supra* note 134, pp. 82-98.

*relevant domestic actors of the scope and broad application of these commitments to ensure proper implementation and compliance”.*⁵⁶⁵

IV.2.1. Cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un tratado

La interpretación adoptada por los tribunales arbitrales CIADI sobre el término inversión cuando su fuente de consentimiento constituye un AII ha permitido comprender que la controversia en torno a este término no es inherente al arbitraje de inversiones CIADI, sino al sistema de inversiones.⁵⁶⁶ Así, pues, cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un AII, la definición de inversión establecida en estos AII no resulta suficiente para comprender la noción de este término y los tribunales arbitrales no pueden limitar tan fácilmente la definición de inversión amplia establecida en los AII. De ahí, que resulta probable el empleo de los criterios considerados por la casuística CIADI en futuros casos con el fin de comprender la noción de este término, debido a que estos comprenden el aspecto económico de la inversión.

En ese sentido, con el fin de evitar los problemas que se han suscitado en torno a la interpretación de este término cuando la fuente de consentimiento al arbitraje constituye un AII, se planteó que los Estados –que mantienen su reconocimiento al sistema de inversiones– precisen la definición de inversión establecida en sus AII, limitando la lista de bienes considerados como inversión y, sobre todo, incluyendo algunos de los criterios considerados por la casuística CIADI. De esta manera, se concibe una noción de inversión “dual complementaria”, que se encuentra compuesta por un aspecto legal y otro económico. El aspecto legal se comprende como la lista de bienes o derechos de propiedad considerados en los AII. El aspecto económico está constituido por los criterios considerados por la casuística CIADI, tales como “la contribución de recursos económicos en el territorio del Estado receptor de la inversión, el riesgo y la expectativa de ganancias”.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ *Best Practices in Investment for Development. Cases Studies in FDI. How to Prevent and Manage Investor-State Disputes. Lessons from Peru.* UNCTAD. 2011, p. 42.

⁵⁶⁶ Para ver un análisis más detallado sobre casuística no CIADI ver SILVA ROMERO, *supra* note 117 (El autor comparte la postura sobre que la problemática en relación a la interpretación de este término no es inherente al arbitraje de inversiones CIADI sino al sistema de inversiones).

⁵⁶⁷ Ver *supra* Capítulo II.5.

En virtud de las conclusiones alcanzadas en este punto se recomienda que el Estado peruano adopte en sus AII una definición limitada del término inversión⁵⁶⁸ –noción dual complementaria- manteniendo su sometimiento al arbitraje de inversiones CIADI. Sin embargo, de los 33 AII suscritos por el Estado peruano si bien la gran mayoría de estos mantiene su sometimiento al arbitraje de inversiones CIADI, unos 21 poseen una definición amplia y 10 una definición limitada.⁵⁶⁹ En este contexto, se comprende que en futuras controversias en las cuales se involucre el Estado peruano, los tribunales arbitrales CIADI pueden adoptar interpretaciones disímiles sobre la definición de este término en los AII.

Ahora bien, la política adoptada por el Estado peruano en relación a la definición del término inversión en sus AII se comprende como parte del contexto actual en materia de inversiones, debido a que solo un grupo de Estados se encuentran reformulando sus disposiciones en estos acuerdos. En ese sentido, la definición amplia del término inversión en los AII suscritos por el Estado peruano correspondería a aquellos AII que aún no han sido renegociados;⁵⁷⁰ mientras que la definición limitada correspondería a aquellos AII que vienen siendo reformulados por los Estados, con el fin de mantener un régimen de protección de las inversiones extranjeras más predecible.⁵⁷¹

Sin embargo, en el nuevo TLC con China (2010) se observa una definición amplia del término inversión, que comprende solo el aspecto legal de este término, sin incluir los criterios considerados en el aspecto económico. Esta situación supondría que el Estado peruano, en

⁵⁶⁸Ver SCHILL, W, Stephan, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 145. (El autor explica a través de su tratado sobre el análisis de la cláusula de la NMF que ésta no puede extender el ámbito de aplicación del tratado base. Es decir, que a través de la cláusula de NMF no se puede emplear una definición más amplia de inversión, establecida en otro tratado). Ver también *Yaung Chi Oo Trading v Myanmar, Societe Generale v Dominican Republic y Tecmed v Mexico*.

⁵⁶⁹Ver Anexo 2.

⁵⁷⁰De los 33 AII suscritos por el Estado peruano 21 de estos mantienen una definición amplia del término inversión. Al menos los principales Estados inversionistas en nuestro país (España, Reino Unido, Países Bajos, Francia, Suiza, Canadá), no han llevado a cabo un proceso de reformulación y replanteamiento de sus AII. Ver (Consulta 30/01/2012)

<http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandardsinHijos.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=1537>.

⁵⁷¹Ver *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2007, p. 92 (Este documento señala que el incremento de las controversias de inversiones ha probado la astucia de negociar AII con disposiciones amplias e imprecisas. Así, pues, mientras más amplio e impreciso es el texto de un AII, existe mayor posibilidad de que un mismo texto pueda ser interpretado de manera distinta e incluso contraria. Esta situación por tanto incrementará la posibilidad del surgimiento de un mayor número de controversias entre el inversionista y el Estado, pero además significa la posibilidad de que el tribunal arbitral tenga la tarea de identificar el significado de este término. Claramente, uno de los objetivos de los AII es promover la predictibilidad y certeza en los inversionistas, pero también para los Estados receptores, y sobre este punto, disposiciones amplias e imprecisas no sirven a los intereses de ninguno de estos).

oposición a lo antes señalado, no posee una política definida y uniforme, al menos, sobre la definición del término inversión en sus AII. Y en este sentido, cualquier controversia futura sobre la interpretación amplia otorgada por los tribunales arbitrales a este término, no puede atribuirse al sistema de solución de controversias⁵⁷² –como lo han considerado algunos Estados en virtud de la problemática existente- sino a la redacción otorgada por los Estados en sus AII.⁵⁷³

IV.2.2. Cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un contrato

En este supuesto, como hemos observado, la casuística ha mostrado que pueden presentarse dos controversias. Primero, si el contrato contiene una cláusula arbitral CIADI implica la existencia de una inversión cubierta por el CIADI, en virtud a que este requisito constituye una condición objetiva para su jurisdicción. En este caso, los tribunales arbitrales no han denegado su jurisdicción por el incumplimiento de este requisito; sin embargo, han considerado el cumplimiento de ciertos criterios para verificar su existencia como: el aporte de capital u otros recursos en el Estado receptor de la inversión, la expectativa de obtener ganancias y el riesgo de la operación, tal como han sido considerados en los casos cuya fuente de consentimiento constituye un tratado.⁵⁷⁴

Segundo, como consecuencia de la falta de claridad sobre la noción de una inversión cuando ésta se constituye a través de un contrato, se ha cuestionado si la inversión que subyace a un contrato comprende no solo el contrato que contiene la cláusula arbitral CIADI, sino un conjunto de contratos. De tal manera, que se puedan evaluar las controversias que surgen de este grupo de contratos, con los cuales el contrato con cláusula arbitral CIADI posee un fin económico común. En este caso, los tribunales arbitrales han considerado que una inversión por su naturaleza puede involucrar un conjunto de contratos, siempre que estos posean un fin económico único. Y como consecuencia de ello, el tribunal arbitral puede evaluar

⁵⁷²Ver PAULSSON, Jan, “El Poder de los Estados para Hacer Promesas Significativas a los Extranjeros”, en *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 6, No. 21, 2009, pp.7-21

⁵⁷³Ver *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a seguir*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, 2008, p. 43 (El documento indica que uno de los problemas existentes en el DI consiste en problemas del contenido de los AII. Una de las soluciones para este problema consiste en promover la coherencia de las políticas).

⁵⁷⁴*Versupra* Capítulo III.1.1.

las controversias que surjan del grupo contractual, siempre que no existan indicios suficientes que determinen lo contrario.⁵⁷⁵

Estas conclusiones resultan importantes para el Estado peruano porque éste ha suscrito, y puede seguir suscribiendo,⁵⁷⁶ contratos –denominados CEJ- con cláusulas arbitrales CIADI.⁵⁷⁷ Además, estos CEJ incluyen una cláusula que define la inversión.⁵⁷⁸ En los casos que ha tenido que enfrentar el Estado peruano–Duke y Aguaytía-, no obstante, no se ha discutido si el CEJ en controversia verificaba la existencia de una inversión cubierta por el CIADI. Esto responde quizás al reconocimiento de las partes en cuanto a que los CEJ pertenecen a un

⁵⁷⁵ *Versupra* Capítulo III.1.2.

⁵⁷⁶ Constitución Política del Perú (1993) Artículo 62: “[l]a libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

Constitución Política del Perú (1993) Artículo 63: “[e]l Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que lo disponga la ley”.

Decreto Legislativo 662. Artículo 16: “El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú”.

Decreto Legislativo 757. Artículo 48: “En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual”.

⁵⁷⁷ Ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Lima: Fondo Editorial UPC, 2007, pp. 811-881 (El autor analiza el marco regulatorio de los CEJ y en particular el medio de solución de controversias establecido en estos desde 1993 hasta el 2006. El autor explica que en 12 de estos CEJ suscritos con un inversionista extranjero existe un sometimiento directo al arbitraje CIADI, mientras que en otros 3 el sometimiento a este arbitraje es seguido del procedimiento dispuesto en el TBI Perú- Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Asimismo, el autor expresa que en los CEJ suscritos durante este periodo con Empresas Receptoras de inversión no existe sometimiento al arbitraje CIADI. El autor cuestiona la falta de sometimiento a este tipo de arbitraje en ambos casos debido a las ventajas que éste posee frente a un arbitraje nacional *ad hoc*). Para efectos de este trabajo hemos revisado los CEJ publicados en el portal web de PROINVERSIÓN y hemos recogido que desde el 2000 hasta el 2011 solo tres CEJ suscritos con empresas extranjeras contienen una cláusula arbitral CIADI, mientras que ninguno de los CEJ suscritos con las empresas receptoras contienen esta cláusula. (Consulta: 15/01/2013) en <http://www.proinversion.gob.pe/webdoc/convenios/>

⁵⁷⁸ Ver Anexo 3. La cláusula que define la inversión en el caso Duke es una disposición común en los CEJ por ejemplo algunos de los CEJ que contienen el mismo problema que Duke son: Telefónica SAM de Uruguay (2000); South American Crossing Ltd. de Bermuda (2001); Tractebel S.A. de Bélgica (2002); Monthiers S.A. de Uruguay (2003); Constructora San José S.A. de España (2004); Hidalgo e Hidalgo S.A. de Ecuador (2005); CFG Perú Investments Pte. Ltd. de Singapur (2006); Polysius AG de Alemania (2007); Inversiones Comerciales D&S de Chile (2008); ASA Iberoamérica SL de España (2009); CFG Investment SAC de Perú (2010); Kálisis Eólico España de España (2011).

régimen particular de protección de las inversiones extranjeras,⁵⁷⁹ lo cual se refuerza con la inclusión de cláusulas arbitrales CIADI.⁵⁸⁰ Sin embargo, a causa de la falta de claridad sobre la noción de inversión cuando ésta se realiza a través de un contrato, el Estado peruano contravino el alcance de la inversión considerada en el caso Duke.

En el caso Duke, como recordamos, la controversia sobre el alcance de la inversión surgió debido a que el contrato que contenía la cláusula arbitral CIADI, a diferencia de los casos anteriores, incluía una cláusula que establecía la inversión considerada por las partes. Es decir, que en ningún caso anterior, las partes de un contrato establecieron en el mismo contrato lo que constituía la inversión. A raíz de esta situación es que el Estado peruano alegó en el ámbito jurisdiccional que la inversión se limitaba a lo considerado en el CEJ DEI Bermuda; así como, luego, en la etapa de anulación señaló el exceso de facultades por parte del tribunal al determinar el alcance de la inversión y, como consecuencia de ello, el alcance del acuerdo arbitral.

La razonabilidad de la posición estimada por el tribunal arbitral sobre la inversión considerada en el CEJ DEI Bermuda ya ha sido evaluada en el capítulo anterior, a propósito del análisis de la teoría de la unidad de la inversión. Así que, este capítulo no tiene como propósito volver a analizar la razonabilidad de esta decisión, sin embargo es necesario recordar la posición sostenida por el Estado peruano sobre el alcance de una inversión cuando ésta se realiza a través de un CEJ, con el fin de comprenderla noción de inversión que existe en el régimen de los CEJ, identificar los problemas que existen en relación a ésta y efectuar las recomendaciones necesarias para solucionarlos.

En el caso, como recordamos, el Estado peruano alegó que conforme al derecho nacional peruano, que rige el cumplimiento de los CEJ, el alcance de la inversión se limitaba a lo indicado en la cláusula que definía la inversión. El fundamento de esta posición, según el Estado, consistía en que conforme al régimen jurídico que rige estos CEJ, cada CEJ otorgaba

⁵⁷⁹ Ver PINILLA CISNEROS, Antonio, *Los Contratos Ley en la Legislación Peruana*, Lima: Universidad de Lima, 1999, pp. 152; ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Contrato-Ley: Los Contratos de Estabilidad Jurídica*, Lima: Gaceta Jurídica, 1997, pp. 350; SANTA MARÍA, Mónica Byrne, "Apuntes sobre los Convenios de Estabilidad Jurídica y su interrelación con los Acuerdos Internacionales suscritos por el Perú", en *Revista de Derecho Administrativo*, mayo 2009, pp. 297-315; VEGA SÁNCHEZ, María del Carmen, "Los Convenios de Estabilidad Jurídica en el Ordenamiento Legal Peruano", en *Revista Derecho & Sociedad*, No. 18, 2002, pp. 9-16; TRELLES DE BELAUNDE, Oscar, "El Contrato Administrativo, El Contrato- Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos", en *Themis*, No. 44, pp. 237-251.

⁵⁸⁰ SCHREUER, *supra note* 68, p. 119.

garantías de estabilidad jurídica respecto de la inversión considerada en el mismo CEJ, sin extenderse a otros CEJ.

El Estado peruano reconoció que la suscripción del CEJ DEI Bermuda se llevó a cabo dentro del marco de la adquisición de las acciones de DEI Egenor, pero señaló que este hecho no permitía considerar que la protección otorgada por el CEJ DEI Bermuda se extendía a todas las inversiones celebradas por Duke para adquirir a DEI Egenor. Por tanto, el CEJ DEI Bermuda solo se suscribió para cubrir una porción de la inversión realizada por Duke en el Perú, ya que todas las demás partes de su inversión se encontraban protegidas por sus propios CEJ.

Algunas citas que apoyan esta posición del Estado son las siguientes:

*“It is important to note that the Legal Stability Agreement does not explicitly or implicitly cover DEI Bermuda’s indirect interest in DEI Egenor. **The fact that DEI Egenor is not addressed in the DEI Bermuda Legal Stability Agreement is no oversight – it was simply not, in the language of Peru’s foreign investment law, the relevant “company that is the recipient of invested funds”.***⁵⁸¹

*“The fact that DEI Bermuda’s subsidiary, DEI Holdings SRL, acquired shares of DEI Egenor from other affiliates of Claimant is of no legal significance under the DEI Bermuda Legal Stability Agreement. The Agreement did not compel or direct DEI Holdings SRL to invest in DEI Egenor. And, thus, the **DEI Bermuda Legal Stability Agreement provided no guarantees whatever with respect to DEI Holdings SRL’s interest in DEI Egenor S.A. Simply stated, Respondent did not undertake any obligations to DEI Bermuda or DEI Holdings SRL in respect of DEI Egenor, and DEI Bermuda and DEI Holdings SRL did not undertake any obligations to Peru regarding DEI Egenor**”.*⁵⁸² (énfasis agregado)

Estas citas muestran que el Estado peruano buscó probar que, de acuerdo al régimen jurídico especial de protección de los CEJ, no era posible vincular el CEJ DEI Bermuda con el CEJ DEI Egenor, debido a que en el primero no se estableció en ningún momento el interés de DEI Bermuda en DEI Egenor; así como, el CEJ DEI Bermuda no establecía ninguna garantía

⁵⁸¹ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v Republic of Peru*, Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 1, 2006, §95.

⁵⁸² *Ibid.*, §101.

respecto de la inversión de DEI Holdings en DEI Egenor. En otras palabras, el argumento del Estado consistía en que el CEJ DEI Bermuda no se podía vincular al CEJ DEI Egenor debido a que en el sistema de protección otorgado por los CEJ, cada CEJ establecía su inversión cubierta.

Producto de esta confusión sobre la determinación de la inversión en función al régimen de protección establecido en el CEJ DEI Bermuda, el Estado peruano indicó que Duke no cumplió *prima facie* con demostrar que las controversias planteadas constituían una violación del CEJ DEI Bermuda. En palabras del Estado peruano:

“The Tribunal should also decline to hear this case because it is apparent that Claimant has utterly failed to establish a prima facie case of violation of the DEI Bermuda Legal Stability Agreement. As demonstrated by the compelling evidence submitted by Peru, the claims asserted by Claimant are incapable of constituting a breach of the DEI Bermuda Legal Stability Agreement”.⁵⁸³

La posición sostenida por el Estado peruano sobre la noción de inversión en el CEJ DEI Bermuda muestra una clara confusión entre el alcance de una inversión, cuando ésta se realiza a través de un contrato –CEJ-, y el alcance de la protección otorgada por dicho contrato. Esta confusión se produjo, como hemos explicado a lo largo de este trabajo, debido a la falta de claridad sobre la noción de inversión cuando ésta se realiza a través de un contrato. Por ello, Duke constituye el primer caso CIADI en el cual un tribunal arbitral diferenció entre el alcance de una inversión cuando ésta se realiza a través de un contrato y el alcance de la protección otorgada por dicho contrato y, por ende, de la cláusula arbitral contenida en éste.

En el caso, como recordamos, el tribunal arbitral al evaluar el alcance de la inversión negó que ésta se limitara al capital establecido en el CEJ DEI Bermuda, debido a que la legislación peruana –correspondiente al régimen de los CEJ-, los hechos y documentos presentados en el caso demostraban la voluntad de las partes en considerar que la inversión comprendía el conjunto de CEJ suscritos por Duke para adquirir a DEI Egenor.

En este razonamiento puede considerarse que el tribunal arbitral si bien no empleó de manera expresa la noción dual complementaria de inversión (económico-legal) sostenida en este trabajo, la utilizó de manera implícita. Pues, el tribunal señaló que el capital considerado en el CEJ DEI Bermuda como la inversión no resultaba la inversión verdaderamente efectuada.

⁵⁸³ *Ibid.*, §88.

En otras palabras, el tribunal desestimó una noción de inversión que solo comprendiera los derechos de propiedad del inversionista (aspecto legal de la inversión), sin tomar en cuenta su aspecto económico. Por ello, con el fin de determinar la inversión verdaderamente efectuada al celebrar el CEJ DEI Bermuda, el tribunal evaluó las disposiciones correspondientes de la legislación peruana, así como los hechos y documentos involucrados en el proceso de suscripción de los CEJ y de privatización de Egenor. De esta manera, el tribunal estableció que la inversión consistía en la adquisición de las acciones de DEI Egenor por parte de Duke, la cual cumple con los criterios considerados para comprender el aspecto económico de una inversión. Así, pues, tal como lo estableció el tribunal, esta inversión comprende el desembolso de recursos en el territorio del Estado receptor de la inversión con el fin de adquirir las acciones de DEI Egenor, una actividad económica activa, la cual implicó un riesgo y generó una expectativa de ganancia en el inversionista.

Al determinar la inversión considerada por las partes al momento de celebrar el CEJ DEI Bermuda, el tribunal no estableció expresamente el derecho aplicable para tal tarea. De ahí, que el Estado peruano en su recurso de anulación señaló que el tribunal arbitral lo aplicó de manera incorrecta, ya que de haberlo aplicado correctamente habría determinado que la inversión se limitaba al capital considerado en el CEJ DEI Bermuda. Sin embargo, como hemos explicado en el segundo capítulo al evaluar el instituto de los contratos conexos, el derecho aplicable para determinar la conexidad contractual no se determina en función a la legislación concreta de un Estado, sino conforme al negocio requerido por las partes. Es decir, que para comprender si un conjunto de contratos posee un fin económico en común no es necesario referirse a una legislación particular, sino interpretar el conjunto de operaciones contractuales con el fin de determinar la voluntad y expectativa de las partes para realizar a través de éstas un propósito común.⁵⁸⁴ De conformidad con este argumento, como hemos evaluado, es que el tribunal arbitral determinó que la inversión considerada por las partes al momento de celebrar el CEJ DEI Bermuda no se limitaba a este CEJ, sino que involucraba a todos los CEJ celebrados por Duke con el fin de adquirir las acciones de DEI Egenor.

Sin perjuicio de este razonamiento, como observó el Comité de anulación, es erróneo señalar que el tribunal no utilizó el derecho nacional peruano para comprender la inversión efectuada por las partes al momento de celebrar el CEJ DEI Bermuda, porque éste sí lo empleó cuando se refirió a ciertas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera peruana, así como el

⁵⁸⁴Ver *supra* Capítulo III.1.2.2.

Código Civil peruano. Así, pues, conforme a la Ley de Inversión Extranjera peruana era necesario concebir que “una inversión contribuya a una actividad económicamente productiva”, respaldado por el artículo 1357 del Código Civil peruano que prevé que un CEJ solo puede establecerse “con sustento en razones de interés social, nacional o público”. Por tanto, incluso, conforme al derecho nacional peruano la inversión subyacente al CEJ DEI Bermuda no se podía limitar al capital considerado en dicho CEJ. Es decir, que estas disposiciones permiten comprender, de alguna manera, que una inversión también está compuesta por un aspecto económico, al cual nos hemos referido anteriormente.

De la misma manera, y contrariamente a lo señalado por el Estado peruano, la aplicación del derecho contractual peruano también permite arribar a la misma conclusión. Pues, la interpretación del CEJ DEI Bermuda conforme al principio de buena fe y la común intención de las partes (artículos 168 y 1362 del Código Civil) también permite concluir que la inversión no se limitaba al capital considerado en el CEJ DEI Bermuda, sino que ésta constituía la adquisición de las acciones de DEI Egenor por parte de Duke, tal como el análisis que realizó el tribunal.⁵⁸⁵

En este caso, el argumento del Estado peruano sobre que la inversión se limitaba al aporte de capital considerado en el CEJ DEI Bermuda tenía como fin limitar la jurisdicción del tribunal arbitral. Pues, como hemos señalado en este trabajo, la determinación de la inversión resulta primordial para la configuración de cualquier elemento necesario en un proceso arbitral, entre ellos del requisito *ratione materiae*.⁵⁸⁶ Sin embargo, el tribunal arbitral explicó de manera clara que el alcance de la inversión en el CEJ DEI Bermuda no determinaba el alcance de la protección otorgada por el CEJ y, por ende, de la cláusula arbitral contenida en dicho CEJ.

En el caso, como recordamos, el tribunal diferenció entre el alcance de la inversión cuando ésta se realiza a través de un conjunto de contratos (unidad de inversión) y el alcance de la protección otorgada por el CEJ DEI Bermuda, señalando que en la etapa de jurisdicción no le correspondía evaluar si las controversias planteadas efectivamente constituían una violación de las protecciones otorgadas por el CEJ DEI Bermuda. El tribunal precisó que en esta etapa del proceso era suficiente con establecer *prima facie* que las controversias

⁵⁸⁵Ver Supplementary Expert Report of Fernando de Trazegnies Granda, dated 22 February 2005, at paragraph 1.6 (at page 4), *Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v Republic of Peru*, Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 1, 2006, §97.

⁵⁸⁶Ver *supra* Capítulo 1.3.

planteadas podían resultar de la violación del CEJ DEI Bermuda, como fue el caso. De lo contrario, en esta etapa inicial del proceso se estaría prejuzgando los méritos de la controversia, sin permitir que el demandante demostrara que sus controversias, en efecto, constituyen una violación de las protecciones otorgadas por dicho CEJ. De esta manera, el tribunal negó que el alcance de una inversión se evaluara en función de su régimen de protección.

Además, posteriormente, en los méritos de la controversia el tribunal comprobó que la protección otorgada por el CEJ DEI Bermuda permitía considerar la vinculación de los CEJ suscritos por Duke. El tribunal corroboró el vínculo entre los CEJ DEI Egenor y DEI Bermuda a través de la interpretación del artículo 23(a) del Reglamento de la Inversión -uno de los dispositivos legales empleados para la protección de la inversión otorgada por el CEJ DEI Bermuda-. El tribunal señaló que este artículo determinaba la protección de Duke Energy a través de (i) una exención del impuesto sobre los dividendos y (ii) un régimen tributario estabilizado sobre las utilidades generadas por DEI Egenor y puestas a disposición de DEI Bermuda.⁵⁸⁷ En ese sentido, el tribunal concluyó:

*“Habiendo considerado toda la prueba y los principios legales aplicables, el Tribunal concluye, no obstante la limitada redacción del Artículo 23(a), que la Demandante tiene derecho a reclamar con base en el CEJ con DEI Bermuda, si con posterioridad al 24 de julio de 2001 -fecha en la que el CEJ con DEI Bermuda entró en vigencia- se violó la estabilidad del régimen tributario garantizada a Egenor (posteriormente, DEI Egenor) en el CEJ con Egenor de 1996”.*⁵⁸⁸

Este razonamiento permite entender que de no haberse vinculado los contratos para determinar el requisito de inversión, en el ámbito jurisdiccional, entonces, se habría impedido hacer efectiva la estabilidad tributaria otorgada por el CEJ DEI Bermuda. Pues, en el caso peruano, el Estado puede suscribir un conjunto de CEJ con el propósito de proteger una sola inversión, debido a la suscripción de CEJ por parte del inversionista y la empresa inversora.⁵⁸⁹ En otras palabras, la existencia de distintos CEJ no implica, necesariamente, la existencia de inversiones distintas.

⁵⁸⁷ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. v República del Perú*, Case No. ARB/03/28, Laudo, 18 de agosto de 2008; §193.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, §209.

⁵⁸⁹ Artículo 23 del Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada (Decreto Supremo No. 162-92-EF). (Este artículo explica que los CEJ pueden otorgar un régimen de estabilidad tributaria tanto a los inversionistas como a las empresas receptoras de la inversión, como sucedió en el caso Duke).

Así, pues, se comprende que es erróneo el argumento del Estado peruano en cuanto a que el alcance de la inversión en un CEJ se equipara con el alcance de la protección otorgada efectivamente por un CEJ y, por ende, del acuerdo arbitral contenido en éste. Pues, si bien el requisito de inversión resulta esencial para corroborar el cumplimiento del requisito *ratione materia*, el primero solo constituye un elemento para que este último se configure.⁵⁹⁰ En este trabajo el requisito *ratione materia* no ha sido objeto de estudio, así que no es el propósito de este trabajo explicar su cumplimiento. Sin embargo, no existe duda de que si bien la inversión es esencial para el cumplimiento del requisito *ratione materia*, su configuración no determina el alcance de este requisito. Por tanto, es posible que un tribunal arbitral, con el fin de establecer la protección otorgada a través de un CEJ y, por ende, de la cláusula arbitral contenida en éste, vincule los CEJ que tienen un propósito económico común.

Ahora bien, como hemos explicado en el capítulo anterior, los tribunales arbitrales con el fin de evaluar la protección otorgada por un contrato y, por ende, de una cláusula arbitral contenida en dicho contrato, emplean la figura del “*taking of consideration*”. El empleo de esta figura contractual por parte de los tribunales arbitrales permite comprender que la decisión emitida en el caso Duke pudo haber sido alcanzada por cualquier otro tribunal arbitral no CIADI, con el fin de cumplir con lo señalado en el acuerdo arbitral.⁵⁹¹ De esta manera, este análisis elimina cualquier cuestionamiento que pudiera realizarse al arbitraje de inversiones CIADI, en virtud del alcance otorgado al acuerdo arbitral,⁵⁹² debido a que cualquier otro tribunal distinto al CIADI puede decidir de la misma manera a la que se decidió en este caso. Claro que un tribunal arbitral no CIADI no tendría que establecer el cumplimiento del requisito de inversión, pero sí podría vincular los CEJ (*taking of consideration*) con el fin de establecer el consentimiento otorgado por las partes en el convenio arbitral.

En este orden de ideas, podemos concluir que el alcance de una inversión cuando su fuente de consentimiento constituye un CEJ no depende de la literalidad de una cláusula incluida en un CEJ o de la falta de expresión en los CEJ sobre su vinculación con otros CEJ,

⁵⁹⁰Ver la explicación diferenciada otorgada por DOUGLAS, *supra note* 16, pp. 161-283.

⁵⁹¹Ver HANOTIAU, *supra note* 544, pp. 154-157 (ICC Case No. 7484 of 1994).

⁵⁹²Ver KUNDMULLER CAMINITI, Franz y LOREDO ROMERO, Alvaro, “Las Sorpresas de la Decisión sobre Competencia en el Procedimiento de Arbitraje entre Duke Energy International Peru Investments No.1LTD (Demandante) y la República del Perú (Demandado)”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, No.5, 2007, pp. 382-385; VAN, Gus and LOUGHLIN, Martin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, en *The European Journal of International Law*, Vol.17, No. 1, 2006, p. 148 (Los autores señalan que el método de designación de los árbitros en el arbitraje de inversiones es similar al empleado en el arbitraje comercial. Como consecuencia del empleo de una figura privada en el arbitraje de inversiones, los autores señalan que los árbitros tienen incentivos para interpretar su jurisdicción de manera bastante amplia).

sino de la naturaleza de una inversión (unidad de la inversión), la cual se corrobora en un caso a través del análisis de los hechos y documentos, conforme al principio de buena fe. Por ello, es recomendable que el Estado peruano con el fin de no confundir la existencia de distintos CEJ con la existencia de inversiones distintas, no incluya en estos CEJ una cláusula como la incluida en el CEJ DEI Bermuda, que defina la inversión limitándola a uno de sus aspectos (aspecto legal) o, de otra manera, que se incluya en la legislación correspondiente, de la misma manera que en el caso de los tratados, una noción clara de inversión (dual complementaria). Y en el caso que un inversionista busque que la cláusula arbitral se aplique a todo un conjunto de contratos que constituyen la realización de una única inversión, será necesario aclarar en la cláusula arbitral correspondiente que ésta se extiende a todo el grupo contractual.



CONCLUSIONES

1. La noción de inversión surgió durante el siglo XX debido a la importancia económica y política que cobraron las actividades consideradas como tal. Este reconocimiento significó el establecimiento no solo de un régimen particular de protección a las inversiones extranjeras en el DI sino también de un sistema especial de solución de controversias, debido a la inexistencia de un mecanismo eficaz para la solución de las controversias entre los inversionistas extranjeros y los Estados. Pues, los mecanismos existentes durante esta época, tales como la protección diplomática, los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión y el arbitraje, resultaban desventajosos tanto para el Estado como para el inversionista extranjero.
2. Como consecuencia del reconocimiento de la importancia de la inversión extranjera y de la ineficacia de los mecanismos existentes para su protección, la aparición del CIADI y los AII en el DI han permitido consolidar al arbitraje como el mecanismo para la solución de las controversias inversionista-Estado. Así, pues, por un lado, el Convenio CIADI institucionaliza al arbitraje como el mecanismo efectivo para la solución de controversias en materia de inversiones y otorga a los inversionistas extranjeros acceso directo a este foro. Los AII, por su parte, otorgan estándares sustantivos para la protección de los inversionistas extranjeros y/o sus inversiones, así como establece al arbitraje –en particular el del CIADI- como el mecanismo de solución de controversias. La conjunción de ambos instrumentos, por tanto, otorga a los inversionistas extranjeros tanto protecciones sustantivas como procesales para la solución de las controversias relacionadas a una inversión. En particular, ambos instrumentos consolidan la solución de las controversias en materia de inversiones a través del arbitraje. Este tipo de arbitraje ha cobrado la denominación de arbitraje de inversiones debido a que tanto el CIADI como los AII requieren de la existencia de una inversión para la jurisdicción y competencia de los tribunales arbitrales. Sin embargo, la falta de definición de este término en el Convenio CIADI, así como la definición imprecisa otorgada por los AII, han conllevado a que la noción de inversión constituya uno de los puntos más controvertidos en el DI. En este contexto, los tribunales arbitrales CIADI han sido los principales

encargados en evaluar este término debido a la importancia que ha cobrado el CIADI en la solución de controversias inversionista-Estado, por la publicidad de sus laudos y, sobre todo, porque el cumplimiento de este requisito resulta esencial en el ámbito jurisdiccional.

3. En el arbitraje de inversiones CIADI cuando la fuente de consentimiento ha constituido un tratado, los tribunales arbitrales han determinado que el derecho aplicable para interpretar los requisitos para su jurisdicción, entre ellos el requisito *ratione materiae* que establece la necesidad de una inversión, constituyen el artículo 25 del Convenio CIADI y las disposiciones correspondientes del All. Este razonamiento deja de lado la aplicación del artículo 42 del mismo Convenio y el Derecho nacional del Estado receptor para este efecto. Asimismo, los tribunales arbitrales CIADI han indicado que la disposición incluida en distintos All para que *“una inversión deba efectuarse conforme a las leyes del Estado receptor”* no determina el derecho aplicable a la inversión, sino que impide la protección de una inversión ilegal según el Derecho nacional del Estado receptor.
4. En el arbitraje de inversiones CIADI cuando la fuente de consentimiento ha constituido un tratado, la determinación de la ley aplicable para interpretar el requisito de inversión no resuelve el principal problema que existe sobre la interpretación de este término. Así, pues, la principal controversia sobre la definición de este término consistió en que la definición establecida en los All no cumplía con los criterios considerados por el CIADI. En esta situación los tribunales arbitrales CIADI han adoptado un análisis dual, en el cual se verifica la definición de inversión establecida tanto en los All como aquella otorgada por el CIADI, contraponiendo ambas definiciones. Por tal razón, este examen ha sido denominado como “test dual versus”.
5. En este análisis, los tribunales arbitrales CIADI han adoptado dos interpretaciones del requisito de inversión establecido en el Convenio: una interpretación subjetiva y otra objetiva, esta última, a su vez, conformada por dos tipos de interpretaciones distintas, una deductiva y otra intuitiva. La interpretación subjetiva del requisito de inversión consiste en que este término no constituye ningún límite para la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI y, por ende, es suficiente la definición establecida en los All. La interpretación objetiva, por otro lado, consiste en que el término inversión constituye un límite objetivo para la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI y, en ese sentido,

éste debe cumplir con los cuatro criterios considerados en el caso Salini: una contribución sustancial, cierta duración de la operación, el riesgo y la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Esta interpretación en caso de ser deductiva implica que los criterios del caso Salini deben cumplirse de manera obligatoria; mientras que en caso de ser intuitiva estos mismos deben verificarse, pero no de manera obligatoria, porque su cumplimiento puede variar dependiendo del caso. Como consecuencia de esto, ambas posiciones, y sus variantes, poseen distintos cuestionamientos.

6. Casos recientes como *Romak v Uzbekistán* y *Abaclat v Argentina* han esbozado de manera convincente nuevos criterios para la interpretación del término inversión cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un All. En particular, ambos casos han coincidido en dos puntos. Primero, que la definición del término inversión en el CIADI no se opone a las definiciones consideradas sobre el mismo término en los All, eliminando de esta manera la aplicación del “test dual versus” y la controversia en torno a este término en el arbitraje de inversiones CIADI. Segundo, que la definición del término inversión establecida en los All no es suficiente por sí misma para comprender la noción de inversión. Así que, para comprender la definición de inversión establecida en los All, ambos tribunales emplearon los criterios señalados por la casuística CIADI. En conclusión, ambas decisiones esgrimieron una noción “dual complementaria” del término inversión, que comprende tanto las definiciones de inversión establecidas en los All –aspecto legal- como los criterios considerados por la casuística CIADI –aspecto económico-.
7. La controversia en torno al término inversión cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un All permite observar la necesidad de comprender una inversión de manera “dual complementaria”, la cual se compone de un aspecto legal y económico. El aspecto legal está conformado por la lista de bienes o derechos de propiedad considerados en los All como una inversión. El aspecto económico está constituido por algunos de los criterios considerados por la casuística CIADI, tales como la contribución de recursos en el Estado receptor de la inversión, que implica un riesgo, con la expectativa de la obtención de ganancias. Esta noción dual complementaria del término inversión ya viene siendo adoptada en los nuevos All, lo cual corrobora la necesidad de concebir de esta manera a la inversión por parte de los

Estados. De lo contrario, la “definición amplia” de inversión en los AIJ permitiría que cualquier tipo de bien económico calificara como una inversión (Joy Mining v Egipto, Romak v Uzbekistán).

8. En el arbitraje de inversiones CIADI cuando la fuente de consentimiento ha constituido un contrato, los tribunales arbitrales han evaluado dos problemas en torno al cumplimiento del requisito de inversión. El primer problema consistió, al igual que cuando la fuente de consentimiento constituye un tratado, en determinar si el contrato cumple con la noción de inversión considerada en el CIADI. Este problema, sin embargo, no ha sido evaluado de manera frecuente por los tribunales, debido a la presunción que acarrea la inclusión de una cláusula arbitral CIADI en un contrato, a favor de la existencia de una inversión. Los pocos casos que han evaluado este problema confirman la naturaleza objetiva del requisito de inversión, conforme al cual, a pesar de la inclusión de una cláusula arbitral CIADI en el contrato, se debe verificar el cumplimiento de ciertos criterios para establecer la existencia de una inversión. El criterio común a todos estos casos –a excepción de *RSM Production v The Republique Centrafricaine*- resulta “la contribución de recursos en el Estado receptor de la inversión con el fin de desarrollar una actividad económica”. Además, este criterio implica la observancia de otros criterios también considerados cuando la fuente de consentimiento constituye un tratado, como el riesgo y la expectativa de obtener una ganancia. En este sentido, se puede concluir que la noción de inversión es la misma cuando la fuente de consentimiento al arbitraje constituye un contrato o un tratado. La única diferencia que existe entre ambas es que cuando la fuente de consentimiento al arbitraje de inversiones CIADI constituye un tratado, éste incluye la posible lista de derechos de propiedad que pueden ser considerados como tales.
9. El segundo problema que ha surgido en el arbitraje de inversiones CIADI en torno al requisito de inversión cuando la fuente de consentimiento ha constituido un contrato ha consistido en comprender que una inversión puede ejecutarse no solo a través del contrato que posee la cláusula arbitral CIADI, sino de un conjunto de contratos, que poseen como fin económico común: el desarrollo de la inversión. Este supuesto ha sido denominado por los tribunales arbitrales CIADI como la “unidad de la inversión”. Esta teoría, sin embargo, no es inherente al arbitraje de inversiones CIADI, sino que es una figura contractual reconocida en el Derecho comparado como la teoría de los “contratos

conexos”. De ahí, que en este trabajo esta teoría se asimila a la teoría de la unidad de la inversión, con el fin de comprender esta última. En virtud de esta equiparación, la teoría de la unidad de la inversión se verifica, al igual que la teoría de los contratos conexos, cuando existe una pluralidad de contratos que poseen un fin económico común: el desarrollo de la inversión. Una vez comprendidos estos elementos es posible establecer el vínculo que existe entre la inversión y las controversias; es decir, se puede establecer si las controversias surgen de la inversión contemplada. Sin embargo, en este supuesto, al igual que en la teoría de los contratos conexos, la verificación de sus elementos configuradores no determina, de manera inmediata, la extensión de la cláusula arbitral contenida en uno de estos acuerdos al grupo contractual. Esta aproximación se verifica en el caso *Duke v Perú*.

10. Las conclusiones alcanzadas en torno a la interpretación otorgada por los tribunales arbitrales CIADI sobre el término inversión cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un tratado resultan importantes para el Estado peruano porque permiten comprender las decisiones que podrían ser adoptadas en futuros casos en relación al término y, en ese sentido, evaluar las modificaciones que debería adoptar en sus futuros AII. En ese sentido, el Estado peruano debería mantener en sus nuevos AII, el sometimiento al arbitraje de inversiones CIADI, como un foro potencial para la solución de las controversias inversionista-Estado, debido a que el problema en torno a la noción del término inversión no es inherente al CIADI, sino al sistema de inversiones. Asimismo, el Estado debería adoptar una definición limitada del término inversión establecido en sus AII –definición dual complementaria-. Sin embargo, el Estado peruano no ha adoptado en todos sus nuevos AII una definición limitada de este término, en particular en el TLC con China. De ahí, que se desprende que el Estado peruano no posee una política clara sobre la noción de inversión en sus AII, lo cual podría conllevar a futuras controversias sobre la noción de este término.
11. Las conclusiones alcanzadas por los tribunales arbitrales CIADI en torno al requisito de inversión cuando la fuente de consentimiento a este tipo de arbitraje constituye un contrato, por otro lado, resultan de particular importancia para el Estado peruano porque éste, a diferencia de otros Estados, no solo ha suscrito tratados de inversión sino también contratos –denominados CEJ- que incluyen cláusulas arbitrales CIADI. En particular, como sucedió en el caso *Duke*, estos CEJ incluyen una cláusula que define la

inversión. Como consecuencia de la inclusión de esta cláusula en los CEJ y de la falta de claridad sobre la noción de inversión en los contratos, en el caso Duke se discutió si la inversión considerada por las partes al momento de celebrar el CEJ DEI Bermuda se limitaba a un monto de capital indicado en dicho CEJ. A pesar de lo indicado en el contrato y tal como lo estableció el tribunal arbitral en el caso, el alcance de una inversión cuando su fuente de consentimiento constituye un CEJ no depende de la literalidad de una cláusula incluida en un CEJ o de la falta de expresión en los CEJ sobre su vinculación con otros CEJ, sino de la naturaleza de una inversión (unidad de la inversión), la cual se corrobora en un caso a través del análisis de los hechos y documentos, conforme al principio de buena fe. Por ello, es recomendable que el Estado peruano con el fin de no confundir la existencia de distintos CEJ con la existencia de inversiones distintas, no incluya en estos CEJ una cláusula como la incluida en el CEJ DEI Bermuda, que defina la inversión limitándola a uno de sus aspectos (aspecto legal), o de otra manera que se incluya en la legislación correspondiente, de la misma manera que en el caso de los tratados, una noción clara de inversión (dual complementaria). Asimismo, la decisión del caso Duke permite comprender que el alcance de una inversión cuando ésta se realiza a través de un contrato no determina el alcance de la protección otorgada por el contrato –CEJ- ni de la cláusula arbitral contenida en éste. De ahí, que el tribunal arbitral empleó, de manera tácita, la figura contractual del “*taking of consideration*” para vincular los CEJ suscritos por Duke, sin que ello implicara la jurisdicción del tribunal sobre dicho grupo contractual. En ese sentido, el empleo de esta figura permite comprender que cualquier otro tribunal arbitral no CIADI pudo haber vinculado a los CEJ, con el fin de comprender el mandato otorgado en el acuerdo arbitral de “evaluar aquellas controversias que constituyeran una violación del CEJ DEI Bermuda”. Además, el argumento del Estado peruano sobre la imposibilidad de vincular los CEJ fue desestimada en los méritos de la controversia, donde se comprobó que para hacer efectiva la protección otorgada por el CEJ DEI Bermuda era necesario vincular los CEJ suscritos por Duke.



BIBLIOGRAFIA

Artículos

AAKEN, Anne van, "The International Investment Protection Regime through the Lens of Economic Theory", en AAVV, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Waibel, Kaushal, Chung and Balchin (ed.), 2010, pp. 537-554.

ALVAREZ JIMENEZ, Alberto, "Ex post General Regulation and Investment Protection in Recent International Arbitration", en *The American Review of International Arbitration*, Vol. 16, No. 3-4, 2005, pp. 343-385.

ASANTE, Samuel, "International Law and Foreign Investment: A Reappraisal", en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37, No. 3, 1988, pp. 588-628.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, "La Propiedad como Derecho de los Inversionistas y su Protección a través de los Convenios de Estabilidad Jurídica", en AAVV *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Vol.1, (Palestra. eds.), pp.369-381.

BALDWIN, Edward, KANTOR, Mark y NOLAN, Michael, "Limits to Enforcement of ICSID Awards", en *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, 2006, pp. 1-24.

BEN HAMIDA, Walid, "Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control", en *Journal of International Arbitration*, 2007, Vol. 24, No.3, pp. 287-306.

BERNAD MAINAR, Rafael, "A Propósito de una Pretendida Teoría General de los Contratos Conexos", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 720, pp. 1447-1480.

BERNARDINI, Piero, "Investment Arbitration under ICSID Convention and BIT's", en AAVV, *Global Reflections of International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Gerald Aksen (eds.), 2005, pp. 89-108.

BERNARDINI, Piero, "Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts", en *The Journal of World Investment*, Vol. 2, No. 2, 2001, pp. 235-247.

BERNARDINI, Piero, "The Law Applied by International Arbitrators to State Contracts", en AAVV, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Robert Briner (eds.), 2001, pp. 51-66.

BERNARDINI, Piero, "The Renegotiation of the Investment Contract", en *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 13, No. 2, 1998, pp. 411-425.

BLACKABY, Nigel, "El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina", en *Revista Internacional de Arbitraje*, 2004, pp. 17-63.

BLACKABY, Nigel, "Public Interest and Investment Treaty Arbitration", en *International Oil, Gas & Energy Dispute Management*, No. 2, 2003, pp. 14.

- BLANKE, Gordon, “The Case for Supranational Arbitration: Ideas and Prospects”, en AAVV, *European Business Law Review Special Edition- Arbitrating Competition Law Issues*, Gordon Blanke (ed.), 2008, pp. 17-41.
- BLYSCHAK, Paul, *State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor- State Tribunals in Hard Cases*, Master Thesis presented in the Faculty of Law at University of Toronto, 2008, pp. 1-73.
- BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz, “Perspectives of Future Development in International Arbitration”, en *The Leading Arbitrator’s Guide to International Arbitration*, (2nd Edition, 2008), pp. 821.
- BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz, “The Role of Arbitration within today’s Challenges to the World Community and to International Law”, en *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 22, No. 2, 2002, pp. 165-177.
- BOTTINI, Gabriel, “Legality of Investments under ICSID Jurisprudence”, en AAVV, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Waibel, Kaushal, Chung and Balchin (ed.), 2010, pp. 297-314.
- BURGSTALLER, Markus, “European Law and Investment Treaties”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 26, No. 2, 2009, pp. 181- 216.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Condiciones para Acceder al CIADI- a propósito del Caso Luchetti”, en *Revista de Economía y Derecho UPC*, 2004, pp. 31-43.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “La Utilización de la Vía Arbitral en la Solución de Conflictos entre el Estado Peruano y los Inversionistas”, en *Themis*, No. 48, 2004, pp. 167-186.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el Acceso al Arbitraje”, en *Revista de Economía y Derecho UPC*, 2004, pp. 29-50.
- CARRANO TARRILLO, Italo y BONIFAZ, Gonzalo, “La Anulación de los Laudos emitidos bajo las Reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) entre Estados y nacionales de otros Estados”, en *Revista Política Internacional*, pp.58-87.
- CARRANO TARRILLO, Italo y BONIFAZ, Gonzalo, “Los Alcances de la Cláusula de la Nación Más Favorecida en los Acuerdos de Inversión”, en *Ius la Revista*, No. 36, pp. 158-200.
- CARRANO TARRILLO, Italo, “Notas sobre el Alcance de la Cláusula ‘de conformidad con las leyes del país receptor de la inversión’ después del Caso Fraport v. Filipinas”, en AAVV, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Carlos Soto Coaguila (ed.), 1998, pp. 935-950.
- CASTRO DE FIGUEIREDO, R, “ICSID and Non-Foreign Investment Disputes”, en *Transnational Dispute Management*, May 2007, pp. 1-38.
- CHENG, Tai-Heng and Trisotto, Robert, *Reasons and Reasoning in Investment Treaty Arbitration*, en *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 32, No. 2, 2009, pp. 409-434.

CHENG, Tai-Heng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", en *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, 2007, pp. 1014.

CHOI, Won-Mog, "The Present and Future of the Investor Dispute Settlement Paradigm", en *Journal of International Economic Law*, No. 10, 2007, pp. 725-747.

CLAMPHAM, Jason, "Finality of Investor-State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and is there a Need for Reform?", en *Journal of International Arbitration*, Vol. 26, No. 3, 2009, pp. 437-466.

COHEN SMUTNY, Abby, "Arbitration before the International Centre for Settlement of Investment Disputes", (Consulta: 21/09/2008), en <http://transnational-dispute-management.com/samples/welcome.html>

COLE, Tony and VAKSHA, Tony, "Power-conferring treaties: The Meaning of 'Investment' in the ICSID Convention", en *Leiden Journal of International Law*, 2011, Vol. 24, No.2, pp. 305-330.

COMMISSION, Jeffery, "Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", en *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, No. 2, 2007, pp. 129-158.

CONOLLY, Kelly, "Say what you mean: Improved Drafting Resources as a Means of Increasing the Consistency of Interpretation of Bilateral Investment Treaties", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law, Dartmouth College*, November 2007, pp. 1579-1610.

CREMADES, Bernardo, "Investor Protection and Legal Security in International Arbitration", en *Dispute Resolution Journal*, May- Jul 2005, pp. 82-86.

DANIELS, Ronald, "Defecting on Development: Bilateral Investment Treaties and the Subversion of the Rule of Law in the Developing World", (Consulta: 12/11/2008), en <http://www.unisi.it/lawandeconomics/stile2004/daniels.pdf>

DE BRABANDERE, Eric, "'Good Faith' 'Abuse of Process' and the Initiation of Investment Treaty Claims", en *Journal of International Dispute Settlement*, No.3, pp. 1-28.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Arbitrando la Inversión", en AAVV, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Carlos Soto Coaguila (ed.), Lima, 2008, pp. 783-800.

DI PIETRO, Domenico, "The Use of Precedents in ICSID Arbitration: Regularity or Certainty?" en *International Arbitration Law Review*, 2007, Vol.10, pp. 92- 97.

DOLZER, Rudolf, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", en *International Law and Politics*, Vol. 37, 2005, pp.953-972.

DONOVAN, Donald Francis, "The Relevance (or lack thereof) of the Notion of "Mandatory Rules of Law" to Investment Treaty Arbitration", en *The American Review of International Arbitration*, Vol. 18, No. 1-2, 2007, pp. 205-215.

DOUGLAS, Zachary, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", en *British Year Book International Law*, Vol. 74, 2003, pp. 151-289.

FADLALLAH, Ibrahim, “La Noción de Inversión: Hacia una Restricción de la Competencia del CIADI?” , en *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 5, 2007, pp. 141-152.

FAUCHALD, Ole Kristian, “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals- An Empirical Analysis”, en *European Journal of International Arbitration*, No. 19, 2008, pp. 301-364.

FORTIER, Yves, “Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes”, en *The University of Southern Wales Law Journal*, Vol. 31, No. 1, 2008, pp. 1-8.

FORTIER, Yves, “Investment Protection and the Rule of Law: Change or Decline?”, en *The British Institute of International and Comparative Law 50th anniversary event series*, March 17th, 2009, pp. 1-24.

FRANCK, Susan, “Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration”, *North Carolina Law Review*, Vol. 86, No. 1, 2007, en *North Carolina Law Review*, Vol. 86, 2007, pp. 1-88.

FRANCK, Susan, “Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law”, en *Global Business & Development Law Journal*, Vol. 19, 2007, pp. 337-373.

FRANCK, Susan, “The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitrations Awards”, en *Virginia Journal of International Arbitration*, Vol. 51, 2011, pp. 825-914.

FRANCK, Susan, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, en *Fordham Law Review*, 2005, Vol. 73, pp. 1521- 1625.

FRANCK, Susan, “The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future?”, en *University of California, Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 12, No. 47, 2005, pp. 47-99.

GAFFNEY, Jhon P. and LOFTIS, James, “The ‘Effective Ordinary Meaning’ of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims”, en *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, Vol. 8, No. 1, pp. 1-67.

GAGNE, Gilbert and MORIN, Jean-Frédéric, “The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from recent FTAs and the 2004 Model BIT”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 9, No.2, 2006, pp. 357-382.

GAILLARD, Emmanuel, “Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, en AAVV, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Christina Binder (ed.), 2009, pp. 403-416.

GAILLARD, Emmanuel, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims- the SGS Cases considered”, en AAVV, *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Todd Weiler (ed.), 2005, pp. 325- 346.

GAILLARD, Emmanuel, "The Effect of Broad Dispute Resolution Clauses in Investment Treaty Arbitration", en AAVV, *Arbitraje Internacional: Tensiones Actuales*, Bogotá, Fernando Mantilla Serrano (ed.), 2007, pp. 23-33.

GAILLARD, Emmanuel, "The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration", en AAVV, *Annulment of ICSID Awards, IAI Series on International Arbitration*, No. 1, Emmanuel Gaillard and YasBanifatemi (eds.), 2004, pp. 223-241.

GAILLARD, Emmanuel, "Treaty- Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses", en *New York Law Journal*, Thursday, October 6, 2005, Volume 234, No.68.

GALINDO, Alvaro, "El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Material de Inversiones", en AAVV, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Carlos Soto Coaguila (ed.), 2008, pp. 801-808.

GALLAGHER, Nora y SHORE, Laurence "Bilateral Investment Treaties: Options and Drawbacks", en *International Arbitration Law Review*, Vol.7, 2004, pp. 49-53.

GIARDINA, Andrea, "Issues of Applicable Law and Uniform Law on Interest: Basic Distinctions and National and International Practice", en *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*, 2008, pp. 131.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Arbitraje de Inversión y América Latina", (Consulta: 22/09/2009), en http://www.uncitral.org/pdf/english/TAC/ARBITRAJE_DE_INVERSION_Y_AMERICALATINA_UNCITRAL_Republica_Dominicana_enero_2010.pdf

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "México ante el arbitraje CIADI ¿Prudente o Rebelde?", (Consulta: 30/10/2008), en <http://www.gdca.com.mx/espanol/eshome.htm>

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "The International Centre for Settlement of Investment Disputes", (Consulta: 30/10/2008), en <http://www.gdca.com.mx/espanol/eshome.htm>

GONZÁLEZ GARCÍA, Luis Alberto, "El Arbitraje de Inversión desde la Perspectiva del Estado", en *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2010, pp. 163-200.

GUILLAUME, Gilbert, "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators", en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1, 2011, pp. 5-23.

HALONEN, Laura, "Bridging the gap in the notion of 'Investment' between ICSID and UNCITRAL Arbitrations: Note on an Award Rendered under the Bilateral Investment Treaty between Switzerland and Uzbekistan (Romak v Uzbekistan)", en *ASA Bulletin*, June 2011, Vol. 29, No.2, pp. 312-326.

HALVERSON CROSS, Karen, "Arbitration as a Means of Resolving Sovereign Debt Disputes", en *The American Review of International Arbitration*, Vol. 17, No. 3, 2006, pp. 339-342.

HAMIDA, Ben "The Mihaly v Sri Lanka Case: Some Thoughts Relating to the Status of Pre-investment Expenses" en AAVV, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Weiler (ed.), 2005, pp. 66.

- HEISKANEN, Veijo, "Forbidding Dépeçage: Law Governing Investment Treaty Arbitration", en *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 32, No. 2, 2009, pp. 367-407.
- HEISKANEN, Veijo, "Of Capital Import: The Definition of Investment in International Investment Law", en *Association Suisse de l'arbitrage (ASA) Special Series, Protection of Foreign Investment through Modern Treaty Arbitration –Diversity and Harmonisation*, No. 34, pp. 51-72.
- HORN, Norbert, "Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means", en AAVV, *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects*, N.Horn y S. Kroll (eds.), 2004, pp. 3-31.
- HORNICK, R, "The Mihaly Arbitration Pre-Investment Expenditures a Basis for ICSID Jurisdiction", en *Journal of International Arbitration*, Vol.20, No.2, 2003, pp. 192-193.
- HUNTER, Martin and BARBUK, Alexei, "ReflectionsontheDefinition of an 'Investment'", en AAVV, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Carlos Soto Coaguila (ed.), 2008, pp. 183- 199.
- JAIME RAMIREZ, Margie-Lys, "Sobre los Tratados de Inversión Extranjera y su Contribución al Arbitraje Transnacional", en AAVV, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el mundo*, Lima, Carlos Soto Coaguila (ed.), 2008, pp. 839-850.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", en *Arbitration International*, Vol. 23, No. 3, 2007, pp. 357-378.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "Is Consistency a Myth?", en AAVV, *Precedent in International Arbitration*, Gaillard and Banifatemi (eds.), 2008, pp. 137-147.
- KNAHR, Christina, "Annulment and its Role in the Context of Conflict Awards", en AAVV, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Waibel, Kaushal, Chung and Balchin (ed.), 2010, pp. 151-163.
- KNAHR, Christina, "Investments in the territory of the Host State", en AAVV *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Binder, Kriebaum, otros (eds.), 2009, pp. 42-53.
- KREINDLER, Richard, "The Law Applicable to International Investment Disputes", en AAVV, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, N. Horn, S. Kroll (eds.), 2004, pp. 401-424.
- KRIEBAUM, Ursula, "Illegal Investments", en AAVV, *Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration 2010*, Klausseger, Klein, otros (ed.), 2010, pp. 307-305.
- KRISHAN, D, "A Notion of ICSID Investment", en AAVV, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Weiler, Grierson (ed.), Vol. 1, May 2008, pp. 61-84.
- KUMM, Mattias, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis", en *The European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 5, 2004, pp. 907-931.

KUNDMULLER CAMINITI, Franz, “El Arbitraje en Inversiones en el Futuro Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos”, en *Themis*, Lima, No.53, 2007, pp. 119-141.

KUNDMULLER CAMINITI, Franz, “El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, No. 1, 2007, pp. 119-178.

KUNDMULLER CAMINITI, Franz, “ICSID, ‘Bella Durmiente’ Despabilada ante la Atronadora Globalización y el Frigor Creciente de las Controversias en Materia de Inversión Extranjera,(Consulta: 10/10/2008), en <http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/inversion.php>

KUNDMULLER CAMINITI, Franz, “El Arbitraje entre Inversionistas y Estados, el Declive del Antiguo Modelo “Estadocéntrico/Moderno” de Gestión de Conflictos, la Proliferación de Tratados Bilaterales de Inversión, el Derecho Internacional de las Inversiones, el ICSID, la Globalización y otros temas, (des) integrados en diez puntos caleidoscópicos” Parte I, Cámara de Comercio de Lima, (Consulta: 10/10/2008), en http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/6/voz_arbitro3.htm

KUNDMULLER CAMINITI, Franz, “El Arbitraje entre Inversionistas y Estados, el Declive del Antiguo Modelo “Estadocéntrico/Moderno” de Gestión de Conflictos, la Proliferación de Tratados Bilaterales de Inversión, el Derecho Internacional de las Inversiones, el ICSID, la Globalización y otros temas, (des) integrados en diez puntos caleidoscópicos” Parte II, Cámara de Comercio de Lima, (Consulta: 10/10/2008), en http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro2.htm

KUNDMULLER CAMINITI, Franz, “Globalización y Arbitraje en Inversiones ¿La cosa pública vuelve a la escena o nunca se fue de la escena?”, (Consulta: 10/10/2010) en <http://liमारbitration.net/LAR3-4/Franz-Kundmuller.pdf>

KUNDMULLER CAMINITI, Franz, “La Densidad de la Última Globalización y el Arbitraje en las Inversiones”, en *Agenda Internacional*, Lima, Año XIII, No.24, 2007, pp. 257-294.

KUNDMULLER CAMINITI, Franz y LOREDO ROMERO, Alvaro, “Las Sorpresas de la Decisión sobre Competencia en el Procedimiento de Arbitraje entre DukeEnergy International PeruInvestments No.1 LTD (Demandante) y la República del Perú (Demandado)”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, No.5, 2007, pp. 382-385.

LALIVE, Pierre, “On the Reasoning of International Arbitral Awards”, en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 55-65.

LALIVE, Pierre, “Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration”, en *Les Procès-verbaux de l’ICCA*, Mayo 2002, pp. 1-25.

LEGUM, Barton and MOUAWAD, Caline, “The Meaning of Investment in the ICSID Convention”, en AAVV, *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of DetlevVagts*, Bekker, Pieter, Dolzer, Rudolf (eds.), Cambridge University Press, 2010, pp. 326-356.

LOWE, Vaughan, “Changing Dimensions of International Investment Law”, en *Oxford Legal Studies*, Research Paper No. 4, March 2007, pp. 1-123.

- MALIK, Mahnaz, "The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators", en *Issues in International Investment Law: Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum*, 2007, pp.1-36.
- MANCIAUX, Sébastien, "The Notion of Investment: New Controversies", en *The Journal of World Investment & Trade*, pp. 1-24.
- MANN, Howard, COSBEY, Aron y otros, "Comments on ICSID Discussion Paper 'Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration'", en *International Investment and Sustainable Development Team*, 2004, pp. 1-17.
- MANNING-CABROL, Denise, "The Eminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle Equality of Foreign and National Investors", en *Law & Policies in International Business*, Vol. 26,1994,pp. 1169-1200.
- MARTIN, Antoine, "Definition of Investment: Could a Persistent Objector to the Salini Tests be Found in ICSID Arbitral Practice", en *Global Jurist*, 2011, Vol. 11, No. 2, pp. 1-28.
- McLACHLAN, Campbell QC, "Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework", en AAVV, *International Council for Commercial Arbitration. 50 Years of the New York Convention*, Albert Jan Van Den Berg, (ed.), pp. 95-150.
- MISTELIS, Loukas, "Mandatory Rules in International Arbitration: too much too early or too little too late? Concluding Remarks", en *The American Review of International Arbitration*, Estados Unidos, 2007, pp. 217-228.
- MITREV PENUSLISKI, Ilija, "A Dispute Systems Design Diagnosis of ICSID", en AAVV, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Waibel, Kaushal, Chung and Balchin (eds.), 2010, pp. 507-536.
- MONTT, Santiago, "El Surgimiento de la Generación BIT como un Problema de Acción Colectiva: ¿Dilema de los Prisioneros o Efecto de Red?", en *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 1, 2007, pp. 1-57.
- MONTT, Santiago, "What International Investment Law and Latin America can and should demand from each other: Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation", en *Res Publica Argentina*, Vol. 3, 2007, pp. 75.
- MOLOO, Rahin and KHACHATURIAN, Alex, "The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law", en *Fordham International Law Journal*, 2011, Vol. 34, pp.1473-1501.
- MORTENSON, Julian Davis, "The Meaning of 'Investment': ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law", en *Harvard International Law Journal*, 2010, Vol. 51, No. 1, pp. 257-318.
- NELSON, Timothy, "History Ain't Changed: Why Investor-State Arbitration will Survive the New Revolution: Perceptions and Reality", en AAVV, *The Backlash against Investment Arbitration*, Waibel/Kaushal/Chung/Balching (eds.), 2010, pp. 555-575.

- NEWCOMBE, Andrew Paul, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20, No. 1, 2005, pp. 1-57.
- NOVAK TALAVERA, Fabian, "La Contratación entre Estados y Empresas Transnacionales", en *Agenda Internacional*, Lima, Año XIII, No. 2, 2005, pp.197-215.
- ODUMOSU, Ibironke, "The Antinomies of the (Continued) Relevance of ICSID to the Third World", en *San Diego International Law Journal*, Vol.8, 2007, pp. 345-385.
- PARRA, Antonio, "The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement for Investment Disputes", en *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 22, No. 1, pp. 55-68.
- PARRA, José Joaquín, "Formulación de la Doctrina Drago y su Influencia Política y Jurídica", (Consulta: 10/06/2010), en <http://www.pdvsa.com/interface.sp/database/fichero/free/4999/638.PDF>
- PAULSSON, Jan, "Arbitration without Privity", en *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1995, Vol. 10, No. 2, pp. 232-257.
- PAULSSON, Jan, "El Poder de los Estados para Hacer Promesas Significativas a los Extranjeros", en *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 6, No. 21, 2009, pp.7-21.
- PAULSSON, Jan, "Jurisdiction and Admissibility", en AAVV, *Global Reflections of International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner and Gerald Aksen* (eds.), 2005, pp. 601-617.
- PEINHARDT, Clint and ALLEE, Todd, "The International Centre for Settlement of Investment Disputes: a Multilateral Organization Enchancing a Bilateral Treaty Regime", (Consulta: 21/09/2008), en <http://www.utdallas.edu/~cwp052000/mpsa.peinhardt-allee.pdf>
- PETERSON, Luke Eric, "Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making", en *International Institute for Sustainable Development*, 2004, pp.1-46.
- PRICE, Daniel, "Some Observations on the Role of the State in Investor State Dispute Settlement: Horizontal Issues still over the Horizon", en *Dossiers ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitral: Procedures in International Arbitration*, 2005; pp. 73-78.
- REINISH, August, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. The Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration", en AAVV, *International Law between Universalism and Fragmentation*, Buffard/ Crawford/ Pellet (eds.), 2008, pp. 107-126.
- REINISH, August, "The Role of Precedent in ICSID Arbitration", en *Austrian Arbitration Year Book*, 2008, pp. 495-510.
- REISMAN, Michael, "Reflections on Economic Development, National Sovereignty and International Arbitration", en AAVV, *ArbitrajeInternacional: TensionesActuales*, Bogotá, Fernando Mantilla Serrano (ed.), 2007, pp. XVII-XXII.

RUBINS, Noah, "The Notion of Investment in International Investment Arbitration", en AAVV, *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects*, N. Horn, S. Kroll (eds.), 2004, pp. 283-324.

RUDOLF BRAUN, Tillmann, "Globalization: The Driving Force in International Investment Law", en AAVV, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Waibel, Kaushal, Chung and Balchin (eds.), 2010, pp. 491-505.

RYAN, Christopher, "Meeting Expectations: Assessing the Long-Term Legitimacy and Stability of International Investment Law", en *University Pennsylvania Journal International Law*, Vol. 29, No. 3, 2008, pp. 725-771.

SACERDOTI, Giorgio, "The Proliferation of BITS: Conflicts of Treaties, Proceedings and Awards", en *Bocconi Legal Studies*, March 2007, No. 07, pp.1-12.

SALACUSE, Jeswald, "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact on Foreign Investment in Developing Countries", en *The International Lawyer*, Vol. 24, No. 3, 1990, pp. 655-675.

SALACUSE, Jeswald, "Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain", en AAVV, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, N.Horn, S. Kroll (eds.), 2004, pp. 51-88.

BYRNE SANTA MARÍA, Mónica, "Apuntes sobre los Convenios de Estabilidad Jurídica y su interrelación con los Acuerdos Internacionales suscritos por el Perú", en *Revista de Derecho Administrativo*, mayo 2009, pp. 297-315.

SAUVÉ, Pierre, "Multilateral Rules on Investment: is forward movement possible", en *Journal for International Economic Law*, 2006, No. 9, pp.1-29.

SCHILL, Stephan, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clause in International Umbrella Clauses", en *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 18, No. 1, Winter 2009.

SCHILL, Stephan, "Investment Treaties: Instruments of Bilateralism or Elements of an Evolving Multilateral System?", (Consulta: 27/04/2009), en http://www.irpa.eu/public/File/Schill_GAL2008_Multilateralization_Working_Paper.pdf

SCHILL, Stephan, "Illegal Investments in International Arbitration", (Consulta: 20/05/2012), en <http://ssrn.com/abstract=1979734> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1979734>

SCHLEMMER, Engela, "Investment, Investor, Nationality and Shareholders", en AAVV, *The Oxford Handbook of International Investment Arbitration*, Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer (eds.), 2008, pp. 49-88.

SCHREUER, Cristoph, "Consent to Arbitration", en AAVV, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer (eds.), 2008, pp. 830.

SCHREUER, Cristoph, "Conversation Across Cases-Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration?", en AAVV, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer (eds.), 2008, pp. 1-18.

SCHREUER, Cristoph, "Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration", en *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, No. 2, 2006, pp. 1-24.

SCHREUER, Cristoph, "Failure to Apply the Governing Law in International Investment Arbitration", en *Austrian Review of International and European Law*, 2002, pp. 147-196.

SCHREUER, Cristoph, "ICSID Annulment Revisited", en *Legal Issues of Economic Integration*, 2003, Vol. 30, No. 2, pp. 103-122.

SCHREUER, Cristoph, "Investment Arbitration: A Voyage of Discovery", en *Arbitration*, 2005, Vol. 71, pp. 73-77.

SCHREUER, Cristoph, "Investment Protection and International Relations", en *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, 2007, pp. 345-358.

SCHREUER, Cristoph, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-the Vivendi I Case Considered", en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, No. 5, 2007, pp. 281-323.

SCHREUER, Cristoph, "Preventing the Past", en *International Law Forum du droit international*, 2004, No. 6, pp. 131-135.

SCHREUER, Cristoph, "Revising the System of Review for Investment Awards", (Consulta: 05/01/2010), en http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/99_rev_invest_awards.pdf

SCHREUER, Cristoph, "The Dynamic Evolution of the ICSID System", en *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 2007, pp. 1-19.

SCHREUER, Cristoph, "The Future of Investment Arbitration", (Consulta: 05/01/2010), en http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf

SCHREUER, Cristoph, "The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes", (Consulta: 02/07/2010), en www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf

SCHREUER, Cristoph, "The World Bank/ ICSID Settlement Procedures", (Consulta: 03/04/2009), en <http://www.univie.ac.at/intlaw/ICSID.pdf>

SCHREUER, Cristoph, "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings", en *Annulment of ICSID Awards*, 2004, pp. 17-42.

SCHREUER, Cristoph, "Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses", en *New York Journal*, Vol. 234, No. 68, 2005.

SCHREUER, Cristoph, "What is a Legal Dispute", en *International Law between Universalism and Fragmentation Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, 2008, pp. 959.

SEGUI, Adela, “Teoría de los Contratos Conexos. Algunas de sus Aplicaciones”, en AAVV, *Contratación Contemporánea*, Palestra-Temis, Lima- Bogotá, 2001, pp. 181-205.

SHAMS, Heba, “The World Bank and Investment Protection: A Question of Accountability”, en AAVV, *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects*, N.Horn, S. Kroll (eds.), 2004, pp. 111-142.

SHEPARD, Audley, “The Jurisdictional Threshold of a Prima Facie case”, en AAVV, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), 2008, pp. 932-961.

SHIHATA, Ibrahim, “Avoidance and Settlement of Disputes- The World Bank’s Approach and Experience”, en *International Law Forum du Droit International*, 1999, pp.90-98.

SHIHATA, Ibrahim, “Judicial Reform in Developing Countries and the Role of the World Bank”, en *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank conference*, Washington, D.C., 2005, pp. 219-233.

SHIHATA, Ibrahim, “The Dynamic Evolution of International Organizations: The Case of the World Bank”, en *Journal of the History of International Law*, 2000, pp. 217-249.

SHIHATA, Ibrahim, “The Settlement of Disputes regarding Foreign Investment: the Role of the World Bank, with Particular Reference to ICSID and MIGA”, en *American University of International Law and Policy*, 1997, Vol. 1, pp. 97-116.

SILVA ROMERO, Eduardo, “Por un Regreso al Sentido Ordinario de la Palabra ‘Inversión’”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 1, 2009, pp. 217-245.

SINCLAIR, Anthony, “The Umbrella Clause Debate”, en AAVV, *Investment Treaty Law, British Institute of International and Comparative Law*, Andrea Bjorklund, Ian Laird (ed.), 2009, pp.275.

SMIT, Hans, “The Forum Selection Clause in Arbitration under a Bilateral Investment Treaty”, en *The American Review of International Arbitration*, Estados Unidos, 2005, pp. 339-342.

SUAREZ ANZORENA, Ignacio, “Acceso a la Jurisdicción Arbitral en los Tratados Bilaterales de Inversión Suscritos por el Perú: Requisitos y Particularidades”, en *Themis*, Lima, No. 53, 2007, pp.149-159.

SUAREZ ANZORENA, Ignacio, “Introducción a los Requisitos Ratione Materiae y Ratione Personae del Arbitraje bajo el Convenio CIADI”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, No. 2, 2007, pp. 251-287.

TOVAR GIL, María del Carmen y FERRERO COSTA, Eduardo, “El Laudo del Caso República del Perú con Aguaytía Energy LLC”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 8, 2009, pp. 247-260.

TRELLES DE BELAUNDE, Oscar, “El Contrato Administrativo, El Contrato- Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos”, en *Themis*, No. 44, pp. 237-251.

TSATSOS, Aristidis, “ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity, A Call for Appeal?”, en *Transnational Dispute Management*, Vol.6, No. 1, March 2009, pp. 1-41.

VAN AAKEN, Anne, "Between Commitment and Flexibility: The Fragil Stability of the International Investment Protection Regime", en *University of St. Gallen Law & Economics*, working paper No. 2008-23, pp. 1-17.

VAN, Gus and LOUGHLIN, Martin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", en *The European Journal of International Law*, Vol.17, No. 1, 2006, pp.121-150.

VANDEVELDE, Kenneth, "A Brief History of International Investment Agreements", en *University of California Davis Journal of International Law & Policy*, 2005, Vol.12, pp. 157-194.

VAZQUEZ REBAZA, Walter, "La (Visible) Presencia de los Contratos Coligados en el Sistema Jurídico Peruano", en *Revista Jurídica del Perú*, tomo 140, octubre 2012, pp. 157-173.

VEGA SÁNCHEZ, María del Carmen, "Los Convenios de Estabilidad Jurídica en el Ordenamiento Legal Peruano", en *Revista Derecho & Sociedad*, No. 18, 2002, pp. 9-16.

VICENTE BLANCO, Damaso Javier, "La Protección de las Inversiones Extranjeras y la Codificación Internacional del Arbitraje", en *Agenda Internacional*, Año 2, No.3, 1995, pp. 109-141.

WALDE, Thomas, "Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles & Industry Practices", en *Transnational Dispute Management*, Vol. 1, No. 1, February 2004.

WALDE, Thomas, "The ICSID Convention: A Commentary", en *Transnational Dispute Management*, Vol. 1, No. 1, February 2004.

WALDRON, Jeremy, "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law", en *Institute for International Law and Justice, New York University Law School*, working paper 2009/3, pp. 1-31.

WEBB JACKEE, Jason, "Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties", en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2, 2008, pp. 405-462.

WEBB JACKEE, Jason, "Do we really need BIT's? Toward a Return to Contract", en *International Investment Law*, No.3, 2008, pp. 145-156.

WEBB JACKEE, Jason, "Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality", en *Fordham International Law Journal*, 2009, Vol. 32, pp. 1550-1613.

WEISS, Friedl, "Trade and Investment", en AAVV, *The Oxford Handbook of International Investment Arbitration*, Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer (eds.), pp. 182-223.

WENHUA, Sha, "Is Calvo Dead?", en *The American Journal of Comparative Law*, 2007, Vol. 55, pp. 123-163.

WELLS, Louis, "Backlash to Investment Arbitration Three Causes", en AAVV, *The Backlash of Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Michael Weiber (ed.), pp.341- 352.

WOLFGANG, Peter, "Contractual Leverage; Stabilization Clauses", en AAVV, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Treaties*, N. Horn and S.Kröll (eds.), 1995, pp. 214-230.

WOLFGANG, Peter, "The Case of ICSID Arbitration", en *Arbitration and Renegotiation of International Investment Treaties*, N. Horn, S.Kröll (eds.), 1995, pp. 302-325.

YALA, Farouk, "The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some 'Un-Conventional' Thoughts on Salini, SGS and Mihaly", en *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, No. 2, 2005, pp. 106-125.

ZULETA JARAMILLO, Eduardo, "¿El regreso a las cañoneras y Calvo? hacia dónde va el Arbitraje entre Inversionistas y Estados", en *Revista Internacional de Arbitraje*, Colombia, 2005, pp. 155-180.

Libros y folletos

Admission y Establecimiento, United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Ginebra, 1998.

ALVAREZ VITA, Juan, *Tratados Internacionales y Ley Interna*, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial, 2001, pp. 171.

ANTONOUPOULOS, Constantine, *The Unilateral Use of Force by States*, Thesis submitted to the University of Nottingham for the Degree of Doctor of Philosophy, 1992, pp. 524.

Best Practices in Investment for Development. Cases Studies in FDI. How to Prevent and Manage Investor-State Disputes. Lessons from Peru. UNCTAD. 2011.

BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, pp. 1740.

BISHOP, Doak, CRAWFORD, James and REISMAN, Michael, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, pp. 1653.

BONIFAZ TWEDDLE, Gonzalo, *La Solución de Controversias Inversionista-Estado en el Marco de los Acuerdos de Protección y Promoción de la Inversión Extranjera*, Lima, 2006, pp. 96.

BROCHES, Aron, *Selected Essays, World Bank, ICSID and other Subjects of Public or Private International Law*, The Netherlands: MartinusNijhoff Publishers, 1995, pp. 524.

BROTÓNS, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 1382.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, United States, Oxford University Press, 1966 (7th ed. 2008), pp. 784.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Lima: Fondo Editorial UPC, 2007, pp. 280.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid: Editorial Tecnos, 1969 (2nd ed. 1976), pp. 448.

Contratos de Estado, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Colección de Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los Acuerdos Internacionales de Inversión, United Nations, 2004.

Course of Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.1, Overview, United Nations, 2003.

Course of Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.3, Consent to arbitration, United Nations, 2003.

Course of Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.4, Requirements Ratione Personae, United Nations, 2003.

Course of Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.5, Requirements Ratione Materiae, United Nations, 2003.

Course of Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.6, Applicable Law, United Nations, 2003.

DELGADO BARRETO, César, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Lima: PUCP. Fondo Editorial, 2002, (3rd ed. 2008), pp.324.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, España: Editorial Tecnos, 2001, pp. 954.

Dispute Settlement: General Topics, International Court of Justice, United Nations, 2003.

Dispute Settlement: Investor- State, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2003.

DOLZER, Rudolf and SCHREUER, Cristoph, *Principles of International Investment Law*, United States: Oxford University Press, 2008, pp.433.

DOUGLAS, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, New York: Cambridge University Press, 2009, pp.616.

DUGARD, Jhon, *Third Report on Diplomatic Protection*, International Law Commission, Fifty-fourth session, Geneva, 29 April-7 June and 22 July-16 August 2002.

ELIAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano: La Ley General de Sociedades del Perú*, Normas Legales (ed.), pp. 1019.

Fijación de Normas sobre las Inversiones Internacionales: Tendencias, Cuestiones Emergentes y Consecuencias, Nota preparada por la secretaria de la UNCTAD, 5 de enero 2007.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, México: Editorial Porrúa, 2009, pp.384.

GUSTAFSSON, Rita, *The Cost of Uncertainty: The Notion of Investment in Bilateral Investment Treaties and ICSID Arbitration*, master thesis presented in Faculty of Law University of Lund, Sweden, pp. 1-47.

HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, The Netherlands: Kluwer Law International, pp. 392.

HIRSCH MOSHE, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp.280.

Informe sobre el Desarrollo Mundial 2005: Un Mejor Clima para la Inversión en beneficio de todos: Panorama General, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/ Banco Mundial, 2005.

International Investment Agreements: Flexibility for Development, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2000.

Inversión Extranjera Directa y Desarrollo, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2001.

Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2008.

Investor- States Disputes arising from Investment Treaties: A Review, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2005.

Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2007.

LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los Contratos Conexos: Estudios de Supuestos Concretos y Ensayo de una Construcción Doctrinal*, Barcelona: Bosch, 1994, pp.371.

MCLACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence and WEINIGER, Matthew, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, United States: Oxford University Press, 2007, pp. 474.

MONTT, Santiago, *The Latin American Position on State Responsibility. Looking into the Past for Lessons into the Future*, Paper presented at the annual meeting of The Law and Society Association, Grand Hyatt, Denver, Colorado, May 25, 2009.

MORTIMORE, Michael, *Arbitraje Internacional basado en Cláusulas de Solución de Controversias entre los Inversionistas y el Estado en Acuerdos Internacionales de Inversión: Desafíos para América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL, noviembre 2009.

NEUWIRTH, Rostam, *International Law and the Public/Private Law Distinction*, Master Thesis of Laws (LL.M.) at McGill University, Montreal, Canada, 2000, pp. 124.

NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, LLuís, *Law and Practice of Investment Treaties*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, pp. 614.

PARRA, Antonio, *The Enforcement of ICSID Arbitral Awards*, 24th Joint Colloquium on International Arbitration, Paris, November 16, 2007.

PINILLA CISNEROS, Antonio, *Los Contratos Ley en la Legislación Peruana*, Lima: Universidad de Lima, 1999, pp. 152.

Policy Framework for Investment, Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD), 2006, pp. 72.

Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a seguir, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, 2008.

REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 1382.

RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonia, *El Sistema Arbitral del CIADI*, México: Editorial Porrúa, 2006, pp. 526.

SALACUSE, Jeswald, *The Law of Investment Treaties*, New York: Oxford University Press, 2010.

SCHILL, W, Stephan, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 451.

SCHREUER, Cristoph, *A Decade of Increasing Awareness of Investment Arbitration and Intensive Activity: An Assessment*, Opening Address at a Symposium co-organized by ICSID, OECD and UNCTAD: Making the Most International Investment Agreements: A common Agenda, Paris, 12 December 2005.

SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, (2nd ed. 2009), pp. 1524.

Scope and Definition, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations Conference on Trade and Development, United Nations, 2011.

SHIHATA, Ibrahim, *Legal Treatment of Foreign Investment "The World Bank Guidelines"*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

SORNARAJAH, M, *The International Law on Foreign Investment*, United Kingdom: Cambridge University Press, 1994 (2nd ed. 2004), pp.525.

El Papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la Atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los Países en Desarrollo, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, Series on Issues on International Investment Agreements, United Nations, 2009.

VAN HARTEN, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 214.

VERMEER-KUNZLI, Anna Maria Helena, *The Protection of Individuals by Means of Diplomatic Protection: Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, 2007, Doctoral Thesis, Leiden University.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Contrato-Ley: Los Contratos de Estabilidad Jurídica*, Lima: Gaceta Jurídica, 1997, pp. 350.



Anexos

Anexo 1

Modelos de Definición de Inversión en los AI

I. Definición de inversión en el MAI

Investment means:

Every kind of asset owned or controlled, directly or indirectly, by an investor, including:⁵⁹³⁵⁹⁴

- (i) an enterprise (being a legal person or any other entity constituted or organised under the applicable law of the Contracting Party, whether or not for profit, and whether private or government owned or controlled, and includes a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, branch, joint venture, association or organisation);
- (ii) shares, stocks or other forms of equity participation in an enterprise, and rights derived therefrom;
- (iii) bonds, debentures, loans and other forms of debt, and rights derived therefrom;
- (iv) rights under contracts, including turnkey, construction, management, production or revenue-sharing contracts;
- (v) claims to money and claims to performance;
- (vi) intellectual property rights;
- (vii) rights conferred pursuant to law or contract such as concessions, licenses, authorisations, and permits;

⁵⁹³The Negotiating Group agrees that this broad definition of investment calls for further work on appropriate safeguard provisions. In addition, the following issues require further work to determine their appropriate treatment in the MAI: indirect investment, intellectual property, concessions, public debt and real estate.

⁵⁹⁴For greater certainty, an interpretative note will be required to indicate that, in order to qualify as an investment under the MAI, an asset must have the characteristics of an investment, such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.

(viii) any other tangible and intangible, movable and immovable property, and any related property rights, such as leases, mortgages, liens and pledges.

II. Definición de inversión en el Model BIT Canadá 2004

investment means:

- (I) an enterprise;
- (II) an equity security of an enterprise;
- (III) a debt security of an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise;
- (IV) a loan to an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;
- (V)
 - (i) notwithstanding subparagraph (III) and (IV) above, a loan to or debt security issued by a financial institution is an investment only where the loan or debt security is treated as regulatory capital by the Party in whose territory the financial institution is located, and
 - (ii) a loan granted by or debt security owned by a financial institution, other than a loan to or debt security of a financial institution referred to in (i), is not an investment;

for greater certainty:

- (iii) a loan to, or debt security is sued by, a Party or a state enterprise thereof is not an investment; and
- (iv) a loan granted by or debt security owned by a cross-border financial service provider, other than a loan to or debt security issued by a financial institution, is an investment if such loan or debt security meets the criteria for investments set out elsewhere in this Article;

(VI) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;

(VII) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraphs (III) (IV) or (V);

(VIII) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and

(IX) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under

(i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or

(ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise;

but investment does not mean,

(X) claims to money that arise solely from

(i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of the other Party, or

(ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraphs (IV) or (V); and

(XI) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (I) through (IX);

III. Definición de Inversión en el Model BIT Colombia 2007

2. Investment

2.1. Investment means every kind of economic assets that have been invested by investors of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the law of the latter including in particular, but not exclusively, the following:

a. Movable and immovable property, as well as any other rights in rem, including property rights;

b. Shares, parts and any other kind of economic participation in corporations;

c. Claims to money or to any performance having an economic value;

- d. Intellectual property rights, including, among others, copyrights and related rights, and industrial property rights such as patents, technical processes, manufacturers' brands and trademarks, trade names, industrial designs, know-how and goodwill;
- e. Concessions granted by law, administrative act or contract, including concessions to explore, grow, extract or exploit natural resources;
- f. All operations of foreign loan, as established by the law of each Contracting Party, related to an investment.

Investment does not include:

- (i) public debt operations;
- (ii) claims to money arising solely from:
 - a. Commercial contracts for the sale of goods and services by a national or legal entity in the territory of a Contracting Party to a national or a legal entity in the territory of the other Contracting Party; or
 - b. Credits granted in relation with a commercial transaction;

2.2. A change in the manner in which assets have been invested or re-invested does not affect their status as investment under this Agreement, provided that such modification is comprised within the definitions of this article and is made according to the law of the Contracting Party in whose territory the investment has been admitted.

2.3. In accordance with paragraph 1 of this Article, the minimum characteristics of an investment shall be:

- a. The commitment of capital or other resources;
- b. The expectation of gain or profit;
- c. The assumption of risk for the investor.

IV. Definición de Inversión en el Model BIT Francia 2006

ARTICLE 1

Definitions

For the purpose of this Agreement:

1. The term "investment" means every kind of assets, such as goods, rights and interests of whatever nature, and in particular though not exclusively:

- a) movable and immovable property as well as any other right in rem such as mortgages, liens, usufructs, pledges and similar rights ;
- b) shares, premium on share and other kinds of interest including minority or indirect forms, in companies constituted in the territory of one Contracting Party ;
- c) title to money or debentures, or title to any legitimate performance having an economic value;
- d) intellectual, commercial and industrial property rights such as copyrights, patents, licenses, trademarks, industrial models and mockups, technical processes, know-how, tradenames and goodwill ;
- e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources, including those which are located in the maritime area of the Contracting Parties.

It is understood that those investments are investments which have already been made or may be made subsequent to the entering into force of this Agreement, in accordance with the legislation of the Contracting Party on the territory or in the maritime area of which the investment is made.

Any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their qualification as investments provided that such alteration is not in conflict with the legislation of the Contracting Party on the territory or in the maritime area of which the investment is made.

V. Definición de inversión en el Model BIT Alemania 2008

Article 1 Definitions

Within the meaning of this Treaty,

1. the term "investments" comprises every kind of asset which is directly or indirectly invested by investors of one Contracting State in the territory of the other Contracting State. The investments include in particular:

- (a) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as mortgages, liens and pledges;
- (b) shares of companies and other kinds of interest in companies;
- (c) claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value;
- (d) intellectual property rights, in particular copyrights and related rights, patents, utility model patents, industrial designs, trademarks, plant variety rights;
- (e) trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how, and goodwill;
- (f) business concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources; any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their classification as investment. In the case of indirect investments, in principle only those indirect investments shall be covered which the investor realizes via a company situated in the other Contracting State;

2. the term "returns" means the amounts yielded by an investment for a definite period, such as profit, dividends, interest, royalties or fees;

VI. Definición de Inversión en el Model BIT USA 2012

“**investment**” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;⁵⁹⁵
- (d) futures, options, and other derivatives;
- (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) intellectual property rights;

⁵⁹⁵Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods or services, are less likely to have such characteristics.

- (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law;⁵⁹⁶⁵⁹⁷
and
(h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.



⁵⁹⁶Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with the license, authorization, permit, or similar instrument has the characteristics of an investment.

⁵⁹⁷The term “investment” does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action.

Anexo 2

Definición de inversión en el los All suscritos por el Estado peruano

Definición de Inversión	País
Amplia	Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Finlandia, Francia, Italia, Malasia, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Popular China, República Checa, Rumania, Suecia, Tailandia, Venezuela.
Limitada	Canadá, Colombia, Cuba, Chile, Estados Unidos, Japón, México, Panamá, República de Corea, Singapur.

Definición amplia**TBI Alemania****Artículo 1-**

Para los efectos del presente convenio:

(1) "**Inversión**" designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la

Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; esto incluye en particular, pero no exclusivamente:

- (a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas y derechos de prenda;
- (b) acciones o derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades;
- (c) derechos a fondos empleados para crear un valor económico o a prestaciones bajo contrato y derechos otorgados por ley, que tengan un valor económico;

(d) derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, modelos y diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos y conocimientos tecnológicos patentados o no, documentos técnicos e instrucciones, know how y goodwill;

(e) las concesiones otorgadas, por ley o contrato, por las partes contratantes o sus entidades públicas para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de los recursos naturales.

Las modificaciones en la forma de inversión de los bienes no afectan su carácter de inversión.

TBI Argentina

ARTICULO 1

Definiciones

A los fines del presente Convenio:

(1) El término "inversión" designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con este Convenio. Incluye en particular, aunque no exclusivamente:

a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;

b) Acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades o "joint ventures";

c) Títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;

d) Derechos de propiedad intelectual incluyendo, en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, conocimientos, procedimientos tecnológicos y derechos de llave;

e) Concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales

TBI Australia**ARTICLE 1****Definitions**

1. For the purpose of this Agreement:

(a) "investment" means every kind of asset, owned or controlled by investors of one Party and admitted by the other Party subject to its law and investment policies applicable from time and includes:

- (i) tangible and intangible property, including rights such as mortgages, liens and other pledges,
- (ii) shares, stocks, bonds and debentures and any other form of participation in a company,
- (iii) a loan or other claim to money or a claim to performance having economic value,
- (iv) intellectual and industrial property rights, including rights with respect to copyrights, patents, trademarks, trade names, industrial designs, trade secrets, know how and goodwill,
- (v) business concessions and any other rights required to conduct economic activity and having economic value conferred by law or under a contract, including rights to engage in agriculture, forestry, fisheries and animal husbandry, to search for, extract or exploit natural resources and to manufacture, use and sell products, and
- (vi) activities associated with investments, such as the organisation and operation of business facilities, the acquisition, exercise and disposition of property rights, the raising of funds and the purchase and sale of foreign exchange;

(b) "return" means an amount yielded by or derived from an investment, including profits, dividends, interest, capital gains, royalty payments, management or technical assistance fees, payments in connection with intellectual property rights, and all other lawful income;

TBI Bolivia**ARTÍCULO 1° - DEFINICIONES**

A los efectos del presente convenio:

(1) "inversión" designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión de conformidad con este Convenio; incluye en particular, pero no exclusivamente:

- (a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas, gravámenes y derechos de prenda;
- (b) Acciones o derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades o joint ventures;
- (c) Derechos a fondos empleados para crear un valor económico o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor económico, de acuerdo a las leyes y reglamentaciones vigentes en la Parte Contratante donde se realiza la inversión;
- (d) Derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, modelos y diseños industriales, marcas, nombres comerciales, secretos industriales y comerciales, procedimientos y conocimientos tecnológicos patentados o no que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones;
- e) Las concesiones otorgadas por los Estados de las Partes Contratantes o sus entidades públicas para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales.

TBI Dinamarca

Artículo 1 – Definiciones

Para los fines del presente convenio,

- (1) El término "**inversión**" significará todo tipo de activo relacionado con actividades económicas y adquirido con el fin de establecer relaciones económicas duraderas entre un inversionista y una empresa sin tener en cuenta la forma legal, incluyendo "joint ventures" y cualquier participación en el capital a la que los inversionistas estén facultados, así como toda valoración de capital y, en particular pero no exclusivamente:
- (a) Acciones, partes alícuotas o cualquier otra forma de participación en compañías incorporadas en el territorio de una Parte Contratante;
 - (b) Rendimientos reinvertidos, derechos sobre dinero u otros derechos con valor financiero;
 - (c) Bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos tales como hipotecas, arrendamientos financieros, privilegios, garantías y cualesquiera otros derechos similares definidos de conformidad con la legislación de la parte contratante en cuyo territorio se encuentra la propiedad en cuestión;
 - (d) Derechos de propiedad industrial e intelectual, tecnología, marcas registradas, derechos de llave (goodwill), conocimientos técnicos (know how) y cualesquiera otros derechos similares;

(e) Concesiones comerciales otorgadas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones relativas a recursos naturales.

(2) El término "**rendimientos**" significará los montos producidos por una inversión y, en particular, aunque no exclusivamente, incluye utilidades, intereses, ganancias de capital, dividendos, regalías u honorarios. Tales montos, y en caso de sumas de reinversión producidas por la reinversión, gozarán de la misma protección que la inversión.

TBI Ecuador

Artículo 1

Definiciones

Para los efectos del presente Convenio:

1. El término "**inversión**" designa toda clase de activos de propiedad o bajo control, directo o indirecto, de un inversionista de una de las Partes Contratantes, que incluye, en particular, pero no exclusivamente:

(a) Acciones, participaciones o derechos de participación en sociedades y en cualquier otra forma asociativa de riesgo compartido;

(b) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener beneficios económicos o para otros fines empresariales;

(c) Créditos, valores, derechos sobre dinero y cualquier otra prestación que tenga un valor económico directamente vinculado a una inversión específica;

(d) Derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados y los derechos de obtentores de variedades vegetales;

(e) Las concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales; y,

(f) Las reinversiones de utilidades, entendiéndose éstas como la inversión de las mismas en la propia empresa que las genera.

Cualquier alteración de la forma de la inversión no afecta su carácter como tal.

TBI El Salvador

ARTICULO 1

Definiciones

Para los efectos del presente Acuerdo:

(...)

2. El término "**Inversión**" se refiere a toda clase de bienes o derecho relacionados con una inversión, siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte en cuyo territorio se realizó, y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente:

- a. Bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales tales como servidumbres, hipotecas, usufructos y prendas;
- b. Acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades;
- c. Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico;
- d. Derechos de propiedad intelectual, tales como derechos de autor y derechos de propiedad industrial, comprendiendo entre estos últimos, patentes, procesos técnicos, marcas de fábrica o marcas comerciales, nombres comerciales, diseños industriales, conocimientos técnicos; razón social y derecho de llave;
- e. Concesiones otorgadas por la ley o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales.

TBI España

Artículo 1 - Definiciones

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;
- Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;

- Todo tipo de derechos en el ámbito de propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, conocimientos tecnológicos y derechos de llave ("good-will");
 - Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.
- 3.- El término "**rentas de inversión**" se refiere a los rendimientos derivados de una inversión de acuerdo con la definición contenida en el punto anterior, e incluye en particular, aunque no exclusivamente, beneficios, dividendos, regalías ("royalties") e intereses.

TBI Finlandia

Artículo 1 - Definiciones

Para los fines del presente convenio:

- (1) El término "**inversión**" significa cualquier tipo de activo, establecido o adquirido por un inversionista de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última parte contratante e incluye, en particular, aunque no exclusivamente:
- A) Bienes muebles e inmuebles, así como derechos de propiedad, tales como hipoteca, gravamen, prenda, usufructo y arrendamiento financiero;
 - B) Acciones de participación, acciones o certificados de reintegro y otras formas de participación en sociedad o sociedades de riesgo compartido;
 - C) Derechos sobre dinero o cualquier prestación que tenga un valor económico;
 - D) Derechos de propiedad intelectual, tales como procedimientos técnicos, nombres comerciales, conocimientos tecnológicos y derechos de llave;
 - E) Derechos conferidos por ley, decisiones administrativas o bajo contrato, incluyendo concesiones para explorar, desarrollar, extraer o explotar recursos naturales.
- (2) Un cambio en la forma en la cual se inviertan los activos no afecta su carácter de inversiones.

TBI Francia

Artículo 1 - Para la aplicación del presente convenio:

(1) El término "**inversión**" designa todos los activos tales como bienes, derechos e intereses de toda naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente:

(a) Los bienes muebles e inmuebles, así como todo otro derecho real tales como las hipotecas, privilegios, usufructos, fianzas y derechos similares;

(b) Las acciones, primas en emisión y otras formas de participación, sean minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes;

(c) Las obligaciones, acreencias y derechos a toda prestación que tenga valor económico;

(d) Los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial (tales como patentes de invención, licencias, marcas registradas, modelos y diseños industriales), los procedimientos técnicos, los nombres registrados y la clientela;

(e) Las concesiones otorgadas por la ley o en virtud de un contrario, especialmente las concesiones relativas a la prospección, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales, incluso aquellas que se encuentran en el área marítima de las Partes Contratantes.

Dichos activos deben ser o haber sido invertidos conforme a la legislación de la Parte Contratante en el territorio o en el área marítima en la cual la inversión es efectuada, antes o después de la entrada en vigencia del presente Convenio.

Toda modificación de la forma de inversión de los activos no afecta su calificación de inversión, siempre que esta modificación no sea contraria a la legislación de la Parte Contratante en el territorio o en la zona marítima en la cual la inversión es efectuada.

TBI Italia

Artículo 1-Definiciones

Para los fines del presente Convenio:

1. El término "**inversiones**" significará cualquier tipo de propiedad invertida, antes o después de la entrada en vigencia de este convenio, por una persona natural o jurídica de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esa parte, independientemente de la forma legal escogida, así como del marco legal. Sin limitar la amplitud de lo antedicho, el término "inversión" comprende en particular, pero no exclusivamente:

- (a) Propiedad de bienes muebles e inmuebles y cualquier derecho real, incluyendo derechos reales de garantía sobre la propiedad de una tercera parte, en cuanto sean utilizables para inversiones;
- (b) Participaciones, obligaciones, tenencias de capital u otros instrumentos de crédito, así como títulos del Gobierno y efectos públicos en general conforme a la legislación nacional de cada Parte Contratante;
- (c) Créditos por sumas de dinero o cualquier derecho de servicio que tenga un valor económico relacionado con una inversión, así como ingresos reinvertidos y ganancias de capital;
- (d) Derechos de autor, marcas comerciales registradas, patentes, diseños industriales y otros derechos de propiedad intelectual e industrial, conocimientos tecnológicos, secretos industriales, marcas de comercio y derechos de llave;
- (e) Cualquier derecho económico otorgado por ley o por contrato y cualquier licencia o franquicia concedidos de acuerdo con los dispositivos en vigencia sobre actividades económicas, incluyendo el derecho a explorar, extraer y explotar recursos naturales;
- (f) Cualquier incremento en el valor de la inversión original.

Cualquier modificación en la forma de la inversión no implica un cambio en su naturaleza.

TBI Malasia

Artículo 1

Definiciones

1. Para los efectos del presente Convenio:

- (a) "Inversión" designa todo tipo de activo y en particular, aunque no exclusivamente, incluye:
 - (i) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos de propiedad, tales como hipotecas, gravámenes o derechos de prenda;
 - (ii) Acciones, activos y obligaciones de compañías o intereses en la propiedad de dichas compañías;
 - (iii) Derechos a fondos empleados para crear un valor financiero o derechos a cualquier prestación que tenga un valor financiero;
 - (iv) Derechos de propiedad intelectual e industrial, incluyendo derechos relativos a derechos de autor, patentes, marcas, nombres comerciales, diseños industriales, secretos comerciales, procesos y conocimientos tecnológicos y derechos de llave;

(v) Concesiones comerciales otorgadas por ley o en virtud de un contrato, incluyendo las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales;

b) "Rendimientos" designa a las sumas obtenidas por una inversión y, en particular, aunque no exclusivamente, incluye utilidades, intereses, ganancias de capital, dividendos, regalías u honorarios.

TBI Países Bajos

Artículo 1

Para los fines del presente convenio:

A. El término "inversiones" comprenderá toda clase de activo y en particular, aunque no exclusivamente:

I. La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho real con respecto a toda clase de activo;

II. Los derechos derivados de acciones, títulos y otras formas de participación en sociedades y "jointventures";

III. Los derechos sobre dinero y otros activos, y a cualquier otra prestación que tenga valor económico;

IV. Los derechos de propiedad intelectual e industrial (tales como derechos de autor, patentes, modelos y diseños industriales, marcas comerciales o de servicio, y nombres comerciales), procedimientos técnicos, derechos de llave y conocimientos tecnológicos;

V. Los derechos otorgados por la ley pública, incluyendo derechos a prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales.

TBI Paraguay

Artículo 1

Definiciones

Para los efectos del presente Convenio:

1- "Inversión" designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión de conformidad con este Convenio. Esto incluye en particular, pero no exclusivamente:

a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas, gravámenes y derechos de prenda;

- b) Acciones o derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades o joint ventures;
- c) Las acreencias monetarias y derechos a cualquier tipo de prestación de valor económico;
- d) Derechos de propiedad intelectual e industrial, especialmente, derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos industriales, marcas, nombres comerciales, secretos industriales y comerciales, procedimientos tecnológicos, know-how y valor llave;
- e) Las concesiones otorgadas, por ley o contrato, por las Partes Contratantes o sus entidades públicas para el ejercicio de una actividad económica incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales.

TBI Portugal

Artículo 1°

Para efectos del presente acuerdo, se entiende que:

1. El término "inversiones" comprenderá toda especie de bienes y derechos relacionados con actividades económicas efectuadas por un inversionista de una de las partes contratantes en el territorio de la otra parte contratante y de acuerdo con las leyes de esta última, incluyendo, en particular, pero no exclusivamente:

- A) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales, tales como hipotecas, gravámenes y derechos de prenda;
- B) Acciones, cuotas u otros derechos de participación que representen el capital de sociedades o cualesquiera otras formas de participación;
- C) Derechos de crédito o cualquier otro derecho con valor económico;
- D) Derechos de autor, derechos de propiedad industrial, tales como, patentes, conocimientos y procedimientos tecnológicos (know-how), marcas, denominaciones comerciales, diseños industriales y derechos de llave (goodwill);
- E) Concesiones otorgadas por ley o acto administrativo de una autoridad pública competente, o en virtud de un contrato, incluyendo concesiones para prospección, exploración y explotación de recursos naturales.

Cualquier modificación en la forma de realización de la inversión no afectará su naturaleza, siempre y cuando esa modificación sea hecha de acuerdo a la legislación de la parte contratante en el territorio de la cual la inversión es realizada.

TBI Reino Unido

Artículo 1

Definiciones

Para los efectos del presente Convenio:

(a) “Inversión” designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión, y en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

(i) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos de propiedad, tales como hipotecas, gravámenes o derechos de prenda;

(ii) Acciones, activos u obligaciones y otras formas de participación en compañías o sociedades de riesgo compartido;

(iii) Derechos a fondos empleados para crear un valor financiero o a cualquier prestación bajo contrato que tenga un valor financiero;

(iv) Derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, modelos y diseños industriales, marcas, nombres comerciales, derechos de llave y procedimientos y conocimientos tecnológicos;

(v) Las concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato para el ejercicio de una actividad económica, incluyendo las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales;

Cualquier cambio en la forma en que los activos estén invertidos no afecta su condición de tales. El término “Inversión” incluye todas las inversiones realizadas tanto antes como después de la entrada en vigencia del presente Convenio.

TLC China

Artículo 126: Definiciones

Para efectos de este Capítulo:

inversión significa todo tipo de activo invertido por inversionistas de una Parte de conformidad con las leyes y regulaciones de la otra Parte en el territorio de esta última, y en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

- (a) bienes muebles, inmuebles y otros derechos reales tales como hipotecas y prendas, y derechos similares;
- (b) acciones, obligaciones, capital y cualquier otra clase de participación en compañías;
- (c) derechos sobre dinero o cualquier otra obligación que tenga valor económico asociado con una inversión,⁵⁹⁸
- (d) derechos de propiedad intelectual, en particular derechos de autor, patentes, marcas registradas, nombres comerciales, know-how y procesos tecnológicos, así como good-will;
- (e) concesiones conferidas mediante ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para la búsqueda, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales.

TBI La República Checa

Definitions

For the purposes of this Agreement:

1. The term "investment" shall comprise every kind of asset Invested in connection with economic activities by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter and shall include, in particular, though not exclusively:
 - a. movable and immovable property as well as any other property rights in rem such as mortgages, liens, pledges, and similar rights;
 - b. shares, stocks and debentures of companies or any other form of participation in a company;
 - c. claims to money or to any performance having an economic value associated with an investment;
 - d. intellectual property rights, including copyrights, trade marks, patents, industrial designs, technical processes, know how, trade secrets, trade names and goodwill associated with an investment;
 - e. any right conferred by laws or under contract and any licenses and permits pursuant to law, including the concessions to search for, extract, cultivate or exploit natural resources.

⁵⁹⁸ Para mayor certeza, inversión no incluye los préstamos otorgado por una Parte a la otra Parte.

Any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their character as investment.

TBI Rumania

Artículo 1 - Definiciones

Para los efectos del presente convenio:

(1) El término "inversión" designa todo tipo de activos de un inversionista de una parte contratante invertidos en el territorio de la otra parte contratante de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última.

El término designa en particular, aunque no exclusivamente:

- (a) Derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, así como otros tipos de derechos reales como hipotecas, gravámenes y garantías;
- (b) Acciones, participaciones sociales y cualquier otra forma de participación en las sociedades;
- (c) Reinversión de beneficios;
- (d) Derechos de crédito u otros derechos derivados de todo tipo de prestaciones que tengan un valor económico o financiero;
- (e) Derechos de propiedad intelectual, tales como derechos de autor, patentes, diseños o modelos industriales, marcas de comercio o servicio, nombres comerciales, procedimientos técnicos, "know how", "goodwill", así como otros derechos similares que sean reconocidos por las leyes de la parte contratante; y,
- (f) Concesiones otorgadas por la ley o en virtud de un contrato, en particular, las concesiones relacionadas con la prospección, la exploración, extracción y explotación de recursos naturales.

Cualquier modificación de la forma en la que estén invertidos o reinvertidos los activos no afectará su carácter de inversión.

TBI Suecia

Artículo 1 - Definiciones

Para los fines del presente convenio:

(1) El término "**inversión**" significará cualquier clase de activo, invertido por un inversionista de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante, a condición de que la inversión

haya sido hecha de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la otra parte contratante, e incluirá en particular, aunque no exclusivamente:

- (a) Bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos de propiedad, tales como hipotecas, gravámenes, prendas, usufructo, arrendamiento con opción de compra y derechos similares;
- (b) Acciones de participación, acciones o certificados de reintegro y otras formas de participación en sociedades o sociedades de riesgo compartido;
- (c) Derechos sobre dinero o cualquier prestación que tenga un valor económico;
- (d) Derechos de propiedad intelectual, procesos técnicos, nombres comerciales, conocimientos tecnológicos, derechos de llave y otros derechos similares; y,
- (e) Concesiones conferidas por ley, decisiones administrativas o bajo contrato, incluyendo concesiones para explorar, desarrollar, extraer o explotar recursos naturales.

Un cambio en la forma en la cual se inviertan los activos no afecta su carácter de inversiones.

(2) El término "**rendimientos**" significará los montos producidos por una inversión y en particular, aunque no exclusivamente, incluye utilidades, intereses, ganancias de capital, dividendos, regalías u honorarios.

TBI Tailandia

Artículo 1

Definiciones

Para efectos de este acuerdo:

(...)

3. El término "inversiones" se referirá a todo tipo de propiedad, incluido, en particular, mas no exclusivamente:

- (a) Propiedad mueble o inmueble y cualesquier otros derechos de propiedad, tales como hipotecas, gravámenes o prendas;
- (b) Acciones, valores y obligaciones de sociedades cuando sean incorporadas o intereses sobre la propiedad de tales sociedades;
- (c) Derecho a dinero o cualquier prestación bajo contrato que tenga valor financiero;
- (d) Derechos de propiedad intelectual y valor llave;

(e) Concesiones conferidas por ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para prospección, extracción o explotación de recursos naturales;

TBI Venezuela

Artículo 1

Definiciones

Para los efectos del presente Convenio:

(1) "Inversión" designa todo tipo de bien definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión de conformidad con este Convenio; y en particular, aunque no exclusivamente:

(a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas, gravámenes y derechos de prenda;

(b) Acciones o derechos de participación en sociedades y cualquier otro tipo de participación en sociedades de riesgo compartido;

(c) Créditos, valores, derechos sobre dinero y cualquier otra prestación que tenga un valor económico;

(d) Derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, modelos y diseños industriales, marcas, nombres comerciales, conocimientos y procedimientos tecnológicos, prestigio y clientela;

(e) Las concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales.

Definición Limitada

TLC Canadá

Artículo 847: Definiciones

inversión significa:

(a) una empresa;

(b) acciones de capital de una empresa;

(c) instrumentos de deuda de una empresa

- (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye un instrumento de deuda de una empresa estatal, independientemente de la fecha original de vencimiento;
- (d) un préstamo a una empresa:
- (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa estatal, independientemente de la fecha original de vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar en los activos de esa empresa en liquidación, siempre que éste no sea un instrumento de deuda o un préstamo excluido de los subpárrafos (c) o (d);
- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- (h) la participación que resulte del compromiso de capital u otros recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de dicha Parte, tales como los siguientes:
- (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de la Parte, incluidos, los contratos de llave en mano o de construcción, o las concesiones, o
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

pero inversión no significa,

- (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - (i) contratos comerciales para la venta de mercancías o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en el territorio de la otra Parte, o
 - (ii) el otorgamiento de crédito en relación a una transacción comercial, tal como la financiación del comercio, excepto un préstamo cubierto por las disposiciones del subpárrafo (d); y
- (j) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés establecidos en los subpárrafos (a) al (h);

inversión cubierta significa, con respecto a una Parte, una inversión en el territorio de un inversionista de la otra Parte existente a la fecha en que el presente Tratado entre en vigor, así como las inversiones hechas o adquiridas de ahí en adelante;

inversión de un inversionista de una Parte significa la inversión de propiedad o controlada directa o indirectamente por un inversionista de dicha Parte;

TBI Colombia

Artículo 42: Definiciones

Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa e indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;⁵⁹⁹
 - (i) un préstamo otorgado a una institución financiera o un instrumento de deuda emitido por una institución financiera es una inversión sólo cuando el préstamo o el instrumento de deuda sea tratado como un capital regulatorio por la Parte en cuyo territorio se encuentre ubicada la institución financiera; y
 - (ii) un préstamo otorgado por una institución financiera o un instrumento de deuda propiedad de una institución financiera, que no sean un préstamo a una institución financiera o un instrumento de deuda de una institución financiera a que se refiere el inciso i), no es una inversión;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna;⁶⁰⁰ y

⁵⁹⁹Es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan estas características.

(h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;

inversión no incluye,

- (a) Una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa.
- (b) Préstamos concedidos por una Parte a la otra Parte.
- (c) Reclamaciones de dinero provenientes sólo de:
 - (i) contratos comerciales por la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en el territorio de una Parte a un nacional o empresa en el territorio de la otra Parte; o
 - (ii) créditos otorgados en relación con una transacción comercial.
- (d) Operaciones de deuda pública y deuda de instituciones públicas.

Una modificación en la manera en que los activos han sido invertidos o reinvertidos no afecta su estatus de inversión bajo este Acuerdo, siempre que dicha modificación esté comprendida dentro de las definiciones de este Artículo y sea realizada de acuerdo a la legislación de la Parte en cuyo territorio la inversión ha sido admitida.

Inversión cubierta significa, con respecto a una Parte, una inversión en el territorio de un inversionista de la otra Parte existente a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, así como las inversiones hechas, adquiridas o expandidas de ahí en adelante.

⁶⁰⁰El hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso o un instrumento similar (incluida una concesión, en la medida que ésta tenga la naturaleza de este tipo de instrumento) tenga las características de una inversión, depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación de la Parte. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicha licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión.

TBI Cuba

Artículo 1

Definiciones

Para los efectos del presente Convenio:

1. El término "inversión" designa toda clase de activos de propiedad de un inversionista de una de las Partes Contratantes, en el territorio de la otra Parte, que incluye, en particular, pero no exclusivamente:

- (a) Acciones, participaciones o derechos de participación en sociedades y en cualquier otra forma asociativa de riesgo compartido;
- (b) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener beneficios económicos o para otros fines empresariales;
- (c) Créditos, valores, derechos sobre dinero y cualquier otra prestación que tenga un valor económico directamente vinculado a una inversión específica;
- (d) Derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados y los derechos de obtentores de variedades vegetales;
- (e) Las concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales; y,
- (f) Las reinversiones de utilidades, entendiéndose éstas como la inversión de las mismas en la propia empresa que las genera.

Cualquier alteración de la forma de la inversión no afecta su carácter como tal.

Inversión no significa:

- (a) Una obligación de pago de, ni el otorgamiento de un crédito al Estado o, a una empresa del Estado;
- (b) Los préstamos a una empresa, cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea menor de tres años.
- (c) Reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
 - cualquier forma de financiamiento del comercio.

TLC Chile

Artículo 11.28. Definiciones:

Para los efectos de este capítulo:

acuerdo escrito significa un acuerdo escrito, suscrito y puesto en vigencia por una Parte y un inversionista de la otra Parte o su representante, que establece un intercambio de derechos y obligaciones con valor pecuniario. Ningún acto unilateral de una autoridad judicial o administrativa, tales como un decreto, orden o sentencia judicial como tampoco un acta de transacción, serán considerados como un acuerdo escrito;

inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos de una empresa⁶⁰¹⁶⁰²
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) derechos contractuales emanados de contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y de otros contratos;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) derechos otorgados de conformidad con la legislación nacional, tales como concesiones, licencias, autorizaciones, permisos;⁶⁰³ y

⁶⁰¹Es más probable que algunas formas de deuda, tales como los bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como las reclamaciones de pago con vencimiento inmediato que son resultado de la venta de mercancías y servicios, tengan estas características.

⁶⁰²Los préstamos otorgados por una Parte a la otra Parte no son considerados inversiones.

⁶⁰³El hecho de que un derecho particular conferido de acuerdo con la legislación nacional, como el mencionado en el subpárrafo (g), tenga las características de una inversión depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación nacional de la Parte. Entre los derechos que no tienen las características de una inversión están aquéllos que no generan derechos protegidos mediante la legislación nacional. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicho derecho tenga las características de una inversión.

(h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda; pero inversión no significa una orden o sentencia ingresada en un proceso administrativo o judicial;

TLC Estados Unidos

inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;⁶⁰⁴⁶⁰⁵
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna;⁶⁰⁶⁶⁰⁷
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;

⁶⁰⁴Es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan estas características.

⁶⁰⁵Los préstamos otorgados por una Parte a otra Parte no son considerados inversiones.

⁶⁰⁶El hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso o un instrumento similar (incluida una concesión, en la medida que ésta tenga la naturaleza de este tipo de instrumento) tenga las características de una inversión, depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación de la Parte. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicha licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión.

⁶⁰⁷El término de “inversión” no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa.

TBI Japón

Artículo 1

Definiciones

Para efectos del presente Acuerdo:

(1) El término inversión significado activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa e indirectamente, que tengas las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa y una sucursal de una empresa;
- (b) acciones, títulos y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa, incluyendo los derechos derivados de los mismos;
- (c) bonos, obligaciones, préstamos y otros instrumentos de deuda, incluyendo los derechos derivados de los mismos;
 - (i) cuando una empresa titular de dicha deuda se encuentra afiliada al inversionista; o
 - (ii) cuando el vencimiento original de dicha deuda es de al menos 12 meses, pero no incluye una deuda de una parte contratante o una empresa estatal, independientemente de su vencimiento original.

Nota: Sin perjuicio de lo dispuesto en el literal (c)

(A) un préstamo o instrumento de deuda emitido por una institución financiera es una inversión sólo cuando el mismo es tratado como capital regulatorio por una Parte Contratante en cuyo Área se ubica la institución financiera; y

(B) no se considerará inversión un préstamo otorgado por una institución financiera o un instrumento de deuda propiedad de la misma, que no sea un préstamo a, o un instrumento de deuda de una institución financiera de conformidad con lo señalado en el punto (A);

para mayor certeza:

- (C) un préstamo a una Parte Contratante o empresa estatal de la misma, o un instrumento emitido por ellas, no se considerará una inversión; y
- (D) un préstamo otorgado por un proveedor de servicios financieros transfronterizos, o un instrumento de deuda de propiedad del mismo, que no sea un préstamo a, o instrumento de deuda emitido por, una institución financiera de conformidad con lo señalado en el punto (A), se considerará una inversión si dicho préstamo o instrumento de deuda cumple con los criterios para las inversiones establecidos en otra parte del préstamo literal.

(d) derechos contractuales, incluyendo contratos llave en mano, contratos de construcción, de gestión, de producción o de participación en los ingresos;

(e) derecho pecuniarios derivados de un contrato y derechos sobre cualquier rendimiento contractual que posea valor financiero;

(f) derechos de propiedad intelectual, incluyendo derechos de autor y derechos conexos, derechos de patente y derechos relacionados a modelos de utilidad, marcas registradas, diseños industriales, diseños de esquemas de circuitos integrados, nuevas variedad vegetales, indicaciones de origen o indicaciones geográficas e información confidencial;

(g) derechos conferidos de conformidad con leyes y reglamentos o contratos tales como concesiones, licencias, autorizaciones y permisos, incluyendo aquellos para la exploración y explotación de recursos naturales; y

(h) cualquier otra propiedad tangible o intangible, mueble o inmueble y todo derecho de propiedad relacionado, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.

Las inversiones incluyen los montos producidos por las inversiones, en particular los beneficios, los intereses, ganancias de capital, dividendos, regalías y comisiones. Un cambio en la forma en que se invierten los activos no afectan su naturaleza de inversión; pero inversiones no significan,

(i) derechos pecuniarios provenientes exclusivamente:

- (i) contratos comerciales por la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en el Área de una Parte Contratante a una empresa en el Área de la otra Parte Contratante; o
- (ii) el otorgamiento de crédito con una transacción comercial, tal como el financiamiento comercial, que no sea un préstamo cubierto bajo los alcances del literal (c); ni,

(j) cualquier otro derecho pecuniario que no implique los tipos de interés establecidos en los literales del (a) al (h).

TLC México

Artículo 11.1: Definiciones

Para los efectos de este Capítulo, se entenderá por:

inversión: los activos de propiedad o controlados por inversionistas de una Parte, adquiridos de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la otra Parte en su territorio, listados a continuación:

- a) una empresa;
- b) acciones de una empresa;
- c) instrumentos de deuda de una empresa:
 - i) cuando la empresa es una filial del inversionista; o
 - ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de 3 años, pero no incluye una obligación de una Parte o de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- d) un préstamo a una empresa:
 - i) cuando la empresa es una filial del inversionista; o
 - ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de 3 años, pero no incluye un préstamo a una Parte o a una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme a los incisos (c) o (d);
- g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- h) la participación que resulte del capital u otros recursos en el territorio de una Parte destinados para el desarrollo de una actividad económica en dicho territorio, entre otros, conforme a:

- i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en el territorio de la otra Parte, incluidos las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano; o
 - ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;
- pero inversión no significa:
- i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - i) contratos comerciales para la venta de mercancías o servicios por un nacional o empresa en el territorio de una Parte a una empresa en el territorio de la otra Parte; o
 - ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o
 - j) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los incisos (a) al (h);

TLC Panamá

Artículo 12.30. Definiciones

Para los efectos de este capítulo

inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) instrumentos de deuda de una empresa:
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista; o

- (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres (3) años; pero no incluye un préstamo a una Parte o a una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
 - (e) futuros, opciones y otros derivados;
 - (f) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
 - (g) derechos de propiedad intelectual;
 - (h) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación nacional;⁶⁰⁸
 - (i) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda,
- pero inversión no incluye:
- (j) una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa;
 - (k) préstamos concedidos por una Parte a la otra Parte;
 - (l) operaciones de deuda pública y deuda de instituciones públicas;
 - (m) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - (i) contratos comerciales por la venta de mercancías o servicios por un nacional o empresa en el territorio de una Parte a un nacional o empresa en el territorio de la otra Parte; o
 - (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del subpárrafo (d); o

⁶⁰⁸ El hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso o un instrumento similar (incluyendo una concesión, en la medida que ésta tenga la naturaleza de este tipo de instrumento) tenga las características de una inversión, depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación nacional de la Parte. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación nacional. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicha licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión.

(n) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los subpárrafos (a) al (i), una modificación en la manera en que los activos han sido invertidos o reinvertidos no afecta su estatus de inversión bajo este Tratado, siempre que dicha modificación esté comprendida dentro de las definiciones de este Artículo y sea realizada de acuerdo a la legislación nacional de la Parte en cuyo territorio la inversión ha sido admitida;

inversión cubierta significa, con respecto a una Parte, una inversión en su territorio, de un inversionista de la otra Parte existente en la fecha de entrada en vigor de este Tratado, así como las inversiones hechas, adquiridas o expandidas posteriormente;

TLC República de Corea

Artículo 9.18: Definiciones

Para efectos de este Capítulo:

inversión significa todo activo que un inversionista tiene en propiedad o controla, directa o indirectamente, y que tiene las características de una inversión, incluyendo tales características como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;⁶⁰⁹⁶¹⁰⁶¹¹
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna;⁶¹²⁶¹³ y

⁶⁰⁹Es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan estas características.

⁶¹⁰Los préstamos otorgados por una Parte a otra Parte no son considerados inversiones.

⁶¹¹El subpárrafo (c) será interpretado de acuerdo al Anexo 9D.

⁶¹²El hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso o un instrumento similar (incluida una concesión, en la medida que ésta tenga la naturaleza de este tipo de instrumento) tenga las características de una inversión, depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la

(h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.⁶¹⁴

Para los efectos de este Acuerdo, un requerimiento de pago que surge sólo por la venta comercial de bienes y servicios no es una inversión, salvo que sea un préstamo que tiene las características de una inversión.

TLC Singapur

Artículo 10.1. Definiciones

Para efectos de este artículo, se entiende que:

6. **inversión** significa todo tipo de activo de propiedad o controlado, directa o indirectamente, por un inversionista, que incluye características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo, incluyendo pero no limitado al siguiente:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa, incluyendo los derechos derivados de la misma;
- (c) bonos, obligaciones, préstamos y otros instrumentos de deuda,⁶¹⁵⁶¹⁶⁶¹⁷ incluyendo los derechos derivados de los mismos;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;

legislación de la Parte. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación de una Parte. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicha licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión.

⁶¹³El término “inversión” no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa.

⁶¹⁴Para mayor certeza, participación de mercado, acceso al mercado, ganancias esperadas y oportunidades de obtener lucro no constituyen, por sí mismas, inversiones.

⁶¹⁵Para efectos de este Capítulo, **préstamos y otros instrumentos de deuda** descritos en el literal (c) de este Artículo y **derechos sobre activos monetarios o sobre cualquier empeño contractual** descritos en el literal (f) de este Artículo se refieren a activos relacionados con actividad comercial y no se refieren a activos de naturaleza personal que no están relacionados con actividad comercial.

⁶¹⁶Esto deberá interpretarse de conformidad con el Artículo 10.18 (Deuda Pública).

⁶¹⁷Para mayor certeza, **inversión** no incluye los préstamos otorgados por una Parte a la otra Parte.

- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos sobre activos monetarios o sobre cualquier desempeño contractual relacionado con una actividad comercial y que tenga un valor económico;
- (g) derechos de propiedad intelectual y plusvalía;
- (h) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna aplicable, incluyendo cualquier concesión para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales;⁶¹⁸ y
- (i) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.



Anexo 3

⁶¹⁸ Inversión no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa.

La definición de inversión en los CEJ (problema del caso Duke)

“TWO - By virtue of this Agreement DUKE ENERGY INTERNATIONAL agrees to the following:

1. **To make contributions to the capital stock of the company** DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU HOLDINGS, S.R.L., incorporated in the city of Lima, registered in Entry No. 1184295 of the Registry of Companies of the Office of Registration of Lima and Callao, **in the amount of U.S. \$ 200,000,000** (Two hundred million Dollars of the United States of America) within a term of no more than two (2) years, from the date of execution of this Agreement.
2. To channel the foreign capital contribution referred to in section 1 above, through the National Financial System, as evidenced in the certification to be issued by the bank involved in such transaction.
3. To register its foreign investment referred to in section 1 above, and valued in freely convertible currency, with CONITE.

THREE - By virtue of this Agreement, **the STATE, and as long as it remains in effect, in connection with the investment referred in CLAUSE TWO**, the STATE guarantees legal stability for DUKE ENERGY INTERNATIONAL, according to the following terms:

1. Stability of the tax regime with respect to the Income Tax, as stipulated in subsection a) of Article 10° of Legislative Decree No. 662, in effect at the time this Agreement was executed, according to which dividends and any other form of distribution of profits, are not taxed, in accordance with the stipulations of subsection a) of article 25 of the Amendment Text of the Income Tax Law, approved by the Supreme Decree No. 054-99-EF in effect at the time this Agreement was executed. Neither the remittances sent abroad of amounts corresponding the DUKE ENERGY INTERNATIONAL for any of the items contemplated in this subsection are taxed pursuant to the aforementioned law.
2. Stability of the regime of unrestricted availability of foreign currency as set forth in subsection b) of Article 10° of Legislative Decree No. 662, which entails that DUKE ENERGY INTERNATIONAL may freely access foreign currency in the exchange markets at the most favorable exchange rate, and in connection with the investment referred in CLAUSE TWO, the STATE may not apply thereto any exchange market

- regulations or mechanism that limits or restricts this right or which entails a less favorable treatment to DUKE ENERGY INTERNATIONAL than the one applied to any individual or company in the execution of any type of currency exchange transaction.
3. Stability of the right to freely remit its dividends and capitals pursuant to Article 10(b) of Legislative decree No. 662, which implies that DUKE ENERGY INTERNATIONAL may transfer abroad in freely convertible currency, without requiring prior authorization from any entity of the Central, Regional or Local Government as long as the investment was registered before the Competent National Organism and all corresponding tax obligations have been complied with, and without the STATE being allowed any restriction or limitation to this right, the following:
 - a) All its capitals brought from abroad, including the capital from the transfer of its shares, interests or rights over companies, of the reduction of the capital equity and partial or total liquidation, which come from the investment referred to in CLAUSE TWO.
 - b) All the dividends and the actually obtained net profits obtained from the investment referred to in CLAUSE TWO, as well as the profits obtained as consideration for the use and enjoy the assets physically located in the country used for such investment; and
 - c) All the royalties and considerations for the use and transfer of technology; trademarks and patents; and any other industrial property element authorized by the Competent National Organism.
 4. Stability of the right to use the most favorable exchange rate as stipulated in subsection b) of Article 10° of Legislative decree No. 662, which entails that DUKE ENERGY INTERNATIONAL may access foreign currency on the exchange market at the most favorable exchange rate it can obtain, and the STATE may not require it to carry out its exchange to operations under any regime or mechanism that grants a less favorable treatment than the one applied to any individual or company in the execution of any exchange operation according to the following:
 - a) In the case of conversion of foreign currency into local currency: DUKE ENERGY INTERNATIONAL may sell it to any individual or legal entity at the most favorable

- exchange rate it finds on the exchange market at the time the exchange transaction is carried out; and,
- b) In the case of conversion of local currency into foreign currency: DUKE ENERGY INTERNATIONAL may buy it from any individual or legal entity at the most favorable exchange rate it finds on the exchange market at the time the exchange transaction is carried out:
5. Stability of the right to non-discrimination as stipulated in subsection c) of Article 10° of Legislative decree No. 662, which implies that STATE at none of its levels, whether entities of companies of the Central Government, or Regional or Local Governments, may apply to DUKE ENERGY INTERNATIONAL a different treatment by virtues of its nationality, the sectors or types of economic activity in which it engages, or the geographic location of the company in which it invests, or in the following matters:
- a) Foreign exchange, such that with respect to the investment referred to in CLAUSE TWO, the STATE may not apply to DUKE ENERGY INTERNATIONAL a currency exchange regime that entails a less favorable treatment that the one applied to any individual or legal entity in the execution of any type of foreign exchange transaction.
- b) Prices, tariffs or non-customs duties, such that the STATE may not apply differential amounts or rates to DUKE INTERNATIONAL ENERGY with respect to the investment referred to in CLAUSE TWO.
- c) The form of corporate organization, such that the STATE may not require that DUKE ENERGY INTERNATIONAL organizes DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU HOLDINGS, S.R.L., in which it is going to invest, as a certain type of company;
- d) its status as an individual or legal entity, such that the STATE, may not apply differentiated treatment to DUKE ENERGY INTERNATIONAL because of this status; and,
- e) Any other cause with equivalent effects, such as may be arise from application of discriminatory treatment to DUKE ENERGY INTERNATIONAL resulting from any combination of the various paragraphs of this section.

This sub-section applies without prejudice to the limitations set forth in Article 3 of the REGULATIONS”. (énfasis agregado)