

---

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL CONSENTIMIENTO AL AMPARO DEL ARBITRAJE  
INVERSIONISTA-ESTADO**

**TESIS**

PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

MARIANA GÓMEZ VALLIN

ASESOR

DR. CARLOS H. REYES DÍAZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

CIUDAD DE MÉXICO, 2016



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*meraki (μεράκι): the soul, creativity, or love put into something;  
the essence of yourself that is put into your work*

Para mi madre,  
por enseñarme a ser una mujer fuerte,  
valiente y de buen carácter.

## AGRADECIMIENTO

Primero que nada, quiero agradecer a mis papás y hermano, por ser mi motivación e impulso diario para superarme y ser una mejor persona, así como a toda mi familia, de quienes siempre he recibido cariño y apoyo inigualable durante toda mi vida.

Por otro lado, este trabajo no hubiera sucedido sin la contribución de dos personas. Una de ellas es mi asesor, Carlos Reyes, por su interés, apoyo y motivación durante todo este proceso. Y la otra, es Gabriela Álvarez, ya que no sólo gracias a ella tuve la idea y supe el camino a seguir para la elaboración de esta tesis, sino también por su revisión exhaustiva, sus valiosos comentarios y aportaciones para este trabajo.

Asimismo, mi tema de tesis no estaría relacionado con el arbitraje, ni trabajaría donde lo hago, sino fuera por Reynaldo Urtiaga, mi coach de Willem, y el concurso en sí mismo, ya que sin ellos no me hubiera apasionado tanto esta rama del derecho desde mis primeros años de la carrera.

Especialmente, gracias a Julieta, a Ximena y a Suzana, por siempre echarme porras y estar al pie del cañón en todo este proceso. También a Bere, por leerme y ayudarme con toda la edición de este trabajo.

Por último, quiero agradecer a todas las personas que han formado parte y me han acompañado en este primer ciclo de formación académica, ya sea en el ambiente profesional o personal, que concluye con la terminación exitosa de la licenciatura.

## Índice

<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo 1 Otorgamiento del consentimiento</b> .....	8
1.1 <u>Consentimiento conforme al derecho convencional internacional</u> 11	
1.2 <u>Consentimiento en virtud del Convenio CIADI</u> .....	14
1.2.1 <u>La jurisdicción del CIADI</u> .....	15
a. “(1) <i>La jurisdicción del Centro...</i> ” .....	17
b. “ <i>...se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión...</i> ” .....	20
c. “ <i>...entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante...</i> ” .....	31
1.2.2 <u>Consentimiento en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI</u> .....	34
a. <i>Consentimiento a través de un acuerdo directo entre las partes</i> .....	36
b. <i>Consentimiento a través de la legislación nacional del Estado receptor</i> .....	39
c. <i>Consentimiento a través de un tratado bilateral de inversión</i> ..	43
d. <i>Consentimiento a través de un tratado multilateral</i> .....	47

1.2.3	<u>Particularidades del consentimiento conforme al artículo 25(1) del Convenio CIADI</u> .....	51
a.	<i>Momento en que es otorgado</i> .....	52
b.	<i>Limitaciones</i> .....	55
c.	<i>Condiciones a las que puede estar sujeto</i> .....	57
d.	<i>Interpretación</i> .....	60
e.	<i>Irrevocabilidad</i> .....	61
<b>Capítulo 2 Terminación de tratados y sus efectos jurisdiccionales</b> ....		65
2.1	<u>Denuncia de tratados conforme al derecho convencional internacional</u> .....	66
2.2	<u>Denuncia del Convenio CIADI</u> .....	74
2.2.1	<u>Interpretación del artículo 72 del Convenio CIADI</u> .....	80
a.	<i>Enfoque del consentimiento perfecto</i> .....	81
b.	<i>Enfoque intermedio</i> .....	91
c.	<i>Enfoque del consentimiento unilateral</i> .....	95
2.2.2	<u>Casos de Estados que han denunciado el Convenio CIADI</u> ..	106
a.	<i>Bolivia</i> .....	108
b.	<i>Ecuador</i> .....	112
c.	<i>Venezuela</i> .....	117

<b>Capítulo 3 Casos prácticos relacionados con los requisitos jurisdiccionales y sus efectos .....</b>	<b>121</b>
3.1 <u>Requisitos jurisdiccionales a fin de someterse a un arbitraje de           inversión.....</u>	123
3.1.1 <u>Concepto de inversión (ratione materiae).....</u>	123
3.1.2 <u>Nacionalidad del inversionista (ratione personae) .....</u>	127
3.1.3 <u>Consentimiento a la jurisdicción (ratione voluntatis).....</u>	129
a. <i>Wintershall v. Argentina</i> .....	130
b. <i>BG Group v. Argentina</i> .....	134
c. <i>Yukos v. Rusia</i> .....	145
3.2 <u>Efectos jurisdiccionales de la denuncia.....</u>	157
3.2.1 <u>Cláusulas de terminación o survival clauses .....</u>	161
3.2.2 <u>Acceso a otros foros .....</u>	164
3.2.3 <u>Venoklim v. Venezuela .....</u>	166
<b>Capítulo 4 Negociaciones en curso en materia de inversión .....</b>	<b>179</b>
4.1 <u>Tratado de Asociación Transpacífico.....</u>	183
4.1.1 <u>Capítulo 9: Inversión.....</u>	190
a. <i>Disposiciones relacionadas con los mecanismos de solución de               controversias inversionista-Estado .....</i>	195
b. <i>Análisis del otorgamiento del consentimiento por el Estado               receptor.....</i>	201

4.1.2	<u>Capítulo 30: Disposiciones finales</u> .....	218
a.	<i>Enmiendas</i> .....	218
b.	<i>Adhesión</i> .....	219
c.	<i>Entrada en vigor</i> .....	220
d.	<i>Denuncia</i> .....	223
4.2	<u>Modelos de Tratados Bilaterales de Inversión</u> .....	226
4.2.1	<u>Tratado Bilateral de Inversión Modelo de Estados Unidos de 2012</u> .....	228
4.2.2	<u>Tratado Bilateral de Inversión Modelo de la India de 2015</u> ....	236
4.2.3	<u>Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil</u> .....	245
	<b>Conclusiones</b> .....	259
	<b>Bibliografía</b> .....	i
	<u>Libros</u> .....	i
	<u>Artículos</u> .....	iii
	<u>Casos</u> .....	xi
	<u>Convenciones/Tratados/Legislación</u> .....	xviii
	<u>Bases de datos</u> .....	xxi
	<u>Comunicados de prensa</u> .....	xxii



## Introducción

El arbitraje de inversión es el mecanismo de solución de controversias en el cual se involucra un Estado, el cual será el receptor de la inversión, y un inversionista de otro Estado del cual es nacional. Junto con el arbitraje comercial, el arbitraje de inversión ha existido desde hace varias décadas. Fue a partir de 1959, al celebrarse el primer tratado bilateral de inversión entre la República Federal de Alemania y Pakistán, en donde se contempló uno de los primeros regímenes internacionales de protección a las inversiones, que años después incluyó al arbitraje de inversión como método de solución de controversias.

Fue a partir de ese entonces que se empezaron a celebrar los primeros acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) o tratados bilaterales de inversión (TBIs) de manera constante a nivel mundial, mismos que incluyen cláusulas de solución de controversias inversionista-Estado que someten a un arbitraje internacional la disputa de inversión. Situación que también se vio beneficiada y promovida por el Banco Mundial cuando en 1965 comenzó a funcionar el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio CIADI).

El progreso del arbitraje de inversión ha sido gradual, con un crecimiento importante en los últimos años. La celebración de APPRI y TBIs tomó mucha fuerza durante la década de los noventa, en donde particularmente los países de tercer mundo, propietarios de recursos naturales vastos, eran los que más celebraban estos tratados a fin de asegurar la inversión extranjera directa de inversionistas de países desarrollados protegiendo sus inversiones y

garantizándoles un mecanismo eficiente de solución de controversias de inversión. De ahí que los tratados de inversión celebrados durante esa década sean considerados como tradicionales, los cuales por lo general otorgan mayores protecciones a los inversionistas que al propio Estado.

Como era de esperarse, las controversias no tardaron en llegar, y con esto los mecanismos de solución de controversias en materia de inversión, plasmados en los tratados, empezaron a activarse. Según se observará en este trabajo, la representación principal de lo anterior es el arbitraje al amparo del Convenio CIADI. Si bien en sus orígenes el CIADI registraba un caso por año, hoy en día el arbitraje ante el CIADI es escogido como el principal mecanismo de solución de controversias, tanto en tratados como en contratos de inversión. Junto con éste, otras instituciones como la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Cámara de Comercio de Estocolmo, también han visto un incremento exponencialmente en los casos registrados, en donde de igual forma ha jugado un papel importante el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), por ser las reglas de arbitraje más utilizadas en el arbitraje de inversión cuando no se usa el Convenio CIADI.

Una particularidad interesante del arbitraje de inversión, es que su naturaleza jurídica es mixta, ya que intervienen cuestiones de derecho internacional público y de derecho privado, al participar sujetos de derecho internacional, como es el Estado, en instrumentos de derecho internacional, como son los TBIs, e inversionistas que son por lo general empresas privadas o personas físicas. Como

se analizará posteriormente, para que exista el arbitraje de inversión, las partes deben otorgar su consentimiento al instrumento internacional que contiene las disposiciones de arbitraje. Sin embargo, debido a la naturaleza mixta de este tipo de arbitraje, el concepto de consentimiento y las consecuencias de otorgarlo varían si se analiza desde la óptica del Estado o del inversionista, por lo que será relevante revisar qué se entiende por consentimiento a nivel del derecho internacional general y en el plano específico del Convenio CIADI.

Así como las partes pueden otorgar su consentimiento, también pueden retirarlo como fruto de la soberanía de la que gozan. El tema de la terminación de tratados ha sido polémico por las consecuencias que pueden generar para el Estado, incluyendo caer en responsabilidad internacional. En consecuencia, será conveniente analizar qué se entiende por denuncia, retiro de consentimiento o terminación de tratados en el plano del derecho internacional general, para así poder llevarlo al análisis específico de los tratados de inversión y el Convenio CIADI.

Sin embargo, estas cuestiones jurisdiccionales han tomado un papel importante a raíz de la inconformidad de los Estados ante el régimen de inversión. De esta forma, a través de ciertas restricciones en las cláusulas de consentimiento, los Estados han intentado proteger su soberanía y discrecionalidad regulatoria al establecer condiciones y limitantes para someterse a un arbitraje inversionista-Estado, así como crear mecanismos para desligarse de tratados de inversión.

En este sentido, se analizarán tres casos que principalmente han representado las ambigüedades de este tema, éstos son *Wintershall v. Argentina*, *BG Group v. Argentina* y *Yukos v. Rusia*. En *Wintershall* y en *BG Group*, se presenta el tema de acudir a tribunales domésticos del Estado receptor de la inversión por un periodo de tiempo, mientras que en *Yukos v. Rusia*, se presenta el tema de la falta de jurisdicción por no tener ratificado un tratado internacional. Asimismo, se observarán cómo las consecuencias para algunos de los Estados que han decidido denunciar un instrumento internacional de inversión han sido variadas. En donde muchas veces el objetivo inmediato no fue cerrarle las puertas al arbitraje de inversión, principalmente al CIADI, o disminuir las demandas arbitrales en otros foros de arbitraje de inversión, ya que como se estudiará, se debe a la existencia de ciertas cláusulas en los tratados u otros foros disponibles para los inversionistas.

En las negociaciones comerciales tanto bilaterales como multilaterales de finales del siglo XX y de este siglo XXI, se ven reflejadas las cuestiones del otorgamiento y del retiro del consentimiento al amparo del arbitraje inversionista-Estado, ya que los acuerdos comerciales celebrados contienen cláusulas de solución de controversias en materia de inversión, que reflejan los nuevos alcances y propuestas del consentimiento de las partes al arbitraje internacional.

Mientras que el ejemplo más común de negociación comercial del siglo pasado es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual, en el capítulo XI relativo a la inversión, cuenta con disposiciones de solución de controversias entre inversionistas y Estados, a la fecha, existen acuerdos

comerciales cada vez más ambiciosos y con diferentes alcances. El objetivo de éstos es tanto eliminar la mayor cantidad de barreras en los distintos sectores económicos a fin de lograr una mayor integración global, como reflejar las inconformidades de los Estados del mundo globalizado que plantean nuevas tendencias encaminadas a proteger su soberanía.

Para este trabajo, las negociaciones comerciales que han generado la atención del mundo en los últimos años y que tienen como punto principal temas novedosos acerca de cuestiones jurisdiccionales para someterse a un arbitraje de inversión, son el Tratado de Asociación Transpacífico (TPP), el Tratado Bilateral Modelo de los Estados Unidos de 2012, el Tratado Bilateral Modelo de la India de 2015 y el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil de 2015.

Como se analizará, a nivel multilateral, el TPP es quizá el tratado más relevante y esperado del siglo XXI, cuyo objetivo es integrar cuatro regiones geográficas (Norteamérica, Sudamérica, Oceanía y Asia) en una amplia gama de disciplinas, entre ellas, la inversión. Debido a lo que representa el TPP para el comercio internacional y a lo que responde, éste tratará de mantener disposiciones neutrales y eficientes que sean acordes con las políticas comerciales de la mayoría de los países que lo integran. Sin embargo, se observará que el TPP también pretende dar solución a algunas de las inconformidades de los Estados sobre el mecanismo de solución de controversias en materia de inversión a fin de balancear los derechos y obligaciones de los Estados e inversionistas. Por lo que el TPP podrá marcar la pauta de los acuerdos mega-regionales de este nuevo siglo. La experiencia mexicana sobre las

cuestiones de otorgamiento de su consentimiento a fin de someterse al arbitraje de inversión lleva a pensar que el nuevo diseño del TPP marcará la pauta para que México y los otros Estados parte ponderen restringir otorgar su consentimiento para recurrir a este tipo de arbitraje en razón de ciertas materias, instrumentos, o agotar ciertas condiciones previas, entre otros.

En el plano bilateral, países importantes para el comercio y la inversión, como Estados Unidos, la India y Brasil, han decidido revisar y modificar sus tratados de inversión modelo a fin de responder a las necesidades internas y a la realidad externa. Tal es así que Estados Unidos decidió modificar su TBI para atender nuevas políticas y necesidades comerciales, permitiendo que éste siga siendo el modelo más usado por otros países o por grupos de países al momento de negociar sus propios instrumentos. Por otro lado se encuentra la India, que como se observará, siguiendo los pasos de otras naciones como Sudáfrica e Indonesia, y después de perder su primer arbitraje al amparo de un TBI y recibir varias demandas posteriores, decidió revisar su TBI modelo y adecuarlo a fin de protegerse al establecer ciertas condiciones estrictas para someterse a un arbitraje de inversión. Por último está Brasil, un país que durante 25 años no estuvo obligado por tratados de inversión al confiarse de ser un país que recibe inversión extranjera directa, sin la necesidad de garantizarle a los inversionistas ciertas protecciones. Sin embargo, al convertirse cada vez más en un actor relevante en materia de inversiones, recientemente lanzó una nueva propuesta denominada “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones”, el cual prevé

como estrategia de defensa a su soberanía, un mecanismo de solución de controversias en el plano de los Estados, sin la injerencia directa de inversionistas.

La hipótesis del presente trabajo se centra en que los Estados se han vuelto más minuciosos a la hora de otorgar su consentimiento a fin de someter una controversia a un arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales de inversión, lo que ha dado lugar a revisiones y modificaciones de tratados, así como a la redacción de nuevos instrumentos que pretenden atender los resultados que han experimentado los Estados en un arbitraje de este tipo. Todo esto deriva de que el consentimiento a un arbitraje de inversión por el Estado receptor se ha visto inmerso al escrutinio debido a las interpretaciones que los tribunales arbitrales han hecho de dicho consentimiento, lo que en algunas ocasiones, junto con otros factores, ha conllevado a condenas multimillonarias por daños a los Estados receptores.

La raíz de toda esta cuestión inicia en el plano teórico-doctrinario, que después se ve llevado a la práctica por medio de las interpretaciones de los tribunales sobre las distintas interrogantes que surgen en el día a día en el mundo del arbitraje internacional. Debido a los resultados de dichas interpretaciones, es que los países han tomado diferentes posturas sobre el sistema de inversiones que se ven reflejadas en sus acuerdos internacionales de inversión. Así, será interesante revisar paso a paso el inicio del descontento de los Estados al régimen internacional de inversiones y analizar las soluciones que han planteado a fin de mantener lo más intacta posible su soberanía.

## Capítulo 1

### Otorgamiento del consentimiento

El derecho internacional general está formado por dos pilares, el derecho consuetudinario y el derecho convencional.<sup>1</sup> En lo que respecta al derecho convencional internacional, su origen está en la celebración de tratados por parte de los Estados, ya que éstos, como sujetos propios de derecho internacional, están facultados para celebrar tratados, es decir, su celebración no significa pérdida de soberanía, por el contrario, es expresión de su ejercicio.<sup>2</sup> Es así como el derecho internacional general incluye a los tratados como una fuente de derecho internacional que involucra una forma para crear derecho mediante un método moderno.

Los Estados al celebrar tratados quedan vinculados jurídicamente. La naturaleza obligatoria de los tratados se funda en la máxima jurídica *pacta sunt servanda*, la cual significa que “los pactos deben ser cumplidos”.<sup>3</sup> Esta regla se encuentra consagrada en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena o Convención), mismo que a la letra dice “Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.<sup>4</sup> Esta regla ha servido al derecho

---

<sup>1</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, México, Porrúa, 2010, p. 1.

<sup>2</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op.cit.*, p. 27; *Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio entre Galatz y Braila*, Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Serie B, No. 14 en la Colección de Opiniones Consultivas (1927), p. 36. (“*But, as the Court has had occasion to state in previous judgments and opinions, restrictions on the exercise of sovereign rights accepted by treaty by the State concerned cannot be considered as an infringement of sovereignty.*”).

<sup>3</sup> Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en [biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1093/16.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1093/16.pdf)

<sup>4</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26.



convencional como el basamento teórico de validez del derecho de los tratados.<sup>5</sup> En este sentido, la celebración de tratados por parte de los Estados conlleva a varias consecuencias, las cuales son que (i) dichos acuerdos para lograr sus plenos efectos deben ser cumplidos por los signatarios y (ii) el incumplimiento de dichos acuerdos acarrea la imputación de la responsabilidad del infractor.<sup>6</sup>

Ahora bien, para que los tratados se conviertan en una obligación jurídica vinculante para las partes involucradas se necesita del consentimiento de las mismas. Este consentimiento es un factor vital, ya que los Estados únicamente pueden estar obligados/vinculados a las disposiciones del instrumento mediante su consentimiento.<sup>7</sup> Así, para que cualquier tratado sea vinculante para las partes, el consentimiento es lo más importante, ya que abre las puertas a los derechos y obligaciones para los Estados a nivel internacional que estarán contenidos en las disposiciones del tratado al cual estén otorgándolo.

Para el caso que nos ocupa, el derecho internacional de las inversiones, de acuerdo con algunos autores, forma parte del derecho internacional público,<sup>8</sup> sin embargo, también está influido de manera importante por el arbitraje comercial internacional y otras esferas del derecho. Como cuestión principal, hay que señalar que el derecho de los tratados, el cual se encuentra contenido

---

<sup>5</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, p. 4.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>7</sup> Malcolm N. Shaw, *International Law*, Estados Unidos de América, Cambridge University Press (6ª edición), 2008, p. 910.

<sup>8</sup> A la fecha, no se ha llegado a un consenso sobre si el derecho internacional de las inversiones forma parte del derecho internacional público o del derecho internacional privado, toda vez que la materia tiene características de cada una de las ramas del derecho internacional. Ver Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law*, en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, No. 2, primavera 2016, p. 413; Alvarez, José Enrique, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Libros de Bolsillo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Brill, 2011.

mayormente en la Convención de Viena, representa el derecho internacional general, mientras que la especie de tratados de inversión representa un tipo de derecho más específico que pertenece a dos o más países.

Dentro del derecho de las inversiones, su parte adjetiva se refiere al arbitraje de inversión, y en este sentido, el Convenio CIADI es su máxima representación. Éste es un tratado multilateral internacional celebrado entre 153 países<sup>9</sup> de todas las regiones del mundo, cuyo objetivo es la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), para facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes del Convenio CIADI y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento que coadyuve a ventilar y resolver dicho género de controversias, mediante alguno de los dos procedimientos que dicha institución ofrece: conciliación o arbitraje.<sup>10</sup> El arbitraje y la conciliación al amparo del Convenio son totalmente voluntarios, y para recurrir a ellos, se requiere el consentimiento del inversionista y del Estado de que se trate. Una vez otorgado, dicho consentimiento no puede retirarse unilateralmente y se convierte en un compromiso vinculante.<sup>11</sup>

Sin embargo, antes de analizar el consentimiento conforme al Convenio CIADI, es pertinente considerar brevemente el consentimiento en los tratados internacionales según el derecho convencional internacional.

---

<sup>9</sup> Base de datos de los Estados Contratantes del CIADI, disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=CSO>, consultado el 15 de septiembre de 2016.

<sup>10</sup> González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, México, Porrúa, 2009, pp. 33-34.

<sup>11</sup> Información General sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Documents/ICSID%20Fact%20Sheet%20-%20SPANISH.pdf>, consultado el 15 de septiembre de 2016.

## 1.1 Consentimiento conforme al derecho convencional internacional

El consentimiento es considerado como un requisito fundamental jurisdiccional en virtud del derecho internacional general. El principio del consentimiento es el corolario de los principios de soberanía e igualdad de los Estados, lo que constituye la “doctrina básica constitucional del derecho de las naciones”.<sup>12</sup>

El consentimiento siempre tiene que ser expreso, es decir, el consentimiento presunto no es considerado como suficiente, ya que cualquier restricción sobre la independencia de un Estado que no esté acordado previamente no puede presumirse por los tribunales. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de S.S. “*Lotus*”, determinó que “las normas de derecho vinculantes sobre los Estados emanan de su libre voluntad expresada en convenciones. . . Las restricciones sobre la independencia de los Estados no pueden por lo tanto presumirse”.<sup>13</sup>

Para que los tratados se vuelvan vinculantes, los Estados otorgan su consentimiento mediante varias formas, como pueden ser: por la firma, por intercambio de instrumentos, por ratificación o por adhesión. El más famoso de estos métodos es el de consentimiento por ratificación. Para el caso de tratados multilaterales, la forma común de ratificación es a través de la designación de un depositario que recolectará las ratificaciones de todos los Estados, manteniendo informados a éstos del status de la ratificación de los demás. En el caso del

---

<sup>12</sup> Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Estados Unidos de América, Oxford University Press (6ª edición), 2003, p. 287.

<sup>13</sup> *Caso del S.S. “Lotus” (Francia v. Turquía)*, Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Serie A, No. 10 (1927), ¶ 44.

Convenio CIADI, los Estados otorgan su consentimiento mediante su ratificación, como está estipulado en el artículo 68.

Para los propósitos del presente trabajo, los acuerdos internacionales de inversión (AII) contienen disposiciones de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS) para someter a los Estados a un arbitraje de inversión. Al ser éste un tipo de arbitraje, debe haber un acuerdo entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión para someter su controversia a arbitraje: sin ese consentimiento plasmado en el acuerdo arbitral, el tribunal arbitral en un arbitraje inversionista-Estado no tendrá jurisdicción,<sup>14</sup> y por lo tanto no podrá resolver la disputa.

De lo anterior se desprende que en un arbitraje con base en un AII, el consentimiento a este tipo de método de solución de controversias se sustenta en las disposiciones de ISDS contenidas ya sea en un tratado bilateral de inversión, en un tratado de libre comercio con capítulo de inversión, o en un acuerdo regional multilateral con capítulo de inversión. Cuando las disposiciones de ISDS en un AII contienen una oferta unilateral del Estado receptor parte de dicho instrumento para concluir un acuerdo arbitral con un inversionista del otro Estado contratante, el inversionista concluye dicho acuerdo al aceptar la oferta unilateral.

El consentimiento otorgado para el arbitraje de inversión con base en tratados involucra el principio fundamental de que ningún gobierno puede ser obligado a presentar una disputa a arbitraje sin su consentimiento. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de *Carelia del Este*, determinó que “es bien

---

<sup>14</sup> Kawabata, Yutaro, *Covered Investors*, en *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Reino Unido, 2016, p. 19.

establecido en derecho internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser obligado a someter sus disputas. . . a arbitraje, o a cualquier otro tipo de arreglo pacífico de controversias”.<sup>15</sup> Por lo que los Estados no están obligados a someter una disputa a un procedimiento arbitral en ausencia de su consentimiento.<sup>16</sup> Éste puede estar expresado en cláusulas arbitrales en contratos, en los cuales los Estados acuerdan someter ciertas disputas que puedan surgir entre ellos a arbitraje o en disposiciones específicas en tratados generales que indiquen qué disputas de cierto tipo o del tratado mismo se solucionarán mediante arbitraje u otro mecanismo de solución de controversias. La relevancia de lo anterior radica en que la jurisdicción del tribunal está definida en relación con las disposiciones del tratado mismo.

Por lo anterior, el consentimiento conforme al derecho convencional internacional es uno de los principios fundamentales en la celebración de tratados. Para que los Estados queden vinculados por las disposiciones del tratado, deben otorgar su consentimiento de manera expresa mediante alguno de los métodos para otorgarlo. Respecto del Convenio CIADI, para recurrir a los mecanismos de solución de controversias que prevé, es necesario el consentimiento de las partes, *i.e.* el inversionista y el Estado, como se verá a continuación.

---

<sup>15</sup> *Carelia del Este*, Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Opinión Consultiva, Serie B, No. 5 (1923), ¶ 33.

<sup>16</sup> Malcolm N. Shaw, *op. cit.*, p. 1051; *Caso Ambatielos (Grecia v. Reino Unido)*, Corte Internacional de Justicia (CIJ), Reportes de la CIJ (1953), p. 19.

## 1.2 Consentimiento en virtud del Convenio CIADI

El consentimiento de las partes es la piedra angular de la jurisdicción del CIADI.<sup>17</sup> El otorgamiento de éste trae consigo ciertos derechos y obligaciones que dependerán del cómo y cuándo las partes otorguen tal consentimiento. Como observación preliminar, todo lo relacionado con el otorgamiento y el retiro del consentimiento del Estado a un arbitraje internacional debe estar enmarcado dentro de la característica esencial del sistema CIADI: la necesidad de perseguir un balance de los intereses conflictivos entre los inversionistas privados y los Estados.<sup>18</sup>

El arbitraje siempre está basado en un acuerdo de consentimiento entre las partes. En el caso del arbitraje CIADI, éste es considerado como un arbitraje especial de acuerdo con su naturaleza jurídica. Dentro del marco de la teoría general del arbitraje, el arbitraje CIADI es considerado como un arbitraje mixto, ya que participan Estados soberanos por un lado, y por el otro, entes privados; a diferencia del arbitraje público (entre Estados soberanos) o el arbitraje privado (entre particulares).<sup>19</sup> Es por esto que el consentimiento debe darse entre un Estado Contratante del Convenio CIADI, receptor de la inversión extranjera, y un inversionista extranjero, nacional de otro Estado Contratante del Convenio.

---

<sup>17</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, ¶ 23; González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión, op. cit.*, p. 35.

<sup>18</sup> De conformidad con el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, éstos describen el balance de intereses en los siguientes términos: “13. Aunque el objetivo general del convenio es estimular las inversiones privadas internacionales, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores”.

<sup>19</sup> González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión, op. cit.*, p. 34; González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa (4ª edición), 2014, pp. 134-135.

El hecho de que el arbitraje CIADI sea forzosamente entre un Estado receptor y un inversionista extranjero, conlleva ciertas peculiaridades al momento de otorgar el consentimiento. Una de las más notorias es que los acuerdos de consentimiento no necesariamente deben estar basados en un documento que esté firmado por ambas partes. Más bien, el Estado receptor puede hacer una oferta general a todos o a ciertos inversionistas extranjeros para someterse a arbitraje. Esta oferta puede encontrarse en un tratado del cual el Estado receptor es parte o en su legislación nacional. Para perfeccionar este consentimiento, el inversionista extranjero debe aceptar la oferta por escrito. Esta aceptación por lo general da lugar al inicio del procedimiento arbitral.

En este sentido, una vez que el consentimiento al arbitraje CIADI se perfecciona, conlleva numerosas obligaciones y da lugar a derechos para las partes. Algunos de éstos incluyen, la irrevocabilidad del consentimiento, la exclusión de otros recursos para solucionar controversias y la denuncia del Convenio por el propio Estado. Así, el momento en el que el consentimiento es otorgado es crucial para determinar estas circunstancias. Por ello, éste puede estar sujeto a ciertas limitaciones y condiciones.

#### 1.2.1 La jurisdicción del CIADI

Mientras que el consentimiento de las partes para resolver sus controversias de inversión ante un tribunal CIADI es un “requisito previo esencial para obtener la jurisdicción del Centro”, el artículo 25(1) del Convenio CIADI es la disposición

relevante que determina la jurisdicción de cualquier tribunal que pudiera constituirse conforme al Convenio:<sup>20</sup>

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

Este artículo establece los parámetros generales de la actividad del CIADI, abordando las cuestiones sustantivas sobre la jurisdicción, mientras que otros artículos, como el 28(3) y el 36(3) del Convenio, abordan las cuestiones procesales para determinar la jurisdicción del CIADI.

De este artículo se desprenden tres condiciones acumulativas que deben cumplirse para obtener la jurisdicción del CIADI.<sup>21</sup> Estas condiciones son requisitos esenciales relacionados con la naturaleza de la disputa (*ratione materiae*), con las partes (*ratione personae*) y el consentimiento (*ratione voluntatis*).<sup>22</sup> Los requisitos *ratione materiae* se refieren a que la disputa debe surgir directamente de una inversión y que debe ser de naturaleza jurídica. Los requisitos *ratione personae* se refieren a que una parte debe ser un Estado Contratante y la otra parte un nacional de otro Estado Contratante. El requisito *ratione voluntatis* se refiere al componente subjetivo de las condiciones, el

---

<sup>20</sup> Benson, Cyrus, *et al.*, *Covered Investment*, en *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Reino Unido, 2016, p. 7.

<sup>21</sup> Redfern, Alan, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Estados Unidos, Oxford University Press (5ª edición), 2009, p. 478; *Bernhald von Pezold y otros v. La República de Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo de fecha 28 de julio de 2015, ¶ 180; González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>22</sup> *Venoklim Holding B.V. v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, registrado el 15 de agosto de 2012, Laudo de fecha 3 de abril de 2015, ¶ 43 (“*Venoklim v. Venezuela*”).



consentimiento de las partes. El resto del artículo 25 define o especifica lo anterior. Así, los requisitos objetivos son: el concepto de inversión, la disputa legal y la nacionalidad del inversionista, mientras que el requisito subjetivo es el consentimiento. El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, deja en claro que aunque el consentimiento es una prerrequisito esencial para la jurisdicción del CIADI, éste debe estar limitado por la naturaleza de la disputa y las partes.<sup>23</sup>

*a. “(1) La jurisdicción del Centro...”*

En la interpretación del artículo 25(1) del Convenio, se desprende la frase inicial de “la jurisdicción del Centro”, que se ha utilizado a través de la historia legislativa del Convenio. Dada la terminología y el alcance de la jurisdicción del Centro, ésta incluye procedimientos de conciliación y de arbitraje, sin embargo, el artículo 25(1) del Convenio no diferencia el uno del otro. En la práctica, hay una variedad de cláusulas de consentimiento a la jurisdicción del CIADI tanto en contratos de inversión, en Alls, así como en leyes domésticas relativas a inversiones que indican procedimientos arbitrales,<sup>24</sup> de conciliación, ambos,<sup>25</sup> o

---

<sup>23</sup> El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio establece que “25. Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes”.

<sup>24</sup> Ver para contratos de inversión: *AGIP S.p.A v. La República del Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/1, Laudo de fecha 30 de noviembre de 1979, ¶ 18; *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. La República del Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/2, Laudo de fecha 15 de agosto de 1980, ¶ 1.15. Para cláusulas de tratados: Tratado de Asociación Transpacífico (TPP) artículo 9.18; Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) artículos 1116 y 1120; TBI Modelo de Francia de 2006, artículo 8, TBI Modelo de Alemania de 2006, artículo 11(2), entre otros. Para leyes domésticas relativas a inversiones: Código de Inversiones de Uganda de 1991, artículo 30(2).

<sup>25</sup> Ver para contratos de inversión: *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica*, Caso CIADI No. ARB/74/3, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 6 de julio de 1975, ¶ 12; *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. La República de Liberia*, Caso CIADI No. ARB/8/2, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 24 de octubre de 1984.

algunos que señalan la referencia de las disputas al Centro, sin mencionar conciliación o arbitraje.<sup>26</sup>

Las referencias que no indican la jurisdicción del Centro a los procedimientos de conciliación o de arbitraje, le dejan a las partes la opción de elegir entre los dos tipos mediante la iniciación del procedimiento respectivo.<sup>27</sup> Una elección que ya fue hecha únicamente puede ser modificada por acuerdo entre las partes. Sin embargo, es recomendable que se especifique de antemano cuál de los dos métodos se utilizará, ya que el no ser claros en el método, puede dar lugar a conflictos posteriores.

Un último punto respecto de la jurisdicción del CIADI es el relativo a que el Convenio omite mencionar la fecha relevante en la que se determina la jurisdicción. Empero, la fecha del inicio de los procedimientos es decisiva. Es un principio aceptado y reconocido que la jurisdicción debe ser determinada por la referencia a la fecha en la que los procedimientos son iniciados, o en otras palabras, se refiere a la fecha en la que todos los requisitos jurisdiccionales se cumplieron. Al respecto, la Corte de Justicia Internacional ha desarrollado una

---

Para cláusulas en tratados: Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), artículo 26(3)(a). Para leyes domésticas relativas a inversiones: Código de Inversiones de la República Central Africana de 1988, artículo 30.

<sup>26</sup> Ver para contratos de inversión: *Amco Asia Corporation y otros v. La República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, ¶ 10. Para cláusulas en tratados: TBI Modelo de China del 2003, artículo 9(2)(b); TBI Polonia-Lituania de 1992, artículo 7.

<sup>27</sup> *Southern Pacific Properties v. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Decisión sobre Jurisdicción II de fecha 14 de abril de 1988, ¶ 102 (“*Nowhere...does the Washington Convention say that consent to the Centre’s jurisdiction must specify whether the consent is for purposes of arbitration or conciliation. Once consent has been given “to the jurisdiction of the Centre”, the Convention and its implementing regulations afford the means for making the choice between the two methods of dispute settlement. The Convention leaves that choice to the party instituting the proceedings.*”).

jurisprudencia constante para estos efectos, como lo decidió en el caso *Arrest Warrant*<sup>28</sup> y en *Lockerbie*.<sup>29</sup>

Los tribunales CIADI han aplicado este principio constantemente.<sup>30</sup> En el caso de *CSOB v. Eslovaquia*, el demandante acordó ceder sus reclamaciones en contra del demandado a la República Checa. El demandado argumentó que estas cesiones habían transformado a la República Checa en una parte con interés real y que el tribunal debiera desestimar el caso por falta de jurisdicción dado que el demandante ya no cumplía con el requisito del artículo 25(1) del Convenio CIADI. Sin embargo, el tribunal rechazó este argumento, ya que las cesiones se llevaron a cabo después del inicio del procedimiento CIADI.<sup>31</sup> De igual forma, el tribunal en *Vivendi v. Argentina*, desestimó las reclamaciones de Argentina, cuando ésta argumentó que había habido un cambio en la estructura corporativa del demandado al fusionarse con otras sociedades relacionadas. El tribunal estableció que “. . . una vez que la jurisdicción es establecida, no puede ser derrotada. No es afectada simplemente por eventos subsecuentes. Eventos que ocurran después

---

<sup>28</sup> *Caso Arrest Warrant (República Democrática del Congo v. Bélgica)*, Corte Internacional de Justicia (CIJ), Reportes de la CIJ (2002), p. 1 (“The Court recalls that, according to its settled jurisprudence, its jurisdiction must be determined at the time that the act instituting proceedings was filed.”).

<sup>29</sup> *Caso Cuestiones de Interpretación y Aplicación del Convenio de Montreal de 1971 surgiendo de Incidente Aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia v. Estados Unidos de América)*, Corte Internacional de Justicia (CIJ), Objeciones Preliminares, Reportes de la CIJ (1998), p. 115 en párrafo 37, refiriéndose al caso *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Objeciones Preliminares, Sentencia, Reportes de la CIJ (1953), p. 122 y al caso sobre el *Derecho de Paso sobre Territorio Indio (Portugal v. India)*, Objeciones Preliminares, Sentencia, Reportes de la CIJ (1957), p. 142.

<sup>30</sup> *Ver Antoine Goetz y otros v. La República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo de fecha 10 de febrero de 1999, ¶ 72; *Zhinvali Development v. La República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/00/1, Laudo de fecha 24 de enero de 2003; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. La República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 14 de noviembre de 2005, ¶ 178.

<sup>31</sup> *Československa obchodní banka, a.s. (CSOB) v. La República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999.

de que el procedimiento ha iniciado. . . no pueden desistir la jurisdicción del tribunal sobre la controversia”.<sup>32</sup>

*b. “...se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión...”*

Los requisitos *ratione materiae* se encuentran mencionados en la segunda frase del artículo 25(1) del Convenio CIADI. Estos se refieren por un lado a “diferencias de naturaleza jurídica” y por el otro es que estas diferencias “surjan directamente de una inversión”.<sup>33</sup>

Los tribunales CIADI han adoptado la definición de disputa de la Corte Internacional de Justicia,<sup>34</sup> misma que se refiere a que “es un desacuerdo en un punto de hecho o de derecho, un conflicto sobre puntos jurídicos o intereses entre las partes”.<sup>35</sup> La existencia de una disputa presupone que las partes han tenido cierta comunicación, la suficiente para que el asunto haya sido abordado por una de las partes y la otra haya estado en desacuerdo o se haya opuesto a ella. Una disputa requiere, no sólo que se hayan desarrollado eventos a un grado en que la

---

<sup>32</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, ¶ 82. *Ver también*, Laudo del 20 de agosto de 2007, ¶ 2.6.8, n. 24.

<sup>33</sup> González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, *op. cit.*, pp. 37-39.

<sup>34</sup> *Tokios Tokèles v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 29 de abril de 2004, ¶¶ 106, 107; *Impregilo S.p.A v. La República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 22 de abril de 2005, ¶¶ 302, 303; *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. La República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo de fecha 31 de julio de 2007, ¶ 63; *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. La República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre Anulación, 30 de diciembre de 2015, ¶ 180.

<sup>35</sup> *Concesiones Palestinas de Mavrommatis (Grecia v. Inglaterra)*, Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Sentencia, Serie A, No. 2 (1924), p. 11; *Timor Oriental (Portugal v. Australia)*, Corte Internacional de Justicia (CIJ), Reportes de la CIJ (1995), pp. 88, 89.

diferencia de posturas jurídicas sea aparente, sino también que la comunicación entre las partes demuestre dicha diferencia.<sup>36</sup>

Un punto importante es que el Convenio CIADI no indica el momento en que la controversia debe haber surgido, lo que significa que no se impone un requisito jurisdiccional de temporalidad o *ratione temporis* en relación con la disputa. Esta expresión denota los efectos que el paso del tiempo tiene sobre las obligaciones o la facultad de un tribunal de resolver una controversia.<sup>37</sup> En este sentido, para determinar la temporalidad, los términos del tratado pueden ser de ayuda. En el caso del CIADI, dependerá de los términos en que el consentimiento haya sido otorgado por las partes para tener la jurisdicción del Centro, tomando en cuenta que el consentimiento puede otorgarse respecto de diferencias futuras, de las ya existentes entre las partes, o de cualquier otra. Asimismo, será importante analizar la fuente del consentimiento, es decir, un AI, un contrato o la legislación nacional del Estado Contratante, como se verá más adelante, ya que en estos instrumentos podrían establecerse disposiciones específicas a la temporalidad de la controversia.

La naturaleza jurídica de la diferencia estuvo sujeta a un gran debate cuando el Convenio fue elaborado. Así, el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio clarifica que “. . .la diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal. . . no a los

---

<sup>36</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Reino Unido, Cambridge University Press (2ª edición), 2009, p. 96.

<sup>37</sup> Legum, Barton, *et al.*, *Ratione Temporis or Temporal Scope*, en *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Reino Unido, 2016, p. 28.

simples conflictos de intereses”.<sup>38</sup> Es decir, qué reclamaciones con base en estándares morales, en conceptos de justicia o en falta de conciencia política o económica no son consideradas como diferencias sujetas a la jurisdicción del CIADI.

Algunos autores sobre el Convenio CIADI han llegado a ciertos términos que son considerados diferencias de naturaleza jurídica, como son expropiación, incumplimiento, terminación de un contrato o la aplicación de medidas fiscales. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta no sólo estos términos, sino también la reclamación en juego al momento de determinar si la diferencia es de naturaleza jurídica. Por lo que una disputa sólo calificará como jurídica cuando se invoquen recursos jurídicos como restitución o daños y si los derechos jurídicos que lo sustentan, como contratos, tratados o legislaciones domésticas son reclamados. Así que estará en las manos del demandante presentar una diferencia en términos jurídicos.

El requisito de que la diferencia debe surgir *directamente* de una inversión, es un criterio objetivo para la jurisdicción, y por lo tanto, es independiente del consentimiento de las partes. Es decir, que sin importar lo que las partes hayan consentido, la diferencia no sólo debe estar relacionada con una inversión, sino debe desprenderse de la misma. Es importante tener claro que este requisito se refiere a la relación de la diferencia con la inversión, no se refiere al tipo de inversión como tal. El tribunal en *Fedax v. Venezuela* se pronunció al respecto al establecer que “es aparente que el término ‘directamente’ en este Artículo se

---

<sup>38</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, ¶ 26.

relaciona con la 'disputa' y no con la 'inversión'. Puede haber jurisdicción aún respecto de inversiones que no sean directas, siempre que la diferencia surja directamente de dicha operación".<sup>39</sup>

Esta redacción también deja a consideración las diferencias que indirectamente están relacionadas con la inversión. Esto se refiere a obligaciones accesorias relacionadas con la obligación principal y directa de la inversión. La práctica del CIADI en este tema es complicada y por lo general se ha resuelto caso por caso. Sin embargo, algunos tribunales han adoptado la doctrina de la unidad general de una operación de inversiones. La cual se refiere a que hay diferencias que surgen directamente de actividades que no necesariamente constituyen inversiones, pero que están ligadas a una y por lo tanto son consideradas que surgieron directamente de la misma.<sup>40</sup> Por lo que de acuerdo con estos tribunales, esta característica se cumple si la diferencia surge directamente de la inversión o de las obligaciones accesorias a ésta.

Es complicado marcar una línea entre las diferencias que surgen directamente de una inversión con las que surgen indirectamente. Sin embargo, la práctica del CIADI brinda cierta guía al momento de determinar esta cuestión, la cual incluye dos puntos. El primero, es el hecho de que operaciones accesorias pero vitales para la inversión, ya sea hechas de forma separada o a través de sociedades

---

<sup>39</sup> *Fedax N.V. v. La República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 11 de julio de 1997, ¶ 24. Otros tribunales han seguido este criterio, ver *Československa obchodní banka, a.s. (CSOB) v. La República Eslovaca*, op. cit., ¶¶ 71, 72; *CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 17 de julio de 2003, ¶ 52.

<sup>40</sup> *Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 14 de enero de 2004, ¶ 70; *Patrick Mitchell v. La República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Anulación de fecha 1 de noviembre de 2006, ¶ 38; *Saipem S.p.A. v. La República Popular de Bangladés*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 21 de marzo de 2007, ¶¶ 112-114.

distintas, no priven el carácter directo a la diferencia relacionada con ellas. El segundo es que, no porque una controversia con el gobierno tenga repercusiones importantes en las relaciones con empresas del Estado receptor, se niega el carácter de surgir directamente de una inversión. En palabras de Schreuer, para que las diferencias “surjan directamente” de una inversión, éstas deben tener características distintivas que las vinculen con la inversión, y que no sean compartidas con diferencias que no estén relacionadas con la misma.<sup>41</sup>

La existencia de una inversión es la premisa de todo el sistema de arbitraje inversionista-Estado,<sup>42</sup> de ahí que la definición de este concepto es un elemento clave para determinar la aplicación de las protecciones conforme a un AI. Ésta delinea el consentimiento de un Estado a someterse a un arbitraje expresado en las disposiciones de ISDS del instrumento internacional que lo contenga, y, por lo mismo, representa un elemento crítico para determinar la jurisdicción de un tribunal arbitral para resolver controversias de inversión entre el Estado y el inversionista.<sup>43</sup>

Conforme al derecho consuetudinario internacional, no hay una definición uniforme de “inversión”. Actualmente, observamos dos corrientes de definiciones de inversión. La primera se observa en los AIs tradicionales que adoptan una definición amplia y general con base en una lista exhaustiva de “todo tipo de activos, bienes, propiedad, derechos contractuales”, entre otros.<sup>44</sup> Mientras que la

---

<sup>41</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op.cit.*, p. 112.

<sup>42</sup> Gaillard, Emmanuel y Yas Banifatemi, *Chapter 8: The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment*, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Meg N. Kinneer, Geraldine R. Fischer, *et al.* editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015, p. 98.

<sup>43</sup> Benson, Cyrus, *et al.*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>44</sup> *Ver, por ejemplo*, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), artículo 1139.



segunda se encuentra en los tratados de inversión y capítulos de inversión de tratados modernos y recientes en donde se pretende limitar y clarificar la definición al añadir el requisito sobre que tenga las características de una inversión.<sup>45</sup>

El concepto de inversión es un elemento esencial del consentimiento de un Estado para arbitrar una controversia en particular, lo que va directamente a la *ratione materiae* de la jurisdicción de un tribunal arbitral.<sup>46</sup> En el ámbito del Convenio CIADI, una diferencia de inversión está sujeta a la determinación de una noción autónoma de inversión conforme al Convenio y además debe cumplir con los requisitos de la definición de dicho instrumento, incluyendo si la actividad en cuestión es cubierta por el consentimiento de las partes. Usualmente, los tribunales han utilizado un examen dual para verificar que estos requisitos se cumplen.<sup>47</sup> Éste ha sido referido por los tribunales como el “*double keyhole approach*”<sup>48</sup> o “*double barrel test*”.<sup>49</sup> De acuerdo con lo anterior, si la jurisdicción está fundada en un tratado que contiene una oferta de consentimiento, el tribunal deberá analizar la definición de inversión del tratado así como verificará que la actividad es una inversión en el sentido del Convenio.

---

<sup>45</sup> Benson, Cyrus, *et al.*, *op. cit.*, pp. 3, 5. Algunos AII recientes siguen esta segunda corriente. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Vietnam de 2016 en el capítulo 8, el Tratado de Asociación Transpacífico de 2016 en el artículo 9.1, el Tratado Bilateral Modelo de Estados Unidos de 2012 en el artículo 1 y se espera que el Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión (TTIP) siga esta tendencia.

<sup>46</sup> Gaillard, Emmanuel y Yas Banifatemi, *Chapter 8: The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment*, *op. cit.*, p. 98. Ver *Metal-Tech Ltd. v. La República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo de fecha 4 de octubre de 2013, ¶¶ 145-163; *Vanessa Ventures Ltd. v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/06, Laudo de fecha 16 de enero de 2013, ¶ 133.

<sup>47</sup> Rubins, Noah, *The 'Notion of Investment' in International Investment Arbitration*, en *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Stephan Kroll y Norbert Horn editores, Kluwer (2004), pp. 289-290; Benson, Cyrus, *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>48</sup> *Aguas del Tunari S.A. v. La República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, de fecha 21 de octubre de 2005, ¶ 278.

<sup>49</sup> *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Laudo, de fecha 17 de mayo de 2007, ¶ 55.

El Convenio no define o describe el término “inversión”. A lo largo de la historia legislativa del Convenio fue un punto sumamente discutido, no obstante, no se llegó a una definición como tal.<sup>50</sup> En un intento de definir el concepto de inversión, los tribunales han optado por diversos criterios. El más conocido y utilizado es la “*prueba Salini*”, que fue determinado por el tribunal en el caso *Salini v. Marruecos*,<sup>51</sup> en el cual, el tribunal para determinar si un contrato de construcción de vías férreas era una inversión o no, estableció cuatro criterios que deben existir para que una actividad sea considerada una inversión. Estos son: (1) una contribución sustancial, (2) la cierta duración de la operación, (3) existencia de un riesgo, y (4) una contribución al desarrollo del Estado receptor.<sup>52</sup>

En un inicio, no estaba claro si los tribunales consideraban estos criterios como requisitos esenciales para la existencia de la inversión, o si eran únicamente características, directrices o indicadores de una inversión. Además, tribunales CIADI subsecuentes tuvieron opiniones encontradas sobre la aplicación de este criterio.<sup>53</sup> Sin embargo, la *prueba Salini* ha sido adoptada por los tribunales ya sea de forma rígida e imperativa como un requisito jurisdiccional,<sup>54</sup> o de manera flexible, en donde nada más se ha considerado algunos elementos como la

---

<sup>50</sup> González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión, op.cit.*, p. 87. En palabras de González de Cossío, “la omisión de la definición de inversión no es intencional. . . obedece a la ausencia de consenso durante su redacción [del Convenio], aunado a la idea que era mejor dejar el concepto abierto para que recibiera respuesta *in casu*, conocidas todas las circunstancias relevantes”.

<sup>51</sup> *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. v. El Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 23 de julio de 2001, ¶ 39.

<sup>52</sup> *Ibid.*; Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op. cit.*, pp. 129-130; Benson, Cyrus, *et al.*, *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>53</sup> Ver Gaillard, Emmanuel y Yas Banifatemi, *Chapter 8: The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment, op. cit.*, pp. 98, 104, 116-123.

<sup>54</sup> Benson, Cyrus, *et al.*, *op. cit.*, p. 8, n. 26.

contribución y la existencia de un riesgo.<sup>55</sup> Otros tribunales son de la idea de que la definición en el AIJ es la que debe prevalecer, y no la referencia de inversión en el artículo 25 del Convenio, ya que es la expresión primordial de consentimiento de los Estados Contratantes.<sup>56</sup> Asimismo, debe señalarse que la *prueba Salini* no ha sido tan bienvenida y tiene poco apoyo en arbitrajes inversionista-Estado fuera del marco CIADI.<sup>57</sup>

Además de la *prueba Salini*, dado que el consentimiento es vital para determinar la definición de inversión, será importante analizar de dónde surge éste. Sin embargo, es importante tomar en consideración que el concepto de inversión es ante todo un concepto objetivo. (i) Si surge de una cláusula de un contrato de inversión, ésta será una fuerte indicación de que las partes del contrato consideran su operación como una inversión. O también puede ser el caso que la cláusula del contrato indique que la operación es una inversión en términos del Convenio CIADI;<sup>58</sup> (ii) si surge de una legislación nacional, por lo general habrá una o varias disposiciones que definan o describan el concepto de

---

<sup>55</sup> Benson, Cyrus, *et al.*, *op. cit.*, pp. 8-9, nn. 27-28. Para ver una decisión al contrario en la cual el tribunal utilizó otros criterios para determinar la existencia de una inversión, como son la contribución, duración y riesgo, ver *Bernhard Pezold y otros v. La República de Zimbabue*, *op. cit.*, ¶ 285.

<sup>56</sup> Benson, Cyrus, *et al.*, *op. cit.*, p. 9, n. 29.

<sup>57</sup> Benson, Cyrus, *et al.*, *op. cit.*, p. 9. Dos ejemplos que se distinguen son los casos CNUDMI *Romak S.A. v. La República de Uzbekistán*, Caso CPA No. AA280 de fecha 26 de noviembre de 2009 y *Alps Finance and Trade AG v. La República de Eslovaquia*, Caso CNUDMI de fecha 5 de marzo de 2011.

<sup>58</sup> *World Duty Free Company Limited v. La República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo de fecha 4 de octubre de 2006, ¶ 6. La cláusula del contrato que contenía el consentimiento al arbitraje CIADI decía lo siguiente: “*It is hereby stipulated... (b) that the transaction to which this Agreement relates is an “investment” within the meaning of the Convention.*”

inversión;<sup>59</sup> o, (iii) si surge de un AI, ya sea bilateral o multilateral, éstos contendrán definiciones de inversión que deberán observarse.<sup>60</sup>

En cuanto a la sustancia o materia de la inversión, el artículo 25(1) del Convenio, no impone alguna restricción en cuanto al tipo de inversión,<sup>61</sup> la vasta cantidad de casos CIADI demuestra la diversidad de temas y sectores que son cubiertos. En general, la inversión en virtud del artículo 25(1) del Convenio, cubre la mayor parte de los sectores económicos. Como se puede observar en el siguiente cuadro,<sup>62</sup> el 26% de todos los casos registrados ante el CIADI al 30 de junio de 2016 son del sector de petróleo, gas y minería y, en segundo lugar, con el 17%, son casos relacionados con el sector de la electricidad y otros tipos de energía.

---

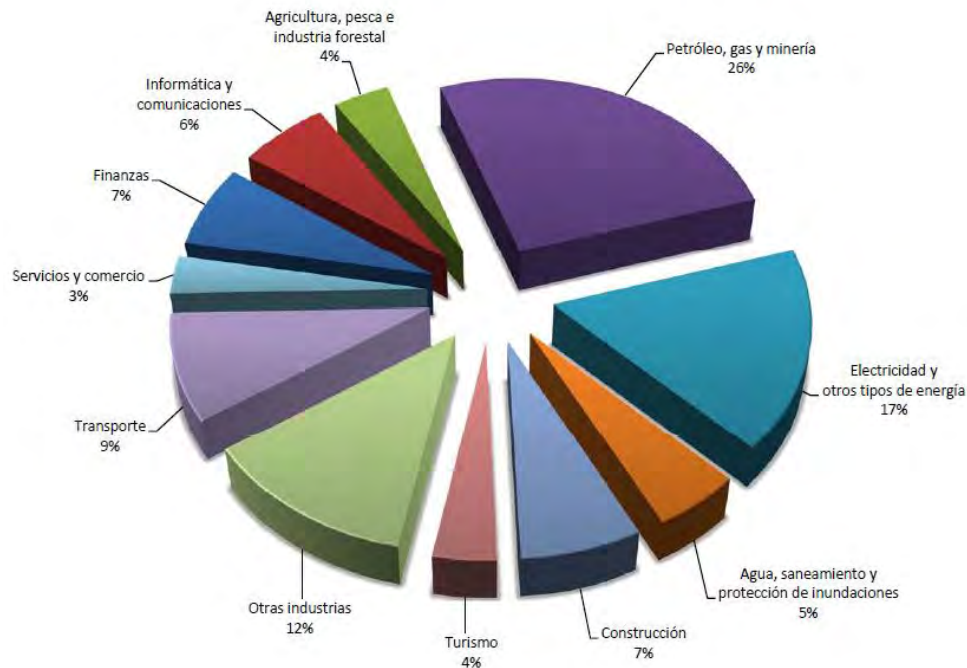
<sup>59</sup> Ver Ley de Inversiones de Tanzania de 1997, artículo 3; Ley de Inversiones de Georgia, artículo 1.

<sup>60</sup> Ver TPP, artículo 9.1; Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), artículo 1(6); Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Singapur para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI México-Singapur), artículo 1.7.

<sup>61</sup> *Bernhard von Pezold y otros v. La República de Zimbabue*, op. cit., ¶ 323.

<sup>62</sup> Reporte de Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2016-2), p. 12, disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>.

**Gráfico 7:** Distribución de todos los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario por sectores de la economía\*:

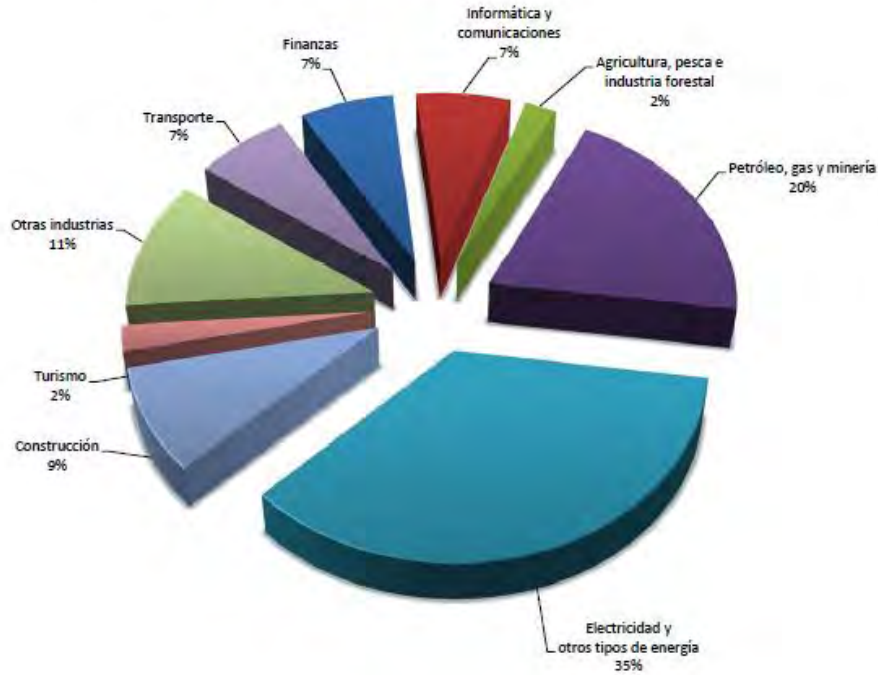


\* Esta clasificación por sectores se basa en los códigos sectoriales del Banco Mundial, los cuales están disponibles en: <http://siteresources.worldbank.org/PROJECTS/Resources/SectorCodesLists.pdf>.

Sin embargo, los porcentajes cambiaron respecto de los nuevos casos registrados en lo que va del 2016,<sup>63</sup> ya que como se observa en la siguiente gráfica, el 35% de los casos registrados son del sector de la electricidad y otros tipos de energía y en segundo lugar con 20% el sector de petróleo, gas y minería.

<sup>63</sup> Reporte de Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2016-2), p. 26, disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>.

**Gráfico 6:** Distribución de los casos nuevos registrados durante el ejercicio de 2016 bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario por sectores de la economía\*:



Esta clasificación por sectores se basa en los códigos sectoriales del Banco Mundial, los cuales están disponibles en: <http://siteresources.worldbank.org/PROJECTS/Resources/SectorCodesLists.pdf>.

El hecho de evaluar si la operación en controversia es una inversión es el primer mandato de cualquier tribunal arbitral que tenga que determinar su jurisdicción conforme al Convenio CIADI. Independientemente de cuál sea el instrumento del cual un tribunal esté facultado, ya sea un contrato, una legislación o un tratado, el requisito de “una diferencia que surja directamente de una inversión” debe ser satisfecho cada vez que el Convenio se pone en marcha.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Gaillard, Emmanuel y Yas Banifatemi, *Chapter 8: The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment*, *op. cit.*, p. 124.

c. “...entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante...”

El principio básico sobre jurisdicción del Convenio CIADI establece que cualquier inversionista que desea iniciar una reclamación ante el Centro debe ser un “nacional de otro Estado Contratante”.<sup>65</sup> Los requisitos *ratione personae* están consagrados en la tercera frase del artículo 25 del Convenio. En esta frase se establecen las partes que podrán participar en un procedimiento ante el CIADI, es decir, por un lado, un Estado Contratante y por el otro, el nacional de otro Estado Contratante, un inversionista extranjero.<sup>66</sup>

En cuanto al Estado Contratante, el Convenio establece con claridad este concepto. De acuerdo con el artículo 68, un Estado Contratante es aquel Estado que ha depositado su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación ante el Banco Mundial, quien de conformidad con el artículo 73 del Convenio, funciona como depositario del Convenio. La calidad de Estado Contratante se otorga a los 30 días después de dicho depósito.

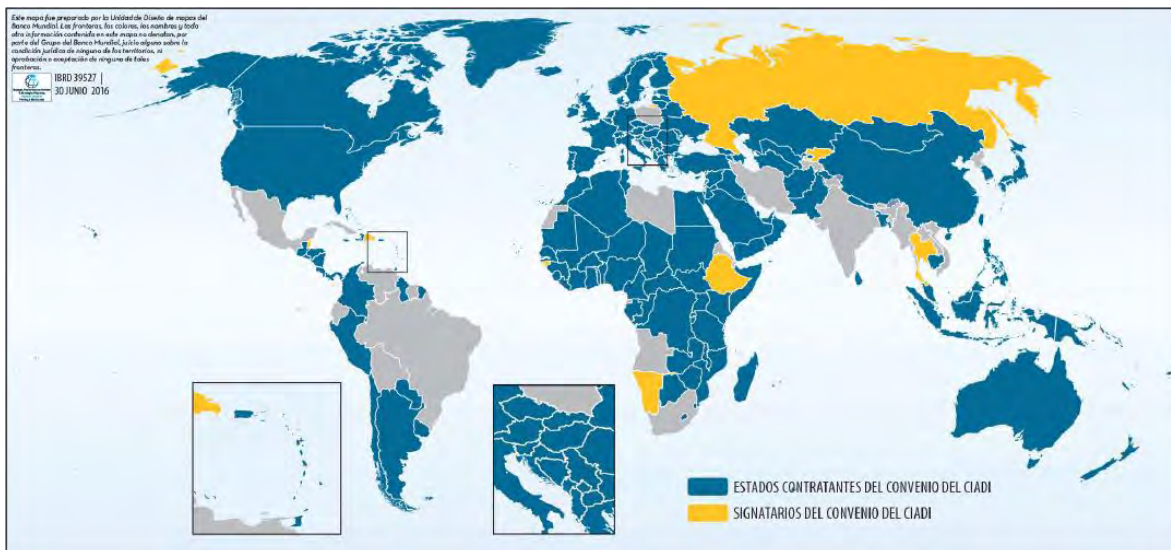
El mapa siguiente, muestra los Estados Contratantes del Convenio CIADI en color azul y en color amarillo a los signatarios del Convenio al 30 de junio de 2016.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Al-Mashni, Ayham N M, *The Requirements Ratione Personae*, en *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Reino Unido, 2016, p. 54.

<sup>66</sup> Amerasinghe, C.F., *The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, en *Indian Journal of International Law*, 1979, pp. 182-184.

<sup>67</sup> Reporte de Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2016-2), p. 6, disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>.



Respecto de la frase contenida en paréntesis en el artículo 25(1) del Convenio, “(o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado)”, ésta abre las puertas a la posibilidad de que dichas entidades sean parte en un procedimiento ante el CIADI, en lugar del Estado receptor o además de este. Esto se debe a que en algunos Estados, los contratos de inversión no son celebrados por el gobierno como tal, sino por agencias, subdivisiones del gobierno, u organismos que ejercen funciones públicas pero son jurídicamente distintos del Estado. Sin embargo, para que esto ocurra, estas entidades deben cumplir con las formalidades establecidas en los artículos 25(1) y (3) del Convenio.

En cuanto al “nacional de otro Estado Contratante”, ser un inversionista de un Estado parte del tratado en cuestión es una condición necesaria de elegibilidad para iniciar un arbitraje de inversión.<sup>68</sup> Por consiguiente, el propósito del Convenio es lidiar con las situaciones particulares que surgen de una controversia en

<sup>68</sup> Kawabata, Yutaro, *op. cit.*, p. 20.



materia de inversión entre un Estado y un nacional extranjero.<sup>69</sup> El preámbulo del Convenio, habla acerca del rol de las inversiones internacionales privadas, de donde se desprende que el inversionista debe ser una persona física o una persona moral. En consecuencia, Estados que actúen como inversionistas no tienen acceso al CIADI en esa capacidad.

El tema de la nacionalidad del inversionista, está detallado en el artículo 25(2) del Convenio. Este tema conlleva un requisito positivo y uno negativo.<sup>70</sup> El requisito positivo se traduce en la regla general respecto de que el inversionista debe tener la nacionalidad de un Estado Contratante del Convenio CIADI, por lo que quedan excluidos los inversionistas de un Estado no Contratante del Convenio. Mientras que el requisito negativo se traduce en que el inversionista no puede tener la nacionalidad del Estado con el que tiene la controversia.<sup>71</sup> Asimismo, el Convenio distingue entre la nacionalidad de las personas físicas y de las personas morales en sus apartados (a) y (b).

Además de lo anterior, Schreuer señala que en el arbitraje CIADI, la nacionalidad del inversionista es importante para los siguientes propósitos:<sup>72</sup> (i) conforme al artículo 25(1), el inversionista debe ser nacional de otro Estado Contratante del Convenio; (ii) en virtud del artículo 25(2)(a), el inversionista no

---

<sup>69</sup> Tercier, Pierre y Nhu-Hoàng Tran Thang, *Chapter 10: Criteria to Determine Investor Nationality (Juridical Persons)*, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015, p. 141.

<sup>70</sup> Al-Mashni, Ayham N M, *op. cit.*, p. 55.

<sup>71</sup> González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, *op. cit.*, p. 37. Existe una excepción: una persona jurídica que cuente con la nacionalidad del Estado receptor puede considerarse como inversionista extranjero cuando las partes así lo hubieren acordado por estar sujeta a control extranjero de conformidad con el artículo 25(2)(b) del Convenio.

<sup>72</sup> Schreuer, Christoph, *Chapter 11: Criteria to Determine Investor Nationality (Natural Persons)*, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015, p. 154.

debe ser nacional del Estado receptor de la inversión; (iii) si el consentimiento al arbitraje es ofrecido por medio de un tratado, dicha oferta únicamente aplica en relación con los nacionales de un Estado que es el receptor de su socio del tratado; (iv) los estándares de trato garantizados en un tratado aplican en relación con los nacionales de Estados que son partes del tratado; y (v) algunos estándares de trato prohíben diferente trato con base en la nacionalidad.

Con este último requisito *ratione personae*, queda por cumplir el requisito *ratione voluntatis* para obtener la jurisdicción del CIADI. Es importante mencionar que no es suficiente que se cumplan los requisitos *ratione personae* y *ratione materiae* para obtener acceso al CIADI, el consentimiento es una condición indispensable. Éste se encuentra en la última parte del artículo 25(1) del Convenio, y establece que “las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro...”

### 1.2.2 Consentimiento en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI

El requisito de consentimiento es una característica fundamental del arbitraje en general.<sup>73</sup> Por definición, el arbitraje es un método de solución de controversias, en virtud del cual, el que toma la decisión deriva su poder del acuerdo entre las partes.<sup>74</sup> En el caso del arbitraje inversionista-Estado, el consentimiento es la piedra angular de la jurisdicción del Centro.<sup>75</sup> Como lo determinó el tribunal en el caso *Brandes v. Venezuela*, “*the basis for arbitration is*

---

<sup>73</sup> Redfern, Alan, *et.al.*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>74</sup> Savage, John y Emmanuel Gaillard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Estados Unidos de América, Kluwer Law International, 1999, ¶ 7.

<sup>75</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, ¶ 23; Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op. cit.*, p. 190; Delaume, Georges, *Consent to ICSID Arbitration*, en *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, 1998, pp. 155, 156.

*consent. There cannot be an arbitration. . .before ICSID or any entity that administers arbitration proceedings, if the parties do not agree to arbitrate.*<sup>76</sup> Por lo que las partes en un procedimiento ante el CIADI, un Estado (o entidad estatal) por un lado y un inversionista extranjero por el otro, deben expresarlo mediante un acuerdo de arbitraje. Por el simple hecho de que el Estado receptor y el Estado del cual es nacional el inversionista, hayan ratificado el Convenio, no es suficiente y por lo tanto, no conlleva obligaciones o alguna expectativa de que habrá consentimiento a la jurisdicción.<sup>77</sup> El Convenio le da a las partes plena libertad en la forma de expresar su consentimiento.<sup>78</sup> Un Estado Contratante es libre de determinar el cómo, cuándo y en qué medida desea otorgarlo.

El único requisito formal que determina el Convenio es que debe ser por escrito.<sup>79</sup> El consentimiento por escrito por lo general será comunicado por las partes, pero no hay necesidad de notificarlo al Centro. Asimismo, debe ser explícito y no inferido o sujeto a interpretación.<sup>80</sup> Asimismo, debe ser otorgado por todas las partes sujetas al arbitraje CIADI, lo que supone una noción de

---

<sup>76</sup> *Brandes Investment Partners, LP v. La República Bolivariana Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/3, Laudo de fecha 2 de agosto de 2011, ¶110.

<sup>77</sup> Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Estados Unidos de América, Cambridge University Press (2ª edición), 2012, p. 232; Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op. cit.*, p. 190; *Venezuela Holdings B.V. y otros v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 10 de junio de 2010, ¶ 63 (“*Mobil v. Venezuela*”).

<sup>78</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>79</sup> González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, *op. cit.*, p. 36. Explicando que “. . . no obstante que el Convenio CIADI requiere consentimiento expreso, no exige que sea manifestado en una sola forma, solo que exista”.

<sup>80</sup> *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. La Federación de San Cristóbal y Nieves*, Caso CIADI No. ARB/95/2, Laudo de fecha 13 de enero de 1997.

reciprocidad. Esta interpretación es consistente con varias disposiciones del Convenio CIADI, así como con su historia legislativa.<sup>81</sup>

El consentimiento a la jurisdicción del Centro implica el sometimiento de las partes a todas las disposiciones y reglas del Convenio y del Centro. En la práctica, el consentimiento puede ser otorgado de las siguientes formas: (a) por el acuerdo directo entre las partes mediante una cláusula en un contrato; (b) a través de una disposición en la legislación nacional del Estado receptor, comúnmente en alguna ley relativa a inversiones; (c) a través de un tratado bilateral de inversión, celebrado entre el Estado receptor y el Estado del cual el inversionista extranjero es ciudadano; o (d) a través de un tratado multilateral.<sup>82</sup>

*a. Consentimiento a través de un acuerdo directo entre las partes*

Este modo de otorgamiento es la forma tradicional de expresar el consentimiento, sin embargo, poco a poco ha sido relevada por otros métodos, como otorgarlo por una disposición en la legislación nacional o por los tratados bilaterales o multilaterales de inversión. Consiste en un pacto entre las partes expresado en forma de un acuerdo arbitral. Éste puede estar en un contrato celebrado entre el Estado Contratante y el inversionista, en forma de una cláusula arbitral en la cual las partes someten al arbitraje CIADI las disputas que pudieren surgir de la operación de inversión objeto del contrato. O puede estar en la forma

---

<sup>81</sup> El párrafo 6 del Preámbulo del Convenio CIADI se refiere al “consentimiento mutuo de las partes”; el artículo 25(1) del Convenio se refiere al consentimiento dado “por las partes”; el artículo 25(2)(a) y (b) se refiere a “las partes consintieron” y a que “las partes presentaron su consentimiento”; el artículo 26 del Convenio se refiere al “consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje”.

<sup>82</sup> Schreuer, Christoph, *Consent to Arbitration* en el Curso sobre Solución de Controversias en Comercio Internacional, Inversión y Propiedad Intelectual impartido por la CNUCYD, Módulo 2.3 Consentimiento al Arbitraje, p. 6; *Mobil v. Venezuela*, *op. cit.*, ¶ 64.

de una cláusula compromisoria o *compromis*, en la cual las partes someten una controversia futura o existente que surja después de la celebración del contrato.<sup>83</sup> Por lo que el consentimiento a través de un acuerdo directo entre las partes, puede otorgarse respecto de disputas existentes o futuras.

La mayoría de los casos sometidos a arbitraje ante el CIADI, están basados en acuerdos entre las partes que contienen una cláusula de solución de controversias, en las cuales las partes otorgan su consentimiento para resolver las que pudieran surgir de la relación jurídica. No es común encontrarse con situaciones en las que el consentimiento proviene de una cláusula compromisoria, ya que es más sencillo que las partes consientan a cierto mecanismo de solución de controversias antes de que éstas surjan, a que lo hagan después, cuando ya están en desacuerdo.<sup>84</sup>

Dado que la redacción de las cláusulas de consentimiento cuando se negocian contratos en materia de inversión es un tema delicado e importante, el Centro ha desarrollado una serie de cláusulas modelo a conveniencia de las partes para facilitar la redacción de las mismas. Éstas son ejemplos para las partes y pueden utilizarlas ya sea literalmente, con algunas modificaciones, o también como un listado de cuestiones importantes que deben cumplir.

Según el Convenio, el consentimiento puede darse por anticipado respecto de una clase determinada de diferencias futuras. Las cláusulas relativas a diferencias futuras, son una característica ordinaria de los acuerdos de inversión celebrados

---

<sup>83</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op.cit.*, pp. 249-256.

<sup>84</sup> Ver *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. La República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4; *Swiss Aluminium Ltd. y Icelandic Aluminium Co. Ltd. v. Islandia*, Caso CIADI No. ARB/83/1; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1. □

entre Estados Contratantes e inversionistas. Un ejemplo de este tipo de cláusula modelo es la siguiente:

### Cláusula 1

El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el “Estado Receptor”) y nombre del inversionista (en adelante denominado “el Inversionista”) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el “Centro”) toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje ]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el “Convenio”).<sup>85</sup>

El otorgamiento del consentimiento contenido en una cláusula negociada entre las partes no necesariamente estará registrado en un solo instrumento. Hay diferentes formas en las cuales puede localizarse, algunas de éstas son: (i) en una solicitud para realizar una inversión presentada por un inversionista, puede establecerse como método de solución de controversias el arbitraje. Si esta solicitud es aprobada por la autoridad competente del Estado receptor, entonces hay consentimiento al arbitraje por ambas partes, como fue el caso de *Amco v. Indonesia*,<sup>86</sup> (ii) otra forma es en la cual está contenido en una cláusula que hace referencia a otro instrumento jurídico, como puede ser un tratado bilateral de inversión que incorpore al contrato de inversión el consentimiento al arbitraje contenido en ese TBI, como sucedió en *CSOB v. Eslovaquia*,<sup>87</sup> y (iii) las cláusulas

---

<sup>85</sup> CIADI Modelos de cláusulas, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-spa/7.htm>.

<sup>86</sup> *Amco Asia Corporation y otros v. La República de Indonesia*, op. cit.

<sup>87</sup> *Československa obchodní banka, a.s. (CSOB) v. La República Eslovaca*, op. cit.

arbitrales contenidas en varios de los acuerdos sucesivos que puede haber en una operación de inversión pueden contenerlo, cuando estos contratos interrelacionados representen el marco jurídico de dicha operación, como fue el caso de *Klöckner v. Camerún*.<sup>88</sup>

En cuanto a esta forma de otorgar el consentimiento, las partes son libres de delimitarlo al definirlo en términos generales, excluir ciertos tipos de controversias o enlistar ciertas cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje. En la práctica, las cláusulas de consentimiento generales e inclusivas son la norma a seguir.<sup>89</sup>

*b. Consentimiento a través de la legislación nacional del Estado receptor*

Como observación preliminar a este tipo de otorgamiento, vale la pena hacer notar que tanto esta forma como la de a través de tratados responden a la teoría denominada “*arbitration without privity*” (arbitraje en ausencia de relación contractual), abordada por varios autores, incluyendo Jan Paulsson.<sup>90</sup> Esta teoría se refiere a los arbitrajes en los cuales hay una promesa, por parte de un Estado anfitrión *vis-à-vis* inversionistas extranjeros, de ventilar cualquier controversia que pudiera surgir como resultado de su inversión mediante el arbitraje. Dicha promesa se presenta tanto en leyes de inversiones domésticas como en tratados de inversión (bilaterales o multilaterales).

---

<sup>88</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros v. La República de Camerún y la Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Laudo, 21 de octubre de 1983.

<sup>89</sup> Schreuer, Christopher, *Consent to Arbitration*, 27 de febrero de 2007, p. 3, disponible en [http://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf)

<sup>90</sup> Paulsson, Jan, *Arbitration Without Privity*, en 10 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 1995, p. 232; Paulsson, Jan, *Chapter 7: The Tipping Point*, en Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015, p. 85; González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, op. cit., pp. 35-36; ver también Laurence, Craig W., William W. Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Estados Unidos de América, Oceana Publications Inc. (3ª edición), 2000, pp. 663-670.

En el caso del consentimiento del Estado receptor a la jurisdicción del CIADI, éste puede ser otorgado tanto a través de su legislación nacional, como en una ley relativa a inversiones. De acuerdo con la historia legislativa del Convenio, la aceptación unilateral de la jurisdicción del Centro por parte del Estado constituye una oferta que puede ser aceptada por el inversionista extranjero y por lo tanto volverse vinculante para las partes. Por lo que este tipo de consentimiento sigue el método tradicional de la formación de un “acuerdo” entre las partes, mediante la oferta de una parte y la aceptación de la otra.<sup>91</sup>

El consentimiento dado por el Estado receptor es considerado una “oferta unilateral”,<sup>92</sup> que puede ser ofrecido en términos generales a los inversionistas extranjeros o a ciertas categorías de éstos en su legislación. Dicha oferta unilateral, para ser operativa y válida, debe ser aceptada por el inversionista extranjero. Es por esto que el consentimiento del inversionista es considerado como una “aceptación de la oferta”, lo que finalmente constituye el consentimiento perfeccionado de las partes.<sup>93</sup>

No todas las referencias a un arbitraje de inversión en la legislación nacional del Estado receptor equivalen al consentimiento a la jurisdicción del CIADI. Hay algunas legislaciones nacionales que inequívocamente prevén para la solución de controversias el arbitraje CIADI. Como por ejemplo, la Ley de Albania sobre

---

<sup>91</sup> Farnsworth, Allan E., *Formation of Contract*, publicado en Galston & Smit ed., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender (1984), Cap. 3, pp. 3-1-3-18.

<sup>92</sup> *Inceysa Vallisoletana S.L. v. La República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, ¶ 331.

<sup>93</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, ¶ 24, (“un Estado receptor pudiera ofrecer ... que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta”).



Inversión Extranjera de 1993, establece en su artículo 8(2) que “...un inversionista extranjero puede someter la disputa para resolución y la República Albania consiente a tal sometimiento, al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”.<sup>94</sup>

Otro método para establecer la oferta de consentimiento a la jurisdicción del Centro por parte del Estado receptor, es hacer referencia al CIADI como una de las varias alternativas de resolución de controversias. Éstas podrían ser mecanismos acordados entre las partes, los tribunales nacionales de las partes, un arbitraje *ad hoc*, un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional o mecanismos incluidos en los tratados bilaterales de inversión. Algunos ejemplos de estas alternativas los tienen las legislaciones de la República Central Africana, Costa de Marfil y Mauritania. Hay algunas disposiciones en las legislaciones nacionales que aunque no son claras, pueden interpretar el consentimiento del Estado receptor a la jurisdicción del CIADI.

Algunas disposiciones de las legislaciones nacionales que se refieren a la solución de controversias a través del CIADI, pueden establecer ciertas acciones a realizar por parte del Estado receptor para otorgar el consentimiento. Así, este tipo de disposiciones no constituyen el consentimiento al CIADI *per se*, por lo que tampoco constituyen una oferta que aceptar por el inversionista extranjero. En estos casos se requiere de un acuerdo en específico entre el Estado receptor y el inversionista que esté contenido en el contrato de inversión. Este documento

---

<sup>94</sup> *Tradex Hellas S.A. v. La República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/94/2, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de diciembre de 1996.

puede ser retenido a discreción del Estado receptor. Algunos ejemplos de esto, pueden ser las leyes de inversión de El Salvador, Nigeria, Madagascar o Uganda.

En el caso del inversionista extranjero, mientras que el Estado receptor debe expresar su consentimiento través de su legislación, el inversionista debe hacer un acto recíproco para perfeccionarlo. Aun cuando el consentimiento está sustentado en la legislación del Estado receptor, éste solo puede existir a través del acuerdo entre las partes. La disposición en la legislación del Estado receptor no puede ser más que una oferta que puede ser aceptada por el inversionista. El hecho de que el Convenio requiera que el consentimiento sea por escrito, es considerado como un requisito mínimo de formalidad en el modo de la aceptación de la oferta del Estado.

El consentimiento puede ser perfeccionado al momento del registro de la solicitud de arbitraje. Una de las formas que tiene el inversionista para aceptar la oferta del Estado receptor es mediante la presentación al Centro de la solicitud para la conciliación o el arbitraje.<sup>95</sup> Otra forma puede ser a través de una comunicación por escrito dirigida al Estado receptor en la cual conste que se acepta la jurisdicción del CIADI en virtud de la disposición correspondiente en la legislación nacional.<sup>96</sup>

Es importante mencionar que aunque es posible otorgar el consentimiento a través de la iniciación del procedimiento, es conveniente que la aceptación de la oferta sea antes de que esto suceda. El momento en que éste se otorga

---

<sup>95</sup> *Tradex Hellas S.A. v. La República de Albania, op. cit.; Zhinvali Development Ltd. v. La República de Georgia, op. cit.*, ¶ 342.

<sup>96</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. La República Árabe de Egipto, op. cit.*, Decisión sobre Jurisdicción I de fecha 27 de noviembre de 1985, ¶ 40.

desencadena varias consecuencias conforme al Convenio, la más importante es que se vuelve irrevocable. Por lo que una vez que el inversionista ha consentido con base en cierta legislación, aunque ésta sea reformada, el consentimiento otorgado será válido.<sup>97</sup>

La aceptación del consentimiento por parte del inversionista solo puede ser efectuada en la medida en que la oferta esté redactada en la legislación. Sin embargo, es posible que ésta pueda estar restringida en relación con ciertos temas o únicamente a cierta operación de inversión. Asimismo, la legislación nacional del Estado receptor puede contener ciertas condiciones, límites de tiempo o formalidades para la aceptación del inversionista que éste debe de seguir. En la ausencia de requisitos de forma en la legislación del Estado receptor, la aceptación debe ser lo más clara posible.

*c. Consentimiento a través de un tratado bilateral de inversión*

Este tipo de otorgamiento sigue la misma técnica de “oferta-aceptación” que el mediante la legislación nacional del Estado receptor. Un tratado por sí mismo no puede equivaler al consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI. Sin embargo, el tratado al cual las partes de la disputa son contratantes, *i.e.* el Estado y el inversionista, contendrá la oferta del Estado receptor que deberá ser aceptada por el inversionista nacional del otro Estado Contratante.

Aunque el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, no menciona la posibilidad de la expresión del consentimiento a través de un tratado bilateral de inversión, si se refiere a la posibilidad de hacer una oferta unilateral de

---

<sup>97</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op.cit.*, p. 203.

consentimiento por parte del Estado receptor, a través de su legislación y a la aceptación de dicha oferta por el inversionista.<sup>98</sup> Este mismo principio, se aplica a los tratados en los cuales el Estado receptor es parte. Actualmente, el consentimiento a través de TBIs ha sido aceptado en la práctica y se ha convertido en la forma primordial de otorgamiento a un procedimiento ante el CIADI. Es importante mencionar que para que un TBI proporcione la base para la jurisdicción del CIADI, éste debe estar en vigor al momento correspondiente.

Respecto a la oferta vinculante del Estado receptor, la mayoría de las cláusulas en los TBIs expresan el consentimiento a la jurisdicción del CIADI de los dos Estados Contratantes que son partes del tratado. El primer caso llevado al CIADI, representativo de este método, fue *AAPL v. Sri Lanka*,<sup>99</sup> en donde la cláusula de consentimiento se encontraba en el artículo 8 del TBI entre el Reino Unido y Sri Lanka de 1980, dicha cláusula versa de la siguiente manera:

*“(1) Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to “the Centre”) for settlement by conciliation or arbitration ... any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former.”*

La mayoría de los TBIs actuales tienen cláusulas de consentimiento a la jurisdicción del CIADI similares a la mencionada anteriormente.<sup>100</sup> En estos casos,

---

<sup>98</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, ¶ 24.

<sup>99</sup> *Asian Agricultural Products Limited (AAPL) v. La República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo de fecha 27 de junio de 1990, ¶ 2.

<sup>100</sup> *Fedax N.V. v. La República de Venezuela*, op. cit., ¶ 30; *Wena Hotels Limited v. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 29 de junio 1999; *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. El Reino de Marruecos* op. cit., ¶ 27; *Azurix Corp. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 8 de diciembre de 2003, ¶ 56; *Tokios Tokelès v. Ucrania*, op. cit.; *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre Objeciones Preliminares de fecha 27 de julio de 2006, ¶ 35; entre otros.

la demandante sustenta la jurisdicción al CIADI en estas cláusulas. También algunos tratados de inversión modelo como el de China de 2003, el de Alemania de 2005, el del Reino Unido de 2005 y el de Estados Unidos de 2012 contienen cláusulas que proporcionan el consentimiento a la jurisdicción del CIADI por parte del Estado receptor.

Hay algunos TBIs que no específicamente mencionan el consentimiento de las partes a un arbitraje. Sin embargo, la redacción del tratado puede referirse a disputas que “podrán someterse a” la jurisdicción del CIADI o a que las partes tendrán el derecho de iniciar el procedimiento arbitral, lo cual no deja en duda el carácter vinculante de dichas cláusulas.

No todas las referencias al CIADI en un TBI constituyen ofertas de consentimiento vinculantes para el Estado receptor. Hay algunas cláusulas que tienen limitantes o condiciones. Ciertas cláusulas en los TBIs incluyen la facultad del Estado receptor de otorgar su consentimiento en el futuro. Esto se logra cuando en un acuerdo de inversión posterior entre el Estado receptor y el inversionista, se incluye una disposición para someter las disputas al CIADI.<sup>101</sup> Otros TBIs pueden incluir una obligación de aprobación por parte del Estado receptor para cualquier solicitud de un inversionista a someter la solución de la controversia al Centro.<sup>102</sup> Este tipo de cláusulas no le dan al inversionista el acceso directo al CIADI.

---

<sup>101</sup> TBI Francia-Malasia, artículo 5.

<sup>102</sup> TBI Países Bajos-Paquistán, artículo 10.

Puede ser el caso también que las cláusulas de solución de controversias en muchos TBIs se refieran al CIADI como una de varias alternativas para resolver la disputa. Otras opciones que pueden encontrarse en dichas cláusulas, pueden ser los tribunales locales del Estado receptor, procedimientos acordados por las partes a la disputa, arbitraje CCI, conforme a las Reglas de la CNUDMI, *ad hoc* o conforme a las reglas de otra institución arbitral.<sup>103</sup>

Para el caso de la aceptación del inversionista, sucede lo mismo que en el caso de las disposiciones de solución de controversias en la legislación del Estado receptor, una disposición de consentimiento en un TBI no es más que una oferta que requiere de aceptación. La disposición en el tratado no reemplaza la necesidad del consentimiento del inversionista extranjero. Además, el TBI debe ser celebrado entre el Estado receptor y el Estado del cual el inversionista es nacional. La práctica ha establecido que una de las formas en las que el inversionista puede aceptar la oferta en un TBI, es mediante la iniciación de los procedimientos.<sup>104</sup>

Algunos TBIs específicamente determinan que el inversionista debe otorgar su consentimiento. Conforme a estas cláusulas, una vez que el inversionista ha aceptado la oferta, cualquiera de las partes puede iniciar el procedimiento. El consentimiento del inversionista debe ser expresado de forma positiva y no puede ser sustituido o asumido por el TBI.

---

<sup>103</sup> TBI España-Chile, artículo 9; TBI Suecia-Argentina, artículo 8; APPRI México-Australia, artículo 13.

<sup>104</sup> *Generation Ukraine Inc. v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo de fecha 16 de septiembre de 2003, ¶¶ 12.2, 12.3; *El Paso Energy International Company v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 27 de abril de 2006, ¶ 35; *American Manufacturing & Trading, Inc. v. La República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/93/1, Laudo de fecha 21 de febrero de 1997; *Asian Agricultural Products Limited (AAPL) v. La República Democrática Socialista de Sri Lanka*, *op. cit.*; *Fedax N.V. v. La República de Venezuela*, *op. cit.*

*d. Consentimiento a través de un tratado multilateral*

Desde los inicios de los años 90, la celebración de tratados multilaterales estuvo en un punto de mucha importancia, y con ello las cláusulas de jurisdicción al CIADI estaban incluidas. El mecanismo que subyace a los tratados multilaterales es similar al mecanismo de los TBIs. Los tratados multilaterales contienen ofertas de consentimiento a la jurisdicción del CIADI por parte de los Estados contratantes. Estas ofertas pueden ser aceptadas por inversionistas que son nacionales de los Estados contratantes a dichos tratados.

Uno de los tratados multilaterales más importantes de los cuales México es parte, es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Éste entró en vigor en 1994 entre Canadá, Estados Unidos y México. El capítulo XI de este instrumento es el relativo a las Inversiones, en específico, en los artículos 1120 y 1122 se establece el mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión entre inversionistas y los países socios del TLCAN. Dichos artículos establecen lo siguiente:

**Artículo 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje**

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:
  - (a) contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
  - (b) las el Convenio de CIADI, siempre que tanto la Parte
  - (c) Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
  - (d) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.

#### **Artículo 1122: Consentimiento al arbitraje**

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.
2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:
  - (a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;
  - (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y
  - (c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo.

De lo anterior se desprende que, mientras México no sea Estado Contratante del CIADI, no operará el consentimiento a la jurisdicción del CIADI. Sin embargo, estará disponible el arbitraje mediante las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI entre inversionistas estadounidenses y canadienses con México y entre inversionistas mexicanos con Estados Unidos o Canadá.

Asimismo, el artículo 1118 del TLCAN establece específicamente que el inversionista deberá consentir al arbitraje, lo que enfatiza la naturaleza recíproca del arbitraje. Sin embargo, una de las particularidades del TLCAN es que el sometimiento de una reclamación a arbitraje está abierto únicamente al inversionista y no al Estado receptor.

El 3 de febrero de 2016, México suscribió el Tratado de Asociación Transpacífico (TPP) que actualmente se encuentra en proceso de aprobación en



el Senado. Este tratado multilateral entrará en vigor transcurridos dos años de su firma, si los doce Estados contratantes notifican su ratificación o, cuando seis países que representen el 85% del PIB del TPP lo hagan. Aunque este tratado multilateral aún no está vigente, es parte de la política comercial que los Estados contratantes ya defienden, incluido México. El artículo 9 del TPP es el relativo a las Inversiones, en específico, en la Sección B, artículos 9.19 y 9.20, se encuentran las cláusulas relativas al sometimiento de una reclamación a arbitraje y el consentimiento de cada una de las partes al arbitraje. Las disposiciones clave establecen lo siguiente:

**Artículo 9.19: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje**

1. El demandante podrá someter una reclamación a la que se refiere el párrafo 1 conforme a alguna de las siguientes alternativas:
  - (a) el Convenio del CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;
  - (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que o el demandado o la Parte del demandante, sean parte del Convenio del CIADI;
  - (c) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o
  - (d) si el demandante y el demandado lo acuerdan, cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje

**Artículo 9.20: Consentimiento de Cada Una de las Partes al Arbitraje**

1. Cada Parte consiente en someter una reclamación a arbitraje conforme a esta Sección y de conformidad con este Tratado.
2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje conforme a esta Sección se considerará que satisface los requisitos del:

- (a) Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que requieren el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;
- (b) Artículo II de la Convención de Nueva York que requiere un “acuerdo por escrito”; y
- (c) Artículo I de la Convención Interamericana que requiere un “acuerdo”.

Las disposiciones de consentimiento del TPP son similares a las del TLCAN, por ejemplo, la jurisdicción del CIADI estará disponible siempre y cuando el Estado receptor y el Estado del cual el inversionista extranjero sea nacional sean Estados Contratantes del CIADI. En caso de no ser así, aplicará el Mecanismo Complementario. También el TPP prevé otras opciones de solución de controversias como el arbitraje conforme a las Reglas de la CNUDMI o conforme a las reglas de otras instituciones arbitrales acordadas por las partes. Asimismo, el consentimiento es otorgado por las partes que desean someter una reclamación a arbitraje y éste debe cumplir con ciertas características, como ser otorgado por escrito.

En el artículo 9.21 del TPP se establecen ciertas condiciones y limitaciones al consentimiento de cada parte. Algunos ejemplos de estas condiciones y limitantes son que: (i) hubiere transcurrido más de tres años y medio desde la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación a la inversión; (ii) el consentimiento de la demandante no sea otorgado por escrito; y (iii) la notificación de arbitraje no vaya acompañada de ciertos documentos, entre otros.

En cuanto al TPP, es importante destacar que el artículo 9 de dicho ordenamiento se compone de varios anexos en donde se encuentran disposiciones relevantes respecto del otorgamiento del consentimiento. Un ejemplo de esto, es el Anexo 9-L(c) Limitación del Consentimiento de México al Arbitraje, en el cual se establecen ciertas reclamaciones que no estarán sujetas a arbitraje, como son las relacionadas con actos de autoridad en virtud de las siguientes leyes: Ley de Hidrocarburos, Artículos 20 y 21; Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, Artículo 98, párrafo 2; Ley de Asociaciones Público Privadas, Artículo 139, párrafo 3; entre otras.

Otros tratados multilaterales que contienen ofertas de consentimiento por el Estado receptor a la jurisdicción del CIADI, son el Mercosur en su artículo 9, y el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), mismo que entró en vigor en 1998 entre 54 Estados. En éste, en el artículo 26 se encuentra el consentimiento de los Estados parte a la jurisdicción del CIADI en relación con los inversionistas de otros Estados parte. El TCE contiene consentimiento al CIADI y al Mecanismo Complementario, según sea aplicable. Dicho artículo también especifica que el consentimiento debe ser otorgado por escrito, por parte del inversionista, y al igual que el TLCAN, el sometimiento de una reclamación al arbitraje únicamente puede ser por el inversionista y no por el Estado receptor.

### 1.2.3 Particularidades del consentimiento conforme al artículo 25(1) del Convenio CIADI

El CIADI incluye ciertas particularidades que determinarán el cuándo, cómo, hasta dónde y las consecuencias del consentimiento. Estas particularidades se

centrarán en: (a) el momento en que es otorgado, (b) las limitaciones, (c) las condiciones a las que puede estar sujeto, (d) la interpretación, y (e) la irrevocabilidad.

*a. Momento en que es otorgado*

La primera particularidad del consentimiento es un elemento de carácter temporal<sup>105</sup> y se refiere al momento en que es otorgado. El momento en que las partes han llegado a un mutuo consentimiento, es cuando las partes de la controversia han acordado llevar a arbitraje la disputa.<sup>106</sup> En el caso del arbitraje CIADI, éste se determina por la fecha en que ambas partes acordaron la jurisdicción del Centro.<sup>107</sup> Generalmente, este momento se concretará cuando las condiciones para el otorgamiento del consentimiento sean satisfechas, como lo estableció el tribunal en *Holiday Inns v. Marruecos*.<sup>108</sup>

Hay diferentes supuestos para establecer el momento en que el consentimiento es perfeccionado. Primero, si la cláusula de consentimiento está contenida en una oferta de una de las partes, la aceptación por la otra parte determinará el momento en que éste es otorgado. Segundo, si el Estado receptor hace una oferta general para aceptar la jurisdicción del CIADI en su legislación o en un tratado, el momento en que el consentimiento se otorga se definirá cuando el inversionista acepte la oferta. Ésta también puede ser aceptada a través de

---

<sup>105</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>106</sup> Steingruber, Andrea Marco, *Consent in International Arbitration*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, p. 11.98.

<sup>107</sup> Schreuer, Christoph, *Consent to Arbitration* en el Curso sobre Solución de Controversias en Comercio Internacional, Inversión y Propiedad Intelectual impartido por la UNCTAD, Módulo 2.3 Consentimiento al Arbitraje, p. 25.

<sup>108</sup> *Holiday Inns S.A. y otros v. El Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/72/1; Lalive, Pierre, *The First 'World Bank' Arbitration*, en 51 *British Yearbook of International Law* 123, p. 16.

presentar una solicitud de conciliación o arbitraje al Centro. El inversionista como tal no tiene presiones de tiempo para aceptar la oferta y por lo tanto perfeccionar el consentimiento, a menos que la oferta, de acuerdo con sus términos, prevea que la aceptación debe ser dada dentro de un cierto periodo de tiempo.

Puede ser el caso que los requisitos *ratione personae* para la jurisdicción del Centro no se hayan cumplido cuando un documento que contiene una cláusula de consentimiento haya sido firmado. Aunque la fecha del otorgamiento del consentimiento será en la cual las partes hayan consentido por escrito, la validez de dicho otorgamiento será cuando todas las condiciones independientes que plantea el artículo 25 del Convenio se hayan cumplido. Por lo que, por ejemplo, si el Estado receptor o el Estado del cual el inversionista es nacional no han ratificado el Convenio, la validez del consentimiento será cuando entre en vigor el Convenio para el Estado respectivo.

El consentimiento de las partes debe existir al momento en que se inician los procedimientos. Un motivo para que la Secretaria General del CIADI decida que la controversia está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro y se niegue a registrarla, es omitir presentar documentos que comprueben que hubo consentimiento de las partes. Si no está clara la válida existencia de éste, el tribunal arbitral deberá decidirlo con base en el artículo 41 del Convenio.

Una vez que los procedimientos han iniciado, las partes pueden confirmar su consentimiento a la jurisdicción. La validez del requisito *ratione voluntatis* puede ser objeto de revisión y análisis por un tribunal solamente si es planteado como una objeción a la jurisdicción por una de las partes. Las objeciones o excepciones

planteadas sobre que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro deberán oponerse lo antes posible.<sup>109</sup> A fin de atender estas cuestiones, la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje establece el procedimiento respectivo que el tribunal deberá seguir.<sup>110</sup>

Ya que este requisito para la jurisdicción del Centro desencadena muchas consecuencias jurídicas conforme al Convenio, el momento en que éste se perfecciona es de vital importancia. Las consecuencias jurídicas más importantes que se detonan son las siguientes:

- Una vez perfeccionado el consentimiento, éste se vuelve irrevocable de acuerdo con la última oración del artículo 25(1) del Convenio;
- La nacionalidad del inversionista conforme al artículo 25(2) del Convenio se determina en la fecha en que el consentimiento se perfecciona, las personas físicas y morales deben ser nacionales del otro Estado Contratante al momento del mismo;
- El consentimiento a la jurisdicción del CIADI excluirá cualquier otro recurso en virtud del artículo 26 del Convenio, por lo que acudir a los tribunales domésticos o a otras formas de arbitraje se vuelve inaccesible;
- Conforme al artículo 27(1) del Convenio, la protección diplomática por el Estado del cual sea nacional el inversionista, no será permitida una vez que se haya consentido a la jurisdicción del CIADI;

---

<sup>109</sup> Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje.

<sup>110</sup> Regla 41 "Excepciones preliminares" de las Reglas de Arbitraje.

- Los procedimientos serán conducidos de conformidad con las Reglas de Arbitraje que estén en vigor en la fecha en que las partes hayan otorgado su consentimiento de acuerdo con el artículo 44 del Convenio.<sup>111</sup>

#### *b. Limitaciones*

El artículo 25 del Convenio, define los límites exteriores del consentimiento que las partes pueden otorgar. No hay nada que detenga a las partes de circunscribirlo de cierta manera, es por esto que éstas son libres de delimitarlo al definirlo en términos abstractos, excluyendo o estableciendo los tipos de controversias que se someterán a la jurisdicción del CIADI. En la práctica, las cláusulas de consentimiento, generales e incluyentes, son la norma habitual.

Este tipo de cláusulas en acuerdos de inversión por lo general se refieren a “cualquier disputa” o a “todas las disputas”.<sup>112</sup> Para el caso de las referencias al CIADI en la legislación nacional, éstas por lo general estarán sujetas a interpretación de una o varias disposiciones de la ley.

Para el caso de las limitaciones del consentimiento en AIs, las cláusulas de solución de controversias entre Estados receptores e inversionistas contenidas en estos instrumentos tienen una redacción amplia y general, incluyendo frases como “cualquier reclamación. . . que involucre una inversión”.<sup>113</sup> Sin embargo, es común que en los TBIs o en los tratados multilaterales, los Estados puedan establecer ciertas limitaciones para otorgar su consentimiento. Estas limitaciones pueden

---

<sup>111</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op. cit.*, pp. 219-220.

<sup>112</sup> *AGIP S.p.A. v. La República Democrática del Congo*, *op. cit.*, ¶ 18; *World Duty Free v. Kenia*, *op. cit.*, ¶ 6.

<sup>113</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. La República Argentina*, *op. cit.*, Decisión sobre Anulación de fecha 3 de julio de 2002, ¶ 55.

estar motivadas por disposiciones en la legislación nacional del Estado receptor o por cuestiones de orden público. Como se mencionó anteriormente, el ejemplo más reciente para México se encuentra en el Anexo 9-L “Acuerdos de Inversión” del TPP, en el cual en el punto (c) México estableció ciertas limitaciones de su consentimiento al arbitraje, dicho punto determina lo siguiente:

### **C. Limitación del Consentimiento de México al Arbitraje**

1. Sin perjuicio del derecho del demandante a someter otras reclamaciones de conformidad con el Artículo 9.19 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje), México no consiente el sometimiento de cualquier reclamación a arbitraje conforme al Artículo 9.19.1(a)(i)(C) o 9.19.1(b)(i)(C) si el sometimiento a arbitraje de esa reclamación fuera incompatible con las siguientes leyes respecto a los actos de autoridad pertinentes:
  - (a) Ley de Hidrocarburos, Artículos 20 y 21;
  - (b) Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, Artículo 98, párrafo 2;
  - (c) Ley de Asociaciones Público Privadas, Artículo 139, párrafo 3;
  - (d) Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, Artículo 80;
  - (e) Ley de Puertos, Artículo 3, párrafo 2;
  - (f) Ley de Aeropuertos, Artículo 3, párrafo 2;
  - (g) Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, Artículo 4, párrafo 2;
  - (h) Ley de Navegación y Comercio Marítimos, Artículo 264, párrafo 2;
  - (i) Ley de Aviación Civil, Artículo 3, párrafo 2; y
  - (j) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 28, párrafo 20, Fracción VII, y Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, Artículo 312, en la medida, no obstante, que la aplicación de las disposiciones referidas en los subpárrafos (a) al (i) no serán utilizados



como un medio encubierto para repudiar o violar el acuerdo de inversión.

2. Si alguna ley de las referidas en el párrafo 1 es reformada para permitir el sometimiento a arbitraje de tales reclamaciones después de la entrada en vigor de este Tratado para México, la restricción al consentimiento de México especificado en el párrafo 1 no se aplicará con respecto a esa ley.

En cuanto a las limitaciones en la aceptación del inversionista, es importante mencionar que cuando la jurisdicción del CIADI está sustentada en una oferta hecha por el Estado receptor y subsecuentemente aceptada por el inversionista, el consentimiento de las partes existirá en la medida en que la oferta y la aceptación coincidan.<sup>114</sup> Por ejemplo, la legislación sobre inversiones del Estado receptor o su TBI con el Estado del cual el inversionista es nacional, pueden establecer la jurisdicción del Centro en los términos más generales posibles. Si el inversionista acepta la jurisdicción del CIADI únicamente respecto a una controversia en particular o en relación con determinadas operaciones de inversión, el consentimiento entre las partes será por tanto limitado. La aceptación del inversionista no puede ir válidamente más allá de los límites de la oferta del Estado receptor. Por lo tanto, cualquier limitación contenida en la legislación o en el tratado se aplicará independientemente de los términos de aceptación por parte del inversionista.<sup>115</sup> Si los términos de aceptación no corresponden con los términos de la oferta, no habrá un consentimiento perfeccionado.

### *c. Condiciones a las que puede estar sujeto*

El acceso a la jurisdicción del CIADI puede estar sujeto a diferentes condiciones impuestas por los Estados receptores aun cuando la controversia esté

---

<sup>114</sup> Schreuer, Christoph, *Consent to Arbitration*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>115</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op. cit.*, p. 230.

cubierta por el consentimiento de las partes. Éstas tienen total libertad para establecer esas condiciones, siempre y cuando no sean contrarias a las disposiciones obligatorias del Convenio y cumplan con lo previsto en las Reglas y en el Reglamento del Centro.<sup>116</sup> En la práctica, las condiciones se refieren a cuestiones procesales que deben ser agotadas antes de que los procedimientos ante el CIADI inicien. Tres ejemplos de condiciones a las que puede estar sujeto el consentimiento al Centro son:

El primero, es recurrir a los tribunales domésticos del Estado receptor a litigar la controversia por un periodo de tiempo como condición del consentimiento al arbitraje ante el CIADI. Esto se encuentra previsto en el artículo 26 del Convenio, mismo que establece que "...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". En caso de no haber una disposición que indique lo anterior, no hay requisito alguno de agotar recursos locales. En la práctica, pocos Estados han condicionado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI mediante el agotamiento previo de recursos judiciales. Asimismo, aunque tradicionalmente había pocos AIs que contenían esta condición, hay una tendencia actual de los Estados de incluir esta condición en sus TBIs modelo.<sup>117</sup>

Esta condición puede ser expresada por un Estado Contratante sólo hasta el momento en que el consentimiento al arbitraje se perfecciona, pero no más tarde

---

<sup>116</sup> Schreuer, Christoph, *Consent to Arbitration*, *op.cit.*, p. 31; Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op.cit.*, p. 237.

<sup>117</sup> Para ver un TBI que sí contiene esta condición referirse al TBI Argentina-Alemania, artículo 10(2) o al TBI Modelo de la India de 2015.

(a menos de que se trate de denegación de justicia, en cuyo caso es obligatorio agotarlos). Esto es una consecuencia del principio de que una vez que el consentimiento a la jurisdicción se ha otorgado, no puede retirarse o limitarse unilateralmente. En la práctica aún es cuestionable si la insistencia de agotar recursos locales es realmente útil. Algunas veces puede ser visto por el inversionista como una pérdida de tiempo y dinero, si eventualmente se iniciará un arbitraje ante el CIADI y el tribunal arbitral revertirá la decisión del tribunal local. También los procedimientos domésticos puede generar tensión entre las partes y afectar el panorama de inversión del Estado receptor.

El segundo ejemplo puede ser una condición en donde se intente resolver la controversia de manera amistosa mediante consultas o negociaciones antes de iniciar el procedimiento ante el CIADI. Esta condición es la más común y se puede encontrar en muchas legislaciones nacionales,<sup>118</sup> TBIs<sup>119</sup> o tratados multilaterales.<sup>120</sup> De ser éste el caso, las negociaciones se llevarán a cabo de buena fe. Con el objetivo de evitar tácticas dilatorias y para tener claro el momento en que la condición ha sido satisfecha, los AIs o legislaciones nacionales establecen límites de tiempo para las negociaciones. Si ha transcurrido el plazo para resolver la controversia de manera amistosa y no se ha llegado a un acuerdo, entonces el acceso al CIADI estará abierto.

El tercer y último ejemplo de condición a la que puede estar sujeta la jurisdicción del Centro, es la institución de procedimientos de conciliación antes de

---

<sup>118</sup> Ley de Inversión Extranjera de Albania, artículo 8(2); Código de Inversiones de Camerún, artículo 45; Código de Inversiones de Uganda, artículo 30(2).

<sup>119</sup> TBI México-Reino Unido, artículo 10; TBI México-España, artículo 11.

<sup>120</sup> TPP, artículo 9.18; TLCAN, artículo 1118; Alianza del Pacífico, artículo 10.15.

someterse a un arbitraje. Dado que la conciliación es uno de los dos procedimientos que prevé el Convenio CIADI, esta disposición puede no necesariamente ser una condición para la jurisdicción del Centro. Sin embargo, el arbitraje CIADI puede ser subordinado a un procedimiento de conciliación fallido después de haber transcurrido cierto tiempo.

#### *d. Interpretación*

El alcance exacto del consentimiento puede no ser claro a veces y requiere de ser interpretado. La pregunta que surge es, ¿cuál es el método apropiado para la interpretación del consentimiento? El primer paso para responder la pregunta, es identificar la ley aplicable a esta cuestión. En la práctica, varios tribunales han determinado que las cuestiones de jurisdicción no están sujetas al artículo 42 del Convenio que gobierna la ley aplicable al fondo del caso;<sup>121</sup> sino que están sujetas al artículo 25 y a los instrumentos que expresan el consentimiento.<sup>122</sup>

Hay diferentes enfoques acerca de la interpretación del consentimiento que han sido apoyados por los tribunales CIADI, esto es motivado dependiendo de la forma en que el mismo haya sido expresado, ya sea un contrato, tratados o en la legislación nacional. Por lo que hay casos en donde los tribunales deciden interpretarlo utilizando las leyes locales, el derecho internacional,<sup>123</sup> normas de interpretación en general<sup>124</sup> o una mezcla de derecho nacional e internacional.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> *Azurix Corp. v. La República Argentina*, op. cit., ¶¶ 48-50; *Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. v. La República Argentina*, op. cit., ¶ 98; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. v. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 16 de junio de 2006, ¶¶ 65-68.

<sup>122</sup> *CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*, op. cit., ¶ 88.

<sup>123</sup> *Československa obchodní banka, a.s. (CSOB) v. República Eslovaca*, op. cit., ¶ 35.

<sup>124</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v. La República Árabe de Egipto*, op. cit., ¶¶ 55-60.

Sea cual fuere el enfoque que utilice el tribunal, ya sea poner más énfasis en el derecho nacional o en el internacional, el resultado final siempre será un acuerdo entre un Estado y un inversionista extranjero. Esto conlleva a una mezcla interpretativa que involucra interpretación de tratados, interpretación de la ley y de principios generales de derecho contractual; siempre siendo el marco jurídico, el artículo 25 del Convenio CIADI.

Un tema recurrente respecto de la interpretación del consentimiento, es si éste debe ser interpretado de manera restrictiva o amplia. Mientras que los Estados argumentan que debe ser interpretado de manera restringida, los inversionistas argumentan que debe ser interpretado de manera amplia. Sin embargo, los tribunales CIADI han optado por interpretar el consentimiento de manera balanceada, es decir una interpretación con base en la buena fe, en línea con los principios del Convenio y que sea en favor de la validez o aplicabilidad del consentimiento.<sup>126</sup>

#### *e. Irrevocabilidad*

La última oración del artículo 25(1) del Convenio CIADI es la que prevé esta última particularidad del consentimiento a la jurisdicción del Centro. La disposición establece lo siguiente:

“...El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

---

<sup>125</sup> *Zhinvali Development Ltd. v. La República de Georgia*, op. cit., ¶ 229.

<sup>126</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v. La República Árabe de Egipto*, op. cit., ¶ 63; *Amco Asia Corporation y otros v. La República de Indonesia*, op. cit., ¶¶ 12, 16; *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. La República de Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo de fecha 25 de febrero de 1988, ¶ 4.08.

La naturaleza vinculante e irrevocable del consentimiento a la jurisdicción del CIADI es una manifestación de la máxima jurídica *pacta sunt servanda*. Aplica igualmente en el caso de que una oferta de consentimiento esté contenida en una legislación nacional o en un AI, que ha sido aceptada por un inversionista. El consentimiento al CIADI siempre es un acuerdo, aun cuando los elementos de éste estén contenidos en diferentes instrumentos.

La irrevocabilidad del consentimiento opera únicamente después de que ha sido perfeccionado. Aun cuando las partes son libres de establecer condiciones y límites a éste, una vez que ha sido otorgado, la irrevocabilidad se extiende también a la introducción de nuevas limitantes o condiciones. Es decir, la prohibición del retiro cubre el alcance total del consentimiento a la jurisdicción.

Una oferta de consentimiento a la jurisdicción del CIADI puede ser retirada en cualquier momento a menos que sea irrevocable por sus propios términos. En el caso en que una de las cláusulas que indiquen la jurisdicción del Centro esté contenida en la legislación nacional del Estado receptor o en un AI, el inversionista debe haber aceptado el consentimiento por escrito para volverse irrevocable. Por lo que el inversionista debe siempre hacer una declaración unilateral de aceptación del mismo y no basarse nada más en la cláusula de consentimiento en la legislación nacional o en los AIs del Estado receptor. Esta declaración unilateral de aceptación puede ser tanto una carta dirigida al Estado receptor, como iniciar procedimientos ante el CIADI, aunque se puede correr el riesgo de que la oferta sea retirada antes de esto.

Es importante destacar que la irrevocabilidad del consentimiento únicamente opera en intentos unilaterales de retirar la oferta, ya que las partes pueden terminar el consentimiento a la jurisdicción por acuerdo mutuo, ya sea antes o después del inicio de los procedimientos. El Convenio CIADI no sólo declara el retiro unilateral del consentimiento como inadmisibles, sino también contiene diversas disposiciones que prevén cuando hay una parte que se niega a cooperar. Las disposiciones diseñadas para asegurar la conclusión exitosa del procedimiento, aun cuando haya una parte reticente, son los artículos 37 y 38 del Convenio, refiriéndose a la constitución del tribunal; el artículo 54 relacionado con la ejecución de laudos; y el procedimiento en rebeldía de la Regla 42 de las Reglas de Arbitraje.

Dependiendo dónde se encuentra la oferta de consentimiento, hay diferentes escenarios que pueden surgir. El primer escenario existe cuando la dicha oferta se encuentra en la legislación nacional del Estado receptor. En este caso, si el Estado decide abrogar, derogar o reformar la legislación que contiene la oferta, ésta habrá transcurrido y por lo tanto se considera retirada en ese momento. La situación es diferente si el inversionista acepta la oferta de consentimiento por escrito cuando esa legislación está vigente. Por lo que la derogación de la legislación nacional que prevea la jurisdicción del CIADI, no será un retiro del consentimiento si el inversionista aceptó la oferta durante la vigencia de la legislación.

El segundo escenario existe cuando la oferta de consentimiento se encuentra en AIs. En este caso, el hecho es que el consentimiento se perfecciona al

momento de la aceptación del inversionista, por lo que es hasta después de la aceptación que una oferta contenida en un AIJ es irrevocable y por lo tanto aislada de cualquier intento de terminar el tratado. El tercer escenario surge cuando la oferta de consentimiento se encuentra en un contrato de inversión. En este caso el principio de separabilidad de la cláusula arbitral es aplicable, por lo que el acuerdo que incluya la jurisdicción del CIADI será legalmente independiente del contrato que lo contenga, en caso de que éste sea considerado inválido o rescindido.

Por último, una vez que el consentimiento es perfeccionado, no puede ser retirado indirectamente a través de un intento de remover uno de los requisitos jurisdiccionales que establece el Convenio. En este sentido, cobra relevancia el artículo 72 del Convenio CIADI, el cual involucra el derecho de la denuncia del Convenio por el Estado receptor. Este artículo prevé que la denuncia del Convenio no afectará el consentimiento a la jurisdicción otorgado previamente, lo que conlleva a ciertas consecuencias y efectos jurídicos que serán abordados a continuación.



## Capítulo 2

### Terminación de tratados y sus efectos jurisdiccionales

Como cuestión de la expresión de soberanía de los Estados, así como éstos pueden decidir otorgar su consentimiento a los diferentes instrumentos internacionales para quedar vinculados por las obligaciones que contienen, también pueden decidir retirar su consentimiento y así terminar o denunciar dicho instrumento. Es en la materia del derecho internacional de las inversiones, y particularmente en el área de la terminación de los acuerdos internacionales de inversión, en donde el derecho de los tratados se entrelaza e interrelaciona con los AII. De este modo, los AII prevalecen como *lex specialis* sobre la *lex generalis* del derecho de los tratados.<sup>127</sup>

En los años recientes, han surgido cada vez más cuestionamientos sobre la terminación de AII conforme al derecho de los tratados y al derecho internacional público, ya que muchos acuerdos internacionales de inversión han llegado al punto en donde pueden terminarse por las partes, varios Estados han decidido denunciar ciertos tratados bilaterales de inversión o tratados multilaterales, o algunos otros han sustituido antiguos instrumentos en materia de inversión por nuevos.

Derivado de lo anterior, la incertidumbre que rodea la denuncia o terminación de tratados se centra en la legalidad y los efectos de la misma. Esto además se ha acrecentado por la tendencia de algunos Estados de retirarse de los AII a fin de hacer frente a su inconformidad con el sistema internacional de inversiones. En

---

<sup>127</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 414.

este sentido, se analizarán algunos aspectos clave de la terminación o denuncia de tratados en el plano del derecho internacional general para después centrarse en la denuncia de los tratados bilaterales y multilaterales, en particular, del Convenio CIADI. Finalmente se revisarán tres ejemplos recientes de Estados que al denunciar el Convenio pretenden evitar arbitrajes de inversión principalmente al amparo del mismo.

## 2.1 Denuncia de tratados conforme al derecho convencional internacional

Como parte del principio de autonomía jurídica de los Estados, los tratados bilaterales y multilaterales se pueden dar por terminados conforme a un acuerdo entre las partes o de acuerdo con una disposición específica del tratado.<sup>128</sup> Lo anterior está previsto en el artículo 54 sección tercera de la Convención de Viena:

### **54. Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes.**

La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar:

- a) conforme a las disposiciones del tratado, o
- b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

De esto se deriva que los Estados son libres de terminar, denunciar o retirarse de un tratado internacional, lo que trae como consecuencia el fin de la obligación convencional internacional. Así, la extinción de un tratado, ya sea para todos los Estados o para el que se retira, es en esencia el fin de sus efectos.

Las disposiciones generales respecto de la invalidez, suspensión y en particular la terminación de la operación de los tratados, se encuentran previstas

---

<sup>128</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op.cit.*, p. 175; artículos 54 y 57 de la Convención de Viena.

en la parte V, sección primera de la Convención de Viena. En específico, el artículo 42 de dicho instrumento, establece la regla general en cuanto a la validez y la continuación en vigor de los tratados, el cual dispone que “1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención”. El apartado 2 de dicho artículo, establece lo siguiente en cuanto a la terminación, denuncia o retiro de un tratado, “2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte, no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado”. De lo anterior se desprende que las disposiciones de la Convención de Viena deberán ser aplicadas para las cuestiones de validez de cierto tratado, mientras que tanto las disposiciones de dicha Convención así como las del tratado en cuestión, deberán ser aplicadas respecto de la terminación, denuncia o retiro de un Estado de un tratado.

Otra característica que establece la Convención de Viena en el artículo 44, titulado “Divisibilidad de las disposiciones de un tratado”, es que por regla general, un Estado podrá retirarse o suspender la operación de cierto tratado respecto de la totalidad del mismo y no de ciertas partes o cláusulas. Hay algunos supuestos en los cuales se puede suspender o denunciar ciertas cláusulas, mismos que se encuentran enunciados en los apartados siguientes de dicho artículo.

La terminación de un tratado es un derecho que puede ejercer cualquier Estado. Los motivos por los que un tratado puede terminarse son: por el

cumplimiento de sus objetivos y propósitos, porque el tratado mismo contenga una cláusula de temporalidad, por la violación del tratado, por la celebración de un nuevo instrumento, por la imposibilidad de su cumplimiento, por un cambio fundamental en circunstancias, entre otros supuestos establecidos en los artículos 54 a 64 de la Convención de Viena.

La denuncia, como causal de terminación de los tratados, se encuentra prevista en el artículo 56 de la Convención de Viena, la cual establece que:

**56. Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro.**

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:
  - (a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro: o
  - (b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.
  - (c) Una parte deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención de denunciar un tratado o retirarse de él conforme al párrafo 1.

Dicho artículo, leído en conjunto con el artículo 54 de la Convención, se interpreta en el sentido de que la regla general es que el Estado que desee terminar o denunciar cierto tratado, deberá hacerlo conforme a las disposiciones que indique el tratado mismo o por consentimiento de todas las partes. Sin embargo, si un tratado no contiene disposiciones sobre su terminación ni prevé la denuncia o el retiro, deberá acreditar que las otras partes del tratado admitieron la posibilidad de la denuncia o retiro, o que este derecho pueda inferirse de la naturaleza del tratado. Asimismo, el artículo 56 establece como regla general, que

el Estado denunciante deberá notificar con doce meses de antelación su intención de denunciar o retirarse del tratado.

De conformidad con la Convención de Viena, hay tres formas de terminación de los tratados: la primera es mediante su vencimiento o terminación unilateral; la segunda es a través de una terminación mutua o por consentimiento; y la tercera se refiere a las cláusulas de terminación o *survival clauses*.

El primer tipo de terminación está previsto en el inciso (a) del artículo 54 de la Convención, que prevé no sólo la denuncia o retiro de un tratado multilateral de acuerdo con los términos del instrumento, sino también la terminación de un tratado bilateral de acuerdo con los mismos. Los Alls por lo general no disponen su vencimiento automático o terminación después de cierto tiempo, sino permiten una continuación indefinida sujeta a una terminación unilateral (esto es, una notificación de terminación de una de las partes).<sup>129</sup> Asimismo, los Alls normalmente le permiten a una parte terminar el tratado después de la expiración de un periodo de tiempo (o en cualquier momento), sin motivo alguno pero sujeto a un periodo de notificación previo.<sup>130</sup>

Otros casos de este tipo de terminación son la India y Noruega. En contraste con la posición predeterminada de permitir que un tratado continúe

---

<sup>129</sup> Por ejemplo, el TBI Modelo de los Estados Unidos de 2012, artículo 22.1 (“1. *This Treaty shall enter into force thirty days after the date the Parties exchange instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force thereafter unless terminated in accordance with paragraph 2.*”) (énfasis añadido).

<sup>130</sup> Por ejemplo, *ibid.*, artículo 22.2 (“2. *A Party may terminate this Treaty at the end of the initial ten-year period or at any time thereafter by giving one year’s written notice to the other Party.*”); TLCAN, artículo 2205 (“Una Parte podrá denunciar este Tratado seis meses después de notificar por escrito a las otras Partes su intención de hacerlo. Cuando una Parte lo haya denunciado, el Tratado permanecerá en vigor para las otras Partes.”); TBI Modelo de Alemania de 2008, artículo 13.2; APPRI entre el Reino Unido y México, artículo 27; TBI Modelo de Canadá de 2014, artículo 42.4.

indefinidamente, el TBI Modelo de la India de 2015 prevé que el tratado caduque después de 10 años a menos que las partes acuerden por escrito renovarlo.<sup>131</sup> En cuanto a la terminación unilateral, éste permite a una de las partes terminar el tratado unilateralmente sujeto a un periodo de notificación de 12 meses.<sup>132</sup> El borrador del TBI Modelo de Noruega de 2015 no dispone un vencimiento automático pero permite la terminación unilateral en cualquier momento, que surtirá efectos el primer día del siguiente mes después de la notificación.<sup>133</sup>

El segundo tipo de terminación es la mutua o por consentimiento de las partes del All, prevista en el artículo 59 de la Convención de Viena. Normalmente, los Alls no establecen explícitamente la terminación mutua. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 54(b) de dicha Convención, el cual refleja la posición del derecho consuetudinario internacional, un tratado puede ser terminado “en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes”. Asimismo, en el artículo 59(1) de la Convención, un tratado puede ser terminado como resultado de la conclusión de un tratado subsecuente por las mismas partes sobre el mismo tema.<sup>134</sup> Lo que da lugar a que tanto esta disposición como la del artículo 54(b) de la Convención permitan explícita e implícitamente la terminación por consentimiento.<sup>135</sup>

Algunos ejemplos respecto del segundo tipo de terminación de tratados son el TPP, los TBIs entre los países miembros de la Unión Europea y la renegociación

---

<sup>131</sup> Ver TBI Modelo de la India de 2015, artículo 38.2.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Ver Borrador del TBI Modelo de Noruega de 2015, artículo 34.1.

<sup>134</sup> Convención de Viena, artículo 59.

<sup>135</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 426.

de tratados de algunos países. El TPP incluye dos ejemplos, uno de terminación mutua y otro como resultado de la conclusión de un tratado subsecuente, ya que Australia ha decidido terminar sus TBIs con México, Perú y Vietnam a su debido tiempo una vez que el TPP entre en vigor. Para el caso de México, el TBI con Australia será terminado en cuanto el TPP entre en vigor y las partes también acordaron modificar la cláusula de terminación del TBI de 10 a 3 años y así limitar las reclamaciones de ISDS a las que surjan durante ese periodo de tiempo de 3 años. Por otro lado, la Unión Europea ha alentado la terminación mutua de tratados entre sus miembros con base en que tales protecciones no son necesarias entre aquellos países.<sup>136</sup>

Finalmente, la tercera forma está relacionada con las cláusulas de terminación o *survival clauses* en los TBIs. La función de éstas es extender la protección del tratado a las inversiones durante un periodo de tiempo específico después de su terminación. Tales cláusulas fueron introducidas precisamente por la naturaleza a largo plazo de las inversiones extranjeras y la necesidad de extender los periodos a fin de tener certeza jurídica. Sin embargo, estas cláusulas complican la terminación de los AIs ya que los Estados deben seguir cumpliendo con sus obligaciones internacionales conforme al tratado hasta que el periodo de la *survival clause* expire o que las partes consientan en terminar también dicha cláusula. Algunos ejemplos de cláusulas de terminación se encuentran en el TBI Modelo de Estados Unidos de 2012, que prevé un periodo de 10 años;<sup>137</sup> los TBIs

---

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 428, n. 107. En este sentido, Italia ha sido descrito como un “ciudadano modelo” al terminar todos sus TBIs internos.

<sup>137</sup> Ver TBI Modelo de los Estados Unidos de 2012, artículo 22.3.

Modelo de Canadá de 2014<sup>138</sup> y Noruega de 2015<sup>139</sup> que prevén un periodo de 15 años; el TBI Modelo de Alemania de 2008 que dispone un periodo de 20 años;<sup>140</sup> y en contraste con éstos, el TBI Modelo de la India de 2015 establece una *survival clause* de solo 5 años.<sup>141</sup>

La diferencia entre denuncia y retiro consiste en que, respecto de los tratados bilaterales, la denuncia pone fin a estos, mientras que en los tratados multilaterales se genera el mero retiro, ya que el tratado permanece en vigor respecto de los demás signatarios. Los mecanismos ordinarios de disolución de tratados están incluidos en cláusulas de denuncia o de retiro dentro de los tratados. Es importante mencionar que el retiro no supone el fin de las obligaciones multilaterales del Estado saliente, ya que éstas pueden estar sujetas a ciertas condiciones o limitaciones que el propio tratado prevé. La denuncia de un tratado no supone la violación unilateral del mismo, sino el mecanismo pactado por las partes para poner fin a la obligación internacional sin responsabilidad para ninguna de las partes.

Las cláusulas de denuncia pueden contener diferentes características, condiciones o limitaciones, sin embargo, normalmente exigen un periodo previo de aviso, pueden establecer un tiempo mínimo de cumplimiento u otras obligaciones como la motivación por parte del Estado denunciante de su separación del régimen convencional en cuestión.

---

<sup>138</sup> Ver TBI Modelo de Canadá de 2014, artículo 42.4.

<sup>139</sup> Ver Borrador del TBI Modelo de Noruega de 2015, artículo 34.2.

<sup>140</sup> Ver TBI Modelo de Alemania de 2008, artículo 13.2.

<sup>141</sup> Ver TBI Modelo de la India de 2015, artículo 38.3.



Las consecuencias de la terminación de un tratado se encuentran en el artículo 70 de la Convención de Viena:

**70. Consecuencias de la terminación de un tratado.**

1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención:
  - (a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado;
  - (b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.
2. Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.

La piedra angular de las consecuencias de la terminación es que ésta no afectará ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes, creados por la ejecución del tratado antes de su terminación, pero sí eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado a partir de que surta efectos la terminación. En relación con los tratados multilaterales, aplicará lo anterior en cuanto a que el Estado denunciante estará eximido de seguir cumpliendo con el tratado y no se afectarán los derechos u obligaciones adquiridos con cualquiera de los otros Estados signatarios del tratado y creados en virtud del consentimiento otorgado antes de la terminación, ambas cuestiones hasta la fecha en que surta efectos la denuncia del tratado.

Tras la terminación de los tratados, es importante que los Estados sean cuidadosos en dejar claras sus intenciones respecto de ciertos asuntos. Algunos de éstos incluyen la operación de las *survival clauses* en el tratado terminado, el

tratamiento de las controversias que han comenzado y el tratamiento de las disputas futuras sobre inversionistas o inversiones existentes o futuros, a fin de brindar certidumbre jurídica.

## 2.2 Denuncia del Convenio CIADI

La denuncia de un tratado ha sido definida como “un procedimiento iniciado unilateralmente por un Estado para dar fin a sus compromisos jurídicos conforme a un tratado”.<sup>142</sup> Mientras que un tratado bilateral necesariamente terminará si una parte lo denuncia válidamente, en el caso de un tratado multilateral, como es el caso del Convenio CIADI, continuará con normalidad, ya que la denuncia de una de las partes sólo afectará el status del Estado denunciante, en otras palabras, terminará sus relaciones conforme al tratado con los otros Estados Contratantes del mismo.<sup>143</sup>

De conformidad con el artículo 54 de la Convención de Viena analizado anteriormente, la terminación o retiro de un tratado puede ser llevado a cabo de conformidad con las disposiciones del tratado en cuestión. En el caso del Convenio CIADI, los mecanismos que regulan la denuncia de los Estados Contratantes están establecidos en los artículos 71 y 72 de dicho instrumento, los cuales disponen lo siguiente:

### **Artículo 71**

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La

---

<sup>142</sup> Naciones Unidas, Sección de Tratados, *Final Clauses of Multilateral Treaties: Handbook*, Publicaciones de las Naciones Unidas, 2003, p. 109. (“A procedure initiated unilaterally by a State to terminate its legal engagements under a treaty.”)

<sup>143</sup> Dörr, Oliver y Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of the Treaties: A Commentary*, Alemania, Springer, 2012, p. 951.

denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

## Artículo 72

Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.

En cuanto al artículo 71 del Convenio, se desprenden cuatro puntos que lo explican.<sup>144</sup>

El primer punto es que el Convenio otorga a los Estados Contratantes la posibilidad de denunciarlo mediante una notificación por escrito, la cual surtirá efectos a los seis meses después de la presentación de dicha notificación. Las cuestiones que envuelven a la denuncia son complicadas y sujetas a interpretaciones, en particular cuando el Estado Contratante que busca denunciar el Convenio ya ha otorgado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI en los términos del artículo 25 del Convenio.

El segundo punto se refiere a que la denuncia es un derecho incondicional que tienen los Estados Contratantes. La denuncia es un procedimiento que se inicia unilateralmente por un Estado con el fin de terminar sus relaciones jurídicas en virtud de un tratado. Desde los primeros borradores del Convenio, la disposición de la denuncia siempre ha existido,<sup>145</sup> como lo expresó Aron Broches, consejero jurídico del Banco y presidente durante las negociaciones del Convenio, “el

---

<sup>144</sup> Kalderimis, Daniel y Noah Rubins, *et al.*, *ICSID Convention, Chapter X, Article 71 [Denunciation of the Convention]* en *Concise International Arbitration* (Loukas Mistelis editor), Kluwer Law International, 2015, pp. 173, 174.

<sup>145</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op. cit.*, p. 1278.

derecho a la denuncia es incondicional y un Estado Contratante puede en cualquier momento denunciar el Convenio mediante notificación por escrito y sin dar razón alguna”.<sup>146</sup>

El tercer punto se refiere a que la notificación debe ser presentada ante el Banco Mundial, el cual, de acuerdo con el artículo 73 del Convenio, es el depositario del mismo.<sup>147</sup> Una vez que la notificación de la denuncia ha sido recibida, es responsabilidad del depositario notificarla a todos los Estados que han firmado el Convenio, de conformidad con el artículo 75(f) de este.<sup>148</sup>

El cuarto y último punto aborda el periodo de tiempo en el cual surtirá efectos la denuncia del Estado. De acuerdo con el texto original del artículo 71 del Convenio, la denuncia se volvería efectiva a los doce meses de presentada la notificación, por lo que después de ese periodo, el Estado oficialmente dejaba de ser un Estado Contratante del Convenio. En el texto actual de dicho artículo, la denuncia surte efectos seis meses después del recibo de la notificación de la denuncia. El propósito de la existencia de un periodo de seis meses antes de que surta efectos, lo explica Petrochilos en el sentido de que ese lapso de tiempo y después de haber presentado la notificación de la misma, es para darle tiempo al Estado denunciante de que concluya con las implicaciones de la membresía del tratado (como pueden ser contribuciones monetarias o representaciones en

---

<sup>146</sup> Historia del Convenio CIADI, Volumen 2, Parte 1, p. 534 (“*The CHAIRMAN pointed out that the right of denunciation was unconditional and that a Contracting Party could at any time denounce the Convention by written notice and without giving any reasons.*”); Gaillard, Emmanuel y Yas Banifatemi, *The Denunciation of the ICSID Convention*, en *New York Law Journal*, Volumen 237 - Número 122, de fecha 26 de junio de 2007, p. 1.

<sup>147</sup> Artículo 73 del Convenio CIADI. “Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositarán en el Banco, quien desempeñará la función de depositario de este Convenio...”

<sup>148</sup> Artículo 75(f) del Convenio CIADI. “El depositario notificará a todos los Estados signatarios lo siguiente: (f) las denuncias, conforme al Artículo 71”.

cuerpos colectivos) y para que los otros Estados Contratantes hagan todos los acuerdos necesarios en cuanto a la denuncia del Estado denunciante, asimismo, se eviten contratiempos en la relación con los demás Estados.<sup>149</sup>

Fuera de los artículos 71 y 72 del Convenio, no hay alguna otra “cláusula de terminación” (como las que incluyen los TBIs), que apliquen al Convenio CIADI y que permitan que las disposiciones de éste continúen vigentes durante un periodo de tiempo adicional después de la denuncia. Esto es entendible debido a que dicho instrumento dispone principalmente de protecciones procesales en la forma de un foro para solucionar controversias inversionista-Estado en lugar de protecciones sustantivas a las inversiones como lo prevén los TBIs.<sup>150</sup>

El efecto que la denuncia tiene sobre el artículo 25 del Convenio CIADI, es que dicha disposición no será suficiente para establecer la jurisdicción cuando el Estado receptor deje de ser un Estado Contratante. Sin embargo, el artículo 72 del Convenio prevé una excepción en la medida en que la denuncia no afecte “los derechos y obligaciones. . . nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro”, otorgado con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.

El artículo 72 del Convenio es el encargado de explicar las consecuencias de la denuncia mencionadas en el artículo 71. Éste es la expresión de la regla

---

<sup>149</sup> Petrochilos, Georgios y Silvia Noury, *et al.*, *ICSID Convention, Chapter X, Article 71* en *Concise International Arbitration* (Loukas Mistelis editor), Reino Unido, Kluwer Law International, 2010, p. 167. (“*In treaty relations generally, a stand-still period before denunciation takes effect is designed to provide time for the denouncing Contracting State to wind up its membership implications (such as monetary contributions and representation to collective bodies) and to allow the other Contracting States a period in which to formulate arrangements responsive to the denunciation. In addition, and more importantly, stand-still periods proceed from the premise that there should be no surprise in treaty relations.*”).

<sup>150</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 416.

contenida en el artículo 25 del Convenio, respecto de que el consentimiento, una vez otorgado, no puede ser retirado unilateralmente.<sup>151</sup> Asimismo señala que los derechos y obligaciones en virtud del Convenio que hayan nacido del consentimiento de las partes, serán preservados de las consecuencias de la denuncia, así, el artículo 25 no será suficiente para establecer la jurisdicción del CIADI una vez que el Estado deje de ser miembro de éste.

Por lo que una mera oferta de consentimiento en una legislación nacional o en un tratado, que no ha sido aceptada por el inversionista, no crea derechos u obligaciones conforme al Convenio. Lo que para Schreuer indica que el tipo de consentimiento referido en el artículo 72 es el consentimiento perfecto.<sup>152</sup> Así, para que opere la preservación de derechos y obligaciones que surgen del consentimiento, éste tendría que ser perfeccionado antes de la notificación de la denuncia. De esto se desprende que puede haber derechos y obligaciones que sean suspendidos una vez que la denuncia surta efecto, y otros específicos que surjan directamente del consentimiento a la jurisdicción del CIADI.

Los derechos y obligaciones que surgen directamente del consentimiento a la jurisdicción del CIADI, incluyen las disposiciones sobre los procedimientos de arbitraje y conciliación. Es relevante mencionar que la denuncia no afecta los procedimientos pendientes de resolución.<sup>153</sup> También están incluidos en el Convenio los derechos de los Estados denunciados, contenidos en los artículos 36 (derecho a iniciar procedimientos arbitrales), 37 (derecho de participar en la

---

<sup>151</sup> Schreuer, Christoph H, *et al.*, *op. cit.*, p. 1280.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Venezuela and ICSID: a reminder of unresolved issues*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 27 de enero de 2012 (“*Whichever way article 72 is ultimately interpreted, denunciation does not affect pending claims.*”).

constitución del tribunal), 41 y 44 (derecho a participar en los procedimientos) y 49 y 52 (recursos posteriores al laudo). Las obligaciones preservadas serían las establecidas en los artículos 26 (obligación de abstenerse de invocar otros recursos), 27 (obligación de abstenerse de la protección diplomática) y 53 (obligación de dar cumplimiento al laudo). Consideraciones similares aplican a la interpretación, revisión y anulación del laudo conforme a los artículos 50, 51 y 52 del Convenio.

Con independencia de la denuncia, los Estados deben dar cumplimiento a las obligaciones mencionadas anteriormente que surgen del consentimiento a la jurisdicción del Centro. Sin embargo, la duración de estos derechos y obligaciones dependerá de la interpretación que se le dé al artículo 72 del Convenio. El actual texto de este artículo se ha descrito como relativamente “vago” al no dejar claro quién es el que debió de haber otorgado el consentimiento, ya sea el Estado, el inversionista o ambos, al establecer la frase siguiente: “los derechos y obligaciones. . . nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro *dado por alguno de ellos*”. Este “alguno de ellos” fue un cambio realizado al antiguo artículo 72 del Convenio. Originalmente, el artículo 73 (ahora artículo 72) era mucho más claro, dado que establecía que “la notificación de la denuncia no afectaría ‘los derechos y obligaciones. . . nacidos de procedimientos para arbitrar una disputa *la cual este [el Estado] hubiera consentido*’”. Lo cual dejaba evidente que el consentimiento referido era el otorgado por el Estado receptor y no por el inversionista.

El Sr. Broches, durante las negociaciones del Convenio, se refirió a esta disposición y explicó que “estaba pensada para abordar los efectos de la denuncia. . . sobre el consentimiento y ya otorgado a la conciliación o arbitraje conforme al Convenio”. En el mismo sentido, el Sr. Machado estableció que la denuncia no debería afectar aquellas obligaciones que surgieran de los procedimientos de arbitraje “los cuales hubieren iniciado ante el Centro y antes de que se hubiera recibido la notificación de la denuncia”.<sup>154</sup>

Por lo anterior, la cuestión crítica que surge, no es si un Estado Contratante puede retirarse del Convenio CIADI, sino las consecuencias que derivan de su denuncia. En este sentido, el artículo 72 del Convenio y en específico la frase “los derechos y obligaciones. . . nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro *dado por alguno de ellos*” se prestan a la interpretación para poder determinar dichas consecuencias.

### 2.2.1 Interpretación del artículo 72 del Convenio CIADI

Según se analizó anteriormente, el propósito del artículo 72 del Convenio parece ser dejar claro que un Estado receptor no puede escapar de la responsabilidad que implica denunciar el Convenio y de ese modo desistirse de un procedimiento antes de que la denuncia surta efectos.<sup>155</sup> Esta lectura es congruente con el enfoque del derecho de los tratados consagrado en el artículo

---

<sup>154</sup> Historia del Convenio CIADI, Volumen 2, Parte 2, pp. 1009-1011 (“Mr. Broches referred to draft Article 73 which had been presented to the meeting and explained that it was intended to deal with the effects of denunciation of the Convention or the exclusion of a territory from the scope of the application of the Convention on consents to conciliation or arbitration under the Convention already given. . . . He therefore suggested that the provision be amended to say that denunciation shall not affect obligations arising out of proceedings or conciliation or arbitration which had started before the Centre and before notice of denunciation had been received.”).

<sup>155</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 418.



70 de la Convención de Viena, respecto de que la terminación “no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”.<sup>156</sup>

Sin embargo, este artículo y la especie de “*survival clause*” que incluye es poco claro en cuanto a las consecuencias de la denuncia, en particular sobre la duración de los derechos y obligaciones generados del consentimiento que no serán afectados por la denuncia de un Estado Contratante, lo que ha dado lugar a mucha incertidumbre tanto en el plano académico como en los precedentes. Por consiguiente, se han formulado tres enfoques interpretativos apoyados por distintos autores de la materia.<sup>157</sup>

El primer enfoque interpretativo es el denominado “enfoque del consentimiento perfecto”, liderado por el máximo autor del Convenio CIADI, Christoph Schreuer. El segundo enfoque se denomina “enfoque intermedio” y éste no ha sido desarrollado sistemáticamente por los autores. El tercer y último enfoque, es el “enfoque del consentimiento unilateral”, el cual ha sido apoyado ampliamente por los distinguidos autores Emmanuel Gaillard y Oscar Garibaldi.

#### *a. Enfoque del consentimiento perfecto*

Para Schreuer, los efectos de la denuncia del Convenio CIADI están directamente relacionados con el consentimiento a la jurisdicción del Centro del Estado denunciante. El punto central es el destino de una oferta unilateral de

---

<sup>156</sup> Artículo 70(1)(b) de la Convención de Viena.

<sup>157</sup> Montanes, Marco, *Bolivia's Denunciation of the ICSID Convention*, en International Law del Brief of the American Society of International Law, de fecha 16 de mayo de 2007 (“As to the time of consent, because it is determined by the investor's acceptance of Bolivia's offer to arbitrate, there are three possible scenarios where arbitrations began (i) prior to the denunciation notice; (ii) during the six-month period after receipt of such notice; and (iii) after the six-month period.”).

consentimiento dada por el Estado receptor a través de un tratado o de su legislación nacional que no ha sido aceptada por el inversionista antes de la fecha de la denuncia.<sup>158</sup>

De acuerdo con este enfoque, un tribunal CIADI carece de jurisdicción sobre una disputa iniciada por un inversionista que aceptó la oferta del consentimiento del Estado denunciante después de que el depositario recibió la notificación de la denuncia. En otras palabras, hay jurisdicción únicamente si el inversionista aceptó la oferta de consentimiento del Estado denunciante antes de que el Banco Mundial reciba la notificación de la denuncia.

Lo fundamental de este enfoque es la interpretación de la palabra “consentimiento” en el artículo 72 del Convenio, refiriéndose a que es “perfecto” o “mutuo”, como se ha descrito en el primer capítulo. Así, el consentimiento es perfecto cuando la oferta unilateral de un Estado ha sido aceptada por un inversionista antes de la denuncia del Convenio CIADI, por lo que los consentimientos dados después de la denuncia entre el Estado y el inversionista, no estarían dentro de la jurisdicción del Centro.

La interacción de los artículos 71 y 72 del Convenio, es clara en cuanto a que el artículo 72 modifica la regla general contenida en el artículo 71 respecto de la fecha efectiva de la denuncia relacionada con el consentimiento. De acuerdo con el artículo 71, los derechos y obligaciones del Estado denunciante que no surgen del consentimiento, continúan aplicando durante el periodo de seis meses después de la notificación de la denuncia, pero se terminan después. En otras

---

<sup>158</sup> Schreuer, Christoph, *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration* en *Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Michael Waibel, *et al.* editores), Kluwer, 2010, pp. 354-355.

palabras, la denuncia extingue estos derechos y obligaciones seis meses después del recibo de la notificación.

En cambio, el artículo 72 rige los efectos de la denuncia respecto de los derechos y obligaciones que sí surgen del consentimiento. Si éste es perfeccionado por el inversionista antes de la notificación de la denuncia (“consentimiento previo a la notificación”),<sup>159</sup> entonces el efecto del artículo 72 es preservar la validez de los derechos y obligaciones que surgen de dicho consentimiento. Sin embargo, si el inversionista no acepta la oferta de consentimiento del Estado antes de que el Banco Mundial reciba la notificación de la denuncia, cualquier derecho u obligación que pueda surgir de la oferta del Estado denunciante será terminado en esa fecha y no seis meses después, lo que prevendrá al inversionista de iniciar procedimientos ante el CIADI después.

En la opinión de Schreuer, la fecha efectiva de denuncia de los derechos y obligaciones que surgen del consentimiento, es en la que el Banco Mundial recibe la notificación. Schreuer explica que dado que los derechos y obligaciones del Estado denunciante son preservados únicamente cuando el consentimiento es otorgado antes del recibo de la notificación de la denuncia, la fecha del consentimiento y el significado del mismo son críticos para que operen los artículos 71 y 72 del Convenio.

Respecto de la fecha del consentimiento, la Regla 2 sección (3) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (“Reglas de Iniciación”) establece lo siguiente: “Fecha del otorgamiento

---

<sup>159</sup> “Consentimiento previo a la notificación” se refiere al consentimiento otorgado antes de que el Banco Mundial reciba la notificación de la denuncia.

del consentimiento significa la fecha en que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho”.

Sin embargo, el significado de consentimiento es más difícil de determinar. Bajo la óptica de Schreuer, el consentimiento a que se refiere el artículo 72 es mutuo o perfecto, es decir, el consentimiento de ambas partes a la disputa, y no el consentimiento unilateral ofrecido por el Estado denunciante en una ley doméstica o un AIJ. Esto a su vez es sustentado por la clara definición de la “fecha de consentimiento” establecida en la Regla 2 de las Reglas de Iniciación,<sup>160</sup> ya que “una interpretación que acepte una oferta de consentimiento contenida en un tratado como ‘consentimiento’ conforme al artículo 72 llevaría al absurdo resultado de que el consentimiento puede existir antes de la fecha de consentimiento”.<sup>161</sup>

Lo anterior va de acuerdo con el uso de la palabra “consentimiento” a través de todo el Convenio CIADI, lo que demuestra que el artículo 72 se refiere al consentimiento perfecto.<sup>162</sup> Además, como se analizó anteriormente, la mutualidad o reciprocidad del consentimiento es uno de los requisitos para obtener la

---

<sup>160</sup> Regla 2 de las Reglas de Iniciación “Contenido de la solicitud”. “(3) ‘Fecha del otorgamiento del consentimiento’ significa la fecha en que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho”.

<sup>161</sup> Schreuer, Christoph, *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration*, *op. cit.*, p. 361. (“An interpretation that accepts an offer of consent contained in a treaty as ‘consent’ for purposes of Article 72 would lead to the absurd result that consent can exist before the date of consent as defined in Institution Rule 2.”).

<sup>162</sup> *Ibid.*, pp. 356-357 (“[t]he ICSID Convention, when referring to consent to jurisdiction, stresses the element of mutuality and its reciprocal nature... In a few instances, the Convention also refers to the giving of consent by a party in singular... [However,] [t]hese uses of the term ‘consent’ relating to one party only either contain purely negative statements (no obligation to submit without consent, no consent through mere notification of intent), or they spell out conditions for consent (permission by the state, exhaustion of local remedies). Significantly, these provisions do not refer to rights or obligations under the Convention arising from consent. By contrast, all the Convention’s provisions spelling out the various rights and obligations arising from consent indicate that consent must be mutual or reciprocal.”).

jurisdicción del CIADI en virtud del artículo 25 del Convenio. Por lo que la oferta unilateral de consentimiento de un Estado denunciante sin la aceptación del inversionista, no es suficiente para establecer jurisdicción conforme al Convenio. A la luz del artículo 72, significa que el consentimiento debe ser perfeccionado a través de una aceptación por el inversionista, antes de la fecha de la denuncia, para preservar los derechos y obligaciones conforme al Convenio CIADI.<sup>163</sup>

De acuerdo con este enfoque interpretativo, el artículo 72 extiende la validez, es decir, preserva los derechos y obligaciones del Estado denunciante en virtud del Convenio CIADI que surjan del consentimiento que fue perfeccionado antes de la notificación de la denuncia (consentimiento previo a la notificación). Schreuer no explica claramente la duración de los efectos del artículo 72, es decir, no especifica por cuánto tiempo la validez de los derechos y obligaciones se extiende. Aunque lo que se desprende, es que una vez que el consentimiento se perfecciona, los derechos y obligaciones que surgen se extienden indefinidamente.

Para Schreuer, este artículo constituye una aplicación especial del principio de irrevocabilidad del consentimiento,<sup>164</sup> que como se ha mencionado, se encuentra en la última oración del artículo 25(1) del Convenio, mismo que dispone “el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. Lo cual significa que el consentimiento se vuelve irrevocable una vez que es mutuo o ha sido perfeccionado, y por lo tanto, antes de que un inversionista acepte la oferta unilateral del Estado, éste puede revocarlo libremente.

---

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 361.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 363.

La función del artículo 72 es prevenir que el Estado denunciante revoque indirectamente su consentimiento. Sin dicho artículo, los derechos y obligaciones del Estado denunciante dejarían de existir de manera efectiva y retirarían el consentimiento ya perfeccionado del Estado, cuando la denuncia surtiera efectos. En este sentido, según este enfoque, parecería que el artículo 72 del Convenio se aleja de la regla general provista en el artículo 70 de la Convención de Viena, respecto de que la terminación exime al Estado denunciante de la obligación de seguir cumpliendo el tratado, mientras que al mismo tiempo confirma que la denuncia no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.<sup>165</sup>

En cuanto a las consecuencias de la denuncia y la tan controversial interpretación de la frase “dado por alguno de ellos”, mencionada en la última parte del artículo 72 del Convenio, el enfoque del consentimiento perfecto interpreta el significado de esta expresión como el otorgado unilateral e individualmente por el Estado denunciante en sí o por sus entidades, agencias o nacionales. Esta interpretación que hace Schreuer sigue la línea del consentimiento perfecto en el sentido de que los derechos u obligaciones que hayan surgido del consentimiento otorgado por el Estado denunciante, serán preservados a pesar de la denuncia del Convenio siempre y cuando el consentimiento se haya perfeccionado antes del recibo de la notificación de denuncia.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Artículo 70 de la Convención de Viena.

<sup>166</sup> Schreuer, Christoph, *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration*, op. cit., p. 366. Schreuer lo explica de la siguiente manera: “[this] phrase [in fact] refers to the range of possible parties to a consent agreement on the side of the denouncing state. The enumeration of these possible parties in Article

Según Schreuer, para poderse beneficiar del artículo 72, un derecho u obligación debe cumplir cumulativamente con dos requisitos: (i) que surja del consentimiento y (ii) que deba ser un derecho u obligación conforme al Convenio CIADI.<sup>167</sup> En su opinión, no hay derechos u obligaciones que surjan del Convenio de una oferta unilateral de consentimiento del Estado que el inversionista no ha aceptado, lo que contraviene los argumentos del enfoque del consentimiento unilateral, como se verá más adelante, y además es una razón más que apoya el hecho de que el consentimiento a que se refiere este artículo es el “perfecto” y no el “unilateral”. Para sustentar lo anterior, Schreuer se apoya en los trabajos preparatorios del Convenio, en donde se confirma que una oferta unilateral de consentimiento no es vinculante conforme al mismo hasta que el inversionista la acepta.<sup>168</sup>

Así que conforme a este enfoque interpretativo, a menos que la oferta de consentimiento contenida en un TBI haya sido aceptada por el inversionista antes de la denuncia del Convenio CIADI, no existirán derechos u obligaciones conforme a éste que pudieran ser preservados por efecto del artículo 72.

---

*72 [i.e. the denouncing State, its entities, agencies, and nationals] makes this clear. Each of [these parties] may give consent to ICSID's jurisdiction. Each of them will have the rights or obligations arising from consent preserved despite the Convention's denunciation, provided that the consent was perfected before receipt of the notice of denunciation."*

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 364

<sup>168</sup> Historia del Convenio CIADI, Volumen 2, Parte 2, p. 1010 (“*Mr. Gutierrez Cano... had in mind the case in which there was no agreement between the State and the foreign investor but only a general declaration on the part of the State in favor of submission of claims to the Centre and a subsequent withdrawal from the Convention by that State before any claim had been in fact submitted to the Centre. Would the Convention still compel the State to accept the jurisdiction of the Centre? Mr. Broches replied that a general statement of the kind mentioned by Mr. Gutierrez Cano would not be binding on the State which made it until it had been accepted by an investor. If the State withdraws its unilateral statement by denouncing the Convention before it has been accepted by any investor, no investor could later bring a claim before the Centre. If, however, the unilateral offer of the State has been accepted before denunciation of the Convention, then disputes arising between the State and the investor after the date of denunciation will still be within the jurisdiction of the Centre.*”).

La pregunta inminente que surge es ¿qué pasa con las ofertas unilaterales de consentimiento en los Alls? y ¿cuáles son los efectos de la denuncia en estas ofertas unilaterales? En principio y conforme al consentimiento perfecto, el Estado denunciante retira de manera efectiva sus ofertas unilaterales de consentimiento de los Alls cuando anuncia la notificación de la denuncia del Convenio. Este retiro o revocación es autorizado conforme al artículo 25, siempre y cuando el inversionista no haya aceptado o perfeccionado el consentimiento antes de la misma.

Con este argumento surge la situación en que la oferta y la aceptación del consentimiento no ocurren simultáneamente. Entonces el tema es si un tribunal CIADI tendría jurisdicción *ratione personae* sobre un Estado denunciante cuando el inversionista aceptara la oferta unilateral del Estado después de que el Banco Mundial recibió la notificación de la denuncia. Conforme a este enfoque interpretativo, la respuesta es no,<sup>169</sup> ya que la oportunidad del inversionista de perfeccionar el consentimiento de la oferta del Estado se pierde, y por lo tanto no hay derechos u obligaciones que preservar en virtud de este artículo.

Las recientes denuncias de diferentes Estados Contratantes al Convenio ponen a pensar si realmente la denuncia de este instrumento es efectiva como mecanismo para prevenir o evitar procedimientos ante el Centro. Cada enfoque tiene su diferente perspectiva. En el caso del enfoque que nos ocupa, la denuncia

---

<sup>169</sup> Fourret, Julien, *Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration?*, en *Journal of International Arbitration*, Volumen 25, Número 1, Kluwer, 2008, p. 83 ("Once a denunciation occurs, no claim can be brought. The author believes this includes the six-month period between delivery of the letter of denunciation and the denunciation becoming effective. It would be odd and contrary to the principle of good faith in international law for a party, knowing that a state denounced the Convention, to perfect its consent during that period.").



del Convenio es un mecanismo efectivo para evitar un arbitraje ante el CIADI. Una vez que el Banco Mundial recibe la notificación de la denuncia, las ofertas unilaterales de consentimiento a la jurisdicción del Centro se vuelven inválidas, ya que los inversionistas no podrían perfeccionar la oferta del Estado para obtener acceso al CIADI.<sup>170</sup>

Por lo que se considera que, conforme al enfoque del consentimiento perfecto, las cláusulas de arbitraje que remiten al CIADI se vuelven nulas, ineficaces o inaplicables. Por esto, no habría necesidad del Estado denunciante de terminar o retirarse de sus acuerdos internacionales de inversión que contengan ofertas unilaterales de consentimiento al Centro, ya que la mera denuncia del Convenio sería suficiente. Este tema ha sido polémico, ya que la denuncia podría interpretarse como una violación a las obligaciones internacionales del Estado denunciante conforme a los TBIs, y por lo tanto generaría responsabilidad al Estado conforme al derecho internacional.

Como todo, el enfoque del consentimiento perfecto tiene sus ventajas y desventajas. Respecto de las ventajas, este enfoque es consistente con lo que se entiende por “consentimiento de las partes” conforme al artículo 25 y otras disposiciones del Convenio, asimismo proporciona cierto control y certeza jurídica para el Estado denunciante respecto de su exposición a la jurisdicción del Centro.

---

<sup>170</sup> Alschner, Wolfgang, *Legal Basis and Effect of Denunciation Under International Investment Agreements*, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo, Clínica de Comercio Exterior, Ginebra, Suiza, de fecha 9 de mayo de 2010, p. 42 (“[A]rguably, every offer to ICSID consent is implicitly conditioned since membership to ICSID is a requirement for the Centre’s jurisdiction in accordance to Article 25 of the ICSID Convention. In other words, even if it is not explicitly mentioned, an investor cannot take a host State to arbitration despite its unconditioned offer of consent in a BIT, unless both the home and host States are parties to [the] ICSID Convention.”).

Las desventajas identificadas por ciertos autores de este enfoque son tres. La primera es que proporciona poca certeza jurídica a los inversionistas que pudieran haber invertido grandes cantidades de dinero con base en que el Estado, ahora denunciante, era miembro del CIADI y, a las referencias al arbitraje bajo el Convenio CIADI en las disposiciones del AII. La segunda es que algunos de estos instrumentos se quedarían sin un procedimiento de solución de controversias entre inversionistas y Estados y podría quedar expuesto el Estado denunciante que ha violado los AII. Una tercera desventaja es que se podría pensar en una membresía disminuida dado que el periodo de seis meses después de la notificación de la denuncia, hasta que ésta surta efectos quedaría sin consecuencias jurídicas.<sup>171</sup>

Después de la denuncia del Convenio CIADI por Venezuela, último Estado que lo ha denunciado, varios argumentos a favor del enfoque del consentimiento perfecto han sido elaborados, entre ellos, se considera que este enfoque es más persuasivo respecto del contexto histórico del Convenio, tanto en relación con los

---

<sup>171</sup> Escobar, Alejandro, *Bolivia Exposes "Critical Date" Ambiguity*, en *Global Arbitration Review*, Volumen 2 - Número 3, junio/julio 2007, p. 18; Schnabl, Marco E. *et al.*, *The Wrong Kind of "Interesting," The Investment Climate in Latin America Recalls a Certain Chinese Proverb*, en *The National Law Journal*, Volumen 29 - Número 31, de fecha 30 de julio de 2007, p. S1. Este autor critica la postura de Schreuer estableciendo que ésta "inauspiciously renders the six-month delay in Article 72 meaningless."; Castro de Figueiredo, Roberto, *Euro Telecom v. Bolivia: The Denunciation of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Under BITs*, *Transnational Dispute Management (MDM)*, Volumen 6 – Número 1, de fecha marzo de 2009, p. 14 ("The opinion of SCHREUER, nevertheless, might lead to dangerous situations. If the host State fears that an investor will possibly submit to ICSID arbitration a dispute arising out of violations of a BIT, the host State could avoid such claim by denouncing the ICSID Convention before the investor accepts the offer of consent."). El efecto, o la falta de efecto sustantivo, del periodo de seis meses plasmado en el artículo 71 es la debilidad más significativa del enfoque del consentimiento perfecto. Conforme a este enfoque, el periodo de seis meses sirve únicamente para extinguir los derechos y obligaciones del Estado denunciante que no surgen del consentimiento, un efecto muy limitado.

trabajos preparatorios del Convenio, como con la opinión del Sr. Broches durante las negociaciones del Convenio.<sup>172</sup>

### *b. Enfoque intermedio*

Este enfoque es el segundo que analiza los efectos y las consecuencias de la denuncia realizada por el Estado denunciante. Sin embargo, ha sido el menos estudiado e interpretado por los autores. Se le denomina enfoque intermedio dado que los inversionistas pueden aceptar la oferta unilateral de consentimiento del Estado denunciante durante el periodo de seis meses después de presentada la notificación de la denuncia y antes de la fecha en la que surta efectos. En otras palabras, la oferta puede ser aceptada mientras el Estado denunciante sea un Estado Contratante del Convenio, sin embargo los tribunales carecerían de jurisdicción sobre las disputas en las que el inversionista haya aceptado la oferta de consentimiento después de que la denuncia surtiera efectos.

El enfoque intermedio cobró relevancia a raíz de la denuncia del Convenio por Bolivia, el primer país en hacerlo en el año de 2007, ya que aun cuando éste había presentado la notificación de la denuncia del Convenio, fue demandado durante el periodo de seis meses, previo a que surtiera efectos.<sup>173</sup> Así, diversos autores

---

<sup>172</sup> VENEZUELA: *The consequences of ICSID denunciation*, en *Global Arbitration Review*, Volumen 7 – Número 2, de fecha 14 de febrero de 2012 (“[T]he ‘perfected consent’ view is also more persuasive when considered against the historical context of the ICSID Convention. In this regard, it should be remembered that at the time of the convention’s conclusion in 1965, BITs were relatively unknown, which perhaps explains why the travaux préparatoires to the convention make only passing reference to them... Since, therefore, the need for an investor to ‘perfect’ consent at a later date to the host state rarely arose, it may be inferred that the drafters of the convention assumed that consent would almost always refer to reciprocal consent. This interpretation is also consistent with the opinion of Aron Broches, the World Bank’s former general counsel and one of the key figures in drafting the convention, who confirmed that if a state were to withdraw its unilateral consent by denouncing the ICSID Convention before it had been accepted by any investor, no investor could later bring a claim before the centre.”).

<sup>173</sup> E.T.I. *Euro Telecom International N.V. v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/07/28, registrado el 31 de octubre de 2007. El 31 de octubre de 2007, después de que el Banco Mundial había recibido la notificación de la denuncia pero antes de que ésta surtiera efectos, el Centro registró este caso. El

sugirieron que es argumentable que durante el periodo de seis meses el Estado denunciante aún sea un Estado Contratante y que la denuncia del Convenio CIADI no afecte la validez del TBI, por lo que el consentimiento podría perfeccionarse durante ese periodo.<sup>174</sup>

Asimismo, otro autor analizó este enfoque junto con el caso de Bolivia, al respecto determinó que “primero, de acuerdo con el artículo 72 del Convenio, una notificación de denuncia no afectará arbitrajes en los cuales el ‘consentimiento’ ha sido otorgado antes de la notificación de la denuncia. Por lo que el consentimiento dado antes del 2 de mayo de 2007 (fecha en la que Bolivia presentó la notificación) no será afectado. Segundo, el artículo 71 establece que la denuncia surtirá efectos seis meses después de la recepción de la notificación de la denuncia, esto es el 3 de noviembre de 2007. Por lo que cualquier arbitraje que haya iniciado entre el 2 de mayo de 2007 y antes del 3 de noviembre de 2007 estará todavía en tiempo. Tercero, después de que un Estado ha presentado una notificación de denuncia, y dicha denuncia ha surtido efectos, ya no tiene derechos y obligaciones como Estado Contratante. Consecuentemente cualquier intento de un inversionista de otorgar su consentimiento después del 3 de noviembre de 2007 sería demasiado tarde”.<sup>175</sup>

---

caso fue discontinuado a solicitud del demandante el 21 de octubre de 2009, antes de que el tribunal emitiera su decisión sobre jurisdicción. El caso fue registrado en virtud de que el TBI entre los Países Bajos y Bolivia abría la puerta al arbitraje CIADI.

<sup>174</sup> Castro de Figueiredo, Roberto, *op. cit.*, p. 15 (“[O]ne might argue that, to the extent that during the six-month period the denouncing State is still a Contracting State and that the denunciation of the ICSID Convention does not affect the validity of the BIT, there would be no reason why the consent could not be perfected within the period set forth in Article 71.”).

<sup>175</sup> Montanes, Marco, *op. cit.* (“First, pursuant to Article 72 of the ICSID Convention, a notice of withdrawal will not affect arbitrations where ‘consent’ has been given prior to the notice of withdrawal. As such, any consent to

De acuerdo con este enfoque, el artículo 71 contiene una regla general respecto a la denuncia, la cual establece que ésta surtirá efecto seis meses después de que el Banco Mundial reciba la notificación. Los efectos de la denuncia serían, presumiblemente, los establecidos en el artículo 70 de la Convención de Viena, respecto de que el artículo 72 aborda los efectos de la notificación sobre el consentimiento previo u otorgado antes de que el Banco Mundial reciba la notificación de la denuncia.

El propósito es garantizar que el Estado continuará vinculado por sus obligaciones durante el periodo “interino” de seis meses, desde la fecha de la notificación hasta la fecha en la que deje de ser un Estado Contratante. Así, el artículo 72 preserva los derechos y obligaciones que surgen del consentimiento previo (unilateral) hasta que la denuncia surta efectos,<sup>176</sup> impidiendo a los inversionistas que inicien nuevas disputas en contra del Estado denunciante después de que haya expirado el periodo de seis meses. Por consecuencia, las ofertas unilaterales de consentimiento del Estado denunciante en los AII serán efectivamente revocadas cuando la denuncia surta efectos.

---

*ICSID arbitration given prior to 2 May 2007 will not be affected. Second, Article 71 provides that the denunciation shall take effect six months after receipt of Bolivia's notice, i.e. 3 November 2007. Therefore, any ICSID arbitration begun after 2 May 2007 and before 3 November 2007 may still be on time. Third, after a state has given a notice of denunciation, and such notice has taken effect, it no longer has rights and obligations as a Contracting Party. Consequently, any attempt by an investor to give consent after 3 November 2007 would be too late.”).*

<sup>176</sup> Tzanakopoulos, Antonios, *Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties*, Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, de fecha diciembre de 2010, p. 13. (“Article 72 of the ICSID Convention introduces yet another special regulation: while withdrawal is to take effect, in accordance with Article 71, six months after receipt of the relevant notice by the depositary, Article 72 stipulates that only rights arising from consent established before notice was received by the depositary will survive the Convention. Under Article 70 VCLT, rights would continue to accrue... during the period in which withdrawal has not taken effect.”).

En esto el enfoque intermedio es similar al del consentimiento perfecto, ya que ambos requieren del consentimiento mutuo de las partes a la controversia para obtener acceso al arbitraje CIADI. Asimismo, ambos rechazan el argumento de que la oferta unilateral de consentimiento de un Estado es suficiente para obtener la jurisdicción del CIADI una vez que el periodo de seis meses ha terminado y la denuncia ha surtido efectos.

Sin embargo, la diferencia más notoria entre ambos enfoques es que conforme al “consentimiento perfecto” los derechos y obligaciones del Estado denunciante que no surgen del consentimiento (sino por ser miembro del CIADI) continúan aplicando durante el periodo de seis meses siguientes a la notificación de la denuncia, pero terminan después de este lapso. No obstante, los derechos y obligaciones del Estado denunciante que sí emanan del consentimiento a la jurisdicción del Centro son terminados en la fecha en la que la notificación de la denuncia es presentada y no seis meses después, lo que evita que un inversionista inicie procedimientos ante el CIADI posteriormente. Por el contrario, conforme al enfoque intermedio, los derechos y obligaciones del Estado denunciante que no surgen del consentimiento y los que sí surgen de este continúan aplicando durante el periodo de seis meses después de recibida la notificación de la denuncia pero terminan cuando ésta surte efectos.

El propósito principal del enfoque intermedio es enfatizar que el Estado continuará vinculado por sus obligaciones durante el periodo de seis meses desde la fecha de la notificación de la denuncia hasta que deje de ser un Estado Contratante. Los derechos y obligaciones del Estado denunciante que surjan del

consentimiento no se terminan en la fecha en la que la notificación de la denuncia se presenta sino hasta seis meses después, lo que previene que un inversionista inicie procedimientos ulteriormente.

*c. Enfoque del consentimiento unilateral*

Este enfoque, junto con el del consentimiento perfecto, ha sido de los más desarrollados y apoyados por los autores. Conforme a este enfoque, el artículo 72 del Convenio extiende la validez, es decir, preserva los derechos y obligaciones del Estado denunciante que surgieron de las ofertas unilaterales de consentimiento más allá de la fecha en que la denuncia surtió efectos. El punto crucial es que un inversionista puede válidamente perfeccionar la oferta unilateral de consentimiento del Estado denunciante en cualquier momento, en la medida en que la oferta esté abierta y vigente en un acuerdo internacional de inversión.

El fundamento de este enfoque es la interpretación que se le da a la palabra “consentimiento” del artículo 72 del Convenio. Ésta indica que la disposición cubre la expresión unilateral de consentimiento u oferta del Estado receptor antes de su aceptación por el inversionista, de modo que no se ve afectada por la notificación del artículo 71.

Los artículos 71 y 72 del Convenio interactúan sin problema conforme a este enfoque. El artículo 72 no modifica la regla general contenida en el artículo 71 respecto del momento de los efectos de la denuncia. De hecho, el “artículo 72 no aborda los efectos de una notificación de denuncia *ratione temporis*. . . pero si los

efectos *ratione materiae* de dicha notificación”.<sup>177</sup> Es decir, incluye los derechos y obligaciones que surgen del Convenio a raíz del consentimiento unilateral del Estado denunciante, de las consecuencias de la denuncia y extiende su validez después de que la denuncia ha surtido efectos. La vigencia de los demás derechos (los que no surgen del consentimiento unilateral del Estado denunciante) llega a su fin cuando la denuncia surte efectos, según lo dispone el artículo 71.

La palabra “consentimiento” en el artículo 72 del Convenio, se refiere a las ofertas “unilaterales” o “individuales” del Estado denunciante que están contenidas en los AII que el Estado ha celebrado o en sus legislaciones nacionales. Los autores que apoyan este enfoque sostienen que el uso de la palabra “consentimiento” a través del Convenio CIADI apoya esta interpretación. Oscar Garibaldi, reconocido abogado en materia de inversión y árbitro independiente, explica que este término es usado para referirse al de cada parte sujeta a la controversia, es decir, al consentimiento individual de cada una de ellas. Cuando el Convenio se refiere a “consentimiento mutuo”, indica siempre el de ambas partes sujetas a la disputa, es decir lo especifica. Asimismo, Garibaldi señala que no hay una base contextual o textual para suponer que dicha palabra se refiere al consentimiento mutuo y por el contrario, hay vasta evidencia que indica que se refiere al unilateral.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Garibaldi, Oscar M., *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*, en *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Christina Binder, *et al.* editores), Oxford University Press, 2009, p. 260. (“Article 72 does not deal with the effects of a notice of denunciation *ratione temporis*... [but rather] with the effects of such notice *ratione materiae*.”).

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 258. (“[In Article 25], and throughout the Convention, the term ‘consent’ is used to refer to the consent of a party to the dispute, that is to say, to each party’s individual consent... When the Convention refers to common consent, as in Article 25(1) (‘both parties consent’), it does so by referring to the consent of both parties to the dispute. If the word ‘consent’ had been used in the Convention to refer only to common



La función del artículo 72 en virtud de este enfoque, es preservar o extender la validez de los derechos y obligaciones del Estado denunciante que surgen de sus ofertas unilaterales de consentimiento hechas antes de la notificación de la denuncia.<sup>179</sup> Por lo que una oferta continúa siendo válida a pesar de la denuncia, lo que permite a los inversionistas aceptarla en cualquier momento mientras el AIJ en el que esté contenida esté vigente. Además, el artículo 72 constituye una excepción a los requisitos jurisdiccionales *ratione personae* del artículo 25 del Convenio, en lugar de una extensión del principio de revocabilidad del consentimiento contenida en dicho artículo, como lo argumentan los simpatizantes del enfoque del consentimiento perfecto.

Al preservar los derechos y obligaciones que surgen de las ofertas unilaterales de consentimiento del Estado receptor dadas antes de la notificación (notificación previa unilateral de consentimiento), el artículo 72 permite al Estado denunciante que sea parte de un procedimiento ante el CIADI después de que la denuncia surta efectos a pesar de que ya no sea, como lo requiere el artículo 25, un Estado Contratante.

Los impulsores del enfoque que nos ocupa analizan que la expresión “dado por alguno de ellos” en el artículo 72, confirma que se refiere al consentimiento

---

*consent (as distinguished from individual consent), it would have been unnecessary to qualify ‘consent’ as the consent of both parties. In short, there is no textual or contextual basis for the assumption that ‘consent’ in the Convention cannot mean anything other than common (or matched) consent, that is, that the Convention speaks of ‘consent only when both parties have consented. On the contrary, there is overwhelming evidence in the Convention that the term ‘consent’ was used in the sense of individual consent.”).*

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 261. (“[In accordance with Article 72,] a notice of denunciation does not affect the rights or obligations under the Convention of the denouncing state or its national arising out of any individual consent to ICSID jurisdiction that either of them may have given before the notice was received by the World Bank.”) Los partidarios del enfoque unilateral no articulan claramente cuál es la duración de los efectos del artículo 72. Se presume que la validez de los derechos y obligaciones que surgen de las ofertas unilaterales de consentimiento del Estado denunciante se extiende hasta por el periodo en que estas ofertas estén vigentes.

individual otorgado por el Estado denunciante, alguna subdivisión política, organismo público o entidad, lo que se opone a la interpretación que le dan los partidarios del enfoque perfecto.

De la misma manera, los seguidores del consentimiento perfecto argumentan que dado que no hay derechos u obligaciones que surjan de las ofertas unilaterales del Estado denunciante conforme al Convenio, el efecto del artículo 72 debe ser el de preservar los derechos y obligaciones que surgen del consentimiento mutuo. Sin embargo, los partidarios del enfoque unilateral están en desacuerdo con lo anterior, y establecen que como mínimo un derecho u obligación en virtud del Convenio, surge del consentimiento individual cuando éste es uno de los antecedentes o factores condicionantes para dicho derecho u obligación.

En el caso de la jurisdicción del CIADI, el consentimiento individual de cada una de las partes es una condición necesaria, por lo que la clase de derechos y obligaciones que surgen de éste deben incluir la amplia gama de éstos establecidos en el Convenio en cuanto a la solución de controversias y la sustanciación del proceso.<sup>180</sup>

En consecuencia, el artículo 72 preserva todos los derechos y obligaciones para los cuales el consentimiento unilateral del Estado denunciante es una precondition. La oferta del Estado es un requisito para la aceptación del inversionista y por lo tanto del consentimiento recíproco que da lugar a la jurisdicción. Así, todos los derechos y obligaciones que surgen del consentimiento

---

<sup>180</sup> *Ibid.*

mutuo también “emanan” de la oferta unilateral del Estado (la “condición previa” final) y por ello se preservan conforme al artículo 72.

La denuncia conforme a este enfoque se centra en los preceptos del derecho internacional general y en particular sustenta este punto de vista desde el derecho de los tratados. Así, los partidarios de esta teoría señalan que para determinar en qué medida y si el consentimiento otorgado por el Estado en un AII es capaz de ser revocado depende primeramente de los términos de la cláusula en el que esté contenido y de las disposiciones restantes. Así, la irrevocabilidad de dicho consentimiento no fluye del Convenio CIADI, mismo que no indica las condiciones para una revocación válida sino de la fuerza vinculante del tratado, lo que resulta del principio *pacta sunt servanda* conforme al derecho internacional general.

De esta forma, Garibaldi explica que el artículo 72 no afecta el derecho del Estado denunciante de retirar su consentimiento antes de que la otra parte de la disputa haya consentido, pero la validez de dicho retiro depende, conforme a los principios de derecho internacional, del instrumento por el cual el consentimiento haya sido otorgado.<sup>181</sup> Un Estado no solo debe denunciar el Convenio CIADI, sino también el tratado en el que está contenida la oferta de consentimiento, ya que si el Estado denuncia lo anterior pero no termina el tratado que designa al CIADI como el foro para resolver las controversias que surjan, este AII aún constituye una oferta válida para iniciar un arbitraje ante el CIADI y el inversionista de otro Estado Contratante podría válidamente aceptar esta oferta. En otras palabras, un AII que designa al CIADI como mecanismo arbitral constituye el consentimiento a

---

<sup>181</sup> *Ibid.*, pp. 269-270.

la jurisdicción del Centro únicamente para el inversionista del Estado que firma dicho All, y este consentimiento podría ser eliminado únicamente mediante la terminación del tratado en cuestión. Como se ha analizado, no hay jurisdicción al CIADI sin consentimiento y este puede encontrarse en Alls, contratos o legislaciones nacionales del Estado receptor. Por lo que tendría poco sentido que la jurisdicción del CIADI termine mientras el consentimiento a dicha jurisdicción (localizada en un All u otro instrumento) siga vigente.<sup>182</sup>

El reconocido abogado especialista en arbitraje de inversión, Michael D. Nolan, y partidario del enfoque del consentimiento unilateral, propone una visión alternativa que lleva a la misma conclusión basándose en la interpretación del consentimiento del Estado denunciante en un All como una obligación internacional. La postura que propone Nolan explica que la lectura de los artículos 71 y 72 del Convenio en su contexto histórico confirma que el consentimiento del Estado al arbitraje CIADI, previo a la denuncia del Convenio, se mantiene intacto en virtud de sus términos, así como también las obligaciones contraídas antes de la denuncia del Convenio. El consentimiento del Estado receptor puede ser visto como una obligación independiente a la que se le debe de dar efectos aún después de la denuncia. En otras palabras, si este razonamiento fuera aplicado, una controversia en materia de inversión podría a la fecha ser registrada ante el

---

<sup>182</sup> Schnabl, Marco E. *et al.*, "The Wrong Kind of 'Interesting,'" *The Investment Climate in Latin America Recalls a Certain Chinese Proverb*, en *The National Law Journal*, Volumen 29 - Número 31, de fecha 30 de julio de 2007, p. S1. ("If a state withdraws from the ICSID Convention without also withdrawing from the BIT designating ICSID as a forum to arbitrate disputes...this BIT still constitutes a valid offer to arbitrate at ICSID, and an investor of the signatory state could validly accept this offer. In other words, a BIT designating ICSID as an arbitral mechanism constitutes consent to ICSID jurisdiction solely for the investor of the BIT's co-signatory state, and this consent arguably could be eliminated only by withdrawing from the BIT in question. There is no ICSID jurisdiction without consent, but consent can be found outside the ICSID Convention in BITs, contractual arrangements and domestic statutes of the host state. Thus it would make little sense for ICSID jurisdiction to end when consent to such jurisdiction (in a BIT or elsewhere) remains in force.")

CIADI en contra de Bolivia, Ecuador o Venezuela, aun cuando estos Estados ya no son Estados Contratantes y siempre y cuando el instrumento que contiene el consentimiento de aquellos siga vigente.<sup>183</sup>

Derivado de lo anterior, los efectos de la denuncia no tienen consecuencias sobre la validez de las ofertas unilaterales de consentimiento del Estado denunciante, y es por esto que un inversionista puede aceptar una oferta en un All mientras que éste se encuentre vigente, aun cuando la denuncia ya haya surtido efectos.<sup>184</sup> Así que para efectivamente revocar las ofertas unilaterales de consentimiento en Alls, el Estado denunciante no sólo tendría que denunciar el Convenio, sino también revocar directamente dichas ofertas mediante la terminación de los Alls en los cuales están contenidas.

De acuerdo con este enfoque, la denuncia del Convenio CIADI no es un mecanismo efectivo para evitar nuevas disputas ante el Centro. A pesar de la denuncia, las ofertas unilaterales de consentimiento del Estado denunciante permanecerán abiertas y válidas por lo que los inversionistas podrán aceptarlas en cualquier momento y obtener acceso al CIADI. Lo que significa que la única manera de cerrarle las puertas al CIADI es que el Estado denunciante termine dichas ofertas de consentimiento en los Alls de acuerdo con los términos establecidos en el propio tratado o de conformidad con la Convención de Viena.

---

<sup>183</sup> Nolan, Michael D. y Frederic G. Sourgens, *Limits of Consent - Arbitration Without Privity and Beyond*, en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Kluwer, 2010, p. 54

<sup>184</sup> Garibaldi, Oscar M., *op. cit.*, p. 3; Tietje, Christian *et al.*, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, en *Translational Economic Law Research Center*, de fecha marzo de 2008, p. 23. El autor concluye que las ofertas unilaterales de consentimiento del Estado denunciante en TBIs no se afectan por la denuncia del Convenio CIADI.

Algunos autores comentan que las ventajas de este enfoque son que evita la exposición del Estado a cometer violaciones a las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo internacional de inversión, así como que preserva las expectativas de los inversionistas que invirtieron en el Estado denunciante. Asimismo, las desventajas más notorias son que liga el efecto de la denuncia por muchos años más a la fecha de ésta, lo que hace que el consentimiento del Estado denunciante esté disponible para inversionistas que hayan invertido en dicho Estado después de la denuncia. Además, se crearía cierta incertidumbre para los inversionistas si el Estado denunciante declara que va a revocar las ofertas de consentimiento en los AIs, aun cuando estos siguieran vigentes.<sup>185</sup>

Este enfoque ha sido muy polémico a raíz de la denuncia del Convenio por Venezuela en el 2012. Varios argumentos en contra del consentimiento unilateral se han elaborado, entre los cuales sobresale el hecho que es “inconcebible que los Estados hayan decidido implementar un mecanismo que los amarra a una especie de jurisdicción obligatoria *de facto* ante el CIADI, particularmente cuando es considerado que la soberanía del Estado es un concepto celosamente vigilado”.<sup>186</sup> Se ha criticado también que el artículo 72 únicamente preserva los derechos y obligaciones conforme al Convenio que surgen del consentimiento. Mientras que varias disposiciones son desencadenadas por el mismo, perfeccionado entre el inversionista y el Estado receptor, ninguna de éstas se desprende por el mero consentimiento unilateral de parte del Estado receptor. Así que interpretar la frase “consentimiento a la jurisdicción del Centro” únicamente

---

<sup>185</sup> Escobar, Alejandro, *op. cit.*, p. 18.

<sup>186</sup> VENEZUELA: *The consequences of ICSID denunciation*, *op. cit.*

refiriéndose al unilateral del Estado receptor hace al artículo 72 irrelevante. Antes de que el consentimiento sea perfeccionado no hay derechos ni obligaciones en virtud del Convenio que sean sujetos a preservación por operación del artículo 72.<sup>187</sup>

Es así como la pregunta crucial para los tres enfoques interpretativos tiene que ver con que si realmente después de la denuncia definitiva del CIADI, podría tener lugar un intento de presentar una solicitud de arbitraje ante esta institución con base en una disposición expresa contenida en un AI. Tanto el enfoque del consentimiento perfecto, como el intermedio y el unilateral, contestan la pregunta de manera distinta.

Por un lado, tenemos que conforme al consentimiento perfecto, lo que los AIs contienen es una oferta unilateral de un Estado que debe ser consumada o perfeccionada por el inversionista antes de que el país deje de ser un Estado Contratante del CIADI, por lo que no podría presentarse una solicitud después de recibirse la notificación de la denuncia.

Por otro lado, el enfoque intermedio indica que aunque ya se haya presentado la notificación de la denuncia, los inversionistas podrán aceptar la oferta unilateral del Estado en el plazo de seis meses previo a que surta efectos. Así que sí podría tener lugar que un Estado estuviera sujeto a un arbitraje CIADI si la solicitud se presenta en el plazo de seis meses previo a que surta efectos la denuncia.

Por último, el enfoque del consentimiento unilateral observa que para que la denuncia sea efectiva y el Estado no se encuentre sujeto a un arbitraje ante el

---

<sup>187</sup> *Ibid.*

CIADI, además de denunciar el Convenio, tendría que terminar o denunciar sus AIs de los que sea parte y que contengan ofertas unilaterales de consentimiento para invalidarlas o reformar su legislación nacional, dependiendo donde se encuentren. Esto es porque si no se elimina la oferta en los tratados o se reforma la legislación nacional, un inversionista podría aceptar la oferta unilateral de consentimiento, dejando las puertas abiertas al CIADI. En el caso de los AIs, la situación es complicada, ya que estos generalmente incluyen las cláusulas de terminación. Esto da como resultado que el consentimiento del Estado al arbitraje CIADI pueda mantenerse hasta mucho después de que haya dejado de ser un Estado Contratante.<sup>188</sup>

Al día de hoy, únicamente hay un caso CIADI en el cual un tribunal abordó la denuncia del Convenio de un Estado.<sup>189</sup> Por lo que aunque los artículos 71 y 72 del Convenio regulan el procedimiento de denuncia, es relevante contextualizar dicho procedimiento y analizar sus efectos en virtud de las reglas generales de interpretación con base en el derecho internacional.

El artículo 42 del Convenio permite la aplicación de normas secundarias de derecho internacional al establecer que “el Tribunal aplicará . . . aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.<sup>190</sup> Además, la jurisprudencia del CIADI consistentemente ha aplicado la Convención de Viena para interpretar el Convenio CIADI y los AIs aplicables. Es así que la Convención de Viena puede aplicar para los mecanismos y efectos de la denuncia del

---

<sup>188</sup> Gaillard, Emmanuel y Yas Banifatemi, *op. cit.*, pp. 2-3.

<sup>189</sup> *Venoklim v. Venezuela*, *op. cit.*

<sup>190</sup> Ver artículo 42(1) del Convenio CIADI.



Convenio CIADI y AIs de manera supletoria y sus reglas interpretativas pueden ser importantes para analizar los artículos 71 y 72 del Convenio.<sup>191</sup>

La sección tercera de la parte III de la Convención de Viena es la relativa a la interpretación de los tratados. De lo anterior, los artículos 31 y 32 de dicho instrumento proporcionan las reglas interpretativas aplicables para determinar el significado de los artículos 71 y 72 del Convenio. Primeramente, el artículo 31(1) de la Convención de Viena establece como regla general que los tratados deberán interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Las expresiones en controversia de interpretación de los artículos 71 y 72 del Convenio, como se ha mencionado, son “consentimiento. . . dado por alguno de ellos” y “derechos y obligaciones conforme a este Convenio”, de las cuales se desprenden los tres enfoques interpretativos anteriormente explicados. Sin embargo, esto sigue siendo altamente controversial y tampoco puede ser analizado conforme a la interpretación literal de los términos como lo indica el artículo 31(1) de la Convención. Además, de acuerdo con los artículos 31 y 32 de dicho instrumento, un tratado debe interpretarse de buena fe y mediante medios de interpretación complementarios como son los trabajos preparatorios del tratado.

Al interpretar los tres enfoques anteriores con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, tenemos que el enfoque unilateral hace irrelevante el

---

<sup>191</sup> De conformidad con el artículo 4 de la Convención de Viena, ésta “se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados”. Aunque el Convenio CIADI entró en vigor en 1966, catorce años antes de que la Convención de Viena entrara en vigor, en 1980, las disposiciones de ésta aplican al Convenio al reflejar derecho consuetudinario internacional.

periodo de seis meses antes de que surta efectos la denuncia, lo cual es contrario a la intención de los redactores del Convenio y de los Estados Contratantes de proporcionar un tiempo límite expreso después del cual un intento de someterse a la jurisdicción del Centro culminaría. Además, una interpretación que ignora la existencia de dicho límite expreso también podría verse como sesgada a la propia ventaja del inversionista y resultar excesivamente demandante para los Estados, contrario al principio de buena fe, ya que permanecerían vinculados a sus obligaciones conforme al tratado, aun cuando ya hubieran denunciado el Convenio.

Finalmente, las interpretaciones de los otros enfoques, en cuanto a que expiran los derechos y obligaciones del Estado denunciante como resultado de la denuncia, es consistente con la regla general del artículo 70 de la Convención de Viena respecto de que la terminación de un tratado libera a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado y no afectará ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación, y en el caso del Convenio CIADI, al ser un tratado multilateral, desde la fecha en que surta efectos la denuncia.

### 2.2.2 Casos de Estados que han denunciado el Convenio CIADI

El desencantamiento del arbitraje de inversión ha llevado a que los Estados afectados tengan diversas reacciones.<sup>192</sup> Algunas de estas incluyen la terminación

---

<sup>192</sup> Schreuer, Christoph, *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration*, op. cit., p. 353; Schreuer, Christoph, *Preventing a Backlash Against Investment Arbitration: Could the WTO be the Solution?*, Sesión 4, en The 15<sup>th</sup> Geneva Global Arbitration Forum, de fecha 9 de diciembre de 2010, p. 1; Sornarajah, Muthucumaraswamy, *An International Investment Court: Panacea or Purgatory?*, en Columbia FDI Perspectives – Perspectives on topical direct investment issues, No. 180, Columbia Center on Sustainable Investment, de fecha 15 de agosto de 2016.

de los tratados que prevén el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de inversión. El documento más importante en materia de inversión a nivel internacional que se refiere a estas cuestiones, el Convenio CIADI, ha sido sujeto al día de hoy a la denuncia de tres países, todos ellos latinoamericanos, con antecedentes y motivos similares, estos son, Bolivia, Ecuador y Venezuela.

A finales de abril de 2007, durante la cumbre de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), los gobiernos de Bolivia, Nicaragua y Venezuela expresaron su intención de denunciar el Convenio CIADI. El ALBA es una organización internacional de ámbito regional enfocada para los países de América Latina y el Caribe que pone énfasis en la lucha contra la pobreza y la exclusión social con base en doctrinas de izquierda.<sup>193</sup>

En mayo de 2007, Bolivia se convirtió en el primer país en denunciar el Convenio CIADI. Aproximadamente, a los dos años, Ecuador presentó su notificación de denuncia en julio de 2009. Finalmente, en enero de 2012, el Banco Mundial recibió la notificación de la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela.<sup>194</sup>

La denuncia del Convenio de estos países se llevó a cabo en un momento en que el CIADI como institución, estaba bajo escrutinio en América Latina dado que había un incremento sustancial en reclamaciones presentadas por inversionistas

---

<sup>193</sup> Ver Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP), disponible en <http://alba-tcp.org/en/albatcp>

<sup>194</sup> El 2 de mayo de 2007, Bolivia denunció el Convenio CIADI. De acuerdo con el artículo 71 del Convenio, la denuncia surtió efectos seis meses después de recibida la notificación, es decir, el 3 de noviembre de 2007. Ecuador presentó su notificación de denuncia el 6 de julio de 2009 y ésta surtió efectos el 7 de enero de 2010. Para el caso de Venezuela, ésta presentó su denuncia el 24 de enero de 2012 y surtió efectos el 25 de julio de 2012.

en contra de países latinoamericanos, en específico en contra de Argentina. Además, había un descontento generalizado entre los países latinoamericanos a los laudos adversos a los cuales Argentina había sido condenada. Los gobiernos de izquierda llegaron a gobernar países como Venezuela, Nicaragua y Ecuador, los cuales parecían inclinados a seguir el ejemplo de Bolivia y denunciar el Convenio. De hecho, el presidente boliviano, Evo Morales, hizo un llamado para que otros países de América Latina siguieran su ejemplo.<sup>195</sup>

#### *a. Bolivia*

A finales de abril de 2007 en la ALBA, Bolivia anunció su intención de denunciar el Convenio CIADI. Esta declaración fue hecha ante representantes de los países de Cuba, Nicaragua y Venezuela, así como Ecuador y Haití presentes como observadores. Finalmente, el 2 de mayo de 2007, el Banco Mundial recibió por escrito la notificación de la denuncia del Convenio CIADI por la República de Bolivia. De conformidad con el artículo 71 del Convenio, la denuncia surtió efectos seis meses después de la recepción de la notificación, es decir, el 3 de noviembre de 2007.<sup>196</sup>

El presidente de Bolivia, Evo Morales, en la notificación de la denuncia emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores el 1 de mayo de 2007, declaró que el CIADI “sólo sirve para castigar a los pueblos y toma partido por empresas

---

<sup>195</sup> *Morales about to take on the Constitutional Tribunal?*, en Global Arbitration Review, de fecha 1 de julio de 2007.

<sup>196</sup> Comunicado de prensa del CIADI de fecha 16 de mayo de 2007, *Denunciation of ICSID Convention*, disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/AllNewsItems.bak.aspx>

transnacionales que no cumplen sus contratos”.<sup>197</sup> Asimismo, en dicha cumbre de la ALBA, Morales declaró que el objeto de la denuncia era el de garantizar el derecho soberano de los países de regular la inversión extranjera en su propio territorio.

Los motivos de la denuncia del Convenio por Bolivia involucran desacuerdos con el manejo de los casos, los resultados de éstos y que el sistema CIADI está sesgado en contra de los Estados.<sup>198</sup> La postura de Bolivia se resume en tres argumentos:

Primero, Bolivia consideró que hay un serio conflicto de intereses entre el CIADI y el Banco Mundial. Esto no es en cuanto a la obvia relación institucional que tienen, sino se refiere al hecho de que el Banco Mundial ofrece préstamos de ajuste estructural que ha sido fuente de conflicto en Bolivia. El Banco también ha diseñado normativas ahora vistas como insostenibles, a menudo es accionista junto con inversionistas, y es un proveedor de seguros de riesgo político (a menudo contingente en los arbitrajes que inician).

Segundo, los bolivianos, incluyendo ciertos grupos de la sociedad civil que trabajan de cerca con el gobierno, tienen antipatía hacia el “tribunal secreto”, que dicta desde Washington, D.C., la forma en la que Bolivia debe controlar sus recursos.

---

<sup>197</sup> Cancillería oficializa la salida de Bolivia del CIADI, de fecha 1 de mayo de 2007, *disponible en* [http://www.rree.gob.bo/webmre/notasprensa/2007/2007\\_mayo/np1.htm](http://www.rree.gob.bo/webmre/notasprensa/2007/2007_mayo/np1.htm). Según el presidente Evo Morales, el CIADI “sólo sirve para castigar a los pueblos y toma partido por empresas transnacionales que no cumplen sus contratos. Por esa razón se tomó la decisión, junto a las naciones que forman parte del ALBA-TCP, de retirarse de esta instancia probadamente antidemocrática”.

<sup>198</sup> González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, op. cit., p. 301.

Tercero, el gobierno boliviano desapruueba el aparente desequilibrio en contra de los intereses de los Estados. En concreto, esto se percibe en términos de la orientación del derecho internacional de inversiones - criticado por operar en contra de los intereses de los Estados y propagado por árbitros que sólo emiten decisiones a favor de inversionistas.<sup>199</sup>

Nueve años han pasado desde que Bolivia denunció el Convenio CIADI. Las consecuencias han variado. La denuncia de Bolivia dejó abierta la posibilidad para los inversionistas de iniciar reclamaciones conforme a otros medios y foros, como son las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, la CCI, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte Permanente de Arbitraje, entre otros. Tomando en cuenta lo anterior, Bolivia anunció su intención de renegociar los términos de todos sus tratados bilaterales de inversión, en específico, las disposiciones que contienen la definición de inversión y las de solución de controversias.

De acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés), Bolivia tienen un total de catorce casos reportados en materia de inversión.<sup>200</sup> De esos catorce, cuatro son casos CIADI, ocho son casos CNUDMI, uno es administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo y del más reciente, registrado en 2016, aún no se tiene información al respecto. De los cuatro casos CIADI, dos de ellos, Aguas del Tunari<sup>201</sup> y

---

<sup>199</sup> *Morales about to take on the Constitutional Tribunal?*, *op. cit.*

<sup>200</sup> UNCTAD, Investment Policy Hub, Estado Plurinacional de Bolivia, *disponible en* <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/24?partyRole=2>, consultado el 17 de septiembre de 2016.

<sup>201</sup> *Aguas del Tunari S.A. v. La República de Bolivia*, *op. cit.*, registrado el 25 de febrero de 2002. Este caso fue discontinuado de acuerdo con la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI el 28 de marzo de 2006.

Quiborax<sup>202</sup>, son los únicos casos registrados ante el CIADI antes de la denuncia de Bolivia. El caso ETI Euro (I)<sup>203</sup> fue registrado el 31 de octubre de 2007, durante el periodo de seis meses antes de que la denuncia surtiera efectos. El caso Pan American,<sup>204</sup> fue registrado el 13 de abril de 2010, esto es, 3 años después de que la denuncia de Bolivia surtiera efectos.

Al analizar lo anterior se observa que denunciar el Convenio CIADI no impidió la posibilidad de iniciar arbitrajes ante el CIADI en contra de Bolivia. Esto provocó que el Secretariado del CIADI abriera la puerta para la discusión, al registrar reclamaciones en contra de Bolivia no sólo durante el periodo de seis meses después de haber recibido la notificación de denuncia, sino una segunda reclamación años después de que Bolivia ya no era Estado Contratante del CIADI, argumentando que no estaban manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro, y dejaban a los tribunales decidir.

El problema de lo anterior fue que en estos dos casos, los tribunales nunca se pronunciaron sobre la denuncia debido a que fueron discontinuados por las partes. Además, Bolivia tiene varios casos pendientes ante otras instituciones como la Corte Permanente de Arbitraje y la Cámara de Comercio de Estocolmo. A

---

<sup>202</sup> *Quiborax S.A. y Non-Metallic Minerals S.A. v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, registrado el 6 de febrero de 2006. El tribunal emitió su laudo el 16 de septiembre de 2015. El 23 de septiembre de 2015, Bolivia presentó una solicitud de anulación del laudo. Al día de hoy, el procedimiento está suspendido por acuerdo de las partes hasta el 5 de junio de 2016.

<sup>203</sup> *E.T.I. Euro Telecom Internacional N.V. v. Estado Plurinacional de Bolivia*, *op. cit.* El 31 de octubre de 2007, después de que el Banco Mundial había recibido la notificación de la denuncia pero antes de que ésta surtiera efectos, el Centro registró este caso. El caso fue discontinuado a solicitud de la demandante el 21 de octubre de 2009, antes de que el tribunal emitiera su decisión sobre jurisdicción. El caso fue registrado en virtud de que el TBI entre los Países Bajos y Bolivia abría la puerta al arbitraje CIADI.

<sup>204</sup> *Pan American Energy LLC v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/10/8, registrado el 12 de abril de 2010. Tres años después de que la denuncia de Bolivia surtió efectos, el Centro registró este caso. El caso fue discontinuado a solicitud de las partes de acuerdo con la Regla 43(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI el 24 de febrero de 2015. El caso fue registrado en virtud de que el TBI entre los Estados Unidos y Bolivia abría la puerta al arbitraje CIADI.

la fecha, Bolivia ha terminado los tratados bilaterales de inversión celebrados con Argentina, Austria, el Benelux, Francia, Alemania, Países Bajos, España, Suecia y los Estados Unidos,<sup>205</sup> por lo que únicamente está sujeto a la cláusula de terminación de dichos TBIs.

*b. Ecuador*

Dos años después de Bolivia, el 12 de junio de 2009, el poder legislativo de la República de Ecuador votó a favor de denunciar el Convenio, oficializándolo el 6 de julio de 2009 cuando presentó su notificación de denuncia al Banco Mundial. De acuerdo con el artículo 71 del Convenio, la denuncia surtió efectos a los seis meses, es decir, el 7 de enero de 2010.<sup>206</sup>

Fue mediante el Decreto Ejecutivo No. 1823 de fecha 2 de julio de 2009, en el cual el presidente de Ecuador, Rafael Correa, oficialmente declaró la denuncia de Ecuador del Convenio CIADI, ratificado en 1986 durante el gobierno de extrema derecha de León Febres Cordero. El antiguo Procurador General de Ecuador, Hernán Pérez Loose, al respecto declaró que “a pesar de algunas victorias la ideología inspiradora del Presidente Correa tiene mayor peso” además de que “los altos precios del petróleo y la influencia de Chávez sobre Ecuador jugaron un rol importante en la decisión”.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements, Estado Plurinacional de Bolivia.

<sup>206</sup> Comunicado de prensa del CIADI de fecha 9 de julio de 2009, *Denunciation of the ICSID Convention by Ecuador*, disponible en [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=97&ListID=74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en\\_us](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=97&ListID=74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en_us)

<sup>207</sup> *Ecuador to pull out of ICSID*, en Global Arbitration Review, de fecha 15 de junio de 2009. En ese entonces, Ecuador ganó un caso importante en jurisdicción por una reclamación de US\$1.7 mil millones de dólares cuando un tribunal rechazó escuchar las reclamaciones sobre expropiación presentadas por una compañía eléctrica de los Estados Unidos, Empresa Eléctrica del Ecuador (Emelec), conforme al TBI entre EUA y Ecuador. Ecuador también ha sido victorioso en los casos de *MCI Power* y *Duke Energy*.



Las razones de la denuncia de Ecuador son similares a las de Bolivia, el presidente Correa declaró en su momento que el CIADI significaba “colonialismo, esclavitud respecto a las trasnacionales, respecto a Washington, respecto al Banco Mundial y no podemos tolerar esto”. Además, en su solicitud al Congreso, estableció que “los tratados bilaterales de inversión incluyen cláusulas contrarias a la Constitución ecuatoriana y lastiman los intereses nacionales, como someter a Ecuador a arbitrajes internacionales. . . negando la jurisdicción ecuatoriana”.<sup>208</sup>

Lo anterior se basa en el párrafo primero del artículo 422 de la Constitución ecuatoriana, el cual establece que “no se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.<sup>209</sup> Sin embargo, este artículo exceptúa a los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.

La situación de Ecuador no es muy distinta a la de Bolivia. De acuerdo con la UNCTAD,<sup>210</sup> Ecuador tiene 22 casos como demandado. De estos casos, diez son

---

<sup>208</sup> Jijón Letort, Rodrigo, *Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) del Ecuador: consecuencias de la denuncia*, diapositivas 5-7; González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, op. cit., p. 302.

<sup>209</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, artículo 422.

<sup>210</sup> UNCTAD, Investment Policy Hub, República del Ecuador, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/61?partyRole=2>, consultado el 17 de septiembre de 2016. La base de datos del CIADI tiene registrados 13 casos de Ecuador como demandado a diferencia de los 10 casos registrados ante la UNCTAD. Esto es porque 3 casos de los 13 que reporta el CIADI fueron descontinuados por acuerdo de las partes sin llegar a un laudo. Ver *Corporación Quiport S.A. y otros v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/09/23, registrado el 30 de diciembre de 2009; *Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros v. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, Caso No. ARB/08/10, registrado el 8 de

casos CIADI, dos son casos administrados por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA por sus siglas en inglés) conforme a las Reglas de la CNUDMI, tres son casos administrados por la CPA conforme a las Reglas de la CNUDMI y siete son casos conforme a las Reglas de la CNUDMI sin información sobre la institución que los administra. Respecto de los casos CIADI, los diez casos fueron registrados antes de que Ecuador presentara su notificación de denuncia al Banco Mundial. Los otros doce casos fueron registrados ante diferentes instituciones arbitrales, después de que Ecuador denunció el Convenio, lo que indica que a la fecha Ecuador tiene aún diez casos pendientes de resolución, de los cuales dos son casos CIADI.<sup>211</sup> Además de los casos reportados ante la UNCTAD, Ecuador tuvo un caso CIADI más, registrado el 30 de diciembre de 2009, durante el periodo de seis meses antes de que surtiera efectos la denuncia, sin embargo este procedimiento fue descontinuado el 11 de noviembre de 2011 de acuerdo con la Regla 43(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.<sup>212</sup>

Ecuador decidió denunciar el Convenio a pesar de ser de los Estados latinoamericanos que ha tenido varios laudos favorables. De los diez casos CIADI mencionados en el párrafo anterior, Ecuador ganó cuatro de estos casos.<sup>213</sup> A

---

agosto de 2008; *City Oriente Limited v. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/06/21, registrado el 19 de diciembre de 2006.

<sup>211</sup> Ver *Burlington Resources, Inc. v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, registrado el 2 de junio de 2008 y *Perenco Ecuador Limited v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, registrado el 4 de junio de 2008.

<sup>212</sup> *Corporación Quiport S.A. y otros v. La República del Ecuador*, *op. cit.*

<sup>213</sup> *Murphy Exploration and Production Company International v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, registrado el 15 de abril de 2008; *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC) v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/05/9, registrado el 26 de mayo de 2005; *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, registrado el 7 de octubre de 2004; *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. v. La República del Ecuador*, *op. cit.*, registrado el 8 de abril de 2003.

partir del 2008, como medida para definitivamente cerrarle las puertas al CIADI, así como a otro tipo de procedimientos de solución de controversias internacionales en materia de inversión, Ecuador ha terminado varios tratados bilaterales de inversión, entre los que destacan los celebrados con Cuba, la República Dominicana, El Salvador, Finlandia, Alemania, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Rumania y Uruguay.<sup>214</sup>

Asimismo, Ecuador no ha quitado el dedo del renglón de revisar y en un futuro terminar los otros TBIs vigentes con otros países. Además de lo anterior, Ecuador previó dos alternativas para la resolución de diferencias inversionista-Estado. Como lo planteó el Ministro de Relaciones Exteriores de ese entonces, Fander Falconí, “en primer lugar, algunos de los nuevos contratos firmados con empresas petroleras prevén la solución de conflictos en el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”.<sup>215</sup> En segundo lugar, Falconí manifestó que luego que su país asumiera la presidencia *pro t mpore* de UNASUR el 10 de agosto de 2009, plantearía la creación de un sistema de intermediación sobre las inversiones extranjeras directas.

Lo anterior se volvió realidad cuando en el año de 2010, Ecuador propuso la creación de un Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la UNASUR. En el 2012, este organismo terminó de redactar un borrador de lo que denominó el “Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en

---

<sup>214</sup> UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements, Ecuador.

<sup>215</sup> *Ecuador finiquita Convenio con el CIADI*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), de fecha 14 de julio de 2009, disponible en <http://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/ecuador-finiquita-convenio-con-el-ciadi>.

Materia de Inversiones de la UNASUR”. Para el 2014, una nueva versión de este documento había alcanzado un consenso del 80% de los miembros de dicho organismo.<sup>216</sup> Esto parecería indicar que la creación de este Centro podría ser pronto, toda vez que de las disposiciones de la UNASUR se desprende que toda normatividad debe adoptarse por consenso.<sup>217</sup> De las características más importantes del borrador se encuentran la preferencia a los recursos de consultas y negociaciones por encima del arbitraje y la creación de un mecanismo de apelación del laudo arbitral.<sup>218</sup>

La reunión más reciente del Grupo de Trabajo de la UNASUR se llevó a cabo en marzo de 2016, por lo que habrá que esperar para ver si se llegó a un acuerdo político y jurídico. De acuerdo con dos autoras, en caso de que este mecanismo llegara a funcionar, podría generar escepticismo ya que su funcionamiento podría menospreciar estándares internacionales en favor de parámetros regionales y ello, a su vez, provocar una mayor inestabilidad en la región.<sup>219</sup> Desde otra óptica, también podría aumentar la legitimidad y la popularidad de los mecanismos de ISDS en los Estados miembros de la UNASUR al implementarse las novedades procesales y sustantivas contenidas en dicho Acuerdo Constitutivo.<sup>220</sup>

---

<sup>216</sup> Sarmiento, Maria Gabriela, *The 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR*, de fecha 14 de diciembre de 2015, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2703651>.

<sup>217</sup> Ver artículo 12 del Tratado Constitutivo de la UNASUR.

<sup>218</sup> Fach Gómez, Katia y Catherine Titi, *El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la UNASUR: Comentarios sobre el Borrador del Acuerdo Constitutivo*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IISD), No. 3, Tomo 7, agosto de 2016, disponible en <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-agosto-2016-espanol.pdf>.

<sup>219</sup> *Ibid.*

<sup>220</sup> *Ibid.*

### c. Venezuela

El último país en denunciar el Convenio CIADI fue Venezuela en el año 2012, siguiendo el ejemplo de Bolivia y Ecuador. El 24 de enero de 2012, el Banco Mundial recibió la notificación por escrito de la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela. Dicha denuncia surtió efecto el 25 de julio de 2012.<sup>221</sup> La denuncia de Venezuela causó poca sorpresa a los inversionistas y a la comunidad internacional dado que llevaba años amenazando que eventualmente denunciaría el Convenio.<sup>222</sup> Esto representó también la última expresión de inconformidad hacia el arbitraje de inversión entre los países latinoamericanos, los cuales cada vez más se desilusionaban de un sistema que percibían sesgado a favor de los inversionistas.<sup>223</sup>

Las razones por las cuales Venezuela denunció el Convenio son dos principalmente. En primer lugar, de acuerdo con un comunicado emitido por el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de Venezuela el 25 de enero de 2012, la Constitución venezolana “invalida, en su espíritu y en su letra, las disposiciones del mencionado Convenio, cuando reza en su Artículo 151 que ‘en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente

---

<sup>221</sup> Comunicado de prensa del CIADI de fecha 26 de enero de 2012, *Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention*, disponible en [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=57&ListID=74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en\\_us](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=57&ListID=74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en_us).

<sup>222</sup> VENEZUELA: *The consequences of ICSID denunciation*, op. cit.

<sup>223</sup> *Ibid.*

por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

En segundo lugar, dicho comunicado también establece que el gobierno actuó “con el fin de proteger el derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social de la nación, sustrayéndolo de una jurisdicción internacional que ha fallado 232 veces a favor de los intereses transnacionales, en las 234 causas que ha conocido a lo largo de su historia”.<sup>224</sup>

De hecho, Argentina y Venezuela son los Estados más demandados ante el CIADI y los que enfrentan las reclamaciones más cuantiosas. De acuerdo con la base de datos de la UNCTAD,<sup>225</sup> Venezuela tiene cuarenta casos reportados como demandado y de acuerdo con la base de datos del CIADI<sup>226</sup>, Venezuela tiene 41 casos registrados como demandado. Respecto de la UNCTAD, de los cuarenta casos reportados, todos son casos CIADI, incluyendo dos mediante el mecanismo complementario y dos administrados por la Corte Permanente de Arbitraje utilizando las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Respecto de la base de datos del CIADI, de los 41 casos, trece de ellos fueron registrados después de que la denuncia de Venezuela surtió efectos, únicamente uno de los casos fue registrado durante el periodo de seis meses antes de que la denuncia surtiera

---

<sup>224</sup> Gobierno Bolivariano denuncia convenio con CIADI, de fecha 25 de enero de 2012, *disponible en* [http://www.mre.gov.ve/index.php?option=com\\_content&view=article&id=18939:mppre&catid=3:comunicados&Itemid=108](http://www.mre.gov.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=18939:mppre&catid=3:comunicados&Itemid=108).

<sup>225</sup> UNCTAD, Investment Policy Hub, República Bolivariana de Venezuela, *disponible en* <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/228?partyRole=2>, consultado el 17 de septiembre de 2016.

<sup>226</sup> La base de datos del CIADI tiene registrados 41 casos en contra de Venezuela, al 17 de septiembre de 2016.

efectos<sup>227</sup> y los 27 restantes fueron registrados cuando Venezuela era Estado Contratante. De esos mismos 41, siete son mediante el mecanismo complementario, incluyendo tres que fueron registrados cuando Venezuela ya no era Estado Contratante, como el penúltimo caso registrado el 5 de mayo de 2016.<sup>228</sup>

De estos números se desprende que al parecer, los inversionistas, aun cuando Venezuela ya no era Estado Contratante, han tenido éxito en registrar un arbitraje en su contra ante el CIADI. Esto puede ser por varias razones, una de ellas es que es posible que el Secretariado del CIADI haya recibido la solicitud de arbitraje por parte del inversionista dentro del periodo de seis meses antes del 25 de julio 2012, aunque el caso haya sido registrado después de que el periodo de tiempo hubiera expirado. Otra posibilidad es que la jurisdicción al Centro haya sido invocada con base en TBIs, los cuales están sujetos a cláusulas de terminación. Este es el escenario de varios casos registrados después del 2012 en contra de Venezuela, en el cual se iniciaron arbitrajes invocando el TBI entre Venezuela y los Países Bajos,<sup>229</sup> aunque éste había sido terminado en 2008. Sin embargo, en virtud del

---

<sup>227</sup> *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/13, registrado el 15 de junio de 2012.

<sup>228</sup> *Luis García Armas v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/1, registrado el 5 de mayo de 2016.

<sup>229</sup> *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/21, registrado el 10 de agosto de 2012; *Venoklim v. Venezuela*, *op. cit.*; *Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, y Ramstein Trading Inc. v. La República Bolivariana Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/14/10, registrado el 14 de mayo de 2014 (este caso se encuentra suspendido desde octubre de 2015 por falta de pago).

artículo 14 de dicho instrumento, el tratado continúa en vigor hasta por 15 años más.<sup>230</sup>

En vista de lo anterior, la denuncia del Convenio CIADI no garantiza que el Estado denunciante le haya cerrado la puerta al arbitraje CIADI. Los efectos jurídicos de denunciar el Convenio aún son bastante inciertos ya que todo depende del enfoque interpretativo del artículo 72 de dicho instrumento que el tribunal decida utilizar. En muchos casos, la denuncia del Convenio ha abierto o puesto un mayor énfasis en rutas alternativas para los inversionistas en donde éstos pueden demandar en otros foros de conformidad con los términos de los AIs del Estado denunciante.

A la fecha, como se verá en el siguiente capítulo, únicamente un tribunal en un caso en contra de Venezuela ha interpretado el artículo 72. Así, aunque Bolivia, Ecuador y Venezuela son los únicos tres países que han denunciado efectivamente el Convenio CIADI, esto no ha significado tener menos demandas en materia de arbitraje de inversión, al contrario, ha habido un incremento en arbitrajes inversionista-Estado conforme a diversas reglas de arbitraje e instituciones que lo administran.

---

<sup>230</sup> Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, artículo 14. Este tratado fue terminado por Venezuela el 21 de abril de 2008. Sin embargo, el tratado continuará vinculando a las partes hasta el 2023 de acuerdo con el artículo 14.



### Capítulo 3

## Casos prácticos relacionados con los requisitos jurisdiccionales y sus efectos

Después de analizar las cuestiones jurisdiccionales y sus efectos que derivan de varios requisitos que se establecen en los instrumentos internacionales, particularmente en los AIs y el Convenio CIADI, la práctica muestra una interesante gama de casos y temas que analizan estas cuestiones tanto para someterse a un foro arbitral, así como de la denuncia de tratados y sus efectos.

En relación con el tratado multilateral más famoso en materia de inversión, el Convenio CIADI, los temas que surgen a fin de tener acceso a la jurisdicción del Centro están directamente relacionados con los tres requisitos previstos en el artículo 25 del Convenio que son necesarios para que un tribunal CIADI pueda resolver la controversia. Estos requisitos fueron abordados en el capítulo primero de este trabajo y son los de: *ratione materiae* (relacionados con la naturaleza de la disputa), *ratione personae* (relacionados con las partes) y *ratione voluntatis* (relacionados con el consentimiento).

El requisito *ratione materiae* está relacionado principalmente con la problemática de la naturaleza de la disputa, ya que un tribunal puede declinar jurisdicción cuando el objeto de la controversia no es competencia del CIADI. El requisito *ratione personae* involucra la calidad de Estado Contratante nacional de uno, ya que un tribunal puede negar jurisdicción por causas como que un Estado Contratante dejó de serlo, o que un inversionista no es considerado nacional de éste. Por último, el requisito *ratione voluntatis* está relacionado con el

consentimiento como tal de las partes a someterse a arbitraje, pues un tribunal puede rechazar su jurisdicción si no hay una oferta de consentimiento válida o una aceptación de un inversionista de igual forma.

Fuera del marco del CIADI, las controversias en materia de inversión al amparo de otras instituciones y reglas también presentan estas problemáticas relacionadas con las cuestiones jurisdiccionales. Así, los requisitos que presentan más incertidumbre son el *ratione personae* y *ratione voluntatis*, ya que se desprenden cuestiones como la membresía de Estados a los tratados o su consentimiento condicionado. De igual forma, las implicaciones jurisdiccionales de la denuncia de un tratado al cual se hace referencia en otro instrumento también están sujetas a interpretaciones que dan lugar a un análisis interesante sobre sus efectos.

A la fecha, hay varios casos que exponen la problemática que se presenta en temas de consentimiento y denuncia y los efectos que éstos tienen sobre las cuestiones jurisdiccionales. En este sentido, este capítulo se divide en dos partes a fin de cubrir dos ámbitos en donde los requisitos jurisdiccionales están presentes. La primera parte aborda situaciones en donde los tres requisitos *ratione materia*, *ratione personae* y *ratione voluntatis* han tenido un papel importante en ciertos casos. Mientras que la segunda parte analiza planteamientos relacionados con los efectos jurisdiccionales de la denuncia, incluyendo cláusulas de terminación, foros alternos y el único caso que se ha pronunciado sobre la denuncia del Convenio CIADI.

### 3.1 Requisitos jurisdiccionales a fin de someterse a un arbitraje de inversión

En el ámbito del CIADI, la problemática más grande que existe en cuanto a los requisitos jurisdiccionales a fin de ser sujeto de la jurisdicción del Centro, está relacionada con los requisitos *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione voluntatis*. Cabe destacar que este último está presente como un tema recurrente en los arbitrajes de inversión fuera del marco del CIADI. De este modo, las cuestiones más comunes que serán abordadas sobre este tema son: (i) el concepto de inversión, (ii) la nacionalidad del Estado Contratante y del inversionista, y (iii) el consentimiento como tal de las partes; ya que de no cumplir con alguno de estos requisitos, un tribunal puede negar su jurisdicción para resolver determinada controversia.

#### 3.1.1 Concepto de inversión (*ratione materiae*)

Como se analizó en el primer capítulo de este trabajo, el concepto de inversión es central para el Convenio y éste no ofrece ninguna definición o inclusive una descripción del mismo. Por lo que los encargados de interpretar este concepto son los tribunales. Varios de ellos han aplicado el “*double keyhole approach*” o “*double barrel test*”, en donde hacen un doble examen sobre el concepto de inversión, tanto revisan la definición de inversión conforme el Convenio CIADI como la definición contenida en el instrumento que contiene el consentimiento al Convenio.<sup>231</sup> Además hay otras cuestiones que se deben tomar en cuenta, por

---

<sup>231</sup> *Aguas del Tunari S.A. v. La República de Bolivia*, op. cit.; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malasia*, op. cit., entre otros.

ejemplo, si la jurisdicción se sustentará en un tratado que contenga una oferta de consentimiento, así como la definición de inversión del tratado.

La primera decisión de un tribunal CIADI en la que se objetó la jurisdicción del Centro con base en el concepto de inversión fue en 1997 en el caso *Fedax v. Venezuela*, en el cual, una compañía holandesa demandó ante el Centro a Venezuela por una controversia que surgió de ciertos instrumentos de deuda. Antes de resolver el fondo, el tribunal analizó las cuestiones jurisdiccionales para aceptar o declinar su jurisdicción y resolver la controversia. El tema principal fue si la disputa involucraba una “inversión” conforme al Convenio. El tribunal consideró que el artículo 25 de dicho instrumento tiene un amplio ámbito de aplicación, por lo que si los préstamos califican como una inversión conforme al Convenio, también en ciertas circunstancias puede serlo la compra de bonos. Ya que los pagarés son la evidencia de un préstamo y un instrumento financiero y de crédito típico, no hay nada que prevenga su compra de calificar como inversión de acuerdo con el Convenio.<sup>232</sup>

Otros ejemplos de tribunales que han utilizado esta metodología son los casos *CSOB v. Eslovaquia* y *Joy Mining v. Egipto*.

En el caso de *CSOB v. Egipto*, la existencia de una inversión estaba en disputa. El acuerdo de las partes se refería al TBI correspondiente y por lo tanto se incorporó la referencia al arbitraje CIADI. En la opinión del tribunal, esto creaba una fuerte presunción de que las partes consideraban que su operación era una inversión dentro del concepto del Convenio. Sin embargo, el tribunal decidió

---

<sup>232</sup> *Fedax v. Venezuela*, op. cit., ¶ 29.

abordar a fondo la cuestión y determinó que “se debía aplicar un doble criterio para determinar si el tribunal tenía competencia para abordar el fondo del asunto: si la disputa surge de una inversión conforme al concepto del Convenio, y si la disputa se relaciona con una inversión como se define en el consentimiento de las partes al arbitraje CIADI, en la referencia al TBI y a las definiciones pertinentes del artículo 1 del TBI”.<sup>233</sup>

En *Joy Mining v. Egipto*, la demandante argumentó que la operación en cuestión, una garantía bancaria, se encontraba dentro de la amplia definición de “inversión” del TBI entre Egipto y el Reino Unido. Sin embargo, el tribunal se pronunció al respecto en el sentido de que hay una limitante a la libertad de las partes de definir una inversión para el propósito de la jurisdicción del CIADI. Ésta es que las partes de la disputa no pueden por medio de un contrato o de un tratado definir una inversión, de lo contrario el artículo 25 del Convenio se volvería una disposición sin sentido.<sup>234</sup>

Además del examen dual explicado anteriormente, el caso líder para determinar si hay una inversión conforme al Convenio CIADI es el caso *Salini v. Marruecos*. Según se analizó en el primer capítulo, el tribunal en este caso dejó

---

<sup>233</sup> *CSOB v. Eslovaquia*, op. cit., ¶ 168. (“The Slovak Republic is correct in pointing out, however, that an agreement of the parties describing their transaction as an investment is not, as such, conclusive in resolving the question whether the dispute involves an investment under Article 25(1) of the Convention. The concept of an investment as spelled out in that provision is objective in nature in that the parties may agree on a more precise or restrictive definition of their acceptance of the Centre’s jurisdiction, but they may not choose to submit disputes to the Centre that are not related to an investment. A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties’ consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article 1 of the BIT.”).

<sup>234</sup> *Joy Mining Machinery Limited v. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo, de fecha 6 de agosto de 2004, ¶¶ 42-50. (“The parties to a dispute cannot by contract or treaty define as investment, for the purpose of ICSID jurisdiction, something which does not satisfy the objective requirements of Article 25 of the Convention. Otherwise Article 25 and its reliance on the concept of investment, even if not specifically defined, would be turned into a meaningless provision.”).

como precedente la famosa “prueba Salini” (*Salini test*), misma que establece los criterios a seguir para determinar si las actividades en disputa constituyen una inversión. En *Salini*, la controversia surgió de un incumplimiento de contrato que, de acuerdo con las demandantes italianas, daba lugar a derechos con un valor económico y por lo tanto calificaba como una inversión de acuerdo con ciertos artículos del TBI en cuestión. Marruecos alegó que los artículos respectivos de la inversión del TBI debían leerse en conjunto con la legislación marroquí, la cual definía el concepto de inversión, y de acuerdo con ésta el contrato en cuestión no constituía una inversión en el sentido del Convenio.

El tribunal primero se pronunció sobre la definición de inversión conforme al TBI, para lo cual consideró que el contrato celebrado con Marruecos constituía una inversión conforme a la definición de ésta en el TBI.<sup>235</sup> Después analizó si constituía una inversión conforme al Convenio CIADI. Fue en este punto de la Decisión sobre Jurisdicción en la que el tribunal analizó que para la existencia de una inversión conforme al Convenio, debían de existir 4 criterios: (1) una o varias contribuciones sustanciales, (2) cierta duración de la operación, (3) la existencia de un riesgo en la operación, y (4) una contribución al desarrollo del Estado receptor.<sup>236</sup> El tribunal también decidió que el contrato celebrado constituía una inversión conforme al artículo 25 del Convenio y aceptó su jurisdicción.<sup>237</sup>

---

<sup>235</sup> *Salini v. Marruecos*, *op. cit.*, ¶ 49.

<sup>236</sup> *Ibid.*, ¶ 52; Schreuer, Christoph, *et al.*, *op. cit.*, p. 129.

<sup>237</sup> *Ibid.*, ¶ 58.

### 3.1.2 Nacionalidad del inversionista (*ratione personae*)

En lo que respecta al segundo requisito sobre la nacionalidad del inversionista, es claro que el Convenio se refiere a inversionistas internacionales privados, es decir, personas físicas y morales. Por lo que es poco común encontrarse con un Estado que actúe como inversionista y tenga acceso al Centro en esta capacidad.<sup>238</sup> Asimismo, el inversionista debe forzosamente tener la nacionalidad de un Estado Contratante.

Al analizar los precedentes, se observan dos cuestiones en cuanto al artículo 25(2)(b) del Convenio, es decir, personas morales que deben tener la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado receptor, y personas morales nacionales del Estado receptor de la inversión que por estar sometidas a control extranjero tienen tal carácter.

Un gran ejemplo reciente de esta situación es el caso *Mobil v. Venezuela*,<sup>239</sup> en el cual se analizó la nacionalidad de las demandantes dado que por cambios en la industria petrolera en Venezuela, Mobil decidió constituir una nueva sociedad conforme a las leyes holandesas e incluirla en la cadena corporativa de los

---

<sup>238</sup> Ver *Gobierno de la Provincia de Kalimantan Oriental v. PT Kaltim Prima Coal y otros*, Caso CIADI No. ARB/07/3, registrado el 18 de enero de 2007. En el Laudo sobre Jurisdicción, dictado el 28 de diciembre de 2009, uno de los puntos que analizó el tribunal fue si Kalimantan Oriental cumplía con los requisitos jurisdiccionales del artículo 25 del Convenio y por lo tanto podía iniciar un arbitraje CIADI en contra de los inversionistas. Laudo sobre Jurisdicción, ¶¶ 173-176. Finalmente el tribunal decidió que no tenía jurisdicción para oír las reclamaciones de Kalimantan Oriental dado que no tenía el derecho de representar a Indonesia como Estado Contratante y tampoco era una subdivisión política válida de ese país. Laudo sobre Jurisdicción, ¶¶ 173-219.

<sup>239</sup> *Mobil v. Venezuela*, *op. cit.* Para un artículo reciente que habla sobre este tema, ver Jagusch, Stephen y Anthony Sinclair, *Chapter 13: Restructuring Investments to Achieve Investment Treaty Protection*, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, *et al.* editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015, pp. 175-190. Otros casos en donde se aborda el tema de la restructuración corporativa de las empresas a fin de proteger sus inversiones en el Estado receptor son *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 27 de septiembre de 2001 y *Vacuum Salt Products Ltd. v. La República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/92/1, Laudo, de fecha 16 de febrero de 1994.

proyectos petroleros que tenía en Venezuela, ya que las otras sociedades tenían nacionalidad estadounidense y bahameña. Por su parte, Venezuela argumentó que el TBI entre los Países Bajos y Venezuela no proporcionaba el sustento para la jurisdicción del CIADI, además de haber una “sociedad de conveniencia” creada por Mobil, que se constituyó con el único objetivo de obtener acceso a la jurisdicción del Centro, siendo un abuso de la estructura corporativa y de tratados.

En su Decisión sobre Jurisdicción, el tribunal analizó las disposiciones correspondientes del TBI, la estructura corporativa actual de las demandantes y el artículo 25 del Convenio. El tribunal decidió que tenía jurisdicción para resolver la controversia, y apoyó el argumento de Mobil sobre que el propósito de la reestructuración fue protegerse de las violaciones a sus derechos por las autoridades venezolanas al obtener acceso al arbitraje CIADI por el TBI, siempre y cuando fuera para controversias futuras.<sup>240</sup> Sin embargo, sobre diferencias preexistentes, el tribunal consideró que el tema de la reestructuración corporativa solamente para tener acceso al Centro, constituye una manipulación masiva del sistema de protección de las inversiones internacionales conforme al Convenio CIADI y a los TBIs.<sup>241</sup>

A fin de que los tribunales procedan al análisis del fondo del caso, tienen que primero resolver las distintas objeciones jurisdiccionales que se presentan durante la fase de jurisdicción del caso. De los varios tipos de objeciones, las comunes son sobre cuestiones *ratione materiae* y *ratione personae*, como se ha ejemplificado en los casos vistos anteriormente.

---

<sup>240</sup> *Mobil v. Venezuela*, op. cit., ¶ 204.

<sup>241</sup> *Ibid.*, ¶¶ 204-205.



### 3.1.3 Consentimiento a la jurisdicción (*ratione voluntatis*)

El consentimiento del Estado a un arbitraje de inversión se presenta como una excepción convencional al derecho internacional general, ya que de otro modo, el Estado resolvería sus controversias en materia de inversión con un extranjero privado ante sus tribunales domésticos. En este contexto, una variedad de AIs tienen disposiciones asociadas para acceder a tribunales arbitrales con precondiciones a su jurisdicción. Estas condiciones previas pueden tomar diferentes formas, una de éstas es el requisito de intentar resolver la controversia a través de negociaciones<sup>242</sup> o, la más común, acudir a tribunales domésticos del Estado receptor por un periodo de tiempo.<sup>243</sup>

En esta sección, se analizarán tres casos que señalan puntos importantes para las cuestiones de *ratione voluntatis*, uno es caso CIADI y los otros dos son casos al amparo de la CNUDMI. Estos casos son recientes, discutidos y han planteado nuevos enfoques en el arbitraje inversionista-Estado, los cuales son *Wintershall v. Argentina*,<sup>244</sup> *BG Group v. Argentina*<sup>245</sup> y *Yukos v. Rusia*.<sup>246</sup>

---

<sup>242</sup> La mayoría de los TBIs actuales contienen esta disposición como condición previa para acudir a un arbitraje internacional.

<sup>243</sup> Argentina es de los países cuyos TBIs incluyen esta precondición para iniciar un arbitraje internacional.

<sup>244</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft v. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, registrado el 15 de julio de 2004 ("*Wintershall v. Argentina*").

<sup>245</sup> *BG Group Plc. v. La República de Argentina*, Caso CNUDMI, de fecha 24 de diciembre de 2007; *BG Group Plc. v. La República Argentina*, Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso No. 12-138, 572 U.S., de fecha 5 de marzo de 2014 ("*BG Group v. Argentina*").

<sup>246</sup> *Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. La Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227; *La Federación Rusa v. Veteran Petroleum Limited*, *La Federación Rusa v. Yukos Universal Limited*, *La Federación Rusa v. Hulley Enterprises Limited*, Nos. de caso C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 y C/09/481619 / HA ZA 15-112, Sala de Asuntos Comerciales, Corte de Distrito de La Haya, Países Bajos ("*Yukos v. Rusia*").

*a. Wintershall v. Argentina*

En el marco del CIADI, el caso más representativo en donde se aborda la cuestión de acudir a tribunales domésticos del Estado receptor por un periodo de tiempo de manera clara es en *Wintershall v. Argentina*. El demandante inició un arbitraje en contra de Argentina debido a que el gobierno había tomado medidas que afectaban su operación petrolera y de gas de forma de negativa. Las reclamaciones estuvieron basadas en el TBI entre Argentina y Alemania sobre cuestiones de expropiación. Wintershall inició el arbitraje CIADI directamente, pasando por alto la disposición del TBI que indica que la controversia debe primero litigarse en los tribunales argentinos durante un periodo de 18 meses. Para evadir este requisito, la demandante invocó la cláusula de nación más favorecida (NMF) del TBI, para acudir a lo que reclamó ser “el mecanismo de solución de controversias más favorable existente en el TBI entre Argentina y los Estados Unidos”.

En el laudo de diciembre de 2008, el tribunal rechazó la posición de las demandantes y determinó que no tenía jurisdicción para resolver la controversia. La decisión se basó en dos puntos: primero, las demandantes no pueden evitar el previo cumplimiento con los requisitos procesales conforme al TBI, antes de iniciar un procedimiento arbitral, y segundo, el demandante no puede utilizar la cláusula de NMF del TBI para evitar el cumplimiento de tales requisitos.<sup>247</sup>

Respecto del primer punto, por ser de interés en este apartado, el tribunal determinó que la mera redacción del artículo 10 del TBI, claramente expresa la

---

<sup>247</sup> *Wintershall v. Argentina, op. cit.*, Laudo de fecha 8 de diciembre de 2008, ¶ 198(1).

voluntad de las partes sobre que la referencia al arbitraje CIADI está manifiestamente condicionada a que el demandante litigue primero la disputa en los tribunales argentinos durante un periodo de 18 meses (y un periodo de tres meses de espera). Sólo después de ese periodo, entonces el demandante podrá acudir al arbitraje ante el Centro.

El respeto al consentimiento del Estado, según esté expresado en un TBI, tiene particular énfasis en este laudo.<sup>248</sup> Ya que como determinó el tribunal, “la importancia que han asignado los Estados Contratantes al requisito del plazo de los 18 meses estipulado en el Artículo 10(2) [del TBI entre Argentina y Alemania] forma parte de la ‘oferta’ integral de Argentina para el sometimiento al arbitraje del CIADI, y el inversor debe aceptar esta ‘oferta’ en los mismos términos”.<sup>249</sup>

La decisión del laudo en *Wintershall v. Argentina*, llegó en un momento controvertido en donde dos laudos se habían pronunciado de manera distinta sobre la misma cuestión de precondiciones al arbitraje CIADI. El caso *Siemens v. Argentina*,<sup>250</sup> por ejemplo, analizó las mismas condiciones previas bajo el mismo TBI y aceptó la invocación del demandante de la cláusula de NMF para desviarse del requisito de 18 meses para iniciar la controversia ante la jurisdicción local. Mientras que en *Maffezini v. España*,<sup>251</sup> se adoptó la llamada “doctrina Maffezini” por medio de la cual, si un demandante se confronta con precondiciones en un TBI

---

<sup>248</sup> Dupuy, Pierre Marie, *Chapter 16: Preconditions to Arbitration and Consent of States to ICSID Jurisdiction*, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015, p. 222.

<sup>249</sup> *Wintershall v. Argentina*, *op. cit.*, Laudo, ¶ 162.

<sup>250</sup> *Siemens A.G. v. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 3 de agosto de 2004 (“*Siemens v. Argentina*”).

<sup>251</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, de fecha 25 de enero de 2000 (“*Maffezini v. España*”).

aplicable a cierta disputa, puede invocar la cláusula de NMF en dicho tratado para eludir los requisitos jurisdiccionales.

Hay cuatro elementos clave que el tribunal en *Wintershall v. Argentina* determinó para abordar este tema:

1. La aceptación de un Estado a la jurisdicción de un tribunal internacional siempre requiere expresarse por medio de un acto positivo o conducta, es decir “*contracting-in*”.<sup>252</sup>
2. El acceso condicionado a la jurisdicción del CIADI es posible por los mismos términos del Convenio, ya que en el artículo 26 se prevé que el consentimiento de las partes puede tener limitantes o condiciones. Por lo que la oferta condicionada de un Estado debe aceptarse por el inversionista en esos mismos términos. Así, el requisito de acudir a los tribunales locales es obligatorio como cuestión jurisdiccional y no simplemente de admisibilidad de la reclamación del demandante.<sup>253</sup>
3. El recurrir a tribunales domésticos del Estado receptor a litigar la controversia por un periodo de tiempo es una práctica que se ve cada vez más a menudo en AIs, y el artículo 10(2) del TBI entre Argentina y Alemania es ejemplo de esto. Así, no hay razón alguna por la cual un tribunal no deba respetar una estipulación que es la expresión de un acuerdo entre dos Estados, en este caso, Alemania y Argentina.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> *Wintershall v. Argentina*, op. cit., Laudo, ¶ 69.

<sup>253</sup> *Ibid.*, ¶ 156.

<sup>254</sup> *Ibid.*, ¶ 125; Marie Dupuy, Pierre, op. cit., p. 225.

4. El examen de “futilidad”, el cual se refiere a que el periodo de 18 meses para litigar en cortes argentinas sería irreal o carecería de sentido por ser ineficiente o poco receptivo a reclamaciones de inversionistas extranjeros, fue abordado por el tribunal de forma opuesta a *Siemens v. Argentina* y *Maffezini v. España*. Aquí el tribunal decidió que el demandante no proporcionó ninguna prueba como para determinar que la disposición del artículo 10(2) del TBI en cuestión no pudo ser cumplida debido a que “el sistema jurídico argentino no era eficiente o no atendía las reclamaciones de inversionistas extranjeros”.<sup>255</sup>

Por lo anterior, un tribunal no puede desestimar las condiciones planteadas por los Estados Contratantes en las disposiciones de solución de controversias en los tratados. Estas disposiciones establecen la manera procesal que los inversionistas de una de las nacionalidades de los Estados Contratantes deben seguir para tener acceso a un arbitraje CIADI, siendo estas disposiciones una expresión de la verdadera voluntad de los Estados. Como resultado, si las partes del TBI correspondiente decidieron condicionar este acceso, estas condiciones deben ser tomadas como características de la oferta de consentimiento hecha por el Estado receptor a los inversionistas. No pueden ser tratadas simplemente como “fútiles” o “absurdas” a fin de evitar las precondiciones a un arbitraje.<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> *Wintershall v. Argentina*, *op. cit.*, Laudo, ¶ 129.

<sup>256</sup> Marie Dupuy, Pierre, *op. cit.*, p. 226.

*b. BG Group v. Argentina*

El caso de *BG Group v. Argentina*, al igual que en *Wintershall v. Argentina*, analiza una de las condiciones a la que puede estar sujeto el consentimiento a la jurisdicción de un tribunal arbitral fuera del marco del CIADI. Esta condición se refiere a la cuestión de acudir a tribunales domésticos del Estado receptor por un periodo de tiempo que estará establecido en el instrumento que contiene la oferta de consentimiento a un arbitraje de dicho Estado, por lo que este requisito puede encontrarse en una legislación o en un TBI. Esto conlleva a que antes de iniciar un arbitraje internacional el inversionista debe agotar primero los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales locales del Estado receptor.

En el año 2003, BG Group, una sociedad inglesa de exploración y distribución de gas natural, consideró que se había visto afectada como consecuencia de la promulgación por el gobierno argentino de una serie de normas que violaban las disposiciones del TBI entre el Reino Unido y Argentina. En específico, BG Group alegó que la nueva legislación violaba las disposiciones del TBI sobre expropiación y trato justo y equitativo. En ese mismo año, BG Group inició un arbitraje internacional conforme a las Reglas de la CNUDMI con el fin de obtener una indemnización por los daños que le había causado la promulgación de la normativa argentina que imponía un congelamiento de las tarifas gas. En cuanto a la defensa de Argentina, ésta argumentó que BG Group había iniciado un procedimiento arbitral sin observar el requisito de acudir a tribunales domésticos de su país por un periodo de tiempo previsto en dicho TBI, lo que hacía la

reclamación inadmisibles.<sup>257</sup> Mientras que BG Group argumentó que dicho requisito no tenía sentido ya que no había oportunidad de que un tribunal doméstico decidiera un caso de esta naturaleza en 18 meses, además de argumentar que la cláusula de NMF en el TBI entre Estados Unidos y Argentina, no preveía dicha condición.<sup>258</sup>

El 24 de diciembre de 2007, el tribunal emitió su laudo final,<sup>259</sup> en el cual se resolvió que la conducta de Argentina suponía haber renunciado a la condición del TBI por el que se impone recurrir a los tribunales internos del Estado receptor por un periodo de tiempo, para que luego sólo de ese modo (y transcurridos 18 meses desde el inicio de la acción judicial respectiva) fuese posible iniciar un arbitraje internacional. Lo anterior debido a que en el artículo 8(2)(b) del TBI se establece una excepción a la obligación de tener que presentar una demanda en los tribunales del Estado receptor de la inversión cuando la parte contratante y el inversionista de la otra parte contratante convinieran (expresa o tácitamente) recurrir a la vía arbitral.<sup>260</sup>

Así, el tribunal llegó a la conclusión de que como cuestión de interpretación de los tratados, el artículo del TBI mencionado no puede ser interpretado como un impedimento absoluto al arbitraje y que sería “absurdo” e “irrazonable” obligar a un

---

<sup>257</sup> *BG Group v. Argentina*, *op. cit.*, Laudo Final, de fecha 24 de diciembre de 2007, ¶ 141.

<sup>258</sup> *Ibid.*, ¶ 142.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> TBI Argentina-Reino Unido, artículo 8(2) (“(2) Las controversias arriba mencionadas serán sometidas a arbitraje internacional en los siguientes casos: (a) a solicitud de una de las partes, en cualquiera de las circunstancias siguientes: (i) cuando, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva; (ii) cuando la decisión definitiva del tribunal mencionado haya sido emitida pero las partes continúen en disputa; (b) cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido”).

particular, en tales circunstancias, a iniciar una demanda en un tribunal local del país receptor, para que solamente así (y luego de transcurridos 18 meses desde la presentación de la demanda) fuera posible iniciar el proceso arbitral.<sup>261</sup> Por esto y otros motivos, el tribunal admitió las reclamaciones de BG Group.

En marzo de 2008, BG Group y Argentina acudieron ante el Tribunal del Distrito de Columbia, BG Group a fin de confirmar el laudo arbitral con base en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>262</sup> y la *Federal Arbitration Act*; y Argentina, para que se anulara el laudo arbitral, con base en que los árbitros carecían de competencia para resolver la controversia. El Tribunal del Distrito de Columbia admitió la pretensión de BG Group y rechazó la petición de Argentina, confirmando la validez del laudo arbitral.

La República Argentina, no conforme con esta decisión, interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Tribunal de Apelaciones del Circuito de Columbia, el cual, a su vez, revocó la decisión del Tribunal de Distrito, declarando así la nulidad del laudo arbitral en cuestión. El Tribunal de Apelaciones del Circuito de Columbia sostuvo que era válido el argumento aducido por Argentina en el sentido de que BG Group debió haber presentado una demanda ante los tribunales competentes argentinos (y esperado dieciocho meses a partir

---

<sup>261</sup> *BG Group v. Argentina*, Laudo Final, *op. cit.*, ¶ 147. (“As a matter of treaty interpretation, however, Article 8(2)(a)(i) cannot be construed as an absolute impediment to arbitration. Where recourse to the domestic judiciary is unilaterally prevented or hindered by the host State, any such interpretation would lead to the kind of absurd and unreasonable result proscribed by Article 32 of the Vienna Convention, allowing the State to unilaterally elude arbitration, which has been the engine of the transition from a politicized system of diplomatic protection to one of direct investor-State adjudication.”).

<sup>262</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Naciones Unidas.



del inicio de dicha acción judicial), pues sólo así, podría haber iniciado un arbitraje internacional. Por consiguiente, el Tribunal de Apelaciones declaró la nulidad del laudo arbitral.

BG Group, por su parte disintió con la decisión adoptada por el Tribunal de Apelaciones, por lo que interpuso un recurso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, que a su vez, aceptó conocer de la causa, “dada la importancia que reviste la cuestión para el arbitraje comercial internacional”.<sup>263</sup> Así, según el razonamiento del voto de la mayoría, la cuestión planteada ante la Corte Suprema consistía en “decidir a quién le compete —en primer lugar— (al tribunal o al árbitro) la responsabilidad de interpretar y aplicar el requisito de agotar los recursos internos del Estado receptor”.<sup>264</sup> La Corte Suprema, en una decisión histórica y pro-arbitraje del 5 de marzo de 2014, se pronunció por mayoría a favor del arbitraje internacional, decidiendo que a su juicio, la responsabilidad de decidir sobre la competencia recae sobre los árbitros, mientras que los tribunales judiciales deben revisar las decisiones de los árbitros, tomando en debida consideración lo decidido por éstos. Para llegar a esta decisión, la Corte resolvió los siguientes puntos, varios de ellos altamente controvertidos:

- La Corte decidió tratar el instrumento internacional en cuestión como un contrato celebrado entre personas físicas o jurídicas de carácter privado. Y

---

<sup>263</sup> *BG Group v. Argentina*, Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso No. 12-138, 572 U.S., de fecha 5 de marzo de 2014, p. 5. (“Given the importance of the matter for international commercial arbitration, we granted the petition.”).

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 6. (“The question before us is whether a court of the United States, in reviewing an arbitration award made under the Treaty, should interpret and apply the local litigation requirement de novo, or with the deference that courts ordinarily owe arbitration decisions. That is to say, who—court or arbitrator—bears primary responsibility for interpreting and applying the local litigation requirement to an underlying controversy? In our view, the matter is for the arbitrators, and courts must review their determinations with deference.”).

determinó que el hecho de que el documento se trataba de un tratado no suponía un cambio fundamental en el análisis del caso.<sup>265</sup>

- Decidió que la disposición contenida en el artículo 8 del TBI entre Argentina y el Reino Unido, objeto del análisis, era una condición de carácter procesal suspensiva en relación con el inicio del procedimiento arbitral, la cual señalaba cuándo surge la obligación contractual de someterse una controversia a un proceso arbitral, y no así, si existe ésta en tal sentido.<sup>266</sup>
- No aceptó la opinión del Procurador General (*Solicitor General*) sobre que la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo ante la sede judicial del Estado receptor podría constituir “una condición por parte del Estado para prestar su consentimiento a fin de celebrar un acuerdo de arbitraje”.<sup>267</sup>

La Corte manifestó que un tratado es un contrato, si bien celebrado entre naciones. Así pues, su interpretación consiste normalmente, como sucede con la interpretación de los contratos, en determinar la intención de las partes, y cuando se le pide a un tribunal federal que interprete esa intención este debe aplicar la legislación nacional de la Corte que resuelve, en este caso el derecho estadounidense, es decir, la *Federal Arbitration Act*.<sup>268</sup>

---

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 6. (“In answering the question, we shall initially treat the document before us as if it were an ordinary contract between private parties. Were that so, we conclude, the matter would be for the arbitrators. We then ask whether the fact that the document in question is a treaty makes a critical difference. We conclude that it does not.”).

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 8. (“The text and structure of the provision make clear that it operates as a procedural condition precedent to arbitration. It says that a dispute “shall be submitted to international arbitration” if “one of the Parties so requests,” as long as “a period of eighteen months has elapsed” since the dispute was “submitted” to a local tribunal and the tribunal “has not given its final decision.” Art. 8(2). It determines when the contractual duty to arbitrate arises, not whether there is a contractual duty to arbitrate at all.”).

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 10; Memorial de los Estados Unidos como *Amicus Curiae*, p. 25.

<sup>268</sup> *Ibid.*, pp. 10-11.

Al respecto, dos jueces, el Juez Roberts y el Juez Kennedy, votaron en disidencia y la Jueza Sotomayor votó en coincidencia parcial.

En la coincidencia parcial,<sup>269</sup> la Jueza Sotomayor estuvo de acuerdo con la mayoría sobre que la condición de agotar los recursos internos del Estado receptor de la inversión constituye una condición previa de índole procesal y no así una condición relativa al consentimiento que debe prestar Argentina para acudir al arbitraje. Sin embargo, no estuvo de acuerdo en un pronunciamiento de la mayoría sobre que la decisión adoptada por las partes en un tratado para describir su consentimiento al arbitraje “muy probablemente no constituye un elemento determinante” al decidir si la intención de las partes era que la condición fuese resuelta por un tribunal.<sup>270</sup> Ya que al contrario, “el consentimiento es especialmente relevante en el contexto de un tratado bilateral de inversiones, cuando el tratado no constituye una norma acordada previamente entre partes determinadas que habilita la posibilidad de recurrir al arbitraje, sino una oferta permanente que propone un Estado nacional para que un conjunto indeterminado de inversores privados pueda recurrir a la vía arbitral”.<sup>271</sup>

Para lo cual, la Jueza concluyó que si la prescripción relativa a la iniciación de un proceso judicial ante los tribunales de un Estado contratante se caracterizara

---

<sup>269</sup> *BG Group v. Argentina*, Voto en Coincidencia Parcial, No. 12-138, 5 de marzo de 2014.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 1. (“I agree with the Court that the local litigation requirement at issue in this case is a procedural precondition to arbitration (which the arbitrators are to interpret), not a condition on Argentina’s consent to arbitrate (which a court would review de novo). I write separately because, in the absence of this express reservation, the opinion might be construed otherwise. The Court appears to suggest in dictum that a decision by treaty parties to describe a condition as one on their consent to arbitrate “is unlikely to be conclusive” in deciding whether the parties intended for the condition to be resolved by a court.”).

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 2. (“Consent is especially salient in the context of a bilateral investment treaty, where the treaty is not an already agreed-upon arbitration provision between known parties, but rather a nation state’s standing offer to arbitrate with an amorphous class of private investors. In this setting, a nation-state might reasonably wish to condition its consent to arbitrate with a previously unspecified investor counterparty on the investor’s compliance with a requirement that might be deemed “purely procedural” in the ordinary commercial context.”).

como una condición relativa al “consentimiento” que deben prestar las partes en el tratado para poder recurrir a la vía arbitral, ello cambiaría el enfoque del análisis respecto de si la intención de las partes era que esa prescripción fuese interpretada por un árbitro o un tribunal judicial. Sin embargo, tal como está redactada, y si las partes concuerdan en ello, la prescripción relativa a la sustanciación de un reclamo en la sede judicial del Estado receptor no ha sido caracterizada como una condición relativa al consentimiento.<sup>272</sup>

Mientras que en la disidencia,<sup>273</sup> los jueces critican severamente los pronunciamientos hechos por la mayoría sobre considerar el TBI como un contrato entre personas morales y físicas. Así como que la presentación de la controversia ante los tribunales judiciales es una condición para la concertación de un acuerdo, y no una simple cuestión relativa a la ejecución de uno existente. Derivado de lo anterior, hacen un análisis profundo del consentimiento del Estado a un arbitraje internacional con referencia a la oferta del Estado receptor en un TBI que debe ser aceptada por un inversionista del otro Estado contratante mediante un acto. En el TBI entre el Reino Unido y Argentina, este acto es recurrir a los tribunales competentes de Argentina, ya sea hasta obtener una “decisión definitiva” o durante un período de 18 meses, lo que ocurra primero.

Así, hasta que el inversionista no cumpla con dicha condición o, tal vez, esgrima una excusa válida para no hacerlo, éste no habrá aceptado las

---

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 3. (“Accordingly, if the local litigation requirement at issue here were labeled a condition on the treaty parties’ “consent” to arbitrate, that would in my view change the analysis as to whether the parties intended the requirement to be interpreted by a court or an arbitrator. As it is, however, all parties agree that the local litigation requirement is not so denominated.”).

<sup>273</sup> *BG Group v. Argentina*, Voto en Disidencia, No. 12-138, 5 de marzo de 2014.

condiciones establecidas en la oferta de arbitraje realizada por Argentina, y por ende, no se habrá celebrado acuerdo de arbitraje alguno con dicho país.<sup>274</sup> Además, los jueces citan otros casos de Argentina en los que tribunales arbitrales en casos CIADI han llegado a la misma conclusión en relación con prescripciones similares relativas al agotamiento de los recursos internos en el Estado receptor contenidas en otros TBIs celebrados por Argentina.<sup>275</sup>

La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, tanto en su opinión mayoritaria, como en los votos concurrente y disidente, sentó criterios que contribuyen al debate de diversos temas controversiales en el arbitraje de inversión. Por una parte, el consentimiento al arbitraje como una cuestión que le corresponde a los tribunales nacionales decidirla *de novo*, pero sin perder la precedencia que se le debe al tribunal arbitral para decidir el fondo de la controversia.<sup>276</sup>

En principio, es la primera vez que la Corte se pronuncia sobre el estándar de revisión de un laudo derivado de un tratado de inversión.<sup>277</sup> Varios autores y abogados en la materia como Emmanuel Gaillard, Timothy Nelson, George Bermann, y Alan Rau, se han pronunciado a favor de la decisión, sin embargo están conscientes de que la conclusión de la Corte sobre que el requisito de

---

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 6. (“By incorporating the local litigation provision in Article 8(1), paragraph 8(2)(a) establishes that provision as a term of Argentina’s unilateral offer to arbitrate. To accept Argentina’s offer, an investor must therefore first litigate its dispute in Argentina’s courts—either to a “final decision” or for 18 months, whichever comes first. Unless the investor does so (or, perhaps, establishes a valid excuse for failing to do so. . .), it has not accepted the terms of Argentina’s offer to arbitrate, and thus has not formed an arbitration agreement with Argentina.”).

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 7. Ver *Daimler Financial Services AG v. La República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, de fecha 22 de agosto de 2012, ¶¶193, 194; *Wintershall v. Argentina*, *op. cit.*, Laudo, ¶116.

<sup>276</sup> Reyes Díaz, Carlos, *BG Group v. Argentina. Arbitraje inversionista-Estado. Decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, Volumen 2 – Número 1, Facultad de Derecho – UNAM, 2014, México, p. 198.

<sup>277</sup> *BG v. Argentina: reactions*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 10 de marzo de 2014.

agotamiento de recursos internos es meramente un requisito procesal, será “controversial”.

En contraste, el abogado internacionalista francés Pierre Marie Dupuy, criticó severamente la decisión de la Corte Suprema en tres puntos principales: (i) la Corte decidió 7-2 en contra de Argentina para establecer que los árbitros actuaron dentro de su poder cuando decidieron que BG Group no requería litigar en los tribunales argentinos antes de iniciar un arbitraje; (ii) la Corte Suprema consideró que la precondition de 18 meses en el TBI era un “requisito procesal” que no trataba con la “arbitrabilidad” de la controversia, sino con “el significado y aplicación de precondiciones particulares”, lo cual determinó era un requisito de admisibilidad; y (iii) falló en considerar que el instrumento a interpretar era un tratado y no un contrato.<sup>278</sup> Asimismo, aplaudió la crítica de los Jueces Roberts y Kennedy quienes señalaron que no sólo la Corte Suprema no había hecho una diferencia entre un tratado y un contrato, sino que también “en ningún lugar explicó cuando y como Argentina acordó con BG Group someterse a arbitraje”.<sup>279</sup>

Uno de los debates de fondo de este caso es si la condición o requisito de acudir a los tribunales internos del Estado receptor por cierto periodo de tiempo para litigar la controversia antes de acudir a arbitraje es una cuestión de proceso o si es una condición de consentimiento. Las dos posturas se reflejaron en este caso, la Corte Suprema apoyó la postura de ser un requisito procesal, mientras que la opinión disidente se pronunció a favor de ser una condición de consentimiento.

---

<sup>278</sup> Marie Dupuy, Pierre, *op. cit.*, p. 232.

<sup>279</sup> Marie Dupuy, Pierre, *op. cit.*, p. 232; *BG Group v. Argentina*, Voto en Disidencia, *op. cit.*, p. 3.

Otro debate apoyado por otro autor se refiere a que si los Estados, al suscribir un All, consienten por ese mismo acto en el sometimiento al arbitraje, o si se requiere de un acto posterior para formalizar ese consentimiento. El razonamiento jurídico de la mayoría en este sentido, aunque un tanto vago, fue admitir este sometimiento desde el mismo momento de la suscripción del tratado. Mientras que la opinión disidente apoya el argumento de los Estados sobre que la cláusula arbitral en los Alls es una intención manifiesta de las naciones de someter sus conflictos a una instancia independiente de los tribunales y cortes nacionales. Por lo que la formalización del consentimiento contenido en dicha cláusula debe ser lo más clara posible.<sup>280</sup>

En línea con lo anterior, los jueces Roberts y Kennedy, al abordar de manera más profunda el trasfondo del consentimiento en su disidencia, apoyaron la interpretación ampliamente aceptada de que el consentimiento de los Estados a un procedimiento arbitral es una mera oferta unilateral que debe ser aceptada por el inversionista para perfeccionar el mismo, para lo cual los Estados pueden poner las limitantes y condiciones que crean convenientes.

Entre otros temas, la mayoría se pronunció controversialmente sobre ciertos puntos como equiparar un contrato con un tratado internacional, interpretar las disposiciones del tratado con el derecho nacional y no con el internacional, y considerar el requisito de Argentina de agotar los recursos locales internos como una condición meramente procesal y no relativa a su consentimiento, como si el

---

<sup>280</sup> Reyes Díaz, Carlos, *op. cit.*, p. 198.

TBI en cuestión fuera celebrado con un inversionista en particular y no con otro Estado.

La decisión mayoritaria de la Corte tuvo dos efectos, tanto fortalece los derechos de inversión, como da un golpe a la libertad soberana del Estado para reaccionar política y jurídicamente sobre una crisis. Sin embargo, la decisión de la Corte Suprema plantea dos vías para analizar un requisito como el de recurrir a tribunales domésticos del Estado receptor por un periodo de tiempo, ya sea como cuestión de proceso o como condición de consentimiento, lo cual ciertamente será objeto de futuros debates y análisis.

El arbitraje entre BG Group y Argentina fue declarado válido y se confirmó la condena a pagar por Argentina de 185,3 millones de dólares de compensación por daños y perjuicios. Este año, el 13 de mayo de 2016, el Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de Argentina publicó en un comunicado que “en el marco de la normalización de las relaciones internacionales, se ha alcanzado un acuerdo con BG Group PLC”, en el que contemplaba saldar los montos acordados en el laudo a través de la entrega de varios millones de dólares en bonos.<sup>281</sup> Recientemente, el 26 de octubre de 2016, se publicó una noticia sobre que Argentina había efectivamente pagado más de 200 millones de dólares en bonos a BG Group y a El Paso Corporation.<sup>282</sup>

---

<sup>281</sup> Acuerdos con BG Group y El Paso Energy en el marco del CIADI, Sala de Prensa, Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de Argentina, de fecha 13 de mayo de 2016, *disponible en* <http://www.economia.gob.ar/acuerdos-con-bg-group-y-el-paso-energy-en-el-marco-del-ciadi/>.

<sup>282</sup> Jones, Tom, *Third parties collect on Argentina's treaty awards*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 26 de octubre de 2016.



El tema de las precondiciones para tener acceso a un arbitraje internacional ha sido muy debatido por tribunales arbitrales en las últimas dos décadas. Es interesante observar el intento de varios demandantes de utilizar la cláusula de NMF a fin de evitar la aplicación de estas condiciones. Se observa que estos requisitos previos deberían ser agotados si se analiza desde la óptica condición de consentimiento. Mientras que el caso *BG Group v. Argentina* no fue firme y claro en su posición a favor del Estado, *Wintershall v. Argentina* viene a ser un recordatorio importante de que lo que está en juego, cuando se consideran las precondiciones y los argumentos que se invocan para desecharlas, es nada menos que el consentimiento a arbitraje otorgado en un All por dos o más Estados.<sup>283</sup>

c. *Yukos v. Rusia*

Por otro lado, tenemos el arbitraje Yukos,<sup>284</sup> el cual es un caso que si bien no aborda el tema de condiciones al consentimiento en la forma de un requisito de acudir a tribunales domésticos del Estado receptor por un periodo de tiempo, para nuestros efectos, trata acerca de un tema que también está relacionado con la *ratione voluntatis*, la aplicación provisional de un tratado y sus efectos.

Este también es un caso que sentó uno de los precedentes más importantes en la historia del arbitraje de inversión. En principio, porque es el laudo más cuantioso en la vida del arbitraje inversionista-Estado en el marco de un tratado, ya que el tribunal arbitral le ordenó a Rusia pagar la cantidad de más de \$50 mil

---

<sup>283</sup> Marie Dupuy, Pierre, *op. cit.*, p. 234.

<sup>284</sup> *Yukos v. Rusia*, *op. cit.*

millones de dólares de indemnización por expropiación indirecta a las demandantes, en tres decisiones emitidas el 18 de julio de 2014.

Este caso está íntimamente relacionado con el tema del consentimiento a un arbitraje, ya que el pasado 20 de abril de 2016, la Corte de Distrito de la Haya revocó la decisión del tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje al determinar que no había un acuerdo arbitral válido, por lo que el tribunal de la CPA no tenía jurisdicción para resolver la controversia al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía.

Para el año 2002, OAO Yukos Oil Company (Yukos) era la compañía más grande de Rusia en el sector del petróleo y gas, y estaba listada como una de las diez mejores empresas de este sector del mundo. Las demandantes de este caso, Hulley Enterprises Limited, Yukos Universal Limited y Veteran Petroleum Limited, las cuales en conjunto tenían el 70.5 por ciento de las acciones en Yukos, reclamaron a Rusia que desde julio de 2003, ésta había implementado una serie de medidas que llevaron a Yukos a declararse en quiebra en agosto de 2006. Eventualmente, los bienes de Yukos fueron expropiados y dos empresas estatales rusas adquirieron el resto de los activos.

El arbitraje fue abrumador en todos los sentidos; duró 10 años, ya que inició en el año 2004, cuando las demandantes presentaron sus solicitudes de arbitraje ante la CPA, utilizando las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI al amparo del TCE, y terminó con los laudos del tribunal en el año 2014; el caso incluyó 37 días de audiencias, contando una audiencia de 21 días sobre el fondo del asunto que se llevó a cabo en La Haya en 2012, a la cual atendieron más de 50 representantes

de las partes; 8 testigos de hecho comparecieron por las demandantes y ningún testigo compareció por Rusia, lo cual fue criticado por el tribunal; éste consideró la evidencia de 15 peritos, 6,500 páginas de escritos, 11,000 apéndices presentados y transcripciones de la audiencia de 3,300 páginas.<sup>285</sup>

Antes de decidir el fondo, el tribunal emitió un laudo interlocutorio sobre la jurisdicción en el 2009.<sup>286</sup> Aunque el tribunal sostuvo su jurisdicción para resolver la controversia planteada en los tres casos, pospuso dos temas jurisdiccionales para la fase del fondo. Estos dos puntos son (a) si la conducta ilícita de las demandantes lo privaba de la protección conforme al TCE, mejor conocida como objeción de “*unclean hands*” y (b) si el tribunal tenía jurisdicción sobre las reclamaciones de las medidas fiscales distintas de los “impuestos por expropiación”.

En este laudo interlocutorio, se abordaron varios puntos sobre los temas de jurisdicción y admisibilidad de la controversia. Para el caso que nos ocupa, se discutieron los siguientes, mismos que abordan problemáticas similares a las que se presentan en los arbitrajes CIADI:

- Aplicación provisional del TCE. Los Estados signatarios del TCE están obligados a aplicar provisionalmente el tratado pendiente de ratificarse, de acuerdo con el artículo 45(1). Rusia firmó el TCE el 17 de diciembre de 1994, pero nunca lo ratificó. El 20 de agosto de 2009, durante los

---

<sup>285</sup> *Yukos investors win record sum against Russia*, en Global Arbitration Review, de fecha 15 de agosto de 2014.

<sup>286</sup> *Yukos v. Russia: Issues and legal reasoning behind US\$50 billion awards*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IISD) de fecha 4 de septiembre de 2014, disponible en <https://www.iisd.org/itn/2014/09/04/yukos-v-russia-issues-and-legal-reasoning-behind-us50-billion-awards/>.

procedimientos arbitrales, Rusia le notificó al depositario que no tenía intenciones de ratificarlo. El tribunal sostuvo que el TCE aplicó provisionalmente desde su fecha de firma hasta el 18 de octubre de 2009 (60 días después de la notificación). También sostuvo que las inversiones realizadas en Rusia durante la aplicación provisional del tratado se beneficiarían de las protecciones contempladas en el TCE por 20 años más (hasta octubre 19 de 2029) de conformidad con la cláusula de terminación. Por lo que la notificación de Rusia de su intención de no ratificar el tratado no afectó la jurisdicción del tribunal.

Rusia argumentó que solamente podían aplicar provisionalmente aquellas disposiciones que fueran consistentes con el derecho ruso, y que las disposiciones del TCE sobre la solución de controversias no lo eran. Este argumento no fue aceptado por el tribunal, que sostuvo que la aplicación provisional del tratado es un asunto de “todo o nada”: “o todo el tratado es aplicado provisionalmente o no se aplica en absoluto”.<sup>287</sup> Además, el tribunal concluyó que la aplicación provisional no dependía de un análisis de consistencia de cada disposición con la legislación nacional del Estado, sino que dependía de si el principio de aplicación provisional en sí mismo era consistente con esa legislación.<sup>288</sup> El tribunal determinó que ese era el caso conforme al derecho ruso, por lo que sostuvo su jurisdicción.<sup>289</sup>

---

<sup>287</sup> *Yukos v. Rusia*, Laudo Interlocutorio sobre la Jurisdicción y la Admisibilidad, de fecha 30 de noviembre de 2009, ¶ 311. (“*The Tribunal therefore concludes that the Limitation Clause in Article 45(1) contains an “all-or-nothing” proposition: either the entire Treaty is applied provisionally, or it is not applied provisionally at all.*”).

<sup>288</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 422.

<sup>289</sup> *Yukos v. Rusia*, Laudo Interlocutorio sobre la Jurisdicción y la Admisibilidad, *op. cit.*, ¶¶ 312, 338. (“*Furthermore, the Tribunal concludes that the determination of this “all-or-nothing” question depends on the consistency of the principle of provisional application with a signatory’s domestic law. . . . The Tribunal*

- Las demandantes como “inversionistas”. Este punto fue argumentado por Rusia respecto de que las demandantes no calificaban como “inversionistas” conforme al TCE, debido a que eran sociedades ficticias propiedad de, y controladas por, nacionales de Rusia, el Estado receptor de la inversión. Para abordar este punto, el tribunal citó el caso de *Plama v. Bulgaria*, el cual, al hacer una lectura literal y sencilla del TCE, determinó que el único requisito de una sociedad para calificar como un inversionista sujeto a protección es ser constituida conforme a las leyes de un Estado contratante del TCE.<sup>290</sup> En este caso, el tribunal sostuvo que dado que las demandantes estaban constituidas conforme a las leyes de la Isla de Man, que es una dependencia de la Corona Británica, y el Reino Unido ratificó el TCE el 16 de diciembre de 1997 y extendió esa ratificación a la Isla de Man, las demandantes eran inversionistas sujetas de protección, sin importar la nacionalidad de sus propietarios o controladores.<sup>291</sup>

El 18 de julio de 2014, el tribunal emitió su laudo final, en el que condenó a Rusia a pagar la cantidad de más de \$50 mil millones de dólares de indemnización por expropiación indirecta a las demandantes.<sup>292</sup> El laudo fue 20 veces más

---

*therefore has no difficulty in concluding that the principle of provisional application is perfectly consistent with the Constitution, laws and regulations of the Russian Federation.”).*

<sup>290</sup> *Ibid.*, ¶ 411. (“On its face, Article 1(7)(a)(ii) of the ECT contains no requirement other than that the claimant company be duly organized in accordance with the law applicable in a Contracting Party. The Tribunal agrees with Professor Crawford that in order to qualify as a protected Investor under Article 1(7) of the ECT, a company is merely required to be organized under the laws of a Contracting Party.”). Ver también *Plama Consortium Limited v. La República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 8 de febrero de 2005.

<sup>291</sup> *Ibid.*, ¶ 417. (“The Tribunal accordingly holds that Claimant, being a company organized in accordance with the laws of the Isle of Man, qualifies as an Investor for the purposes of Article 1(7)(a)(ii) of the ECT.”).

<sup>292</sup> *Yukos v. Rusia*, Laudo Final, de fecha 18 de julio de 2014, ¶ 515. (“the State apparatus decided to take advantage of that vulnerability by launching a full assault on Yukos and its beneficial owners in order to

grande que cualquier otro laudo arbitral previo y equivalente al 20% del presupuesto anual de Rusia,<sup>293</sup> por lo que los abogados de Yukos celebraron el resultado.<sup>294</sup>

Después del laudo de la CPA, sucedieron dos eventos, primero, los antiguos accionistas mayoritarios de Yukos iniciaron los procedimientos para ejecutar el laudo en contra de los bienes de Rusia en otras partes del mundo, como Francia, Bélgica, Alemania, el Reino Unido y la India; mientras que Rusia impugnó el laudo ante la Corte de Distrito de La Haya por ser la sede del arbitraje.

El 20 de abril de 2016, en una decisión muy esperada, la Corte de Distrito de La Haya, anuló los seis laudos arbitrales Yukos (3 laudos interlocutorios y 3 laudos finales) en contra de Rusia. Fue la primera vez que la Corte de Distrito de La Haya en 20 años anulaba un laudo arbitral. La Decisión de la Corte de Distrito se pronunció en el sentido de que el tribunal arbitral de la CPA había emitido los laudos arbitrales Yukos careciendo de jurisdicción. La Corte dictó las siguientes resoluciones:

- Para determinar la competencia del tribunal, la Corte de Distrito examinó si
  - (i) el TCE aplicaba provisionalmente de acuerdo con el artículo 45 del TCE

---

*bankrupt Yukos and appropriate its assets while, at the same time, removing Mr. Khodorkovsky from the political arena.”).*

<sup>293</sup> Knowles, Ben, Khaled Moyeed y Nefeli Lamprou, *The US\$50 billion Yukos award overturned – Enforcement becomes a game of Russian roulette*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 13 de mayo de 2016.

<sup>294</sup> En una conferencia de prensa llevada a cabo unos días después de la emisión del laudo final, Emmanuel Gaillard, abogado de los antiguos accionistas de Yukos dijo *“This is a great day for the rule of law: a superpower like the Russian Federation is held accountable for its violations of international law by an independent arbitral tribunal of the highest possible calibre”*. Asimismo, Tim Osborne, director de una sociedad que tenía acciones indirectamente en Yukos señaló que el laudo era *“a major victory”*. Ver *Yukos investors win record sum against Russia*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 15 de agosto de 2014.

y (ii) si la cláusula arbitral del artículo 26 del TCE era consistente con el derecho ruso.<sup>295</sup>

(i) La Corte examinó primero el efecto de lo que se denominó la “cláusula de limitación” contenida en el artículo 45(1) del TCE, la cual dispone que la aplicación provisional del tratado no deberá ir en contra de la constitución, leyes o regulaciones del país signatario.<sup>296</sup>

En este sentido, Rusia argumentó que dicha cláusula requiere de una interpretación “escalonada” que involucra analizar si cada disposición del TCE es consistente con la Constitución, leyes y regulaciones de Rusia. Mientras que los antiguos accionistas de Yukos argumentaron que el cuestionamiento es un ejercicio del “todo o nada” el cual requiere un análisis y la determinación de si el principio de aplicación provisional *per se* es inconsistente con la Constitución, leyes y regulaciones de Rusia.<sup>297</sup>

Mientras que el tribunal de la CPA siguió el enfoque “todo o nada” de los antiguos accionistas de Yukos, la Corte de Distrito de La Haya aceptó la interpretación de Rusia del artículo 45(1) del TCE, determinó que el lenguaje del artículo requería un examen de cada disposición por

---

<sup>295</sup> *Yukos v. Rusia*, Sentencia conjunta de fecha 20 de abril de 2016, Sala de Asuntos Comerciales, Corte de Distrito de La Haya, Países Bajos, ¶ 5.5.

<sup>296</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 45(1) (“Los signatarios convienen en aplicar el presente Tratado de manera provisional, a la espera de su entrada en vigor con arreglo al artículo 44, siempre y cuando dicha aplicación provisional no esté en contradicción con su constitución, leyes o reglamentos”).

<sup>297</sup> *Yukos v. Rusia*, Sentencia conjunta, *op. cit.*, ¶ 292, 5.8. (“*In the opinion of the Russian Federation, the scope of the provisional application depends on the agreement of each individual treaty provision with the Constitution, laws or regulations. By relying on the same arguments as are stated in the Interim Awards, the defendants have supported the Tribunal’s opinion. This means that it essentially concerns the question whether or not the Limitation Clause should be interpreted in such a way that this clause relates to the provisional application principle – in which case the possibility of applying the ECT (as a whole) provisionally depends on the answer to the question whether national law provides for this principle – or that the provisional application of the ECT is limited to the treaty provisions that are not contrary to national law.*”).

separado del TCE para determinar si las disposiciones ahí contenidas eran contrarias a la constitución u a otra legislación o regulación del Estado concerniente. La Corte sostuvo que Rusia, que nunca ratificó el TCE, sólo estaba vinculada por las disposiciones del mismo que se reconciliaban con el derecho ruso.<sup>298</sup>

Para llegar a esta conclusión, la Corte observó la Convención de Viena para interpretar la “cláusula de limitación” y decidir que el sentido corriente de las palabras contenidas en el artículo 45(1) del TCE apoyaba la interpretación argumentada por Rusia. Además, la Corte consideró que para la interpretación de esta cláusula, no se le debía dar significado al hecho de que la opinión del tribunal estuvo apoyada por la opinión de otro – que casualmente estuvo presidido por la misma persona – en otro arbitraje al amparo del TCE, el caso *Kardassopoulos v. Georgia*.<sup>299</sup>

- (ii) De acuerdo con la interpretación que tomó la Corte, su siguiente paso fue considerar si la cláusula arbitral contenida en el artículo 26 del TCE<sup>300</sup> (de la cual el tribunal arbitral derivó su competencia) no era inconsistente con la Constitución rusa, su legislación u otras regulaciones.<sup>301</sup>

---

<sup>298</sup> *Ibid.*, ¶ 5.23. (“The foregoing considerations lead to the conclusion that the court accepts the Russian Federation’s supported interpretation of Article 45 ECT. This means that the Russian Federation was only bound by the treaty provisions reconcilable with Russian law.”).

<sup>299</sup> *Ibid.*, ¶¶ 290-329; 5.6-5.13.

<sup>300</sup> Ver Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 26 “Solución de Controversias entre un Inversor y una Parte Contratante”.

<sup>301</sup> *Yukos v. Rusia*, Sentencia conjunta, *op. cit.*, ¶ 5.32. (“[t]he question arises – and this is also the subject of dispute between the parties – whether the arbitral provision in Article 26 ECT, from which the Tribunal derived its competence, is in accordance with Russian law.”).



La Corte rechazó el argumento de los antiguos accionistas de Yukos sobre que una disposición del TCE (como el artículo 26) sólo puede ser incompatible con el derecho ruso si la disposición del tratado concerniente está expresamente prohibida como cuestión de derecho doméstico. La Corte determinó que esta interpretación limitada no estaba sustentada por una interpretación textual del artículo 45 del TCE ni era evidente.<sup>302</sup> En consecuencia, la Corte sostuvo que la aplicación provisional de una disposición del TCE también es contraria al derecho doméstico de un Estado signatario si no está en el mismo sentido de su sistema jurídico, o si es irreconciliable con los principios establecidos o derivados de la legislación nacional del Estado.<sup>303</sup>

Con base en el análisis contenido en los informes periciales presentados por Rusia, la Corte estableció que la cláusula arbitral del artículo 26 del TCE no tenía un sustento jurídico en el derecho ruso, y por lo tanto era incompatible con los principios establecidos en éste. Específicamente, la Corte señaló que el derecho ruso limita la opción de arbitraje a controversias del orden civil y no da una base para someterse a arbitraje respecto de disputas de naturaleza de derecho

---

<sup>302</sup> *Ibid.*, ¶ 5.33. (“In the view of the defendants, a provision of the ECT, such as Article 26, can only be incompatible with Russian law if the Treaty provision concerned is prohibited in national law. They believe that there cannot be incompatibility if Russian law does not expressly provide for the treaty provision concerned. The court holds that the defendants’ interpretation is too limited. Leaving aside the fact that a linguistic explanation of Article 45 ECT does not yield a basis for such an interpretation, it is also not evident.”) (énfasis en el original).

<sup>303</sup> *Ibid.* (“Given in part the fact that the provisional application finds its legitimacy in the signing (and the sovereignty of the Signatories is at stake in a number of treaty provisions), the provisional application of the arbitral provision contained in Article 26 is also contrary to Russian law if there is no legal basis for such a method of dispute settlement, or – when viewed in a wider perspective – if it does not harmonise with the legal system or is irreconcilable with the starting points and principles that have been laid down in or can be derived from legislation.”).

internacional público que surjan de relaciones jurídicas entre inversionistas extranjeros y Rusia.<sup>304</sup>

Finalmente, de conformidad con el artículo 45(1) del TCE, la Corte de Distrito sostuvo que Rusia no estaba vinculada por la aplicación provisional (de la cláusula arbitral) del artículo 26 del TCE con base solamente en la firma del TCE. La Corte determinó que por lo tanto Rusia nunca hizo una oferta incondicional de consentimiento para someterse a arbitraje dentro del significado del artículo 26. Lo que resultó en que la notificación de arbitraje de los antiguos accionistas de Yukos para Rusia no constituyera un acuerdo arbitral válido, y por lo tanto, el tribunal no era competente para resolver la controversia al carecer de jurisdicción.<sup>305</sup>

La Corte en su sentencia, anuló los laudos interlocutorios y los laudos finales dictados por el tribunal arbitral CPA, y por lo tanto ordenó a los antiguos

---

<sup>304</sup> *Ibid.*, ¶ 5.51. (“In view of the fact that Article 9 paragraph 1 [of the Law on Foreign Investments 1991] favours proceedings before the Russian court for civil-law disputes arising from public-law legal relationships and only provides for other modes of dispute resolution if a treaty provides for it, this provision does not offer an independent legal basis for arbitration between the defendants and the Russian Federation.”); ¶ 5.58 (“[t]he court arrives at the opinion that also Article 10 of the Law on Foreign Investments 1999 does not provide a separate legal base for the arbitration of disputes between an investor and a state in international arbitral proceedings, as provided for in Article 26 ECT. Therefore, the court does not follow the Tribunal’s opinion that such disputes, and therefore also the current dispute, can be arbitrated based on Russian law.”).

<sup>305</sup> *Ibid.*, ¶¶ 5.95-5.96. (“The opinion delivered in this judgment leads to the final conclusion that from Article 45 paragraph 1 ECT it follows that based only on the signature of the ECT, the Russian Federation was not bound by the provisional application of the arbitration regulations of Article 26 ECT. The Russian Federation never made unconditional offer for arbitration, in the sense of Article 26 ECT. As a result, the defendants’ “notice of arbitration” did not form a valid arbitration agreement. . . . From that which has been stated in 5.95, it follows that the Tribunal wrongly declared itself competent in the Arbitration to take cognizance of the claims and issue the ensuing award.”).

accionistas de Yukos pagar los costos incurridos por Rusia en los procedimientos de anulación, los cuales aproximadamente suman €16,801.80.<sup>306</sup>

Esta sentencia de anulación puso de cabeza a los antiguos accionistas de Yukos y a los procedimientos de ejecución en curso en diferentes países. En lo que respecta a los antiguos accionistas, después de anunciar que apelarían la sentencia de la Corte de Distrito, el 18 de julio de 2016, dos días antes de vencer el término de tres meses para presentar el recurso de apelación ante la Corte de Apelación de La Haya, ésta recibió el escrito de apelación de Yukos. Tim Osborne, director de una filial de Yukos, señaló que “tiene confianza en que la apelación será satisfactoria” y que “la Corte de Apelación de La Haya corregirá los errores de la decisión de abril de la Corte de Distrito”.<sup>307</sup>

La Corte de Apelación considerará el asunto *de novo*, es decir, estudiará todos los argumentos y detalles de nuevo. En caso de que la sentencia de apelación no fuese satisfactoria para los accionistas, aún tendrían la posibilidad de acudir a la Corte Suprema de los Países Bajos. El procedimiento entero podría tardar un periodo de 5 años para resolverse completamente.

En lo que respecta a los procedimientos de ejecución de los laudos iniciados en diferentes países, puede que se torne complicado llevarlos a buen puerto, toda

---

<sup>306</sup> *Ibid.*, ¶¶ 5.97, 5.99; Strik, Daniella, Georgios Fasfalis y Marc Krestin, *Yukos Awards set Aside by The Hague District Court*, Kluwer Arbitration Court, de fecha 27 de abril de 2016.

<sup>307</sup> Ross, Alisson, *Yukos shareholders seek to reinstate award*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 19 de julio de 2016; *The former shareholders of Yukos appealed the decision of the court in the Hague in favor of Russia*, en *News – Russia, US, World*, de fecha 18 de julio de 2016, disponible en <http://sevendaynews.com/2016/07/18/the-former-shareholders-of-yukos-appealed-the-decision-of-the-court-in-the-hague-in-favor-of-russia/> y <http://edesknews.com/the-former-shareholders-of-yukos-appealed-the-decision-of-the-court-in-the-hague-in-favor-of-russia/>; Correa, Diana, *Yukos: la saga continúa entre apelaciones y ejecuciones*, en *Blog de Derecho de los Negocios*, de fecha 1 de agosto de 2016, disponible en <http://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/yukos-la-saga-continua-entre-apelaciones-y-ejecuciones/>. Ver también Ross, Alison, *Yukos set-aside: Hague Court declines to split appeal*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 23 de septiembre de 2016.

vez que el fundamento jurídico para el reconocimiento y la ejecución de los laudos es la Convención de Nueva York, la cual establece en el artículo (V)(1)(e) que un Estado podrá negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo si ha sido anulado por una corte de la sede del arbitraje.<sup>308</sup> La problemática para la ejecución surge del lenguaje que utiliza la Convención de Nueva York, ya que el uso de la palabra “podrá” se refiere a un estándar discrecional en lugar de uno obligatorio. Por lo que en este caso, dependerá de la discreción de las cortes nacionales, en donde los antiguos accionistas de Yukos hayan iniciado los procedimientos de ejecución, que observen la sentencia de la Corte de Distrito de La Haya y rechacen ejecutar, o por el contrario, reconozcan y ejecuten los laudos Yukos.

En consecuencia de la apelación presentada el pasado julio de 2016, a fin de ahorrar tiempo y dinero, los antiguos accionistas decidieron suspender los procedimientos de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en Estados Unidos, Reino Unido, Alemania y Bélgica. Sin embargo, estos procedimientos serán reactivados si la Corte de Apelación se pronuncia en favor de Yukos.

El caso Yukos inició hace más de una década, siendo un arbitraje tan sonado, en donde los costos alcanzaron niveles sin precedentes, y estando a la espera de un tiempo excesivamente largo para que la justicia siga su curso, claramente este caso no ha pasado ni pasará desapercibido en el mundo del arbitraje de inversión. Lo que sigue para Yukos es difícil de predecir, especialmente en vista de las cuestiones políticas por las que atraviesa Rusia y el mundo en general. Sin

---

<sup>308</sup> Artículo (V)(1)(e) de la Convención de Nueva York (“1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”). (énfasis añadido).

embargo, este caso ya representa un reto para la comunidad arbitral a fin de poner a prueba sus límites y asentar nuevos precedentes. Por lo mismo, los autores han criticado la ineficiencia y el progreso extremadamente lento del caso, ya que rechazar la jurisdicción del tribunal CPA diez años después de que se iniciaran los procedimientos no equivale a justicia. Independientemente del resultado, la justicia retrasada es justicia denegada.

Todos los planteamientos que observamos surgen del otorgamiento de consentimiento a fin de acudir a un arbitraje de inversión y se presentan como retos en manos de los tribunales para resolverlos. Es aquí cuando a pesar de haber doctrina y casos que sustenten diferentes posturas, siempre está la discreción del tribunal de seguirlos o no, de tomar ciertos criterios ya existentes o de ellos crear uno nuevo, lo cual puede llevar a decisiones controversiales. Como hemos visto, los tribunales caso tras caso se enfrentan a diferentes desafíos jurisdiccionales, que tienen como resultado enseñanzas para el tratamiento del consentimiento al arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión.

### **3.2 Efectos jurisdiccionales de la denuncia**

Los avances recientes en relación con la terminación o denuncia de tratados de inversión, incluyendo TBIs y el Convenio CIADI, plantean muchos temas que como vimos en el capítulo anterior, involucran la intersección del derecho de los tratados y el derecho internacional de las inversiones. Sin embargo, la forma de abordar estos temas muestra que el impacto que puede tener el derecho de los tratados sobre los efectos de la denuncia de los AIs es limitado porque tienden a incluir disposiciones específicas sobre la terminación.

De ahí que la problemática más grande que se presenta en torno a la denuncia, en particular del Convenio CIADI, es que los efectos y consecuencias que tiene sobre un Estado Contratante no son claros y aún no hay precedentes suficientes como para establecer un criterio a seguir. Aquí interactúan dos puntos: el primero, son las obligaciones que los Estados contraen en virtud de los tratados bilaterales y multilaterales de inversión, y el segundo punto es la denuncia del Convenio CIADI como tal.

Conforme al artículo 43 de la Convención de Viena, un Estado que denuncia un tratado no menoscaba en nada su deber de cumplir toda obligación enunciada en el instrumento al que esté sometido en virtud del derecho internacional.<sup>309</sup> Esta regla sugiere que el Convenio CIADI y los AIs están estrechamente interrelacionados. El nexa causal que los relaciona es la oferta de consentimiento de un Estado a un arbitraje internacional en un AI que puede abrir la puerta a la jurisdicción del CIADI.

Para Nolan, al ofrecer su consentimiento unilateral a la jurisdicción del CIADI en un AI, el Estado denunciante asume una obligación de mantener ese foro abierto y disponible para inversionistas de otros Estados Contratantes.<sup>310</sup> Esto se

---

<sup>309</sup> Artículo 43 de la Convención de Viena. (“Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado. La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”).

<sup>310</sup> Ver Nolan, Michael D., *et al.*, *The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study* (TDM, Número (provisional), septiembre 2007), p. 23 *et seq.* (basándose en *Siag v. Egipto* para firmar que el consentimiento unilateral del Estado a la jurisdicción del CIADI en un TBI no es simplemente una “oferta” sino una obligación internacional plena).

fundamenta en el artículo 26 de la Convención de Viena, que establece que cada tratado en vigor es vinculante para las partes y debe ser cumplido de buena fe.<sup>311</sup>

Además, los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional indican que hay incumplimiento de una obligación internacional por un Estado cuando un acto de éste no es conforme a lo que se le requiere por esa obligación.<sup>312</sup> Por lo tanto, el otro Estado Contratante, del cual el inversionista es nacional, puede considerar que la denuncia del Convenio CIADI por el Estado denunciante es contraria a la buena fe y esto es un incumplimiento de sus obligaciones conforme al AII, lo que lo llevaría a tener acceso a los mecanismos de solución de controversias entre Estados que prevé el AII.

Algunos autores apoyan el punto de vista de que una cláusula de arbitraje CIADI en un TBI le proporciona a los inversionistas un derecho a arbitrar disputas conforme al Centro, sin importar la denuncia del Convenio. Este enfoque considera que el derecho de someter una controversia a arbitraje surge del AII y no del Convenio,<sup>313</sup> o que el consentimiento del inversionista es innecesario ya

---

<sup>311</sup> Artículo 26 de la Convención de Viena. (“Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”).

<sup>312</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, artículo 12. (“Artículo 12: Existencia de violación de una obligación internacional. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”).

<sup>313</sup> Tzanakopoulos, Antonios, *op. cit.*, p. 12. (“When considering an ICSID arbitration clause in a BIT...there is evidently no mutual consent of the parties to the dispute to be sanctioned by the Convention. Rather, what there is, if anything, is a right of investors to arbitrate disputes under ICSID that is created by the BIT. In this sense, it is the BIT that elevates the private entity to the level of a subject of international law in the instance, and not the ICSID Convention.”).

que el Estado de éste negoció arbitraje CIADI a su favor y el Estado receptor estuvo de acuerdo con esa negociación.<sup>314</sup>

En casos en los que los AIs solo proporcionan arbitraje CIADI, como los TBIs entre Alemania-Turkmenistán o Francia-Turkmenistán, si dicho foro fuera eliminado, el tratado en cuestión estaría privado de uno de sus principales derechos. Por lo que permitir que los Estados denunciadores rescindieran unilateralmente el arbitraje CIADI con la mera denuncia del Convenio “desafiaría la lógica jurídica”.<sup>315</sup>

El hecho de que los AIs y el derecho internacional prevean un mecanismo para la denuncia debe distinguirse de los efectos prácticos y su problemática. Ya que aunque un Estado haya terminado un TBI, éste puede seguir estando vinculado por sus disposiciones, al menos respecto de ciertos inversionistas y por cierto periodo de tiempo, por lo que sigue generando consecuencias jurídicas.

En general, se pueden distinguir tres puntos relacionados con los efectos jurisdiccionales de la denuncia, éstos son los siguientes: (i) las cláusulas de terminación o *survival clauses*, (ii) el acceso a otros foros, y (iii) el caso *Venoklim*

---

<sup>314</sup> Al abordar los diferentes enfoques para la interpretación del artículo 71 del Convenio, algunos autores han explicado: “A more liberal interpretation is that the consent of the investor is not necessary when a BIT provides for ICSID arbitration, since the country of the investor has negotiated this in its favour, and the host state has agreed to such negotiation... This consent by conduct is, in a way, dormant, only to be awakened when the investor initiates a procedure against the other BIT state before ICSID. This interpretation is only possible when the BIT does not indicate otherwise. For example, both the Venezuela-Lithuania and the Venezuela-Canada BITs expressly require the consent of the investor.” Otis Rodner, James y Jaime Martínez Estévez, *BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention Has Been Denounced*, Revista de Arbitraje Internacional, Kluwer Law International, Volumen 29 Número 4, 2012, pp. 444-445.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 447. (“Denouncing the ICSID Convention should not result in an amendment of a BIT that affects investments made up to the date of notice... if the BIT only contemplated ICSID arbitration, eliminating such a possibility would leave the BIT without one of its principal rights. This is the case of the BIT between Venezuela and France which only calls for ICSID arbitration. If we accept that Venezuela can exit from ICSID by simple notice to the Centre, where does this leave the Venezuela-France BIT...? ... it would defeat legal logic to allow the host State to unilaterally rescind this right by simply denouncing the ICSID Convention.”).



como el único caso CIADI en donde un tribunal abordó el tema de la denuncia de un Estado Contratante del Convenio.

### 3.2.1 Cláusulas de terminación o *survival clauses*

Los acuerdos internacionales de inversión tienen el objetivo de amparar y proteger a inversionistas que asisten a otros países a invertir en diferentes áreas de los sectores económicos. Es por esto que este tipo de tratados contienen disposiciones que regulan las inversiones que se hacen y establecen mecanismos para solucionar controversias entre los Estados suscriptores de dicho AI y entre un Estado y un inversionista.

Dado que los tratados de inversión están sujetos a cuestiones políticas, económicas y sociales de los países contratantes, éstos contienen disposiciones que dan seguridad jurídica a los inversionistas por un cierto periodo de tiempo ante cualquier evento que pudiera surgir. De suceder alguna situación complicada, las inversiones estarían en riesgo, por lo que las cláusulas de terminación garantizan que las obligaciones que tiene el Estado receptor de las inversiones bajo el tratado sigan vigentes por cierto plazo.

Las cláusulas de este tipo regulan los efectos de la terminación unilateral de los tratados por parte de los Estados. Con el fin de armonizar los objetivos de promoción de la inversión de los TBIs, estas disposiciones están diseñadas para reforzar la estabilidad del tratado. Por lo que los tratados de inversión tienden a

“cerrar con llave” las obligaciones de los demás Estados signatarios para darle efectos a las disposiciones del mismo por muchos años más.<sup>316</sup>

Así, el objetivo de las *survival clauses* es extender la validez de las obligaciones del All por muchos años más, aún después de su terminación. La operación de estas cláusulas radica en que las obligaciones ya existentes del tratado no terminan hasta que concluye el plazo que establece la *survival clause*, sin embargo, impiden la existencia de iniciar nuevas obligaciones. Como se observó en el segundo capítulo, los periodos de tiempo que cubren las cláusulas de terminación varían entre 5 y 20 años dependiendo el tratado.

Es importante señalar que no existe una traducción literal al español de este tipo de cláusulas. Lo más cercano es el término “cláusula de terminación” o “cláusula de supervivencia”. No obstante, es relevante destacar que la terminación del tratado no es inmediata, ya que hay obligaciones que subsisten después de dar la notificación de la terminación del tratado.

En el caso de la denuncia del Convenio CIADI, la oferta de consentimiento al arbitraje es una obligación más de un All, por lo que ésta podrá seguir siendo válida por el tiempo que disponga la *survival clause* del tratado en cuestión. En consonancia con lo anterior, el enfoque interpretativo del consentimiento unilateral recomienda que además de la denuncia del Convenio, se debe terminar el TBI o denunciar el tratado multilateral que contiene la oferta, toda vez que conforme a

---

<sup>316</sup> Gordon, Kathryn y Joachim Pohl, *Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World*, Documentos de Trabajo de la OCDE sobre Inversión Internacional, 2015/02, Publicaciones de la OCDE, p. 18, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>.

este enfoque, la exposición a procedimientos CIADI persiste mientras el TBI terminado siga vigente debido a la *survival clause* que pudiera contener.<sup>317</sup>

Un ejemplo de lo anterior es el caso del TBI entre Venezuela y los Países Bajos, mismo que fue terminado por Venezuela el 30 de abril de 2008. En el artículo 14(3) de dicho tratado, se encuentra la cláusula de terminación, que indica que “en relación a las inversiones efectuadas con anterioridad a la fecha de terminación del presente Convenio, los Artículos anteriores del mismo continuarán en vigencia por otro período de quince años a partir de tal fecha”. En virtud de esta cláusula, los inversionistas holandeses con inversiones en Venezuela podrían iniciar arbitrajes ante el CIADI en caso de que Venezuela violara dicho TBI. Sin embargo, es probable que nuevos inversionistas ya no quisieran ir a invertir a Venezuela dado que ya no hay un tratado en existencia que los pudiera proteger y las *survival clauses* impiden amparar obligaciones posteriores a la terminación del TBI.

La discusión de las cláusulas de terminación o supervivencia en relación con la terminación de un tratado de inversión es relevante ya que éstas cuidan la protección de las inversiones del tratado por cierto periodo de tiempo, lo cual pausa las consecuencias inmediatas de la terminación. Esto incluye que por dicho plazo, también la oferta de consentimiento al arbitraje CIADI permanezca vigente

---

<sup>317</sup> *Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims*, UNCTAD, Tratados Internacional de Inversión (AIs), Número 2, diciembre 2010, p. 2. (explicando que “the Convention’s provisions on denunciation leave room for contradictory interpretations as to whether the denouncing State remains bound by the Convention only in relation to disputes initiated before the denunciation, or also in relation to future disputes as long as the State’s consent to ICSID arbitration continues to exist in that country’s BITs. This latter reading effectively means that for a State to prevent future ICSID claims it must not only terminate the ICSID Convention but also separately terminate all of its BITs that contain an ICSID arbitration option. Moreover, under this interpretation, exposure to ICSID proceedings will persist as long as the terminated BITs retain force due to the “survival clauses.”).

aun cuando el Convenio haya sido denunciado. A fin de evitar las implicaciones jurisdiccionales y la interrelación de estas dos cuestiones, países como Ecuador, ha decidido negociar de nuevo por lo menos diez de sus tratados bilaterales de inversión, o Venezuela que no ha vuelto a negociar sus tratados, pero decidió terminar el que tenía celebrado con los Países Bajos.

Sin embargo, la decisión sobre si los requisitos jurisdiccionales a fin de tener acceso al CIADI se cumplen yace en los tribunales arbitrales, por lo que en caso de que esté involucrado un TBI, éstos tendrán que analizar si el consentimiento de un Estado al arbitraje CIADI, aún después de la denuncia del mismo, es suficiente para configurarse en un TBI que ha sido terminado pero que sus disposiciones están vigentes por cierto periodo de tiempo en virtud de la *survival clause*.

### 3.2.2 Acceso a otros foros

La posibilidad de los inversionistas de iniciar un arbitraje internacional en contra de un Estado es contingente sobre el alcance exacto de la oferta de consentimiento otorgada por un Estado en un AI. Hay pocos instrumentos de este tipo que únicamente tienen la opción y el consentimiento del Estado receptor a la jurisdicción del CIADI a fin de solucionar las controversias que pudieren surgir.<sup>318</sup> Lo común es que en los AIs los Estados suscriptores otorguen su consentimiento en ofertas para resolver las disputas en diversos foros y reglas arbitrales.

Además de la oferta de consentimiento al CIADI como primera opción para dirimir controversias, puede haber ofertas a la jurisdicción de la CNUDMI o de la CCI como los foros más comunes. A diferencia de la jurisdicción a la CNUDMI o a

---

<sup>318</sup> Ver TBIs entre Alemania-Turkmenistán o Francia-Turkmenistán.

la CCI, en la cual es suficiente para los inversionistas aceptar la oferta de consentimiento del Estado receptor en el AI, la oferta de consentimiento al arbitraje CIADI no es una condición suficiente que permita a los inversionistas someterse a este tipo de arbitraje. Los Estados también deben ser Contratantes del Convenio para haber jurisdicción y cumplir con los otros requisitos del artículo 25 del Convenio.

Algunos AIs contemplan una opción en la que las controversias que surjan entre los inversionistas cuyo país del cual sean nacionales o el Estado receptor de su inversión no sean Estados Contratantes del CIADI, pueden ser asumidas por el Centro, no conforme al Convenio CIADI, pero si conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario de dicha institución. El Mecanismo Complementario fue adoptado por el Consejo Administrativo del CIADI, autorizando al Secretariado a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio.<sup>319</sup>

Los tipos de procedimientos que ampara el Mecanismo Complementario son: (i) comprobación de hechos; (ii) conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de éstas no debe ser un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) conciliación o arbitraje entre partes, las cuales sean Estados Contratantes para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la operación en cuestión no sea una de naturaleza comercial.<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, Introducción, p. 5.

<sup>320</sup> *Ibid.*, artículo 2.

La distinción entre un procedimiento CIADI y uno mediante el Mecanismo Complementario es importante ya que una oferta de consentimiento otorgada para el CIADI no incluye automáticamente una para el Mecanismo Complementario a menos que dicho consentimiento haya sido otorgado en un All para ambos. Por lo que un inversionista no podrá aspirar a un arbitraje CIADI conforme al Mecanismo Complementario en caso de que un Estado receptor o un Estado de origen hayan denunciado el Convenio, a menos que así esté dispuesto en el instrumento internacional.

El tema de acceso a otros foros como consecuencia de la denuncia del Convenio CIADI, ha sido recurrente para el caso de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Como se observó en el capítulo que antecede, estos Estados tienen numerosas demandas en otros foros después de haber denunciado el Convenio. Por lo que pudieron haberle “cerrado” la puerta al arbitraje CIADI pero no como tal al arbitraje de inversión, quedando como opción renegociar los TBIs, sustituirlos por otros o terminar los Alls correspondientes.

### 3.2.3 *Venoklim v. Venezuela*

Al día de hoy, solo el tribunal CIADI en *Venoklim v. Venezuela*<sup>321</sup> ha interpretado los artículos 71 y 72 del Convenio. En el 2015, el tribunal de este caso por primera vez analizó e interpretó las disposiciones de la denuncia del Convenio, cuando Venoklim presentó una solicitud de arbitraje al CIADI el 23 de julio de 2012, esto es, durante el periodo de seis meses después de que Venezuela presentó su notificación de denuncia y antes de que ésta surtiera efectos.

---

<sup>321</sup> *Venoklim v. Venezuela, op. cit.*

La disputa surgió por la supuesta expropiación de activos de la demandante a partir de la emisión de un decreto dictado por el presidente de Venezuela en el año 2010. La demandante presentó una solicitud de arbitraje ante CIADI con fundamento en la Ley de Inversiones de Venezuela y en el Convenio. El Centro registró el caso el 15 de agosto de 2012. Venezuela interpuso seis puntos por los cuales objetaba la jurisdicción del CIADI, entre ellos destacan: (i) la falta de consentimiento de la demandante antes de la denuncia del Convenio, (ii) que la demandada ya no era un Estado Contratante cuando se registró la solicitud de arbitraje, y (iii) la denuncia del Convenio CIADI por parte de la demandada impide que el tribunal tenga competencia de acuerdo con el tratado holandés, entre otras objeciones planteadas.

Lo primero que hizo el tribunal fue determinar su competencia para decidir la controversia en cuestión mediante la resolución de las objeciones hechas a la jurisdicción del CIADI.<sup>322</sup> A fin de lo anterior, el tribunal verificó el cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales establecidos en el Convenio, en la Ley de Inversiones de Venezuela y en el TBI entre Venezuela y los Países Bajos, en su caso.<sup>323</sup>

En relación con la primera objeción, Venezuela argumentó que la denuncia del Convenio CIADI tiene dos consecuencias sobre la jurisdicción. La primera, interpretando el artículo 72 del Convenio, es que la denuncia tiene efectos inmediatos en lo que respecta a la jurisdicción *ratione personae* e impide la formación de un consentimiento arbitral válido entre un Estado Contratante y un

---

<sup>322</sup> *Ibid.*, ¶¶ 37-38.

<sup>323</sup> *Ibid.*, ¶ 40.

inversionista de otro. La segunda consecuencia es que la denuncia también tiene efectos sobre el registro de la solicitud de arbitraje y esto impide que se inicie correctamente.

La argumentación de Venezuela se basó en el enfoque del consentimiento perfecto impulsado por Schreuer. Según el cual, cuando Venoklim aceptó la oferta de arbitraje, su aceptación ya no podía crearle derechos y obligaciones a Venezuela como Estado Contratante, debido a los efectos inmediatos de la denuncia, por lo que impidió la formación de un consentimiento arbitral válido.<sup>324</sup> Además la demandada sostuvo que toda solicitud de arbitraje en contra de ésta debió haberse presentado antes de la fecha en la que denunció el Convenio para que se pudiera formar un consentimiento válido.<sup>325</sup> Dado que éste no se constituyó, Venezuela argumentó que el tribunal no tenía competencia para resolverlo.

Por el contrario, Venoklim argumentó que el artículo 72 del Convenio no puede interpretarse como que desconoce los derechos adquiridos de los inversionistas y que debe interpretarse en conjunto con el TBI entre los Países Bajos y Venezuela, el cual establece que seguirá aplicando hasta que venzan los seis meses y surta efectos la denuncia o hasta que expire el tratado holandés a los 15 años después de su terminación en virtud de la *survival clause* de dicho tratado.<sup>326</sup> Asimismo, la demandante concluyó que cuando se presentó la solicitud de arbitraje, el 23 de

---

<sup>324</sup> *Ibid.*, ¶¶ 47, 49.

<sup>325</sup> *Ibid.*, ¶ 50.

<sup>326</sup> *Ibid.*, ¶ 52.



julio de 2012, Venezuela aún era Estado Contratante ya que no habían transcurrido los seis meses para que surtiera efectos la denuncia.<sup>327</sup>

Por lo anterior, el tribunal arbitral interpretó los artículos 71 y 72 del Convenio CIADI con el objetivo de determinar el momento a partir del cual la denuncia del Convenio surte efectos. Para llegar a la conclusión anterior, el tribunal siguió los siguientes pasos:

1. Primero, planteó algunas ideas sobre la denuncia de tratados en general, para lo cual se basó en los artículos 43 y 44 de la Convención de Viena, mismos que indican lo relativo a las obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado y la denuncia.<sup>328</sup>
2. De las ideas generales sobre la denuncia de tratados, concluyó que ésta no tiene efectos retroactivos, sino que aplica de cara al futuro. Sin embargo, aunque esto ha quedado superado, se presentó la compleja situación del momento en que surte efectos la denuncia. Para aclarar esta cuestión, el tribunal acudió a los términos del tratado denunciado, es decir el Convenio CIADI.<sup>329</sup>
3. El tribunal determinó que en virtud del artículo 71, el Convenio permite a sus Estados miembros denunciarlo.<sup>330</sup>
4. El tribunal analizó que Venezuela interpretó el artículo 72 del Convenio como una norma especial que deroga la supuesta norma general contenida en el Artículo 71 del mismo instrumento. Para concluir que, en

---

<sup>327</sup> *Ibid.*, ¶¶ 53.

<sup>328</sup> *Ibid.*, ¶¶ 55, 56, 58.

<sup>329</sup> *Ibid.*, ¶ 59.

<sup>330</sup> *Ibid.*, ¶ 60.

razón de la denuncia, Venoklim debió presentar su solicitud de arbitraje antes del recibo de la notificación de la anterior y no durante el periodo de seis meses contados a partir de la fecha del recibo de ésta. El tribunal consideró que interpretar los artículos 71 y 72 de la manera que propuso la demandada sería contrariar el sentido común de las disposiciones, toda vez que por esta vía se estaría dando un efecto inmediato a la denuncia, en contradicción con el límite temporal que el mismo Convenio CIADI dispone en el Artículo 71.<sup>331</sup>

5. Además, el tribunal estableció que si se interpretaran los artículos 71 y 72 como Venezuela lo propuso, llevaría a la violación de principios básicos de seguridad jurídica, porque ningún inversionista podría saber de antemano en qué momento un Estado va a denunciar el Convenio CIADI. Precisamente para evitar este tipo de inconvenientes, el Convenio estableció en su artículo 71 un período de seis meses contados a partir de la fecha del recibo de la notificación de denuncia, para que los interesados pudieran actuar conforme al Convenio CIADI en ese lapso.<sup>332</sup>
6. El tribunal consideró que la distinción entre normas especiales y generales no es aplicable a los artículos 71 y 72 del Convenio CIADI, ya que son normas especiales relativas a la denuncia, con contenidos y alcances diferentes. En efecto, mientras el artículo 71 aporta soluciones a los problemas que la denuncia puede generar de cara al futuro, el artículo 72

---

<sup>331</sup> *Ibid.*, ¶¶ 61-62; Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 417.

<sup>332</sup> *Ibid.*, ¶ 63.

consagra el respeto a los derechos y obligaciones adquiridos con anterioridad y establece el carácter no retroactivo de ésta.<sup>333</sup>

7. Respecto al consentimiento al que se refiere el artículo 72 del Convenio, el tribunal se pronunció al respecto al analizar que el consentimiento referido es, en este caso, el del Estado en sí, es decir la simple oferta unilateral, y no el consentimiento perfeccionado con la aceptación del inversionista de dicha oferta al presentar su solicitud de arbitraje.<sup>334</sup> Entenderlo de otra manera, sería contrario al principio de seguridad jurídica, el cual exige que el inversionista goce de un periodo de seis meses contados a partir del recibo de la notificación de la denuncia según el artículo 71 del Convenio CIADI.<sup>335</sup>

El análisis anterior fue elaborado a fin de llegar a la conclusión de que “una vez que un Estado ha hecho una oferta de arbitraje internacional válida, una de sus principales obligaciones es la de cumplir con la misma, inclusive durante el periodo de seis meses previsto por el Convenio CIADI para que la denuncia surta efectos. Lo anterior significa que, cuando Venoklim presentó su solicitud de arbitraje, Venezuela era todavía un Estado Contratante del Convenio CIADI y, en consecuencia estaba obligada a respetar su obligación de acudir al arbitraje ante ese foro”.<sup>336</sup>

Para agotar todo lo relacionado con la denuncia del Convenio y sus efectos, el tribunal en *Venoklim* analizó la segunda objeción a la jurisdicción planteada por

---

<sup>333</sup> *Ibid.*, ¶ 64.

<sup>334</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 417.

<sup>335</sup> *Venoklim v. Venezuela, op. cit.*, ¶ 65.

<sup>336</sup> *Ibid.*, ¶¶ 66-67.

Venezuela sobre que ésta ya no era un Estado Contratante del CIADI cuando se registró la solicitud de arbitraje. En este sentido, el tribunal analizó lo siguiente:

1. El tribunal primero distinguió entre la fecha en la que el consentimiento para acceder a tal arbitraje se forma, la cual se entiende previa al procedimiento, y la fecha en la que se inicia el arbitraje ante el CIADI.

En ese orden de ideas, la Regla 6(2) de las Reglas de Iniciación determina el momento en el que el procedimiento arbitral se inicia, pero no aquel en el que el consentimiento se forma, entre otras razones, porque éste se entiende formado previamente al inicio oficial del arbitraje previsto en dicha regla. Para esto, según la Regla 2(3) la “fecha del otorgamiento del consentimiento”, en los casos en los que ambas partes no lo hubieran otorgado el mismo día, es la fecha en la que la última de ellas haya consentido, es decir, en el presente caso, cuando el demandante presenta su solicitud. Esta última es la fecha crítica a partir de la cual las consecuencias del consentimiento surten efectos.<sup>337</sup>

2. El tribunal determinó que la oferta unilateral de arbitraje hecha por el Estado se perfecciona simplemente con el consentimiento del inversionista, el cual se expresa mediante la presentación de la solicitud de arbitraje, no con el registro de la misma por parte de la Secretaria General del CIADI. Por lo que el tribunal sostuvo que “registro” y

---

<sup>337</sup> *Ibid.*, ¶¶ 74-75.

“consentimiento” son dos conceptos diferentes que no deben confundirse.<sup>338</sup>

3. Con el fin de verificar si la solicitud de arbitraje, acto que según se dijo, es el medio por el cual normalmente se perfecciona el consentimiento para acceder al arbitraje CIADI, se hizo durante el periodo de seis meses estipulado en el artículo 71 del Convenio CIADI, la fecha relevante es la de la presentación de dicha solicitud y no la de su registro.<sup>339</sup>
4. El tribunal concluyó que la fecha del registro de la solicitud depende exclusivamente del Secretariado del CIADI y no de una actuación jurídico-procesal de la demandante,<sup>340</sup> ya que “sería ilógico concluir que aunque la Demandante presentara su solicitud de arbitraje antes de que hubiera transcurrido el período de seis meses, establecido en el artículo 71, podría resultar perjudicado por el transcurso del lapso indefinido que podría existir entre la presentación de la solicitud y el registro de ésta”.<sup>341</sup> El tribunal concluyó que el 23 de julio de 2012, fecha en la que se formó el consentimiento para acudir al arbitraje CIADI, gracias a la presentación de la solicitud, los efectos de la denuncia de Venezuela del Convenio CIADI no se habían producido aún, por lo que la República estaba obligada a respetar sus obligaciones como Estado Contratante.<sup>342</sup>

---

<sup>338</sup> *Ibid.*, ¶ 76.

<sup>339</sup> *Ibid.*, ¶ 77.

<sup>340</sup> *Ibid.*, ¶¶ 78; Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, pp. 417-418.

<sup>341</sup> *Ibid.*, ¶ 78.

<sup>342</sup> *Venoklim v. Venezuela, op. cit.*, ¶¶ 78-79.

De lo anterior se desprende que el tribunal en este caso interpretó los artículos 71 y 72 del Convenio a la luz del enfoque intermedio. Al ser el primer caso que decidía esta cuestión jurídica, el tribunal decidió tomar la posición intermedia, por lo que la incertidumbre que rodea a estos artículos está lejos de ser resuelta.

En la opinión de dos autores australianos, la decisión del tribunal está acorde con la lógica y los principios generales de la interpretación de tratados.<sup>343</sup> Ya que una determinación de que las reclamaciones no pueden ser iniciadas durante el periodo de seis meses después de la notificación de la denuncia, anularía la disposición que contiene el periodo de tiempo interino del artículo 71 del Convenio, lo que sería contrario al principio de efectividad de interpretación de los tratados. De hecho, el propósito de permitir este periodo sería precisamente el de darle oportunidad a los inversionistas de iniciar reclamaciones antes de que la denuncia surta efectos.

Además de este caso, fue controvertido el registro por el Secretariado del CIADI de una reclamación en contra de Bolivia dentro del periodo de seis meses después de recibir su notificación de denuncia, y también, años después se registró una segunda solicitud de arbitraje después de que la denuncia de Bolivia había surtido efectos. El Secretariado estableció que ellos como tal no estaban manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro y eran los tribunales los responsables de decidir. Sin embargo, los tribunales nunca pudieron pronunciarse

---

<sup>343</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 418 y n. 27.

al respecto, ya que estos dos casos fueron discontinuados antes de que el tribunal emitiera su decisión sobre jurisdicción.<sup>344</sup>

En vista de la incertidumbre respecto de los efectos jurídicos exactos de la denuncia, es poco probable que ésta disuada a los inversionistas de iniciar una controversia CIADI en contra del Estado denunciante, ya que el Secretariado del Centro puede registrar esos casos. Ejemplos de arbitrajes registrados después de la denuncia de Bolivia representan esta tendencia. Así, corresponderá a los tribunales adoptar el enfoque interpretativo que crean conveniente; el perfecto, que se considera favorece a los Estados; el intermedio, considerado neutral para las partes; o el del consentimiento unilateral, considerado favorable para los inversionistas.

Si los tribunales CIADI adoptan el enfoque del consentimiento perfecto o el intermedio, los Estados denunciantes serían más exitosos en utilizar la denuncia como un mecanismo para evitar controversias. No obstante, si los tribunales CIADI adoptan el enfoque del consentimiento unilateral, la denuncia evidenciaría que no es como tal efectiva como una estrategia para evitar controversias.

Sin embargo, en los casos en los que varias opciones de solución de controversias estén disponibles, esta ambigüedad puede llevar a los inversionistas a presentar la reclamación en otro foro para evitar una desestimación anticipada

---

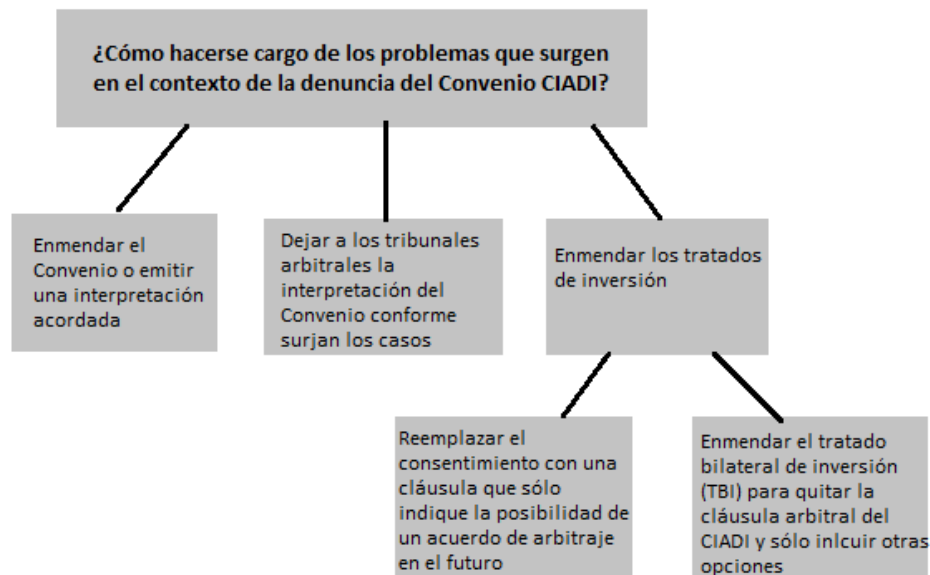
<sup>344</sup> *E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. Estado Plurinacional de Bolivia*, *op. cit.* El 31 de octubre de 2007, después de que el Banco Mundial había recibido la notificación de la denuncia pero antes de que ésta surtiera efectos, el Centro registró este caso. El caso fue discontinuado a solicitud del demandante el 21 de octubre de 2009, antes de que el tribunal emitiera su decisión sobre jurisdicción. El caso fue registrado en virtud de que el TBI entre los Países Bajos y Bolivia abrió la puerta al arbitraje CIADI. *Pan American Energy LLC v. Estado Plurinacional de Bolivia*, *op. cit.* Tres años después de que la denuncia de Bolivia surtió efectos, el Centro registró este caso. El caso fue discontinuado a solicitud de las partes de acuerdo con la Regla 43(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI el 24 de febrero de 2015. El caso fue registrado en virtud de que el TBI entre los Estados Unidos y Bolivia abrió la puerta al arbitraje CIADI.

de éstas sobre jurisdicción en un procedimiento CIADI. En este escenario, sin importar la incertidumbre respecto de la interpretación del artículo 72, el Estado denunciante puede ultimadamente lograr lo que buscaba con la denuncia – evitar nuevas controversias CIADI. No obstante, si otros foros están disponibles, el resultado simplemente puede ser el incremento de arbitrajes CNUDMI, CCI u otros.

Si, por el contrario, el CIADI es el único foro disponible, los inversionistas pueden intentar demandar en otro foro (e.g. CNUDMI), invocando la jurisdicción de ese otro foro con base en la cláusula de NMF en el tratado aplicable para importar el consentimiento del Estado denunciante de un tercer tratado a ese otro foro cuando esté disponible. El tema de si las cláusulas de NMF pueden usarse de esta manera, es actualmente otro de los temas más controvertidos en el arbitraje de inversión y no es asunto de este trabajo. Cuando la denuncia del Convenio excluye el único foro de solución de controversias disponible en virtud del TBI, la potencial exposición del Estado denunciante a la responsabilidad internacional podría incrementarse por incumplimiento de sus obligaciones vis-à-vis la otra parte contratante.

El diagrama siguiente muestra las posibles soluciones a la problemática de la denuncia del Convenio.





La problemática actual que vive el derecho internacional de las inversiones sobre los temas de jurisdicción recalca la importancia de la clara redacción de las cláusulas de solución de controversias en los AII. Esto también es motivado por el incremento de la complicada red de TBIs, tratados multilaterales, regionales, y otros acuerdos comerciales. Además, de acuerdo con dos autores,<sup>345</sup> el incremento de las controversias de inversión y la escasez de los recursos naturales es fomentado por la creciente preocupación entre los países desarrollados y en desarrollo sobre la legitimidad y sostenibilidad a largo plazo del régimen de inversión y, en particular, del sistema de arbitraje inversionista-Estado.

De conformidad con las negociaciones efectuadas por el Estado que se ven plasmadas en los tratados, es que la soberanía de los mismos se puede ver limitada por esas mismas reglas pactadas. De acuerdo con su experiencia en este campo, es que algunos de los puntos jurisdiccionales mencionados se ven

<sup>345</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 433.

reflejados en los nuevos modelos de tratados que se han negociado y celebrado en los últimos años.

Como se verá en el siguiente capítulo, la tendencia actual de los Estados es encontrar el balance correcto entre la autonomía regulatoria soberana y las protecciones a los inversionistas en sus TBI modelo y negociaciones comerciales. Para llevar esto a cabo, han decidido modificar los enfoques existentes y renegociar o terminar tratados, a fin de darle efecto a estrategias más modernas. Sin embargo, el rezago de los tratados anteriores puede ser largo y arduo debido a cláusulas de terminación de hasta 20 años de sobrevivencia. Por lo que si no se incorpora apropiadamente al nuevo sistema, los tratados de la antigua usanza pueden continuar teniendo un impacto duradero en las siguientes décadas. En consecuencia, a fin de tratar de manera eficiente con estas cuestiones, distintos Estados recientemente se han replanteado la estrategia a seguir en el ámbito del derecho de las inversiones, lo cual se ve plasmado en sus negociaciones de los últimos años en materia de inversión.

## **Capítulo 4**

### **Negociaciones en curso en materia de inversión**

En los últimos años, el régimen comercial ha sido objeto de una crisis existencial.<sup>346</sup> Mientras que las negociaciones multilaterales en la OMC se han estancado, las relaciones comerciales bilaterales han ido mejor, con acuerdos de libre comercio concluidos que dan a los negociadores comerciales una sensación de éxito. Sin embargo, el avance reciente hacia acuerdos comerciales “mega-regionales” parece ser la solución a los problemas de la agenda comercial y por lo tanto el camino a seguir. Sobre todo, tomando en cuenta que el TPP y la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) están en puerta y se presentan como el nuevo acuerdo del “siglo XXI”.

Es en estas negociaciones comerciales tanto bilaterales como multilaterales de finales del siglo XX y de este siglo XXI, en donde se ven reflejadas las cuestiones del otorgamiento y el retiro del consentimiento al amparo del arbitraje de inversión. Cada uno de estos tratados refleja la tendencia de la época sobre estos puntos, y revelan los nuevos alcances y propuestas del consentimiento de las partes al arbitraje internacional.

Para entender el contexto de los acuerdos comerciales de esta década y la influencia que ha tenido el arbitraje de inversión en éstos, vale la pena hacer brevemente un repaso de los modelos existentes de acuerdos comerciales. Así nos encontramos con (i) los acuerdos multilaterales que dominaron en la década

---

<sup>346</sup> Barbee, Inu y Simon Lester, *El TPP y el futuro de los acuerdos comerciales*, en Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional, Volumen 2 – Número 1, Facultad de Derecho – UNAM, México, 2014, p. 17.

de 1950; (ii) los regionales y bilaterales, característicos del siglo XIX; y (iii) los mega-regionales.

Los acuerdos multilaterales surgieron con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) después de la Segunda Guerra Mundial. Con el tiempo, en 1995, el GATT se convirtió en la OMC y a la fecha cuenta con 164 Estados miembros.<sup>347</sup> Tras el éxito de la Ronda de Uruguay, la OMC se ha visto en un largo periodo de estancamiento, lo que ha causado que la gente se aleje de ésta y lleve a cabo negociaciones comerciales para la liberalización del comercio.

Los acuerdos comerciales regionales y bilaterales surgieron como una forma de forjar mayores beneficios económicos de socios comerciales cercanos y para mantener el impulso de la liberalización del comercio en la ausencia de iniciativas multilaterales. Hay varios ejemplos de este tipo de acuerdos. Uno de los más conocidos es la Unión Europea, el bloque comercial regional más desarrollado. Pero también hay otros que representan una integración regional, y que por motivos de ubicación o por estar involucrados nos son más afines, como el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y el TLCAN.<sup>348</sup>

El TLCAN es un acuerdo comercial regional de gran envergadura que involucra a México, Estado Unidos y Canadá, mismo que entró en vigor en el año de 1994. Este tratado es importante por varias razones. En primer lugar, fue más allá de los tratados de libre comercio de la década de 1990 e incluyó una serie de disposiciones relativas a los servicios, la propiedad intelectual, el trabajo y el

---

<sup>347</sup> Organización Mundial del Comercio, Entender la OMC: La Organización, Miembros y Observadores, disponible en [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/org6\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm).

<sup>348</sup> Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Derecho del comercio exterior*, Serie Doctrina Jurídica No. 584, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, p. 28.

medio ambiente, así como el primer mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en un acuerdo comercial, el capítulo XI.<sup>349</sup> Asimismo, el TLCAN era único, al unir a dos países desarrollados con una economía en desarrollo. Como resultado, en aquel entonces el TLCAN fue visto como un nuevo modelo de desarrollo.<sup>350</sup>

Por último, así como en su momento la integración regional era una de las tendencias de la economía mundial,<sup>351</sup> al día de hoy, los acuerdos mega-regionales surgen como un esfuerzo para atender las necesidades del comercio internacional, en vista de la estancada agenda de la Ronda de Doha y de las reglas traslapadas de los acuerdos regionales o bilaterales. El primer acuerdo regional es el TPP y el segundo el TTIP. Mientras que el TPP ya fue firmado el pasado febrero y se encuentra en proceso de ratificación por los Estados miembro, el TTIP sigue en proceso de negociaciones.

Lo que tienen en común los diferentes tipos de modelos de acuerdos comerciales observados, es que mientras algunos de ellos son acuerdos internacionales de inversión, otros son tratados de libre comercio y otros son tratados bilaterales de inversión, todos incluyen disposiciones de solución de controversias en materia de arbitraje inversionista-Estado. Por lo tanto, incluyen cuestiones de otorgamiento y retiro de consentimiento de los Estados parte. A la fecha, hay un total de 2953 tratados bilaterales de inversión firmados y de éstos,

---

<sup>349</sup> Barbee, Inu y Simon Lester, *op. cit.*, p. 22.

<sup>350</sup> *Ibid.*

<sup>351</sup> Witker Velásquez, *op. cit.*, p. 28.

2322 se encuentran en vigor.<sup>352</sup> Mientras que hay un total de 363 tratados con disposiciones de inversión, de los cuales 294 están en vigor.<sup>353</sup>

Lo anterior refleja una mayor integración global con el paso de los años a través de acuerdos comerciales internacionales, en donde el tema de la inversión es crucial. De esto se derivan no solo la inclusión de las protecciones sustantivas a las inversiones, sino también las disposiciones de solución de controversias en materia de inversión que se han vuelto polémicas alrededor del mundo. Los críticos creen que la inclusión de ISDS en AIs, incluyendo en el reciente TPP, compromete la soberanía del Estado al permitir a sociedades extranjeras que demanden a gobiernos por promulgar nuevas leyes o implementar nuevas políticas, es decir legislación doméstica de orden público.<sup>354</sup> Un ejemplo de esto es Australia y Uruguay, en donde la preocupación del tema se vio intensificada cuando Philip Morris demandó tanto al gobierno uruguayo en 2010 como al gobierno australiano en 2011 conforme al TBI entre Suiza y Uruguay y Australia y Hong-Kong, respectivamente, impugnando sus legislaciones anti-tabaco sobre restricciones de etiquetado y comercialización.<sup>355</sup>

El TPP es la negociación comercial más importante a nivel global por varias razones, entre ellas destacan la amplia gama de disciplinas que incluye y el número de países participantes de cuatro regiones geográficas distintas

---

<sup>352</sup> UNCTAD, Investment Policy Hub, Acuerdos Internacionales de Inversión, *disponible en* <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consultado el 22 de septiembre de 2016.

<sup>353</sup> *Ibid.*

<sup>354</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *The Trans-Pacific Partnership*, en *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Reino Unido, 2016, p. 200.

<sup>355</sup> Ver *Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. la República Oriental de Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7) y *Philip Morris Asia Limited v. El Commonwealth de Australia*, CNUDMI, Caso CPA No. 2012-12. Este caso fue la primera controversia inversionista-Estado iniciada en contra de Australia, *disponible en* <https://www.aq.gov.au/tobaccoplainpackaging>.

(Norteamérica, Sudamérica, Oceanía y Asia). De ahí que las ISDS del TPP son un tema que está en la mira. El TPP es parte de una nueva generación de AIs que, por sus términos, pretende lograr un mejor balance entre la protección a las inversiones y la discreción regulatoria. Para Stephenson y Carroll, es poco probable que el TPP restrinja a un gobierno de un Estado miembro que legítimamente regule sus cuestiones de orden público.<sup>356</sup> A fin de concluir lo anterior, es importante analizar las disposiciones de ISDS que este tratado contiene, así como observar qué tanto responden y dan solución a las cuestiones de soberanía del Estado.

Debido a la ampliamente reconocida necesidad de reformar el régimen de inversiones, incluyendo el mecanismo de solución de controversias respectivo, no sólo en los recientes acuerdos mega-regionales como el TPP se han visto las nuevas tendencias, sino también en el plano bilateral. Países importantes para el comercio y la inversión como Estados Unidos, la India y Brasil han establecido en sus tratados bilaterales de inversión modelo nuevos paradigmas y formas de abordar las cuestiones relativas al consentimiento de las partes para someterse a una controversia en materia de inversión.

#### **4.1 Tratado de Asociación Transpacífico**

El TPP es el acuerdo de libre comercio más grande del mundo, celebrado entre 12 naciones de la Cuenca del Pacífico (Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y

---

<sup>356</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, pp. 200-201.

Vietnam), que cubre un mercado de aproximadamente 28 trillones de dólares americanos, lo que comprende aproximadamente el 40% del PIB mundial.<sup>357</sup>

Después de casi 10 años de negociaciones, el 5 de octubre de 2015, los ministros de los 12 países participantes anunciaron la conclusión de las negociaciones del tratado.<sup>358</sup> El 26 de enero de 2016, Nueva Zelanda publicó la versión final en inglés del texto del Acuerdo de Asociación Transpacífico revisado legalmente. El 4 de febrero, los países miembros del TPP suscribieron y adoptaron definitivamente el Acuerdo de Asociación Transpacífico durante una ceremonia oficial en Auckland, Nueva Zelanda, por lo que a partir de ese momento, en palabras de Gutiérrez Baylón, la vida mitológica del tratado comenzó.<sup>359</sup> Ahora se encuentra en proceso de ratificación en cada uno de los países signatarios, a fin de que entre en vigor en cuanto sea posible y se convierta en derecho internacional vigente.

De acuerdo con el Sistema de información sobre Comercio Exterior de la Organización de Estados Americanos, “el proceso de negociación del Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) tiene por objeto la creación de una plataforma para una potencial integración económica en la región del Asia-Pacífico. Los países participantes en las negociaciones del TPP se proponen diseñar un acuerdo inclusivo y de alta calidad que sienta las bases para el crecimiento

---

<sup>357</sup> *Ibid*, p. 202.

<sup>358</sup> Para la Secretaría de Economía, el resultado de las negociaciones del TPP es un “tratado equilibrado, ambicioso, integral y de altos estándares, que promoverá el crecimiento económico; apoyará la creación y retención de empleos; mejorará la innovación, la productividad y la competitividad; elevará los niveles de vida; reducirá la pobreza en nuestros países; promoverá la transparencia y el buen gobierno y ampliará la protección del trabajo y el medio ambiente”. Sin embargo, tendremos que esperar a que entre en vigor para realmente percibir todos los beneficios que el gobierno mexicano recalca. Ver Resumen Ejecutivo del Tratado de Asociación Transpacífico, Secretaría de Economía, México, p. 1.

<sup>359</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, p. 52.



económico, el desarrollo y la generación de empleo de los países miembros, y que a su vez se convierta en el fundamento para un futuro Acuerdo de Libre Comercio del Asia-Pacífico”.<sup>360</sup>

El TPP tendrá un impacto en las reglas que rigen la inversión a nivel global, e influenciará las actuales y futuras negociaciones de TBIs, TLCs y hasta podría guiar las negociaciones de otros tratados multilaterales de la misma importancia, como el TTIP, liderada por los Estados Unidos y la Unión Europea; la Asociación Económica Integral Regional (RCEP), liderada por China, la India y Japón; y podría constituir un pilar para el Área de Libre Comercio del Asia Pacífico (FTAAP), impulsada por los países de la APEC (Cooperación Económica de Asia Pacífico).<sup>361</sup>

De lo anterior se desprende un tratado mega-regional que ha sido finalmente acordado después de muchos años de intensas negociaciones. Debido a las naciones que abarca y el porcentaje del PIB mundial que representa, las consecuencias políticas, económicas y jurídicas son inmensas.

La estructura del TPP es similar a la estructura del TLCAN, sin embargo, es mucho más extenso y cuenta con cuestiones novedosas, propias de las políticas comerciales del siglo XXI. El TPP se integra por 30 capítulos más anexos, cubre

---

<sup>360</sup> Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE), Organización de los Estados Americanos, Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) - Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, Perú, Singapur y Vietnam, *disponible en* [http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP\\_s.ASP](http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP_s.ASP).

<sup>361</sup> Cortes, Nahila, *The TPP as a Template to Liberalize Investments: Normative Glory or Chaos?*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 18 de junio de 2016; Cruz Miramontes, Rodolfo, *Acuerdo Transpacífico (TPP): Una Visión Crítica*, en Derecho Económico y Comercio Exterior. 40 Años de Vida Académica. Homenaje Al Doctor Jorge Witker (Godínez Méndez, Wendy A. y García Peña, José Heriberto, coordinadores), Serie Doctrina Jurídica No. 732, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2015, p. 382.

un amplio margen de cuestiones de acceso a mercados, incluyendo bienes y servicios, así como disposiciones específicas en relación con temas que van más allá de los tratados de libre comercio tradicionales, tales como disposiciones sobre la regulación de industrias de “economía moderna”, que abarca a los servicios financieros, telecomunicaciones, propiedad intelectual, comercio electrónico y datos. También aborda la integridad de los procesos de mercado, entre ellos temas de anticorrupción, competencia, contrataciones del gobierno y el estatus preferencial de las empresas propiedad del estado; la regulación económica de los mercados, como las mejores prácticas regulatorias y la coherencia regulatoria; y cuestiones ambientales, laborales y de derechos humanos.<sup>362</sup>

Además de las cuestiones mencionadas, no podía faltar el capítulo de inversión, el cual generó muchas expectativas e incertidumbre. Dentro de este capítulo, se incluyen las disposiciones sobre los mecanismos de solución de controversias entre los Estados y los inversionistas que abordan el tema del consentimiento del Estado al mecanismo de forma integral. Sin embargo, para poder entrar al análisis de ellas, es necesario entender el TPP en su integridad.

Es importante mencionar que el TPP no es un tratado de libre de comercio en el sentido tradicional, tampoco puede ser caracterizado como un tratado de comercio preferencial. El TPP es un documento de nueva generación que gestiona o administra las relaciones de comercio y de inversión de sus miembros, y que no

---

<sup>362</sup> Ikenson, Daniel J., *et al.*, *Should Free Traders Support the Trans Pacific Partnership? An Assessment of America's Largest Preferential Trade Agreement*, CATO Working Paper No. 39, CATO Institute, de fecha 12 de septiembre de 2016, p. 3.

gira alrededor del “libre comercio” como tal.<sup>363</sup> Algunos autores lo llaman una forma de “constitución económica” que prevé las reglas que rigen el comercio transnacional y la inversión en la región del Pacífico.<sup>364</sup> El TPP fundamentalmente moldearía la forma en la que los mercados operarán y se regularán.

Es bien sabido que cualquier forma de colaboración resulta en vinculante para las partes contratantes. El TPP no es diferente y no hay duda de que este acuerdo afectaría de manera importante y compleja la soberanía de los Estados parte. Cada Estado está sujeto a las reglas en las que el comercio transnacional y la inversión proceden, por lo que su soberanía queda limitada a dichas reglas que en su momento suscribieron. Sin embargo, en aras de reconocer la soberanía regulatoria de las naciones, el Preámbulo del TPP expresamente distingue sus “derechos inherentes para regular”.<sup>365</sup> Ya que el Preámbulo de los tratados ayuda a la interpretación de éstos,<sup>366</sup> los tribunales arbitrales podrán utilizarlo para identificar el objetivo y propósito del tratado en la interpretación de sus términos.

La historia del TPP tiene tres puntos clave para poder entenderlo. Primero, como se mencionó al inicio de este capítulo, el TPP como acuerdo mega-regional, es una respuesta al fracaso de las negociaciones comerciales de la Ronda de Doha de la Organización Mundial de Comercio (OMC),<sup>367</sup> iniciada desde el 2001 y sin un panorama claro sobre su culminación. Esta Ronda se encuentra parada y

---

<sup>363</sup> Stiglitz, Joseph y Adam S. Hersh, *The Trans-Pacific Free-Trade Charade*, en Project Syndicate, de fecha 2 de octubre de 2015, disponible en <https://www.project-syndicate.org/commentary/trans-pacific-partnership-charade-by-joseph-e--stiglitz-and-adam-s--hersh-2015-10?barrier=true>.

<sup>364</sup> *TRADE DEALS: ISDS in the newly signed TPP*, en Global Arbitration Review, de fecha 2 de noviembre de 2015.

<sup>365</sup> Ver Preámbulo del TPP.

<sup>366</sup> Ver artículo 31 de la Convención de Viena.

<sup>367</sup> Cruz Miramontes, *op. cit.*, p. 382.

hasta cierto punto atorada, desde el esfuerzo de la OMC de asegurar una disminución de las restricciones al comercio global. Es hasta ahora que la OMC está recuperando terreno en la necesidad de acuerdos comerciales que abarquen una amplia variedad de cuestiones que rijan la infraestructura del comercio y la inversión (las reglas por las cuales se rigen) para mantener su integridad.

Segundo, el TPP es también una respuesta a la globalización, y no precisamente en el sentido literal de la palabra. El patrón predominante de la globalización hoy en día es el comercio en los procesos de producción en lugar del comercio de productos terminados. Esto es llamado “deslocalización” o “cadena de suministro de comercio” y resulta de la disociación de los procesos de producción. El comercio internacional ya no es solamente la importación y exportación de productos y servicios de un país a otro, sino es acerca de crear y mantener cadenas de valor globales, por las cuales los bienes y servicios entrelazan las economías de muchos países diferentes.<sup>368</sup> Estas cadenas globales han aparecido en distintos núcleos geográficos.

Tercero, la Cuenca del Pacífico es el escenario ideal al ser un núcleo de cadenas de valor globales y de mercados entrelazados en un ámbito regional. El TPP viene a dar las bases para lidiar con la regionalidad de los patrones comerciales, algo que la OMC parece ser incapaz de abordar. Asimismo, el TPP podría ser la instancia más importante para impulsar la integración regional de Asia Pacífico.<sup>369</sup>

---

<sup>368</sup> Ikenson, Daniel J., *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>369</sup> Cruz Miramontes, *op. cit.*, p. 394.

Para sustentar y promover estas cadenas de valor global, el TPP contiene reglas para fortalecer los procesos de mercado. Dos conjuntos de reglas logran este objetivo: un grupo se encarga de preservar el funcionamiento de los procesos de mercado y el otro grupo repara sus defectos.<sup>370</sup>

Respecto a las reglas de integridad de los mercados, el TPP contiene una variedad de disposiciones que se enfocan directamente en el funcionamiento de los procesos de mercado, en vez del acceso a los mercados. Algunos ejemplos de esto son reglas en relación con la protección de la propiedad, la integridad de los mercados como disposiciones anticorrupción,<sup>371</sup> coherencia regulatoria<sup>372</sup> y mejores prácticas. Particularmente, la introducción al TPP de regulación de mejores prácticas fue considerada como una restricción respecto del derecho soberano de los Estados de “regular libremente”. Sin embargo estas disposiciones tendrán como objetivo crear un balance entre los derechos soberanos de los Estados parte y las mejores prácticas, ya que el TPP contiene disposiciones expresas que preservan el derecho de los Estados de regular sus mercados sobre temas de orden público.<sup>373</sup>

El segundo conjunto de reglas son las encargadas de proporcionar una solución a los defectos, fallas o controversias que pudieran surgir con motivo de las disposiciones de gobernanza económica. Éstas son precisamente la protección

---

<sup>370</sup> *TRADE DEALS: ISDS in the newly signed TPP, op. cit.*

<sup>371</sup> Ver Capítulo 26 del TPP.

<sup>372</sup> Ver Capítulo 25 del TPP.

<sup>373</sup> Ver Preámbulo del TPP.

a los inversionistas y a sus inversiones, así como las disposiciones sobre solución de controversias inversionista-Estado.<sup>374</sup>

#### 4.1.1 Capítulo 9: Inversión

El comercio internacional y la inversión van de la mano, en tanto que la mayoría del comercio es llevado a cabo por filiales de las mismas empresas multinacionales. El comercio involucra muy seguido a empresas matrices que exportan componentes o productos finalizados a filiales en el extranjero, que luego procesan o empaquetan y venden a los consumidores finales en países extranjeros.<sup>375</sup>

Como los capítulos de inversión en otros acuerdos comerciales y en TBIs, el capítulo 9 del TPP sobre la inversión proporciona garantías básicas y protecciones para inversionistas e inversiones. En caso de ser necesario, también incluye disposiciones sobre solución de controversias inversionista-Estado. Los preceptos de este capítulo son salvaguardias importantes de las estipulaciones sobre la gobernanza económica del tratado.<sup>376</sup>

Un autor destaca que las disposiciones de ISDS contenidas en este capítulo son de las más controversiales de todo el tratado.<sup>377</sup> La crítica hacia éstas se refiere a que intervienen con la soberanía de los Estados. Toda forma de constitución regula los derechos soberanos de los Estados parte. Sin embargo, las líneas borrosas de la autonomía de los Estados son consecuencias necesarias de

---

<sup>374</sup> Ver Capítulo 9 y 28 del TPP.

<sup>375</sup> Ikenson, Daniel J., *et al.*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>376</sup> *TRADE DEALS: ISDS in the newly signed TPP*, *op. cit.*

<sup>377</sup> *Ibid.*

la globalización y del entrelazamiento de los mercados, y no del TPP en sí mismo.<sup>378</sup> Algo que sobresale del TPP, es el entendimiento de los Estados parte de que en un mundo globalizado su salud futura depende de la de sus vecinos y deben actuar con congruencia, no por un deseo de preservar su soberanía y avanzar hacia su propio bienestar.<sup>379</sup>

Como se predijo durante el periodo de negociaciones, el texto y la estructura del Capítulo 9 del TPP sigue la del Tratado Bilateral Modelo de los Estados Unidos de 2012,<sup>380</sup> que por lo general es usado como referencia en las negociaciones de AIs. En este sentido, es poco sorprendente la similitud entre el TBI Modelo de los Estados Unidos y el texto del Capítulo 9 del TPP, sobre todo si se añade el poder de negociación que tuvo Estados Unidos en comparación con otros Estados al momento de redactar y llegar a un acuerdo en este tema.<sup>381</sup>

Aunque el Capítulo 9 mantiene la forma tradicional y familiar de otros AIs, el TPP incorpora lenguaje tanto en el texto como en notas al pie que explica las disposiciones a fin de dar certeza y claridad.<sup>382</sup> El objetivo de lo anterior es instruir a los árbitros a que lleven a cabo un ejercicio balanceado entre la protección a la inversión y la discrecionalidad regulatoria, en lugar de dejar las protecciones abiertas a diferentes interpretaciones por diferentes árbitros.<sup>383</sup>

---

<sup>378</sup> *TRADE DEALS: ISDS in the newly signed TPP*, *op. cit.*

<sup>379</sup> *Ibid.*

<sup>380</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, p. 201.

<sup>381</sup> *TPP made public at last*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 5 de noviembre de 2015.

<sup>382</sup> *Ver, e.g.*, explicación de “circunstancias similares” en nota al pie n. 14 del Capítulo 9: Inversión y explicación de “salud pública” en nota al pie n. 37 del Anexo 9-B Expropiación del Capítulo 9: Inversión.

<sup>383</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, p. 201.

Este capítulo se divide en 2 secciones, la sección A relativa a las protecciones sustantivas de las inversiones,<sup>384</sup> y la sección B relativa a la solución de controversias inversionista-Estado.<sup>385</sup>

La Sección A inicia con un artículo dedicado a las definiciones del capítulo,<sup>386</sup> seguido de disposiciones sobre el ámbito de aplicación del capítulo, correspondiente a las medidas que adopte o mantenga una parte, relativas a los inversionistas de otra parte, a las inversiones cubiertas y a las inversiones en el territorio de la parte respecto de las disposiciones sobre Requisitos de Desempeño e Inversión y Objetivos de Medio Ambiente, Salud y otros Objetivos Regulatorios. Así como que las obligaciones de una parte conforme al capítulo 9 aplicarán a las medidas de los gobiernos u otras autoridades de esa Parte y a cualquier otra persona, incluyendo empresas del Estado u otro organismo cuando ejerza autoridad gubernamental.<sup>387</sup> Después de esto, inician las disposiciones sustantivas básicas de protección a las inversiones e inversionistas, entre las cuales destacan las siguientes:<sup>388</sup>

- Trato Nacional;<sup>389</sup>
- Trato de Nación Más Favorecida;<sup>390</sup>
- Nivel Mínimo de Trato (trato justo y equitativo y plena protección y seguridad jurídicas). Este capítulo sigue el patrón del TBI Modelo de los

---

<sup>384</sup> Ver artículos 9.1 a 9.17 del TPP.

<sup>385</sup> Ver artículos 9.18 a 9.30 del TPP.

<sup>386</sup> Ver artículo 9.1 Definiciones del TPP.

<sup>387</sup> Ver artículo 9.2 Ámbito de Aplicación del TPP.

<sup>388</sup> Ikenson, Daniel J., *et al.*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>389</sup> Ver artículo 9.4 Trato Nacional del TPP.

<sup>390</sup> Ver artículo 9.5 Trato de Nación Más Favorecida del TPP.



Estados Unidos de 2012 al relacionar el trato justo y equitativo, así como la plena protección y seguridad jurídicas con el nivel mínimo de trato con base en derecho consuetudinario internacional<sup>391</sup> y al listar qué se considera como tal;<sup>392</sup>

- Trato No Discriminatorio;<sup>393</sup>
- Prohibición de expropiación y derecho a una compensación en caso de la misma;<sup>394</sup>
- Libertad de transferencias relacionadas con una inversión;<sup>395</sup> y
- Prohibición de requisitos de desempeño como contenido nacional o requisitos de transferencia de tecnología.<sup>396</sup>

Además de las protecciones sustantivas, las definiciones de inversión e inversionista del capítulo son importantes para el ámbito de aplicación de los derechos y obligaciones de un AII.<sup>397</sup> El concepto de inversión está definido ampliamente y de nuevo se basa en los tratados de inversión de Estados Unidos.<sup>398</sup>

Como se revisó en el primer capítulo, el TPP sigue la nueva tendencia de los tratados modernos de listar los ejemplos de lo que constituye una inversión y agregar que el activo de propiedad deba tener “las características de una

---

<sup>391</sup> Ver artículo 9.6 Nivel Mínimo de Trato del TPP.

<sup>392</sup> Esto responde al tema controversial sobre qué se entiende por trato justo y equitativo y plena protección y seguridad jurídicas. Conferencia CCI-YAF, "El futuro del arbitraje de inversión", de fecha 18 de agosto de 2016.

<sup>393</sup> Ver artículo 9.7 Trato en Caso de Conflicto Armado o Contienda Civil del TPP.

<sup>394</sup> Ver artículo 9.8 Expropiación e Indemnización del TPP.

<sup>395</sup> Ver artículo 9.9 Transferencias del TPP.

<sup>396</sup> Ver artículo 9.10 Requisitos de Desempeño del TPP.

<sup>397</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, p. 203.

<sup>398</sup> *Ibid.*, p. 205; ver artículo 9.1 del TPP.

inversión”,<sup>399</sup> lo que incluye algunos componentes de la prueba *Salini*, tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Tal parece que el TPP fomentaría el uso de las características que debe tener una inversión según *Salini*, lo cual sería positivo a fin de intentar evitar el frecuente debate sobre lo que debe considerarse una inversión. Sin embargo, aunque este requisito no es nuevo, es un obstáculo adicional que un inversionista deberá librar cuando presente una reclamación.<sup>400</sup>

En lo que al TPP respecta, hay dos tipos de inversionistas, un nacional o una empresa de una parte.<sup>401</sup> Un nacional es una persona física que tiene la nacionalidad de uno de los Estados parte de acuerdo con el Anexo 1-A del Tratado o un residente permanente del mismo.<sup>402</sup> Este anexo proporciona definiciones específicas de cada parte del TPP sobre la nacionalidad. Como la mayoría de los AIs, el TPP basa la nacionalidad de una persona física exclusivamente en las leyes del Estado del cual se reclama ser nacional.

La empresa de una parte es una empresa constituida conforme a las leyes de un Estado parte del TPP o una filial ubicada en el territorio de una parte que lleve a cabo actividades comerciales en el mismo.<sup>403</sup> Es importante destacar que la filial no necesariamente debe estar constituida conforme a las leyes de un Estado parte, puede estar constituida conforme a las leyes de otro Estado, incluso uno no parte del TPP, pero en este caso, será crucial que dicha filial lleve a cabo

---

<sup>399</sup> Ver artículo 9.1 del TPP, definición de “inversión”.

<sup>400</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, p. 205.

<sup>401</sup> Ver artículo 9.1 del TPP.

<sup>402</sup> Ver artículo 1.3 del TPP.

<sup>403</sup> Ver artículo 9.1 del TPP, definición de “empresa de una parte”.

actividades comerciales en un Estado que si sea miembro del TPP. No obstante, esta definición debe leerse con la cláusula 9.15 relativa a la denegación de beneficios, la cual permite la exclusión de ciertos inversionistas.<sup>404</sup> Por ejemplo, un Estado parte del TPP puede negar las protecciones del capítulo de inversión a un inversionista que sea propiedad o esté controlada por una persona física o moral de un Estado que no sea miembro del TPP y que no realice actividades comerciales en el territorio de un Estado parte. El propósito de esta cláusula es evitar el *treaty shopping* o “abuso de derecho”, incluyendo reestructurar una inversión o adoptar la nacionalidad de cierto Estado a fin de aprovecharse de un tratado.<sup>405</sup>

Después de algunos otros artículos relacionados con la inversión y objetivos de medio ambiente, salud y otros regulatorios, así como con la responsabilidad social corporativa, inicia la Sección B relativo a la Solución de Controversias inversionista-Estado.

*a. Disposiciones relacionadas con los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado*

Los procedimientos de solución de controversias en materia de inversión se encuentran en la Sección B del Capítulo 9. El mecanismo de ISDS del TPP es bastante típico de los AIs modernos, pero incluye salvaguardias adicionales que protegen a los gobiernos de reclamaciones que carezcan de mérito legal, asegurar la transparencia y permiten a los Estados parte del TPP (en lugar del tribunal arbitral) mantener el control sobre la interpretación de dicho tratado.

---

<sup>404</sup> Ver artículo 9.15 del TPP.

<sup>405</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, p. 204.

A pesar de las crecientes inquietudes sobre el uso y abuso de las disposiciones de ISDS, el TPP las adopta con base en el enfoque existente de los Estados Unidos.<sup>406</sup> Con una sola excepción, todas las protecciones sustantivas a la inversión de la Sección A pueden ejecutarse directamente por inversionistas de Estados del TPP a través de las disposiciones de ISDS. Esta única excepción es que el mecanismo de ISDS no aplicará a controversias que pudieran surgir entre Australia e inversionistas neozelandeses y viceversa (por carta adjunta o *side letter*).<sup>407</sup> Este no es un nuevo escenario para estos países. En el caso de Australia, este país acordó junto con Estados Unidos que en su TLC del 2005 quedarían excluidas las cláusulas ISDS con base en que ambos países tienen una fuerte confianza en el sistema jurídico de ambos. Este fue el mismo caso para Nueva Zelanda, que decidió excluirlas en su TLC entre la ASEAN y Australia, así como en el Acuerdo Trans-Tasman entre Australia y Nueva Zelanda.

Principalmente, el TPP prevé un mecanismo de arbitraje de inversión neutral que buscará equilibrar los derechos de los inversionistas con los de los Estados parte. Es precisamente en esta parte en la que encontramos el otorgamiento del consentimiento del Estado receptor a someterse a un procedimiento arbitral al amparo de diferentes reglas e instituciones. Antes de abordar esta cuestión, es necesario determinar la clase de disposiciones que incluye la Sección B.

Esencialmente, los procedimientos de solución de controversias únicamente podrán iniciarse sobre cuestiones del capítulo de inversión y cuestiones limitadas establecidas por separado en el Capítulo 11, relativo a los Servicios Financieros.

---

<sup>406</sup> Ikenson, Daniel J., *et al.*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>407</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, p. 201.

Además, como se verá más adelante, en los Anexos del Capítulo 9 se establecen diversas limitaciones al consentimiento de los Estados a someterse a arbitraje respecto de ciertas controversias.

La Sección B inicia con ciertas condiciones, consideradas por algunos autores como “salvaguardias procesales”,<sup>408</sup> que ofrecen las disposiciones de ISDS. Algunas de éstas son comunes en los AIIs mientras que otras son novedosas:

- Antes de iniciar el procedimiento arbitral, el inversionista primero deberá tratar de solucionar la controversia con el Estado mediante consultas y negociaciones durante al menos seis meses,<sup>409</sup> un periodo que es típico para esta cuestión en los AIIs.<sup>410</sup> Esto también puede incluir otros métodos alternativos de solución de controversias como la conciliación o la mediación.
- De no resolverse la controversia mediante consultas o negociaciones, el inversionista podrá iniciar el arbitraje dentro de un periodo de tres años y medio contados a partir de que el inversionista tuvo conocimiento o debió haberlo tenido de la supuesta violación.<sup>411</sup> Este periodo de prescripción también se observa en tratados de libre comercio.<sup>412</sup>

---

<sup>408</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, pp. 211-212.

<sup>409</sup> Ver artículo 9.18 del TPP.

<sup>410</sup> Ver APPRI entre Australia y México o el TLC entre la ASEAN, Australia y Nueva Zelanda, entre otros.

<sup>411</sup> Ver artículo 9.21(1) del TPP. Esta disposición funciona como una limitante al consentimiento de un Estado para someterse a un arbitraje.

<sup>412</sup> Ver artículo 1116 del TLCAN, en donde el periodo de prescripción es tres años.

- La notificación de arbitraje deberá ser acompañada por la renuncia del inversionista al derecho de presentar las reclamaciones ante otros foros o tribunales domésticos.<sup>413</sup>
- El tribunal podrá decidir como cuestión preliminar y de forma expedita, una objeción sobre que una reclamación carece manifiestamente de mérito legal. Esto proporciona un mecanismo para rechazar reclamaciones frívolas o sin sustento jurídico, que se complementa con la facultad que tendrán los tribunales de otorgar costos a los Estados si deciden en favor éstos.<sup>414</sup>
- A diferencia del TBI Modelo de Estados Unidos de 2012 y del TLCAN, por ejemplo, el capítulo de inversión del TPP incluye disposiciones en las cuales los Estados pueden hacer contra demandas en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación de los inversionistas.<sup>415</sup>
- El TPP mejora las disposiciones que aseguran tanto la transparencia del procedimiento arbitral como que su interpretación estará a cargo de los Estados parte. Sobre la transparencia, el acuerdo impone requisitos importantes al incorporar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Esto incluirá llevar a cabo las audiencias arbitrales

---

<sup>413</sup> Ver artículo 9.21(2) del TPP. Esta renuncia también es requerida en otros AIs, como el TLCAN en el artículo 1121(3) y el APPRI entre Australia y México.

<sup>414</sup> Ver artículo 9.23(6) y 9.29(4) del TPP.

<sup>415</sup> Ver artículo 9.19(2) del TPP.

en público, así como que el demandado deberá poner a disposición del público todos los documentos relativos al procedimiento arbitral, como son las notificaciones de intención, las notificaciones de arbitraje, los alegatos, escritos, comunicaciones escritas al tribunal, transcripciones de audiencia o minutas, y las órdenes, decisiones y laudos del tribunal.<sup>416</sup> El requisito de transparencia estará sujeto a la protección apropiada de la información confidencial.

- Asimismo, las disposiciones del TPP permitirán a los Estados mantener cierto control sobre su interpretación. Esto se llevará a cabo mediante la interpretación conjunta de los Estados parte de cierta disposición en conflicto, en lugar de ser interpretada por el tribunal arbitral. Estas interpretaciones serán vinculantes para el tribunal.<sup>417</sup>
- Finalmente, apartándose del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2012, deja abierta la posibilidad de incorporar al capítulo de inversión un mecanismo de apelación para revisión de los laudos emitidos por tribunales de solución de controversias inversionista-Estado que pueda ser desarrollado en un futuro conforme a acuerdos institucionales.<sup>418</sup>

Otros temas relacionados incluyen: la posibilidad de otorgar honorarios, un procedimiento de revisión para medidas precautorias, plazos de tiempo para iniciar una reclamación, reglas que evitarán a los demandantes iniciar procedimientos

---

<sup>416</sup> Ver artículo 9.24 del TPP.

<sup>417</sup> Ver artículo 9.26 del TPP.

<sup>418</sup> Ver artículo 9.23(11) del TPP.

paralelos, reglas sobre la carga de la prueba y el requisito para los árbitros de cumplir con reglas sobre imparcialidad e independencia y conflictos de interés.

El TPP permite iniciar un arbitraje no sólo por reclamaciones de incumplimiento de las protecciones sustantivas a la inversión en AIs, sino también por violaciones a una autorización de inversión o acuerdo de inversión. Esto está previsto en el artículo 9.19, el cual también prevé una amplia gama de opciones de arbitraje para los inversionistas, incluyendo arbitraje mediante el Convenio CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y “cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje” que puedan acordarse por las partes. En esta cuestión, el TPP sigue la línea del TLCAN, el cual prevé las mismas opciones de arbitraje, a excepción de que el TPP permite que las partes acuerden otra institución o reglas.

La limitación más importante de la Sección B se refiere al tema más controversial de todos, el derecho de los Estados receptores de regular su propio mercado. Es por esto que esta Sección se compone de numerosos anexos, en los cuales los Estados, con el objetivo de regular sus mercados y prestar su consentimiento para solucionar las controversias en materia de inversión, han establecido las áreas en las cuales restringen su consentimiento para iniciar un procedimiento arbitral, éstas están relacionadas con cuestiones de orden público y mercados sensibles, como son el bienestar social, la educación pública, medidas respecto de artes creativas, expresiones culturales, y procedimientos de revisión



domésticos de inversiones. Particularmente, fruto de la experiencia pasada de los Estados, es que hay limitaciones al consentimiento para industrias en particular.<sup>419</sup>

*b. Análisis del otorgamiento del consentimiento por el Estado receptor*

Las disposiciones relativas al consentimiento de las partes a un arbitraje de inversión se encuentran particularmente en los artículos 9.19, 9.20 y 9.21 de la Sección B del Capítulo 9 del TPP, así como en el Anexo 9-L.

El artículo 9.19 inicia con causales por las que una controversia relativa a una inversión puede someterse a arbitraje. Este artículo trae como consecuencia que si la condición sobre el periodo de negociaciones y consultas no se cumple, el demandante entonces no podrá someter una reclamación a arbitraje si el demandado ha violado una obligación de la Sección A, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión (de conformidad con la definición que el tratado le otorga a estos conceptos).

Además, como se señaló anteriormente, una cuestión novedosa es que el artículo incluye expresamente la capacidad del demandado de presentar una contrademanda. Éstas son reclamaciones que presentan los demandados en respuesta a las reclamaciones de los demandantes tanto de hecho como de

---

<sup>419</sup> Ver artículo 29.5 del TPP relativo a las Medidas de Control de Tabaco. Las demandas en contra del gobierno de Australia y Uruguay permearon en las negociaciones del TPP al incluirse este artículo. Fue Australia quien decidió añadir el artículo 29.5 al tratado con el objetivo de que inversionistas del sector del tabaco no podrán utilizar las disposiciones de ISDS del TPP, por lo que este tipo de inversionistas tendría que acudir a los tribunales domésticos del Estado receptor a fin de resolver la controversia. Es importante destacar que esta disociación está limitada a las ISDS únicamente, por lo que los derechos y obligaciones del TPP seguirán aplicando al tabaco. Este artículo no tiene precedentes y es el primero en su tipo que excluye un producto específico de cierta naturaleza. Ver Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, pp. 210-211.

derecho que se relacionan con éstas.<sup>420</sup> Así los Estados podrán contrademandar y exigirle una compensación al demandante.

El consentimiento del Estado receptor se otorgará únicamente a ciertas instituciones, que como se ha mencionado, son el Convenio CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y cualesquiera otras reglas o institución acordada por las partes. Tomando en cuenta los países que conforman el TPP, nada más 2 de los 12 países (México y Vietnam) no son Estados Contratantes del Convenio CIADI, por lo que en caso de instaurarse arbitrajes en su contra tendrá que ser vía el Mecanismo Complementario, las Reglas de la CNUDMI u otra institución y reglas.

Como prerequisite para someter cualquier reclamación a arbitraje, el demandante deberá entregar al demandado una notificación de intención. El artículo además de señalar las especificaciones de dicha notificación, impone un periodo de noventa días en el que debe presentarse dicha notificación de intención antes de someter la reclamación.<sup>421</sup>

El artículo 9.19 también aborda el momento en que una controversia es considerada sometida a arbitraje, refiriéndose a que para que esto suceda, la notificación o solicitud de arbitraje debe ser recibida por el Secretario General para el caso del CIADI y del Mecanismo Complementario, y en el caso de las Reglas de la CNUDMI será cuando, junto con el escrito de demanda, sean recibidas por el demandado y establece que en el caso de que sea otra institución acordada por

---

<sup>420</sup> George Jain, Abhimanyu, *Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitration: A Post-Roussalis Analysis*, en *International Arbitration Law Review*, Vol. 5, Thomson Reuters, 2013, p. 135.

<sup>421</sup> Ver artículo 9.19(3) del TPP.

las partes, será cuando los documentos a los que se refiera dicha institución además de la notificación o solicitud de arbitraje, sean recibidas por el demandado. Esta cuestión, por ejemplo, sobre el momento en que la controversia formalmente se somete a arbitraje, no es abordada por el TLCAN.

El artículo 9.20 por su parte, contiene las disposiciones de consentimiento para someter la controversia a arbitraje según se refiere el artículo 9.19. Las características de este artículo son las siguientes:

- Primeramente, el inciso 1 de este artículo contiene el consentimiento expreso de cada parte a someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con la Sección B y el tratado en sí mismo.
- En segundo lugar, el artículo es claro en establecer que el consentimiento referido se considerará: (a) que satisface los requisitos del capítulo II del Convenio CIADI, concerniente a la jurisdicción del CIADI y a las Reglas del Mecanismo Complementario que requieren que el consentimiento sea por escrito; (b) que sea de acuerdo con el artículo II de la Convención de Nueva York, en el sentido de que se requiere un acuerdo por escrito; y (c) que sea de conformidad con el artículo I de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975.

Este artículo sigue de igual manera la estructura y contenido del artículo 1122 del TLCAN. Es importante mencionar que las tres características que debe reunir el consentimiento son acumulativas y será el tribunal arbitral quien analizará si éstas se cumplen de conformidad con los ordenamientos señalados. Un punto relevante es que el TPP indica que el consentimiento debe cumplir con los

requisitos de la jurisdicción del CIADI establecidos en el capítulo II de dicho Convenio. Es decir, el consentimiento deberá cumplir con lo indicado en los artículos 25 a 27 del Convenio, que como se analizó en el primer capítulo, se refiere a que el consentimiento (i) será para diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de éste) y el nacional de otro Estado Contratante, (ii) deberá ser por escrito, (iii) no podrá ser unilateralmente retirado, (iv) excluirá cualquier otro recurso y (v) al consentir a arbitraje CIADI se renuncia a cualquier tipo de protección diplomática.

El TPP al recoger las características del Capítulo II del Convenio CIADI para el consentimiento, incluye el hecho de que la controversia debe surgir directamente de una inversión. Como se analizó anteriormente en este capítulo, la definición de “inversión” del TPP incluye ciertos elementos de la prueba *Salini* y enlista lo que debe considerarse como tal.

El artículo 9.21, contiene expresamente las condiciones y limitaciones al consentimiento de cada parte, un tema que el TLCAN no aborda en esta forma. Las condiciones y limitaciones que establece este artículo son las siguientes:

1. La primera condición se refiere a la imposición de un periodo límite de tiempo de tres años y medio para presentar una reclamación, contados a partir de que el demandante tuvo conocimiento, o debió haberlo tenido, por primera vez de la supuesta violación y de las pérdidas sufridas. Esta situación condicionante se puede prestar a controversia y podría haber objeciones por parte del demandado por cuestiones de temporalidad y

comprobación de este hecho, lo cual deberá ser resuelto por el tribunal arbitral como cuestión de jurisdicción. En este sentido, no habrá consentimiento a arbitraje si han transcurrido más de tres años y seis meses desde la fecha en que el demandante tuvo conocimiento por primera vez, o debió haberlo tenido, de la presunta violación a la obligación conforme a la Sección A, la autorización o acuerdo de inversión, y conocimiento de que el demandante sufrió pérdidas o daños.

2. La segunda condición indica que para someterse a arbitraje, el demandante deberá consentir por escrito, y la notificación de arbitraje deberá acompañarse de ciertos documentos dependiendo del tipo de reclamación, reguladas en el artículo 9.19.
3. La tercera condición también tiene que ver con la renuncia de la parte que se somete a arbitraje a cualquier derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que se alegue como una violación conforme al artículo 9.19 ante un tribunal judicial o administrativo, conforme al ordenamiento jurídico de una Parte, u otro procedimiento de solución de controversias.
4. Sin embargo, la cuarta y última condición establece que el demandante si podrá iniciar o continuar una acción en la que se busque la aplicación de medidas precautorias, que no implique el pago de daños pecuniarios ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que la acción se someta con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje. Esta cuestión es propia tanto del arbitraje de inversión como del arbitraje

comercial, toda vez que se refiere a la participación de un tribunal doméstico, más no a su interferencia con el procedimiento arbitral. Los tribunales nacionales prestan ayuda al tribunal arbitral respecto de las medidas precautorias por temas como que el tribunal arbitral puede no tener las facultades suficientes para emitirlas, o por la ejecución de las mismas.<sup>422</sup>

Además de los 30 subartículos que contiene el apartado 9 del TPP sobre la Inversión, éste también incluye 12 anexos, numerados de la A a la L, en los cuales cada país ha enlistado medidas o sectores específicos que están exentos de ciertas disposiciones del Capítulo 9.<sup>423</sup> Algunos temas que se abordan en los Anexos son por ejemplo, el común entendimiento de las partes sobre ciertos temas como el derecho consuetudinario internacional y la expropiación, los domicilios para la entrega de documentos y notificaciones a las partes en relación con la Sección B y ciertas limitaciones o aclaraciones de los Estados relacionados con temas de su derecho interno.

Para el tema que nos ocupa, los anexos relevantes son el Anexo 9-J “Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje”, el Anexo 9-K “Sometimiento de Ciertas Reclamaciones por Tres Años Después de la Entrada en Vigor” y el Anexo 9-L “Acuerdos de Inversión”. Estos tres anexos están directamente relacionados con la solución de controversias inversionista-Estado. En estos anexos se establecen limitantes al consentimiento de ciertos Estados miembros del TPP por cuestiones de orden público interno de cada uno de los países. Es importante

---

<sup>422</sup> Ver Redfern, Alan, *et al.*, *op. cit.*, pp. 444-462.

<sup>423</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, p. 209.

mencionar que México es uno de los países que puso más limitantes y condicionamientos para otorgar su consentimiento a un procedimiento arbitral conforme al artículo 9, sección B, ya que tanto en el Anexo 9-J como en el 9-L, México limita y condiciona su consentimiento al arbitraje de inversión.

Primero, respecto del Anexo 9-J “Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje”, este anexo establece lo siguiente:

**ANEXO 9-J  
SOMETIMIENTO DE UNA RECLAMACIÓN A ARBITRAJE**

1. Un inversionista de una Parte no podrá someter a arbitraje conforme a la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado) una reclamación en el sentido de que Chile, México, el Perú o Vietnam ha violado una obligación de la Sección A ya sea:
  - (a) por cuenta propia conforme al Artículo 9.19.1(a) (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje); o
  - (b) en representación de una empresa de Chile, México, el Perú o Vietnam, que sea una persona jurídica propiedad del inversionista o que controle directa o indirectamente conforme al Artículo 9.19.1(b) (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje), si el inversionista o la empresa, respectivamente, ha alegado una violación de una obligación conforme a la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de Chile, México, el Perú, o Vietnam.
2. Para mayor certeza, si un inversionista de una Parte elige someter una reclamación del tipo descrito en el párrafo 1 ante un tribunal judicial o administrativo de Chile, México, el Perú o Vietnam, dicha elección será definitiva y exclusiva, y el inversionista no podrá posteriormente someter una reclamación a arbitraje conforme a la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado).<sup>424</sup>

Este anexo se enfoca en la imposibilidad que tiene un inversionista de someter una reclamación a arbitraje cuando el Estado receptor, y por lo tanto demandado, sea Chile, México, Perú o Vietnam y el inversionista haya elegido primero someter

---

<sup>424</sup> Ver Anexo 9-J “Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje” (énfasis añadido).

una reclamación del tipo descrito en el párrafo 1 ante un tribunal judicial o administrativo de Chile, México, Perú o Vietnam. Esto significa que si el inversionista decidió, una vez transcurrido el plazo de negociaciones y consultas de seis meses establecido en el artículo 9.19.1, someter la reclamación a un litigio ante un tribunal judicial o administrativo de los países mencionados, no podrá posteriormente someter una reclamación a arbitraje conforme a la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado), ya que dicha elección será definitiva y exclusiva.

Lo establecido en este anexo plasma la cláusula *fork in the road*, común en los AIs, y que se considera como la cara opuesta a la obligación de recurrir a los tribunales internos de forma previa al sometimiento de la controversia al arbitraje. Ante esta cláusula, el inversionista se encuentra en la disyuntiva de elegir, con carácter definitivo, entre el recurso a la vía judicial o a la arbitral, cuando se trata de dos acciones en las que coinciden los hechos, las partes y las violaciones alegadas.<sup>425</sup>

Esto también se relaciona con uno de los principios del arbitraje respecto de que éste es un mecanismo alternativo del litigio y los tribunales nacionales para solucionar una controversia. Se entiende que si las partes decidieron someter una controversia a arbitraje, automáticamente la opción de acudir a los tribunales nacionales queda descartada. Esto con la finalidad de evitar procedimientos paralelos y poca eficiencia y efectividad para solucionar una controversia.

---

<sup>425</sup> Rodríguez Jiménez, Sonia, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras* (Fernández Masiá, Enrique), en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/bib/bib15.htm>.



Segundo, el Anexo 9-K “Sometimiento de Ciertas Reclamaciones por Tres Años Después de la Entrada en Vigor” únicamente es aplicable para Malasia, por así establecerse.<sup>426</sup> En este anexo, Malasia no otorga su consentimiento a resolver una controversia mediante el procedimiento de arbitraje establecido en el artículo 9 sección B respecto de reclamaciones por una violación de Malasia que involucre un contrato de compras del sector público con una inversión cubierta, inferior al valor especificado del contrato que haya ocurrido en un periodo de tres años después de la entrada en vigor de este Tratado para Malasia. Esto significa que si un inversionista demanda a Malasia por una controversia de este tipo dentro de los primeros tres años de vigencia del TPP para Malasia, tendrá que recurrir a los tribunales nacionales malayos. Después de transcurridos tres años, este anexo dejaría de aplicar y Malasia ya no tendría limitantes a su consentimiento.

Respecto del tercer y último anexo relativo al consentimiento de los Estados al procedimiento arbitral de la Sección B, el Anexo 9-L “Acuerdos de Inversión” es en donde México establece limitantes importantes a su consentimiento al arbitraje por tratarse de ciertas materias. Este anexo se divide en 4 secciones: la sección A, relativa a acuerdos con ciertas cláusulas de arbitraje internacional; la sección B, sobre ciertos acuerdos entre el Perú e inversionistas o inversiones cubiertas; la sección C, sobre la limitación al consentimiento de México al arbitraje; y la sección

---

<sup>426</sup> Ver Anexo 9-K “Sometimiento de Ciertas Reclamaciones por Tres Años Después de la Entrada en Vigor”.

D, respecto de determinadas entidades canadienses conforme al subpárrafo (c) de la definición.<sup>427</sup>

La sección A “Acuerdos con ciertas cláusulas de arbitraje internacional” se refiere a las cláusulas de selección de foro en los acuerdos o contratos de inversión. El punto 1 señala que un inversionista no podrá someter a arbitraje una reclamación conforme a las disposiciones ISDS del TPP si el acuerdo de inversión otorga el consentimiento del demandado para que el inversionista someta a arbitraje la violación alegada ante ciertas reglas arbitrales. Algunas de éstas son las mismas que aparecen en el artículo 9.19.4, como el Convenio CIADI, el Mecanismo Complementario o las Reglas de la CNUDMI, sin embargo, se incluyen otras alternativas como las Reglas de Arbitraje de la CCI o las Reglas de Arbitraje de la LCIA. También este punto indica cuál será la sede del arbitraje, en caso que se utilicen otras reglas que no sean las relacionadas con el CIADI, la cual será en el territorio de un Estado que es parte en la Convención de Nueva York y fuera del territorio del demandado.

Algunos autores consideran que el TPP muestra cierta consideración hacia algunas cláusulas de selección de foro que pueden contenerse en contratos de inversión,<sup>428</sup> como las mencionadas en el párrafo anterior. Asimismo, consideran interesante que esta disposición no cubra contratos de inversión que prevean arbitraje conforme a otras, igualmente reconocidas, reglas arbitrales como las de la SIAC (Centro Internacional de Arbitraje de Singapur), AAA (Asociación

---

<sup>427</sup> Ver Anexo 9-L “Acuerdos de Inversión”.

<sup>428</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, p. 210.

Americana de Arbitraje), HKIAC (Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong) y ACICA (Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional).<sup>429</sup>

El punto 2 de esta sección hace alusión al artículo 9.21.2(b) (Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de Cada Parte), mismo que se refiere a la notificación de arbitraje que debe presentarse para someter a arbitraje alguna reclamación. Este punto indica que no obstante este requisito de la notificación de arbitraje junto con la renuncia del demandante a acudir a otro foro o tribunal doméstico, la presentación de la renuncia escrita del demandante no impedirá su derecho a iniciar o continuar un arbitraje conforme a un acuerdo de inversión, si dicho acuerdo de inversión cumple con los criterios del párrafo 1, con respecto a cualquier medida que se alegue que constituye una violación referida en el Artículo 9.19 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje).

Por último, el punto 3 de la sección A se refiere a la acumulación de procedimientos a solicitud de cualquiera de las partes y su consentimiento para esto. Se refiere a que en caso de someter dos reclamaciones, una respecto de la violación de una obligación y otra sobre un acuerdo de inversión, y siempre y cuando ambas tengan una cuestión de hecho o de derecho en común y surjan de los mismos eventos o circunstancias, cualquiera de las partes podrá solicitar una orden de acumulación conforme a los términos del artículo 9.28.

La sección B del Anexo 9-L contiene disposiciones aplicables para Perú y los inversionistas que acudan a ese país a realizar sus inversiones. En general, esta sección establece la celebración de “convenios de estabilidad jurídica” entre el

---

<sup>429</sup> *Ibid.*

Perú y los inversionistas, con base en ciertos decretos legislativos de derecho peruano. Estos convenios de estabilidad jurídica tienen como objetivo dar beneficios a los inversionistas. Es importante destacar que uno de los numerales de la sección, establece que un convenio de estabilidad jurídica puede constituir un acuerdo de inversión, y por lo tanto, una violación del referido convenio de estabilidad jurídica por el Perú podría constituir una violación del acuerdo de inversión del que forma parte. Si por el contrario, el convenio de estabilidad jurídica no constituye uno de los múltiples instrumentos que conforman un “acuerdo de inversión”, según se define en el Artículo 9.1 (Definiciones), una violación a dicho convenio de estabilidad jurídica por el Perú no constituirá una violación del acuerdo de inversión.

La sección C “Limitación del Consentimiento de México al Arbitraje” del Anexo 9-L es de suma importancia para México en relación con su otorgamiento de consentimiento para procedimientos arbitrales conforme al Capítulo 9.<sup>430</sup> En este apartado, fruto de una decisión soberana, México expresamente limita y restringe su consentimiento para someter reclamaciones a arbitraje respecto de ciertas materias. El apartado establece lo siguiente:

---

<sup>430</sup> México no es Estado Contratante del Convenio CIADI, no obstante, de acuerdo con la base de datos del CIADI, México tiene 18 casos registrados como demandado a través del Mecanismo Complementario. De estos 18 casos, 15 se encuentran concluidos y 3 pendientes de resolución. Algunos de los 15 casos finalizados son los siguientes: *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2; *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2; *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5; y *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, entre otros. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?gE=s&rspndnt=United%20Mexican%20States>, consultado el 27 de octubre de 2016. Asimismo, de acuerdo con la UNCTAD, México tiene reportados varios casos al amparo de las Reglas de la CNUDMI, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/136?partyRole=2>, consultado el 11 de noviembre de 2016.

### **C. Limitación del Consentimiento de México al Arbitraje.**

1. Sin perjuicio del derecho del demandante a someter otras reclamaciones de conformidad con el Artículo 9.19 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje), México no consiente el sometimiento de cualquier reclamación a arbitraje conforme al Artículo 9.19.1(a)(i)(C) o 9.19.1(b)(i)(C) si el sometimiento a arbitraje de esa reclamación fuera incompatible con las siguientes leyes respecto a los actos de autoridad pertinentes.<sup>431</sup>

- (a) Ley de Hidrocarburos, Artículos 20 y 21;
- (b) Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, Artículo 98, párrafo 2;
- (c) Ley de Asociaciones Público Privadas, Artículo 139, párrafo 3;
- (d) Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, Artículo 80;
- (e) Ley de Puertos, Artículo 3, párrafo 2;
- (f) Ley de Aeropuertos, Artículo 3, párrafo 2;
- (g) Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, Artículo 4, párrafo 2;
- (h) Ley de Navegación y Comercio Marítimos, Artículo 264, párrafo 2;
- (i) Ley de Aviación Civil, Artículo 3, párrafo 2; y
- (j) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 28, párrafo 20, Fracción VII, y Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, Artículo 312,

en la medida, no obstante, que la aplicación de las disposiciones referidas en los subpárrafos (a) al (i) no serán utilizados como un medio encubierto para repudiar o violar el acuerdo de inversión.

2. Si alguna ley de las referidas en el párrafo 1 es reformada para permitir el sometimiento a arbitraje de tales reclamaciones después de la entrada en vigor de este Tratado para México, la

---

<sup>431</sup> "Para mayor certeza, el término 'actos de autoridad' incluye omisiones".

restricción al consentimiento de México especificado en el párrafo 1 no se aplicará con respecto a esa ley.<sup>432</sup>

Según se establece, México no consiente a someter una reclamación a arbitraje conforme al procedimiento establecido en el artículo 9 del TPP cuando la controversia surja de actos de autoridad en relación con 10 leyes domésticas mexicanas. Estas leyes tienen todas varias cosas en común: (i) primeramente, todas son leyes del ámbito del derecho administrativo; (ii) todas están relacionadas de alguna u otra manera con alguna de las llamadas “reformas estructurales” que ha implementado el actual gobierno mexicano; y (iii) todas se refieren a sectores sensibles para México, como hidrocarburos o telecomunicaciones. El primer numeral es claro en establecer que la reclamación se tratará sobre actos de autoridad por parte de la entidad pública de la materia de que se trate.

Al abordar algunos ejemplos en los cuales México no se sometería a un arbitraje de inversión conforme al artículo 9 por no otorgar su consentimiento por el tipo de reclamación están los siguientes:

1. Ley de Hidrocarburos, artículos 20 y 21. Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el pasado 11 de agosto de 2014. El objetivo de ésta es precisamente regular la industria de los hidrocarburos en México y es parte de las “reformas estructurales”, particularmente, es la llamada “reforma energética”. En su artículo 20 se establece lo relativo a la rescisión administrativa de los contratos para la exploración y extracción, y

---

<sup>432</sup> “Para mayor certeza, cuando cualquier ley de las referidas en el párrafo 1 sea modificada de conformidad con el párrafo 2, cualquier modificación posterior de esa ley no puede restablecer la aplicabilidad del párrafo 1”.

en su artículo 21 se hace alusión a las controversias en general sobre dichos contratos, en donde se establece que sí se pueden prever mecanismos alternativos para su solución, como arbitraje, excepto por lo que se refiere al artículo 20, es decir la rescisión administrativa.<sup>433</sup> Por lo que para reclamaciones respecto de contratos para la exploración y extracción, un inversionista tendrá que someterse a los tribunales domésticos de México.

2. Ley de Asociaciones Público Privadas, artículo 139, párrafo 3.<sup>434</sup> Esta nueva ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2012, con una última reforma el 21 de abril de 2016. El artículo 139 se encuentra dentro de la sección de “Procedimiento Arbitral y Conciliación” y habla acerca de que las partes de un contrato de asociación público-privada pueden convenir un procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del propio contrato. Sin embargo, en el párrafo 3 de este artículo se establece la excepción que dice lo siguiente, “No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad”. Esto significa que si existiera una reclamación que involucrara concesiones, autorizaciones o actos de autoridad en relación con las asociaciones público-privadas, el inversionista no podría iniciar un arbitraje

---

<sup>433</sup> DECRETO por el que se expide la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera, y Ley de Asociaciones Público Privadas. Diario Oficial de la Federación 11 de agosto de 2014.

<sup>434</sup> Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2012, artículo 139.

conforme al artículo 9 del TPP y tendría que someterse a los tribunales domésticos de México.

3. Ley de Navegación y Comercio Marítimos, artículo 264, párrafo 2.<sup>435</sup> La nueva ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de junio de 2006, con últimas reformas el 23 de enero de 2014. El artículo 264 se encuentra dentro del apartado de “Disposiciones Procesales Marítimas” y en el párrafo segundo establece que los procesos y procedimientos regulados por dicha autoridad podrán conocerlos tanto los tribunales federales y la autoridad marítima como un tribunal arbitral que resuelva las diferencias. Sin embargo, de conformidad con el apartado C de este Anexo, si existiera una reclamación regulada por esta ley, el inversionista tendría que someterse a los tribunales federales mexicanos y a la autoridad marítima mexicana para resolver la controversia y no a través de un arbitraje de inversión conforme al artículo 9 del TPP.

Cabe mencionar que después de listar las diferentes disposiciones a las cuales México no otorgaría su consentimiento en caso de un arbitraje de inversión, la sección C es clara en establecer que la aplicación de las disposiciones (a) a (i), que implican un hacer o no hacer por la autoridad administrativa, no podrá ser utilizada como un medio encubierto para repudiar o violar el acuerdo de inversión y automáticamente irse a tribunales domésticos mexicanos.

El numeral 2 de esta sección, plantea una condición para que la restricción al consentimiento de México no se aplique. Ésta se refiere a que alguna de las leyes

---

<sup>435</sup> Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de junio de 2006, artículo 264.



referidas en el numeral 1 sea reformada para que permita el sometimiento a arbitraje de tales reclamaciones después de la entrada en vigor de este tratado para México. De ser este el caso, la restricción no se aplicaría con respecto a la ley reformada.

La última sección del Anexo 9-L es la D, misma que se refiere a “Determinadas entidades canadienses conforme al subpárrafo (c) de la definición”. Esta sección es muy pequeña, aplica únicamente a Canadá y está relacionada con una de las definiciones de “acuerdo de inversión”. Se refiere a que para Canadá, una autoridad del nivel central de gobierno incluye las entidades listadas conforme al *Schedule III de la Financial Administration Act* (R.S.C. 1985, c. F-11), y a las autoridades de puerto o puentes que hayan celebrado un acuerdo de inversión conforme al subpárrafo (c) de la definición de “acuerdos de inversión” únicamente si el gobierno dirige o controla las operaciones o actividades del día a día de la entidad o autoridad para el cumplimiento de sus obligaciones conforme al acuerdo de inversión.

Las limitaciones y condiciones al consentimiento de un Estado para someterse a un arbitraje internacional es uno de los retos más grandes del arbitraje de inversión. Cada vez más los Estados presentan restricciones a su consentimiento para evitar perder el poder de legislar y regular. Por un lado se abren a la internacionalización celebrando acuerdos, tratados, convenios, pero por otro lado establecen reservas, declaraciones o restricciones sobre ciertos asuntos delicados. Así que el reto es lograr una verdadera internacionalización del mecanismo de solución de controversias en donde Estados, inversionistas y

árbitros inclusive, participen en igualdad de circunstancias y con la confianza en que la resolución será del mismo modo, tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso y resolviendo de manera justa, para que todos confíen en el mecanismo y la institución. El TPP pretende ser el ejemplo de un tratado que haga un balance entre los intereses de los gobiernos y de los inversionistas al promover la inversión extranjera al mismo tiempo que reconoce el derecho inherente de los Estados de regular el orden público.

#### 4.1.2 Capítulo 30: Disposiciones finales

El Capítulo 30 del TPP es el último capítulo de este tratado y como instrumento internacional, concentra las disposiciones de derecho internacional público, que incluye todo lo relacionado con enmiendas, adhesión, entrada en vigor, el depositario (Nueva Zelanda, en particular), los textos auténticos del tratado, y para el propósito que ocupa, las disposiciones relacionadas con la denuncia del TPP.

Antes de abordar las disposiciones de la denuncia, vale la pena distinguir algunas de las otras disposiciones principales de derecho internacional público que incluye el TPP. Estas son: las enmiendas, ubicadas en el artículo 30.2; la adhesión, en el artículo 30.4; y la entrada en vigor en el artículo 30.5.

##### *a. Enmiendas*

El artículo 30.2 consagra el principio de autonomía de los Estados sobre que los tratados bilaterales y multilaterales se pueden modificar por acuerdo entre las

partes.<sup>436</sup> De acuerdo con lo anterior, el artículo establece que las enmiendas al TPP están permitidas cuando las partes así lo acuerden por escrito.<sup>437</sup>

Además, para que surtan efectos las enmiendas, deberán seguirse los procedimientos legales aplicables de cada Estado contratante. Las enmiendas al tratado entrarán en vigor a los 60 días siguientes a la fecha en la que todas las partes hayan notificado por escrito al depositario la aprobación de la enmienda de conformidad con sus respectivos procedimientos legales aplicables, o en alguna otra fecha que las partes puedan acordar.

#### *b. Adhesión*

Otra de las disposiciones relevantes se refiere a la asunción ulterior de las obligaciones contenidas en un tratado por parte de un Estado no signatario, es decir, la adhesión.<sup>438</sup> En el TPP, lo relativo a la adhesión se encuentra en el artículo 30.4. Este artículo señala los mecanismos para que un Estado se adhiera al TPP, que incluyen a cualquier Estado o territorio aduanero que sea miembro de la APEC, en consonancia con uniformar el comercio de Asia-Pacífico, u otro distinto que las partes acuerden.

El Estado adherente deberá presentar una solicitud por escrito al depositario. Una vez que ocurra esto, un grupo de trabajo negociará los términos y condiciones de la adhesión y al terminar la negociación el grupo de trabajo entregará un

---

<sup>436</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, p. 169; Shaw, Malcolm, *op. cit.*, p. 930.

<sup>437</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, p. 169. "El acuerdo entre las partes es el principio rector de la modificación de los tratados".

<sup>438</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, p. 91.

informe escrito a la Comisión de Asociación Transpacífica (la “Comisión”),<sup>439</sup> que incluirá los términos y condiciones ya negociados, así como una recomendación a la Comisión para la aprobación del Estado adherente.

Una vez que se aprueban los términos y condiciones, se le invitará al Estado adherente a formar parte del TPP, y así éste pasará a ser Estado contratante en el día 60 siguiente a la fecha en que el Estado adherente haya presentado su instrumento de adhesión ante el depositario o en la fecha en la que todas las partes hayan notificado al depositario que han concluido sus respectivos procedimientos legales aplicables, la que fuere posterior.

### *c. Entrada en vigor*

Actualmente, una de las disposiciones más importantes del TPP es la entrada en vigor del mismo. Ya que para que el TPP se convierta en una regla de derecho internacional aplicable a los Estados parte debe entrar en vigor respecto de lo que disponga el tratado en este artículo.<sup>440</sup>

Mucho se ha escuchado en la prensa nacional e internacional respecto de si efectivamente el TPP entrará en vigor en algún momento, toda vez que ha sido parte del escrutinio público en varios discursos políticos que se enfocan en atacar al libre comercio y por lo tanto a las desventajas del tratado a fin de hacer campaña política.<sup>441</sup> Independientemente de lo anterior, el TPP ya se encuentra en

---

<sup>439</sup> Ver artículo 27.1 del TPP. De acuerdo con este artículo, las partes del TPP establecerán una Comisión de Asociación Transpacífica compuesta por representantes de gobierno de cada parte a nivel de ministros o altos funcionarios. Cada parte será responsable por la conformación de su delegación. Las funciones de la Comisión se encuentran en el artículo 27.2 del tratado.

<sup>440</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, p. 70.

<sup>441</sup> Ver Sarukhán, Arturo, *Trump y Clinton: socios insospechados*, El Universal, 10 de agosto de 2016, disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/arturo-sarukhan/nacion/2016/08/10/trump-y->

proceso de ratificación en los congresos de los Estados contratantes y se espera que pudiera entrar en vigor a finales de este año 2016 o durante el año 2017.<sup>442</sup> El proceso para su entrada en vigor se encuentra en el artículo 30.5. Hay varios supuestos para llegar a este objetivo:

1. El primer supuesto establece que el tratado entrará en vigor a los 60 días siguientes a la fecha en la que todos los signatarios originales hayan notificado por escrito al depositario la conclusión de sus procedimientos legales aplicables.
2. El segundo supuesto aplica cuando no todos los Estados signatarios hayan notificado al depositario dentro de un plazo de dos años desde la fecha de firma del tratado, entonces el TPP entrará en vigor a los 60 días siguientes a la expiración de este periodo si al menos seis de los signatarios originales, quienes en conjunto sumen al menos el 85 por ciento del producto interno bruto combinado de los signatarios originales en 2013, han notificado por escrito al depositario la conclusión de sus procedimientos legales aplicables dentro de este plazo.
3. El tercer supuesto aplica si el TPP no ha entrado en vigor conforme a los primeros dos supuestos, entonces entrará en vigor a los 60 días

---

[clinton-socios-insospechados](#); Ikenson, Daniel J., *et al.*, *op. cit.*, p. 2; Nottage, Luke, *TPP and Foreign Investment: Does ISDS Promote FDI?*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 14 de octubre de 2016.

<sup>442</sup> En México, el 27 de abril de 2016, el Secretario de Economía, Ildelfonso Guajardo y otros funcionarios, entregaron formalmente el texto del TPP a la Cámara de Senadores para su discusión y eventual ratificación, de conformidad con la Ley sobre Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica. *Ver El Gobierno de la República presenta el TPP en la Cámara de Senadores para su discusión y eventual aprobación*, Secretaría de Economía, 27 de abril de 2016, disponible en <http://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico/articulos/el-gobierno-de-la-republica-presenta-el-tpp-en-la-camara-de-senadores-para-su-discusion-y-eventual-aprobacion-29808>.

siguientes a la fecha en la que al menos seis de los signatarios originales, quienes en conjunto sumen al menos el 85 por ciento del producto interno bruto combinado de los signatarios originales en 2013, hayan notificado por escrito al depositario la conclusión de sus respectivos procedimientos legales aplicables.

Debido a la situación actual, es probable que los países signatarios del TPP tengan el objetivo de aplicar el supuesto número tres como mecanismo para que el TPP entre en vigor. Esto significa que el TPP no podrá entrar en vigor a menos que Japón y los Estados Unidos lo ratifiquen.<sup>443</sup>

El panorama en general para la ratificación y entrada en vigor del TPP es sombrío e incierto. Además de los factores mencionados es importante añadir el más reciente de éstos. El pasado 7 de septiembre de 2016, aproximadamente 223 académicos, abogados, economistas y especialistas en la materia le escribieron una carta al Congreso de los Estados Unidos para expresar su más grande decepción sobre que el texto final del TPP incluía disposiciones problemáticas de otros acuerdos internacionales, entre éstas las disposiciones de ISDS, y que por lo tanto no se le había hecho caso a las constantes recomendaciones y solicitudes de no aceptar el TPP con ISDS.

Esta carta exhorta al Congreso a rechazar el TPP en cuanto contiene disposiciones de ISDS a fin de proteger las instituciones democráticas y la soberanía de los Estados Unidos. También solicitan que el TTIP, actualmente negociándose con la Unión Europea y el futuro TBI con China, no contenga estas

---

<sup>443</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, p. 202.

cláusulas. Ya que para estos académicos, a través de las disposiciones de ISDS el gobierno federal autoriza a inversionistas extranjeros a “eludir un marco jurídico democrático y robusto”. Así como que el sistema de solución de controversias inversionista-Estado menoscaba el rol importante de las instituciones nacionales y democráticas, y amenaza la soberanía nacional y debilita la regla de derecho.<sup>444</sup>

#### *d. Denuncia*

El TPP incluye cláusulas de denuncia o retiro que establecen el mecanismo ordinario pactado por las partes para poner fin a la obligación internacional sin responsabilidad para ninguna de las partes.<sup>445</sup> Este mecanismo se encuentra en el artículo 30.6 y consta de dos partes. La primera es el cómo se denuncia el TPP y la segunda es cuándo se hace válida la denuncia. El artículo dispone lo siguiente:

#### **Artículo 30.6: Denuncia**

1. Cualquier Parte podrá denunciar este Tratado mediante la presentación de una notificación por escrito de denuncia al Depositario. La Parte denunciante notificará su denuncia de manera simultánea a las otras Partes a través de los puntos de contacto generales designados conforme al Artículo 27.5 (Puntos de Contacto).
2. Una denuncia surtirá efecto seis meses después de que una Parte presente la notificación por escrito al Depositario conforme al párrafo 1, a menos que las Partes acuerden un plazo distinto. Si una parte denuncia el Tratado, este Tratado continuará en vigor para el resto de las Partes.

De acuerdo con lo anterior, como derecho consagrado de los Estados y como un asunto de soberanía,<sup>446</sup> todos los Estados parte del TPP pueden denunciarlo y

---

<sup>444</sup> 220+ Law and Economics Professors Urge Congress to Reject the TPP and Other Prospective Deals that Include Investor-State Dispute Settlement (ISDS), de fecha 7 de septiembre de 2016, disponible en [big.assets.huffingtonpost.com/ISDSletter.pdf](http://big.assets.huffingtonpost.com/ISDSletter.pdf). Entre los destacados académicos y profesores que firman la carta se encuentra Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía en 2001.

<sup>445</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, p. 180.

<sup>446</sup> *Ibid.*

así retirarse de dicho tratado multilateral. La forma de hacerlo es mediante la presentación de una notificación por escrito al depositario. Al mismo tiempo que el Estado denunciante notifica al depositario, también deberá hacerlo a las otras partes a través de los puntos de contacto de cada Estado que se designan en el artículo 27.5 “Puntos de Contacto”. De acuerdo con este artículo, los puntos de contacto facilitarán las comunicaciones entre las partes sobre cualquier asunto cubierto por el TPP y los deberá designar cada parte a más tardar 60 días después de la fecha de entrada en vigor del tratado para cada parte.

Según el párrafo 2, la denuncia del TPP surtirá efectos seis meses después de que el Estado denunciante haya presentado la notificación por escrito al depositario de la denuncia conforme al párrafo 1. Sin embargo, la disposición también da la opción para que las partes puedan acordar un plazo distinto para que la denuncia surta efectos sobre el Estado denunciante.<sup>447</sup> Es importante recalcar que el TPP al ser un tratado multilateral, si una parte lo denuncia, éste continuará en vigor para el resto de las partes.

Como se analizó en el segundo capítulo de este trabajo, el TPP es un ejemplo de la terminación mutua de tratados en donde éste puede terminarse ya sea por acuerdo explícito entre las partes o por la conclusión de un nuevo tratado. Así como Australia ya informó que terminará los APPRIs vigentes con México, Perú y Vietnam, hay otros países que no han utilizado esta oportunidad para terminar AIs existentes, lo que puede crear cierta inquietud en relación con la cobertura de

---

<sup>447</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 416.



aquellos.<sup>448</sup> Un ejemplo serán las reclamaciones que podrán presentarse al amparo del TLCAN o del TPP, en lo que respecta a Canadá, México y Estados Unidos. Ya que las controversias de inversión entre inversionistas de Norteamérica y sus gobiernos estarán sujetas tanto a las disposiciones ISDS del TLCAN como a las del TPP de manera simultánea. Este será uno de los retos que tendrá que superarse. Una solución clara y simple sería que las disposiciones ISDS del TPP sustituyan o reemplacen a las del TLCAN.<sup>449</sup>

El TPP ha sido considerado como la negociación comercial más relevante por su nivel de ambición en los últimos tiempos.<sup>450</sup> Particularmente el capítulo sobre inversión causó mucha expectativa durante las negociaciones. El resultado de éstas tomó como modelo en gran medida el Tratado Bilateral Modelo de los Estados Unidos de 2012, el cual ha sido utilizado a nivel mundial como modelo para otros tratados bilaterales o tratados multilaterales como el TPP.<sup>451</sup>

Aunque el TPP representa un esfuerzo de integración que pretende equilibrar los derechos de los Estados y de los inversionistas, aún es muy pronto e impreciso aseverar que se cumplió el objetivo, sin embargo se considera que el TPP representa un nuevo modelo de acuerdo internacional de inversión.<sup>452</sup> Debido al creciente reconocimiento de reformar el régimen de inversión y fruto de su experiencia en este ámbito, varios países clave para el comercio internacional han

---

<sup>448</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 427.

<sup>449</sup> Ikenson, Daniel J., *et al.*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>450</sup> Ver Resumen Ejecutivo del Tratado de Asociación Transpacífico, Secretaría de Economía, México, p. 1.

<sup>451</sup> *TPP made public at last, op. cit.*

<sup>452</sup> Madalena, Ignacio, *Trans-Pacific Partnership*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 18 de agosto de 2016.

decidido mejorar la redacción de sus tratados bilaterales modelo, así como de sus acuerdos negociados a fin de adaptarlos a las nuevas necesidades y tendencias.

#### 4.2 Modelos de Tratados Bilaterales de Inversión

Los tratados bilaterales de inversión han sido promovidos desde los años 60 por países con economías de mercado abiertas a fin de establecer las garantías para la protección de inversiones de sus nacionales (individuos y corporaciones) en países en desarrollo.<sup>453</sup> En ese entonces, los TBIs eran vistos como la respuesta a la incertidumbre del marco jurídico de algunos países, debido a los estándares de protección y trato contenidos en los mismos a través de los requisitos procesales y sustantivos contenidos en ellos.<sup>454</sup>

Desde la celebración del primer TBI en 1959 entre la República Federal Alemana y Pakistán, miles de tratados de inversión han sido firmados y el número de ratificaciones ha crecido de forma exponencial.<sup>455</sup> En la actualidad, de conformidad con la UNCTAD, existen 2953 tratados bilaterales de inversión firmados a nivel mundial y de ese número, 2322 están en vigor.<sup>456</sup> De este número, 32 corresponden a TBIs celebrados y ratificados por México,<sup>457</sup> lo cual

---

<sup>453</sup> Sacerdoti, Giorgio, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, Colección de Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Tomo 269, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 298.

<sup>454</sup> *Ibid.*

<sup>455</sup> González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>456</sup> UNCTAD, Investment Policy Hub, *International Investment Agreements*, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consultado el 24 de septiembre de 2016.

<sup>457</sup> Comercio Exterior / Países con Tratados y Acuerdos firmados con México, Secretaría de Economía, disponible en <http://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico?state=published>.

indica que México se ha caracterizado por ser un país que activamente ha negociado y firmado tratados de inversión.<sup>458</sup>

Por lo general, muchos de los países redactan un tratado bilateral de inversión “modelo” a fin de basarse en él para negociar y eventualmente celebrar los TBIs con otros países, o bien el capítulo de inversión en tratados multilaterales. El más famoso de los TBIs modelo es el de Estados Unidos de 2012, recientemente revisado y modificado desde el 2009 hasta su publicación en 2012. Otros países que tienen un TBI Modelo son por ejemplo Canadá, Alemania, Noruega y la India, entre otros.

La importancia de los TBIs modelo radica en que los países plasman en estos instrumentos su política comercial y de inversión, estableciendo sus condiciones que difícilmente van a negociar, modificar o cambiar por otras. Además de establecer las obligaciones sustantivas asumidas por los Estados parte, la vasta mayoría de los TBIs contienen las disposiciones para solucionar controversias entre los inversionistas y el Estado receptor mediante arbitraje. A pesar de las críticas en cuanto al arbitraje inversionista-Estado, la mayoría de los tratados permiten a los inversionistas demandar directamente al Estado, y es precisamente esta cuestión lo que ha causado inconformidad entre los Estados ante las controversias de inversión.

Debido a las preocupaciones que han manifestado los Estados en cuanto a los tratados de inversión tradicionales que empoderan al inversionista y dejan vulnerable al Estado, algunos países recientemente han decidido revisar sus

---

<sup>458</sup> González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, op. cit., p. 28.

tratados de inversión modelo para modificarlos a fin de darle mayor poder a los Estados nuevamente. Algunos de los ejemplos más notables al respecto son el TBI Modelo de los Estados Unidos de 2012, el cual responde a una remodelación del TBI modelo anterior bastante cuidadosa; el TBI Modelo de la India de 2015, el cual responde a un fracaso importante de la India en su primer arbitraje de inversión que involucró un TBI, por lo que la India decidió cambiar su estrategia respecto de su consentimiento a un arbitraje de inversión; y la novedosa propuesta de Brasil sobre los tratados de inversión, lo cual responde a un Estado que no estaba sujeto a obligaciones en TBIs pero que propone un sistema diferente de promoción de la inversión y solución de controversias denominado “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones”.

#### 4.2.1 Tratado Bilateral de Inversión Modelo de Estados Unidos de 2012

En febrero de 2009, la administración del Presidente Obama inició la revisión del tratado bilateral modelo de Estados Unidos de 2004. El objetivo de esta revisión fue asegurarse que fuera consistente con el interés público y la agenda económica global de su administración.<sup>459</sup> A fin de llevar a cabo la revisión y modificación, la administración de Obama recibió aportaciones y comentarios del Congreso, empresas, asociaciones de negocios, sindicatos, organizaciones no gubernamentales y académicos. Es importante mencionar que mientras las revisiones a un TBI modelo de Estados Unidos no requieren de acción del

---

<sup>459</sup> Tratado Bilateral de Inversión Modelo, Ficha informativa, Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, de fecha 20 de abril de 2012.

Congreso, los TBIs negociados requieren de asesoría y consentimiento de dos tercios del Senado.<sup>460</sup>

Después de 3 años de revisiones y debate entre las entidades del gobierno estadounidense, el 20 de abril de 2012, la administración de Obama publicó el nuevo TBI Modelo, el cual es ahora el molde mediante el cual los Estados Unidos negocian tratados bilaterales de inversión con otros países, u otros países lo utilizan como modelo para tratados multilaterales, como es el caso del TPP.

Las negociaciones de este nuevo TBI Modelo también estuvieron sujetas a mucha discusión y críticas a nivel internacional y a nivel local por varias razones. A nivel internacional, la oleada de críticas a los tratados de inversión estaba en su esplendor, no solo por los recientes laudos que condenaban a Estados, sino también por presiones de grupos ambientales y laborales. Mientras que localmente, en Estados Unidos se vivía el ojo del huracán de la crisis financiera de 2008, en donde empezaban a surgir las críticas al comercio de Estados Unidos y a los tratados de inversión, particularmente al TLCAN.

El subcomité que revisó el TBI modelo de 2004 consideró tres temas en particular: las disposiciones de solución de controversias; las empresas del Estado; y las cuestiones relativas a los servicios financieros. Las presiones hacia los tres temas iban enfocadas a eliminar por completo o limitar significativamente las obligaciones sustantivas del tratado y el mecanismo de arbitraje inversionista-

---

<sup>460</sup> *Ibid.*

Estado, mientras que los empresarios presionaban para tener protecciones adicionales para los inversionistas estadounidenses en el extranjero.<sup>461</sup>

El resultado de lo anterior fue un TBI Modelo que en lo que respecta a los tres temas mencionados anteriormente, ninguno sufrió cambios sustanciales. Ya que tanto las protecciones sustantivas como el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado casi se mantuvieron intactas.

Brevemente, sobre las protecciones sustantivas – trato nacional, trato de nación más favorecida, expropiación y compensación, y el estándar mínimo de trato – éstas se encuentran transcritas de igual forma en la que se encontraban en el TBI modelo de 2004.<sup>462</sup> Las quejas sobre este tema por parte de los empresarios y partidarios del derecho de las inversiones estaban relacionadas con que las disposiciones del TBI modelo de 2004 diluían los estándares de protección clave dado que no quedaba claro que tan alto era el umbral para una violación.<sup>463</sup> Una de las cuestiones cruciales de este tema era el de definir expresamente el concepto de trato justo y equitativo en el TBI y dejar claro este concepto en vez de que estuviera limitado al estándar mínimo conforme al derecho consuetudinario internacional,<sup>464</sup> lo cual se presta a mucha confusión y diversas interpretaciones por los tribunales arbitrales.

---

<sup>461</sup> *The new US model BIT: not so very different from the old version*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 21 de abril de 2012.

<sup>462</sup> Ver artículos 3-6 del TBI Modelo de los Estados Unidos del 2004 y 2012.

<sup>463</sup> Peterson, Luke Eric, *Analysis: United States unveils “new” model bilateral investment treaty that retains protective core, and makes a few tweaks on periphery*, en *Investment Arbitration Reporter*, de fecha 22 de abril de 2012.

<sup>464</sup> *Ibid.*

Respecto del mecanismo de arbitraje inversionista-Estado plasmado en el TBI modelo de 2004, éste había sido cuestionado severamente respecto de si era apropiado que los inversionistas tuvieran una amplia capacidad y libertad de someter sus reclamaciones al arbitraje de inversión. Algunas de las preocupaciones involucraban que las potenciales reclamaciones ante un arbitraje de este tipo mermaban las políticas públicas estadounidenses, y restaban valor a la vitalidad de las instituciones judiciales domésticas.<sup>465</sup>

Debido a lo anterior, fue que en la revisión del TBI se proponía reemplazar el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado con un mecanismo de solución de controversias entre Estados parte del TBI para que fuera más semejante al contexto del comercio internacional. Sin embargo, la propuesta de solución de controversias entre Estados también fue blanco de críticas porque algunos de los revisores estaban preocupados de que los inversionistas sufrirían indebidamente si sus Estados de origen jugaban un papel proteccionista en el caso de la adjudicación internacional de la controversia.

Como otras alternativas al modelo de solución de controversias entre Estados, una proponía dejar el mecanismo inversionista-Estado, pero condicionar el consentimiento del Estado receptor a que los inversionistas tuvieran la obligación de agotar los recursos jurídicos domésticos antes de que pudieran iniciar un arbitraje en contra del Estado receptor<sup>466</sup> (como lo adoptó la India en su TBI Modelo de 2015). Otra fue que el consentimiento del Estado receptor estuviera

---

<sup>465</sup> Peterson, Luke Eric, *Advisory Committee report offers some consensus, but many divergences, as to future of US Model Investment Treaty*, en *Investment Arbitration Reporter*, de fecha 14 de octubre de 2009.

<sup>466</sup> *Ibid.*; *The new US model BIT: not so very different from the old version, op. cit.*

limitado a cierta clase de controversias, por ejemplo, el inversionista no podría iniciar un arbitraje de inversión en reclamaciones de carácter fiscal o de medidas de servicios financieros.

El resultado de las discusiones sobre este tema fue apoyar el mecanismo inversionista-Estado por caracterizarse como un foro objetivo, justo y no político.<sup>467</sup> Sin embargo, las disposiciones de ISDS quedaron intactas, manteniendo el lenguaje del TBI modelo anterior.<sup>468</sup> No obstante, vale la pena delinear las disposiciones más importantes del mecanismo de arbitraje de inversión que involucran el otorgamiento de consentimiento de las partes al arbitraje:<sup>469</sup>

1. La sección correspondiente inicia con un procedimiento de consultas y negociaciones a fin de resolver la controversia, mediante mediación o conciliación;
2. En caso de no resolverse la controversia, el inversionista podrá entonces acudir a un arbitraje de inversión. Sin embargo, antes de iniciar el arbitraje deberá emitir una notificación de intención dirigida al Estado receptor, notificándole qué incumplió, cómo lo incumplió, el sustento jurídico y el monto de daños. La violación cometida por el Estado receptor debe ser sobre una de las protecciones sustantivas, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión, igual que como lo dispone el TPP.
3. Para poder someter la reclamación a arbitraje debe haber pasado un periodo de 6 meses a partir de los eventos que dieron lugar a la

---

<sup>467</sup> Peterson, Luke Eric, *Advisory Committee report offers some consensus, but many divergences, as to future of US Model Investment Treaty*, *op. cit.*

<sup>468</sup> Ver Sección B del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004.

<sup>469</sup> Ver Sección B del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2012.



controversia. Las opciones para llevar a cabo el arbitraje de inversión son mediante el Convenio CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI u otro acordado por las partes, como podría ser la LCIA o la AAA.

4. El artículo 25 del TBI Modelo otorga el consentimiento de cada una de las partes de someter una reclamación a un arbitraje de inversión conforme a la Sección B de dicho tratado. Para que el consentimiento esté “completo” y sea válido, deberá de cumplir con los requisitos del Capítulo II del Convenio CIADI (relativo a la jurisdicción del Centro), del artículo II de la Convención de Nueva York (relativo a que el acuerdo deberá ser por escrito) y del artículo I de la Convención Interamericana (relativo a que se necesita un acuerdo entre las partes).
5. El artículo 26 del TBI Modelo establece ciertas condiciones y limitaciones al consentimiento de las partes. En primer lugar, establece un límite de tiempo de tres años contados a partir de que el demandante tuvo conocimiento o debió haberlo tenido del supuesto incumplimiento para que éste se someta a arbitraje. Además, señala como condición del consentimiento del demandante que éste debe ser por escrito y deberá acompañarse por una renuncia a iniciar un procedimiento ante tribunales domésticos, a excepción de medidas precautorias que involucren únicamente la preservación de los derechos o intereses del demandante durante el arbitraje y no una compensación monetaria.

A pesar de que el mecanismo de arbitraje de inversión no sufrió cambios drásticos, se mantiene como un modelo estándar con pocos cambios respecto de la versión anterior.<sup>470</sup> Sin embargo, este TBI Modelo de Estados Unidos de 2012 ha servido como base para negociar otros tratados de inversión, así como el capítulo de inversión de tratados multilaterales. El caso más reciente que ejemplifica lo anterior es el capítulo 9 del TPP, como se ha discutido anteriormente.

Hay otras disposiciones del TBI Modelo que vale la pena señalar, como la terminación del mismo. Según se observó en el capítulo segundo, este TBI Modelo ejemplifica dos cuestiones típicas sobre la terminación unilateral de tratados.<sup>471</sup> La primera es la continuación indefinida de la vigencia del tratado a menos que éste sea terminado unilateralmente por una de las partes.<sup>472</sup> La segunda es la terminación del tratado después del vencimiento de un periodo de tiempo de diez años, sin dar razones específicas pero sujetas a un periodo de notificación de la terminación de un año.<sup>473</sup> Además, incluye una *survival clause* de diez años a partir de la fecha de terminación.<sup>474</sup>

En general, se ha dicho que el nuevo TBI Modelo no cumplió con muchas de las preocupaciones de varios sectores como el laboral, ambiental y el de los

---

<sup>470</sup> *The new US model BIT: not so very different from the old version, op. cit.*; Tratado Bilateral de Inversión Modelo, Ficha informativa, Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, de fecha 20 de abril de 2012.

<sup>471</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, pp. 423, 429.

<sup>472</sup> Ver artículo 22.1 del TBI Modelo de Estados Unidos de 2012.

<sup>473</sup> Ver artículo 22.2 del TBI Modelo de Estados Unidos de 2012.

<sup>474</sup> Ver artículo 22.3 del TBI Modelo de Estados Unidos de 2012.

organismos no gubernamentales.<sup>475</sup> Una autora considera que algunos ejemplos de lo anterior son que: (i) el TBI Modelo permite que los inversionistas extranjeros eviten los tribunales domésticos y demanden directamente al Estado ante un foro internacional sobre cuestiones relacionadas con leyes y regulaciones domésticas sujetas a un proceso legislativo interno, en donde en caso de que el Estado no sea exitoso en el procedimiento, deberá pagar una compensación al inversionista, lo cual podrá deteriorar la adopción futura de estándares apropiados en temas sensibles; (ii) los inversionistas podrán demandar al Estado sobre cuestiones ambientales, de salud y seguridad pública. Lo que podría desencadenar en que haya pocas regulaciones futuras que promuevan el desarrollo sustentable, la protección al ambiente y la salud; (iii) el nuevo modelo sigue protegiendo más a los inversionistas estadounidenses en el extranjero, sin abordar las preocupaciones de derecho estadounidense que serán cada vez más objeto de reclamaciones de inversionistas extranjeros debido al incremento exponencial de los flujos de inversión extranjera en los Estados Unidos.<sup>476</sup>

Siendo Estados Unidos referente internacional también para cuestiones de derecho de las inversiones y del mecanismo de solución de controversias correspondiente, tomó una postura cuidadosamente calibrada a fin de balancear las protecciones a los inversionistas y preservar la capacidad del gobierno para regular su orden público.<sup>477</sup> Los aspectos novedosos fueron mínimos y se queda

---

<sup>475</sup> Anderson, Sarah, *The New U.S. Model Bilateral Investment Treaty: A Public Interest Critique*, Instituto para el Estudio de Políticas, de fecha 9 de mayo de 2012; *The new US model BIT: not so very different from the old version, op. cit.*

<sup>476</sup> *Ibid.*

<sup>477</sup> Tratado Bilateral de Inversión Modelo, Ficha informativa, Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, de fecha 20 de abril de 2012.

como un modelo estándar para poder negociar con cualquier tipo de país ante cualquier circunstancia. Lo que indica que la administración de Obama y los demócratas estadounidenses son más críticos del comercio internacional en sus actos de campaña que durante su mandato. Sin embargo, es importante reconocer que el grado de complejidad de revisar y discutir un tratado es diferente e incrementa a medida en que se negocia y se llega a un acuerdo hasta su ratificación y entrada en vigor.<sup>478</sup>

#### 4.2.2 Tratado Bilateral de Inversión Modelo de la India de 2015

A finales del 2011, la India perdió su primer caso relacionado con una reclamación al amparo de un tratado de inversión.<sup>479</sup> Desde el laudo pronunciado en ese caso, *White Industries Australia Limited v. La República de la India*,<sup>480</sup> la India reaccionó para afrontar las realidades de los arbitrajes conforme a un tratado de inversión. Al día de hoy, la India es uno de los países de la región con mayor número de reclamaciones pendientes al amparo de arbitrajes en el marco de un tratado de inversión.<sup>481</sup> Debido a lo anterior y por las siguientes reclamaciones que han sido presentadas en los últimos años,<sup>482</sup> el Gobierno de la India tuvo la necesidad de contar con un nuevo TBI Modelo a fin de renegociar los tratados

---

<sup>478</sup> *The new US model BIT: not so very different from the old version, op. cit.*

<sup>479</sup> Ray, Ashutosh, "White Industries" and State Responsibility: Lesser-Known Facts about the Case as Discussed during the 2014 ICCA Young Arbitration Practitioners Conference, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 30 de junio de 2014.

<sup>480</sup> *White Industries Australia Limited v. La República de la India*, Caso CNUDMI, de fecha 30 de noviembre de 2011.

<sup>481</sup> Ray, Ashutosh, *Unveiled: Indian Model BIT*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 18 de enero de 2016. La UNCTAD tiene reportados 20 casos de la India como demandado, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

<sup>482</sup> Ray, Ashutosh, *New Indian Model BIT on the Anvil*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 9 de enero de 2015.

existentes y usarlo como base para firmar nuevos, por lo que decidió iniciar el proceso de revisar y redactar de nuevo su TBI Modelo del año 2003.<sup>483</sup>

Además de las razones mencionadas, es muy probable que la India también haya sido influida para adoptar un nuevo enfoque en su TBI Modelo por la conducta de otros Estados, como Sudáfrica e Indonesia.<sup>484</sup> Estas dos naciones son ejemplos del descontento de Estados receptores del sistema de tratados de inversión, y más específicos de las disposiciones de ISDS.

Por lo que concierne a Sudáfrica, desde mediados de 2009, el Departamento de Comercio e Industria sudafricano emitió un documento oficial que contenía duras críticas a los TBIs del país así como a la omisión del riesgo que representaban antes de concluirlos, indicando también llevar a cabo una revisión del programa extralimitado de TBIs, particularmente en vista de las reclamaciones de ISDS.<sup>485</sup> Durante los años 2012 a 2014, Sudáfrica terminó unilateralmente los TBIs que tenía celebrados con el Benelux (unión aduanera y económica entre Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo), Suiza, España, Dinamarca, el Reino Unido, Francia, Australia y Alemania. También notificó a la mayoría de sus otros socios de TBIs la intención de terminar cada tratado en cuanto su vencimiento se acercara. El enfoque actual de Sudáfrica es terminar los TBIs en cuanto estén listos para terminarse después del periodo inicial de caducidad y reemplazar el

---

<sup>483</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 424.

<sup>484</sup> *Ibid.*

<sup>485</sup> *Ibid.*; Peterson, Luke Eric, *South African Government Releases Draft Paper Reviewing its BIT Program, and Calling for Major Revisions to Approach*, en *Investment Arbitration Reporter*, de fecha 17 de julio de 2009; Departamento de Comercio e Industria de Sudáfrica, *Aviso General: Aviso 961 de 2009*, de fecha 7 de julio de 2009, disponible en [http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/32386\\_961.pdf](http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/32386_961.pdf), adjuntando el Resumen Ejecutivo de la Posición del Gobierno: *Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review*, de fecha junio de 2009.

mecanismo de ISDS con protecciones domésticas adicionales para los inversionistas.<sup>486</sup>

El caso de Indonesia es similar,<sup>487</sup> ya que en 2014 anunció su intención de terminar más de sus 60 TBIs, incluyendo los mecanismos de ISDS.<sup>488</sup> Esta decisión es similar a la de la India, ya que fue tomada seguida de un lapso de varias reclamaciones de ISDS en contra de ese país, incluyendo controversias gemelas iniciadas por una empresa minera inglesa y su subsidiaria australiana.<sup>489</sup> A finales de 2015, informes indicaron que Indonesia formalmente había notificado a más de “20 socios de tratados que el gobierno terminaría unilateralmente los TBIs con ellos”,<sup>490</sup> con nueve tratados ya terminados con efectos desde el 2014 y 2015 y 11 TBIs más que terminarán entre 2016 y 2018.<sup>491</sup>

Las decisiones de estos dos países muestran la creciente voluntad de algunos Estados de disociarse del régimen de inversión en respuesta de reclamaciones de ISDS y laudos indeseables.<sup>492</sup> Las estrategias de estos países así como las decisiones que tomó la India van de acuerdo con los términos de los TBIs

---

<sup>486</sup> Schlemmer, Engela C, *An Overview of South Africa's Bilateral Investment Treaties and Investment Policy*, en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, No. 1, invierno 2016, pp. 167-193; Departamento de Comercio e Industria de Sudáfrica, *Notice of Introduction of Investment Bill into Parliament: Promotion and Protection of Investment Bill*, Aviso General: Aviso 733 de 2015, de fecha 22 de julio de 2015, disponible en [https://www.thedti.gov.za/gazettes/Promotion\\_Protection\\_Investment\\_Notice.pdf](https://www.thedti.gov.za/gazettes/Promotion_Protection_Investment_Notice.pdf).

<sup>487</sup> Crockett, Antony, *Indonesia's Bilateral Investment Treaties: Between Generations?*, en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 30, No. 2, primavera 2015, pp. 437-448.

<sup>488</sup> Bland, Ben y Shawn Donnan, *Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties*, Financial Times, de fecha 26 de marzo de 2014. Ver también Embajada de los Países Bajos en Yakarta, Indonesia, *Termination Bilateral Investment Treaty*, disponible en <http://indonesia.nlembassy.org/organization/departments/economic-affairs/termination-bilateral-investment-treaty.html>.

<sup>489</sup> *Churchill Mining y Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/40 v. La República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/40 y 12/14 y *Churchill Mining y Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/14 v. La República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 24 de febrero de 2014.

<sup>490</sup> Peterson, Luke Eric, *Indonesia Ramps Up Termination of BITs - and Kills Survival Clause in One Such Treaty – But Faces New \$600 Mil. Claim from Indian Mining Investor*, en *Investment Arbitration Reporter*, de fecha 20 de noviembre de 2015.

<sup>491</sup> *Ibid.*

<sup>492</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 425.

correspondientes y por lo tanto con el artículo 54(a) de la Convención de Viena, lo que crea posiblemente más preocupaciones políticas y económicas que jurídicas.

El 24 de marzo de 2015, el Gobierno de la India publicó un borrador de su modelo de tratado bilateral de inversión para recibir comentarios públicos a este respecto. Para el 11 de abril, fecha límite de entrega, 185 comentarios fueron publicados en el foro online de dicho gobierno. El nuevo TBI Modelo de la India aprobado por el Gobierno fue presentado en diciembre de 2015. Éste es considerado como una desviación importante de sus tratados de inversión modelo anteriores de 1993 y 2003, ya que éstos eran más proclives a proteger a los inversionistas que al propio Estado y el nuevo TBI Modelo proporciona protección a los inversionistas extranjeros en circunstancias más limitadas, favoreciendo al Estado en muchos sentidos. Conforme al nuevo modelo, algunos elementos controversiales como la cláusula de NMF han sido desechados por completo, así como cuestiones fiscales, subsidios y procuración del gobierno, mientras que el alcance de las cláusulas de trato nacional y trato justo y equitativo ha sido limitado considerablemente.<sup>493</sup>

Los elementos esenciales del nuevo TBI Modelo incluyen,<sup>494</sup> (i) una definición de inversión que enumera las características que debe tener, como cierta duración, expectativas de ingresos, asunción del riesgo, la importancia del desarrollo en el país en el cual la inversión se hace, entre otros; (ii) trato no discriminatorio a través del debido proceso; (iii) trato nacional; (iv) protecciones en

---

<sup>493</sup> Kavaljit Singh y Burghard Ilge, *India overhauls its investment treaty regime*, <http://blogs.ft.com/beyond-brics/2016/07/15/india-overhauls-its-investment-treaty-regime/>.

<sup>494</sup> *Taking Stock of IIA Reform*, IIA Issues Note No. 1, UNCTAD, de fecha marzo de 2016.

contra de expropiación; (v) la inclusión de dos artículos en donde se hace hincapié en el cumplimiento del inversionista de las leyes, regulaciones y directrices administrativas y políticas de una parte sobre el establecimiento, adquisición, gestión, operación y disposición de las inversiones;<sup>495</sup> y (vi) un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado perfeccionado.<sup>496</sup>

El Gobierno de la India se refiere a que su TBI Modelo incluye un mecanismo de solución de controversias de inversión “perfeccionado” toda vez que a diferencia de la práctica de tratados existente de la India, el nuevo TBI Modelo incluye como aspecto crucial la condición de que los inversionistas tendrán que acudir a los tribunales domésticos indios para litigar la controversia antes de iniciar un arbitraje internacional. Lo anterior se encuentra en el capítulo IV “Solución de Controversias entre un Inversionista y una Parte” del TBI Modelo de 2015.

La estipulación relevante sobre el consentimiento de la India para someterse a arbitraje se encuentra en el artículo 15 “Condiciones Precedentes para Presentar una Reclamación a Arbitraje”. De conformidad con éste, los inversionistas podrán iniciar procedimientos arbitrales conforme al capítulo correspondiente, sin embargo el consentimiento de la India para someterse a un procedimiento arbitral de este tipo está condicionado a acudir a los tribunales domésticos por cierto periodo de tiempo. Por lo que los inversionistas extranjeros tendrán que primero acudir a los tribunales locales para resolver la controversia de inversión antes de someterse a arbitraje. El plazo para que el inversionista someta la reclamación a

---

<sup>495</sup> Peterson, Erik Luke, *ANALYSIS: India invites comments on draft model investment treaty; text offers radical departure, and calls to mind Norway's past efforts at revision*, en *Investment Arbitration Reporter*, de fecha 24 de marzo de 2015.

<sup>496</sup> *Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty*, Oficina de Información de Prensa, Gobierno de la India, de fecha 16 de diciembre de 2015, disponible en <http://pib.nic.in/newsite/PrintRelease.aspx?relid=133411>.



los tribunales locales es de un año a partir de que tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento del daño a su inversión.

El artículo es claro en establecer esta condición al especificar que el inversionista debe demostrar el cumplimiento de esta obligación y no podrá hacerlo utilizando a otra parte o respecto de otra causa de acción. La excepción a esta obligación es que el inversionista demuestre que no hay recursos legales locales disponibles que puedan proporcionar un remedio respecto del incumplimiento del tratado para el inversionista.<sup>497</sup>

Para poder llegar a un procedimiento arbitral, el TBI Modelo de la India es estricto en cuanto a los plazos para iniciar el arbitraje. De acuerdo con el artículo 15.2, si después de 5 años de haber presentado un recurso local en los tribunales domésticos no se ha llegado a una sentencia o resolución satisfactoria para el inversionista, entonces en ese momento el inversionista podrá iniciar un procedimiento arbitral conforme al capítulo IV, mediante una notificación de la disputa a la parte defensora.

El artículo 16 del TBI Modelo establece que el inversionista que haya cumplido con las condiciones establecidas en el artículo 15, es decir, haber acudido primero a los tribunales domésticos y esperar 5 años, podrá someter a arbitraje la reclamación conforme a diferentes reglas como el Convenio CIADI, las Reglas del Mecanismo Complementario y las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.<sup>498</sup> Cabe recalcar que la inclusión del Convenio CIADI y de las Reglas del Mecanismo

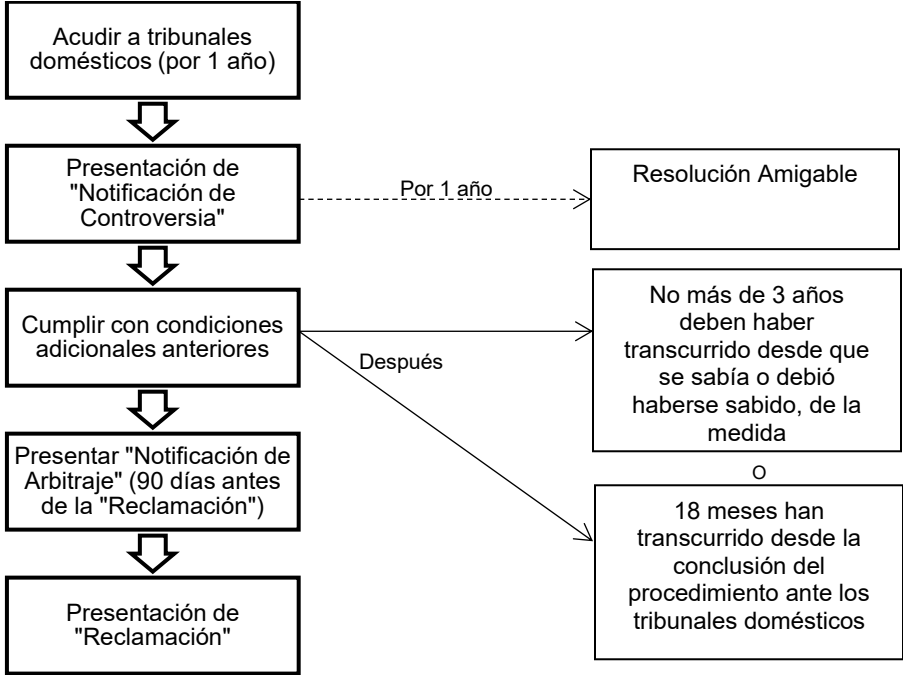
---

<sup>497</sup> Dahlquist, Joel y Luke Eric Peterson, *ANALYSIS: In final version of its new model investment treaty, India dials back ambition of earlier proposals – but still favors some big changes*, en Investment Arbitration Reporter, de fecha 3 de enero de 2016.

<sup>498</sup> Ver artículo 16 del TBI Modelo de la India de 2015.

Complementario al texto aprobado, fue a raíz de los comentarios que recibió el gobierno al presentar el borrador del texto del TBI Modelo al público, en virtud de que en el borrador no se incluían éstos dos, únicamente se incluían las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.<sup>499</sup>

El siguiente cuadro explica los pasos secuenciales que un inversionista deberá seguir antes de que una reclamación pueda someterse formalmente a arbitraje, a fin de preservar los derechos soberanos y la facultad regulatoria de los Estados contratantes del TBI Modelo:<sup>500</sup>



Respecto de las disposiciones de terminación de este tratado, el artículo 38.2 ejemplifica lo contrario a la disposición predeterminada de la vigencia continúa del tratado. Ya que esta cláusula dispone que el tratado estará vigente por 10 años y

<sup>499</sup> Dahlquist, Joel y Luke Eric Peterson, *op. cit.*

<sup>500</sup> Hanessian, Grant y Kabir, Duggal, *The 2015 Indian Model BIT: Is This Change the World Wishes to See?*, en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 30, No. 3, otoño 2015, p. 739.

caducará después de este periodo a menos que las partes acuerden por escrito renovarlo.<sup>501</sup> Al mismo tiempo prevé que una parte puede terminar unilateralmente el TBI Modelo sujeto a un periodo estándar de notificación de 12 meses.<sup>502</sup>

Un destacado elemento que también incluye este TBI Modelo es que en el artículo 29<sup>503</sup> deja la puerta abierta para un mecanismo de apelación futuro para los casos inversionista-Estado, cuya función sería darle coherencia a la interpretación de las disposiciones del TBI.<sup>504</sup> Este artículo está inspirado en las discusiones que se llevaron a cabo en la Comisión Europea, la cual ha propuesto establecer una corte multilateral para controversias de inversión,<sup>505</sup> en vista de las negociaciones del TTIP y de ilegitimidad de las disposiciones de ISDS.<sup>506</sup> Esta propuesta ya estaba sobre la mesa desde el 2013 cuando la UNCTAD en una de sus publicaciones la propuso como uno de los caminos principales para reformar el régimen de solución de controversias inversionista-Estado.<sup>507</sup>

Esta proposición se refiere a la creación de una Corte de Inversión que reemplace los mecanismos de ISDS en los tratados de inversión, sin embargo ha sido polémica ya que algunos críticos señalan que la creación de ésta sería un medio para reglas neoliberales de protección a la inversión con mayor autoridad

---

<sup>501</sup> Ver artículo 38.2 del TBI Modelo de la India.

<sup>502</sup> Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *op.cit.*, p. 424.

<sup>503</sup> TBI Modelo de la India de 2015, artículo 29. “*The Parties may by agreement or after the completion of their respective procedures regarding the enforcement of this Treaty may establish an institutional mechanism to develop an appellate body or similar mechanism to review awards rendered by tribunals under this chapter*”.

<sup>504</sup> *Ibid.* “*Such appellate body or similar mechanism may be designed to provide coherence to the interpretation of provisions in this Treaty.*”

<sup>505</sup> Dahlquist, Joel y Luke Eric Peterson, *op. cit.*

<sup>506</sup> Sornarajah, Muthucumaraswamy, *op. cit.*, p. 1.

<sup>507</sup> *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, UNCTAD, de fecha 26 de junio de 2013.

que podría sacar las peores características del sistema de ISDS.<sup>508</sup> Además cabe mencionar que, como se discutió anteriormente, el TPP cuenta también con una disposición de este tipo que pudo haberse basado en este TBI Modelo y en los acontecimientos mencionados.

El TBI Modelo de la India de 2015 es un buen ejemplo para reflejar lo que está sucediendo hoy en día en el mundo de los acuerdos internacionales de inversión que tiene un impacto directo en el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. En este plano bilateral, hay un claro giro en la práctica de redacción de los tratados modelo y su subsecuente adopción del texto final. Ya que el sentido de las políticas que se están adoptando y que adopta el TBI Modelo de la India es preservar el derecho de los países, la India en este caso, de regular a su discreción las políticas internas del país, que por lo general involucran cuestiones sensibles del mismo.

Los motivos para seguir este camino son varios, en el caso de la India fue haber perdido un caso cuantioso después de una trayectoria bastante favorable y después recibir numerosas reclamaciones, lo que hizo que adoptara estas nuevas políticas en su TBI Modelo actualizado. La señal que envía la India a raíz de su nuevo TBI Modelo es que su política de negociación es restrictiva y difícilmente negociarían o aceptarían otras condiciones con otros países que no sea lo que está estipulado en su nuevo tratado de inversión modelo.

---

<sup>508</sup> Sornarajah, Muthucumaraswamy, *op. cit.* pp. 1-2.

#### 4.2.3 Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil

A diferencia de los demás países de Sudamérica, Brasil es un caso diferente al no estar obligado en tratados de inversión. Aunque Brasil tiene firmados 14 tratados bilaterales de inversión en los años 90, el parlamento brasileño planteó una serie de preocupaciones que detuvieron su ratificación en su momento, así como la ejecución de nuevos tratados.

Los cuestionamientos planteados por el parlamento brasileño incluyeron tres temas principales: (i) la libre transferencia de fondos; (ii) la cláusula de expropiación; y (iii) el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. Respecto de los primeros dos puntos, las cuestiones eran que los compromisos adquiridos por Brasil sobre la transferencia de fondos en los TBIs propuestos eran mayores a los que había aceptado en relación con el Fondo Monetario Internacional y el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios. Sobre la cláusula de expropiación, los parlamentarios establecieron sus preocupaciones sobre el alcance de esta cláusula y la noción de expropiación indirecta. Ya que dependiendo de las circunstancias, esta cláusula podía ser invocada por inversionistas extranjeros en un intento de limitar la autoridad del gobierno en temas sensibles como el social, la salud y ambientales.<sup>509</sup>

Respecto de la tercera preocupación de los parlamentarios sobre los TBIs, éstos señalaron sus inquietudes sobre el amplio e indeterminado alcance del consentimiento a un arbitraje internacional otorgado por los Estados en los TBIs.

---

<sup>509</sup> Peterson, Luke Eric y Ana Carolina e Simões e Silva, *Brazil mandated to pursue limited range of investment protection standards; prospects for 90's-era BITs remain dim*, en *Investment Arbitration Reporter*, de fecha 8 de septiembre de 2008.

Ya que en contraste con las cláusulas arbitrales en contratos, cuyos objetivos son siempre precisos, las referencias a arbitraje en los TBIs por lo general permiten a los inversionistas demandar a los Estados por una amplia gama de contextos. Además, algunos políticos brasileños preferían que primero se agotaran los recursos judiciales domésticos antes de que los inversionistas tuvieran acceso a un arbitraje internacional. Por otra parte, cabe mencionar que Brasil no es Estado Contratante del Convenio CIADI, por lo que en caso de controversia, ésta sería regida por el Mecanismo Complementario del CIADI, sin embargo esas reglas podrían modificarse y evolucionar a discreción de los miembros del CIADI, sin ningún comentario o aportación de Brasil.<sup>510</sup>

Debido a las preocupaciones mencionadas anteriormente, los escasos prospectos para ratificar todos los TBIs firmados por Brasil en su momento llevaron a que el Ejecutivo brasileño abandonara todas las esperanzas de tener tratados de inversión en vigor. Por esto, Brasil tiene la posición de no estar obligado o constreñido por obligaciones en tratados de inversión tradicionales, en contraste con sus vecinos de América del Sur y, prácticamente, todos los demás países del mundo.

A la fecha, la política de Brasil hacia los tratados de inversión ha tomado un giro inesperado al redactar un tratado de inversión modelo cuyo propósito es el de “promover inversión recíproca a través de un dialogo intergubernamental”. Este tipo de “tratado de inversión” es llamado Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), el cual fue aprobado por el Consejo de Ministros de la Cámara

---

<sup>510</sup> *Ibid.*

de Comercio de Brasil. Los primeros ACFIs fueron firmados con Mozambique y Angola. Recientemente, el 26 de mayo de 2015, Brasil firmó con México un ACFI, el tercer instrumento de este tipo a nivel mundial y el primero en América Latina,<sup>511</sup> después Brasil ha celebrado también este instrumento con Colombia y Chile.<sup>512</sup>

A diferencia de los tratados bilaterales de inversión tradicionales, los cuales están orientados hacia la protección del inversionista, los ACFIs se enfocan mucho menos en la protección al inversionista y más a los acuerdos institucionales y agendas para la facilitación de inversión y la cooperación.<sup>513</sup> Lo más destacado de los ACFIs, es que no incluyen disposiciones de solución de controversias inversionista-Estado mediante un arbitraje de inversión, sino que promueven la solución amigable de las controversias y proponen un mecanismo de solución de controversias entre los Estados parte del tratado.

En una presentación hecha por el Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior de Brasil, el Subdirector, Renato Rezende, explicó todo lo relacionado con la propuesta de Brasil del ACFI.<sup>514</sup> Como antecedentes de la propuesta brasileña, el Subdirector estableció como primer punto, el incremento en los arbitrajes de inversión y sus principales críticas: la falta de un consenso en las decisiones (conceptos vagos), los altos costos de los procedimientos arbitrales, la restricción de la discreción regulatoria de los Estados, y la poca protección

---

<sup>511</sup> Estados Unidos Mexicanos, Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil, Política Exterior, *disponible en* <http://www.itamaraty.gov.br/es/ficha-pais/11572-estados-unidos-mexicanos-es>.

<sup>512</sup> Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Colombia, 9 de octubre de 2015 y Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Chile – Santiago, 23 de noviembre de 2015.

<sup>513</sup> *What's New in Investment and Sustainable Development?*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IISD), *disponible en* <https://www.iisd.org/investment/>.

<sup>514</sup> Presentación sobre el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior de Brasil.

efectiva y altos costos políticos. Además señaló que los tratados bilaterales de inversión aunque dicen ser promotores de inversión, en realidad no contienen cláusulas de promoción. En cuanto al contexto brasileño, señaló que Brasil no ha ratificado ninguno de los 14 TBIs firmados en la década de 1990 debido a que no hay un balance entre los inversionistas y los derechos y obligaciones de los Estados.

Por lo anterior, Brasil presentó su propuesta de ACFI, cuyas metas son: (i) superar las dificultades jurídicas y las fallas en los TBIs tradicionales, (ii) atender las necesidades de los inversionistas de forma concreta y pragmática, y (iii) poner atención a la estrategia de desarrollo de los Estados receptores. Los pilares principales son mejorar el gobierno institucional, los mecanismos de mitigación del riesgo, y la prevención de controversias y las agendas temáticas de facilitación de cooperación e inversión.

Para poder lograr lo anterior, el ACFI brasileño propone lo siguiente:

- Sobre la mejora del gobierno institucional, se establecerá un ombudsman o punto focal en cada país; habrá una cooperación institucional entre gobiernos; un Comité Conjunto que supervisará el acuerdo y la implementación de las agendas; y una participación continua y prominente del sector privado.<sup>515</sup>
- Sobre los mecanismos de mitigación del riesgo y la prevención de controversias, el ACFI cuenta con disposiciones de trato nacional y nación más favorecida; de expropiación directa; mecanismos de transparencia y

---

<sup>515</sup> Ver artículos 17-18, 23 del ACFI Modelo.



acceso a la información; responsabilidad social corporativa; transferencia de fondos y divisas; y un sistema de prevención de controversias detallado.<sup>516</sup>

- Sobre las agendas temáticas para facilitar la cooperación y la inversión, habrá una facilitación de la visa de negocios; una cooperación para pagos y divisas; intercambios de experiencias regulatorias e institucionales; regulaciones técnicas y ambientales; entrenamientos profesionales y laborales; entendimientos de logística y transporte, entre otros.<sup>517</sup>

Como se observa, el caso de Brasil es aquel en el cual el Estado decide crear una alternativa respecto de lo convencional y lo lleva a cabo mediante la adopción de un nuevo modelo de tratado de inversión. De los pilares y características mencionadas, sobresale la cuestión del mecanismo de solución de controversias que propone.

En contraste con los TBIs de la década de 1990, los cuales garantizaban a los inversionistas el derecho directo de invocar el arbitraje internacional, el ACFI señala que únicamente las partes del tratado podrán acudir a un arbitraje entre Estados.<sup>518</sup> Este mecanismo de arbitraje entre Estados funciona de la siguiente manera:

1. Antes de iniciar un procedimiento arbitral, cualquier controversia entre las partes, entiéndase los gobiernos, será objeto de consultas y negociaciones y será examinada previamente por un comité conjunto

---

<sup>516</sup> Ver artículos 5-14, 23-24 del ACFI Modelo.

<sup>517</sup> Ver artículos 25-26 del ACFI Modelo.

<sup>518</sup> Ver artículo 24 del ACFI Modelo.

(integrado por representantes de los gobiernos de ambas partes).<sup>519</sup> El comité conjunto analizará y rendirá un informe que incluirá la identificación de la parte, los inversionistas afectados, la descripción de la medida que afecta a los inversionistas y la conclusión de las consultas.<sup>520</sup>

2. Para desencadenar el proceso de solución de controversias como tal, debe haberse agotado primero el procedimiento mencionado anteriormente.<sup>521</sup> De agotarse y no resolverse la controversia, entonces las partes podrán constituir un tribunal arbitral específico para la controversia u optar conjuntamente por someter la controversia a otro mecanismo para solución de controversias entre Estados en materia de inversiones.<sup>522</sup> En este sentido, el ACFI señala la forma de constituir el tribunal arbitral, en el cual en caso de no llegar a un acuerdo podrá intervenir la Corte Internacional de Justicia,<sup>523</sup> asimismo indica el procedimiento arbitral.
3. El laudo será obligatorio para las partes y deberá de dictarse dentro de los seis meses siguientes a la designación del presidente del tribunal arbitral. Es importante mencionar que al establecerse una compensación monetaria en el laudo, la parte que reciba la indemnización deberá transferirla a los titulares de los derechos de la inversión en cuestión (los

---

<sup>519</sup> Ver artículo 14 del ACFI entre Brasil y México.

<sup>520</sup> Ver artículo 18 del ACFI entre Brasil y México; artículo 23 del ACFI Modelo.

<sup>521</sup> Ver artículo 19(1) del ACFI entre México y Brasil.

<sup>522</sup> Ver artículo 24(1) del ACFI Modelo; artículo 19(4) del ACFI entre Brasil y México. Un ejemplo de institución para solucionar una controversia entre Estados en materia de inversión sería la Corte Permanente de Arbitraje.

<sup>523</sup> Ver artículo 24(7) del ACFI Modelo; artículo 19(6) del ACFI entre México y Brasil.

inversionistas), una vez deducidos los costos de la controversia, de conformidad con los procedimientos internos de cada parte.<sup>524</sup>

En el procedimiento de solución de controversias planteado en el ACFI Modelo de Brasil, hay un otorgamiento de consentimiento por parte de los dos Estados parte para iniciar un arbitraje entre ellos. Sin embargo, a diferencia de los TBIs tradicionales, los ACFIs no permiten a los inversionistas iniciar un arbitraje contra un Estado.<sup>525</sup> Precisamente, este mecanismo pretende disuadir a los inversionistas de impugnar arbitrariamente las medidas tomadas por el Estado receptor. Es importante destacar que aunque el arbitraje entre Estados se encuentra mencionado en los ACFIs, éste no debe ser el principal mecanismo para resolver las controversias,<sup>526</sup> sino más bien deberán resolverse mediante las consultas, negociaciones y la mediación o conciliación.

El hecho de que las disputas se arreglen entre Estados y no inversionista-Estado puede tener ventajas, pero también presenta algunos problemas, como: (i) la controversia que suscite un inversionista pasa a ser cuestión de política exterior de la parte de donde éste es nacional. El Estado debe ahora actuar en el marco del ACFI para solucionar la controversia del inversionista con el Estado contraparte, lo que sepulta a la doctrina Calvo; (ii) implica una mayor asimetría de poder en el arreglo de las disputas; y (iii) puede aumentar el problema de que nacionales del país demandado recurran al arbitraje internacional. Tanto los TBIs

---

<sup>524</sup> Ver artículo 19(2) del ACFI entre México y Brasil; artículo 24(13)(c) del ACFI Modelo.

<sup>525</sup> Morosini, Fabio y Michelle Ratton Sanchez Badin, *El Acuerdo brasilero de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IISD), No. 3, Tomo 6, agosto de 2015.

<sup>526</sup> *Ibid.*

como el ACFI dejan en claro que los inversionistas nacionales no pueden recurrir al arbitraje internacional ni a las prerrogativas de estos tratados. Sin embargo, hay una tendencia creciente que burla esta limitación, al constituir o registrar en el extranjero una sociedad que es propiedad mayoritaria de un nacional del país donde opera.<sup>527</sup>

Al día de hoy, Brasil tiene firmados seis ACFIs, con Mozambique, Angola, México, Malawi, Colombia y Chile. Pese a que se trata de una economía emergente que tradicionalmente ha sido uno de los principales destinos de la inversión externa directa (IED), históricamente Brasil ha jugado con una carta diferente en un mundo dominado por una red de TBIs. La reticencia de Brasil de incursionar en una red de tratados de inversión tradicionales surge en parte por preocupaciones de carácter constitucional – y la doctrina Calvo hasta cierto punto – pero también refleja el simple hecho de que Brasil nunca ha tenido problema para atraer la inversión extranjera directa, ya que siempre ha fluido de manera importante en sectores como hidrocarburos, petroquímico, hidroeléctrico, minero, telecomunicaciones, aviación, mercados de capital, entre otros.<sup>528</sup>

Debido a los factores anteriores, Brasil parece considerar que su vasto mercado y recursos naturales son suficientes para atraer a los inversionistas extranjeros a que inviertan en su país, sin necesitar garantizar las protecciones que se encuentran en los tratados de inversión tradicionales.<sup>529</sup> Un ejemplo claro

---

<sup>527</sup> En numerosos casos los inversionistas han “cambiado de nacionalidad” con el único fin de utilizar las condiciones contractuales más favorables de otro TBI, esto es comúnmente llamado “reestructuración corporativa”. Ver *Mobil v. Venezuela*, *op. cit.*

<sup>528</sup> Ross, Alisson, *Brazil's BIT Dilemma*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 17 de diciembre de 2009.

<sup>529</sup> *A convergence of attitudes in Latin America and beyond?*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 11 de agosto de 2015.

es el hecho de que Brasil nunca ha sido Estado Contratante del Convenio CIADI y por muchos años ha tenido un enfoque poco entusiasta a ofrecer protecciones mediante tratados de inversión. Tal parece que esto ha cambiado para Brasil desde su iniciativa de los ACFIs. Aunque este modelo alternativo de tratado de inversión es aún muy reciente y poco probado, es interesante observar que Brasil está interesado en el tema de una forma distinta, dándole más poder al Estado que al inversionista al poner sus condiciones.

El ACFI brasileño resulta relevante para el análisis de las negociaciones comerciales de esta década debido a que actualmente existe y estamos presenciando un debate político y académico sobre uno de los pilares ideológicos de los años noventa, que aseguraba la existencia de una relación causal entre la firma de TBIs y el aumento en los flujos de IED,<sup>530</sup> y Brasil rompe precisamente con ello y plantea una propuesta diferente para regular la inversión. Durante la década noventera y mitad de los años dos mil, gran parte de los Estados aceptó esa lógica, creyendo que la firma de TBIs, al ofrecer la seguridad jurídica buscada por los inversionistas, aumentaría su credibilidad externa y con ello se garantizarían crecientes flujos de capitales extranjeros, de ahí que durante esa época se diera el mayor número de firmas de TBIs alrededor del mundo, incluso en América Latina.

Por otro lado, es importante considerar la postura de los críticos que rechazan la existencia de disposiciones de ISDS en los AII. El objetivo de Brasil fue diseñar una especie de TBI Modelo con la particularidad de eliminar el mecanismo de

---

<sup>530</sup> Arroyo Picard Alberto y Luciana Ghiotto, *Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México*, disponible en [www.academia.edu](http://www.academia.edu).

ISDS a fin de proteger al Estado. Sin embargo, este enfoque es peligroso ya que existe el riesgo de dejar sin efectos y sin valer las protecciones a la inversión. Asimismo, al depender únicamente de medidas de solución de controversias entre Estados, el inversionista afectado tendría que convencer a su Estado de adoptar su reclamación. Además, es importante tomar en cuenta la justificación histórica de las disposiciones de ISDS, la cual era proteger los negocios que invirtieron en jurisdicciones extranjeras en donde no siempre había democracias sólidas y sistemas jurídicos confiables.

En consecuencia, el modelo de “tratado de inversión” de Brasil tampoco es la solución a los problemas relacionados con la soberanía del Estado frente al régimen de inversión actual. La exclusión general de los mecanismos de ISDS de todos los AIs no sería la salida para las preocupaciones de los gobiernos del derecho de regular el interés público de sus naciones. Una respuesta podría ser la redacción de las protecciones de inversión con base en la reciprocidad de éstas, a fin de conseguir el balance necesario entre la protección a la inversión y la discrecionalidad regulatoria.<sup>531</sup>

Con base en esta tendencia mundial de revisión de los TBIs y del sistema de ISDS que incluyen, es que países con gran flujo de IED, como Estados Unidos y la India, decidieron recientemente revisar, modificar y actualmente renegociar sus TBIs. Esta revisión se basa en el reconocimiento de que los marcos jurídicos para la inversión de la década pasada no necesariamente han sido beneficiosos para atraer la IED, y lo que es más, esa inversión que llega no ha tenido los efectos

---

<sup>531</sup> Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *op. cit.*, pp. 201-202.

esperados. Las propuestas que vemos actualmente incluyen el empoderamiento del Estado, en donde el Estado es libre de regular sus sectores y poner las condiciones a los inversionistas.

La India y Brasil no son los únicos ejemplos de países que han decidido revisar sus marcos jurídicos a fin de adoptar tratados más beneficiosos para el Estado. Otros países como Noruega, Sudáfrica, Indonesia y Australia han emprendido un proceso de revisión de los marcos establecidos para la negociación de tratados de inversión.<sup>532</sup> Asimismo, recientemente, en las negociaciones del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la Unión Europea y Canadá, se acordó descartar las disposiciones de ISDS, y establecer para la resolución de conflictos de inversión una “corte de inversión” permanente conformada por 15 miembros designados por la Unión Europea y Canadá, en donde tribunales de 3 integrantes de dicha corte resolverán la controversia, cuyas decisiones estarán sujetas a un mecanismo de apelación.<sup>533</sup>

El punto más cuestionado dentro de las motivaciones para iniciar la revisión de los TBIs ha sido el mecanismo de arbitraje inversionista-Estado, que como se ha visto en los ejemplos analizados anteriormente, algunas propuestas introducen nuevas condiciones contractuales que atenúan la amplia cantidad de derechos que los inversionistas poseen en los TBIs, algunas ponen ciertas limitaciones y condiciones para el arbitraje de inversión, como el TPP y el TBI Modelo de la

---

<sup>532</sup> Otros ejemplos son el Tratado de Inversiones de la ASEAN (2011), así como el proyecto de modelo de tratado para la región de África del Sur y el “anti-TBI” entre Canadá y China.

<sup>533</sup> Ver Thomson, Douglas, *Canada agrees to EU proposals on ISDS*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 2 de marzo de 2016. La propuesta de este mecanismo de solución de controversias de inversión tiene su origen en el borrador del TTIP, en donde la Comisión Europea propuso la creación de una “corte de inversión” permanente. Algunos partidarios consideran que esto podría establecer el estándar para el futuro de los tratados de inversión y las disposiciones de solución de controversias relacionadas. Es importante mencionar que el TLC entre los Estados Unidos y Vietnam contiene disposiciones similares.

India, otras se mantienen como un tratado neutro, como el Modelo de Estados Unidos y de momento, el más atrevido, el ACFI brasileño, que plantea un esquema diferente. Sin embargo, las negociaciones comerciales están presentes más que nunca, con tratados mega-regionales muy esperados que representan la última moda de negociaciones como el TPP o el TTIP, por lo que podemos esperar todo tipo de sorpresas que delinear hacia dónde va la tendencia en el comercio internacional.



**Cuadro referente a las características más importantes  
de las propuestas novedosas en instrumentos internacionales de inversión**

	<b>Tratado de Asociación Transpacífico</b>	<b>TBI Modelo de Estados Unidos de 2012</b>	<b>TBI Modelo de la India de 2015</b>	<b>Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones</b>
<b>Tipo de tratado</b>	Tratado multilateral o acuerdo mega-regional	Tratado bilateral	Tratado bilateral	Tratado bilateral
<b>Objetivos relacionados con la inversión</b>	Crear un marco jurídico para la inversión ventajoso para las partes	Reconoce la importancia de proporcionar un mecanismo efectivo de hacer valer reclamaciones y derechos de inversión conforme al derecho doméstico así como a través de arbitraje internacional	Reafirma el derecho de las partes de regular la inversión en su territorio de acuerdo con su legislación y sus políticas	Crear un mecanismo de diálogo técnico e iniciativas gubernamentales que contribuyan a un aumento significativo de la inversión mutua
<b>Mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS)</b>	Si	Si	Si	No, contempla un mecanismo de solución de controversias entre Estados, sin injerencia del inversionista
<b>Forma que adopta el consentimiento para el mecanismo de ISDS</b>	<p>El inversionista tiene acceso directo para demandar al Estado después de transcurrido un plazo de seis meses de entablar consultas y negociación</p> <p>Sin embargo en los Anexos del capítulo correspondiente hay limitaciones al consentimiento de algunos Estados en relación con la materia de la controversia</p> <p>Hay un periodo de prescripción de tres años y medio para someter una disputa a arbitraje</p>	<p>El inversionista tiene acceso directo para demandar al Estado</p> <p>Deberá presentar una notificación de intención al Estado 90 días antes de iniciar el arbitraje</p> <p>Hay un periodo de prescripción de tres años para someter una disputa a arbitraje</p> <p>El consentimiento se presupone en el TBI</p>	<p>El consentimiento del Estado está condicionado a que el inversionista agote primero los recursos judiciales y administrativos domésticos antes de iniciar un arbitraje</p> <p>Incluye un periodo de prescripción de un año para someter la disputa a tribunales domésticos</p> <p>El consentimiento al arbitraje tiene que darse de forma expresa, no se presupone con el TBI</p>	<p>El consentimiento a un arbitraje Estado-Estado está condicionado a agotar un procedimiento en donde un Comité Conjunto (integrado por los representantes de los Estados) revisará la controversia e intentará resolverla junto con un Ombudsman (mediador)</p>

<b>Opciones de foros</b>	Convenio CIADI, Mecanismo Complementario, las Reglas de la CNUDMI u otro acordado por las partes	Convenio CIADI, Mecanismo Complementario, las Reglas de la CNUDMI u otro acordado por las partes	Convenio CIADI, Mecanismo Complementario y las Reglas de la CNUDMI	Prevé incorporar un tribunal arbitral específico para la controversia o que las partes opten en conjunto por un mecanismo de solución de controversias en materia de inversión
<b>Características del laudo</b>	Podrá garantizar daños monetarios, no penales	Podrá garantizar daños monetarios, no penales	Podrá garantizar daños monetarios, no penales, ni morales, ni agravios judiciales	Podrá establecer una compensación monetaria, en cuyo caso, la parte que recibe tal indemnización deberá transferirla a los titulares de los derechos de la inversión en cuestión
<b>Particularidades</b>	Prevé un mecanismo futuro de apelación de laudos arbitrales, así como contrademandas por parte del demandado	No prevé un mecanismo de apelación de laudos arbitrales ni tampoco contrademandas por parte del demandado	Prevé un mecanismo futuro de apelación de laudos arbitrales, así como contrademandas por parte del demandado	Prevé una agenda para promover una mayor cooperación y facilitación de inversiones a fin de mejorar la inversión bilateral
<b>Resultado final</b>	Un capítulo de inversión neutral por el número de países en juego. Intentará balancear los derechos de los inversionistas con la discrecionalidad regulatoria del Estado	Un tratado estándar y prudente que sigue protegiendo más a los inversionistas extranjeros que a los inversionistas estadounidenses en el extranjero	Un tratado beneficioso para el Estado más que para los inversionistas	Un acuerdo de facilitación, no de protección de inversiones

## Conclusiones

*PRIMERA.*- El consentimiento de los Estados en obligarse por un acuerdo internacional de inversión mediante su firma, canje de instrumentos, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión o cualquier otra forma que hubieran convenido, es un factor vital a fin de validar el tratado celebrado y formalmente asumir las obligaciones de inversión contenidas en el instrumento. Además de las protecciones sustantivas, los Estados otorgan su consentimiento a las disposiciones adjetivas que se manifiestan en el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. Esto conlleva a que el Estado podrá ser sujeto de un arbitraje de inversión cuando el inversionista del otro Estado parte del acuerdo internacional de inversión acepte la oferta de consentimiento en los mismos términos en la que fue ofrecida con el objetivo de que un tribunal arbitral tenga jurisdicción para resolver la controversia.

*SEGUNDA.*- El debate inevitable que se presenta en torno al consentimiento de los Estados a un mecanismo de solución de controversias de inversión plasmado en un acuerdo internacional de inversión se refiere a dos puntos, el primero es que no todas las cláusulas de consentimiento contienen una oferta unilateral de consentimiento como tal, sino sólo una opción de consentir por separado, o el segundo punto comprende que en efecto dichas cláusulas contienen una oferta unilateral que puede estar sujeta a ciertas condiciones y limitantes previas que deben cumplirse antes de que la oferta sea efectiva. Varias interpretaciones, doctrina y decisiones suponen el sometimiento

automático que se configura con la aceptación de la oferta de consentimiento por parte del inversionista. Sin embargo, dependiendo de los términos y redacción de tales cláusulas se analizará el alcance de la misma.

*TERCERA.*- Al hacer un análisis exhaustivo del tema, las cláusulas de solución de controversias inversionista-Estado son una obligación más de los acuerdos internacionales de inversión, y por lo tanto, el Estado, al suscribir el tratado, queda vinculado jurídicamente por éstas en los términos de la propia cláusula. Así, los Estados, mediante la oferta de consentimiento en dicho instrumento, otorgan su consentimiento al arbitraje de inversión. No obstante, un punto es crucial, dicha oferta puede estar redactada en diferentes términos, incluyendo condiciones o limitaciones, entre otras particularidades, por lo que el inversionista que la acepta debe cumplir con lo indicado por la oferta. En este sentido, no sólo el inversionista deberá respetar la oferta como fue otorgada, sino también los tribunales y cortes al momento de analizarla deberán tomar las particularidades de la oferta como una cuestión relativa al consentimiento y no meramente procesal.

*CUARTA.*- El rol que juegan los tribunales arbitrales es un factor notable al momento de interpretar las ofertas de consentimiento y determinar si en efecto lo hubo a fin de determinar su jurisdicción para resolver la controversia. El consentimiento otorgado no siempre es claro, y aunque el inversionista deba aceptar la oferta tal como fue prevista por las partes, hay situaciones que implican una mayor astucia e interpretación por parte del tribunal, en donde

tendrán que analizar en su conjunto el contexto del caso, los argumentos, casos anteriores con características similares, entre otros.

*QUINTA.*- Así como la década de 1990 fue el auge de celebración de acuerdos internacionales de inversión, en donde los Estados, para asegurar la inversión extranjera, brindaban amplios derechos a los inversionistas como el de demandar directamente a un Estado ante un tribunal de inversión, en los últimos años, se ha visto un cambio de paradigma. Debido a las decisiones de los tribunales arbitrales y sus interpretaciones, entre otras, sobre la cuestión del otorgamiento del consentimiento del Estado a un arbitraje de inversión, el régimen de inversiones y particularmente el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado ha sido severamente criticado por pretender violar la soberanía del Estado y pasar por alto la discrecionalidad regulatoria del mismo.

*SEXTA.*- A fin de hacer frente al arbitraje de inversión, los Estados utilizan la facultad que tienen de otorgar su consentimiento en los acuerdos internacionales de inversión y juegan con éste para que adopte diferentes formas. Recientemente se ha visto que los Estados están revisando sus tratados de inversión para incluir más limitaciones y condiciones a su consentimiento para someterse a un arbitraje inversionista-Estado, lo que conlleva a restringir la apertura que en su momento se gozaba. Algunas otras conductas más contundentes son la creciente terminación o denuncia de tratados, incluyendo la renegociación, la sustitución o simplemente su consumación. Sin embargo, estas cuestiones han derivado en problemáticas a

la hora en que los tribunales arbitrales analizan su jurisdicción y se encuentran con la convergencia del derecho de los tratados y el derecho de las inversiones, toda vez que el panorama de los efectos jurídicos y alcance de estas cuestiones no es claro, teniendo presente como aspecto clave la responsabilidad internacional a la que podría ser objeto el Estado.

*SÉPTIMA.*- Es un hecho que no se ha podido encontrar el balance entre los derechos de los inversionistas y la soberanía y discrecionalidad regulatoria de los Estados. Esto no sólo se ve reflejado en las decisiones de los tribunales, sino también en los instrumentos internacionales celebrados en los últimos tiempos. Tan es así que se observan polos opuestos, uno de ellos es la postura de Estados que decidieron revisar y modificar sus acuerdos internacionales de inversión a fin de restringir al máximo las protecciones ofrecidas al inversionista, y otro es crear esfuerzos a nivel regional o bilateral a fin de llegar a tan deseado equilibrio en donde se promueva la inversión extranjera pero también se respete la soberanía inherente al Estado. Lo interesante es que para lograr cualquiera de los dos enfoques, los Estados son los que al final controlan el contenido de dichos tratados.

*OCTAVA.*- El TPP, como el más reciente esfuerzo de integración regional, incluye una redacción que acota mucho más el consentimiento sin restricciones de los Estados a un arbitraje de inversión, lo que pretenderá que éstos ponderen su voluntad de acceder a procedimientos arbitrales de conformidad con sus leyes y políticas públicas. Así, el TPP recoge las

restricciones que México consideró importantes incluir a su consentimiento a fin de someterse a arbitraje.

## Bibliografía

### Libros

- Alvarez, José Enrique, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Libros de Bolsillo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Brill, 2011.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Estados Unidos de América, Oxford University Press (6ª edición), 2003.
- Carter, James H., *The International Arbitration Review*, Reino Unido, Law Business Research Ltd (ediciones 4ª, 5ª y 6ª), 2013, 2014 y 2015.
- Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Douglas, Zachary, Joost Pauwelyn y Jorge E. Viñuales (editores), *The Foundations of International Investment Law – Bringing Theory Into Practice*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014.
- Dörr, Oliver y Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of the Treaties: A Commentary*, Alemania, Springer, 2012.
- González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa (4ª edición), 2014.
- González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, México, Porrúa, 2009.
- Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, México, Porrúa, 2010.
- Historia del Convenio CIADI, Documentos Relativos al Origen y a la Formulación del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Volumen 2, Parte 1 y 2, Publicación CIADI, Washington D.C., Estados Unidos de América, 2009.
- Laurence, Craig W., William W. Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Estados Unidos de América, Oceana Publications Inc. (3ª edición), 2000.
- McLachlan, Campbell QC, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford International Arbitration Series, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2008.
- Malcolm N. Shaw, *International Law*, Estados Unidos de América, Cambridge University Press (6ª edición), 2008.



- Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Estados Unidos de América, Cambridge University Press (2ª edición), 2012.
- Muchlinski, Peter, Federico Ortino y Christoph Schreuer (editores), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2008.
- Redfern, Alan, *et.al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Estados Unidos de América, Oxford University Press (5ª edición), 2009.
- Savage, John y Emmanuel Gaillard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Estados Unidos de América, Kluwer Law International, 1999.
- Schreuer, Christoph H, *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Reino Unido, Cambridge University Press (2ª edición), 2009.
- Steingruber, Andrea Marco, *Consent in International Arbitration*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012.
- Weiler, Todd (editor), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Reino Unido, Cameron May, 2005.
- Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Derecho del comercio exterior*, Serie Doctrina Jurídica No. 584, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.
- Witker Velásquez, Jorge Alberto y Rogelio Larios, *Metodología jurídica*, Serie J – Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, Núm. 17, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM – McGraw Hill, México, 1997.
- Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Técnicas de investigación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM – McGraw Hill, México, 1996.

## Artículos

- *A convergence of attitudes in Latin America and beyond?*, en Global Arbitration Review, de fecha 11 de agosto de 2015.
- Al-Mashni, Ayham N M, *The Requirements Ratione Personae*, en The Investment Treaty Arbitration Review, Law Business Research, Reino Unido, 2016.
- Alschner, Wolfgang, *Legal Basis and Effect of Denunciation Under International Investment Agreements*, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo, Clínica de Comercio Exterior, Ginebra, Suiza, de fecha 9 de mayo de 2010.
- Amerasinghe, C.F., *The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, en Indian Journal of International Law, 1979.
- Anderson, Sarah, *The New U.S. Model Bilateral Investment Treaty: A Public Interest Critique*, Instituto para el Estudio de Políticas, de fecha 9 de mayo de 2012.
- Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (AG/56/83), Asamblea General de las Naciones Unidas, Naciones Unidas, de fecha 12 de diciembre de 2001.
- Arroyo Picard Alberto y Luciana Ghiotto, *Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México*, disponible en [www.academia.edu](http://www.academia.edu).
- Barbee, Inu y Simon Lester, *El TPP y el futuro de los acuerdos comerciales*, en Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional, Volumen 2 – Número 1, Facultad de Derecho – UNAM, México, 2014, p. 17.
- Benson, Cyrus, *et al.*, *Covered Investment*, en The Investment Treaty Arbitration Review, Law Business Research, Reino Unido, 2016.
- *BG v. Argentina: reactions*, en Global Arbitration Review, de fecha 10 de marzo de 2014.
- Castro de Figueiredo, Roberto, *Euro Telecom v. Bolivia: The Denunciation of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Under BITs*, Transnational Dispute Management (TDM), Volumen 6 – Número 1, de fecha marzo de 2009.
- Correa, Diana, *Yukos: la saga continúa entre apelaciones y ejecuciones*, en Blog de Derecho de los Negocios, de fecha 1 de agosto de 2016, disponible en <http://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/yukos-la-saga-continua-entre-apelaciones-y-ejecuciones/>.

- Cortes, Nahila, *The TPP as a Template to Liberalize Investments: Normative Glory or Chaos?*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 18 de junio de 2016.
- Crockett, Antony, *Indonesia's Bilateral Investment Treaties: Between Generations?*, en ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 30, No. 2, primavera 2015.
- Cruz Miramontes, Rodolfo, *Acuerdo Transpacífico (TPP): Una Visión Crítica*, en Derecho Económico y Comercio Exterior. 40 Años de Vida Académica. Homenaje Al Doctor Jorge Witker (Godínez Méndez, Wendy A. y García Peña, José Heriberto, coordinadores), Serie Doctrina Jurídica No. 732, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2015.
- Dahlquist, Joel y Luke Eric Peterson, *ANALYSIS: In final version of its new model investment treaty, India dials back ambition of earlier proposals – but still favors some big changes*, en Investment Arbitration Reporter, de fecha 3 de enero de 2016.
- Delaume, Georges, *Consent to ICSID Arbitration* en The Changing World of International Law in the Twenty-First Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmons, editado por J.J. Norton, *et. al*, La Haya: Kluwer Law International, 1998.
- *Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims*, CNUCYD, Tratados Internacional de Inversión (IIAs), Número 2, diciembre 2010.
- Dupuy, Pierre Marie, *Chapter 16: Preconditions to Arbitration and Consent of States to ICSID Jurisdiction*, en Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, *et al.* editores), Estados Unidos, Kluwer Law International.
- *Ecuador to pull out of ICSID*, en Global Arbitration Review, de fecha 15 de junio de 2009.
- Escobar, Alejandro, *Bolivia Exposes “Critical Date” Ambiguity*, en Global Arbitration Review, Volumen 2 - Número 3, de fecha junio/julio 2007.
- Fach Gómez, Katia y Catherine Titi, *El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la UNASUR: Comentarios sobre el Borrador del Acuerdo Constitutivo*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IISD), No. 3, Tomo 7, agosto de 2016, *disponible en* <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-agosto-2016-espanol.pdf>.
- Farnsworth, Allan E., *Formation of Contract*, publicado en Galston & Smit ed., International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender, 1984.
- Fouret, Julien, *Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: “Manufacturing Consent” to ICSID*

*Arbitration?*, en Journal of International Arbitration, Volumen 25 - Número 1, Kluwer, 2008.

- Gaillard, Emmanuel y Yas Banifatemi, *The Denunciation of the ICSID Convention*, en New York Law Journal, Volumen 237 - Número 122, de fecha 26 de junio de 2007.
- Gaillard, Emmanuel y Yas Banifatemi, *Chapter 8: The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment*, en Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, *et al.* editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015.
- Garibaldi, Oscar M., *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*, en International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer (Christina Binder, *et al.* editores), Oxford University Press, 2009.
- George Jain, Abhimanyu, *Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitration: A Post-Roussalis Analysis*, en International Arbitration Law Review, Vol. 5, Thomson Reuters, 2013.
- Gordon, Kathryn y Joachim Pohl, *Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World*, Documentos de Trabajo de la OECD sobre Inversión Internacional, 2015/02, Publicaciones de la OECD, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>.
- Hanessian, Grant y Kabir, Duggal, *The 2015 Indian Model BIT: Is This Change the World Wishes to See?*, en ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 30, No. 3, otoño 2015.
- Ikenson, Daniel J., *et al.*, *Should Free Traders Support the Trans Pacific Partnership? An Assessment of America's Largest Preferential Trade Agreement*, CATO Working Paper No. 39, CATO Institute, de fecha 12 de septiembre de 2016.
- Jagusch, Stephen y Anthony Sinclair, *Chapter 13: Restructuring Investments to Achieve Investment Treaty Protection*, en Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, *et al.* editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015.
- Jones, Tom, *Third parties collect on Argentina's treaty awards*, en Global Arbitration Review, de fecha 26 de octubre de 2016.
- Kalderimis, Daniel y Noah Rubins, *et al.*, *ICSID Convention, Chapter X, Article 71 [Denunciation of the Convention]* en Concise International Arbitration (Loukas Mistelis editor), Kluwer Law International, 2015.
- Kavaljit Singh y Burghard Ilge, *India overhauls its investment treaty regime*, <http://blogs.ft.com/beyond-brics/2016/07/15/india-overhauls-its-investment-treaty-regime/>.

- Kawabata, Yutaro, *Covered Investors*, en *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Reino Unido, 2016.
- Knowles, Ben, Khaled Moyeed y Nefeli Lamprou, *The US\$50 billion Yukos award overturned – Enforcement becomes a game of Russian roulette*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 13 de mayo de 2016.
- Lalive, Pierre, *The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems*, en *51 British Yearbook of International Law* 123, 1980.
- Legum, Barton, *et al.*, *Ratione Temporis or Temporal Scope*, en *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Reino Unido, 2016.
- Madalena, Ignacio, *Trans-Pacific Partnership*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 18 de agosto de 2016.
- Montanes, Marco, *Bolivia's Denunciation of the ICSID Convention*, en *International Law del Brief of the American Society of International Law*, de fecha 16 de mayo de 2007.
- *Morales about to take on the Constitutional Tribunal?*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 1 de julio de 2007.
- Morosini, Fabio y Michelle Ratton Sanchez Badin, *El Acuerdo brasilero de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IISD), No. 3, Tomo 6, agosto de 2015.
- Naciones Unidas, Sección de Tratados, *Final Clauses of Multilateral Treaties: Handbook*, Publicaciones de las Naciones Unidas, 2003.
- Nolan, Michael D. y Frederic G. Sourgens, *Limits of Consent - Arbitration Without Privity and Beyond*, en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Kluwer, 2010.
- Nolan, Michael D., *et al.*, *The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study* *Transnational Dispute Management (TDM)*, Número (provisional), septiembre 2007.
- Nottage, Luke, *TPP and Foreign Investment: Does ISDS Promote FDI?*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 14 de octubre de 2016.
- Otis Rodner, James y Jaime Martínez Estévez, *BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention Has Been Denounced*, *Revista de Arbitraje Internacional*, Volumen 29 - Número 4, Kluwer Law International, 2012.

- Paulsson, Jan, *Arbitration Without Privity*, en 10 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 1995.
- Paulsson, Jan, *Chapter 7: The Tipping Point*, en Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, *et al.* editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015.
- Peterson, Luke Eric, *Advisory Committee report offers some consensus, but many divergences, as to future of US Model Investment Treaty*, en Investment Arbitration Reporter, de fecha 14 de octubre de 2009.
- Peterson, Luke Eric, *ANALYSIS: India invites comments on draft model investment treaty; text offers radical departure, and calls to mind Norway's past efforts at revision*, en Investment Arbitration Reporter, de fecha 24 de marzo de 2015.
- Peterson, Luke Eric, *Analysis: United States unveils "new" model bilateral investment treaty that retains protective core, and makes a few tweaks on periphery*, en Investment Arbitration Reporter, de fecha 22 de abril de 2012.
- Peterson, Luke Eric y Ana Carolina e Simões e Silva, *Brazil mandated to pursue limited range of investment protection standards; prospects for 90's-era BITs remain dim*, en Investment Arbitration Reporter, de fecha 8 de septiembre de 2008.
- Peterson, Luke Eric, *Indonesia Ramps Up Termination of BITs - and Kills Survival Clause in One Such Treaty – But Faces New \$600 Mil. Claim from Indian Mining Investor*, en Investment Arbitration Reporter, de fecha 20 de noviembre de 2015.
- Peterson, Luke Eric, *South African Government Releases Draft Paper Reviewing its BIT Program, and Calling for Major Revisions to Approach*, en Investment Arbitration Reporter, de fecha 17 de julio de 2009.
- Petrochilos, Georgios y Silvia Noury, *et al.*, *ICSID Convention, Chapter X, Article 71* en Concise International Arbitration (Loukas Mistelis editor), Reino Unido, Kluwer Law International, 2010.
- Ray, Ashutosh, *New Indian Model BIT on the Anvil*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 9 de enero de 2015.
- Ray, Ashutosh, *Unveiled: Indian Model BIT*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 18 de enero de 2016.
- Ray, Ashutosh, *"White Industries" and State Responsibility: Lesser-Known Facts about the Case as Discussed during the 2014 ICCA Young Arbitration Practitioners Conference*, Kluwer Arbitration Blog, de fecha 30 de junio de 2014.

- *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, UNCTAD, de fecha 26 de junio de 2013.
- Resumen Ejecutivo del Tratado de Asociación Transpacífico, Secretaría de Economía, México.
- Reyes Díaz, Carlos, *BG Group v. Argentina. Arbitraje inversionista-Estado. Decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América*, en Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional, Volumen 2 – Número 1, Facultad de Derecho – UNAM, México, 2014.
- Rodríguez Jiménez, Sonia, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras* (Fernández Masiá, Enrique), en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, *disponible en* <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/bib/bib15.htm>.
- Ross, Alisson, *Brazil's BIT Dilemma*, en Global Arbitration Review, de fecha 17 de diciembre de 2009.
- Ross, Alison, *Yukos set-aside: Hague Court declines to split appeal*, en Global Arbitration Review, de fecha 23 de septiembre de 2016.
- Ross, Alisson, *Yukos shareholders seek to reinstate award*, en Global Arbitration Review, de fecha 19 de julio de 2016.
- Rubins, Noah, *The 'Notion of Investment' in International Investment Arbitration*, en *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Stephan Kroll y Norbert Horn editores, Kluwer, 2004.
- Sacerdoti, Giorgio, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, Colección de Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Tomo 269, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- Sarmiento, Maria Gabriela, *The 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR*, de fecha 14 de diciembre de 2015, *disponible en* <http://ssrn.com/abstract=2703651>.
- Schlemmer, Engela C, *An Overview of South Africa's Bilateral Investment Treaties and Investment Policy*, en ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 31, No. 1, invierno 2016.
- Schnabl, Marco E. et al., *The Wrong Kind of "Interesting," The Investment Climate in Latin America Recalls a Certain Chinese Proverb*, en The National Law Journal, Volumen 29 - Número 31, de fecha 30 de julio de 2007.
- Schreuer, Christoph, *Chapter 11: Criteria to Determine Investor Nationality (Natural Persons)*, en *Building International Investment Law: The First 50*

Years of ICSID, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, *et al.* editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015.

- Schreuer, Christoph, *Consent to Arbitration* en el Curso sobre Solución de Controversias en Comercio Internacional, Inversión y Propiedad Intelectual impartido por la UNCTAD, Módulo 2.3 Consentimiento al Arbitraje, 2003.
- Schreuer, Christopher, *Consent to Arbitration*, 27 de febrero de 2007, disponible en [http://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf).
- Schreuer, Christoph, *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration*, en *Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Michael Waibel, et al. editores), Kluwer, 2010.
- Schreuer, Christoph, *Preventing a Backlash Against Investment Arbitration: Could the WTO be the Solution?*, Sesión 4, en The 15<sup>th</sup> Geneva Global Arbitration Forum, de fecha 9 de diciembre de 2010.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, *An International Investment Court: Panacea or Purgatory?*, en *Columbia FDI Perspectives – Perspectives on topical direct investment issues*, No. 180, Columbia Center on Sustainable Investment, de fecha 15 de agosto de 2016.
- Stephenson, Andrew y Lee Carroll, *The Trans-Pacific Partnership*, en *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Reino Unido, 2016.
- Stiglitz, Joseph y Adam S. Hersh, *The Trans-Pacific Free-Trade Charade*, en Project Syndicate, de fecha 2 de octubre de 2015, disponible en <https://www.project-syndicate.org/commentary/trans-pacific-partnership-charade-by-joseph-e--stiglitz-and-adam-s--hersh-2015-10?barrier=true>.
- Strik, Daniella, Georgios Fasfalis y Marc Krestin, *Yukos Awards set Aside by The Hague District Court*, Kluwer Arbitration Court, de fecha 27 de abril de 2016.
- *Taking Stock of IIA Reform*, IIA Issues Note No. 1, UNCTAD, de fecha marzo de 2016.
- Tercier, Pierre y Nhu-Hoàng Tran Thang, *Chapter 10: Criteria to Determine Investor Nationality (Juridical Persons)*, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer, *et al.* editores), Estados Unidos, Kluwer Law International, 2015.
- *The new US model BIT: not so very different from the old versión*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 21 de abril de 2012.
- Thomson, Douglas, *Canada agrees to EU proposals on ISDS*, en *Global Arbitration Review*, de fecha 2 de marzo de 2016.



- Tietje, Christian *et al.*, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, en Transnational Economic Law Research Center, de fecha marzo de 2008.
- *TPP made public at last*, Global Arbitration Review, de fecha 5 de noviembre de 2015.
- *TRADE DEALS: ISDS in the newly signed TPP*, Global Arbitration Review, de fecha 2 de noviembre de 2015.
- Tzanakopoulos, Antonios, *Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties*, Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, de fecha diciembre de 2010.
- *Venezuela and ICSID: a reminder of unresolved issues*, en Global Arbitration Review, de fecha 27 de enero de 2012.
- *VENEZUELA: The consequences of ICSID denunciation*, en Global Arbitration Review, Volumen 7 – Número 2, de fecha 14 de febrero de 2012.
- Voon, Tania y Andrew D. Mitchell, *Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law*, en ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 31, No. 2, primavera 2016.
- *What's New in Investment and Sustainable Development?*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IISD), *disponible en* <https://www.iisd.org/investment/>.
- *Yukos investors win record sum against Russia*, en Global Arbitration Review, de fecha 15 de agosto de 2014.
- *Yukos v. Russia: Issues and legal reasoning behind US\$50 billion awards*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IISD, por sus siglas en inglés) de fecha 4 de septiembre de 2014, *disponible en* <https://www.iisd.org/itn/2014/09/04/yukos-v-russia-issues-and-legal-reasoning-behind-us50-billion-awards/>

## Casos

- *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, registrado el 11 de diciembre de 2009.
- *AGIP S.p.A. v. La República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/1, Laudo de fecha 30 de noviembre de 1979.
- *Aguas del Tunari S.A. v. La República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, de fecha 21 de octubre de 2005.
- *Ambatielos* (Grecia v. Reino Unido), Corte Internacional de Justicia (CIJ), Reportes de la CIJ (1953).
- *Amco Asia Corporation y otros v. La República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de septiembre de 1983.
- *American Manufacturing & Trading, Inc. v. La República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/93/1, Laudo de fecha 21 de febrero de 1997.
- *Antoine Goetz y otros v. La República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo de fecha 10 de febrero de 1999.
- *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, registrado el 29 de septiembre de 2004.
- *Arrest Warrant* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Corte Internacional de Justicia (CIJ), Reportes de la CIJ (2002).
- *Asian Agricultural Products Limited (AAPL) v. La República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo de fecha 27 de junio de 1990.
- *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 27 de septiembre de 2001.
- *Azurix Corp. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 8 de diciembre de 2003.
- *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. La República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 14 de noviembre de 2005.
- *Bernhald von Pezold y otros v. La República de Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo de fecha 28 de julio de 2015.

- *BG Group Plc. v. La República de Argentina*, Caso CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007.
- *BG Group Plc. v. La República Argentina*, Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso No. 12-138, 572 U.S., de fecha 5 de marzo de 2014.
- *BG Group Plc v. La República de Argentina*, Voto en Coincidencia Parcial, No. 12-138, 5 de marzo de 2014.
- *BG Group Plc v. La República de Argentina*, Voto en Disidencia, No. 12-138, 5 de marzo de 2014.
- *BG Group Plc. v. La República Argentina*, Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso No. 12-138, 572 U.S., Memorial de los Estados Unidos como *Amicus Curiae*, de fecha 10 de mayo de 2013.
- *Brandes Investment Partners, LP v. La República Bolivariana Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/3, Laudo de fecha 2 de agosto de 2011.
- *Burlington Resources, Inc. v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, registrado el 2 de junio de 2008.
- *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. La Federación de San Cristóbal y Nieves*, Caso CIADI No. ARB/95/2, Laudo de fecha 13 de enero de 1997.
- *Carelia del Este*, Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Opinión Consultiva, Serie B, No. 5 (1923).
- Caso del S.S. “*Lotus*” (Francia v. Turquía), Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Serie A, No. 10 (1927).
- *Československa obchodní banka, a.s. (CSOB) v. La República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999.
- *Churchill Mining y Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/40 v. La República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/40 y 12/14 y *Churchill Mining y Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/14 v. La República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 24 de febrero de 2014.
- *City Oriente Limited v. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/06/21, registrado el 19 de diciembre de 2006.
- *CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 17 de julio de 2003.

- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, ¶ 82.
- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo del 20 de agosto de 2007.
- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación de fecha 3 de julio de 2002.
- *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, registrado el 22 de marzo de 1996.
- *Concesiones Palestinas de Mavrommatis* (Grecia v. Inglaterra), Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Sentencia, Serie A, No. 2 (1924).
- *Corporación Quiport S.A. y otros v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/09/23, registrado el 30 de diciembre de 2009.
- *Cuestiones de Interpretación y Aplicación del Convenio de Montreal de 1971 surgiendo de Incidente Aéreo en Lockerbie* (Jamahiriya Árabe Libia v. Estados Unidos de América), Corte Internacional de Justicia (CIJ), Objeciones Preliminares, Reportes de la CIJ (1998).
- *Daimler Financial Services AG v. La República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, de fecha 22 de agosto de 2012.
- *Derecho de Paso sobre Territorio Indio* (Portugal v. India), Objeciones Preliminares, Sentencia, Reportes de la CIJ (1957).
- *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, registrado el 7 de octubre de 2004.
- *Gobierno de la Provincia de Kalimantan Oriental v. PT Kaltim Prima Coal y otros*, Caso CIADI No. ARB/07/3, registrado el 18 de enero de 2007.
- *El Paso Energy International Company v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 27 de abril de 2006.
- *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000.
- *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC) v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/05/9, registrado el 26 de mayo de 2005.

- *Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 14 de enero de 2004.
- *E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/07/28, registrado el 31 de octubre de 2007.
- *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/21, registrado el 10 de agosto de 2012.
- *Fedax N.V. v. La República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 11 de julio de 1997.
- *Generation Ukraine Inc. v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo de fecha 16 de septiembre de 2003.
- *Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, y Ramstein Trading Inc. v. La República Bolivariana Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/14/10, registrado el 14 de mayo de 2014.
- *Holiday Inns S.A. y otros v. El Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/72/1, 13 de enero de 1972.
- *Impregilo S.p.A v. La República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 22 de abril de 2005.
- *Inceysa Vallisoletana S.L. v. La República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006.
- *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. v. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 16 de junio de 2006.
- *Joy Mining Machinery Limited v. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo, de fecha 6 de agosto de 2004.
- Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio entre Galatz y Braila, Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Serie B, No. 14 en la Colección de Opiniones Consultivas (1927).
- *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica*, Caso CIADI No. ARB/74/3, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 6 de julio de 1975.
- *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros v. La República de Camerún y la Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Laudo, 21 de octubre de 1983.
- *La Federación Rusa v. Veteran Petroleum Limited, La Federación Rusa v. Yukos Universal Limited, La Federación Rusa v. Hulley Enterprises Limited*,

Nos. de caso C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 y C/09/481619 / HA ZA 15-112, Sentencia conjunta de fecha 20 de abril de 2016, Sala de Asuntos Comerciales, Corte de Distrito de La Haya, Países Bajos.

- *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. La República de Liberia*, Caso CIADI No. ARB/8/2, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 24 de octubre de 1984.
- *Luis García Armas v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/1, registrado el 5 de mayo de 2016.
- *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Laudo, de fecha 17 de mayo de 2007.
- *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. La República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, registrado el 18 de septiembre de 1984.
- *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, registrado el 13 de enero de 1997.
- *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, registrado el 8 de abril de 2003.
- *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo de fecha 31 de julio de 2007.
- *Murphy Exploration and Production Company International v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, registrado el 15 de abril de 2008.
- *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Objeciones Preliminares, Sentencia, Reportes de la CIJ (1953).
- *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre Objeciones Preliminares de fecha 27 de julio de 2006.
- *Pan American Energy LLC v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/10/8, registrado el 12 de abril de 2010.
- *Patrick Mitchell v. La República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Anulación de fecha 1 de noviembre de 2006.
- *Perenco Ecuador Limited v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, registrado el 4 de junio de 2008.
- *Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. la República Oriental de Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, registrado el 26 de marzo de 2016.

- *Philip Morris Asia Limited v. El Commonwealth de Australia*, CNUDMI, Caso CPA No. 2012-12, 22 de junio de 2011.
- *Quiborax S.A. y Non-Metallic Minerals S.A. v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, registrado el 6 de febrero de 2006.
- *Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros v. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, Caso No. ARB/08/10, registrado el 8 de agosto de 2008.
- *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/13, registrado el 15 de junio de 2012.
- *Saipem S.p.A. v. La República Popular de Bangladés*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 21 de marzo de 2007.
- *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. La República del Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/2, Laudo de fecha 15 de agosto de 1980.
- *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. v. El Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 23 de julio de 2001.
- *Siemens A.G. v. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 3 de agosto de 2004.
- *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. La República de Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo de fecha 25 de febrero de 1988.
- *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Decisión sobre Jurisdicción I de fecha 27 de noviembre de 1985.
- *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Decisión sobre Jurisdicción II de fecha 14 de abril de 1988.
- *Swiss Aluminium Ltd. y Icelandic Aluminium Co. Ltd. v. Islandia*, Caso CIADI No. ARB/83/1, registrado el 16 de junio de 1983.
- *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, registrado el 28 de agosto de 2000.
- *Timor Oriental (Portugal v. Australia)*, Corte Internacional de Justicia (CIJ), Reportes de la CIJ (1995).
- *Tokios Tokèles v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 29 de abril de 2004.
- *Tradex Hellas S.A. v. La República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/94/2, Decisión sobre Jurisdicción, de fecha 24 de diciembre de 1996.

- *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. La República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre Anulación, 30 de diciembre de 2015.
- *Vacuum Salt Products Ltd. v. La República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/92/1, Laudo, de fecha 16 de febrero de 1994.
- *Venezuela Holdings B.V. y otros v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 10 de junio de 2010.
- *Venoklim Holding B.V. v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, registrado el 15 de agosto de 2012;
- *Venoklim Holding B.V. v. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, Laudo de fecha 3 de abril de 2015.
- *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, registrado el 18 de noviembre de 1998.
- *Wena Hotels Limited v. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 29 de junio 1999.
- *White Industries Australia Limited v. La República de la India*, Caso CNUDMI, de fecha 30 de noviembre de 2011.
- *Wintershall Aktiengesellschaft v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, de fecha 8 de diciembre de 2008.
- *Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. La Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Interlocutorio sobre la Jurisdicción y la Admisibilidad, de fecha 30 de noviembre de 2009.
- *Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. La Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Final, de fecha 18 de julio de 2014.
- *Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. La Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227; *La Federación Rusa v. Veteran Petroleum Limited*, *La Federación Rusa v. Yukos Universal Limited*, *La Federación Rusa v. Hulley Enterprises Limited*, Nos. de caso C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 y C/09/481619 / HA ZA 15-112, Sala de Asuntos Comerciales, Corte de Distrito de La Haya, Países Bajos.
- *Zhinvali Development Ltd. v. La República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/00/1, Laudo de fecha 24 de enero de 2003.



## **Convenciones/Tratados/Legislación**

- Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Colombia, 9 de octubre de 2015.
- Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Chile – Santiago, 23 de noviembre de 2015.
- Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y los Estados Unidos Mexicanos, 25 de mayo de 2015.
- Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Modelo de Brasil del 2015.
- Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Singapur para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, 12 de noviembre de 2009.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de Malasia para la Promoción y Protección de Inversiones, 24 de abril de 1975.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República Islámica de Paquistán y el Gobierno del Reino de los Países Bajos para la Promoción y Protección de Inversiones, 4 de octubre de 1989.
- Acuerdo entre el Gobierno de Suecia y el Gobierno de la República Árabe de Egipto para la Protección Mutua de Inversiones, 15 de julio de 1978.
- Acuerdo entre el Gobierno de la Confederación Suiza y Democrática Socialista de Sri-Lanka para la Promoción y Protección de Inversiones, 23 de septiembre de 1981.
- Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, 2 de octubre de 1991.
- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 22 de noviembre de 1991.
- Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 23 de agosto de 2005.
- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 10 de octubre de 2006.
- Acuerdo entre la República de Lituania y la República de Polonia para la Promoción y Protección de Inversiones, 28 de septiembre de 1992.

- Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 12 de mayo de 2006.
- Acuerdo para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, 22 de octubre de 1991.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 28 de abril de 1994.
- Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP), 29 de abril de 2006.
- Borrador del Tratado Bilateral de Inversión de Noruega del 2015.
- Código de Inversiones de Uganda de 1991.
- Código de Inversiones de la República Central Africana de 1988.
- Código de Inversiones de Camerún de 1990.
- Código de Inversiones de Uganda de 1991.
- Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Documento de las Naciones Unidas No. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, de fecha 23 de mayo de 1969.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Naciones Unidas.
- Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección de Inversiones, 11 de diciembre de 1990.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), Banco Mundial, 10 de abril de 2006.
- DECRETO por el que se expide la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera, y Ley de Asociaciones Público Privadas. Diario Oficial de la Federación 11 de agosto de 2014.
- Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias

Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Banco Mundial, 10 de abril de 2006.

- Ley de Asociaciones Público Privadas, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de México el 16 de enero de 2012.
- Ley de Navegación y Comercio Marítimos, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de México el 1 de junio de 2006.
- Ley de Inversiones de Tanzania de 1997
- Ley de Inversiones de Georgia de 1996.
- Ley de Inversión Extranjera de Albania de 2008.
- Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, 10 de febrero de 2014.
- Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación), Banco Mundial, 10 de abril de 2006.
- Tratado Constitutivo de la UNASUR.
- Tratado de Asociación Transpacífico (TPP), 26 de enero de 2016.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 1 de enero de 1994.
- Tratado de Libre Comercio entre la ASEAN, Australia y Nueva Zelanda, 1 de enero de 2010.
- Tratado Bilateral de Inversión Modelo de Francia del 2006.
- Tratado Bilateral de Inversión Modelo de Alemania del 2006.
- Tratado Bilateral de Inversión Modelo de China del 2003.
- Tratado Bilateral de Inversión Modelo de los Estados Unidos del 2012.
- Tratado Bilateral de Inversión Modelo de Canadá del 2014.
- Tratado Bilateral de Inversión Modelo de la India del 2015.
- Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 9 de abril de 1991.
- Tratado entre la República Federal de Alemania y Turkmenistán para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 28 de agosto de 1997.
- Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), 17 de diciembre de 1991.

## Bases de datos

- Base de datos de los Estados Contratantes del CIADI, disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=CSO>.
- CIADI Modelos de cláusulas, *disponible en* <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-spa/7.htm>.
- Comercio Exterior / Países con Tratados y Acuerdos firmados con México, Secretaría de Economía, *disponible en* <http://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico?state=published>.
- Información General sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *disponible en* <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Documents/ICSID%20Fact%20Sheet%20-%20SPANISH.pdf>.
- Organización Mundial del Comercio, Entender la OMC: La Organización, Miembros y Observadores, *disponible en* [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/orq6\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/orq6_s.htm).
- Reporte de Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2016-1), *disponible en* <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>.
- UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements, *disponible en* <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.
- UNCTAD, Investment Policy Hub, Estado Plurinacional de Bolivia, *disponible en* <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/24?partyRole=2>.
- UNCTAD, Investment Policy Hub, República del Ecuador, *disponible en* <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/61?partyRole=2>.
- UNCTAD, Investment Policy Hub, República Bolivariana de Venezuela, *disponible en* <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/228?partyRole=2>.

## Comunicados de prensa

- *220+ Law and Economics Professors Urge Congress to Reject the TPP and Other Prospective Deals that Include Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, de fecha 7 de septiembre de 2016, *disponible en* [big.assets.huffingtonpost.com/ISDSletter.pdf](http://big.assets.huffingtonpost.com/ISDSletter.pdf).
- Acuerdos con BG Group y El Paso Energy en el marco del CIADI, Sala de Prensa, Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de Argentina, de fecha 13 de mayo de 2016, *disponible en* <http://www.economia.gob.ar/acuerdos-con-bg-group-y-el-paso-energy-en-el-marco-del-ciadi/>.
- Bland, Ben y Shawn Donnan, *Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties*, Financial Times, de fecha 26 de marzo de 2014.
- Cancillería oficializa la salida de Bolivia del CIADI, de fecha 1 de mayo de 2007, *disponible en* [http://www.rree.gob.bo/webmre/notasprensa/2007/2007\\_mayo\\_np1.htm](http://www.rree.gob.bo/webmre/notasprensa/2007/2007_mayo_np1.htm).
- Conferencia CCI-YAF, "El futuro del arbitraje de inversión", de fecha 18 de agosto de 2016.
- Comunicado de prensa del CIADI de fecha 16 de mayo de 2007, *Denunciation of ICSID Convention*, *disponible en* <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/AllNewsItems.bak.aspx>
- Comunicado de prensa del CIADI de fecha 9 de julio de 2009, *Denunciation of the ICSID Convention by Ecuador*, *disponible en* [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=97&ListID=74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en\\_us](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=97&ListID=74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en_us).
- Comunicado de prensa del CIADI de fecha 26 de enero de 2012, *Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention*, *disponible en* [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=57&ListID=74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en\\_us](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/News.aspx?CID=57&ListID=74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en_us).
- Departamento de Comercio e Industria de Sudáfrica, *Aviso General: Aviso 961 de 2009*, de fecha 7 de julio de 2009, *disponible en* [http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/32386\\_961.pdf](http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/32386_961.pdf), adjuntando el Resumen Ejecutivo de la Posición del Gobierno: *Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review*, de fecha junio de 2009.
- Departamento de Comercio e Industria de Sudáfrica, *Notice of Introduction of Investment Bill into Parliament: Promotion and Protection of Investment Bill*, *Aviso General: Aviso 733 de 2015*, de fecha 22 de julio de 2015, *disponible en* [https://www.thedti.gov.za/gazettes/Promotion Protection Investment Notice.pdf](https://www.thedti.gov.za/gazettes/Promotion%20Protection%20Investment%20Notice.pdf).
- *Ecuador finiquita Convenio con el CIADI*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), de fecha 14 de julio de 2009, *disponible en*

<http://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/ecuador-finiquita-convenio-con-el-ciadi>.

- *El Gobierno de la República presenta el TPP en la Cámara de Senadores para su discusión y eventual aprobación*, Secretaría de Economía, 27 de abril de 2016, *disponible en* <http://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico/articulos/el-gobierno-de-la-republica-presenta-el-tpp-en-la-camara-de-senadores-para-su-discusion-y-eventual-aprobacion-29808>.
- Embajada de los Países Bajos en Yakarta, Indonesia, *Termination Bilateral Investment Treaty*, *disponible en* <http://indonesia.nlembassy.org/organization/departments/economic-affairs/termination-bilateral-investment-treaty.html>.
- Estados Unidos Mexicanos, Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil, Política Exterior, *disponible en* <http://www.itamaraty.gov.br/es/ficha-pais/11572-estados-unidos-mexicanos-es>.
- Gobierno Bolivariano denuncia convenio con CIADI, de fecha 25 de enero de 2012, *disponible en* [http://www.mre.gov.ve/index.php?option=com\\_content&view=article&id=18939:mppre&catid=3:comunicados&Itemid=108](http://www.mre.gov.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=18939:mppre&catid=3:comunicados&Itemid=108).
- *Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty*, Oficina de Información de Prensa, Gobierno de la India, de fecha 16 de diciembre de 2015, *disponible en* <http://pib.nic.in/newsite/PrintRelease.aspx?relid=133411>.
- Presentación sobre el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior de Brasil.
- Sarukhán, Arturo, *Trump y Clinton: socios insospechados*, El Universal, 10 de agosto de 2016, *disponible en* <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/arturo-sarukhan/nacion/2016/08/10/trump-y-clinton-socios-insospechados>.
- Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE), Organización de los Estados Americanos, Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) - Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, Perú, Singapur y Vietnam, *disponible en* [http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP\\_s.ASP](http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP_s.ASP).
- *The former shareholders of Yukos appealed the decision of the court in the Hague in favor of Russia*, en News – Russia, US, World, de fecha 18 de julio de 2016, *disponible en* <http://sevendaynews.com/2016/07/18/the-former-shareholders-of-yukos-appealed-the-decision-of-the-court-in-the-hague-in-favor-of-russia/> y <http://edesknews.com/the-former-shareholders-of-yukos-appealed-the-decision-of-the-court-in-the-hague-in-favor-of-russia/>.
- Tratado Bilateral de Inversión Modelo, Ficha informativa, Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, de fecha 20 de abril de 2012.