



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

LA DISTINCIÓN PÚBLICO/PRIVADO EN EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:
FRANCISCO DIEGO PACHECO ROMÁN

TUTOR PRINCIPAL:
DR. GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA ADÁN
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:
DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER
FACULTAD DE DERECHO

DR. ERIC TARDIF CHALIFOUR
FACULTAD DE DERECHO

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., NOVIEMBRE 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Porque la Familia es todo:

*Para mi sempiterna amada madre,
quien es el ejemplo vivo de lo que
significa amor incondicional.*

*Para mi querido padre, por su
disciplina y rigor en mi
formación.*

*Para Erika por ser la precursora
y poner el ejemplo. Además, por
alegrar nuestras vidas con las
dos bendiciones que has traído
al mundo.*

*Para Vero porque has sido
muestra de lucha incansable.
Asimismo, por las alegrías y
bendiciones que seguramente
pronto nos darás.*

*Para Javier por ser la guía
intelectual que me abrió
el camino.*

*Para Flavio, porque no tienes
pretexto para tener éxito.*

ABSTRACT

The aim of this work is to analyze the pertinence of the public/private distinction applied by arbitral tribunals in the area of International Investment Law (IIL). For that purpose, firstly the investigation traces down the origins and use of the public/private dichotomy in the area of social sciences in general and in the legal context in particular. The objective is to have an overview about the use of the public/private binomial in diverse areas of human sciences, including law. In this regard, the research addresses the application of such bifurcation in a wide array of areas of Public International Law, or the so-called self-contained regimes. Then, the study focuses in the use of the public/private distinction in the IIL case law. The analysis is divided in three diverse type of cases depending upon the legal instrument from which they arise: 1) Bilateral Investment Treaties; 2) the North American Free Trade Agreement; and 3) the Energy Charter Treaty. The objective of drawing this distinction is to make a comparison on different tribunals to evaluate how they have used the public/private dichotomy in their legal analysis. The investigation shows the various subject-matters in which the bifurcation under analysis has been used. This course of action is aimed at making a critical assessment on the importance of the distinction. The research will demonstrate how the public/private division may be used as a legal tool with the purpose of reaching specific results which sometimes may not necessarily be justified. Therefore, the underlying goal of this work is to determine whether and when the use of the public/private distinction is necessary in the legal analysis.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar la pertinencia de la distinción público/privado aplicada por los tribunales arbitrales en el área del Derecho Internacional de Inversiones (DII). Para ello, en primer lugar, la investigación rastrea los orígenes y el uso de la dicotomía público/privado en el área de las ciencias de la cultura en general y en el área legal en particular. El objetivo es tener una visión general sobre el uso del binomio público/privado en diversas áreas de las ciencias de la cultura, incluido el derecho. En este sentido, la investigación aborda la aplicación de dicha bifurcación en una amplia gama de áreas de Derecho Internacional Público, o los llamados regímenes autónomos. Posteriormente, el estudio se enfoca en el uso de la distinción público/privado en el derecho de casos del DII. El análisis se divide en tres tipos diferentes de casos según el instrumento legal del cual surgen: 1) Tratados Bilaterales de Inversión; 2) el Tratado de Libre Comercio de América del Norte; y 3) el Tratado sobre la Carta de la Energía. El objetivo de hacer esta distinción es hacer una comparación en diferentes tribunales para evaluar cómo han utilizado la dicotomía público/privado en su análisis legal. La investigación muestra los diversos rubros en los que se ha utilizado la bifurcación objeto de análisis. Este curso de acción tiene el propósito de hacer una evaluación crítica sobre la importancia de la distinción. La investigación demostrará cómo la división público/privado puede ser utilizada como una herramienta legal con el fin de alcanzar resultados específicos que a veces no necesariamente están justificados. Por lo tanto, el objetivo subyacente de este trabajo es determinar si y cuándo el uso de la distinción público/privado es necesario en el análisis legal.

ÍNDICE

Índice.....	vi
Abreviaturas	xi
Introducción	1
Capítulo I Origen, Evolución y Aplicación de la Distinción Público/Privado en las Ciencias de la Cultura en General y en el Derecho en Particular	8
1.1. Introducción	8
1.2. Génesis y desarrollo de la dicotomía público/privado	9
1.3. Importancia conceptual y clasificatoria de la distinción público/privado en las ciencias de la cultura	14
1.4. Utilidad e importancia de la bifurcación público/privado en el Derecho	20
1.5. Aplicabilidad de la dicotomía público/privado en el Derecho Internacional Público	24
1.5.1 El derecho sobre la responsabilidad internacional y la utilización de la dicotomía público/privado	26
1.5.2 Entre la unidad y la fragmentación	27
1.5.1.1. El derecho sobre la protección diplomática y el uso de la distinción público/privado.....	28
1.5.1.2. El derecho internacional de los derechos humanos y el empleo de la bifurcación público/privado.....	29
1.5.1.3. La división público/privado en el derecho internacional de las inmunidades	33
1.5.1.4. La separación público/privado en el derecho de la OMC	36
1.5.3 La bifurcación público/privado en el derecho internacional de las inversiones.....	39
1.6. El ocaso de la distinción público/privado	43
1.7. Conclusión sobre la génesis, desarrollo y uso de la dicotomía público/privado en las ciencias de la cultura y en el ámbito jurídico.....	46
Capítulo II La Distinción Público/Privado en el Derecho Internacional de las Inversiones	48
2.1 Introducción	48
2.2 Naturaleza del arbitraje en materia de inversiones	49
2.1.1 Rasgos de tipo privado del arbitraje inversionista-Estado.....	51
2.1.2 Atributos de índole público del arbitraje de inversión.....	52

2.1.3	El carácter <i>sui generis</i> o híbrido del arbitraje inversionista-Estado	53
2.1.4	Importancia de la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje de inversión para efectos de interpretación	55
2.1.5	Relevancia de la caracterización legal del arbitraje inversionista-Estado en términos de aplicación normativa.....	57
2.3	La aplicación de la distinción público/privado en los casos de inversión.....	60
2.3.1	Definición de Inversionista (jurisdicción <i>ratione personae</i>)	63
2.3.2	Definición de Inversión (jurisdicción <i>ratione materiae</i>)	68
2.3.3	La cláusula paraguas.....	74
2.3.4	Consecuencias jurídicas del incumplimiento de un contrato <i>vis-à-vis</i> la violación de un tratado	81
2.3.4.1	Los casos <i>SGS</i>	83
2.3.4.2	Los casos <i>Joy Mining</i> y <i>Wena Hotels</i>	86
2.3.4.3	El caso <i>Malicorp</i>	90
2.3.4.4	El caso <i>AWG Group</i>	91
2.3.5	Atribución de conductas al Estado	92
2.3.5.1	Órganos del Estado: artículo 4 de los Artículos de la CDI.....	94
2.3.5.2	Personas o entidades que ejercen atribuciones del poder público: artículo 5 de los Artículos de la CDI	97
2.3.5.3	Actuación <i>ultra vires</i> de un órgano del estado o entidad facultada para ejercer atribuciones de poder público: artículo 7 de los Artículos de la CDI	103
2.3.5.4	Persona o grupo de personas que actúan bajo instrucciones, dirección o control del Estado: artículo 8 de los Artículos de la CDI.....	107
2.3.5.4.1	¿Es pertinente utilizar la dicotomía público privado al interpretar artículo 8 de los Artículos de la CDI?	109
2.3.5.4.2	¿Interpretación sigilosa del artículo 8 de los Artículos de la CDI por los tribunales en materia de inversiones?.....	110
2.1.1	Trato Justo y Equitativo.....	114
2.1.2	Expropiación.....	124
2.1.3	Cláusula de inmunidad soberana: reconocimiento y ejecución de laudos.....	132

2.1.3.1	<i>LETCO c. Liberia</i> : procedimiento de ejecución de laudo derivado del CIADI.....	136
2.1.3.2	Ciertos activos iraníes (<i>Irán c. Estados Unidos</i>).....	138
2.1.3.3	<i>AIG c. Kazajstán</i> : procedimiento de ejecución de laudo derivado del CIADI.....	141
2.1.3.4	Inmunidades jurisdiccionales del Estado (<i>Alemania c. Italia</i>).....	142
2.4	Conclusión sobre el uso del binomio público/privado en los arbitrajes derivados de TBI...146	
Capítulo III La Dicotomía Público/Privado en el TLCAN		151
3.1	Introducción	151
3.2	El TLCAN como régimen autónomo.....	151
3.2.1	Etapas preentrada y posentrada: liberalización y protección de las inversiones	152
3.2.2	El carácter especial y único de la cláusula de nivel mínimo de trato en el TLCAN ...	153
3.2.3	Las particularidades de la obligación de nación más favorecida en el TLCAN.....	155
3.2.3.1	El alcance de los términos circunstancias similares	156
3.2.3.2	La inaplicabilidad de la teoría <i>Maffezini</i> en el TLCAN	157
3.2.4	El carácter irrestricto de los sectores cubiertos por el TLCAN	160
3.2.5	La naturaleza exclusiva y exhaustiva de la definición de inversión del TLCAN.....	162
3.2.6	Las reglas procedimentales aplicables en el TLCAN.....	163
3.3	Análisis sobre el uso de la bifurcación público/privado en el TLCAN	164
3.3.1	Naturaleza del arbitraje inversionista-Estado conforme al TLCAN.....	165
3.3.2	La intervención de terceras partes en el TLCAN	168
3.3.3	Cuestiones preliminares sobre jurisdicción en el TLCAN	169
3.3.4	La definición de inversionista en el TLCAN (<i>jurisdiction razione personae</i>)	174
3.3.5	La definición de inversión en el TLCAN (<i>jurisdiction razione materiae</i>).....	178
3.3.6	Consecuencias jurídicas del incumplimiento de un contrato <i>vis-à-vis</i> la violación del TLCAN	182
3.3.7	La irrelevancia de la cláusula paraguas en el TLCAN	184
3.3.8	La atribución de conductas al Estado en el TLCAN	186
3.3.8.1	Órganos del Estado: artículo 4 de los Artículos de la CDI.....	186
3.3.8.2	Personas o entidades que ejercen atribuciones de poder público: artículo 5 de los Artículos de la CDI	189

3.3.8.3 Persona o grupo de personas que actúan bajo instrucciones, dirección o control del Estado: artículo 8 de los Artículo de la CDI	195
3.3.9 El estándar de nivel mínimo de trato en el TLCAN	195
3.3.10 Expropiación	197
3.3.11 Cláusula de inmunidad soberana y Ejecución	199
3.4 El carácter histórico del TLCAN frente al T-MEC.....	200
3.5 Conclusión sobre la utilización de la distinción público/privado en los arbitrajes del TLCAN	202
Capítulo IV La Bifurcación Público/Privado en el TCE.....	205
4.1 Introducción	205
4.2 El carácter de régimen autónomo del TCE	205
4.2.1 Admisión y establecimiento de las inversiones: liberalización (preentrada) y protección de las inversiones (posentrada).....	206
4.2.2 La búsqueda de coherencia normativa a través del sistema de precedentes en el TCE	207
4.2.3 La aplicación provisional del TCE	209
4.2.4 La cláusula de NMF en el TCE	211
4.2.5 La naturaleza limitada de los sectores cubiertos por el TCE.....	213
4.2.6 El carácter ilustrativo y abierto de la definición de inversión del TCE.....	214
4.3 La dicotomía público/privado en el TCE	215
4.3.1 Naturaleza del arbitraje inversionista-Estado en el TCE.....	215
4.3.2 La definición de inversionista (jurisdiction <i>ratione personae</i>).....	217
4.3.3 La definición de inversión en el TCE (jurisdicción <i>ratione materiae</i>).....	219
4.3.4 Consecuencias jurídicas del incumplimiento de un contrato <i>vis-à-vis</i> la violación del TCE.....	224
4.3.5 La cláusula paraguas en el TCE.....	224
4.3.6 La atribución de conductas al Estado	227
4.3.6.1 Órganos del Estado: artículo 4 de los Artículos de la CDI.....	227
4.3.6.2 Personas o entidades que ejercen atribuciones del poder público: artículo 5 de los Artículos de la CDI	228
4.3.6.3 Persona o grupo de personas que actúan bajo instrucciones, dirección o	

control del Estado: artículo 8 de los Artículos de la CDI.....	230
4.3.7 El estándar de trato justo y equitativo en el TCE	230
4.3.7.1 Medidas discriminatorias y arbitrarias	232
4.3.8 El estándar de expropiación en el TCE.....	233
4.3.9 Cláusula de inmunidad soberana: reconocimiento y ejecución de laudos en el TCE..	236
4.4 Conclusión sobre la aplicación de la dicotomía público/privado en los arbitrajes del TCE ...	236
Capítulo V Propuestas para Abordar el Análisis de la Distinción Público/Privado y Otras Herramientas Interpretativas	238
Conclusiones	241
Referencias	246

ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
Artículos de la CDI	Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos
AIBO	Bucarest Aeroport Otopeni
ANDA (por sus siglas en inglés)	Solicitudes abreviadas de nuevos medicamentos
APAPS (por sus siglas en inglés)	Autoridad para la Privatización y Gestión de la Propiedad Estatal
Canada Post (por sus siglas en inglés)	Oficina Postal de Canadá
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CETA	Acuerdo Económico y Comercial Global
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CLC	Comisión de Libre Comercio
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Cocobod	Ghana Cocoa Board
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
CPJ	Corte Permanente de Justicia
CPTPP (por sus siglas en inglés)	Tratado de Integración Progresista de Asociación Transpacífico
CSOB (por sus siglas en inglés)	Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S.
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DII	Derecho Internacional de las Inversiones
DIP	Derecho Internacional Público
DOF	Diario Oficial de la Federación
EHC (por sus siglas en inglés)	Compañía de Hoteles Egipcia
HRA (por sus siglas en inglés)	Ley de Derechos Humanos de 1998 de Inglaterra
IESO (por sus siglas en inglés)	Operador Independiente de Sistema Eléctrico
JRP por sus siglas en inglés)	Panel de revisión conjunta
JVA (por sus siglas en inglés)	Acuerdo de Coinversión

LCR	Lesy Ceske Republiky
LETCO	Liberian Eastern Timber Corporation
LPA (por sus siglas en inglés)	Lafayette Place Associates
NHA (por sus siglas en inglés)	Autoridad Nacional de Autopistas de Paquistán
NMF	Nación Más Favorecida
NMT	Nivel Mínimo de Trato
OMC	Organización Mundial del Comercio
OPA (por sus siglas en inglés)	Autoridad de Energía de Ontario
RAE	Real Academia Española
SODIGA	Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia
SOF (por sus siglas en inglés)	Fondo de Propiedad Estatal
TAROM (por sus siglas en inglés)	Compania de Transportationuri Aeriene Romane Tarom S.A.
TBI	Tratado Bilateral de Inversión o Tratados Bilaterales de Inversión
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía
TJE	Trato Justo y Equitativo
TLC	Tratado de Libre Comercio o Tratados de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TLCUEM	Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea Modernizado
T-MEC	Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá
TOKI	Administración de Desarrollo de Vivienda de Turquía
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
UNCTAD (por sus siglas en inglés)	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

INTRODUCCIÓN

Aunque el título de la investigación¹ podría sugerir que su objetivo es encasillar al DII dentro del ámbito de lo público o de lo privado, al igual que como ocurre con otras disciplinas jurídicas como el derecho penal o el derecho civil que participan respectivamente en cada una de las esferas antes referidas, dicha evocación resulta incorrecta.

El propósito de este trabajo es analizar la utilidad de emplear la dicotomía público/privado como herramienta interpretativa en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado. Ello se justifica dado que es común observar que en la práctica, los tribunales arbitrales invocan la distinción público/privado en sus razonamientos interpretativos al analizar ciertas disposiciones objeto de una controversia. Sin embargo, de un estudio más detenido y minucioso se revelan las interrogantes sobre la utilidad y necesidad de dicho proceder. Por lo tanto, la finalidad de esta obra se circunscribe a resolver las preguntas sobre si es pertinente invocar y, en su caso, aplicar la bifurcación público/privado al interpretar ciertas disposiciones sustantivas y procedimentales dentro del ámbito de una controversia.

Para cumplir con el objetivo antes descrito, se procederá a realizar un análisis de casos inversionista-Estado, el cual, consistirá en examinar los rubros o áreas del DII –disposiciones sustantivas y procedimentales– donde se ha presentado la distinción. Si bien se podría controvertir tal proceder debido al gran número de diferendos existentes –lo cual se explica por la presencia de

¹ El título “La Distinción *Público/Privado* en el Derecho Internacional de las Inversiones”, utiliza los sustantivos en género masculino atendiendo las reglas lingüísticas actuales de la RAE. Interesantemente en la explicación sobre el uso genérico del masculino, la RAE también emplea sustantivos en género masculino: “[el uso] se basa en su condición de término no marcado en *la oposición masculino/femenino*”. Ver RAE. Inicio/Consulta lingüística/Preguntas frecuentes/Los ciudadanos y las ciudadanas, los niños y las niñas. Disponible en: <http://www.rae.es/consultas/los-ciudadanos-y-las-ciudadanas-los-ninos-y-las-ninas>. Última visita el 30 de septiembre de 2018. Aunque existe la tendencia contemporánea de promover la utilización del lenguaje inclusivo, y desdoblar indiscriminadamente el sustantivo en su forma masculina y femenina, el presente trabajo prescinde de referida corriente en boga. Sin embargo, el empleo de los sustantivos público/privado en su género masculino a lo largo de este trabajo no entraña negar la persistente existencia de discriminación en contra de la mujer, ni mucho menos desconocer la situación de desventaja que aun enfrentan. De hecho, se es consciente de ello, y de igual forma se reconoce que el uso de la distinción público/privado, en las cuales, se basan y reproducen las definiciones de ciertos principios en el derecho internacional, “privilegian la visión del mundo masculino y apoya el predominio masculino en el orden legal internacional”. Ver Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, and Shelley Wright, “Feminist Approaches to International Law”, *American Journal of International Law* 85, no. 4 (October 1991), p. 621. Empero, se reitera que el único motivo de preferir la utilización de los sustantivos público/privado en su género masculino es estrictamente lingüístico y en atención al principio de economía del lenguaje. Ver RAE. Inicio/Recursos/Diccionarios/Diccionario panhispánico de dudas. Disponible en: <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=Tr5x8MFOuD6DVTIDBg>. Última visita el 30 de septiembre de 2018.

múltiples instrumentos que han sido objeto de interpretación—,² el análisis de casos se circunscribe, para efectos metodológicos, de la siguiente manera:

- i) diferendos derivados de TBI administrados principalmente por el CIADI o su Mecanismo Complementario;
- ii) controversias ventiladas en el marco del TLCAN; y
- iii) diferencias surgidas en el contexto del TCE.

Esta metodología presenta además la ventaja de ofrecernos una perspectiva que permitirá establecer si concurre alguna variación interpretativa según el instrumento objeto de examen. Sin embargo, antes de abordar el estudio de casos, se efectuará un análisis teórico que reastree el origen de la dicotomía público/privado dentro del área de las ciencias de la cultura en general, así como en el Derecho en particular. También se examinará la evolución, funcionamiento y utilidad –tanto teórica como práctica– de la bifurcación público/privado.

La aportación de esta investigación es doble. En primer lugar, en lo que respecta a la ciencia jurídica, aspira a formar parte de la escasa literatura que en el ámbito nacional se tiene debido a la poca exploración de la que ha sido objeto la materia.³ Ello pesar de tratarse de un tema muy prolífero en el ámbito internacional y que ha afectado principalmente a países latinoamericanos.⁴ En segundo lugar, en la práctica del litigio internacional, se propone contribuir a dar uniformidad y coherencia al cuerpo de jurisprudencia actual, mediante el desarrollo de una teoría general que explique la pertinencia de usar la división público/privado como herramienta interpretativa y, en su caso, la manera de emplearla. Lo anterior con independencia de la deseabilidad de lograr uniformidad y coherencia en la jurisprudencia del DIJ.⁵

² Al 31 de diciembre de 2018 la UNCTAD contabilizó la existencia de 942 arbitrajes inversionista-Estado. Ver Investment Policy Hub. Investment Dispute Settlement Navigator. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Última visita el 12 de mayo de 2019.

³ Al respecto, resulta relevante precisar que las citas referidas y utilizadas a lo largo de la investigación –relativas a los casos y a la doctrina– son traducciones propias. Lo anterior se explica debido a que el idioma original del grueso de los casos analizados y la doctrina empleada es el inglés.

⁴ De las 942 controversias registradas al 31 de diciembre de 2018 por la UNCTAD, 240 corresponden a reclamaciones en contra de países de Latinoamérica, es decir, un 25,47 % del total, siendo Argentina el país con mayor número de reclamaciones, *i.e.*, 60, seguido por Venezuela y México con 44 y 30 respectivamente. Ver Investment Policy Hub. Investment Dispute Settlement Navigator. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Última visita el 25 de mayo de 2019.

⁵ El objetivo de establecer una corte internacional o ente centralizado es lograr coherencia y predictibilidad en las decisiones, sin embargo, dichos fines son relativos y dependen de aquello que se vuelve constante. Como lo señala Schultz, “una regla incorrecta aplicada constantemente, de manera predecible, en patrones altamente regularizados, puede hacer más daño que la misma regla aplicada de manera variable, ocasionalmente, de una manera impredecible”. Ver Thomas Schultz, “Against Consistency in Investment Arbitration” en Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge

Es importante precisar que, este trabajo únicamente se limita a examinar aquellos rubros en los que el binomio público/privado es utilizado conjuntamente por los tribunales arbitrales en sus análisis interpretativos. Por ello, se omite abordar el tema relativo al poder soberano del Estado, el cual, consiste en adoptar medidas que se traducen en políticas públicas tendientes a proteger a la sociedad por cuestiones de seguridad, orden público, salud o moralidad. Ese tópico se refiere más bien a la doctrina de poderes policiales del Estado, según la cual, “es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna”.⁶

A pesar de la importancia de la teoría de poderes policiales del Estado en regímenes de gobierno democráticos actuales, en los que la opinión pública cobra especial relevancia y las políticas públicas se justifican por el bienestar general de la población,⁷ dicha tesis no alude a la distinción público/privado del actuar del Estado. De este modo, debido a que la doctrina de poderes policiales del Estado se enfoca en determinar si una medida puede ser caracterizada como expropiatoria, según la naturaleza y propósito de la acción del Estado,⁸ esa situación no implicaría una gestión comercial o privada. Por lo tanto, el tema está fuera del ámbito analítico de la presente disertación.

La hipótesis de la que parte esta investigación es que la utilización de la dicotomía público/privado puede ser útil como herramienta interpretativa de ciertas disposiciones en materia de inversiones, sin embargo, ello dependerá, entre otras cosas, de la redacción de la disposición objeto de análisis. En efecto, si determinada obligación hace referencia al carácter público o

E. Viñuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, (Oxford University Press, 2014), p. 316.

⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo 2003, párrafo 119.

⁷ Ver por ejemplo el famoso caso de *Philip Morris c. Uruguay* que involucró reclamaciones por la publicación de disposiciones por la Secretaría de Salud Pública de Uruguay, las cuales prohibían el empaquetado o presentación de cigarrillos vendidos conforme una marca determinada, exigiéndoles imágenes gráficas con el objeto de ilustrar efectos adversos para la salud por fumar. En dicho caso se indicó: “el Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que el “margen de apreciación” no se limita al contexto de la Corte Europea de Derechos Humanos, sino que “se aplica igualmente a las reclamaciones derivadas de TBI”, al menos en contextos como la salud pública. La responsabilidad de las medidas de salud pública recae en el gobierno y los tribunales de inversión deben prestar gran atención a los juicios gubernamentales sobre las necesidades nacionales en asuntos tales como la protección de la salud pública. En tales casos, el respeto se debe al “ejercicio discrecional del poder soberano, no hecho de manera irracional y de mala fe ... que involucra muchos factores complejos”. Según lo sostenido por otro tribunal de inversiones, la única investigación para el Tribunal ... es si había o no una falta manifiesta de razones para la legislación”. *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, párrafo 399.

⁸ *Ibidem*, párrafos 291-301.

privado de las conductas del Estado, es entonces y únicamente en esa medida que podría justificarse el uso de la distinción.

En general, y como se analizará a lo largo de este trabajo, salvo por el artículo 5 de los Artículos de la CDI intitulado “Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público”, ninguna otra disposición alude al carácter público/privado de las conductas del Estado. A pesar de lo anterior, el binomio público/privado se ha presentado de forma más o menos generalizada en rubros distintos del análisis interpretativo de los tribunales. Por ello, resulta pertinente dilucidar en qué áreas (disposiciones) se ha utilizado la distinción, cuáles son las razones de su aplicación y si su uso era pertinente para el examen legal.

El Capítulo I indaga el origen, evolución, funcionamiento y utilidad de la distinción público/privado. Para ello, se procede a examinar el cómo y el porqué de su uso en las ciencias de la cultura en general y en el Derecho en particular. Además, se analiza su funcionalidad e importancia en los rubros en los que la referida dicotomía se ha empleado. Igualmente, se determina si la bifurcación público/privado es equiparable a la distinción soberana/comercial, que hace alusión a la conducta del Estado según la naturaleza de su actuar. A su vez, se evalúa si esa distinción es comparable a la dicotomía *iure imperii/gestionis*, también empleada para calificar el proceder del Estado.

En el Capítulo II se realiza un análisis comparativo de las controversias en las que se ha presentado la distinción público/privado, *iure imperii/gestionis* y soberano/comercial con relación a las conductas del Estado. Los casos examinados son aquellos derivados de TBI ventilados principalmente al amparo del CIADI. En éstos, se identifican las áreas comunes en las que se han invocado esas dicotomías. Además, se analiza la manera en la que dichos temas o rubros específicos fueron tratados por los distintos tribunales. En este sentido, se indican las semejanzas y diferencias en los enfoques adoptados, así como la *ratio* que llevó a cada uno de los tribunales a pronunciarse en el sentido en el que lo hicieron al utilizar la distinción público/privado. Debido a la pluralidad de integrantes que conforman dichos órganos resolutorios, será común que sus conclusiones y constataciones sean heterogéneas,⁹ por lo cual, se determina si el uso de la dicotomía objeto de estudio es pertinente dentro del tema en el cual se aplica.

⁹ Verbigracia, los casos de fructuosa en el marco del TLCAN en los cuales tres tribunales que conocieron de la misma reclamación y respecto de los mismos hechos interpretaron de forma diversa la obligación de requisitos de desempeño y en el que únicamente dos de ellos determinaron la existencia de una violación a dicha disposición. Ver *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No.

Conforme a la metodología antes descrita aplicable para el Capítulo II, en primer lugar se establece si es posible hacer la distinción público/privado, y si ésta marca una diferencia.¹⁰ Para tales efectos, se emplea como herramienta analítica las etapas por las que atraviesa la bifurcación público/privado según Duncan Kennedy. De acuerdo a dicho autor, toda distinción atraviesa una secuencia de 6 etapas que se caracterizan por el grado de utilidad en su empleo. Así, en un extremo de las facetas, el autor califica de “buena salud” aquella etapa en la que la distinción resulta útil y práctica, en tanto que, en el otro extremo, cataloga como etapa de “decrepitud total” aquella fase en la cual la aplicación de la dicotomía es innecesaria.¹¹ Entre ambos extremos se presentan diferentes etapas, tales como la faceta consistente en el desarrollo de términos intermedios, y la fase del colapso, las cuales describen la situación que enfrenta el uso de la bifurcación público/privado con ciertos rasgos particulares. Por lo tanto, dependiendo de la etapa en la que se ubique la bifurcación, se determinará la necesidad de su utilización. Este proceder obedece a una tendencia puramente legal, el cual, consiste en aplicar el derecho –según se identifica en las etapas de Duncan Kennedy–, a los hechos y casos concretos en los que se ha empleado la división público/privado.

El Capítulo III sigue la misma metodología descrita en el párrafo anterior, salvo por la particularidad de que las controversias que se analizan son las surgidas en el contexto del TLCAN. La razón de destinar un apartado concreto a los casos del TLCAN, obedece al carácter especial de dicho régimen legal. En efecto, a pesar de que el Capítulo XI del TLCAN aborda el tema de inversión, éste contiene reglas específicas sobre la regulación y protección de las inversiones de tal forma que, el alcance de éstas obedecen a un contexto particular y a ciertos objetivos que deben tenerse en consideración al analizar los diferendos. Por ejemplo, el artículo 1503 del TLCAN intitulado “Empresas del Estado”, aborda explícitamente la manera en la que una Parte del TLCAN

ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007; *Cargill, Incorporated c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 y *Corn Products International, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 15 de enero de 2008.

¹⁰ “El éxito de una distinción jurídica tiene dos facetas. En primer lugar, debe ser posible hacer la distinción: las personas deben sentir que es intuitivamente sensato dividir algo entre sus polos, y que la división resultará prácticamente del mismo modo, independientemente de quién la esté haciendo. En segundo lugar, la distinción debe marcar una diferencia: una distinción sin diferencia es un fracaso, incluso si es posible que todos estén de acuerdo en cómo hacerla. Hacer una diferencia significa que parece claro que las situaciones deben ser tratadas de manera diferente dependiendo de la categoría de la distinción en la que se encuentren”. Duncan Kennedy, “Stages of the Decline of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (June 1, 1982), p. 1349.

¹¹ *Ibidem*, p. 1350.

se va a conducir respecto de las empresas del Estado a las que delega “funciones gubernamentales”. En particular, el párrafo 2 del artículo 1503 establece:

Cada una de las Partes se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que toda empresa del Estado que la misma mantenga o establezca actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con los Capítulos XI, “Inversión”, y XIV, “Servicios financieros”, cuando dichas empresas ejerzan facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte les haya delegado, como la facultad para expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos. (Énfasis añadido)

Este artículo fue objeto de interpretación en el caso *UPS c. Canada*, en el cual, el inversionista demandó al Estado por violaciones al TLCAN cometidas a través de los actos de la Oficina Postal de Canadá (“*Canada Post*”). Uno de los puntos analizados fue determinar si los actos de *Canada Post* se efectuaron en ejercicio de “funciones gubernamentales” que Canadá le delegó, o bien, si las conductas se ejecutaron con carácter comercial. De este modo, parecería que la distinción sobre la naturaleza de los actos del Estado en el TLCAN es relevante, al menos por lo que hace a la disposición en comento. Por lo tanto, este tipo de particularidades juega un papel importante para la determinación de si la dicotomía público/privado aplica de manera distinta en el ámbito del TLCAN en comparación con otros regímenes jurídicos.

El Capítulo IV aborda las controversias derivadas del TCE y también adopta el método analítico descrito anteriormente con relación a los casos de TBI y del TLCAN. Al igual que en el Capítulo III, la decisión de reservar un apartado particular a los diferendos del TCE se debe al carácter propio de dicho instrumento multilateral que “busca establecer un régimen especial solamente en el sector de la energía y aborda cada tema –comercio, inversión, tránsito y ambiente– únicamente con referencia a la energía”.¹² Así, se evalúa si este rasgo peculiar tiene efecto alguno en el análisis interpretativo de los tribunales por lo que hace al uso de la bifurcación público/privado.

El Capítulo V formula una serie de propuestas para examinar el binomio público/privado como instrumento interpretativo utilizado por los tribunales en materia de inversiones. La finalidad es exponer el carácter social de la ciencia jurídica de tal forma que se adopte un enfoque interdisciplinario que conlleve a un análisis crítico del Derecho.

¹² Arghyrios A. Fatouros, “An International Legal Framework for Energy”, RCADI, Volume 332, 2007, p. 411.

En las Conclusiones se establecen los resultados de la investigación y se da cuenta de las constataciones a las que se llegaron. En éstas se esclarece la pertinencia del uso de la dicotomía objeto de análisis y las situaciones en las que ello acontece.

CAPÍTULO I

ORIGEN, EVOLUCIÓN Y APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN PÚBLICO/PRIVADO EN LAS CIENCIAS DE LA CULTURA¹ EN GENERAL Y EN EL DERECHO EN PARTICULAR

público, ca Del lat. *publĭcus* 3. adj. Perteneciente o relativo al Estado o a otra Administración. *Colegio, hospital público.*

privado, da Del part. de *privar*; lat. *privātus*. 3. adj. Que no es de propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares. *Clínica privada.*

1.1. Introducción

El título de esta investigación parece evocar el ensayo: *La gran dicotomía: público/privado* de Norberto Bobbio² por la salvedad de la eliminación del adjetivo gran,³ así como por la sustitución del sustantivo dicotomía por el término distinción –que que podría ser considerado su sinónimo en el contexto en el que se emplea–. A pesar de las ligeras diferencias de los los títulos, ambos trabajos coinciden parcialmente en su propósito, a saber, rastrear el origen y evolución de la dicotomía, su uso en las ciencias de la cultura en general, así como en la ciencia jurídica en particular, temas que se abordan en las Secciones 1.2, 1.3 y 1.4 respectivamente.

En la Sección 1.5 se pone un especial énfasis en el uso de la dicotomía público/privado dentro del DIP y el régimen autónomo del DII (Subsección 1.5.2).⁴ De hecho, en la la referida subsección se manifiesta otra diferencia entre el ensayo de Bobbio y esta investigación, a saber, el

¹ Si bien “[e]xisten tantas clasificaciones de las ciencias como períodos de la Historia, y quizá tantas como investigadores”, el presente trabajo utiliza la clasificación entre ciencias formales y ciencias empíricas o fácticas (porque sus referentes son objetos o hechos reales). Las primeras “tienen como objeto de estudio referentes conceptuales o abstractos (tales como números, figuras geométricas o axiomas), en tanto que, las segundas “emplean conceptos cuyos enunciados son sintéticos, establecidos por lo general mediante un método inductivo, vale decir, que verifica hechos particulares para llegar a partir de ellos a principios o leyes generales”. Las “*ciencias empíricas* se dividen a su vez en *ciencias de la naturaleza*, que estudian fenómenos naturales, tales como la física, la química y la biología, y las *ciencias de la cultura*, que estudian los fenómenos generados por la creatividad humana, tales como la economía, la sociología, la antropología, la psicología y otras”. Ver Luis Britto García, *La Ciencia Fundamento y Método*, Caracas, Venezuela, Universidad Bolivariana de Venezuela, 2013, pp. 13-14.

² Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad: Por una teoría general de la política*, traducción de José F. Fernández Santillán, Breviarios; 487, México, Fondo de Cultura Económica, 1989. Nótese también el uso de los sustantivos en su género masculino.

³ El autor parece atribuir ese calificativo debido al uso constante y continuo de ambos términos a lo largo de la historia del pensamiento político y social en Occidente. Ver *idem*.

⁴ La acepción se utiliza en el sentido de considerar “[r]amas especiales del derecho internacional con sus propios principios, instituciones y teología”. Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, (Geneva: General Assembly, A/CN.4/L.682, August 1, 2006, p. 252).

análisis que se realiza respecto de la relación que guarda la bifurcación público/privado con las dicotomías *jus imperii/jure gestionis* y soberano/comercial, es decir, si los referidos términos son sinónimos, complementos o aluden a situaciones totalmente distintas.

En la Sección 1.6 se examina la constante paradoja que enfrenta el uso del binomio público/privado, es decir, las críticas de las que es objeto y que en lugar de disuadir su empleo, fortalecen su inquebrantable utilización.

Finalmente, la Sección 1.7 presenta las conclusiones del Capítulo I.

1.2. Génesis y desarrollo de la dicotomía público/privado

De acuerdo a la RAE, la tercera acepción de los términos objeto de análisis citada al inicio del Capítulo I, pone de manifiesto que el vocablo “público” es el término fuerte frente al vocablo “privado”, es decir, únicamente el primero es definido mientras que el otro es precisado de manera negativa.⁵ Ese tercer significado no debe confundirse con la primera acepción que también proporciona el diccionario de la RAE para definir los términos público y privado, a saber, “conocido o sabido por todos”⁶ y “que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna”.⁷ Esta última significación respecto de ambos vocablos se refiere más bien al terreno de la transparencia y acceso a la información. De hecho, el propio Bobbio advertía esta situación y abordó someramente el tema en los siguientes términos:

Conceptualmente, el problema de la publicidad del poder siempre sirvió para mostrar la diferencia entre las dos formas de gobierno: la república, caracterizada por el control público del poder y en la época moderna de la formación de una opinión pública, y el principado, cuyo método de gobierno contempla el recurso a los *arcana imperii*, es decir, al secreto de Estado que en un Estado de derecho moderno solamente está previsto como remedio excepcional.⁸

En la presente investigación no se examina esta noción relacionada con la transparencia debido a la irrelevancia del tema para ésta. No obstante, cabe señalar que incluso en el ámbito de la literatura, la distinción público/privado entendida en este sentido, se refiere a la transparencia, la libre información y la disidencia crítica, así como a “la confidencialidad de las comunicaciones entre

⁵ Bobbio, *Estado, op. cit.*, p. 12.

⁶ RAE. Diccionario de la lengua española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UYbbTs8>. Última visita el 20 de mayo de 2018.

⁷ RAE. Diccionario de la lengua española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UD9ciF2|UDCTc5q>. Última visita el 20 de mayo de 2018.

⁸ Bobbio, *op. cit.*, pp. 31-32.

funcionarios y autoridades”.⁹ Todos estos conceptos permiten el funcionamiento de las democracias, la consistencia de formas de política “en los campos de la diplomacia, la defensa, la seguridad, el orden público y la economía”.¹⁰ En otras palabras, la dicotomía bajo esta acepción alude al balance que debe existir entre la libertad de expresión y el acceso a la información o transparencia por un lado, y a la confidencialidad por el otro.¹¹

Conforme a la definición objeto de estudio, se puede desprender que la noción de lo “público” –entendida en un sentido de pertenencia al Estado–, se remonta por lo menos al surgimiento de éste. Incluso podría referirse a cualquier formación social con cierta “administración” tal como la definición lo sugiere. De hecho, las categorías público/privado tienen su origen “en la ciudad-estado griega completamente desarrollada” donde la esfera de la *polis* –correspondiente a los ciudadanos libres– se separaba de la esfera del *oikos* –perteneciente a la esfera personal de cada individuo–.¹² Posteriormente, esos conceptos junto con el de esfera pública –entendida como *res publica* (cosa pública)– nos fueron transmitidos con “un sello romano” a través del Derecho.¹³ Como se verá, ambos términos “encontraron una aplicación renovada e importante en el sentido técnico y legal únicamente con el surgimiento del Estado moderno”.¹⁴ Por ello, no es casual la manera en la que el *definiendum* que abre el Capítulo I es descrito por el *definiens*.

En las ciudades-estado griegas, los ciudadanos libres eran partícipes de la vida pública en tanto señores del *oikos*, *i.e.*, de la casa, entendida como el compuesto de bienes materiales y personas (esclavos) que conformaban la unidad fundamental en la sociedad. Estos señores, que en Roma fueron conocidos como *paterfamilias*, constituían el eje principal del cual dependían los esclavos, las mujeres y en general el transcurrir de la vida –nacimiento o muerte– en el ámbito privado.¹⁵ En la esfera pública, la vida social, cultural y política se desarrollaba en los centros de comercio (*agora*) en donde los ciudadanos tendían a reunirse y discutir diversos temas que adquirirían relevancia y de actualidad. Era este ámbito un campo abierto, a diferencia de lo cerrado y oculto del *oikos*, donde los ciudadanos se desenvolvían como iguales para lograr la distinción y

⁹ Mario Vargas Llosa, *La civilización del espectáculo*, Madrid, Punto de Lectura, 2000, pp. 153-154.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ En una sección que intitula “Lo privado y lo público”, Mario Vargas Llosa crítica fuertemente la difuminación del ámbito de lo público y lo privado con referencia al caso de Wikileaks y Julian Assange a quien califica de un exitoso animador u “Oprah Winfrey” de la información más que un gran luchador libertario. *Ibidem*, pp. 152-156.

¹² Jürgen Habermas, *Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1991, p. 3.

¹³ *Ibidem*, p. 4.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

sobresalir.¹⁶ Por lo tanto, se puede decir que en la Atenas clásica, “la diferencia entre los géneros del habla privada y del habla pública fundamenta el sentimiento de hogar e intimidad, por un lado, y el de personalidad social, por el otro”.¹⁷

En Roma la distinción entre las esferas pública y privada también se hizo patente en la expresión popular *res publica* o cosa pública, que por exclusión significaba aquello que no era privado. Gradualmente, esa locución condujo a equiparar la cosa pública con el Estado mismo. Lo anterior se manifiesta en la máxima “*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem*”,¹⁸ (el derecho público concierne al Estado romano, el derecho privado atañe a la utilidad de los individuos). A pesar de que esta división pareciera obedecer a la separación del Derecho entre público y privado, algunos autores afirman que es probable que el surgimiento de un derecho público como tal no ocurriera sino a finales del siglo XVIII. Al igual que como ocurrió con la mayoría de los gobiernos o administraciones de Europa medieval que elaboraron textos legales para diferenciar los intercambios privados de los públicos y delimitar funciones específicas como determinadamente públicas.¹⁹

En todo caso, si bien en la Edad Media se conoció la bifurcación público/privado, ésta no se utilizó comunmente y de hecho cayó en desuso. Efectivamente, “es típico que los traductores medievales interpretaran *magistratus* en textos de la antigüedad como *señoríos* y que las *costumbres*, o libros de derecho consuetudinario del siglo XV, ignoraran la dicotomía “*publicum-privatum*”.²⁰ La falta de utilización de la distinción público/privado se debió al carácter mismo del sistema feudal, donde los derechos de los reyes y señores feudales no se distinguían de otros derechos de rango, posesión e ingreso, y todos eran parte de lo que hoy podría considerarse como casos de derecho privado. Esta situación es entendible en “un mundo donde un reino era tratado como patrimonio familiar, dividido entre los herederos del rey, dado en dote a sus hijas o hipotecado.”²¹

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Michael Warner, *Público, Públicos y Contrapúblicos*, trad. de Victoria Schussheim, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 22.

¹⁸ Gérard Giordanengo, “De l’usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge”, *Cahiers de recherches médiévales et humanistes. Journal of medieval and humanistic studies*, no. 7 (February 15, 2000), p. 3.

¹⁹ Thornhill, Chris, *Public Law and the Emergence of the Political* en Cormac Mac Amhlaigh, Claudio Michelon, and Neil Walker, *After Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 28.

²⁰ R. C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1995), p. 2.

²¹ *Idem.*

Bajo esta tesis, el uso de la bifurcación público/privado puede remontarse a la ciudades-estado griegas, adquiriendo importancia técnica en el ámbito legal con los juristas romanos²² para transitar a una etapa de olvido durante la Edad Media, tal y como se abordó *supra*. En esa época, es loable afirmar la inexistencia de una esfera pública en el sentido de un campo separado de la esfera privada.²³ En este sentido, “se ha presupuesto comúnmente que la formación legal de Europa en las sociedades nacionales modernas comenzó al nivel del derecho privado”.²⁴ Dicha situación no resulta extraña si se considera la influencia que ejerció el derecho privado a través de la difusión y recepción del derecho romano en Occidente.²⁵ Es precisamente con el nacimiento del Estado moderno que surge la noción de derecho público como sistema jurídico de normas.²⁶ Es decir, la distinción público/privado en el ámbito jurídico adquiere relevancia con la separación común que los juristas realizan en el Derecho. Por un lado, se diferencia entre el derecho que regula las relaciones de las instituciones de gobierno o del propio gobierno y sus sujetos, y por el otro lado, las leyes que regulan las relaciones de los sujetos individuales.²⁷

El interés en el estudio del derecho romano conllevó a que la dicotomía público/privado no perdiera importancia. Consecuentemente, la bifurcación ha alcanzado trascendencia de nuevo en la actualidad, al grado de que hoy por hoy se reconoce que no existe una sola dicotomía sino muchas:

No hay algo así como una dicotomía “público/privado”, sino varias. Entre ellas, hay semejanzas familiares: algunos criterios de público que son relevantes para, por ejemplo, la libertad de expresión (¿qué constituye una figura pública?) reaparecen de forma pertinente para las indagaciones y las incautaciones (¿qué constituye un lugar público?). Pero a medida que nos movemos a contextos más remotos (¿cuál es un propósito público que respalda una emisión de bonos municipales?), las consideraciones que dan forma a nuestra decisión son menos similares. Como consecuencia, cualquier estudioso con una curiosidad acerca de lo público/privado está tentado, quizás bien aconsejado, a separar lo público y lo privado de *ésto*,

²² “La división de las normas jurídicas en las dos grandes ramas del derecho privado y el derecho público es obra de los juristas romanos. La doctrina clásica hállase sintetizada en la conocida sentencia del jurisconsulto Ulpiano: “Publicum just est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitaem”. Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, edición 63, México, Porrúa, 2013, p. 131.

²³ Ver Habermas, *op. cit.*; Walter Ullmann and Harold Dexter Hazeltine, *The Medieval Idea of Law As Represented by Lucas De Penna: A Study in Fourteenth-century Legal Scholarship*, London, Routledge, 2011) y Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op.cit.*

²⁴ Thornhill, Chris, *op. cit.* p. 28.

²⁵ Bobbio, *op. cit.*, pp. 22-23.

²⁶ Martin Loughlin, The Nature of Public Law, en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op.cit.*, p. 13 y Bobbio, *op. cit.*, p. 25.

²⁷ Martin Loughlin, The Nature of Public Law, en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op. cit.*, p. 11.

o lo público o privado de *aquello*, como la única forma de evitar las más vagas abstracciones o las tautologías más ingeniosas.²⁸

Así, el objetivo de esta investigación es precisamente indagar la pertinencia e importancia de la distinción público/privado en el ámbito del DII. En particular, examinar el análisis interpretativo de los tribunales que conocen de las controversias suscitadas entre inversionistas y Estados, los cuales, al resolver sobre ciertos puntos en disputa han hecho eco y uso de dicha dicotomía. Justamente, debido a la diversidad de contextos en los que ésta se ha empleado, urge saber si el recurrir a tal distinción como herramienta interpretativa es plausible y deseable desde el punto de vista práctico. Es decir, resulta apremiante determinar si la utilización de este recurso arroja algún beneficio que permita tener mayor claridad del alcance de la norma, o por el contrario, entorpece la aplicación de ésta y conlleva a mayores dificultades. Este proceder es acorde con lo señalado por un destacado académico en un simposio de los años ochentas, quien en dicha época ya advertía la importancia de delimitar el estudio de la separación público/privado a ramas y áreas específicas. Ello con el fin de lograr resultados trascendentales:

Tengo la sensación de que cualquier gran esfuerzo para reunir y unificar todas las funciones diversas que la distinción público/privado juega, contexto a contexto, produciría un gran compendio, pero poca revelación. En esta área, los académicos tratarían mejor de identificar los criterios contextuales específicos para los términos público y privado, e incluso de alentar el desarrollo de sustitutos más precisos (abierto, gubernamental, secreto) cuando otras necesidades de la ley, como la razonabilidad, lo requiera.²⁹

Ratificamos lo señalado en la cita anterior. Por ello en el Capítulo II nos enfocamos en la distinción público/privado dentro del DII. Sin embargo, para efectos de completitud también en la Sección 1.5 del presente capítulo se trata el uso de la bifurcación dentro del DIP.

Por lo que hace a esta sección, resulta pertinente recapitular que el uso de la distinción objeto de estudio tuvo orígenes de carácter político-social en las sociedades griegas. A pesar de ello, es con los romanos donde la bifurcación adquiere mayor importancia dentro del ámbito jurídico. Esa importancia se desvanece durante la Edad Media debido al tipo de sociedad feudal donde la distinción carecía de pertinencia no solo social sino jurídica. Es con el interés en el estudio del derecho romano por parte de los glosadores y, posteriormente, los postglosadores, que la bifurcación público/privado vuelve a cobrar trascendencia. Por ello, “en contextos modernos los

²⁸ Christopher Stone, “Corporate Vices and Corporate Virtues: Do Public/Private Distinctions Matter”, *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (June 1, 1982), p. 1442.

²⁹ *Ibidem*, p.1443.

términos se han usado con muchas connotaciones diferentes y traslapadas, combinando legados del pensamiento y el derecho clásicos con formas modernas de organización social”.³⁰ Consecuentemente, es con el surgimiento de los diversos Estados-nación que el uso de la distinción se consolida y adquiere el significado común que hoy prevalece y se refleja en las definiciones con las que inicia este capítulo.

Actualmente, el uso de la dicotomía sigue aplicándose no sólo en diversas áreas del Derecho, sino también en otras ciencias de la cultura tales como la ciencia política, la sociología y la economía. De este modo, la presente investigación da cuenta de la actualidad y relevancia del tema dentro del ámbito jurídico, particularmente, en el DII.

1.3. Importancia conceptual y clasificatoria de la distinción público/privado en las ciencias de la cultura

Es incuestionable que la división público/privado se emplea de manera privativa en el área de las ciencias de la cultura, en contraposición de las ciencias formales y de la naturaleza. También resulta innegable que su uso se destina a clasificar o dividir determinados elementos en dos polos opuestos. Tal como lo señala Duncan Kennedy en el terreno jurídico:

El éxito de una distinción jurídica tiene dos facetas. En primer lugar, debe ser posible hacer la distinción: las personas deben sentir que es intuitivamente sensato dividir algo entre sus polos, y que la división resultará prácticamente del mismo modo, independientemente de quién la esté haciendo. En segundo lugar, la distinción debe marcar una diferencia: una distinción sin diferencia es un fracaso, incluso si es posible que todos estén de acuerdo en cómo hacerla. Hacer una diferencia significa que parece claro que las situaciones deben ser tratadas de manera diferente dependiendo de la categoría de la distinción en la que se encuentren.³¹

El mismo razonamiento aplica *mutatis mutandis* en el ámbito de otras ciencias de la cultura. En efecto, se ha señalado que “muchos historiadores (económicos, sociales y culturales), antropólogos (culturales y sociales), sociólogos, economistas y filósofos han realizado una o más de las siguientes afirmaciones para hacer eco o apoyar [...] la distinción:”³²

- no existe una forma única y sobresaliente de distinguir entre lo público y lo privado;

³⁰ Warner, *op. cit.*, p. 26.

³¹ Duncan Kennedy, “Stages of the Decline of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (June 1, 1982), p. 1349.

³² De hecho William Lucy menciona dichas aseveraciones en apoyo a las tres características que sostiene posee la dicotomía, a saber, única, exhaustiva y atractiva o bien en su forma positiva plural, limitada y tentativa. William Lucy, *Private and Public: Some Banalities About a Platitude* en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op. cit.*, pp. 56-57.

- varias versiones de la distinción no sólo se superponen en algunos casos sino que se extienden en direcciones completamente diferentes en otros;
- la forma en que se aplica una determinada versión de la dicotomía depende de los fines para los que se utiliza y del contexto social, económico y cultural en el que se invoca;
- las versiones particulares de la bifurcación son casi siempre controvertidas y discutibles;
- muchas versiones de la dicotomía público/privado producen una tricotomía genuina y explícita,³³ en lugar de una simple dicotomía; y
- todas las versiones presumiblemente también producen una tricotomía implícita, simplemente porque se esconde en el fondo de todas las distinciones ostensiblemente dicotómicas una tercera, “otra” categoría.³⁴

En el ámbito de las ciencias de la cultura, la bifurcación público/privado puede adoptar al menos alguna de las formas señaladas en la Tabla 1.

Tabla 1. Formas que Puede Adoptar la Relación de lo Público con lo Privado

	Público	Privado
1	Abierto a todos	Restringido a algunos
2	Accesible con dinero	Cerrado incluso para los que pueden pagar
3	Relacionado con el Estado; ahora llamado frecuentemente sector público	No estatal, relativo a la sociedad civil; ahora llamado frecuentemente sector privado
4	Político	No político
5	Oficial	No oficial
6	Común	Especial
7	Impersonal	Personal
8	Nacional o popular	Grupo, clase o localidad
9	Internacional o universal	Particular o finito
10	A la vista física de otros	Oculto
11	Fuera de la casa	Doméstico
12	Que circula impreso o por medios electrónicos	Circula oralmente o en forma manuscrita
13	Ampliamente conocido	Conocido por los iniciados
14	Reconocido o explícito	Tácito e implícito
15	El mundo mismo, en la medida en que nos es común a todos y es algo distinto	Relacionado con el individuo, especialmente con la interioridad, la

³³ “Por ejemplo, “público” (el estado), “privado” (el mercado) y “otro” (sociedad civil)”. Ver *ibidem*, p. 57.

³⁴ *Idem*.

	de nuestro espacio de propiedad privada en él	experiencia subjetiva y lo incomunicable
16	Comportamiento discreto o apropiado en el sentido del término en español “pudor”	Genital o sexual
17	Interés general	Interés particular
18	Relación vertical o subordinación	Relación horizontal o de coordinación

Fuente: El cuadro se basó en Warner *op. cit.*, p. 27, sin embargo, se adaptó añadiendo mayores elementos.

Con relación a las formas específicas que la separación público/privado ha adoptado en el ámbito de las ciencias económicas, se tiene la famosa ficción de la mano invisible de Adam Smith. Conforme a la mencionada metáfora, que se refiere a la autoregulación del mercado, se rechaza la intromisión del Estado en el desarrollo del mercado, y en cambio, se defiende que las relaciones económicas del mercado se rijan por el ámbito privado. También dentro del área de la Economía es común distinguir entre bienes públicos y privados a efectos de determinar la proveeduría eficiente de bienes:

En economía, los bienes públicos tienen una definición relativamente clara que se remonta a la introducción del concepto por Samuelson en 1954 y Musgrave en 1959. Los bienes públicos se definen por dos criterios. El primero es la no rivalidad: si una persona consume el bien, esto no excluye a otra persona de consumir el bien también. El segundo criterio es la no exclusión: es imposible proporcionar el bien a una persona (o un conjunto definido de personas) mientras que al mismo tiempo excluye a los demás. Un ejemplo estándar es la luz de un faro. No es rival para el consumo: el hecho de que un barco se beneficie de la luz no priva a otros barcos del consumo. Y su consumo no es excluible: la luz brilla para todos los barcos, incluidos los piratas. Un segundo ejemplo estándar es la defensa nacional: si el ejército de un estado defiende un territorio, entonces cada ciudadano está protegido, y la protección de un ciudadano no disminuye la de otro.³⁵

Con base en la cita anterior, se identifica que los bienes públicos son aquellos que son proporcionados por el Estado, en tanto que los privados, son los que se asignan a través de mecanismos de mercado. No obstante, existe la posibilidad de que ciertos bienes que normalmente proporcionaría el Estado sean ofrecidos por privados “siempre que los beneficios para el creador del bien público superen sus costos”.³⁶ Otra posibilidad es la coacción, de manera que “se obligue a los beneficiarios de los bienes públicos a contribuir a su provisión y mantenimiento”.³⁷ En

³⁵ Ralf Michaels, “International Arbitration as Private or Public Good”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, July 27, 2017), p. 7.

³⁶ William Lucy, Private and Public: Some Banalities About a Platitude en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op. cit.*, p. 73.

³⁷ *Idem.*

cualquiera de los casos, el foco de atención no se centra necesariamente en el proveedor de los bienes.

Otro ejemplo del uso de la división público/privado en el área de la Economía lo constituye la obra de Hirschman, quien analiza el cambio de las preferencias de la actividad orientada hacia lo público y privado desde la perspectiva de un consumidor. El autor analiza el vigor y forma de la decepción del consumidor examinando categorías y características particulares de diversos bienes y servicios. De acuerdo al autor, “cada vez que el progreso económico ha ampliado la disponibilidad de los bienes de consumo para algunos estratos de la sociedad, surgen sentimientos intensos de decepción o de hostilidad hacia la nueva riqueza material”.³⁸ Esta situación da lugar a “un viraje del consumidor-ciudadano decepcionado y hostil hacia la acción pública”.³⁹ Lo mismo ocurre cuando la participación en el foro público es decepcionante, de forma que “el péndulo se moverá en la dirección contraria”.⁴⁰ La tesis de Hirschman es sencilla, “la búsqueda de la felicidad mediante la acumulación de bienes de consumo podría generar diversas clases de decepciones y descontentos, lo que propiciará la participación más activa que antes en acciones públicas o colectivas de diversas clases”.⁴¹ Por otra parte, también puede presentarse un fracaso en las actividades públicas a “causa de sus ambiciones expansionistas intrínsecas”,⁴² es decir, “por tratar de ocupar en las vidas individuales un lugar excesivo en relación con lo que puede tolerarse a largo plazo” de manera que “el ciudadano público castigado vuelve a sus asuntos privados”.⁴³ La conclusión del autor sobre su investigación es la siguiente:

El divorcio de lo privado y lo público como un rasgo característico y un problema, aun una aflicción de la sociedad moderna, es sólo una de varias divisiones de esta clase. Tiene mucho en común, por ejemplo, con la división que se establece entre el trabajo y el amor, una dicotomía advertida originalmente por Freud que recientemente ha sido explorada por un grupo de científicos sociales y psicológicos. [...] Como la división privada-pública, el divorcio existente entre el trabajo y el amor se siente así como algo empobrecedor y estupidizante. Pero como ocurre con todas esas polaridades básicas, es más fácil identificarlas y criticarlas que formular propuestas “constructivas” para superarlas. [...] Pero en lugar de comentar los límites de mi investigación, señalaré su potencialidad para terminar. Al explicar los virajes de la vida privada a la vida pública y a la inversa, la noción de la decepción me ha dotado de un mecanismo crucial. La decepción implica cierta decisión o elección anterior errada; y mi historia es, en cierto sentido, el descubrimiento de grandes errores sucesivos sin ninguna

³⁸ Albert O. Hirschman, *Interés privado y acción pública*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 55.

³⁹ *Ibidem*, p. 72.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 88.

⁴² *Ibidem*, p. 115.

⁴³ *Idem*.

seguridad de que algún día llegaremos a un estado libre de decepciones. Desde este punto de vista, la historia no se basa en el “actor racional” de la teoría económica recibida sino en un personaje mucho menos refinado.⁴⁴

Como era de esperarse, también en el ámbito de la ciencia política la dicotomía público/privado ha estado presente. Hay autores que consideran dicha distinción como “las dos dimensiones fundamentales de la democracia”,⁴⁵ las cuales son necesarias para su existencia al considerar que no se puede imaginar una democracia sin ambas. Dichas dimensiones se manifiestan en la libre autodeterminación de los individuos, así como la fuerza y autoridad de la *res pública*.⁴⁶ Esta visión evoca el uso tradicional de la distinción derivado del surgimiento de los Estado-nación, así como del auge del término soberanía y su complemento para limitarla –la democracia–.

También en el área de estudios feministas la división público/privado ha tenido una importancia especial, al grado que autoras famosas como Carol Pateman han señalado que “la dicotomía entre lo privado y lo público es central para casi dos siglos de escritos feministas y lucha política; es en última instancia de lo que se trata el movimiento feminista”.⁴⁷ Si bien la distinción público/privado se emplea de formas diversas en los debates feministas, “hay dos suposiciones que pueden considerarse como fundamentos comunes:” i) “la dicotomía en sí es criticada ya que implica un orden binario jerárquico, sexualizado y de género” y ii) como ocurre en otras áreas, “se cuestiona la suposición de una clara distinción entre estas esferas”.⁴⁸ Ésta también es la postura adoptada por Charlesworth al abordar la explicación que las feministas académicas han proporcionado para sustentar la dominación del hombre y la voz masculina en todas las áreas de poder y autoridad. La autora afirma que la justificación se basa precisamente en el uso de la división público/privado. Al respecto Charlesworth señala:

El ámbito público del lugar de trabajo, la ley, la economía, la política y la vida intelectual y cultural, donde se ejerce el poder y la autoridad, se considera la provincia natural de los hombres; mientras que el mundo privado del hogar, el hogar y los niños, son vistos como el dominio apropiado de las mujeres. La distinción público/privado tiene una dimensión tanto normativa como descriptiva. Tradicionalmente, a las dos esferas se les asigna un valor asimétrico: se asigna mayor importancia al mundo público masculino, que al privado femenino.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 147-148.

⁴⁵ Maurizio Fioravanti, *Público y Privado*, Los principios fundamentales de la Constitución, trad. Javier Espinoza de los Monteros, México, Porrúa, 2017, p. 1.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Carole Pateman, *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory*, Stanford, California, Stanford University Press, 1990, p. 118.

⁴⁸ Brigitte Bargetz, “The Politics of the Everyday: A Feminist Revision of the Public/Private Frame. Institute for Human Sciences. Disponible en: <http://www.iwm.at/publications/5-junior-visiting-fellows-conferences/vol-xxiv/the-politics-of-the-everyday/>. Última visita el 28 de mayo de 2018.

La distinción entre lo público y lo privado reivindica y hace natural la división del trabajo y la asignación de recompensas entre los sexos. Su reproducción y aceptación en todas las áreas del conocimiento han conferido primacía en el mundo masculino y apoyado el dominio de los hombres.⁴⁹

A pesar de este enfoque crítico sobre el uso de la bifurcación público/privado en el área del feminismo, también existen autoras que defienden la permanencia y utilidad de la separación público/privado con base en los siguientes tres argumentos:

- i) La distinción puede capturar una diferencia que sea significativa para las experiencias de las mujeres”, es decir, se debe reconocer “la existencia de una diferencia cualitativa entre la violencia privada y patrocinada por el Estado”, de este modo, “mantener la distinción puede ser útil para comprender la naturaleza del daño y desarrollar respuestas apropiadas tanto a nivel individual como político.⁵⁰
- ii) La división entre público y privado está implícita dentro de la crítica teórica en sí, la primera crítica, que la dicotomía público/privado restringe indebidamente la acción estatal, pero no la acción privada –es casi siempre un argumento para la mayor regulación de la acción privada considerada dañina. Igualmente, la segunda crítica– que la dicotomía público/privado enfatiza la acción e ignora la inacción, casi siempre es un argumento para el ejercicio del poder público (o la ubicación de una obligación constitucional para actuar) como un freno al poder privado.
- iii) Existen razones prácticas para mantener la bifurcación público/privado en la teorización feminista. Hay buenas razones para creer que las mujeres pueden tener un mayor acceso al poder público que al poder privado. Dado que las mujeres son la mayoría de la población, en una democracia que funcione bien, cabría esperar que los intereses de las mujeres se reflejen bien en el proceso legislativo.⁵¹

Independientemente de lo convincente de los argumentos, ellos dan muestra de la relevancia que ha merecido la distinción objeto de estudio en otras áreas sociales. Asimismo, es de hacer notar que en el área de la sociología el análisis sobre la pertinencia de lo público y lo privado igualmente ha tenido importancia. Específicamente, por lo que hace a estudios relacionados con el género y la

⁴⁹ Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, and Shelley Wright, “Feminist Approaches to International Law”, *American Journal of International Law* 85, no. 4 (October 1991), p. 626.

⁵⁰ Tracy Higgins, “Reviving the Public/Private Distinction in Feminist Theorizing Symposium on Unfinished Feminist Business”, *75 Chicago-Kent Law Review*, 847, (January 1, 1999), pp. 862-863.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 861-865.

sexualidad en el marco del proceso de la supuesta dispersión de lo público en detrimento de lo privado. Tal como lo señala el crítico literario y teórico social Michael Warner en su colección de ensayos “Público, Públicos y Contrapúblicos”:

La literatura crítica sobre lo público y lo privado es inmensa, pero muy pocas veces le hace justicia a la fuerza visceral que la distinción tiene [...]. Con frecuencia da la impresión de que lo público y lo privado son categorías abstractas para pensar respecto a la ley, la política y la economía. Y es que lo son. Pero su poder, como han tenido que insistir el feminismo y la teoría homosexual, va mucho más a fondo. La primera educación que recibe un niño en relación con la vergüenza, la conducta pública y la limpieza en una iniciación al significado predominante de lo público y lo privado, como cuando él o ella identifican sus “partes privadas” o reciben entrenamiento para ir al baño. [...] La ropa es un lenguaje de lo público que abraza al cuerpo en lo que se siente como la propia privacidad del mismo. [...] En el caso del género lo público y lo privado no son sólo reglas formales sobre cómo deben comportarse los hombres y las mujeres. Están cargadas de significados de masculinidad y feminidad. La masculinidad, al menos en las culturas occidentales se siente en parte en una manera de ocupar el espacio público; la feminidad es un lenguaje de sentimiento privado. [...] En el caso de la sexualidad, asimismo, no todas las sexualidades son públicas o privadas de la misma forma. Las personas del mismo sexo que se besan, se abrazan o se llevan de la mano a la vista del público suelen despertar un disgusto que llega incluso al punto de la violencia, mientras que las personas de sexos diferentes que hacen las mismas cosas son invisiblemente normales y hasta aplaudidas.⁵²

La cita anterior demuestra perfectamente los diversos contextos en los que la distinción público/privado puede entenderse en áreas distintas al Derecho, tal como la Sociología. Incluso dentro de esta ciencia, el uso de la bifurcación puede implicar en sí mismo diversos ámbitos de estudio, a saber, la sexualidad y estudios de género. En la siguiente sección, se aborda la relevancia de la distinción público/privado dentro del ámbito jurídico.

1.4. Utilidad e importancia de la bifurcación público/privado en el Derecho

Cualquier esfuerzo por clasificar las versiones de la separación público/privado como general o específica no es exhaustiva,⁵³ porque como se señaló anteriormente, no hay algo así como una dicotomía “público/privado”, sino varias.⁵⁴ En el área jurídica, la bifurcación público/privado puede ser utilizada con objetivos descriptivos, normativos o bien como categorías analíticas.⁵⁵ En cualquier caso, algunas formas comunes en las que la distinción se ha empleado son las siguientes:

- Distinción general en el Derecho entre derecho público y privado.

⁵² Warner, *op.cit.*, pp. 19-21.

⁵³ William Lucy, *Private and Public: Some Banalities About a Platitude* en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁴ Stone, *op. cit.*, p. 1442.

⁵⁵ Warner. *op.cit.*, p. 25.

- Otra forma de distinguir entre lo público y lo privado es contrastar asuntos de interés general con asuntos de interés individual. Esta disociación es explicada por la teoría del interés en juego, según la cual, “la naturaleza, privada o pública, de un precepto o conjunto de preceptos, depende de la índole del interés que garanticen o protejan”.⁵⁶
- La distinción también se aplica para referir a lo público concebido como el reino del Estado, por un lado, y lo privado entendido como el ámbito que va más allá o se encuentra libre del Estado, por el otro.
- Otra versión de la distinción entre público y privado se afirma que está implícita en muchos sistemas jurídicos. La distinción es entre el ámbito público de la política, el derecho y el mercado, por un lado, y el ámbito privado de la familia, el hogar y la intimidad, por el otro.⁵⁷

Todos los casos referidos tienen al menos un aspecto motivo de crítica. Respecto del primero,⁵⁸ aunque se pretenda dividir al Derecho entre público y privado, en estricto rigor, todo el derecho es público porque es el Estado quien garantiza la efectividad de aquellas materias pertenecientes al derecho privado. Por ejemplo, el derecho de los contratos, el cual no podría tener existencia propia sin la presencia de mecanismos coercitivos que hicieran cumplir los compromisos adquiridos entre partes privadas. Además, la distinción casi nunca es concluyente tratándose de su aplicación por parte de jueces y juristas que apoyan sus decisiones en casos en los que se plantea una cuestión de carácter público/privado.⁵⁹

Con relación al uso de la distinción en términos del interés en juego, basta señalar que “lo que marca la línea entre un grupo suficientemente “público” e insuficiente no es inmediatamente

⁵⁶ Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, edición 63, México, Porrúa, 2013, p. 132.

⁵⁷ William Lucy, Private and Public: Some Banalities About a Platitude en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op. cit.*, pp. 63-78.

⁵⁸ El uso de la bifurcación público/privado en el derecho mismo ha sido incesantemente objeto de crítica. Para una crítica sobre su empleo en el derecho común inglés (“*common law*”), ver Carol Harlow, “‘Public’ and ‘Private’ Law: Definition Without Distinction”, *The Modern Law Review* 43, no. 3 (May 1, 1980): 241–265; Michel Rosenfeld, “Rethinking the Boundaries between Public Law and Private Law for the Twenty First Century: An Introduction”, *International Journal of Constitutional Law* 11, no. 1 (January 1, 2013): 125–128; Alain Supiot, “The Public–private Relation in the Context of Today’s Refeudalization”, *International Journal of Constitutional Law* 11, no. 1 (January 1, 2013): 129-145.

⁵⁹ William Lucy, Private and Public: Some Banalities About a Platitude en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op. cit.*, p. 65.

obvio”, en todo caso, se trata una cuestión de juicio que corresponde determinar a los tribunales de forma nada fácil.⁶⁰

Por lo que hace al uso de la bifurcación para distinguir entre los aspectos pertenecientes al Estado de los que no, la crítica deriva de la dificultad de alcanzar una respuesta bivalente a la pregunta ¿se trata de una conducta, acto, práctica o institución pública o privada? Lo anterior debido a que el dominio del Estado es tan maleable, sujeto a extensión, contracción y poca claridad.⁶¹

Finalmente, con relación al empleo de la división para distinguir entre aspectos pertenecientes a la política y al derecho *vis-à-vis* la familia y el hogar, se debe tener en cuenta que “el ámbito de lo privado no debe considerarse automáticamente como una zona libre de leyes y, cuando lo es, que la valoración que conlleva tal juicio siempre debe hacerse explícita”.⁶² De otra forma, se corren peligros de abusos en el uso de la ley.

Aunado a los usos antes referidos dentro del ámbito jurídico, habría que destacar lo señalado por Norberto Bobbio con relación a la concurrencia de otros conceptos al utilizar la bifurcación público/privado. Justamente, de acuerdo a dicho autor, la importancia de la dicotomía público/privado respecto de sus funciones conceptual, clasificatoria y axiológica⁶³ se pone de manifiesto en que con ésta convergen otras dicotomías recurrentes en las ciencias sociales que la complementan o la subrogan.⁶⁴

- *Sociedad de iguales y sociedad de desiguales*. Esta dicotomía hace referencia a dos tipos de relaciones sociales, la primera caracterizada por relaciones de coordinación, entre las que se encuentran la familia, y la segunda representada por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, es decir, el Estado.
- *Ley y contrato*. La distinción entre ambos instrumentos jurídicos se refiere a la fuente de donde se origina cada uno de ellos. Como es bien sabido, la ley tiene su origen en un acto legislativo del Estado, en tanto que, el contrato, deriva de la voluntad de los

⁶⁰ *Ibidem*, p. 69.

⁶¹ *Ibidem*, p. 75.

⁶² *Ibidem*, pp. 79-80.

⁶³ Por lo que hace al valor axiológico de la distinción, Norberto Bobbio nota la relación que históricamente han guardado respecto de la primacía de cada una en diversas épocas. Así, en diversas épocas el derecho privado tenía mayor relevancia con sus instituciones principales como la familia, la propiedad, el contrato y los testamentos. En contrapartida, la supremacía de lo público se ha manifestado con la concepción liberal del Estado y la relevancia del interés colectivo sobre el individual. Ver Bobbio, *op. cit.*, pp. 27-30.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 51.

particulares. De esta distinción, también se deriva la de derecho natural y derecho positivo, entendiendo al primero como aquél que se da en el estado de naturaleza, donde los individuos regulan sus relaciones sin que exista un poder público. En contrapartida, el derecho positivo es el que deriva del Estado.

- *Justicia conmutativa y justicia distributiva*. La primera se refiere a un intercambio de igual valor que se da entre las partes, en tanto que, la segunda implica un intercambio según criterios que pueden cambiar y en los que se inspira la autoridad pública, es decir, un intercambio entre el todo y las partes.

A estas dicotomías habría que añadir las siguientes:

- *Actum gestionis y actum imperii*. Ambos términos se refieren a un acto o comportamiento, sin embargo, el primero implica un acto privado, “un acto del tipo ejecutable por ciudadanos privados”.⁶⁵ En contrapartida, el segundo término alude a un acto del soberano, es decir, un acto del Estado que manifiesta su poder como soberano; un acto público”.⁶⁶
- *Actum iure gestionis y Actum iure imperii*. Ambos términos son similares a los dos anteriores, sin embargo, en este caso se añade el término *iure*, lo cual implica que el primero alude a una ley o conducta de derecho de comportamiento, es decir, “un acto del tipo ejecutable por ciudadanos privados, que bajo una teoría restrictiva de la inmunidad soberana puede dar lugar a una causa de acción en un tribunal extranjero, incluso si se lleva a cabo por un soberano”.⁶⁷ Por lo que hace al segundo de los términos, éste se refiere a una ley o conducta de derecho soberano, a saber, “un acto

⁶⁵ Por ejemplo, “[e]l uso de un automóvil en el tráfico ordinario pertenecía a la esfera del derecho privado, de modo que se trataba de un acto *gestionis* y no de un acto *imperii*”. Paul Abel, *State Immunity*, 11 Int'l & Comp. L.Q. 840, 841 (1962), p. 841. Cfr. *Actum imperii*. Aaron Xavier Fellmeth and Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 13.

⁶⁶ Verbigracia, “se considera un acto *imperii* si el órgano del Estado y la otra parte no se encuentran en el mismo nivel [porque la otra parte es una persona privada]”. Paul Abel, *op. cit.*, p. 841. Cfr. *Actum gestionis* Aaron Xavier Fellmeth and Maurice Horwitz, *op. cit.*, p.13-14.

⁶⁷ “El concepto original de inmunidad absoluta [estatal], basada en el Estado ... ha sido reemplazado por el de inmunidad restrictiva; dentro de este último se hizo una distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, pero la inmunidad se concede únicamente para el primero. Sin embargo, el significado de estas dos nociones no está tallado en piedra; está sujeto a una interpretación continuamente cambiante que varía con el tiempo y refleja las cambiantes prioridades de la sociedad”. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijimans y Buergenthal*, I.C.J. Reports 2002, pp. 84-85, párrafo 72. Cfr. *actum iure imperii*. Ver también *iure gestionis e iure gestionis*”. Ver Aaron Xavier Fellmeth and Maurice Horwitz, *op. cit.*, p. 15.

del tipo que solo un soberano puede emprender, que generalmente no puede dar lugar a una causa de acción en un tribunal extranjero bajo los principios de inmunidad soberana extranjera.⁶⁸

De ambas distinciones se deriva otra dicotomía, actos soberanos y actos comerciales, que se refieren precisamente o quedarían incluidos dentro de ambas bifurcaciones antes mencionadas. De este modo, es común que dentro del ámbito jurídico la distinción público/privado se utilice para hacer referencia a alguna de las acepciones antes señaladas. Sin embargo, es de hacer notar el uso de la bifurcación para efectos dispositivos o normativos. Así, que su aplicación constituya una regla de la cual se desprendan consecuencias jurídicas, puede no coincidir o incluso ser completamente opuesta a las formas descriptivas ya referidas. Lo anterior es así porque “a veces lo público y lo privado compiten, a veces se complementan y otras son meramente partes de una serie más grande de clasificaciones que incluye digamos lo local, lo doméstico, lo personal, lo político, lo económico y lo íntimo”.⁶⁹ En este sentido, la siguiente conclusión relativa al uso de la distinción público/privado en el ámbito de la sociología también resulta aplicable *mutatis mutandis* para el ámbito jurídico:

Lo público y lo privado no siempre son tan simples como para poder codificarlos en un mapa con colores diferentes –rosa para lo privado y azul para lo público–. Los términos también describen contextos sociales, tipos de sentimientos y géneros del lenguaje. De manera que aunque lo público y lo privado parecen oponerse tan claramente que su violación es capaz de producir un intenso sentimiento de repugnancia, los términos tienen muchos significados diferentes que suelen pasar inadvertidos.⁷⁰

En todo caso, tal como se abordará en la sección subsecuente, muchas de las formas comunes en las que se ha empleado el binomio público/privado coinciden con el uso que en el DIP en general se ha dado. Esta situación revela la importancia de haber examinado los contextos generales del uso de la dicotomía en el Derecho, a fin de analizar si en el ámbito del DIP se desprenden usos distintos o especiales de ambas categorías.

1.5. Aplicabilidad de la dicotomía público/privado en el Derecho Internacional Público

⁶⁸ Cfr. *actum imperii*. Consulte el ejemplo de uso bajo y contraste con *Actum iure gestionis*. Ver también *iure imperii, De iure imperii, y Par en paremnon habet imperium*”. Ver Aaron Xavier Fellmeth and Maurice Horwitz, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁹ Warner, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 24.

Si bien “desde la segunda mitad del siglo XIX se ha dedicado una gran cantidad de esfuerzos académicos en proporcionar una exposición exhaustiva del derecho público como un conjunto de reglas que establecen y regulan el funcionamiento de las instituciones del gobierno”,⁷¹ – incluyendo dentro de esta categoría al DIP–, dicha categorización en la actualidad no tiene cabida. Efectivamente, ese proceder resulta cuestionable considerando la revolución que han implicado los fenómenos de la globalización y la privatización del Derecho. En este sentido, los actores tradicionales del DIP, principalmente los Estados, han cedido paso a otros actores relevantes como organizaciones internacionales, empresas e incluso individuos, quienes en algunos ámbitos gozan de pleno *ius standi* y derechos autónomos frente a los Estados.⁷² Tal como lo explica Buergenthal:

La globalización y la privatización pueden realizarse efectivamente solo dentro de una infraestructura legal consistente en una amalgama de diferentes leyes e instituciones nacionales e internacionales en las cuales las distinciones académicas entre el derecho internacional público y privado pierden gradualmente su significado. Nos guste o no, la privatización y la globalización están transformando el papel y el carácter del derecho internacional y, con él, la función de los mecanismos internacionales de resolución de disputas.⁷³

También al referirse al derecho aplicable en el marco de los arbitrajes CIADI y otros arbitrajes similares, Buergenthal nota el rol importante que juega en la solución de las diferencias el DIP, el Derecho Internacional Privado y el derecho nacional. Según el autor, esta situación demuestra que la distinción público/privado del DIP se ha tornado menos importante:

Lo que se tiene aquí es confirmación en cierta medida de la tesis, que está ganando apoyo entre los abogados internacionales, de que la tradicional línea divisoria entre derecho internacional público y privado, incluido el derecho comercial y económico internacional, se está volviendo cada vez menos pronunciada y relevante. Éste es el resultado, por supuesto, del hecho de que los tratados y convenciones bilaterales y multilaterales se ocupan cada vez más de temas que regulan y facilitan la conducta transfronteriza privada y las relaciones comerciales transnacionales de todo tipo.⁷⁴

Por lo tanto, la separación entre DIP y Derecho Internacional Privado sólo debería servir a efectos de clasificación conceptual pero no dispositivos, donde la relevancia de utilizar la bifurcación debe evaluarse caso por caso evitando formular conclusiones generales que conduzcan a contradicciones en otros casos.

⁷¹ Martin Loughlin, The Nature of Public Law en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op. cit.*, p. 11.

⁷² Ver *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 15 de enero de 2008, párrafos 162-163.

⁷³ Thomas Buergenthal, “Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?”, *Leiden Journal of International Law* 14, no. 2 (June 2001), p. 270.

⁷⁴ *Ibidem*, 271.

1.5.1 El derecho sobre la responsabilidad internacional y la utilización de la dicotomía público/privado

Por lo que hace al ámbito del derecho sobre la responsabilidad internacional –cuyos antecedentes se remontan a las comisiones de reparación–, el uso de la bifurcación entre lo público y privado era frecuente para calificar la conducta del Estado a efectos de fincar responsabilidad internacional.⁷⁵ Este proceder se desprende en la siguiente cita:

El punto principal de esta reclamación es determinar la participación y responsabilidad de las autoridades mexicanas en el deterioro y pérdida casi total de las locomotoras, mientras que éstas se encontraban en posesión del Cesionario de la quiebra, Leal Isla, quien, a su vez, las había entregado a Familiar, Superintendente de los Ferrocarriles Nacionales en Monterrey. Es evidente, por supuesto, que el último tenía a cargo el cuidado y conservación de las locomotoras. La evidencia presentada por la Agencia mexicana demuestra que Leal las entregó a Familiar “en su capacidad de Superintendente”. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si Familiar podía realizar ese acto en representación de Ferrocarriles Nacionales. Un Superintendente es un agente, por lo tanto, no puede obligar a su principal (en este caso Ferrocarriles Nacionales, y a través de ellos al gobierno mexicano) excepto dentro del ámbito de su agencia. No se ha demostrado que un Superintendente de los Ferrocarriles pueda recibir como depósito un material rodante perteneciente a particulares, bajo la responsabilidad de los Ferrocarriles. Un superintendente tiene generalmente solamente deberes administrativos relativos al tráfico de los trenes. Nadie puede creer que un Superintendente pueda tener poderes universales, especialmente fuera de los asuntos que conciernen al movimiento de trenes. La conclusión resultante es que Familiar recibió el depósito de las locomotoras en su capacidad privada y no en su carácter oficial, no pudiendo, por tanto, obligar a México con sus actos u omisiones particulares.

Leal Isla también era un funcionario de los Ferrocarriles (abogado consultor), y el mismo problema surge con respecto a él. El gobierno mexicano alega que un abogado consultor no tiene más obligaciones que resolver las cuestiones jurídicas que se le presentan; que, por lo demás, puede ejercer libremente su profesión como cualquier otro abogado. *Parece, pues, que Leal participó en el procedimiento de quiebra como una simple persona privada y no como funcionario, razón por la cual sus actos a este respecto no implican la responsabilidad de México.*⁷⁶ (Énfasis añadido)

⁷⁵ “También se cita en el escrito mexicano a una opinión emitida por el Árbitro Lieber, en la que evidentemente se da un efecto a la bien reconocida regla del derecho internacional de que un Gobierno no es responsable de actos maliciosos de soldados cometidos en su capacidad privada. En repetidas ocasiones se han emitido laudos por actos ilícitos de soldados que actúan bajo el mando de un oficial. Pero no consideramos que la participación de los soldados en el asesinato de Anganguo pueda considerarse como actos de soldados cometidos a título privado cuando es evidente que en el momento de la comisión de estos actos los hombres estaban de servicio en virtud de la presencia y supervisión inmediata de un oficial al mando. Los soldados que infligen lesiones personales o cometen destrucciones o saqueos voluntarios actúan siempre en desobediencia a algunas reglas establecidas por la autoridad superior”. *Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States*, November 23, 1926, *ibidem*, p. 116, párrafo 14.

⁷⁶ *H. G. Venable (U.S.A.) v. United Mexican States*, July 8, 1927, Concurring opinion of Fernández MacGregor *ibidem*, pp. 256-7, párrafos 14-15.

Cabe destacar que, en algunos casos, la bifurcación se ha empleado para referirse a los actos del Estado, identificando las conductas como públicas cuando se ejercen con carácter soberano, en contraposición a conductas privadas o de carácter comercial. De hecho, también se suele utilizar de forma indistinta los conceptos *iure imperii* e *iure gestionis* para encapsular la distinción público/privado respectivamente. Por ejemplo, la Comisión de Reclamaciones Generales México – EE. UU. señaló en su análisis de competencia respecto de reclamaciones contractuales que, únicamente podía conocer de: “[r]eclamaciones entre un ciudadano de un país y el gobierno de otro país actuando en su *capacidad pública* [y] en su *capacidad civil*”.⁷⁷

1.5.2 Entre la unidad y la fragmentación

La fragmentación del DIP “deriva de la diversidad del derecho internacional tanto en el ámbito sustantivo como en el procedimental”.⁷⁸ Esta situación se pone de manifiesto con la proliferación de tribunales y cortes que implica una mayor posibilidad de dar lugar a distinta normativa. En consecuencia, ello puede ir en contra de la coherencia o unidad del DIP, implicando su fragmentación. El fenómeno no es nuevo, de hecho, la crítica al sistema se basa precisamente en que “el derecho internacional siempre ha carecido de una jerarquía normativa e institucional clara”.⁷⁹

El problema con dicho fenómeno radica en cómo los nuevos tribunales, cortes e instituciones “han utilizado el derecho internacional para promover nuevos intereses, especialmente aquellos que no predominan en el derecho tradicional”.⁸⁰ En este sentido, la fragmentación del DIP ha merecido un ámbito de estudio muy fértil entre los académicos y estudiosos de la materia, quienes han dedicado un gran esfuerzo en la producción de investigaciones.⁸¹

⁷⁷ *Illinois Central Railroad Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, March 31, 1926, en United Nations, Reports of International Arbitral Awards, General Claims Commission (Convention of September 8, 1923), (United Mexican States, United States of America), Volume IV, p. 23.

⁷⁸ Joost Pauwelyn, “Fragmentation of International Law”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford Public International Law. Disponible en: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406>. Última visita el 27 de mayo de 2018.

⁷⁹ Martti Koskeniemi and Päivi Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law* 15, no. 3 (September 2002), p. 553.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ “El tema de la “fragmentación” ha sido objeto de mucha atención académica en la última década, aunque el fenómeno se ha observado durante mucho tiempo”. Ver Margaret A. Young, “Fragmentation - International Law”. Oxford Bibliographies. Disponible en: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0113.xml>. Última visita el 27 de mayo de 2018.

Sin pretender entrar al fondo del tema en esta disertación, basta hacer referencia al trabajo presidido por Martti Koskenniemi en el marco de la Comisión de Derecho Internacional: “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”,⁸² quien da cuenta de los llamados regímenes autónomos (“*self-contained regimes*”) para referirse a nuevos y especiales tipos de derecho que implican “ramas especiales del derecho internacional con sus propios principios, instituciones y teología”.⁸³ Aunque el surgimiento de dichas áreas de especialización ha dado lugar a la aparición de expertos que dominan dichas ramas, la deseabilidad de dicha situación se dejara de lado,⁸⁴ evitando emitir juicios de valor sobre los pros y contras de este fenómeno.

Evidentemente, no se puede hacer caso omiso a la existencia y actualidad del fenómeno de la fragmentación del DIP. Por ello, en esta investigación se aborda someramente la utilización de la dicotomía público/privado dentro de distintos regímenes autónomos a fin de dar cuenta sobre la forma y contextos en los que esa herramienta ha sido empleada.⁸⁵

1.5.1.1. El derecho sobre la protección diplomática y el uso de la distinción público/privado

El binomio público/privado se ha presentado en el ámbito de la protección diplomática, régimen considerado como antecedente directo del DII.⁸⁶ Precisamente, en el marco de la Comisión de Reclamaciones Generales entre México y EE. UU., los comisionados hicieron uso de la bifurcación al caracterizar la protección diplomática como un derecho de carácter público. Por consiguiente,

⁸² Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, *op. cit.*

⁸³ En dicho apartado tomamos la acepción en el sentido de considerar “Ramas especiales del derecho internacional con sus propios principios, instituciones y teología”. *Ibidem*, p. 252.

⁸⁴ Para un análisis más completo sobre el rol que juegan los expertos del derecho en el ámbito internacional, ver David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 2018.

⁸⁵ Para un análisis sobre la interacción del DII con otras áreas del Derecho Internacional, ver Freya Baetens, “No Law Is an Island, Entire of Itself - How International Investment Law Interacts with Other Fields of Public International Law”, en *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*, Editado por Freya Baetens, New York, Cambridge University Press, 2013.

⁸⁶ De acuerdo a Pauwelyn, el DII como materia “continúa oscilando entre los regímenes de protección diplomática, arbitraje comercial, derecho de la propiedad, derecho comercial, derecho conflictual e incluso derechos humanos, todos los cuales son regímenes vecinos y a veces se traslapan y con los cuales el derecho internacional de las inversiones comparte raíces comunes”. Joost Pauwelyn, “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, en Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E. Viñuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 15.

esta situación significó tildar dicho derecho como irrenunciable, en contraste con los derechos privados que pueden ser susceptibles de renuncia:

“Un ciudadano puede ceder o renunciar a cualquier derecho privado o reclamación que posea; no puede renunciar al derecho o privilegio de este Gobierno. No es sólo el derecho y el privilegio, sino el deber del Gobierno proteger a sus ciudadanos en el extranjero y velar por que la dignidad de este Gobierno no sufra daños a través de la violencia o ultraje a los ciudadanos. Tomemos el caso de un acto que puede ser a la vez un agravio (“*tort*”) y un delito. Es una doctrina familiar que la parte afectada puede renunciar al agravio; no puede renunciar al delito. *La razón es que puede renunciar a un derecho o privilegio que posee en su capacidad privada; no puede renunciar al derecho del público ni al interés del público, porque no es el agente de lo público para tales fines*”.⁸⁷ (Énfasis añadido)

1.5.1.2. El derecho internacional de los derechos humanos y el empleo de la bifurcación público/privado

El binomio público/privado también tiene relevancia en el derecho internacional de los derechos humanos, área en la que la bifurcación entre actos públicos y actos privados ha sido severamente criticada debido a que presuponía que lo privado estaba fuera del ámbito de protección:

El concepto de esfera privada libre de la interferencia gubernamental ha significado que los temas de violación marital, abuso infantil, mutilación genital femenina no fueran vistos como parte del debate de los derechos humanos, y que el tratar con esos temas implicaba invadir la privacidad de alguien. *Estos problemas se han visto agravados por la noción de dividir el derecho en público/privado. Muchos sistemas legales han girado en torno de la idea de que el derecho (incluyendo la protección de derechos humanos) debe regular temas concernientes a las autoridades gubernamentales, mientras que el derecho privado regula controversias entre entidades privadas que no están conectadas al Estado o autoridades locales. Por implicación, a veces se dice que los asuntos privados no son competencia de las autoridades públicas. De acuerdo a esta línea argumentativa, los problemas relativos a la dignidad humana en su esfera privada no pueden, por lo tanto, ser subsanados a través de la intervención del Estado o el recurso a la legislación de los derechos humanos.*⁸⁸ (Énfasis añadido)

Al respecto, algunos autores afirman que se trata de una distinción que está implícita dentro de muchos sistemas legales y que funciona como un principio de estructura general que se invoca como una herramienta crítica que ilustra la inequidad de género.⁸⁹ La razón de la indecisión de la ley para intervenir en contextos domésticos o del hogar en distintas áreas es, en parte, la idea de

⁸⁷ *International Fisheries Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, July — , 1931, Dissenting Opinion, Nielsen, en United Nations, *Reports of International Arbitral Awards, General Claims Commission (Convention of September 8, 1923), (United Mexican States, United States of America)*, Volumen IV, p. 738.

⁸⁸ Andrew Clapham, *Human Rights: A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 112.

⁸⁹ William Lucy , *Private and Public: Some Banalities About a Platitude* en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op. cit.*, p. 77.

que estos ámbitos son esencialmente privados y, por lo tanto, están fuera del alcance de la ley.⁹⁰ Este es el caso de la ley de EE. UU., que “con frecuencia define la privacidad como una zona de no interferencia trazada en torno de la casa”, de modo que dicha asociación es tan fuerte, “que a veces los tribunales se negaron a reconocer el derecho a la privacidad en otros espacios”.⁹¹ En contraposición a esta fórmula, el alcance de la ley debería ser resuelto de una forma abierta interpretando la ley “a la luz del lenguaje, el contexto cultural y el sentido común cotidiano de la sociedad en la que se encuentran”.⁹²

La dicotomía objeto de estudio también es empleada con relación a la protección de los derechos humanos respecto de las funciones desempeñadas por el gobierno. Por ejemplo, ¿en qué medida el Estado es responsable de velar por la protección de derechos humanos cuando ciertas funciones que normalmente recaían en su esfera de actuar, *i.e.* el manejo de prisiones y centros de inmigrantes, son transferidas y realizadas por empresas con fines de lucro? Así, la Ley de Derechos Humanos de 1998 de Inglaterra (“*HRA*”) que da efecto en su derecho nacional a la Convención Europea de Derechos Humanos, establece que es ilegal para una autoridad pública actuar de manera incompatible con un derecho de la Convención. La referencia a la expresión “autoridad pública” ha presentado el inconveniente de determinar el significado de ese término. Lo anterior debido a la ausencia de una definición en la ley, lo cual, resulta extraño si se considera que ese vocablo es relevante dado que los derechos contenidos en la *HRA* son directamente ejecutables únicamente en contra de una autoridad pública. Esta situación condujo a la siguiente solución:

El efecto de la sección 6 es crear dos categorías de autoridad pública. La primera comprende las autoridades públicas “principales” o “puras”, como los departamentos gubernamentales, las autoridades locales, la policía y las fuerzas armadas: todas sus acciones deben ser compatibles con los derechos humanos. La segunda categoría contiene organismos “híbridos” que realizan una mezcla de funciones públicas y privadas. De acuerdo con la sección 6(3)(b), “autoridad pública” incluye ... “cualquier persona cuyas funciones son funciones de carácter público”. El propósito de esta sección era incluir las funciones públicas ejercidas por los organismos híbridos dentro de la definición de autoridad pública, al tiempo que se excluyen los actos de naturaleza privada. De esta forma, el alcance de la *HRA* se extendería para incluir otros órganos además de las autoridades centrales tradicionales, por referencia al concepto de “función pública”, independientemente de la fuente de la facultad del proveedor.⁹³

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ Warner, *op. cit.*, p. 24.

⁹² William Lucy, Private and Public: Some Banalities About a Platitude en Amhlaigh, Michelon, and Walker, *op. cit.*, p. 78.

⁹³ Stephanie Palmer, “Public Functions and Private Services: A Gap in Human Rights Protection”, *International Journal of Constitutional Law* 6, no. 3–4 (July 1, 2008), pp. 587-588.

De este modo, se demuestra que el uso de la división público/privado dentro de algunas ramas del DIP ha presentado más problemas que soluciones. Justamente, en un afán por distinguir entre el ámbito de lo público y privado se han formulado diferentes versiones de la distinción bajo los denominados enfoques institucional y funcional. Lo anterior a efectos de determinar si la conducta o decisión que se sujeta a revisión judicial está cubierta por la aplicación de la *HRA* y/o se encuentra en el ámbito del derecho de la Unión Europea.⁹⁴ Conforme a dicha formulación, el enfoque institucional busca resolver la cuestión del carácter público mediante la pregunta ¿es el organismo o agente parte del gobierno?, en tanto que, el enfoque funcional intenta dar respuesta a la cuestión ¿es la conducta, proceso, o decisión realizada normalmente por el gobierno? Ambos exámenes legales han sido criticados porque, al igual que como ocurre en otras áreas del Derecho, su uso puede ser impreciso. En efecto, cada enfoque puede resultar en las mismas respuestas en algunos casos, sin embargo –estos son los menos–, es más común alcanzar conclusiones diferentes en un mismo caso. Por lo tanto, se demuestra que “hay más de una distinción público/privado en juego”,⁹⁵ y que su uso no siempre es necesario o útil.

Por otra parte, también en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos existen ciertas disposiciones en materia de respeto a la vida privada en las que el binomio público/privado también se ha presentado.⁹⁶ Por ejemplo, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.⁹⁷

⁹⁴ William Lucy, *Private and Public: Some Banalities About a Platitude* en *op. cit.*, p. 76.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Ver artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950, así como el artículo 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, de 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁹⁷ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, de 7 al 22 de noviembre de 1969. Ver también el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950, que señala:

ARTÍCULO 8

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los

Al respecto, Bertoni y Zelada han señalado que la Corte Interamericana ha interpretado dicha disposición con relación a tres aspectos de la vida privada: 1) vida privada e inviolabilidad del domicilio; 2) vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones; y 3) vida privada y sexualidad.⁹⁸ De este modo, por lo que hace al primero de los enfoques relativo a la vida privada y la inviolabilidad del domicilio, la Corte Interamericana ha señalado:

*La protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y la familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar.*⁹⁹ (Énfasis añadido)

Con relación a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, la Corte Interamericana ha establecido:

La fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que *el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada.*¹⁰⁰ (Énfasis añadido)

Finalmente, respecto de la vida privada y la sexualidad, la Corte Interamericana ha declarado lo siguiente:

el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. La Corte considera que la violación sexual de [...] vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener

demás.

⁹⁸ En todo el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto del artículo 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), resaltan el enfoque que adopta la Corte al referir a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para apoyar su razonamiento con relación a la disposición espejo objeto de análisis, a saber, el artículo 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Ver Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad, en Christian Steiner y Patricia Uribe, Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, p. 272-284.

⁹⁹ Corte IDH. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párrafo 95.

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párrafo 115.

relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.¹⁰¹ (Énfasis añadido)

Como se desprende de la jurisprudencia antes referida, en todas ellas se hace una distinción implícita entre el ámbito privado en contraposición a la esfera pública. Asimismo, destaca que el razonamiento de la Corte busca dar una mayor protección y evitar limitar el derecho a la vida privada que, aunque corresponden a una esfera personal, requiere de un resguardo público por parte del Estado. La interpretación referida en el ámbito de la vida privada y la sexualidad se ha calificado como “innovadora” porque podría dar lugar a que el párrafo 2 del artículo 11 garantice el rechazo no sólo de “las normas que penalizan o patologizan la sexualidad diversa –por ejemplo, la conducta homosexual o la transgeneridad– sino que además garantiza el respeto de las expresiones públicas de afecto de las personas al margen de su orientación sexual e identidad de género”.¹⁰² Es decir, la aplicación (implícita) de la dicotomía público/privado en el ámbito del derecho a la vida privada ha resultado en una herramienta interpretativa que garantiza una protección más amplia de dicho derecho.

1.5.1.3. La división público/privado en el derecho internacional de las inmunidades

La separación entre actos públicos/privados también se extiende al área del derecho de las inmunidades. Particularmente, en el caso de la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero, en contraposición a la inmunidad personal que sólo disfrutaban determinados altos funcionarios como jefes de Estado y ministros de relaciones exteriores. A este respecto, resulta ejemplificativa la explicación de Douglas al exponer uno de los enfoques erróneos que se ha adoptado al analizar la inmunidad del Estado con relación a los actos de sus funcionarios:

El ministro de relaciones exteriores goza de inmunidad respecto de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, a fin de asegurar que no exista un impedimento al ejercicio de las funciones de dicho cargo, por lo que se considera esencial para el ejercicio efectivo de las relaciones internacionales. Esta es una inmunidad personal que se concede al ministro de relaciones exteriores por el derecho internacional consuetudinario. Pero cuando se trata de evaluar la posición del principal asesor del ministro de relaciones exteriores (o al propio ministro después de dejar el cargo), *la inmunidad en cuestión sólo puede ser la inmunidad del*

¹⁰¹ Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129, y Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafo 119.

¹⁰² Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad, en Christian Steiner y Patricia Uribe, Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, p. 283.

Estado como entidad corporativa y el análisis legal debe ser capaz de distinguir entre los actos que están cubiertos por la inmunidad del Estado y los que no lo están. Por lo tanto, el análisis no puede centrarse únicamente en el estatus del cargo del individuo.

[...]

Una relación jurídica entre el funcionario estatal y el Estado por sí sola no puede ser suficiente y esa es la esencia del enfoque falaz bajo consideración. *A modo de ejemplo, si un funcionario estatal extranjero es demandado en el tribunal del Estado foro por la contraparte de un contrato celebrado por el funcionario estatal extranjero con carácter privado, entonces el hecho de que el funcionario estatal esté en el empleo del Estado extranjero no puede constituir una justificación para que el Estado extranjero pueda reclamar inmunidad de los procedimientos.* Esta conclusión no tiene nada que ver con lo que se conoce como “excepción comercial” a la inmunidad del Estado extranjero. El contrato en cuestión no es un contrato estatal; es el contrato de un particular. La inmunidad del Estado no se compromete porque no tiene interés legal en el objeto del procedimiento.

[...]

La relación jurídica investigada debe centrarse en los actos del funcionario estatal y no en el estatuto del funcionario estatal *per se*.¹⁰³ (Énfasis añadido)

Como se desprende de la cita anterior, en el caso de la inmunidad estatal no es suficiente enfocarse en el estatus del agente como empleado del Estado, sino que hay que indagar la naturaleza del acto. Esto es así porque no todos los actos entran en el ámbito de protección de la inmunidad, incluyendo aquellos de carácter privado.

Por otro lado, la bifurcación público/privado también se utiliza en el ámbito de las inmunidades de un Estado extranjero, pero con relación a la inmunidad de ejecución. En este sentido, a efectos de determinar qué bienes son susceptibles de ser ejecutados, se distingue entre propiedades utilizadas con fines comerciales *vis-à-vis* los bienes empleados para realizar funciones gubernamentales. Al respecto, instrumentos como la Convención de New York¹⁰⁴ juegan un papel importante ya que dicho “mecanismo de ejecución puede ser invocado por y en contra de Estados y partes privadas”.¹⁰⁵ Este punto resulta relevante para el caso de los laudos derivados de arbitrajes en materia de inversiones, tales como los del CIADI, donde la ejecución juega un papel importante en los procedimientos, y en los que la legislación sobre la inmunidad estatal ha sido objeto de modificaciones:

Pero ciertos cambios en el derecho de inmunidad de ejecución ahora hacen posible la ejecución de un laudo del CIADI en contra de un Estado.

¹⁰³ Zachary Douglas, “State Immunity for the Acts of State Officials”, *British Yearbook of International Law* 82, no. 1 (January 1, 2012): 281–348.

¹⁰⁴ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 19 de junio de 1958. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html. Última visita el 7 de marzo de 2019.

¹⁰⁵ Buergenthal, *op. cit.*, p. 271.

[...]

El criterio más aceptado para la inmunidad de ejecución es el uso de los bienes que van a ser objeto de ejecución. Las leyes nacionales relativas a la inmunidad de los Estados (véase el párrafo 14 *supra*) distinguen entre propiedad comercial y no comercial. *En principio, las medidas de ejecución son permisibles en lo que se refiere a la propiedad comercial, pero no en lo que respecta a las propiedades que sirven a fines gubernamentales.* Pero las normas exactas relativas a la aplicación de este principio y la distinción entre los dos tipos de propiedad no son en modo alguno uniformes.

[...]

La difícil tarea de caracterizar los bienes como pertenecientes a una categoría u otra lleva a cuestiones de carga de la prueba que se abordan en algunas leyes nacionales, pero en otras no.¹⁰⁶ (Énfasis añadido, se omiten citas)

Aunque la distinción de los bienes en comerciales/soberanos tiene por objeto facilitar la aplicación del derecho y determinar el patrimonio del Estado susceptible de ser ejecutado, su utilidad se ve reducida cuando la disociación creada resulta meramente superficial o aparente y difícilmente adaptable a la realidad. Tal como lo reconoce Schreuer, la categorización de los bienes genera mayores problemas que se deben resolver mediante la elaboración y aplicación de otros instrumentos jurídicos como el de la carga de la prueba. La misma problemática se presenta cuando se intenta implementar por analogía determinadas categorías jurídicas que son ajenas o independientes entre sí. Esta situación se ha presentado con relación al enfoque adoptado en el ámbito de la inmunidad jurisdiccional del Estado, en el cual, se han empleado algunos elementos del derecho de la responsabilidad estatal a fin de determinar si un Estado tiene derecho a invocar inmunidad de jurisdicción. De acuerdo a dicho enfoque, “si un acto de un funcionario estatal extranjero es imputable al Estado extranjero, de tal manera que sería responsable de éste en el plano internacional, entonces el Estado extranjero tiene derecho a hacer valer la inmunidad respecto de los procedimientos en el Estado foro con base en el mismo acto si el funcionario estatal extranjero es demandado individualmente”.¹⁰⁷ A pesar de lo anterior, el razonamiento en el que se basa dicha línea de argumentación resulta incorrecto y de hecho conduce a conclusiones erróneas:

No hay una base de principios para insistir en una simetría entre el derecho sobre la responsabilidad del Estado y el derecho sobre la inmunidad del Estado con respecto a las consecuencias legales que se atribuyen a los mismos actos y tal simetría no se refleja en muchas situaciones concretas. *Por ejemplo, en el caso de una reclamación por incumplimiento de un contrato comercial contra el Estado extranjero, el Estado extranjero no goza de inmunidad respecto a la jurisdicción del Estado foro.* No obstante, a los efectos de las reglas de atribución,

¹⁰⁶ Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 1157-1159.

¹⁰⁷ Douglas, *op. cit.*, p. 293.

“la celebración o el incumplimiento de un contrato por un órgano del Estado constituye, [...], un acto del Estado a los efectos del artículo 4 [atribución]”.¹⁰⁸ (Énfasis añadido)

Al igual que con la crítica antes referida de Douglas sobre el uso de la figura de “atribución” – perteneciente al derecho sobre la responsabilidad del Estado–, en el derecho sobre la inmunidad; el objeto del presente trabajo es determinar si la distinción público/privado utilizado en el DII resulta útil y, en su caso, en qué áreas o aspectos del análisis interpretativo en el que se emplea.

1.5.1.4. La separación público/privado en el derecho de la OMC

Debe reconocerse que en el marco del derecho de la OMC “se requiere abordar la distinción entre lo público y lo privado de forma constante debido a que éste regula a una clase de actor (público) pero se enfoca en resultados de otros actores (privados)”.¹⁰⁹ Precisamente, la OMC regula el comportamiento de los Miembros (principalmente Estados) directamente, aunque dichas reglas no aplican a los actores privados que constituyen la mayoría de comerciantes”.¹¹⁰ En este sentido, y dentro del ámbito de solución de diferencias, dicha distinción se ha presentado para determinar qué conductas son objeto de ser impugnadas por un Miembro. Al respecto, el Órgano de Apelación ha clarificado el alcance del término medida señalando que: “en principio, todo acto u omisión atribuible a un Miembro de la OMC puede ser una medida de ese Miembro a efectos del procedimiento de solución de diferencias”.¹¹¹ También se ha aclarado que si bien, sólo las conductas de los Miembros son susceptibles de ser impugnadas en el marco del mecanismo de solución de diferencias de la OMC –dado que los Acuerdos de la OMC únicamente obligan a los Estados Partes (Miembros) y no a las partes privadas–, se ha reconocido que las conductas o acciones de entes privados también pueden ser impugnadas.¹¹² En efecto, en *Japón – Películas*, el Grupo Especial señaló inicialmente que los Acuerdos sobre la OMC no obligaban a particulares:

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Gregory Messenger, “The Public–private Distinction at the World Trade Organization: Fundamental Challenges to Determining the Meaning of ‘public Body,’” *International Journal of Constitutional Law* 15, no. 1 (January 1, 2017), p. 61.

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes del Japón*, WT/DS244/AB/R, adoptado el 9 de enero de 2004.

¹¹² Para un mayor análisis sobre el tipo de medidas susceptibles de ser impugnadas en la OMC ver Peter Van Den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 4th Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 163-171.

Del hecho de que el Acuerdo sobre la OMC es un Acuerdo Internacional, que sólo obliga directamente a los gobiernos nacionales y los territorios aduaneros distintos, se desprende que el término medida utilizado en el párrafo 1 b) del artículo XXIII y en el párrafo 1 del artículo 26 del ESD, así como en otros artículos del Acuerdo sobre la OMC, se refiere exclusivamente a las políticas o actos de los gobiernos y no de los particulares.¹¹³

A pesar de lo señalado en la cita anterior, existen conductas privadas que pueden ser objeto de impugnación, es decir, el análisis se extiende más allá de determinar si una conducta o acto fue realizada por un Miembro o una parte privada. En palabras del Grupo Especial en *Japón – Películas*, se debe analizar el “grado en que acciones que a primera vista parecen acciones de particulares pueden ser imputables al gobierno por razón de la conexión del gobierno con esas acciones o el apoyo prestado a ellas”.¹¹⁴ Así, la labor para determinar si la conducta de un privado puede ser objeto de impugnación –calificar como medida– en el sistema de solución de controversias de la OMC, consiste en examinar si existe cierto involucramiento del gobierno. Este ejercicio requiere un análisis caso por caso, tal como el propio Grupo Especial en *Japón – Películas* lo reconoció:

[...] asuntos sustanciados anteriormente en el GATT demuestran que el hecho de que una determinada acción sea realizada por particulares no excluye la posibilidad de que pueda considerarse una medida gubernamental si hay una intervención suficiente del gobierno en ella. No obstante, es difícil establecer reglas claras al respecto, por lo que esa posibilidad habrá de ser examinada caso por caso.¹¹⁵

Otro ejemplo donde la separación público/privado tiene relevancia dentro del marco de la OMC es en el Acuerdo SMC. En éste, la medida controvertida debe calificar como subsidio conforme a la definición del artículo 1 para sujetarse a las obligaciones del Acuerdo SMC. La parte pertinente de dicho artículo establece:

1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:
a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominado en el presente Acuerdo “gobierno”), es decir:
[...]

El Órgano de Apelación ha interpretado el alcance de los términos organismo público de la siguiente forma:

¹¹³ Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, WT/DS44/R, adoptado el 22 de abril de 1998, párrafo 10.52.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, párrafo 10.56.

Al determinar si una entidad específica es o no un organismo público puede ser pertinente examinar “la cuestión de si las funciones o el comportamiento son de un tipo que se considera habitualmente gubernamental en el ordenamiento jurídico del Miembro de que se trate”. [...] la clasificación y las funciones de las entidades de los Miembros de la OMC en general también pueden estar relacionadas con la cuestión de saber qué características presentan normalmente los organismos públicos.¹¹⁶

De este modo, una entidad será un organismo público para los efectos del Acuerdo SMC si realiza funciones gubernamentales, en contraposición a la ejecución de funciones comerciales o de otra índole. De hecho, “no es probable que la existencia de meros vínculos formales entre una entidad y el gobierno en sentido estricto sea suficiente para establecer la requerida existencia de posesión de facultades gubernamentales”.¹¹⁷ Sin embargo, tampoco se requiere que la entidad tenga poderes de regulación, control o de supervisión:

Aunque determinadas entidades con respecto a las cuales se ha constatado que constituyen organismos públicos pueden poseer facultades regulatorias, no vemos por qué una entidad tendría que poseer necesariamente esa característica para que se constate que está dotada de facultades gubernamentales o que ejerce una función gubernamental y por lo tanto constituye un organismo público.¹¹⁸

La interpretación anterior ha sido severamente criticada por dejar sin resolver de forma clara el alcance de lo que constituye un organismo público. Efectivamente, al hacer referencia al ejercicio de “autoridad gubernamental”, el Órgano de Apelación equiparó el término organismo público con el de gobierno, es decir, limitó el alcance de la disposición a pesar de que el Acuerdo SMC pretendía ir más allá al incluir no sólo al “gobierno” sino también a un “organismo público”.¹¹⁹ Tal como lo señala Pauwelyn, “ahora nos dejaron con lo que puede resultar ser un estándar muy poco claro y subjetivo de “autoridad o función gubernamental”: ¿cuándo una entidad tiene autoridad gubernamental?, ¿qué es una función gubernamental?”.¹²⁰ Esta situación expone la dificultad de aplicar la distinción público/privado en el sentido de caracterizar dentro del primer término las

¹¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias sobre determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India*, WT/DS436/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2014, párrafo 4.9.

¹¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011, párrafo 318.

¹¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias sobre determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India*, WT/DS436/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2014, párrafo 4.17.

¹¹⁹ Joost Pauwelyn, “Treaty Interpretation or Activism? Comment on the AB Report on United States – ADs and CVDs on Certain Products from China”, *World Trade Review* 12, no. 2 (April 2013), p. 235.

¹²⁰ *Idem*.

funciones que realiza el gobierno y, por exclusión, dentro del segundo las demás funciones, incluidas las comerciales.

Finalmente, también en el contexto del Acuerdo OTC se hace referencia a instituciones no gubernamentales –por exclusión a instituciones públicas–, para aludir a una “institución que no sea del gobierno central ni institución pública local, con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico”.¹²¹ Es decir, también aquí se hace la distinción entre instituciones públicas y no públicas o gubernamentales, *i.e.*, privadas.

En otras disposiciones de los Acuerdos de la OMC, en particular, relativas a transparencia se pone énfasis en que “ningún Miembro estará obligado a revelar informaciones cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otra manera contraria al interés público o pueda lesionar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas”.¹²²

Con lo anterior se pone de manifiesto que el uso del binomio público/privado también está presente de forma recurrente en el área del derecho de la OMC.

1.5.3 La bifurcación público/privado en el derecho internacional de las inversiones

Independientemente del análisis minucioso que se realizará en el Capítulo II, en esta sección se mostrarán algunas situaciones de cómo dentro del área del DII también se ha presentado la distinción público/privado. Por ejemplo, el tribunal arbitral en el caso *SGS c. Paquistán* recurrió a la distinción entre actos *iure imperii* e *iure gestionis* para determinar la existencia de una inversión protegida por el tratado. La disputa se ventiló al amparo del *TBI Suiza – Paquistán* y versó sobre si un contrato celebrado entre *SGS* y el gobierno de Paquistán –relativo a la inspección previa de las mercancías que se exportaban al país–, era susceptible de ser considerado una inversión protegida. La Demandada objetó la competencia del Tribunal argumentando que el contrato no

¹²¹ Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Anexo 1, párrafo 8. Ver Organización Mundial del Comercio. Portada/Documentos/Textos Jurídicos/Obstáculos técnicos. Acuerdo de la Ronda Uruguay. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt_s.htm. Última visita el 15 de marzo de 2019.

¹²² Artículo X del GATT de 1994; artículo 6, párrafo 3 del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio; artículo 2, párrafo 10 del Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición; artículo 1, párrafo 11 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación; artículo 12, párrafo 11 del Acuerdo sobre Salvaguardias; Artículo III bis del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y artículo 63, párrafo 4 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Ver Organización Mundial del Comercio. Portada/Documentos/Textos Jurídicos. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm. Última vista el 17 de marzo de 2019.

calificaba como inversión protegida ya que *SGS* no había realizado una inversión en el territorio de Paquistán. El Tribunal rechazó dicha objeción señalando que “aunque los gastos [realizados por *SGS*] podrían ser relativamente pequeños”, consistentes en “establecer y operar oficinas de enlace en Paquistán”, “éstos implicaron la inyección de fondos en el territorio de Paquistán”.¹²³ Para reforzar su conclusión el tribunal refirió las siguientes declaraciones de la Demandada:

[...] el Gobierno del Paquistán describió explícitamente las funciones delegadas a *SGS* como de carácter *jure imperii*:

Este vínculo con la soberanía del Estado de Paquistán parece más estricto si se recuerda que la actividad de *SGS* tenía por objeto aumentar los ingresos aduaneros del Estado. Al hacer esto, *SGS* no realizó una simple actividad comercial por cuenta del Estado de Paquistán; tuvo que aumentar los ingresos financieros del Estado [...]

Al concluir el contrato de 29 de septiembre de 1994, el Estado de Paquistán actuó *jure imperii*.

En consecuencia, sostenemos que los gastos efectuados por *SGS* con arreglo al Acuerdo de Inspección Previa (“*PSI*”) constituían una inversión en el sentido del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) y que el Acuerdo *PSI* equivalía a “una concesión de derecho público” que se ajustaba a la definición de inversión del TBI.¹²⁴ (Énfasis en el original)

A pesar de la alusión que el Tribunal hace al carácter *iure imperii* de las facultades delegadas al inversionista, así como de la actuación *iure imperii* del Estado, ésta se encuentra fuera de lugar. En efecto, para los propósitos de la definición de inversión es irrelevante que el Estado o el inversionista realicen actos soberanos o comerciales. Precisamente, esa es la crítica formulada por Douglas quien para reforzar su desaprobación lo ilustra en los siguientes términos:

Aunque es poco probable que ocurra en la práctica, supongamos que Paquistán ha delegado parte de sus servicios consulares empleando a una empresa privada en un tercer país para tramitar visas para viajar a Paquistán. Ésta es sin duda una delegación de una función *jure imperii*, pero el compromiso de recursos de la empresa privada en el tercer estado difícilmente podría satisfacer la exigencia territorial de una inversión en Paquistán.¹²⁵

Otro ejemplo en el área del DII donde se ha utilizado la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* es el relativo al del incumplimiento de un contrato. En este sentido, existe tribunales que distinguen entre la violación de un contrato a través de un acto comercial por parte del Estado y una violación a través del uso de sus poderes soberanos. Desde este punto de vista, “se llega a la conclusión de que una violación mediante el uso del poder soberano equivaldría a una violación de

¹²³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003, párrafos 136-137.

¹²⁴ *Ibidem*, párrafos 139-140.

¹²⁵ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 196.

las normas internacionales”.¹²⁶ Por ejemplo, en *Impregilo c. Paquistán* el Tribunal arbitral tuvo que determinar si las reclamaciones planteada por el inversionista –que consistían principalmente en el incumplimiento de dos contratos celebrados con la Autoridad de Desarrollo de Agua y Energía de Paquistán para la construcción de una planta de energía hidroeléctrica–, era susceptible de ser analizada al amparo del *TBI Italia – Paquistán*. Lo anterior, considerando que dicha reclamación (incumplimiento del contrato) se superponía con las reclamaciones de violaciones al tratado. A pesar de que el Tribunal ya había determinado que no tenía jurisdicción sobre las reclamaciones del contrato –debido a que el Estado de Paquistán no fue parte del mismo–,¹²⁷ éste señaló lo siguiente:

De hecho, el Estado o su emanación, puede haberse comportado como una parte contratante ordinaria que tiene un diferente enfoque, de hecho, o de derecho, con el inversionista. *Para que la supuesta violación del contrato pueda constituir una violación del Tratado Bilateral de Inversión (TBI), ésta debe ser el resultado de un comportamiento que vaya más allá de lo que una parte contratante ordinaria podría adoptar. Sólo el Estado, en el ejercicio de su autoridad soberana (“puissance publique”), y no como parte contratante, puede incumplir las obligaciones asumidas bajo el TBI.* En otras palabras, el tratado de protección de la inversión sólo proporciona un remedio al inversionista cuando el inversionista demuestre que los presuntos daños y perjuicios fueron consecuencia del comportamiento del Estado huésped en incumplimiento de las obligaciones que había asumido en virtud del tratado.¹²⁸ (Énfasis añadido)

A pesar de que la declaración anterior se realizó en el contexto del análisis de la trasposición de reclamaciones contractuales y reclamaciones de tratado, ésta parecería superflua. Precisamente, resulta cuestionable equiparar el incumplimiento de un contrato con la violación de un tratado en los casos en los que el “comportamiento va más allá de lo que *una parte contratante* ordinaria podría adoptar”, cuando ya se había determinado previamente que el Estado no era parte de dicho contrato. Es decir, carecía de fundamento señalar la posibilidad de violar el TBI mediante el incumplimiento del contrato, cuando el Estado no era ni siquiera parte del mismo. Además, también era irrelevante hacer la distinción entre actos soberanos y comerciales, señalando que los primeros eran susceptibles de dar lugar a una violación del TBI.

Sin perjuicio del análisis más detenido que se hará en el Capítulo II, un tribunal primero tiene que determinar si es competente para conocer del caso antes de pronunciarse sobre si el

¹²⁶ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 14.

¹²⁷ *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, párrafo 198.

¹²⁸ *Ibidem*, párrafo 216.

incumplimiento de un contrato puede dar lugar a una violación de un TBI. Justamente, un tribunal debería establecer en primer lugar si el contrato prevé algún elemento que lo dote de competencia, por ejemplo, que contenga una cláusula arbitral que permita dirimir la controversia mediante arbitraje como el previsto en el CIADI. También es posible que el tribunal sea competente si el tratado incluye los derechos contractuales dentro de la definición de inversión protegida (competencia *ratione materiae*). Por supuesto, esto es sin perjuicio de satisfacer los demás criterios de competencia (*ratione personae, temporis y loci*). Otra posibilidad para que el tribunal se declare competente es que el TBI prevea una cláusula paraguas que le permita considerar el contrato como un compromiso que el Estado se obligó a cumplir.¹²⁹ En cualquier caso, si el tribunal no es competente *ab initio*, es irrelevante distinguir si los actos fueron en ejercicio de su autoridad soberana o no. Además, el hecho de caracterizar la actuación del Estado como soberana, no implicaría que el incumplimiento de un contrato daría lugar *ipso facto* a la responsabilidad internacional. Precisamente, dicha situación no sería suficiente para elevar una controversia contractual a una disputa internacional en la que el Estado incurra en responsabilidad internacional.¹³⁰ Al respecto, otros tribunales han coincidido en la irrelevancia de la distinción *iure imperii e iure gestiones*, por ejemplo, en el caso *Noble Ventures c. Rumania* el Tribunal señaló:

En cuanto al argumento de la Demandada en el sentido de que hay que distinguir entre atribución de conducta gubernamental y conducta comercial, esta última no siendo atribuible, hay que decir lo siguiente. La distinción juega un papel importante en el campo de la inmunidad soberana cuando se trata de saber si un Estado puede reclamar inmunidad ante los tribunales de otro Estado. Sin embargo, *en el contexto de la responsabilidad, es difícil entender por qué los actos comerciales, llamados acta iure gestionis, por definición no deberían ser atribuibles mientras que los actos gubernamentales, llamados acta iure imperii, deberían ser atribuibles. El proyecto de la CDI no mantiene ni apoya tal distinción.* Aparte del hecho de que no hay razón por la cual no se debe considerar que los actos comerciales son en principio también atribuibles, es difícil definir si un acto particular es gubernamental. Existe un amplio consenso en el derecho internacional, como se expresa en particular en las discusiones en la CDI sobre la atribución, de que no existe en el derecho internacional un entendimiento común de lo que constituye un acto gubernamental o público. De lo contrario, no habría necesidad de normas específicas como las enunciadas por la CDI en su proyecto de artículos, según las cuales, en principio, se requiere un cierto vínculo fáctico entre el Estado y el actor para atribuir al Estado los actos de ese actor.¹³¹ (Énfasis añadido)

¹²⁹ En sentido contrario: “[u]na vez más, el contrato que ordinariamente está sujeto a las leyes del Estado huésped se internacionaliza efectivamente [...]. Esto se deriva de la inclusión de derechos contractuales dentro de la definición de inversión extranjera y no de la llamada cláusula paraguas, cuyo efecto es controversial”. Sornarajah, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁰ “Hay autoridad [Stephen M. Schwebel] para la opinión de que una violación contractual hecha a través del ejercicio del poder soberano implica responsabilidad estatal”. *Idem*.

¹³¹ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, párrafo 82.

Cabe destacar que el caso antes referido también involucró el incumplimiento de una serie de contratos, los cuales, versaban sobre la adquisición, manejo y operación de una fábrica de acero entre la empresa estadounidense Noble y una institución rumana de interés público, creada dentro del proceso de privatización en dicho país. En dicho caso, el Tribunal consideró que era competente para conocer del incumplimiento del contrato con base en la cláusula paraguas. Sin embargo, rechazó el argumento concerniente a la distinción entre actos gubernamentales y comerciales al considerar que no tenían justificación en los trabajos de la CDI. Efectivamente, en los comentarios a los Artículos de la CDI, se indicó lo siguiente sobre la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*:

A los efectos de atribución no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda clasificarse como “comercial” o como “*acta iure gestionis*”. Naturalmente, el incumplimiento de un contrato por un Estado no entraña de por sí un quebrantamiento del derecho internacional. Se requiere algo más para que el derecho internacional se aplique, como por ejemplo la denegación de justicia por los tribunales del Estado en una acción entablada por la otra parte contratante. Pero la celebración o el incumplimiento de un contrato por un órgano del Estado constituye, no obstante, un hecho del Estado a los efectos del artículo 4, y en determinadas circunstancias puede constituir un hecho internacionalmente ilícito.¹³²

A pesar de la clara postura que se refleja en el marco de la CDI, la distinción entre el actuar soberano y comercial del Estado sigue realizándose no sólo en el ámbito de responsabilidad internacional tal como se analizó *supra*, sino también en otras áreas del DIP como en el DII, donde el razonamiento jurídico ha sido divergente. Dichas discrepancias se abordarán en los capítulos subsecuentes.

1.6. El ocaso de la distinción público/privado

Conforme a lo señalado *supra*, históricamente el uso de la distinción público/privado se remonta por lo menos a la época de los antiguos griegos. No obstante, la dicotomía se popularizó con el nacimiento de los Estado-nación en los siglos XVI y XVII. Desde entonces, y con el creciente auge del concepto de soberanía, se buscó limitar el poder de los gobernantes estableciendo un área donde su intervención estaba restringida, a saber, el ámbito de lo privado. En el área jurídica todavía es común que los estudiantes en formación académica continúen aprendiendo a distinguir entre el derecho público y el derecho privado. El primero conformado por el derecho constitucional,

¹³² James Crawford y Luis Fonseca, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, Texto y Comentarios*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 134.

administrativo y penal, en tanto que, el segundo principalmente compuesto por el derecho civil, en particular el derecho de los contratos. La referida distinción no es privativa de la tradición romano-canónica, pues también resulta aplicable en el área del *common law*, aunque con una mayor reticencia. Por ejemplo, “la distinción actual en la ley inglesa podría ser simplemente un accidente histórico en lugar de un medio valioso y bien fundado para distinguir el derecho privado y el derecho público”.¹³³ En efecto, la evolución reciente de la distinción procedimental entre derecho público y privado en Gran Bretaña, no parece tener raíces en su tradición jurídica ni en la normativa o conceptos de derecho sustantivo. Más bien parece tratarse de una mera suplantación de una idea de la tradición romano-canónica.¹³⁴ De este modo, la utilidad de la dicotomía y sus embates puede rastrearse a por lo menos la misma época en la que surgió.

A lo largo de los años, se han dedicado diversos simposios y trabajos que abordan la relevancia de la bifurcación público/privado. En este sentido, destaca la reunión realizado en la década de los ochenta en EE. UU.,¹³⁵ que se distinguió por la participación de grandes académicos como Duncan Kennedy, quien particularmente criticó la relevancia del uso de la dicotomía en el Derecho. Estos mismos esfuerzos por abordar la utilidad del binomio continúan teniendo eco en el ámbito académico, *i.e.*, en pleno siglo XXI, académicos celebraron otro congreso para “repensar las fronteras entre el derecho público y el derecho privado” precisamente a la luz del siglo en curso.¹³⁶ Lo anterior demuestra el sempiterno debate que la separación público/privado ha traído aparejada.

En EE. UU., a principios del siglo XX, la división público/privado fue objeto de ataques, particularmente por parte de los teóricos del realismo legal que argumentaban que debido a que los derechos privados se hacían cumplir por el Estado, deberían conceptualizarse como delegaciones de poder público a individuos privados.¹³⁷ Por otra parte, en el plano internacional, a finales del siglo XX, con el resurgimiento del individualismo, los derechos humanos en el ámbito legal,

¹³³ William Lucy and Alexander Williams, “Public and Private : Neither Deep nor Meaningful?”, en Kit Barker and Darryn Jensen *Private Law : Key Encounters with Public Law.*, New York, Cambridge University Press, 2013), p. 71.

¹³⁴ Ver J. W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, New York, Oxford University Press, 2000.

¹³⁵ Ver University of Pennsylvania Law School. Legal Scholarship Repository. Home/Penn Law Journals/Penn Law Review/Vol. 130 (1981-1982)/Iss.6 (1982). Articles. Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol130/iss6/. Última vista el 6 de marzo de 2019.

¹³⁶ Ver Oxford Academic. International Journal of Constitutional Law. Volume 11, Issue 1, January 2013. Disponible en: <https://academic.oup.com/icon/issue/11/1>. Última vista el 6 de marzo de 2019.

¹³⁷ William Dodge, “The Public-Private Distinction in the Conflict of Laws”, *Duke Journal of Comparative & International Law* 18, no. 2 (April 1, 2008), p. 371.

algunos autores describían el rechazo de utilizar la distinción público/privado como “un síntoma del colapso de una creencia en un ámbito claramente distintivo público que está por encima del interés personal privado”.¹³⁸

Recientemente, las críticas sobre la utilización radican entre otras cosas, en el hecho de que, derivado del proceso de globalización, la distinción comienza a disolverse ya que se torna más complicado distinguir aquellas áreas privativas del gobierno en las que ahora particulares tienen injerencia. La misma situación se presenta en sentido inverso, *i.e.*, en los rubros en los que ciertos aspectos personales antiguamente se consideraban privados, y donde ahora el Estado comienza a tener mayor participación. La siguiente explicación da cuenta del sentido de dicha crítica:

Sin embargo, tras un examen más detenido basado en el examen de la trayectoria legal real asociada con la combinación entre globalización y privatización, se hace evidente que las concepciones tradicionales del nexo entre el derecho público y el privado se enfrentan a nuevos obstáculos. Esto es quizás más obvio en relación con el eje vertical que figura como la columna vertebral de los regímenes de derecho público. A medida que se pasa del Estado nacional tradicional a un orden jurídico transnacional como el establecido por la UE y otros a uno global como el que emite la ONU, las confrontaciones y fracturas a lo largo del eje vertical parecen inevitables. Éstas se encuentran claramente ilustradas por la resistencia de los tribunales constitucionales de los Estados miembros de la UE contra la implantación de la supremacía de la legislación o la reglamentación de la UE, lo que se refleja en la negativa del Tribunal de Justicia de que la UE esté obligada por las normas legales de las Naciones Unidas diseñadas para su implementación global.¹³⁹

Este hecho, que implica un incesante crecimiento del orden privado y la regulación transnacional se ha traducido en una mayor expansión a costa de los actores públicos que participan en su instrumentalización. Al respecto, resultan ilustrativos los casos de la regulación de los deportes, el internet y la propiedad cultural donde existe una participación gubernamental y de entidades privadas.¹⁴⁰ Esta situación de aparente hibridación que domina el ámbito jurídico global, ha significado afirmar la irrelevancia de distinguir entre el carácter público y privado de un régimen legal, el estatus legal de los actores en la relación jurídica o el interés que está en juego, tal como acontece en el ámbito nacional.¹⁴¹

¹³⁸ Morton Horwitz, “History of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (June 1, 1982), p. 1427.

¹³⁹ Rosenfeld, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁰ Ver Lorenzo Casini, “‘Down the Rabbit-Hole’: The Projection of the Public/Private Distinction beyond the State”, *International Journal of Constitutional Law* 12, no. 2 (April 1, 2014), pp. 402-428.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 407-409.

Todo parece indicar que la bifurcación público/privado adquiere momentos de auge y de críticas en diversas etapas de la historia. Lo anterior se explica por el transcurso del tiempo que trae consigo cambios en la sociedad misma. Este fenómeno se describe con particular claridad por Alain Supiot al explicar el significado de la “refeudalización del derecho”:

Las categorías dogmáticas del pasado no encajan perfectamente en una historia lineal, sino que constituyen una reserva de sentido que siempre puede resurgir y producir nuevos efectos normativos. Como es el caso de cualquier sistema basado en dogma, la ley no puede situarse en un continuo de tiempo cronológico, sino que tiene lugar en un marco de tiempo secuencial en el que cualquier nueva ley repite un discurso fundador y genera nuevos efectos cognitivos. Es por eso que las viejas categorías de pensamiento pueden adoptar nuevas formas, por ejemplo, el concepto de ciudadanía, que reaparece regularmente, desde la República ateniense hasta el Tratado de Maastricht de la ciudadanía europea a través de la ciudadanía en la ley romana o la Revolución Francesa.¹⁴²

De este modo, el apogeo y la decadencia por la que atraviesa la separación público/privado parece también evocar al péndulo por el que transitan los argumentos jurídicos en el DIP de acuerdo a Koskenniemi, del polo de la apología al de la utopía.¹⁴³ El presente trabajo da cuenta de ello. En éste se describe precisamente cómo en un área del DIP relativamente nueva, como lo es el DII, el uso de la distinción ha aparecido y el sentido en el que se está desarrollando. Sin pretender agotar el tema en esta sección, consideramos que la crítica del uso de la división público/privado siempre ha estado presente en diversos momentos de la historia, sin embargo, también es de reconocerse que continúa siendo objeto de un uso extendido y generalizado no sólo en el ámbito legal. Por lo tanto, el hecho de que se sigan realizando trabajos académicos que someten a ataques la utilización de la distinción público/privado, como el presente, pone de manifiesto que el ocaso de la distinción significa más bien un renacimiento continuo que confirma el auge y esplendor que vive la dicotomía público/privado.

1.7. Conclusión sobre la génesis, desarrollo y uso de la dicotomía público/privado en las ciencias de la cultura y en el ámbito jurídico

Aunque los orígenes de la distinción público/privado se remonta a la época de las ciudades-Estado griegas, su uso ha evolucionado con el transcurso del tiempo tal como lo demuestra la sociedad romana y la influencia de dicha dicotomía en el derecho. Si bien la distinción ha adquirido mayor

¹⁴² Supiot, *op. cit.*, pp. 138-139.

¹⁴³ Ver Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, New York, Cambridge University Press, 2006.

o menor importancia de acuerdo a las necesidades propias de la sociedad, por ejemplo, en la época feudal su uso desapareció atendiendo a la estructura misma del feudo, hoy por hoy el uso de la dicotomía sigue teniendo la misma o incluso mayor fuerza que cuando la tuvo en la época de los glosadores y postglosadores quienes se interesaron nuevamente en el estudio del derecho romano, y con ello en el empleo de la separación público/privado. En este sentido, la distinción se ha propagado a otras materias en el ámbito de las ciencias de la cultura guardando tintes o características jurídicas, lo cual, es entendible si se considera que su origen es jurídico-político.

Debido a la actualidad y recurrencia en el uso de la bifurcación público/privado dentro del DII, resulta oportuno evaluar la forma, contexto y pertinencia de su empleo teniendo en cuenta la relevancia de la materia ante la ola creciente de popularidad que le ha merecido el constante y creciente número de casos. Por lo tanto, en los capítulos posteriores se analiza el uso de la distinción como herramienta interpretativa de las disposiciones tanto sustantivas y procedimentales que se invocan en el marco de las diferencias inversionista-Estado.

CAPÍTULO II
LA DISTINCIÓN PÚBLICO/PRIVADO
EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

El éxito de una distinción jurídica tiene dos facetas. En primer lugar, debe ser posible hacer la distinción: [...]. En segundo lugar, la distinción debe marcar una diferencia: una distinción sin diferencia es un fracaso, incluso si es posible que todos estén de acuerdo en cómo hacerla. Hacer una diferencia significa que parece claro que las situaciones deben ser tratadas de manera diferente dependiendo de la categoría de la distinción en la que se encuentren.

Duncan Kennedy, *Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 1982.

2.1 Introducción

Este capítulo aborda en primer lugar la naturaleza jurídica del arbitraje en materia de inversiones (Subsección 2.2). El objetivo es constatar que cualquier construcción jurídica, analogía o “solución que sea trasladada de un área a otra”,¹ depende precisamente de la caracterización legal de la institución de que se trate. Si bien la distinción entre lo público y lo privado es, o podría ser útil y deseable en algunos contextos dentro del área del DII, no necesariamente lo será en algunos otros. Esto no significa que dicha situación conduzca a abusos como parte de una estrategia jurídica que implique la manipulación de la distinción a fin de colocarse en uno u otro polo. Más bien lo contrario, lo que se busca es dar certidumbre y coherencia respecto de los aspectos donde la distinción resulta aplicable y funcional, según se describe en la cita con la que inicia el Capítulo II. Por ello, resulta importante tener en cuenta la naturaleza jurídica del arbitraje inversionista-Estado, el cual, constituye un tipo particular de arbitraje.

El caracterizar o describir de una forma u otra al arbitraje en materia de inversiones puede tener implicaciones y consecuencias de carácter jurídico, por ejemplo, aplicar principios generales

¹ Dicha advertencia es señalada por Schreuer respecto de las diferencias entre el DII y el derecho comercial internacional. Ver Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 28-43. A manera de ejemplo, las interpretaciones del principio de trato nacional en el marco del área comercial (OMC) no necesariamente se ajustan a las realizadas en materia del DII. Ver Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn, “Non-discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, *The American Journal of International Law* 102, no. 1 (2008), pp. 48-89.

de derecho público o privado según la visión que se tenga del sistema.² Por lo tanto, y tal como lo ha señalado Álvarez, “las discusiones acerca de la naturaleza “pública” del régimen internacional de inversión o de solución de diferencias inversionista-Estado en particular, no son ejercicios puramente académicos”.³

Posterior al análisis de la naturaleza jurídica del arbitraje de inversión, en la Subsección 2.3 se da cuenta de los laudos de los tribunales donde resulta habitual encontrar la diferenciación público/privado dentro de sus análisis interpretativos. Ello con el fin de estudiar el razonamiento esgrimido y determinar la relevancia de dicha distinción. El orden que se sigue es el que un tribunal arbitral aplicaría en caso de examinar una controversia, a saber, el análisis de jurisdicción,⁴ la evaluación de las disposiciones sustantivas invocadas, así como la determinación de responsabilidad internacional. También se abordan cuestiones relativas a la ejecución del laudo.

En la Subsección 2.4 se exponen las conclusiones del Capítulo II.

2.2 Naturaleza del arbitraje en materia de inversiones

El arbitraje como método pacífico de solución de controversias en el que interviene un tercero imparcial,⁵ es un mecanismo cuya utilización no es privativa de los Estados.⁶ En efecto, si bien los arbitrajes entre Estados son ampliamente conocidos, es de reconocerse que ha sido en el ámbito

² Ver por ejemplo Gus Van Harten, “Judicial Supervision of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?”, *Arbitration International* 21, no. 4 (December 1, 2005): 493–508 y José E. Alvarez, “Is Investor-State Arbitration ‘Public’?”, *Journal of International Dispute Settlement* 7, no. 3 (November 1, 2016), pp. 534–576.

³ Alvarez, “Is Investor-State...”, *op. cit.*, p. 569.

⁴ En el presente trabajo se tendrá en cuenta la distinción entre jurisdicción y competencia. Jurisdicción como sinónimo de competencia “es producto, también, de una confusión. [n]o se deben confundir estos dos conceptos: la expresión jurisdicción designa la naturaleza de la función propia del juzgador; en cambio, la competencia es un concepto que se aplica a todos los órganos del Estado, –y no sólo a los jurisdiccionales– para indicar la esfera o el ámbito –espacial, material, personal, etc.– dentro del cual aquéllos pueden ejercer válidamente las funciones que les son propias”. Jose Ovalle Favela, *Derecho Procesal Civil*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2011, p. 111; “En inglés, sin embargo, el término “jurisdicción” también es utilizado para designar el “ámbito” o “esfera” dentro o sobre la cual este poder es ejercido, aunque en otros idiomas, tales como el francés y el español, se utiliza otro término para designar el “ámbito”, el cual es “competencia”. Algunos escritores y decisiones arbitrales parecen ser inconscientes del significado primario y más fundamental de jurisdicción como poder, limitando el término al ámbito de este poder. Jurisdicción como ámbito es definido como una esfera de cuatro dimensiones, por su alcance y límites en el tiempo (*ratione temporis*) y espacio (*ratione loci*), y sobre los sujetos (*ratione personae*) y objeto o materia (*ratione materiae*)”. *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, 28 October 2011, párrafo 11.

⁵ Ver Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, 9th Edition, Minnesota, West, 2010, p. 119.

⁶ Ver Reports of International Arbitral Awards, volúmenes I-III; IX, XI, XII; XV-XXX que contienen la colección de laudos internacionales (emitidos solo entre Estados) preparados por la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas. Ver Codification Division Publications. Disponible en: <http://legal.un.org/riaa/>. Última visita el 20 de marzo de 2017.

comercial en el cual éste se ha desarrollado mayormente debido a su utilización generalizada entre particulares respecto de las transacciones y contratos celebrados por empresas, las cuales, prefieren resolver sus controversias mediante este método alternativo.⁷ Así, la labor de la CNUDMI⁸ ha jugado un papel importante respecto de su función de promoción y elaboración de leyes modelos sobre arbitraje comercial. Éstas sirven de base para las legislaciones nacionales; convenciones que permiten la completa implementación de normas arbitrales.⁹ Asimismo, destacan los reglamentos de arbitraje, en particular el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, ampliamente conocido y que, por cierto, los tratados en materia de inversiones incorporan.¹⁰

Como se aborda en las siguientes subsecciones, la determinación del carácter público o privado del arbitraje de inversión puede tener consecuencias jurídicas. A manera de ejemplo, algunos autores consideran que el principio de subsidiariedad es una función de la distinción público/privado.¹¹ Dicho principio consiste en que un tribunal de carácter internacional sólo se activará cuando existan razones extraordinarias que no permitan resolver la controversia en tribunales nacionales. De este modo, si se tilda de privado al arbitraje de inversión, ello entraña una menor demanda por aplicar el principio de subsidiariedad. En cambio, una lectura pública del arbitraje de inversión, implica una mayor demanda para que se requiera con mayor intensidad que las decisiones judiciales se adopten a un nivel nacional.¹² Lo anterior se explica por la vinculación que existe respecto de los intereses en juego. Si los temas en disputa son meramente privados, al resto de la población entendiendo por ésta al público en general, le resultaría indistinto lo que acontece en un procedimiento arbitral.

Existen opiniones de que la reflexión sobre si el carácter del arbitraje de inversión es público o privado –si se trata de un régimen de gobierno público transnacional o de un sistema privado de

⁷ Van Harten rastrea las raíces del arbitraje comercial internacional al Protocolo de Ginebra de 1923 resultado de la colaboración entre la Liga de las Naciones y la Cámara Internacional de Comercio. Ver H. H. A. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 50-56.

⁸ Ver Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Sobre la CNUDMI. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html. Última visita el 20 de marzo de 2017.

⁹ Por ejemplo, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 19 junio de 1958. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html. Última visita el 20 de marzo de 2017.

¹⁰ También conocidos como Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), Acuerdos para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) y Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

¹¹ René Uruña, “Subsidiarity and the Public–Private Distinction in Investment Treaty Arbitration”, *Law and Contemporary Problems* 79, no. 2 (June 20, 2016), p. 100.

¹² *Idem*.

solución de diferencias—, es plantearse la pregunta equivocada.¹³ Lo anterior dado que el régimen de inversión comparte características de ambos aspectos. En este sentido, se argumenta que lo mejor es preguntarse ¿cómo el mecanismo de inversión debería manejar los conflictos de derechos, intereses y valores que surgen en un régimen complejo que impacta a diversas personas?¹⁴ En cualquier caso, es evidente que de la caracterización del arbitraje de inversión derivan consecuencias jurídicas en diversos sentidos, tal como se aborda en las siguientes subsecciones.

2.1.1 Rasgos de tipo privado del arbitraje inversionista-Estado

Es precisamente la incorporación de normas adjetivas; normalmente utilizadas por particulares para la solución de controversias, la característica principal que hace al arbitraje en materia de inversiones participar del carácter comercial o privado del derecho.¹⁵ También en la doctrina existe consenso de que “los mecanismos de ejecución desarrollados en el contexto del arbitraje comercial privado”,¹⁶ en los que esencialmente se basan los arbitrajes de inversión, constituyen otro atributo que le confiere rasgos propios del ámbito privado.¹⁷ Otro distintivo del arbitraje que permite catalogar al arbitraje de inversión como privado, es la participación de particulares –terceros ajenos a la controversia–, que fungen como árbitros para resolver la disputa, tal como se ha expuesto por académicos especialistas en materia procesal:¹⁸

El arbitraje es un proceso de carácter jurisdiccional —no judicial—, mediante el cual las partes eligen, en forma privada, a unos sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una

¹³ Julie Maupin, “Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach”, *Virginia Journal of International Law*, January 1, 2014, p. 65.

¹⁴ La autora propone que la manera de analizar esos problemas es a través de un enfoque de sistemas integrado. Ver *ibidem*, p. 66.

¹⁵ Alvarez, “Is Investor-State...”, *op. cit.*, p. 535.

¹⁶ *Idem*, p. 535.

¹⁷ [...] al árbitro le falta ese imperio, [es decir, esa parte de la función jurisdiccional que implica la potestad soberana del Estado de imponer a las partes contendientes, si es necesario por la fuerza pública, el sentido y las consecuencias de la resolución] el laudo, una vez pronunciado por el árbitro, debe ser homologado por un juez estatal y esta homologación es una especie de visto bueno o de calificación sancionadora que el Estado le otorga al laudo arbitral. Toda ejecución del mandato contenido en un laudo, debe ser ordenada por un juez estatal. Ver Carina Gómez Fröde, *50 Películas Para La Enseñanza-Aprendizaje de La Teoría General Del proceso*, México, Editorial Tirant Lo Blanch México, 2013, p. 68.

¹⁸ Para Humberto Briseño Sierra, el arbitraje “Es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares”. Para Adolfo Alvarado Velloso “El arbitraje implica siempre un proceso desarrollado y resuelto por particulares que, como método de debate, presenta innegables ventajas respecto del proceso judicial [...]”. Ver Carina Gómez Fröde, *op. cit.*, p. 67.

controversia, y cuya decisión la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de cosa juzgada.¹⁹

Precisamente, el pasar de un litigio en la esfera pública (ante jueces nacionales) a un ámbito particular (frente a árbitros),²⁰ demuestra el carácter privado del arbitraje. Además, la incorporación de normas adjetivas; normalmente utilizadas por particulares, también es un rasgo que dota al arbitraje en materia de inversión de un carácter privado.

2.1.2 Atributos de índole público del arbitraje de inversión

En la medida en la que el Estado, ente soberano, es una de las partes en la controversia, el arbitraje en materia de inversión también presenta rasgos de carácter público. Igualmente, el hecho de que la responsabilidad internacional del Estado se encuentre en juego, como consecuencia de la posible violación de las obligaciones sustantivas que derivan de un tratado, constituye otro elemento que juega a favor de caracterizar al arbitraje de inversión como público.

Se puede argumentar que los tribunales arbitrales inversionista-Estado, ejercen autoridad pública²¹ al analizar actos del Estado que son objeto de escrutinio jurídico. Esta evaluación puede conducir a la “anulación” de los actos, en caso de que se determine que éstos son contrarios a las obligaciones contenidas en el instrumento respectivo. También existen autores que con base en la distinción que en Economía se realiza entre bienes públicos y privados,²² clasifican al sistema del DII como un bien público porque cumple con las dos características de la definición: 1) no rivalidad y 2) no exclusión. Efectivamente, el uso de los mecanismos de solución de diferencias en el DII por un Estado o inversionista, no entraña rivalidad con el uso que deseen realizar otros Estados o inversionistas. Por otra parte, el régimen se está convirtiendo en un sistema de derecho cuyos beneficios no son excluibles a un reducido grupo de actores, considerando la adopción de más de 3,000 TBI.²³

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Aunque referida al arbitraje en general, esta situación es referida por William Park para englobar el tema como un estudio macro del arbitraje en contraposición de un estudio micro que se enfoca en las herramientas para volver más eficiente el mecanismo arbitral. Ver William Park, “Private Disputes and the Public Good: Explaining Arbitration Law”, *American University International Law Review* 20, no. 5 (January 1, 2005), p. 904.

²¹ Esa caracterización es expresada por Ingo Venzke quien considera que tal hecho requiere legitimación democrática. Ver Ingo Venzke, “Investor-State Dispute Settlement in TTIP from the Perspective of a Public Law Theory of International Adjudication”, *The Journal of World Investment & Trade* 17 (June 2, 2016), pp. 374-400.

²² Ver Capítulo I, Sección 1.3.

²³ Barnali Choudhury, “International Investment Law as a Global Public Good”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, November 27, 2012), p. 481.

Si bien no existe consenso entre árbitros y académicos sobre la relevancia que se le debe conferir a las teorías del DIP en los arbitrajes inversionista-Estado, es innegable que el hecho de que éstos deriven de un tratado, los coloca en una relación inescapable entre lo general y lo particular.²⁴ En esta medida, podemos afirmar que el DII participa del ámbito público al derivar de una materia que tiene ese carácter. De hecho, esa situación se demuestra por la facultad de los tribunales internacionales como los del CIADI, de anular el derecho nacional con el DIP mediante la aplicación de los TBI.²⁵ Incluso en algunos casos, en los que el tribunal debe aplicar el derecho nacional de la parte demandada, también se requiere que DIP se utilice.²⁶

2.1.3 El carácter *sui generis* o híbrido del arbitraje inversionista-Estado

Debido a las propiedades de tipo público y privado que posee el arbitraje de inversión, éste no puede encasillarse o categorizarse dentro de uno de esos ámbitos. Por ello, resulta más adecuado caracterizarlo como *sui generis*, en consideración de los rasgos propios y únicos que ostenta. Precisamente, hay académicos que consideran que el arbitraje inversionista-Estado como nueva área del DIP, tiene que descubrir su propia orientación considerando la mezcla de materias y temas que éste implica. Dicha aseveración se basa en que se trata de arbitrajes que tienen como fundamento un tratado, que al mismo tiempo involucran procesos, conceptos, conocimiento de la práctica comercial, así como del DIP, evocando incluso temas de derecho público y administrativo en el ámbito nacional.²⁷

La situación antes descrita ha sido reconocida por Roberts quien en su artículo “Choque de Paradigmas: Actores y Analogías que Configuran el Sistema de Tratados de Inversión”, también calificó de esta manera al arbitraje utilizando la siguiente analogía: “al igual que con el ornitorrinco, el sistema de tratados de inversión puede verse como *sui generis*: algo que define su propia categoría”.²⁸ Dicha autora ha empleado igualmente el término híbrido para referirse a la naturaleza propia y *sui generis* del sistema.²⁹ Por su parte, Álvarez ha calificado al sistema inversionista-

²⁴ Ver Laurence Boisson de Chazournes and Campbell McLachlan, “Preface The Intersection of Investment Arbitration and Public International Law”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 31, no. 2 (May 1, 2016), p. 255.

²⁵ Virginia A. Greiman, “The Public/Private Conundrum in International Investment Disputes: Advancing Investor Community Partnerships”, *Whittier Law Review* 32 (2011 2010), p. 405.

²⁶ Ver artículo 42 del Convenio CIADI.

²⁷ Caroline Foster, “A New Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as ‘Internationalized Public Law,’” *International & Comparative Law Quarterly* 64, no. 2 (April 2015), p. 462.

²⁸ Anthea Roberts, “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, *American Journal of International Law* 107, no. 1 (January 2013), p. 94.

²⁹ Anthea Roberts, “State-To-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and

Estado como híbrido, dado que no es claro qué debe entenderse por el término público en el contexto del sistema y dicha caracterización amenaza con ser circular y producir reglas o prescripciones problemáticas.³⁰ Otros autores se enfocan en disposiciones sustantivas particulares, como la cláusula paraguas, para señalar que ésta implica un área gris en la clasificación del arbitraje como público o privado. Lo anterior debido a que, según dichos autores, una cláusula paraguas transforma un incumplimiento contractual de un Estado en una violación de tratado.³¹

Tal como se muestra en la Tabla 1, existen otras características que apartan al arbitraje en materia de inversiones del ámbito meramente público o privado y que reafirman su carácter *sui generis* al participar de ambas esferas. Por ejemplo, el recurrir a árbitros y abogados especialistas en arbitraje comercial internacional que aplican principios de derecho público o DIP.³²

Tabla 1. Elementos del Arbitraje de Inversión que lo Dotan de un Carácter *Sui Generis*

Rasgos de Carácter Privado	Rasgos de Carácter Público
Reglas procedimentales de arbitraje comercial privado	Mecanismo que tiene fundamento en un tratado internacional
Mecanismos de ejecución del arbitraje privado	Disposiciones sustantivas de índole público
Árbitros privados elegidos de forma <i>ad hoc</i>	Políticas públicas y de regulación objeto de análisis
Participación de especialistas –árbitros y abogados– en arbitraje comercial privado	Participación de especialistas –árbitros y abogados– en DIP
Consentimiento del inversionista	Consentimiento del Estado otorgado por un acto soberano (mediante tratado)
Confidencialidad de las actuaciones	Los Estados han buscado mayor publicidad de las actuaciones
Inversionistas privados	Participación del Estado como contendiente

Hay que tener presente que, en el caso del arbitraje en materia de inversión, el consentimiento “se origina de la autoridad del Estado de recurrir al uso de la adjudicación para resolver controversias entre individuos y el Estado”.³³ Es decir, el consentimiento “se constituye por un acto soberano del Estado y se emplea para resolver diferendos que surgen precisamente de actos soberanos u omisiones del Estado”.³⁴ Esta situación contrasta con el arbitraje comercial, en el que “el

Shared Interpretive Authority”, *Harvard International Law Journal* 55, no. 1 (2014), pp. 1-70.

³⁰ Alvarez, “Is Investor-State...”, *op. cit.*, p. 576.

³¹ Tabatabaei Nejad and Seyed Mohammad, “Public-Private Distinction and the Dilemma of Mandatory Laws: An ICSID Perspective”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, April 28, 2012), p. 5.

³² Para una crítica sobre esta situación, ver Harten, *Investment Treaty ...*, *op. cit.*, pp. 152-174.

³³ *Ibidem*, p. 45.

³⁴ *Idem*.

consentimiento se constituye por un acuerdo entre partes privadas para resolver diferencias entre éstas, y su autoridad deriva de la autonomía de los individuos para solucionar sus asuntos privados como ellos quieran”.³⁵

2.1.4 Importancia de la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje de inversión para efectos de interpretación

El uso de la distinción público/privado o la determinación del carácter *sui generis* del régimen inversionista-Estado, implican cierta subjetividad que traen consigo consecuencias normativas e incluso interpretativas.³⁶ Y es que “el marco teórico adoptado por un árbitro, no solo afecta su análisis de políticas, sino también la metodología concreta que deben aplicar para dar contenido real a las obligaciones de los tratados de inversión”.³⁷ En este sentido, resulta relevante tener en cuenta el rasgo *sui generis* del arbitraje en materia de inversión debido a las consecuencias que podrían derivar de dicha situación, que no siempre resultan evidentes y en algunos casos podría ser engañosas. Por ejemplo, en el caso *Thunderbird c. México*, el árbitro disidente resaltó las características que diferencian un arbitraje en materia de inversión *vis-a-vis* un arbitraje comercial para utilizarlas como contexto interpretativo de la obligación de nivel mínimo de trato. Al respecto, el árbitro señaló:

El arbitraje comercial internacional supone partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género. Con frecuencia, si es que no en la mayoría de los casos, el inversionista se encuentra en una situación de debilidad estructural, exacerbada por la experiencia (en especial cuando se trata de inversionistas más pequeños, empresariales). Por lo tanto, en el arbitraje en materia de inversiones no se establece, como en el arbitraje comercial, un sistema de solución de controversias *entre partes presuntamente iguales, sino un sistema de protección de inversionistas extranjeros* que, al estar expuestos a riesgos políticos y carecer de conocimiento de, e integración en, un sistema político, social, cultural, comercial, institucional y jurídico extranjero, *se encuentran en desventaja*. En consecuencia, los principios jurídicos y los enfoques metodológicos referentes al examen de la situación fáctica, los hábitos, las tendencias naturales y los estilos del arbitraje

³⁵ *Idem*.

³⁶ Para un análisis sobre este punto ver Alex Mills, “The Public–private Dualities of International Investment Law and Arbitration en Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration”, Editado por Chester Brown and Kate Miles, Cambridge University Press, 2011.

³⁷ Alex Mills, “Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration”, *Journal of International Economic Law* 14, no. 2 (June 1, 2011), p. 483.

comercial no son guías apropiadas para el arbitraje en materia de inversiones.³⁸ (Énfasis añadido)

No creemos que una obligación sustantiva deba interpretarse de manera distinta en consideración de la naturaleza jurídica del arbitraje en materia de inversión. Especialmente, cuando las premisas de las que se parten son tergiversadas para justificar una interpretación más favorable que conlleve a un mejor trato al inversionista. Tal proceder desnaturaliza y vuelve imprecisa la distinción entre el arbitraje en materia de inversiones y el arbitraje comercial. En este sentido, no compartimos las proposiciones expuestas por el árbitro disidente del caso antes referido ya que, si bien es cierto que las partes son diferentes, al ser el Estado una de ellas, este mero hecho no debe traducirse en que deba darse un trato desigual en el procedimiento. Por el contrario, una vez iniciado el procedimiento ambas partes son contendientes y deben gozar de los mismos derechos y obligaciones por lo que hace al debido proceso.

Por lo anterior, hay que diferenciar entre los conceptos objeto de análisis, en este caso el debido proceso y la naturaleza del arbitraje, actuar de forma distinta podría implicar, tal como lo insinuó el árbitro disidente, querer otorgar mayores prerrogativas a una de las partes. Así, proponer una supuesta naturaleza especial del arbitraje en materia de inversiones, argumentando que su propósito es la protección de un ente privado (inversionista extranjero) a fin de favorecerlo en el procedimiento, resulta injustificado. Además, tampoco es precisa la aseveración del árbitro disidente de que un inversionista extranjero se encuentra en desventaja derivado de una supuesta falta de conocimiento de “un sistema político, social, cultural, comercial e institucional”.³⁹ Dicha afirmación olvida que la mayoría de las empresas que recurren a estos procedimientos son grandes transnacionales con una amplia gama de asesores en diversas áreas que les permiten tomar decisiones informadas sobre el curso de sus negocios. En contraposición, existen Estados demandados que suelen ser países en vías de desarrollo cuya población apenas tiene acceso a servicios básicos.⁴⁰

³⁸ *International Thunderbird Gaming Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Opinión separada de Thomas Wälde, 1 diciembre 2005, párrafo 12.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ “[Los tratados internacionales de inversión] son usados por compañías poderosas para demandar a los gobiernos si los cambios en su política se estiman que afectan sus ganancias. [...] Por ejemplo, el gobierno de Filipinas gastó 58,000,000 USD en defender dos casos en contra del operador aeroportuario alemán Fraport; dinero que podría haber pagado los salarios de 12,500 profesores por un año o las vacunas de 3.8 millones de niños en contra de enfermedades tales como difteria, tétanos y poliomielitis”. Ver *Profiting from Injustice, How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Corporate Europe Observatory, Exposing the power of corporate lobbying in the EU. Disponible en: <https://corporateeurope.org/international-trade/2012/11/profitting-injustice>. Última visita el 23

2.1.5 Relevancia de la caracterización legal del arbitraje inversionista-Estado en términos de aplicación normativa

El caracterizar al arbitraje en materia de inversiones como público o privado, también cobra importancia por lo que hace a las supuestas normas que derivan de dicha caracterización, a saber, reglas de derecho público en contraposición a las privadas, tal como lo señala Álvarez:

La afirmación de que los árbitros de los procedimientos inversionista-Estado deben recurrir a las “analogías de derecho público” supone que existe un acuerdo general sobre cuáles son, pero los ejemplos de tales analogías citadas son discutibles. Tomemos la propuesta de que el Estado siempre paga sus propios costos incluso si gana un procedimiento, citado por un tribunal como un “principio de derecho público” derivado de la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otros tribunales de solución de diferencias inversionista-Estado han aplicado el principio del perdedor paga que deriva del arbitraje comercial. Si cualquiera de los dos principios o reglas mencionadas se aplica invariablemente en la regulación de derecho público, la evidencia es escasa. En cualquier caso, para ser consistente con otra prescripción de derecho público [...], uno esperaría que cualquier árbitro en un caso inversionista-Estado que se base en la supuesta regla de que los Estados demandados siempre pagan por sus propios costos explicará claramente por qué esa regla debería aplicarse independientemente del texto del tratado en cuestión, los derechos que se están litigando u otras circunstancias. El mero hecho de que el principio haya sido aplicado por algunos tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no satisface la demanda del derecho público (o Derecho Administrativo Global [(“GAL” por sus siglas en inglés)] de una opinión bien razonada. Una explicación razonada de la aplicación del principio también explicaría por qué, inspirada en las investigaciones de derecho privado, la regla de incumplimiento aplicable no debería ser la regla que normalmente se aplica en la jurisdicción donde se lleva a cabo el arbitraje, cualquiera que sea la regla sugerida por el arbitraje pertinente, o cualquier regla sugerida por la aplicación de las reglas sobre conflicto de normas. En cuanto a elegir entre analogías ostensiblemente públicas o privadas en este u otros temas, uno hubiera pensado que sería apropiado considerar si una regla particular, pública o privada, cumpliría mejor con las expectativas legítimas de los litigantes en el contexto particular.⁴¹

Una situación similar se ha presentado respecto de la aplicación normativa en el ámbito de la revisión judicial de los laudos emitidos por tribunales arbitrales. Por ejemplo, en el artículo “Supervisión Judicial del Arbitraje del Capítulo XI del TLCAN: ¿Derecho Público o Privado?”, Gus Van Harten señala que existe una tensión entre la bifurcación público/privado respecto de la naturaleza de los procedimientos arbitrales al amparo del Capítulo XI. De acuerdo al referido autor, dicha tensión implica que en las impugnaciones de laudos ante tribunales nacionales se recurra – en la solución de la impugnación–, a principios de derecho privado o bien de derecho público o

de marzo de 2017.

⁴¹ Álvarez, “Is Investor-State..., *op. cit.*, p. 551.

internacional según el enfoque que se tenga del sistema. El autor sustenta su afirmación con los siguientes 3 casos:⁴²

- En *Metalclad c. México* señala que el juez al resolver la impugnación, se enfocó en la autonomía de la voluntad del arbitraje, es decir, un principio de derecho privado, confundiendo así la naturaleza del arbitraje. En su opinión, desde el punto de vista del derecho internacional, el consentimiento del Estado se otorga en su carácter soberano al ser parte del Tratado, y no en su capacidad privada.
- En *Feldman c. México* las cortes domésticas refirieron a las reglas CNUDMI para apoyar la conclusión de que el laudo es final. Dicho proceder es criticado por el autor quien considera que debieron acudir directamente al texto del tratado, es decir, también se utilizó un principio de derecho privado para justificar el razonamiento legal.
- Finalmente, en el caso *SD Myers c. Canadá*, la corte canadiense aplicó un enfoque de deferencia al laudo dictado por el tribunal TLCAN, basándose en principios de arbitraje comercial y considerando que en el derecho domestico se establecía el respeto a los arbitrajes comerciales internacionales. Es decir, se dio énfasis a principios de derecho privado.⁴³

Gus Van Harten concluye su análisis señalando que las diversas suposiciones sobre la naturaleza del arbitraje pueden conducir a un balance distinto en las posiciones de los laudos dentro de la esfera doméstica. La crítica que realiza el autor respecto de la naturaleza del arbitraje pone de manifiesto la facilidad, divergencia e intercambiabilidad de la que puede ser objeto el tema de la revisión judicial según se enfatice el carácter público o privado del arbitraje, en este caso, del arbitraje en materia de inversiones.⁴⁴

Aunque el presente estudio se enfoca particularmente en la distinción entre los actos públicos y privados del Estado, cabe pronunciarse sobre la viabilidad de aplicar dicha distinción en la evaluación de la naturaleza misma del arbitraje en materia de inversiones. Lo anterior, considerando que la participación del Estado en dichos procedimientos le confiere el carácter público, en tanto que, la aplicación de normas adjetivas junto con la participación de empresas e

⁴² *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000; *Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002 y *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000.

⁴³ Ver Van Harten, "Judicial Supervision ... *op. cit.*", pp. 493-508.

⁴⁴ Ver *idem*.

inversionistas extranjeros le otorgan el carácter privado. Además, el DII al igual que el derecho internacional de los derechos humanos, forma parte de un “régimen de tratados relativamente nuevos que confieren derechos directamente a actores no estatales y crean un procedimiento de solución de diferencias para hacer cumplir dichos derechos”.⁴⁵ Por ello, “hoy en día, es común que se refiera al DII como un híbrido entre el derecho nacional e internacional, el privado y el público, con analogías en el arbitraje comercial y el derecho internacional público, así como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comercial”.⁴⁶

De esta manera, el análisis anterior demuestra que el caracterizar el arbitraje de inversión como público o privado resulta relevante debido a las consecuencias jurídicas que se pueden desprender de dicha caracterización. Teniendo en consideración lo referido en esta sección, podemos confirmar que, en el caso de la naturaleza del arbitraje de inversión, ésta tiene un carácter *sui generis* o híbrido debido a que comparte características de derecho público y privado.

Debido al carácter *sui generis* del arbitraje de inversión, resultaría poco convincente que para efectos interpretativos se aludan rasgos de carácter público para justificar un razonamiento legal. Tampoco sería factible hacer eco de rasgos privados para aplicar normativa de dicha naturaleza como justificación para tal proceder. En este sentido, también resulta pertinente conocer la trayectoria de los árbitros quienes podrían tener la tendencia de reproducir en sus razonamientos interpretativos, la adopción de soluciones comerciales o públicas según su formación y experiencia en arbitrajes comerciales o DIP.⁴⁷

Por ello, hay que reconocer el carácter híbrido del arbitraje de inversión y las características ambivalentes, guardando coherencia en el razonamiento que se siga y evitando utilizar herramientas que conduzcan a resultados cuestionables. Proceder de otra manera conduciría al colapso de la dicotomía público/privado que, en términos de la etapa descrita por Duncan Kennedy, implica una situación donde las “personas comienzan a argumentar que la distinción es incoherente porque, no importa cuánto se intente aplicarla, uno termina en una situación de contradicción irremediable”.⁴⁸

⁴⁵ Zachary Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, *British Yearbook of International Law*, Volume 74, issue 1, p. 186.

⁴⁶ Joost Pauwelyn, “At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 29, no. 2 (May 1, 2014), p. 389.

⁴⁷ M. Sornarajah, “A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration”, en Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, New York, Oxford University Press, 2008, p.42.

⁴⁸ Duncan Kennedy, “Stages of the Decline of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review*

2.3 La aplicación de la distinción público/privado en los casos de inversión

En el resto del Capítulo II se contrastarán los razonamientos legales empleados por los diversos tribunales en la interpretación normativa donde se ha aplicado el binomio público/privado. Lo anterior con el fin de establecer críticamente la conveniencia del análisis utilizado. Para ello, nos apoyaremos de la metodología analítica utilizada por Duncan Kennedy para describir las etapas por las que atraviesa la dicotomía público/privado en el Derecho.⁴⁹ De acuerdo a dicho autor, toda distinción atraviesa una secuencia de 6 etapas que se caracterizan por el grado de utilidad en su empleo. Así, Duncan Kennedy califica de “buena salud” aquella etapa en la que la distinción resulta útil y práctica, en tanto que, cataloga como etapa de “decrepitud total”, aquella fase en la que la distinción es innecesaria. Dichas etapas son descritas como sigue:

- 1) Casos difíciles con importantes intereses en juego. Es aquella etapa que involucra casos respecto de los cuales las personas disienten apasionadamente, y cuya resolución creen que tiene un impacto importante. Éstos involucran una gran cantidad de esfuerzo en la tarea de manipular la distinción, analizarla y desgastarse en ella. Dichos casos son una señal de salud y también una indicación de que podrían presentarse problemas más adelante.
- 2) El desarrollo de términos intermedios. Esta etapa involucra un reconocimiento formal de que algunas situaciones no son ni una cosa ni la otra (ni públicas ni privadas), sino que comparten características de cada una. El desarrollo de términos intermedios es importante por dos razones: i) representan el surgimiento de serios conflictos acerca de cómo caracterizar una gran cantidad de casos difíciles con grandes intereses, así como una sensación de no poder formular claramente la distinción y ii) involucran una mayor dificultad para decidir qué diferencia tiene el cómo categorizar una situación.
- 3) El Colapso. Esta etapa se presenta cuando algunas personas comienzan a argumentar que la distinción es incoherente porque, no importa cuánto se intente aplicar, uno termina en una situación de contradicción irremediable. En esta etapa, la consecuencia extrema que se sigue a partir de la abolición de la distinción lleva a la gente a retroceder y recurrir a:

130, no. 6 (June 1, 1982), p. 1349.

⁴⁹ *Idem.*

- 4) La Continuación. Esta fase significa que la gente ve a la mayoría de las entidades (instituciones, actores y actos) como “no absolutamente una cosa u otra”, en lugar de reservar este estatus para una pequeña clase de términos intermedios, o colapsar todo en un polo u otro. En esta etapa el ideal es una gama de respuestas legales exactamente calibradas a una serie de situaciones fácticas. Aquí se tiende a explicar cómo se decide acerca de una respuesta legal adecuada para una institución mediante el listado de factores que se intersectan en un lado u otro y que deben ser balanceados. Existe más lugar para disentir acerca de cómo hacer la distinción y acerca de la diferencia que ésta implica.
- 5) La Estéreo-tipificación. Esta faceta implica que las personas ven la parte evidente y formalmente racional del argumento acerca de dónde se sitúa una institución dentro de la fase de continuación. También consiste en saber cómo mezclar el paquete de reglas que deben operar, como si involucrara una manipulación de argumentos balanceados de política a favor y en contra que se presentan en parejas iguales. Cuando la distinción alcanza esta etapa, usarla en un argumento legal parece ser un mero ejercicio: lo podemos hacer tan bien que no ya no creemos en ésta.
- 6) La Circunvalación. Es una fase de alguna forma hipotética. Esta etapa se presenta cuando uno es capaz de moverse mediante una serie de pasos firmes alrededor de la distinción, terminando donde uno comenzó sin invertir nunca la dirección.⁵⁰

El recurrir al uso de esta herramienta metódica se justifica porque reconoce que la aplicación de una distinción, en este caso el binomio público/privado, no se puede catalogar de manera categórica en necesaria (útil) o superflua (irrelevante). En efecto, la teoría de Duncan Kennedy reconoce que existen zonas intermedias entre ambos extremos que califican o dan cuenta de la utilidad de emplear una distinción. Aunque la aplicación de las etapas antes descritas a la presente investigación pudiera parecer teórica, su aportación no se limita al ámbito científico-académico, sino que, en realidad, también tiene diversas implicaciones prácticas. Justamente, el analizar cómo los tribunales han procedido a invocar la bifurcación público/privado en sus interpretaciones, nos permite poner en evidencia (desenmascarar) la conveniencia de usar dicha dicotomía. A su vez, esto permitirá determinar si era procedente recurrir a la misma o más bien se trató de un mero

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 1350-1354.

artilugio usado por los tribunales o las partes en la disputa para apoyar (injustificadamente) su razonamiento.⁵¹ Incluso, se puede establecer el estado que guarda la dicotomía público/privado por lo que hace a su utilidad, es decir, si los tribunales muestran evidencia de contradicción en su uso (etapa del colapso), o bien, una especie de decisiones *ad hoc* que obedecen a situaciones de hecho particulares con la adición y ponderación de otros elementos que permiten aplicar el binomio público/privado (etapa de continuación).

Y es que tal como lo señala Bianchi respecto del “paradigma regla general-excepción”, “la regla *lex generalis-lex specialis*” y las palabras “consistencia y predictibilidad”, consideramos que la división público/privado es también un importante mantra retórico o herramienta retórica. Éstas constituyen un “dispositivo interpretativo que puede ser utilizado para canalizar la interpretación en una dirección en lugar de otra”, y que al final “depende del objetivo que uno quiera lograr siendo las estrategias interpretativas adaptables y suficientemente flexibles como para servir a diferentes propósitos”.⁵²

A este respecto, la tesis de Martti Koskenniemi resulta pertinente, a saber, el argumento que sirve para reforzar una reclamación y exigir un derecho, también puede ser utilizado para dar cuenta de una situación contraria y apoyar igualmente tal situación. Al final, la cuestión se basa en una decisión (en este caso de los tribunales).⁵³ En el área del DII esto se evidencia al contrastar el razonamiento empleado por dos tribunales respecto del mismo tema de análisis, que los ha conducido a alcanzar conclusiones diametralmente opuestas cuando han recurrido al uso de la distinción público/privado, tal como se aborda en las siguientes subsecciones.

⁵¹ El ejercicio será una suerte de “revelar” contradicciones en la argumentación legal como lo ha realizado Koskenniemi. Sin embargo, a diferencia de dicho autor cuyo fin era identificar y rastrear de esas contradicciones distorsiones más fundamentales en nuestras maneras de conceptualizar la naturaleza humana y la vida social, nuestro objetivo se limitará a determinar la pertinencia de recurrir al uso de la distinción público/privado en situaciones donde se presenten contradicciones. Ver Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* New York, Cambridge University Press, 2006, Nota al pie 151.

⁵² Andrea Bianchi, The Game of Interpretation in International Law: The Player, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle, en Andrea Bianchi, Daniel Peat, and Matthew Windsor, *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 51-52.

⁵³ Koskenniemi señala como ejemplos de dicha situación contradictoria “las consideraciones humanitarias” que fueron consideradas importantes en los Casos *Canal de Corfú* (1949) y *Actividades Militares y Paramilitares de los Estados Unidos* (1986), pero que fueron descartadas en el Caso de *Sudáfrica Occidental* (1966). Factores económicos que fueron determinantes en los Casos de las *Pesquerías Anglo-Noruegas* (1951) y el de *Jurisdicción de Pesquerías* (1974), se consideraron irrelevantes en los Casos de la *Plataforma Continental de Túnez-Libia* (1982) y del *Golfo de Maine* (1984)”. Ver Koskenniemi, *op. cit.*, pp. 60-61. El autor señala que las razones de dichas variaciones se buscan justificar en factores extra sistémicos tales como incertidumbre semántica, incompetencia de los jueces, preferencias políticas o cualquier otro, sin embargo, su postura es que dichas contradicciones tienen su origen en el carácter indeterminado del sistema legal en sí mismo y el carácter contradictorio de las premisas en las que el derecho internacional se funda.

2.3.1 Definición de Inversionista (jurisdicción *ratione personae*)

La competencia *ratione personae* de un tribunal en el DII se determina con base en la nacionalidad del reclamante, ya sea persona natural o jurídica. Éste debe tener la nacionalidad de uno de los Estados Parte del TBI distinta a la del Estado demandado.⁵⁴ En este sentido, “la cuestión de la competencia *ratione personae* es un asunto del derecho internacional, en tanto que, el examen de nacionalidad aplicado por el tribunal tiene el propósito muy limitado de regular quién tiene acceso al tribunal”.⁵⁵

En *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Eslovaquia*, la controversia versó sobre el supuesto incumplimiento de cubrir las pérdidas incurridas por una compañía eslovaca recolectora de deudas (“*collection Company*”) en los términos de un acuerdo de consolidación para facilitar la privatización del banco y su funcionamiento en Checoslovaquia y Eslovaquia. Como objeción a la competencia del Tribunal, la Demandada argumentó que la Reclamante no era un inversionista ya que la controversia involucraba a dos Estados contratantes. Asimismo, argumentó que la Reclamante era una agencia del Estado más que una entidad comercial independiente. En efecto, la Reclamante (“*CSOB*”) era un banco comercial en el que la República Checa tenía una participación del al menos 65 % de acciones y la Demandada –Eslovaquia–, tenía por lo menos un 24 % de acciones.⁵⁶ Por consiguiente, el tribunal debía determinar si el inversionista era nacional de otro Estado, y, por ende, tenía competencia para conocer de la controversia. A juicio del Tribunal, la cuestión se resolvería conforme al siguiente criterio:

A los efectos del Convenio, una sociedad de economía mixta o una empresa estatal no debe ser descalificada como “nacional de otro Estado contratante” a menos que actúe como agente del gobierno o desempeñe una función esencialmente gubernamental.⁵⁷ (Énfasis añadido)

El Tribunal indicó lo anterior, a pesar de que reconoció las siguientes dos situaciones: 1) que no se podía negar que durante gran parte de su existencia *CSOB* actuó a nombre del Estado al facilitar y ejecutar transacciones bancarias internacionales y operaciones comerciales que el Estado deseaba apoyar; y 2) que al realizar dichas actividades *CSOB* promocionaba las políticas gubernamentales

⁵⁴ Ver artículo 25 del Convenio CIADI.

⁵⁵ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 289.

⁵⁶ Ver *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 17. Nótese que el fundamento de dicho criterio se basó en un artículo académico con las implicaciones y contexto que se explican *infra*.

o los propósitos del Estado. El Tribunal también enfatizó que “la atención debía centrarse la naturaleza de estas actividades y no en su propósito”.⁵⁸ De este modo, para resolver el problema, es decir, si la Reclamante calificaba como inversionista, el Tribunal recurrió a la dicotomía de actos soberanos/comerciales. Ello, aunque a todas luces el banco realizaba funciones públicas y fue establecido con dicho objeto. A juicio del tribunal su evaluación se basaría en si la operación involucrada era puramente comercial. El Tribunal concluyó que no se había logrado sustentar la falta de competencia conforme al siguiente razonamiento:

No puede negarse que la decisión de un Estado de transformarse de una economía dirigida a una economía de libre mercado *implica el ejercicio de funciones gubernamentales*. Lo mismo cabe decir sin duda de las medidas legislativas y administrativas adoptadas por el Estado destinadas a ayudar o facilitar la privatización de las empresas estatales. Sin embargo, *no se sigue que una empresa estatal esté desempeñando funciones estatales cuando aprovecha estas políticas estatales y procede a reestructurarse, con o sin cooperación gubernamental*, para estar en condiciones de competir en un mercado libre economía. *Tampoco se desprende que las medidas adoptadas por dicha empresa para alcanzar este objetivo impliquen el desempeño de funciones estatales o gubernamentales*. En ambos casos, el criterio de si los actos son o no gubernamentales o privados se centra en su naturaleza.

Parece haber un cierto desacuerdo entre las partes en este caso en cuanto *a si la conclusión del Acuerdo de Consolidación y el Acuerdo de Préstamo fue impulsada por el proceso de privatización instituido por el Gobierno o fue parte del proceso de privatización*, o si se debió en gran parte a una decisión de negocios no relacionada de CSOB consistente en reforzar su posición financiera. El Tribunal no cree que sea importante cuál de estas opiniones es aceptada, ya sea que las acciones de CSOB fueron o no fueron impulsadas por el proceso de privatización iniciado o facilitado por el Estado, no es determinante de la cuestión que se decida. *Lo determinante es la naturaleza de estos actos.*⁵⁹ (Énfasis añadido)

Este razonamiento contrasta con el utilizado en el caso *Maffezini c. España*, en el cual, el Tribunal tenía que determinar si la Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia (“SODIGA”) era un ente estatal, y por ende España debía responder por sus actos. De lo contrario, es decir, si se trataba de una entidad privada, la controversia no estaría dentro del ámbito de su competencia. En dicho caso el Tribunal señaló que –haciendo referencia al caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Eslovaquia* y contrario a lo dicho en el mismo⁶⁰–, si la actividad realizada por SODIGA era gubernamental, entonces sería competente, de lo contrario, es decir, si la actividad era puramente comercial carecería de competencia *ratione personae*. Nótese, sin embargo, que en *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Eslovaquia* el problema era determinar si la entidad demandante calificaba

⁵⁸ *Ibidem*, párrafo 20.

⁵⁹ *Ibidem*, párrafos 23-24.

⁶⁰ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/97/7, 25 de enero de 2000, párrafo 80.

como inversionista, en tanto que, en el de *Maffezini c. España* si la entidad demandada se podía considerar como ente del Estado. El razonamiento del Tribunal *Maffezini c. España* fue el siguiente:

Cabe preguntarse, por consiguiente, si dicha acción [transferencia de fondos calificada como préstamo] es de carácter meramente comercial o si se llevó a cabo en el ejercicio de las funciones públicas o gubernamentales de *SODIGA*. En este último caso, sería imputable al Estado español.

[...] si bien la transferencia fue calificada como un préstamo, en realidad representaba un incremento de la inversión. [...] Una decisión de incrementar la inversión adoptada no por el señor Maffezini sino por la entidad encargada por el Estado de promover la industrialización de Galicia no puede considerarse una actividad comercial. Más bien esa decisión derivó de las funciones públicas de *SODIGA*.

Dado que las acciones de *SODIGA* relacionadas con el préstamo no se pueden considerar de carácter comercial y guardan relación con sus funciones públicas, la responsabilidad de dichas acciones es imputable al Reino de España.⁶¹

Es indudable que la naturaleza de un acto consistente en una transferencia de fondos o préstamo es de carácter comercial, por ende, si el tribunal hubiera aplicado realmente el razonamiento referido en el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Eslovaquia*, éste habría llegado a la conclusión de que la operación subyacente realizada por *SODIGA* era meramente comercial y que, en consecuencia, carecía de competencia. Sin embargo, ello no fue así. No queremos decir que el razonamiento en el primero de los casos era correcto y en el otro no, sino evidenciar que la distinción entre actos públicos y comerciales fue superflua y carecía de sentido. Un mejor enfoque habría sido evitar dicha distinción en ambos casos debido al resultado arbitrario que su aplicación implicó. En la Tabla 2 se verifica lo contradictorio y absurdo de aplicar dicha bifurcación en ambos casos.

Tabla 2. Análisis Comparativo de los Casos *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Eslovaquia* y *Maffezini c. España*

Caso	<i>Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Eslovaquia</i>		<i>Maffezini c. España</i>	
Inversionista / Estado	<i>Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB)</i>	República de Eslovaquia	<i>Emilio Agustín Maffezini</i>	Reino de España (<i>SODIGA</i>)
Entidad objeto de análisis	Banco comercial (Demandante)		Sociedad comercial privada. (Demandada)	

⁶¹ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre de 2000, párrafos 77, 79 y 83.

Caso	<i>Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Eslovaquia</i>		<i>Maffezini c. España</i>	
Funciones y propósitos de la entidad	65 % de las acciones pertenecen a la República Checa y 24 % a la República de Eslovaquia. CSOB actuó a nombre del Estado, ejecutó operaciones internacionales bancarias que el Estado deseaba apoyar.		88 % del capital pertenecía al Estado. Sociedad para la promoción del desarrollo industrial regional de la Región Autónoma de Galicia.*	
Operación o transacción objeto de análisis	Reestructuración que implicaba operaciones bancarias y cuentas por cobrar para su completa privatización.		Transferencia de fondos para incrementar inversión.	
¿Acto comercial? / Conclusión	Si	Tiene competencia	No	Tiene competencia
¿Acto soberano?	No	No tiene competencia	Si	No tiene competencia
Criterio de análisis	Énfasis en naturaleza de la acción y no los propósitos u objetivos por los que se realiza.		Énfasis en la estructura y funciones por las que se creó la sociedad y no naturaleza de la acción, sin embargo, de hecho, caracterizó la operación como pública.	

* Algunas de las funciones comprendían el realizar estudios para la instalación de nuevas industrias en Galicia, buscar y solicitar el establecimiento nuevas industrias, invertir en nuevas empresas, tramitar solicitudes de crédito ante fuentes oficiales de financiamiento, otorgar garantías para tales créditos y prestar asistencia técnica.

Cabe señalar que el Tribunal en *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Eslovaquia* citó un artículo académico como fundamento del criterio que aplicó.⁶² En éste, Aaron Broches señala que de acuerdo a las discusiones que condujeron a la adopción del Convenio CIADI se reconoció la dificultad, lo anticuado y la carencia de importancia de distinguir entre inversión pública y privada basada en la fuente del capital considerando las circunstancias prevalecientes en esa época. Sin embargo, a pesar de dicha referencia y tal reconocimiento, no se hace alusión a la fuente o fundamento del criterio mismo o conclusión que formula el autor, a saber, “*a menos que [una empresa de economía mixta o una empresa estatal] actúe como agente del gobierno o desempeñe una función esencialmente gubernamental, no debe ser descalificada como nacional de otro Estado contratante*”.⁶³ De hecho, inmediatamente después de dicho corolario, el autor señala “creo que es justo decir que hubo un consenso sobre este punto entre los participantes en la preparación de la Convención”.⁶⁴ Nuevamente, el punto que se desea destacar es que el Tribunal aplicó

⁶² *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, párrafo 17.

⁶³ Aron Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States” (Volume 136), December 31, 1972, p. 355.

⁶⁴ *Idem*.

automáticamente un criterio sin analizar la pertinencia del mismo. En efecto, si el carácter público o privado de las fuentes del capital del inversionista se consideró irrelevante,⁶⁵ ¿por qué sería importante analizar el carácter gubernamental de las actuaciones del ente bajo análisis para determinar si califica como inversionista? Curiosamente, en las propias definiciones de los tratados,⁶⁶ el término inversionista no hace referencia alguna al carácter de los actos o acciones de éste como requisito o exigencia a satisfacer para ser considerado como tal. Tampoco se hace referencia a cualquier otro requisito como el origen del capital o fondos, la sede efectiva o nacionalidad real y efectiva. De hecho, esos elementos han sido rechazados por otros tribunales.⁶⁷ En este sentido, el recurrir a la separación público/privado o evaluar el carácter soberano/comercial de una conducta o acto para establecer si el inversionista califica como tal no es útil. Lo anterior, a pesar del razonamiento o justificación que los tribunales han empleado para proceder de esa forma:

Por último, en apoyo de su alegación de que la presente diferencia es entre dos Estados Partes, la Demandada sostiene que todas las partes en el Acuerdo de Consolidación son entidades del Estado y que incluyen, además de CSOB y las Repúblicas Checa y de Eslovaquia, el Banco Nacional, el Fondo Nacional de la Propiedad Checa y el Banco Nacional de Eslovaquia. Aun suponiendo que estas otras entidades también se hubieran convertido en partes en el Acuerdo de Consolidación, este hecho no debilitaría ni superaría las conclusiones del Tribunal, expuestas en los párrafos anteriores, *sobre el carácter comercial del Acuerdo de Consolidación o las funciones que CSOB realizó*.⁶⁸ (Énfasis añadido)

Ciertamente el carácter de la operación es comercial, así como lo son la mayoría de contratos y operaciones que surgen con motivo de reclamaciones de incumplimiento a los TBI. No obstante, ese hecho no tiene pertinencia para estipular si la reclamante es una inversionista. Justamente, *a priori*, la aplicación de la distinción entre actos comerciales y públicos a la operación o transacción no dice nada *per se* sobre si una reclamante califica como inversionista. Por ello, si el Tribunal en *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Eslovaquia* hubiera aplicado al ente objeto de análisis un

⁶⁵ En el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. Eslovaquia* ni siquiera cita esa parte del artículo. Ver *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, párrafo 17.

⁶⁶ Ver artículo 1139 del TLCAN. Para efectos de este capítulo: inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión. Ver también artículo 25(1) y (2)(a)(b) del Convenio CIADI en el que se señala: (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante [...] y el nacional de otro Estado Contratante [...]

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: [...].

⁶⁷ *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, párrafo 110.

⁶⁸ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, párrafo 26.

criterio de análisis meramente formal y estructural, su conclusión habría sido que la entidad era un ente estatal. Por consiguiente, habría determinado que se trataba de una controversia Estado-Estado que no era susceptible de ventilarse en un procedimiento inversionista-Estado al amparo del Convenio CIADI. A pesar de ello, podría argumentarse que el tribunal utilizó la dicotomía público/privado como “herramienta retórica” en su proceso interpretativo para poder ser competente.⁶⁹

En relación a la jurisdicción *ratione personae*, la aplicación del binomio público/privado para determinar si la reclamante calificaba como inversionista, se encuentra en la etapa de colapso de acuerdo a la clasificación de Duncan Kennedy. Como se demuestra de los casos analizados, el uso de la bifurcación resulta incoherente ya que “sin importar cómo se intente aplicar, se llega a una situación contradictoria”.⁷⁰ Ello es así considerando que el foco de análisis en el ámbito de la competencia *ratione personae* debería centrarse en la nacionalidad de la reclamante y no en determinar si la actividad realizada es de carácter gubernamental o comercial. Y es que en realidad la transacción u operación que realice una entidad que argumenta violaciones a un TBI –sin importar que el gobierno tenga propiedad o control sobre ella–, normalmente resulta tener el carácter comercial. Por lo tanto, la consecuencia que se sigue de utilizar la distinción público/privado en el análisis de la jurisdicción *ratione personae*, es, de acuerdo a las etapas descritas por Duncan Kennedy, la abolición de la distinción.⁷¹

2.3.2 Definición de Inversión (jurisdicción *ratione materiae*)

Dado que la protección que deriva de un TBI se aplica únicamente a las inversiones cubiertas por el tratado, una cuestión sumamente importante y frecuentemente presente en las controversias es el determinar si cierta operación califica como inversión. Por consiguiente, si dicha transacción es susceptible de ser objeto de protección, es decir, si un tribunal tiene competencia *ratione materiae* respecto de una controversia.

Normalmente los TBI establecen lo que se entiende por inversión mediante una lista ilustrativa o limitativa de las transacciones u operaciones que comprenden tal noción. No obstante, esta situación puede variar dependiendo del tratado y el alcance de protección que se quiera reflejar

⁶⁹ Ver Andrea Bianchi, *The Game of Interpretation in International Law: The Player, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle*, en Bianchi, Peat, and Windsor, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁷⁰ Kennedy, *op. cit.*, p. 1351.

⁷¹ *Ibidem*, p. 1352.

en éste. Por ejemplo, el TLCAN excluye deudas de carácter comercial o reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de una transacción comercial,⁷² en tanto que, algunos otros tratados como el TCE sí las incluyen.⁷³ Otros tratados circunscriben el ámbito de su protección a la inversión directa,⁷⁴ en contraposición a la llamada inversión indirecta o capital golondrino.⁷⁵

Una característica peculiar de la mayoría de tribunales arbitrales establecidos en el marco del CIADI es que hacen referencia al concepto de inversión del artículo 25 del Convenio CIADI, así como al alcance amplio que los negociadores quisieron dar a dicho término al no definirlo. Lo anterior, con el objeto de no limitar lo que cada una de las Partes contratantes entendería por inversión.⁷⁶ En términos generales, se han identificado distintas formas para abordar el término inversión, entre las que se encuentran:

⁷² Por ejemplo, el artículo 1139 del TLCAN. Definiciones. [...] pero inversión no significa:

(i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

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

(ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o

(j) cualquier otra reclamación pecuniaria; [...].

Ver Secretariado del TLCAN. Inicio/Textos jurídicos/Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Disponible en: <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-del-Acuerdo/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1139->. Última visita el 25 de marzo de 2017.

⁷³ Verbigracia, el artículo 1 del TCE. Definiciones. [...] 6. “Inversión”, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:

[...]

c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión; [...].

Ver International Energy Charter. Process/Energy Charter Treaty (1994)/Energy Charter Treaty. Disponible en: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>. Última visita el 25 de marzo de 2017.

⁷⁴ El TCE aborda tanto la inversión directa, es decir, inversión que involucra control de las operaciones por parte del inversionista, como la inversión indirecta, es decir, financiamientos de bancos y otros tipos de préstamos.

⁷⁵ “La inversión extranjera [directa] implica la transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro con el propósito de su uso en ese país para generar riqueza bajo el control total o parcial del dueño de los activos. [...] La inversión de cartera [indirecta o *portfolio* por su denominación en inglés] suele estar representada por un movimiento de dinero con el propósito de comprar acciones en una compañía formada o funcionando en otro país”. Ver M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 9. De acuerdo a este autor, “la mejor opinión es que la inversión de cartera no está protegida a menos que esté específicamente incluida en la definición de inversión extranjera en el tratado pertinente”.

⁷⁶ “Es comúnmente conocido que el Convenio no define el término “inversión” y que varias propuestas para definirlo durante las negociaciones de redacción fracasaron. Este hecho se refleja en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, el cual señaló que:

27. No se trató de definir el término “inversión” dado los requisitos esenciales del consentimiento de las partes y los mecanismos a través de los cuales los Estados contratantes pueden darlo a conocer por adelantado, si así lo desean, las clases de controversias que ellos someterían o no al Centro (artículo 25, párrafo 4)”.

Ver *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, párrafo 63. En el mismo sentido ver: *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011 y *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, CIRDI Aff. N° ARB/00/6, Décision sur la

- 1) El enfoque objetivo o también denominado “enfoque autónomo”. Según este enfoque el término inversión del artículo 25 del Convenio CIADI tiene un significado *per se* o inherente. Con base en éste, los tribunales han derivado diversas características o rasgos (3 a 6) de lo que implica la palabra inversión.⁷⁷
- 2) El “enfoque definido por las Partes” mediante el cual se recurre directamente a la definición de inversión contenida en el TBI.⁷⁸ Algunos autores han denominado y consideran esta postura como la más apta. De acuerdo a éstos, dicho enfoque encuentra apoyo en la historia negociadora del Convenio CIADI.⁷⁹
- 3) Enfoque de “la prueba combinada”. Conforme a éste, se recurre a la definición contenida en el TBI ya que éste “refleja los límites del consentimiento del Estado”. Sin embargo, también se analiza “el sentido inherente del término inversión” contenido en el Convenio CIADI, el cual, “establece los límites de la jurisdicción del CIADI y de la competencia del tribunal”.⁸⁰

Independientemente del enfoque que los tribunales adopten, para efectos de este trabajo es importante destacar que la definición de inversión de los TBI no hace referencia alguna a los actos del Estado en su carácter privado o soberano. Empero, es común que algunos tribunales señalen que operaciones meramente o puramente comerciales no están protegidas por los TBI. Dicha afirmación no puede ser generalizada debido a que algunos tratados las incluyen o las consideran como inversión para efectos de su protección.⁸¹

Compétence, 16 juillet 2001.

⁷⁷ Ver Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, pp. 74-75 y *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, párrafo 370.

⁷⁸ *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, párrafo 370.

⁷⁹ Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁰ *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, párrafo 344.

⁸¹ “[...] el Tribunal Arbitral no puede considerar el contrato de compra como puramente comercial, ni tampoco puede considerarse puramente comercial la acción de denegar el pago de la tarifa doble en virtud del contrato. En cuanto a la objeción de que el contrato de compra no es un contrato de inversión en el sentido del Tratado, basta con señalar que dicho contrato está claramente comprendido en la definición de inversiones del artículo 1 del Tratado”. Ver *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce, Arbitral Award, 16 December 2003, párrafo 4.4.4.1.d.2. No coincidimos con la conclusión del tribunal, el hecho de que el TCE considere dichos contratos dentro del alcance de inversión, no los priva de su carácter meramente comercial.

A este respecto, cabe referir el caso *Fedax c. Venezuela* en el que la Demandada cuestionó que la compra de pagarés por parte del inversionista –suscritos por Venezuela a favor de la empresa Industrias Metalúrgicas Van Dam C.A.–, y endosados al inversionista, constituían una inversión susceptible de ser ventilada en un procedimiento inversionista-Estado. En particular, se impugnó la ausencia de conexión o territorialidad de la supuesta inversión.⁸² Aunque no se abordó estrictamente la dicotomía público/privado respecto de los actos del Estado, sí se señaló, y de hecho se enfatizó, que la operación calificaba como inversión en contraposición de una operación puramente comercial.⁸³ Lo anterior, con base en argumentos que involucraban la utilización del término público. En efecto, el Tribunal enfatizó el carácter público de la ley que regulaba los instrumentos en cuestión y el interés “público” que involucraba la transacción:

[...] hay un elemento adicional que el Tribunal tiene que tomar en consideración. Los pagarés fueron emitidos por la República de Venezuela en los términos de *la Ley de Crédito Público* (la Ley), *que regula específicamente las operaciones de crédito público* destinadas a recaudar fondos y recursos “para realizar obras productivas, atender las necesidades de interés nacional y cubrir las necesidades transitorias de la tesorería”. *Es evidente que las transacciones involucradas en este caso no son transacciones comerciales ordinarias e implican de hecho un interés público fundamental.* [...] Esta Ley fue promulgada para proveer el desarrollo ordenado de los arreglos financieros públicos y ha sido apropiadamente utilizada por la República de Venezuela en este caso [...].⁸⁴ (Énfasis añadido)

Consideramos que la noción de inversión implica la existencia de un vínculo territorial entre el inversionista y el territorio del Estado huésped,⁸⁵ no obstante, el Tribunal en el caso en comento

⁸² El Tribunal justificó esa reclamación señalando: “Al igual que otros tratados bilaterales de inversión y acuerdos multilaterales, el Acuerdo [TBI Holanda-Venezuela] contiene varias referencias a las inversiones realizadas “en el territorio” de las Partes Contratantes. [...] La cuestión importante es si los fondos disponibles son utilizados por los beneficiario del crédito, como en el caso de la República de Venezuela, para financiar sus diversas necesidades gubernamentales”. *Fedax N.V. and The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997, párrafo 41.

⁸³ Situación en la cual, según el Tribunal, no estaría protegida por el TBI. Ver *ibidem*, párrafo 28.

⁸⁴ *Ibidem*, párrafo 42.

⁸⁵ Esto se podría desprender de la percepción que cerca de 164 Miembros de la OMC tienen al respecto. Por ejemplo, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios establece:

Artículo I Alcance y definición

[...]

2. A los efectos del presente Acuerdo, se define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:

[...]

c) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro; [...].

Ver Organización Mundial del Comercio. Portada/documentos/textos jurídicos/general sobre el comercio de servicios. Acuerdo de la Ronda Uruguay. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm. Última visita el 15 de marzo de 2019. En el mismo sentido, ver *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No.

soslayó dicha situación poniendo mayor énfasis en la transferencia de fondos.⁸⁶ Para apoyar su conclusión, el Tribunal hizo referencia al vocablo “público”, como si éste tuviera un carácter disuasivo especial. En cualquier caso, no compartimos que la operación (compra de pagarés emitidos por el Estado) calificará como inversión. De hecho, la explicación que el propio Tribunal realiza del “riesgo” de la operación para justificar su carácter de inversión –“la existencia misma de una controversia en cuanto al pago del principal e interés evidencia el riesgo que el tenedor de los pagarés asumió”–, más bien parece describir lo que implica una transacción meramente comercial. De este modo, y aplicando *mutatis mutandis* el razonamiento de *Abi-Saab* en el caso *Abaclat c. Argentina* para rechazar la existencia de una inversión, el endoso de los pagarés de la empresa venezolana Industrias Metalúrgicas Van Dam a favor de *Fedax*, empresa establecida y domiciliada en Curaçao, Antillas Holandesas, no parecería ajustarse al término inversión:

El laudo no distingue claramente entre las compras en el mercado primario, involucrando al emisor (Argentina) y los primeros compradores de la emisión (los suscriptores), y el mercado secundario, donde se negocian valores emitidos anteriormente, sin ninguna participación del deudor soberano. Un Tribunal del CIADI no puede mirar sólo los aspectos económicos de una transacción, sin tener en cuenta su marco legal y estructura, a fin de determinar si se califica como una “inversión” protegida o no.⁸⁷

Por otra parte, la referencia al riesgo no parece aportar demasiado al carácter de una inversión dado que “prácticamente cualquier trato de negocios que se extiende más allá del día de su conclusión, implicará de cierta forma, circunstancias que ponen en peligro la certeza para ambas partes respecto de la posibilidad de cumplir con lo que se acordó”.⁸⁸ De cualquier forma, consideramos que es irrelevante hacer referencia al “carácter meramente comercial” de la operación para determinar si una inversión califica como tal. Como se señaló anteriormente, algunos tratados incluyen transacciones que podrían caer dentro de dicha categoría, *i.e.* prestaciones que tengan un valor económico.⁸⁹ Por lo tanto, estas operaciones deben considerarse inversiones ya que las Partes del

ARB/07/5, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, 28 October 2011 y *Bayview Irrigation District y Otros c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1, Laudo, 19 de junio de 2007.

⁸⁶ Ver *Fedax N.V. and The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997, párrafo 41.

⁸⁷ *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, 28 October 2011, párrafo 70.

⁸⁸ Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, p. 75.

⁸⁹ Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR:
Artículo 1 Definiciones

A los fines del presente Protocolo:

1. El término “inversión” [...] Incluye en particular, aunque no exclusivamente:
[...]

TBI quisieron incluirlas dentro del ámbito de protección. Además, la distinción no es del todo exacta, ya que precisamente una operación comercial podría considerarse inversión. Esto independientemente del calificativo que se le dé a la transacción, “trato de una sola vez”, “venta de una única ocasión” o “acción comercial ordinaria”, como algunos autores la han calificado para señalar que éstas no pueden considerarse una inversión. Más bien, habría que recurrir a la definición del TBI, considerar la estructura y carácter territorial de la inversión y, en su caso, acudir a la definición objetiva del término inversión del Convenio CIADI. Al respecto, la definición objetiva de inversión que han desarrollado los tribunales puede abarcar las siguientes características: i) una cierta duración; ii) una cierta regularidad de ganancia y retorno; iii) asunción de riesgo; iv) un compromiso sustancial; y v) una importancia para el desarrollo del Estado huésped.⁹⁰ Dichas características –con excepción de la segunda–, fueron retomadas en el caso *Salini c. Marruecos*,⁹¹ y desde entonces ha sido referencia generalizada por otros tribunales arbitrales para su aceptación o rechazo.⁹²

Con base en el análisis de esta subsección, consideramos que al igual que como ocurre con el tema de inversionista (jurisdicción *ratione personae*), para el caso de la jurisdicción *ratione materiae*, no tiene sentido práctico recurrir a la bifurcación público/privado para determinar si una operación constituye una inversión. Ello se justifica porque los propios TBI no hacen dicha referencia o distinción. En este sentido, resulta improcedente hacer uso de dicha bifurcación con el fin de reforzar el razonamiento por el cual se concluya la existencia de una inversión, tal como aconteció en *Fedax c. Venezuela* y *SGS c. Paquistán*.⁹³ En este último caso, la inversión consistía en contratos de inspección previa de mercancías que se exportaban a Paquistán. Salvo por la existencia de oficinas de enlace –que no incurrían en actividades comerciales–, la inversión en dicho caso carecía del requerimiento territorial. A pesar de esta situación, el Tribunal a efectos de robustecer su conclusión de que la operación económica objeto de análisis calificaba como

c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico.

Ver Sistema de Información sobre Comercio Exterior. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC1193.asp>. Última visita el 23 de marzo de 2017.

⁹⁰ *Fedax N.V. and The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997, párrafo 43. Interesantemente, los criterios referidos por el Tribunal se basaron en un artículo académico.

⁹¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, párrafo 52.

⁹² Ver Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, pp. 67-71, donde el autor analiza la evolución y utilización del criterio Salini por los tribunales.

⁹³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003.

inversión, refirió al carácter público o *iure imperii* de las funciones delegadas al inversionista. Al respecto, Douglas califica de irrelevante dicho proceder:

Todo lo que se podría decir en relación con el requisito territorial es que hubo un gasto de fondos en Paquistán que fue incidental para el cumplimiento de SGS de sus obligaciones primarias en el extranjero. *El tribunal en lugar de ello reforzó su conclusión de que SGS había hecho una inversión cubierta al señalar que las funciones delegadas a SGS eran de carácter jure imperii. Pero esto debe ser irrelevante para la cuestión.* Aunque es poco probable que ocurra en la práctica, suponga que Paquistán ha delegado parte de sus servicios consulares empleando a una empresa privada en un tercer país para tramitar visas para viajar a Paquistán. Esta es sin duda una delegación de una función *jure imperii*, pero el compromiso de la empresa privada con los recursos en el tercer estado difícilmente podría satisfacer la exigencia territorial de una inversión en Paquistán.⁹⁴ (Énfasis añadido)

Nos unimos a la crítica antes referida, adicionalmente, consideramos que recurrir al uso de la bifurcación público/privado de los actos del Estado para justificar la existencia de una inversión desnaturaliza el análisis mismo de dicho término. Efectivamente, el haber recurrido a la utilización del binomio público/privado en los dos casos antes referidos, coloca a la dicotomía en la etapa de “estéreo-tipificación”. De acuerdo a Duncan Kennedy, esa etapa “involucra la disolución más que el colapso de la distinción”,⁹⁵ así como una utilización relajada de ésta, de manera que “los argumentos “legales” prueban demasiado, es decir, “no puede ser la fuerza de las fórmulas que utilizamos las que generan nuestra convicción de que un lado o el otro es correcto ya que rechazamos argumentos idénticos en el siguiente caso”.⁹⁶ De este modo, el uso de la distinción “en los argumentos legales parece un mero ejercicio”⁹⁷ automático sin que exista convicción sobre la utilidad en la aplicación de la distinción.

2.3.3 La cláusula paraguas

En la Tabla 3 se muestra una serie de disposiciones en materia de inversiones de diversos tratados: *TBI Alemania – EE. UU.*, *TBI Argentina – Francia*, *TBI EE. UU. – Rumania*, *TBI México – Suiza* y *el TBI Reino Unido – Turkmenistán*. Los preceptos contenidos en la Tabla 3 tienen un común denominador, a saber, se trata de artículos que reflejan la llamada cláusula paraguas (“*umbrella clause*”). Una cláusula paraguas “es una disposición en un tratado de protección de inversiones que

⁹⁴ Zachary Douglas, *The International Law...*, *op. cit.*, p. 196.

⁹⁵ Recordemos que el colapso de la distinción implica que no importa como la uses se termina en una contradicción. Ver Duncan Kennedy, *op. cit.*, p. 1351.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 1353-1354.

⁹⁷ *Idem*.

garantiza el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el estado anfitrión frente al inversionista”.⁹⁸ Se le llama de esta manera porque implica que compromisos contractuales y de otra índole estén cubiertos por el “paraguas” protector del TBI. También se le conoce como cláusulas de “cumplimiento de compromisos”⁹⁹ y no necesariamente forman parte de las disposiciones estándares en los TBI o TLC.

Tabla 3. Ejemplos de Cláusulas Paraguas

Tratado	Texto original	Traducción
Alemania – EE.UU.	<p>Artikel 9</p> <p>(2) Jede Vertragspartei wird jede andere Verpflichtung einhalten, die sie in bezug auf Kapitalanlagen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften der anderen Vertragspartei in ihrem Hoheitsgebiet übernommen hat.</p>	<p>Artículo 9</p> <p>(2) Cada Parte Contratante deberá cumplir con cualquier otra obligación que haya asumido con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte Contratante en su territorio.</p>
Argentina – Francia	<p>ARTICULO 10</p> <p>Compromisos Específicos</p> <p>2. Cada una de las Partes Contratantes observará cualquier obligación que haya asumido por escrito, en relación con inversiones en su territorio hechas por inversionistas de la otra Parte Contratante. Las controversias surgidas respecto de dichas obligaciones, serán solucionadas únicamente de acuerdo a los términos contenidos en el contrato respectivo.</p>	
EE.UU. – Rumanía	<p>ARTICLE II</p> <p>2. [...]</p> <p>(c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.</p>	<p>ARTÍCULO II</p> <p>2. [...]</p> <p>(c) Cada Parte cumplirá con cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones.</p>
México - Suiza	<p>Artículo 10</p> <p>Otras obligaciones</p> <p>(2) Cada Parte cumplirá cualquier otra obligación que haya asumido con respecto a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte.</p>	
Reino Unido - Turkmenistán	<p>Article 2</p> <p>Promotion and Protection of Investment</p> <p>(2) [...] Each Contracting Party shall observe any obligation it, may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.</p>	<p>Artículo 2</p> <p>Promoción y protección de la inversión.</p> <p>2. [...] Cada Parte Contratante cumplirá con cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte Contratante.</p>

El origen de la cláusula paraguas puede rastrearse al periodo posterior a la segunda guerra mundial, con la incursión de “proyectos de gran escala pertenecientes a inversiones extranjeras que dieron

⁹⁸ Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, p. 166.

⁹⁹ María Cristina Gritón Salias, Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings?, en Christina Binder et al., *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, New York, Oxford University Press, 2009), p. 490.

lugar a la pregunta de si las garantías otorgadas en virtud de la legislación nacional del Estado anfitrión proporcionaban suficiente estabilidad jurídica para justificar los gastos requeridos para tales proyectos”.¹⁰⁰ De este modo, “estas disposiciones elevan un incumplimiento de contrato entre el Estado anfitrión y un inversionista a una violación de tratado”.¹⁰¹ Algunos tribunales han sugerido que “una cláusula paraguas suele considerarse como una transformación de las obligaciones del derecho nacional en obligaciones directamente reconocibles en el derecho internacional”.¹⁰²

Aunque la definición de lo que significa una cláusula paraguas y la explicación de su alcance parecen sencillas, de modo que su interpretación no debería involucrar mayor problema, este tipo de disposiciones ha dado lugar a un número exorbitante de reclamaciones y conclusiones contradictorias.¹⁰³ El punto controversial se basa esencialmente en determinar si el compromiso – normalmente un contrato–, fue pactado por el Estado y el inversionista reclamante. Precisamente, las demandantes han pretendido interpretar la cláusula paraguas en el sentido de permitir reclamar daños derivados de contratos en las que entidades distintas del Estado mismo son parte. Lo anterior, valiéndose del concepto de atribución, suponiendo que las conductas de entes distintos del Estado pueden comprometer la responsabilidad internacional de éste.

La problemática expuesta en el párrafo anterior se ilustra en *EDF c. Rumania*. Dicho caso involucró reclamaciones que derivaron de la supuesta toma arbitraria de una concesión para prestar servicios de tiendas libres de impuestos (“*Duty Free Shops*”) en diversos aeropuertos en Rumania y a bordo de los aviones. En esa controversia, la Demandante argumentaba que los actos de las entidades Bucarest Aeroport Otopeni (“*AIBO*”) y Compañía de Transportación Aeriene Romane Tarom S.A. (“*TAROM*”) eran atribuibles a Rumania porque ambas eran agencias gubernamentales, controladas y dirigidas por el Estado rumano.¹⁰⁴ En contrapartida, la Demandada rechazó que dichas entidades fueran órganos del Estado o que ejercieran facultades gubernamentales en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, el Tribunal concluyó:

¹⁰⁰ Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, p. 168. Para un breve análisis sobre los orígenes de dicha cláusula ver *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc, Partial Award and Dissenting Opinion, 19 August 2005, párrafo 251.

¹⁰¹ J. E. Alvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Maubeuge, Brill, 2011, p. 33.

¹⁰² *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, párrafo 53.

¹⁰³ *Cfr. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003 y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Declaration by Antonio Crivellaro, 29 January 2004. Ver Sornarajah, *The International Law ...*, *op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁴ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, párrafo 102.

Las referencias hechas en este contexto al Contrato de ASRO y al Contrato de SKY son evidencia de la interpretación errónea de la Cláusula paraguas por parte del Demandante. Las “obligaciones contraídas”, a las que se refiere el artículo 2 (2) del TBI, son obligaciones asumidas por el Estado rumano. El incumplimiento de las obligaciones contractuales por una parte conlleva la responsabilidad de dicha parte a nivel contractual. En principio, no hay responsabilidad por parte del Estado por tal incumplimiento en el presente caso, ya que el Estado, al no ser parte en el contrato, no ha asumido directamente las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento se invoca.

No está claro si la Demandante se basa en la atribución al Estado de ciertos actos y la conducta de *AIBO* y *TAROM* en el supuesto de que incumplan el Contrato de ASRO o el Contrato de SKY para imputar al Estado la responsabilidad de dicho incumplimiento. Si es así, esta construcción de la cláusula paraguas sería incorrecta, ya que la atribución a la Demandada de los actos y conductas de *AIBO* y *TAROM* no hace que el Estado esté directamente vinculado por el Contrato de ASRO o el Contrato de SKY a los efectos de la cláusula paraguas.

La atribución no modifica el alcance y el contenido de las obligaciones derivadas del Contrato de ASRO y el Contrato de SKY, que siguen siendo contractuales, ni hace que Rumania sea parte de dichos contratos.¹⁰⁵

Si bien el Tribunal fue enfático y claro al establecer la distinción que se debe mantener entre el tema de atribución y las disposiciones que derivan de un contrato, el alcance de la cláusula paraguas está lejos de ser resuelto y ha dado lugar a decisiones divergentes y en ocasiones contradictorias.¹⁰⁶

Así, derivado del derecho de casos, se han identificado los siguientes enfoques interpretativos respecto de la cláusula paraguas:

- Un incumplimiento de contrato da lugar a una violación de tratado sólo cuando las Partes han expresado claramente su intención para tal efecto en la cláusula paraguas.¹⁰⁷
- Obligaciones contractuales ordinarias que no involucren ningún uso de poder público (“*puissance publique*”) pueden estar cubiertas por la protección de un tratado conforme a la redacción de la cláusula paraguas.¹⁰⁸
- Sólo conductas y actos realizados por el Estado en ejercicio de su autoridad soberana que impliquen violaciones al tratado están protegidos por la cláusula paraguas.¹⁰⁹

¹⁰⁵ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, párrafos 317-319.

¹⁰⁶ Alvarez, *The Public International...*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003, párrafo 165.

¹⁰⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Declaration by Antonio Crivellaro, 29 January 2004, párrafo 128.

¹⁰⁹ *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, párrafo 84.

- Una cláusula paraguas transforma todas las reclamaciones contractuales en reclamaciones de tratado, transformando obligaciones de derecho nacional en obligaciones de derecho internacional.¹¹⁰
- Las cláusulas paraguas pueden ser la base para reclamaciones de tratado, pero sin transformar reclamaciones contractuales en reclamaciones de tratado.¹¹¹

De los enfoques interpretativos anteriores se desprende que cuando la cláusula paraguas es objeto de análisis, los tribunales tienden a analizar si una reclamación meramente contractual puede dar lugar a responsabilidad estatal. Para ello, es común que se analice si la conducta fue realizada en ejercicio soberano o meramente comercial. De ahí la importancia para el presente trabajo. Por lo anterior, y dado que en un tema específico como lo es la cláusula paraguas se tiende a involucrar confusamente diversos subtemas (atribución, jurisdicción, violaciones de tratado *vis-à-vis* incumplimientos contractuales y carácter de las actuaciones), en las siguientes subsecciones se examinará de forma separada y a efectos de claridad, la interacción de todos los elementos que están en juego. Por ahora, basta hacer referencia a algunos casos específicos donde se muestra dicha interacción y confusión.

En *Duke Energy c. Ecuador*, el inversionista era propietario de Electroquil, una empresa generadora de energía eléctrica en Ecuador. Las reclamaciones de la Demandante surgieron de los supuestos incumplimientos de diversos acuerdos para la generación de energía eléctrica y el suministro a la ciudad de Guayaquil en Ecuador. En ese diferendo, el Tribunal al analizar las reclamaciones bajo la cláusula paraguas mencionó los problemas que han derivado sobre el alcance interpretativo de la cláusula paraguas:

Una cuestión controvertida es si una cláusula general en un TBI eleva necesariamente cualquier incumplimiento de contrato por parte de un Estado al nivel de incumplimiento de un tratado. De hecho, algunos tribunales han incluido en el alcance de una cláusula paraguas obligaciones contractuales como obligaciones de pago mientras que otros han favorecido las obligaciones asumidas a través de la ley o reglamentos.

Otra pregunta abierta es si la interferencia soberana es necesaria para constituir una violación de una cláusula paraguas. Mientras que, según lo indicado por la Demandada, el lenguaje a tal

¹¹⁰ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, párrafos 53, 54 y 55.

¹¹¹ James Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International* 24, no. 3 (September 1, 2008), pp. 351–374. Ver también *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, párrafo 200.

efecto aparece en algunos casos, como *CMS c. Argentina y Pan American Energy & BP c. Argentina* y *El Paso c. Argentina*, la mayoría de las decisiones no formulan dicha distinción.¹¹²

En esa controversia, el Tribunal adoptó un enfoque pragmático al rechazar abordar dichos puntos polémicos debido a los términos amplios de la cláusula paraguas que indicaba “cualquier obligación”, así como por el acuerdo expreso de las partes en el acuerdo arbitral en el que se estipulaba que el TBI aplicaba a disputas contractuales.¹¹³ Significativamente, para poder pronunciarse sobre la violación de la cláusula paraguas, el Tribunal realizó un examen de los siguientes elementos:

- i) si la obligación fue asumida por el Estado mismo, es decir, si éste era parte en el contrato;
- ii) si la obligación estaba relacionada con una inversión; y
- iii) si existía un incumplimiento de la obligación asumida.

Otro caso en el que también se siguió el examen legal descrito anteriormente, aunque sí se tocaron los temas controversiales sobre la cláusula paraguas fue el de *Hamester c. Ghana*. La controversia surgió por reclamaciones de un acuerdo de coinversión (“*JVA*”) entre la Demandante y una compañía de Ghana creada por ley –Ghana Cocoa Board (“*Cocobod*”)–, para renovar una fábrica de procesamiento de cacao en grano en Takoradi, oeste de Ghana. También se presentaron reclamaciones por supuestas violaciones del acuerdo de coinversión. El Tribunal al analizar el alcance de la cláusula paraguas abordó los temas relativos a: i) la identidad de la parte sujeta de la obligación; ii) la distinción entre derecho nacional y derecho internacional; y iii) la divergencia entre el alcance de la cláusula paraguas y el principio de atribución en el derecho internacional. Al respecto, el Tribunal aclaró:

- (i) [...], las obligaciones contractuales que la Demandante trata de imponer a [Ghana] no fueron “asumidas por ella”. Dado que la cláusula paraguas en este TBI está específicamente delimitada por referencia a obligaciones que han sido “asumidas por el Estado”, el Tribunal no ve base para ignorar estas palabras y para extender el ámbito de la disposición a las obligaciones contractuales asumidas por otras entidades.

¹¹² *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, párrafos 319-320. Ver también los casos referidos en la cita: *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, párrafos 299-300; *Pan American Energy LLC & BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, párrafos 108-109 y *El Paso Energy Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, párrafos 79-81.

¹¹³ *Ibidem*, párrafo 321.

- (ii) Si las obligaciones de la ley nacional que fueron negociadas entre las partes del *JVA* y asumidas por *Cocobod* en este caso, se consideraran como obligaciones asumidas por el Estado con Hamester, esto, en efecto, transformaría completamente su naturaleza, alcance, y ley aplicable. [...], el Tribunal concluye que los Estados contratantes no tenían la intención de transformar las obligaciones contractuales del derecho nacional celebradas por entidades separadas.
- (iii) El Tribunal está consciente de que algunos tribunales en esta área han extendido el ámbito de las “cláusulas paraguas” a los contratos celebrados por entidades separadas, en referencia a los principios de atribución del derecho internacional. [...] incluso si los principios de atribución del derecho internacional fueran aplicables al interpretar el ámbito de [la cláusula paraguas], es claro que el acto de *Cocobod* de concluir el *JVA* no fue atribuible a [Ghana], ya sea en virtud del Artículo 5 o el Artículo 8 de los Artículos de la CDI.¹¹⁴

Las conclusiones de los dos casos anteriores contrastan con las de *Noble c. Rumania*. La controversia en dicho caso versó sobre una serie de reclamaciones basadas en un acuerdo de privatización respecto a la adquisición, manejo, operación y disposición de una fábrica de acero y otros activos en Rumania. Aunque las reclamaciones fueron rechazadas, las constataciones del Tribunal en su análisis de la cláusula paraguas han sido controversiales:

En general, se considera que una cláusula paraguas transforma las obligaciones del derecho municipal en obligaciones directamente reconocibles en el derecho internacional. [...] dos Estados pueden incluir en un tratado de inversión bilateral una disposición en el sentido de que, en aras de lograr los fines y objetivos del tratado, el Estado receptor puede incurrir en responsabilidad internacional por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales hacia el inversor privado de la otra Parte, el incumplimiento del contrato se “internacionaliza”, es decir, se asimila al incumplimiento del tratado. [...] Por lo tanto, una cláusula paraguas, cuando se incluye en un tratado bilateral de inversión, introduce una excepción a la separación general de las obligaciones de los Estados en virtud del derecho municipal y del derecho internacional.¹¹⁵

No coincidimos con la aseveración del Tribunal, consideramos que la obligación derivada de un contrato no se internacionaliza y rige por el derecho internacional por el simple hecho de incluir una cláusula paraguas en un TBI, las obligaciones derivadas de dicho contrato siguen rigiéndose por el derecho nacional. Sin embargo –y sujeto a que la parte contratante sea el Estado mismo–, la cláusula paraguas implicaría que un incumplimiento contractual daría lugar a una violación a dicha cláusula, pero no existe una transformación de las obligaciones que siguen rigiéndose bajo su propio derecho. Esto se aborda con mayor detenimiento en la siguiente subsección.

¹¹⁴ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, párrafos 329-347.

¹¹⁵ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, párrafos 53-55.

Conforme al razonamiento esgrimido en esta subsección, consideramos que el uso de la distinción público/privado en el análisis de la cláusula paraguas es innecesaria. Efectivamente, si ésta es incluida en el TBI, el análisis debe enfocarse en determinar si la obligación o compromiso, normalmente contractual, fue adquirido por el Estado mismo. De ser el caso, restaría determinar si dicho compromiso está relacionado con la inversión y si existió un incumplimiento. Dado que el Estado puede actuar en su carácter privado en el incumplimiento de una obligación contractual, resultaría inútil e incluso confuso tener que analizar esta situación en el examen legal de la cláusula paraguas. Teniendo en cuenta los casos abordados, y aplicando las etapas por las que atraviesa la bifurcación público/privado según Duncan Kennedy, se puede concluir que el uso de la distinción público/privado en el caso de la cláusula paraguas se encuentra en una etapa de “continuación”, es decir, existe lugar para la disensión sobre cómo hacer la distinción y las consecuencias que ésta implica.

2.3.4 Consecuencias jurídicas del incumplimiento de un contrato *vis-à-vis* la violación de un tratado

La separación de las conductas del Estado entre públicas y privadas también se ha presentado con relación a la distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones de tratado. Aunque existen autores que distinguen entre arbitrajes basados en contratos, los cuales se ubican en la esfera privada de la actividad del Estado, y arbitrajes basados en tratados de inversión, que otorgan a los árbitros competencia amplia sobre el derecho público,¹¹⁶ dicha distinción tiende a diluirse a la luz del creciente número de reclamaciones inversionista-Estado basado en el incumplimiento de contratos. Justamente, en el ámbito académico y en la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones, existe discrepancia sobre la relación entre dicho tipo de reclamaciones. Empero, se puede hablar de un cierto grado de acuerdo sobre el principio derivado del caso *Vivendi c. Argentina* según el cual, “un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y vice versa”,¹¹⁷ es decir, los mismos hechos pueden dar lugar a una violación contractual y de un tratado. Lo anterior dependerá del contenido de norma primaria objeto de análisis:

¹¹⁶ Gus Van Harten, “The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”, *International & Comparative Law Quarterly* 56, no. 2 (April 2007), p. 371.

¹¹⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina*, Decisión sobre la Anulación (ICSID Case No. ARB/97/3) (2000), párrafos 95.

En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento de un tratado en el presente caso, [...]. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y vice versa, [...]. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido un incumplimiento del TBI y la de si ha habido un incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable, en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato [...] el Estado argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos.¹¹⁸

Se ha detectado que los tribunales, en sus análisis interpretativos sobre la relación entre incumplimiento/reclamaciones contractuales y de tratado, suelen distinguir entre actos soberanos y comerciales del Estado. No obstante, dada la frecuencia y discrepancia con la que lo han hecho cabe preguntarse sobre la pertinencia de formular dicha distinción. En esta subsección se responderá a dicha pregunta haciendo un análisis de los casos en los que se ha presentado esta situación. Antes de hacerlo, es importante tener en mente una serie de elementos que nos permitirá tener claridad sobre el tema:

- i. La distinción conceptual entre derecho internacional y derecho interno. Un contrato siempre se regirá por el derecho que se indique en el mismo, normalmente el derecho nacional. Sin embargo, un contrato es relevante para el derecho internacional cuando éste se “incorpora” de alguna forma en dicho ámbito.
- ii. La incorporación de un contrato al ámbito del derecho internacional de las inversiones puede realizarse mediante dos vías: 1) la cláusula paraguas y/o 2) la cláusula jurisdiccional general.
- iii. El cualquiera de las dos vías de incorporación antes referidas hay que tener en cuenta la distinción entre la norma primaria y secundaria a fin de no mezclar los elementos de cada una de ellas.
- iv. Por lo que hace a una cláusula paraguas, y aun sin la existencia de una cláusula jurisdiccional general, ésta sirve de base para una reclamación sustantiva del tratado.¹¹⁹ Sin embargo, no convierte la reclamación contractual en una reclamación de tratado, es decir, el contrato se sigue rigiendo por su propio derecho.¹²⁰

¹¹⁸ *Ibidem*, párrafos 95-96.

¹¹⁹ Crawford considera la cláusula paraguas como “mecanismo adicional para la ejecución de las reclamaciones”, ver Crawford, *op. cit.*, p. 370.

¹²⁰ Crawford; Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd Edition, Cambridge University

- v. En el caso de una cláusula jurisdiccional amplia,¹²¹ y a pesar de la inexistencia de una cláusula paraguas, ésta sirve como fundamento para otorgar competencia contractual a un tribunal. Así, respecto de los mismos hechos se podrían formular reclamaciones fundamentadas en el TBI o bien, en el contrato de inversión mismo. Empero, esta posibilidad se sujeta a determinadas condiciones:
- debe tratarse de una disputa en materia de inversiones;
 - el contrato debe haberse celebrado con el Estado mismo y no con otra entidad con personalidad jurídica distinta. No se trata de un tema de atribución (norma secundaria) sino de interpretación de la oferta jurisdiccional; y
 - debe respetarse cualquier cláusula jurisdiccional contenida en el contrato.¹²²
- vi. La norma secundaria y los elementos que la componen (incumplimiento y atribución) sólo entran en juego en la etapa de fondo (responsabilidad) y no en la jurisdiccional.

Teniendo presentes los elementos anteriores, pasamos al análisis de los casos pertinentes para este apartado.

2.3.4.1 Los casos SGS

En *SGS c. Paquistán*, la Reclamante argumentaba que una violación *per se* al contrato equivalía a una violación del TBI.¹²³ De forma alternativa que ésta podría ocurrir como consecuencia y efecto del artículo 11 del TBI (cláusula paraguas).¹²⁴ Según el tribunal era la primera disputa que involucraba examinar el alcance de una cláusula como la del artículo 11.¹²⁵ Al respecto, éste

Press, 2009.

¹²¹ Ejemplo: “*Toda diferencia relativa a las inversiones*, en el sentido del presente Acuerdo entre una de las Partes contratantes y un inversionista de la otra Parte será, en tanto sea posible, solucionada amigablemente entre las dos Partes concernientes”. Artículo 8 del TBI Argentina – Francia. United Nations UNCTAD. Investment Policy Hub. International investment Agreements Navigator. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/91>. Última visita el 26 de agosto de 2017.

¹²² Crawford, *op. cit.*, pp. 362-623.

¹²³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003, párrafo 156.

¹²⁴ Artículo 11. Observancia de compromisos. Cualquiera de las Partes Contratantes garantizará constantemente el cumplimiento de los compromisos que ha contraído con respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Ver Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Islámica de Pakistán sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones. United Nations UNCTAD. Investment Policy Hub. International investment Agreements Navigator. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2130>. Última visita el 6 de marzo de 2019.

¹²⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003, párrafo 164.

rechazo ambas proposiciones formuladas por el inversionista. Con relación a la primera, el Tribunal no consideró que la frase “disputas respecto de inversiones” del artículo 9 del *TBI Suiza – Paquistán* o cualquier otra disposición del mismo pudieran incluir reclamaciones meramente contractuales.¹²⁶ Por lo que hace al argumento alternativo del inversionista, el Tribunal, en primer lugar, consideró que la palabra “compromisos” no se limitaban a compromisos contractuales.¹²⁷ En segundo lugar, consideró que el texto del artículo 11 no tenía la intención de que incumplimientos contractuales (una cuestión de derecho nacional) se “elevaran” automáticamente a violaciones de un tratado internacional.¹²⁸ Además, señaló que esa no parecía haber sido la intención de las Partes.¹²⁹ De acuerdo al Tribunal, el contexto de la disposición dentro del TBI no parecía proyectar una obligación sustantiva.¹³⁰ Finalmente, para rechazar la interpretación propuesta por el inversionista, el Tribunal hizo referencia al principio *in dubio mitius* de acuerdo al cual, en la interpretación de tratados se debe aplicar un enfoque prudencial.¹³¹ El Tribunal fue directo en su análisis y rechazó la argumentación del inversionista. Resulta importante destacar que, en el análisis de dicha reclamación, el Tribunal, a diferencia de otros, prescindió de aplicar la distinción entre actos comerciales y públicos o actos *iure gestionis* en contraposición de actos *iure imperii*.

Una situación análoga se presentó en el caso *SGS c. Filipinas*, en el que el Tribunal tampoco recurrió a la distinción de actos públicos y privados en su interpretación sobre la cláusula paraguas para determinar si tenía competencia para conocer de reclamaciones meramente contractuales. Aunque las cuestiones jurídicas objeto de análisis fueron similares a las de *SGS c. Paquistán*, las conclusiones fueron diametralmente opuestas. Por ejemplo, en el caso de la cláusula paraguas se concluyó que la frase “cualquier obligación”, distinta del término “compromisos”, incluía contratos de inversión. Sin embargo, se aclaró que la reclamación contractual no elevaba o transformaba el alcance y contenido de dichas obligaciones en una cuestión de derecho internacional. En efecto, la

¹²⁶ *Ibidem*, párrafo 161.

¹²⁷ *Ibidem*, párrafo 166.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ *Ibidem*, párrafo 167.

¹³⁰ *Ibidem*, párrafo 170.

¹³¹ “La regla de la interpretación restrictiva, a veces referida como el principio de la interpretación restrictiva, o en latín denominada la máxima *in dubio mitius* – es probablemente una de las reglas de interpretación más raramente aplicadas en la jurisprudencia internacional del siglo XX. Sin embargo, es un punto de vista general en la literatura que aún debe considerarse parte del derecho internacional. Sobre esta base, mi conclusión es que la regla de la interpretación restrictiva es una regla válida del derecho internacional”. Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Países Bajos, Springer, 2017, p. 280.

reclamación seguiría rigiéndose por los términos del contrato, en ese caso por la ley de Filipinas.¹³² Con relación a la posibilidad de conocer de reclamaciones meramente contractuales, el Tribunal concluyó, a diferencia del caso *SGS c. Paquistán*, que la frase “disputas respecto de inversiones” incluía controversias contractuales.¹³³ Al final, el Tribunal concluyó que efecto de la cláusula paraguas es conferir competencia a un tribunal internacional.¹³⁴

Con independencia de la existencia de una cláusula paraguas, la determinación de si la violación a un contrato puede ser en sí misma suficiente para que un tribunal tenga competencia con base en un TBI, es una pregunta que dependerá de la presencia de una cláusula de solución de diferencias suficientemente clara y genérica.¹³⁵ Lo anterior, de acuerdo a la decisión del Tribunal *SGS c. Filipinas* y Crawford, quien fue precisamente uno de los árbitros en dicho caso. Además, de acuerdo al referido autor, la competencia de un tribunal también dependerá de una serie de requisitos tales como: 1) que la reclamación contractual sea a su vez caracterizada como una reclamación relativa a las inversiones; 2) que el contrato de inversión haya sido celebrado por el Estado mismo y no por una entidad del Estado con su propia personalidad jurídica; y 3) que se respete la cláusula de jurisdicción contenida en el contrato, en caso de que la hubiera.¹³⁶

La postura anterior parece coincidir con la decisión del Tribunal en el caso *SGS c. Paraguay*.¹³⁷ Esa controversia también versó sobre los servicios de inspección previa de mercancías. En ésta, la Demandada argumentaba que la obligación de pago contenida en un contrato, principal reclamación del inversionista, constituía una controversia meramente contractual, y que el Tribunal carecía de competencia debido a la existencia de una cláusula exclusiva de competencia contenida en dicho contrato. Lo anterior, sin importar la caracterización de las reclamaciones del inversionista como violatorias del tratado.¹³⁸ Paraguay también argumentaba que en tanto violaciones contractuales, éstas no podían constituir una violación al TBI dado que el inversionista debía demostrar algo más: “la interferencia de un poder soberano, *jure*

¹³² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, párrafos 127-128.

¹³³ *Ibidem*, párrafo 132.

¹³⁴ *Ibidem*, párrafo 125.

¹³⁵ Haciendo referencia al artículo 8 del *TBI Argentina – Francia*: “*Toda controversia relativa a las inversiones*, en el sentido del presente Acuerdo entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia”. (Énfasis añadido) Ver Crawford, *op. cit.*, p. 362.

¹³⁶ Crawford, *op. cit.*, pp. 362-363.

¹³⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010.

¹³⁸ *Ibidem*, párrafo 133.

imperii, actos que vayan más allá del comportamiento ordinario de una contraparte comercial”.¹³⁹

En su análisis jurídico el Tribunal rechazó la referencia a dicha distinción en los siguientes términos:

El Tribunal toma nota, a este respecto, de la dificultad que supone trazar una línea entre el incumplimiento comercial ordinario de un contrato y actos de interferencia de un poder soberano o *jure imperii*, especialmente en el contexto de un contrato celebrado directamente con un órgano del Estado (en este caso, el Ministerio de Hacienda). Lógicamente, se puede caracterizar como “acto soberano” todo acto de un Estado soberano, incluidos los realizados por un Estado para dejar de cumplir o rescindir contratos de los que sea parte. Por lo tanto, es difícil establecer una base sobre la cual los actos del Estado, exclusivamente porque se producen en el contexto de un contrato o de una transacción comercial, de algún modo dejan de ser actos del Estado, con respecto a los cuales éste pueda ser considerado internacionalmente responsable.¹⁴⁰

Coincidimos con la conclusión del Tribunal sobre la inconveniencia de utilizar la distinción de las conductas del Estado entre públicas y privadas para efectos del análisis de su competencia. Lo anterior es así porque al tratarse de un tema de competencia, ésta la otorga la cláusula de solución de controversias del TBI o, en su caso, la cláusula paraguas. Por lo tanto, la caracterización de la conducta en pública o privada es innecesaria para las cuestiones de competencia y el tema de atribución es aplicable únicamente en la etapa de fondo y no en la jurisdiccional.

2.3.4.2 Los casos *Joy Mining* y *Wena Hotels*

El caso *Joy Mining c. Egipto* también resulta pertinente para abordar el uso de la bifurcación público/privado en el análisis de las reclamaciones de tratado e incumplimientos contractuales. En esa diferencia, se presentó la reclamación de una compañía inglesa en contra de Egipto por la supuesta expropiación de una garantía que debía ser liberada después de que ésta cumpliera con el contrato celebrado con la Organización General de Proyectos Industriales y Mineros de la República Árabe de Egipto (“*IMC*”).¹⁴¹ La obligación consistía en proveer equipo para la explotación de una mina de fosfato para la producción de fertilizantes y el logro de ciertos niveles de producción.¹⁴² El análisis del Tribunal se circunscribió en determinar si tenía competencia para conocer del caso basándose en la distinción entre incumplimientos contractuales *vis-à-vis*

¹³⁹ *Ibidem*, párrafo 134.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 135.

¹⁴¹ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004, párrafo 15.

¹⁴² *Ibidem*, párrafo 16.

reclamaciones del tratado. Según la Demandada, el Tribunal sólo sería competente respecto de las reclamaciones del inversionista basadas en violaciones al tratado, sin embargo, dado que todas las reclamaciones se limitaron a violaciones contractuales, Egipto señalaba que el tribunal carecía de competencia.¹⁴³ El Tribunal cito diversos casos¹⁴⁴ en los que la distinción entre reclamaciones contractuales y de tratado fue analizada, no obstante, se apartó del razonamiento de dichos precedentes señalando que en el caso objeto de análisis “la situación era algo más simple por el hecho de que una garantía bancaria [era] claramente un elemento comercial del contrato”.¹⁴⁵ Es decir, el Tribunal se enfocó en el carácter subyacente de la operación que calificó como meramente comercial, para justificar la falta de competencia:

Las controversias sobre la liberación de garantías bancarias son una práctica común en muchas jurisdicciones y el hecho de que un organismo estatal pueda ser parte en el contrato que implica *una transacción comercial de este tipo no cambia su naturaleza. Es aun una disputa comercial y contractual* que se resolverá según lo acordado en el contrato, incluyendo el recurso al arbitraje si se prevé. La disputa no se transforma en una inversión o una disputa de inversión.¹⁴⁶ (Énfasis añadido)

Por lo que hace a la caracterización comercial de la controversia, ésta no era adecuada para establecer competencia. Efectivamente, como señalamos anteriormente, se pueden plantear reclamaciones contractuales mediante la vía de una cláusula paraguas o una cláusula jurisdiccional amplia y cumpliendo ciertas condiciones. En este caso existía una cláusula paraguas, empero, el Tribunal señaló que no era suficiente ya que no existía un vínculo entre el contrato y el tratado, es decir, sujetó su competencia a la existencia forzosa de reclamaciones de tratado:¹⁴⁷

En este contexto, no podría considerarse que una cláusula paraguas insertada en el Tratado, y no muy distinguidamente, pudiera tener el efecto de transformar todas las controversias contractuales en controversias sobre inversiones conforme al Tratado, a menos que, por supuesto, hubiera una violación clara de los derechos y obligaciones del Tratado o una violación de los derechos contractuales de tal magnitud para activar la protección del Tratado, que no es el caso. La conexión entre el contrato y el Tratado es el vínculo perdido que impide

¹⁴³ *Ibidem*, párrafos 71-82.

¹⁴⁴ Entre ellos los casos analizados previamente y entonces recientes *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003 y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, párrafos 127-128.

¹⁴⁵ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004, párrafo 78.

¹⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 79.

¹⁴⁷ “Es incorrecto suponer que la jurisdicción de los tribunales basados en tratados se limita necesariamente a violaciones de las disposiciones sustantivas del tratado. La jurisdicción de un tribunal no está determinada por su establecimiento a través de un tratado sino por el texto de la cláusula que ofrece el consentimiento a la jurisdicción”. Schreuer et al., *op. cit.*, p. 379.

tal efecto. Esto podría ser perfectamente diferente en otros casos en que se determina que ese vínculo existe, pero ciertamente no es el caso aquí.¹⁴⁸

Contrario a lo que señaló el Tribunal, el objetivo de la cláusula paraguas no es convertir la reclamación contractual en una de tratado, sino hacer exigible el cumplimiento del contrato mediante la opción de arbitraje internacional, tal como lo han señalado algunos autores:

En resumen, bajo la concepción integracionista aplicada a las cláusulas paraguas estándar, las reclamaciones siguen siendo contractuales y todavía se rigen por su propia ley aplicable. Se mantiene la distinción entre tratado y contrato. El propósito de la cláusula paraguas es permitir la ejecución [cumplimiento] sin internacionalización y sin transformar el carácter y el contenido de la obligación subyacente.¹⁴⁹

Tal y como lo reconoció el Tribunal, el contrato no calificaba como inversión,¹⁵⁰ e incluso si hubiera calificado, el fundamento de la reclamación era el contrato mismo, en el cual, el Estado no era parte.¹⁵¹ Por lo tanto, el hecho de que la transacción subyacente del contrato fuera de carácter comercial fue una constatación innecesaria para determinar la existencia de competencia del Tribunal.

En *Wena Hotel c. Egipto*, que de hecho fue también citado por el Tribunal del caso previamente analizado, la controversia versó sobre las omisiones del Estado frente a la incautación de dos hoteles por parte de la Compañía de Hoteles Egipcia (“EHC”), empresa propiedad del Estado egipcio con su propia personalidad jurídica. Dichos hoteles eran objeto de un contrato de arrendamiento de duración prolongada por parte del inversionista inglés (“Wena Hotels”). A diferencia de otras controversias en las que los inversionistas fundan su reclamación directamente en el incumplimiento de un contrato, en este caso se invocó directamente la violación del tratado. El inversionista argumentó que: 1) la incautación realizada por EHC constituía una conducta expropiatoria imputable a Egipto y 2) la inacción de dicho país ante la incautación implicó el incumplimiento de la obligación de brindar protección y seguridad plena.¹⁵² Aunque el Tribunal confirmó ambas reclamaciones basándose en la omisión de Egipto en la incautación,¹⁵³ resulta

¹⁴⁸ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004, párrafo 81.

¹⁴⁹ Crawford, *op. cit.*, p. 370.

¹⁵⁰ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004, párrafo 63.

¹⁵¹ Así fue argumentado por Egipto y el propio tribunal lo reconoció. Ver *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004, párrafo 82.

¹⁵² *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, párrafo 75.

¹⁵³ *Ibidem*, párrafos 134-135.

importante destacar el razonamiento que el Comité de Anulación realizó en el contexto de la impugnación planteada por Egipto concerniente a la ley aplicable a la controversia. Al respecto, el Comité de Anulación indicó que dicha cuestión se refería a una determinación previa sobre el objeto de la controversia y las partes en la controversia. Para ello, aplicó la distinción entre actos públicos y comerciales:

No se discute que *EHC* es una empresa estatal con su propia personalidad jurídica. Tampoco se discute que sus funciones son esencialmente comerciales y no gubernamentales. De hecho, ninguna de las Partes ha afirmado que los actos de *EHC* podrían atribuirse al Estado. Por lo tanto, *EHC* debe tratarse como una entidad diferente del Estado egipcio, con personalidad jurídica propia, cuyas funciones no pueden confundirse con las del Estado.

Los contratos de arrendamiento tratan cuestiones que, por definición, son de naturaleza comercial. El IPPA [(Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones celebrado por el Reino Unido y Egipto)] se ocupa de cuestiones que son esencialmente de naturaleza gubernamental, es decir, las normas de trato otorgadas por el Estado a los inversionistas extranjeros. Por lo tanto, es evidente que *Wena* y *EHC* acordaron un contrato particular, la ley aplicable y el acuerdo de solución de controversias con respecto a un tipo de tema, el relacionado con los problemas comerciales en virtud de los arrendamientos. También es evidente que *Wena*, como nacional de un Estado contratante, podría invocar el IPPA a los efectos de un tipo diferente de controversia, la relativa al tratamiento de los inversionistas extranjeros por parte de Egipto. Este otro mecanismo tiene un acuerdo de solución de controversias diferente e independiente y puede incluir una disposición diferente de la ley o no. [...]

El Comité no puede ignorar, por supuesto, que existe una conexión entre los arrendamientos y el IPPA, ya que los primeros fueron diseñados para operar bajo la protección del IPPA como materialización de la inversión. Pero esto es simplemente una condición previa al funcionamiento del IPPA. No implica una amalgama de diferentes instrumentos legales y acuerdos de solución de controversias. Así como *EHC* no representa al Estado ni sus actos se le pueden atribuir debido a su función comercial y privada, los actos o fallas de actuación del Estado no pueden considerarse como una cuestión relacionada con el desempeño de las partes en virtud de los contratos de arrendamiento. Las funciones privadas y públicas de estos diversos instrumentos se mantienen así separadas y distintas.

En consecuencia, este Comité concluye que la materia objeto de los contratos de arrendamiento sometidos a la ley egipcia era diferente de la materia sometida a arbitraje ante el CIADI en virtud del IPPA. De ello se deduce que no puede considerarse que las Partes en el presente caso hayan hecho una elección de ley en virtud de la primera oración del Artículo 42 (1) del Convenio CIADI.¹⁵⁴

Resulta interesante destacar que la cita antes referida se formuló en el contexto del análisis de la impugnación de la Demandante sobre la ley que debía regir el procedimiento. En efecto, existía discrepancia en sobre si existió un acuerdo respecto la ley aplicable. La Demandante señalaba que la ley aplicable era la ley de Egipto, en tanto que la Demandada, indicó que no existió un acuerdo

¹⁵⁴ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Annulment Proceeding, 5 February 2002, párrafos 30, 31, 34 y 35.

por lo que procedía aplicar el artículo 42 del Convenio CIADI. En cualquier caso, es de hacer notar que el Comité de anulación consideró pertinente realizar las constataciones antes señaladas relativas al carácter de las conductas del Estado a efectos de su análisis legal sobre la ley aplicable a la controversia.

2.3.4.3 El caso *Malicorp*

Malicorp c. Egipto constituye otro caso que demuestra claramente la distinción entre reclamaciones contractuales y violaciones a un tratado. Dicha controversia involucraba una supuesta inversión consistente en derechos derivados de un contrato con el Estado para la construcción y operación del aeropuerto internacional Ras Sudr en el Sinaí. Las reclamaciones surgieron precisamente por la rescisión del contrato por parte de Egipto. El Tribunal, al analizar el fundamento de su competencia, se preguntó si la disputa implicaba una reclamación meramente contractual inelegible para la protección especial derivada del TBI.¹⁵⁵ Efectivamente, el Tribunal reconoció que el fundamento de las reclamaciones de la Demandante se basaba únicamente en el incumplimiento del contrato que se alegaba fue rescindido sin justificación. Cabe mencionar que, en este caso el Estado mismo era parte contratante, sin embargo, se trataba de un contrato meramente civil que se regía por las leyes civiles de Egipto. Justamente, el contrato contenía una cláusula arbitral para resolver cualquier controversia a través del Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional (“*CRCICA*”). Esa cláusula fue invocada por el inversionista lo cual condujo a un procedimiento arbitral que terminó con un laudo en su contra. En este sentido, resulta ilustrativa la conclusión del Tribunal que invocó el término “*puissance publique*” en su razonamiento para caracterizar la conducta del Estado:

La protección otorgada por los tratados de inversión no necesariamente cubre reclamaciones puramente contractuales cuando las partes del contrato han acordado otra cláusula que otorga jurisdicción, siempre que las partes sean iguales [...]. En principio, es responsabilidad de la parte que afirma haber sido afectada por el incumplimiento de un contrato perseguir a su socio contratante utilizando las vías establecidas para este fin. Mientras exista un procedimiento de este tipo para proteger la inversión, no es posible recurrir a los métodos especiales previstos por el tratado si la ruta comercial, ya sea el arbitraje o los tribunales locales, permite agotar todas las presentaciones y los argumentos. Es difícil ver cómo se violaría un tratado de inversión por el mero hecho de un incumplimiento de contrato, siempre y cuando los mecanismos de control establecidos por ese contrato estén funcionando normalmente. El arbitraje de inversiones no se creó para proporcionar un sustituto para los socios contratantes que se abstengan de seguir el procedimiento ordinario mediante el cual han aceptado estar

¹⁵⁵ *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011, párrafo 103.

vinculados, ni como un medio de apelación para aquellos que no han obtenido la satisfacción (o la plena satisfacción) mediante el uso de ese procedimiento. Para que un incumplimiento de contrato sirva como base para la jurisdicción de un tribunal en un arbitraje de inversiones, dicho incumplimiento debe al mismo tiempo, y por razones inherentes al propio tratado de protección de inversiones, constituir una violación de ese tratado, uno que no se podría resolver utilizando el procedimiento ordinario. Entre los asuntos que se encuentran dentro del alcance de la jurisdicción *ratione materiae* de un tribunal arbitral en un caso de inversión están los actos del Estado anfitrión en el ejercicio de sus poderes públicos (“*actes de puissance publique*”) que privan al inversionista extranjero de sus derechos en violación de las garantías ofrecidas por el Acuerdo. Por ejemplo, una decisión del Estado receptor al que un tribunal arbitral comercial está obligado a dar efecto, o una norma promulgada por el Estado anfitrión que el tribunal debe aplicar, puede presentarse ante un tribunal en un arbitraje de inversiones como una violación de las garantías sustantivas ofrecido por el tratado de inversión.¹⁵⁶

2.3.4.4 El caso *AWG Group*

En la misma línea que el caso anterior, el Tribunal en *AWG c. Argentina* aplicó la distinción entre actos *iure imperii* e *iure gestionis* a efectos de determinar si el Estado había violado el TBI. Este diferendo implicó la participación accionaria de AWG en una empresa local que tenía una concesión para la distribución de agua y servicios de tratamiento de aguas residuales en Buenos Aires y otros municipios colindantes. Las reclamaciones se basaron precisamente en la terminación de la concesión, así como la supuesta negativa de Argentina en aplicar algunos ajustes acordados previamente al cálculo de las tarifas que afectaron la inversión de los Reclamantes. Por lo que hace a la terminación de la concesión el Tribunal señaló:

En los casos presentes, ¿actuó Argentina en el ejercicio de sus poderes soberanos (*acta iure imperii*) o como parte contratante ordinaria (*acta iure gestionis*) cuando finalizó el Contrato de Concesión con [Aguas Argentinas S.A.] AASA? Si se trató de la primera situación, entonces Argentina puede haber expropiado los derechos contractuales de AASA y los Demandantes. En el último caso, no se ha realizado ninguna expropiación y los Demandantes sólo tienen reclamos contractuales en el marco legal descrito anteriormente. Si bien Argentina ejerció su autoridad pública en diversas ocasiones durante la crisis, el Tribunal no considera que la rescisión del Contrato de Concesión fuera un ejercicio de dicha autoridad. Más bien, sus acciones se tomaron de acuerdo con los derechos que reclamó en virtud del Contrato de Concesión y el marco legal. De hecho, el comportamiento de Argentina al finalizar el Contrato de Concesión no parece ser diferente al comportamiento de una parte contratante privada que enfrenta la amenaza de rescindir un importante contrato de suministro a largo plazo: rápidamente tomó otras disposiciones para el suministro del producto o servicio necesario y luego tomó medidas para acabar con la deteriorada relación contractual en sí. Este Tribunal considera que la disputa entre las Demandantes y Argentina en relación con la rescisión de la Concesión tiene carácter esencialmente contractual.¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ *AWG Group Ltd. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Liability, 30 July 2010, párrafos 154-155.

Aunque en el contexto de una reclamación de expropiación, el objeto subyacente del caso implicaba un contrato de concesión. Normalmente en este tipo de contratos el Estado actúa como ente soberano, incluso en la terminación de éstos. Por ello, resulta significativo que el Tribunal haya invocado la distinción *jure imperii* y *jure gestionis* al referirse al carácter de la conducta del Estado.

En cualquier caso, los diferendos analizados evidencian que los tribunales tienden a diferenciar entre conductas soberanas y privadas del Estado cuando se enfrenta a reclamaciones que involucran incumplimientos contractuales *vis-à-vis* violaciones de tratado. Consideramos que el empleo de la distinción es innecesario dado que su aplicación resulta insustancial. Si bien, en principio un incumplimiento contractual no implicaría la violación de un tratado, es evidente que dicho incumplimiento supone que el Estado como parte contratante no observó las obligaciones a su cargo. Ciertamente, si el Estado actúa fuera del ámbito contractual como ente regulador que altera las obligaciones, esa conducta le sería imputable y constituiría una potencial violación al TBI. Por lo tanto, aplicar la distinción entre actuaciones soberanas y comerciales resulta frívolo y no aporta nada que no pueda desprenderse del mero análisis de la conducta misma del Estado como parte no contratante. Además, la distinción podría resultar engañosa ya que se puede presentar la violación a un tratado derivado de la actuación meramente comercial del Estado como parte contratante. En efecto, esa situación puede presentarse en aquellos casos en los que se incluyen los acuerdos de inversión dentro del ámbito de la jurisdicción *ratione materiae* en un TBI o bien, cuando se incluye la cláusula paraguas.

Dado que resulta innecesario usar la dicotomía público/privado al distinguir entre incumplimientos contractuales *vis-à-vis* violaciones de tratado, la distinción se encuentra en la etapa de estereotipificación conforme a la clasificación de Duncan Kennedy. Lo anterior, debido a que la aplicación de la bifurcación parece implicar un mero ejercicio *ad hoc* que puede justificar su aplicación en un caso, y su rechazo en otro, es decir, el uso del binomio público/privado se disuelve.

2.3.5 Atribución de conductas al Estado

De conformidad con los Artículos de la CDI, “[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.¹⁵⁸ Por lo tanto, la determinación de la existencia de un

¹⁵⁸ Artículo 1 de los Artículos de la CDI.

hecho internacionalmente ilícito del Estado es un elemento *sine qua non* para comprometer la responsabilidad del Estado. Así, conforme al artículo 2 de los Artículos de la CDI, se entiende por un hecho internacionalmente ilícito del Estado, aquel “comportamiento consistente en una acción u omisión” que cumple con los siguientes puntos:

- 1) es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- 2) constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Esta sección se enfoca en el primero de los elementos, es decir, la atribución. Bajo esta tesis, es importante mantener la distinción entre ambos componentes tal como se indica en los comentarios a los Artículos de la CDI:

Como operación normativa, la atribución debe distinguirse claramente de la caracterización de la conducta como internacionalmente ilícita. Su objetivo es establecer que existe un hecho del Estado a los fines de la responsabilidad. Demostrar que la conducta es atribuible al Estado no dice nada, en sí, sobre la legalidad o ilegalidad de esa conducta, y las normas de atribución no deben formularse en términos que impliquen lo contrario. [...] suele haber una estrecha relación entre el fundamento de la atribución y la obligación concreta supuestamente incumplida, aunque los dos elementos son analíticamente distintos.¹⁵⁹

Igualmente, el tema de atribución debe distinguirse “de otros aspectos del derecho internacional según los cuales determinados órganos están facultados para contraer compromisos en nombre del Estado”.¹⁶⁰ Lo anterior, debido a que “dichas normas no tienen nada que ver con la atribución para los fines de la responsabilidad del Estado”.¹⁶¹ Con base en las dos aclaraciones anteriores, se infiere que el tratar el tema de atribución antes de abordar las obligaciones sustantivas en materia de inversiones, tiene razón de ser. Efectivamente, dicho proceder obedece precisamente a una lógica consistente en examinar en primer lugar si un determinado hecho puede ser considerado *ab initio* una conducta del Estado. Una vez que esto se determina, el segundo paso es analizar si dicha conducta es susceptible de ser contraria a un precepto jurídico.¹⁶²

De esta manera, en el Capítulo II de los Artículos de la CDI intitulado “Atribución de un Comportamiento al Estado”, se definen las circunstancias conforme a las cuales una acción u

¹⁵⁹ James Crawford y Luis Fonseca, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, Texto y Comentarios*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 130.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² “Cronología que tiene un impacto normativo cierto, codifica una práctica jurisprudencial internacional consolidada”. *La République d’Italie c. La République de Cuba*, Arbitrage ad’hoc, Opinion dissidente de M. l’arbitre Attila Tanzi, 15 juillet 2008, párrafo 5. Ver también *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 29.

omisión o una serie de acciones u omisiones han de considerarse un comportamiento del Estado. Para los efectos del presente trabajo, a continuación, se abordan los artículos 4, 5, 7 y 8 de los Artículos de la CDI. Dichos preceptos regulan, respectivamente, el tema de atribución de los órganos del Estado, las entidades facultadas para ejercer atribuciones de poder público de un Estado, las actuaciones *ultra vires* de esos órgano o entidades, así como el del comportamiento de personas que actúan por órdenes, instrucciones o bajo el control del Estado.¹⁶³

2.3.5.1 Órganos del Estado: artículo 4 de los Artículos de la CDI

El artículo 4 de los Artículos de la CDI regula el tema de atribución de las conductas de los órganos del Estado. Dicho precepto señala:

Artículo 4

Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

Esta disposición es clara y categórica, los actos realizados por los órganos del Estado son atribuibles al propio Estado. A pesar de la aparente claridad, en el caso *Italia c. Cuba*, este precepto fue objeto de controversia en cuanto al alcance de su aplicación. Dicha controversia –*sui generis* porque se trató de una disputa Estado-Estado–, involucró una reclamación de Italia a título del ejercicio de protección diplomática de sus nacionales. El Estado reclamaba la violación a los derechos de sus nacionales por supuestas conductas discriminatorias e imparciales de empresas cubanas, que supuestamente tenían por objeto presionar a los italianos a abandonar el territorio y su capital invertido. El Tribunal tuvo que analizar en primer lugar si los actos de las empresas cubanas (Grupo Hotelero), controladas por el Estado, eran imputables a Cuba.

Al respecto, el análisis del Tribunal es confuso dado que inició su análisis interpretativo citando tanto el artículo 4 como el artículo 5 de los Artículos de la CDI. Además, indicó que la jurisprudencia internacional ha desarrollado los criterios estructural y funcional para determinar qué constituye una entidad estatal conforme a los principios contenidos en los artículos antes

¹⁶³ Ver Crawford y Fonseca, *op.cit.*, pp. 147-151.

referidos.¹⁶⁴ En su razonamiento también refiere al artículo 8 de los Artículos de la CDI para concluir que la empresa *Hotel*, no puede ser considerado como una entidad del Estado cubano con base en el criterio funcional. En este sentido, el Tribunal estimó que era más apropiado utilizar dicho criterio sin referir explícitamente a cuál de los Artículos de la CDI lo aplicó. El razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

De lo que procede resulta, y en particular del criterio funcional que el Tribunal Arbitral considera como el más apropiado, que *Hotel* no puede ser considerado como una entidad estatal cubana. *Cualquiera que sea la importancia del turismo en la economía cubana, el manejo de un hotel o incluso de un grupo de hoteles no es una actividad por naturaleza gubernamental ni implica el ejercicio de la autoridad gubernamental. Es una actividad comercial por naturaleza.* Las acciones u omisiones *Hotel* no podrían entonces, por regla general, comprometer la responsabilidad del Estado cubano y por tanto basar el ejercicio de la protección diplomática por parte de la República de Italia para obtener reparación de los daños que derivan, tal como es alegado por la sociedad Caribe y Figurella.¹⁶⁵ (Énfasis añadido)

Resulta cuestionable que para determinar si una entidad forma parte del Estado conforme al artículo 4 de los Artículos de la CDI, se tuviera que recurrir a examinar el carácter de sus funciones. De hecho, en los propios comentarios al precepto mencionado, se señala que la referencia a un órgano del Estado tiene un alcance muy amplio y general, sin limitarse a un órgano de cierto nivel de gobierno o funcionarios con cierto nivel jerárquico. De este modo, para el caso del artículo 4 de los Artículos de la CDI es innecesario aplicar la distinción entre actos comerciales o soberanos:

[...] el artículo 4 abarca a los órganos, ya sea que ejerzan “funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole”. Estas palabras tienen en cuenta el hecho de que el principio de separación de poderes no se sigue en absoluto o no se sigue de manera uniforme en los diferentes Estados, y que muchos órganos ejercen una combinación de poderes públicos de carácter legislativo, ejecutivo o judicial. Además, el término es extensivo, no limitativo, como lo aclaran las palabras “o [funciones] de otra índole”. A los efectos de atribución no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda clasificarse como “comercial” o como “*acta iure gestionis*”.¹⁶⁶

Dado el carácter acumulativo de las diferentes normas de atribución contenidas en los artículos 4, 5 y 8 de los Artículos de la CDI, el Tribunal primero debió determinar si la entidad objeto de análisis constituía un órgano del Estado conforme al artículo 4 de la CDI. De no ser el caso, entonces tendría que haber realizado el análisis conforme al artículo 5 de los Artículos de la CDI. Este proceder fue correctamente seguido por el árbitro disidente, quien en primer lugar determinó

¹⁶⁴ *La République d'Italie c. La République de Cuba*, Sentence Finale Arbitrage ad'hoc, 15 juillet 2008, párrafo 161.

¹⁶⁵ *Ibidem*, párrafo 163.

¹⁶⁶ Crawford y Fonseca, *op.cit.*, p.134.

si Grupo Hotelero podía ser considerado como un órgano del Estado. Sin embargo, a diferencia de sus coárbitros, ella consideró que el mero hecho de que el gobierno tuviera participación en la empresa y se tratara de una economía centralmente planificada, constituían elementos suficientes para considerar al Grupo Hotelero como órgano del Estado:

De acuerdo al derecho internacional, *el Estado se presenta como un sujeto unitario a los efectos de la constatación de la responsabilidad internacional*. [...] Si esto es cierto para cualquier Estado con una economía de mercado, *ello lo es tanto más en relación con un Estado que tiene una economía centralizada*.

En vista de lo anterior, no podemos compartir la parte del laudo que considera las atribuciones del poder público de las empresas cubanas en su sector institucional y no concede peso alguno en términos de la responsabilidad, ni siquiera de la rendición de cuentas, del Estado en conformidad con las obligaciones del tratado bilateral al cual libremente se obligó. *Por lo tanto, mantengo que el criterio a la vez estructural y funcional codificado por el artículo 4 de la CDI debió haber sido adoptado en su sentido ordinario, lo cual implicaba la calificación del Grupo Hotelero como órgano del Estado, aunque la naturaleza de sus actividades sea principalmente comercial*.

[...] continúa la cuestión de si el criterio funcional, basado en la distinción entre actos *iure gestionis* y actos *iure imperii* [...] puede regular y excluir, la imputabilidad al Estado de los comportamientos de naturaleza puramente comercial de un organismo estatal. El criterio sobre la naturaleza de los actos parece venir adicionarse al criterio sobre la determinación de la naturaleza estatal del organismo. Sin embargo, ello ciertamente no refleja una jurisprudencia reiterada, o incluso una corriente jurisprudencial prevaleciente.¹⁶⁷ (Énfasis añadido)

Si bien no estamos de acuerdo con la conclusión del árbitro disidente que asimila *ipso facto* a todas las empresas del Estado como órganos del Estado cuando se trata de países con economías centralmente planificadas, compartimos el razonamiento subyacente. Efectivamente, conforme al artículo 4 de los Artículos de la CDI, la distinción entre actos comerciales y soberanos es innecesaria. Esto también es confirmado por el árbitro Henri Álvarez en *InterTrade c. República Checa*. En ese caso, la controversia surgió a raíz de una serie de reclamaciones del inversionista tenedor de acciones en la empresa forestal checa *CE Wood*. La Demandante reclamaba una supuesta conducta ilegal del gobierno, particularmente del Ministerio de Agricultura, en relación con una licitación fallida 2005 para la privatización de los bosques del Estado. En su evaluación legal, el árbitro distinguió entre las conductas atribuibles a un órgano del Estado respecto de ciertas situaciones en las que otras entidades y empresas estaban involucradas:

Observo que este caso difiere de *Jan de Nul c. Egipto* en la medida en que no se discute que el Ministerio de Agricultura es un órgano del Estado. En este caso, la reclamante se basa en el artículo 4 señalando que el propio Ministerio de Agricultura, a través de sus actos y omisiones,

¹⁶⁷ *La Republique d'Italie c. La Republique de Cuba*, Arbitrage ad'hoc, Opinion dissidente de M. l'arbitre Attila Tanzi, 15 juillet 2008, párrafos 11-12.

y no Lesy CR por sí misma, violó los derechos del tratado de la Demandante. Lo mismo puede decirse del caso *Hamester c. Ghana*, en el que también se basa la Demandada. Como se señala en esos casos, en virtud del artículo 4, los Estados son responsables de todos los actos de los órganos estatales, ya sean actos de *jure gestionis* o de *jure imperii*. Por lo tanto, el Demandante es responsable de cualquier acto u omisión del Ministerio de Agricultura en relación con la licitación, independientemente de si la licitación fue con fines comerciales o gubernamentales.¹⁶⁸

Conforme al análisis de los casos antes referidos, se pone de manifiesto que la utilización de la bifurcación público/privado resulta innecesaria cuando se aborda el tema de atribución al amparo del artículo 4 de los Artículos de la CDI. Por lo tanto, también es improcedente recurrir a las etapas por las que atraviesa la dicotomía público/privado según son descritas por Duncan Kennedy.

2.3.5.2 Personas o entidades que ejercen atribuciones del poder público: artículo 5 de los Artículos de la CDI

El artículo 5 de los Artículos de la CDI prevé la atribución de ciertas conductas al Estado que son realizadas por una persona o entidad que ejercen atribuciones del poder público. La disposición en comento establece:

Artículo 5

Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Como se desprende del título mismo de dicha disposición, y contrario al artículo 4 de los Artículos de la CDI antes citado, existe una referencia explícita al ejercicio de atribuciones de carácter público en contraposición a conductas de tipo privado. De este modo, hay que distinguir entre el carácter de la conducta y el tipo de entidad. Justamente, el artículo 5 de los Artículos de la CDI refiere al comportamiento de una entidad o persona, y no al ente mismo, tal como se aclara en los comentarios a dicha disposición:

El hecho de que una entidad esté clasificada como pública o privada en un ordenamiento jurídico, la existencia de una participación mayor o menor del Estado en su capital o, más generalmente, en la propiedad de su activo y el hecho de que no esté sujeta al control del poder ejecutivo -ninguno (*sic*) de estos criterios es decisivo para atribuir al Estado el comportamiento de la entidad. En cambio, el artículo 5 recoge la característica que verdaderamente define todas

¹⁶⁸ *InterTrade Holding GmbH v. Czech Republic*, PCA Case No. 2009-12, Separate Opinion of Henri Alvarez, 29 May 2012, párrafo 10.

estas entidades, a saber, que están facultadas, aunque sólo sea en una medida limitada o en un contexto preciso, para ejercer ciertas atribuciones del poder público.¹⁶⁹

Otro elemento importante que cabe precisar con relación a la atribución del comportamiento de una entidad o persona al Estado es que, la conducta desplegada debe corresponder precisamente a las atribuciones de poder público que le fueron atribuidas y no a otras. A manera de ejemplo, “el comportamiento de una empresa de ferrocarriles a la que se han conferido ciertas funciones de policía se considerará un hecho del Estado en derecho internacional si corresponde al ejercicio de esas funciones, pero no si corresponde a otras actividades (por ejemplo, la venta de billetes o la compra de material rodante)”.¹⁷⁰

El artículo 5 de los Artículos de la CDI tiene una naturaleza ambivalente: norma general y restringida. Por un lado, se le ha caracterizado como una norma general dado que el contenido y alcance del término “poder público” no está delimitado, y más bien depende de la sociedad, su historia y tradiciones, comprendiendo diversos factores que van desde la forma y los fines para los que se confiere dicho poder. Por otro lado, el artículo 5 también se ha catalogado como una categoría restringida ya que el derecho nacional debe autorizar de manera particular, expresa y sin lugar a dudas el comportamiento en ejercicio de la autoridad pública.¹⁷¹

Los puntos referidos anteriormente se ilustran en el caso *Ulysseas c. Ecuador*, el cual surgió al amparo del TBI entre EE. UU. y Ecuador. La inversión consistía en los derechos derivados de dos acuerdos de energía celebrados entre la Demandante y *CONELEC* –regulador de electricidad de Ecuador–. Las reclamaciones consistieron en diversas medidas gubernamentales que supuestamente alteraron el marco legal y regulatorio del sector eléctrico en Ecuador, incluido el sistema de pago aplicable a generadores termoeléctricos privados como Ulysseas, y el retiro por parte del Estado del permiso operativo de la Demandante debido a presuntas violaciones contractuales. De esta manera, el análisis debe centrarse en la conducta objeto de reclamación y si ésta constituye una de las facultades de poder público delegada por el Estado. El carácter del contrato subyacente o el carácter público del servicio es irrelevante para los efectos de atribución conforme al artículo 5 de los Artículos de la CDI, tal como lo sostuvo el Tribunal:

¹⁶⁹ Crawford y Fonseca, *op.cit.*, p. 139.

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 140.

[...] Asimismo, en *Jan de Nul c. Egipto* se sostuvo que lo que importa “no es el elemento de “servicio público, sino el uso de “prerrogativas de poder público” (*puissance publique*) o autoridad gubernamental”.

La circunstancia de que el Contrato de Licencia no sea un contrato de derecho privado, sino un contrato administrativo, como afirma la Demandante, no cambia esta conclusión. Como lo indica el Laudo Provisional, el Contrato de Licencia demuestra por sus términos que sólo *CONELEC*, y no el Estado ecuatoriano, es una parte contratante. La conducta de *CONELEC* debe atribuirse sólo a ella, no al Estado de Ecuador, a menos que haga uso de la autoridad gubernamental en sus relaciones con el inversionista. Las reclamaciones de la Demandante se relacionan principalmente con la conducta contractual, no con actos realizados por *CONELEC* fuera del Contrato de Licencia como “*puissance publique*”.

[...]

En conclusión, ninguno de los actos realizados por las entidades en sus relaciones con el Demandante o que de alguna manera tenga un impacto en sus actividades es atribuible a la Demandada.¹⁷²

Como lo demuestra la cita anterior, para los efectos de atribución en el marco del artículo 5 de los Artículos de la CDI, no es suficiente que la entidad tenga alguna relación con el Estado, ni que el contrato tenga un carácter público, el meollo del análisis debe ser la determinación de si la conducta reclamada se encuadra dentro de las facultades de poder público delegadas por el Estado. Dicho razonamiento lo reflejó claramente el Tribunal en el caso *InterTrade c. República Checa*. Ese diferendo involucró una serie de reclamaciones de un inversionista alemán en contra del Estado por supuestas conductas indebidas realizadas por Lesy Ceske Republiky (“*LCR*”) en relación con una licitación fallida de 2005 para la privatización de los bosques del Estado. La referida entidad era la encargada de manejar y administrar los bosques estatales. El Tribunal sostuvo tajantemente que el análisis debía centrarse en el carácter soberano o en ejercicio de las facultades de poder público de la conducta reclamada:

Para que el Tribunal pueda determinar la atribución en virtud del artículo 5, debe determinar que los actos de *LCR* en la conducción de la licitación involucró el ejercicio por *LCR* de autoridad gubernamental o en francés. “*l'exercice de prérogatives de puissance publique*”. Como la Demandante misma reconoció, esta es la “prueba relevante”.

No hay duda de que *LCR* estaba facultada para ejercer elementos de autoridad, pero lo que el Tribunal debe determinar es si, al realizar las acciones de las cuales la Demandante reclama en este caso particular, *LCR* de hecho ejerció aquellos elementos de la autoridad gubernamental. El Tribunal toma nota de la afirmación de la Demandante de que “la tarea de *LCR* no era simplemente explotar los bosques del Estado en su máxima ventaja financiera, sino que tenía claramente el propósito de beneficiar el interés público más general y que es en este contexto, que sus acciones, incluidas la licitación, deben ser analizadas. El Tribunal no puede estar de acuerdo con esta argumentación, que es demasiado amplia. Se estima que las entidades estatales siempre actúan en el interés público, pero esto, por sí solo, no es suficiente en virtud del artículo 5 para atribuir a todos sus actos al Estado. En algunas de sus actividades, una empresa estatal

¹⁷² *Ulysseas, Inc. v. Ecuador*, UNCITRAL, Final Award, 12 June 2012, párrafos 138, 139 y 143.

podría ejercer elementos de autoridad gubernamental, en otros no. Las actividades específicas deben ser analizadas con detenimiento. De acuerdo con el argumento de la Demandante basado en la opinión del Prof. Cerna, quien observa en general que la motivación para fundar una empresa estatal es el interés público, está fuera de lugar.

Está bien establecido que, incluso cuando una entidad legal separada ejerce ciertos poderes, todos sus actos no son necesariamente atribuibles al Estado; en particular, no son atribuibles si esos actos están relacionados sólo a actividades comerciales y no el ejercicio de sus facultades gubernamentales.

En opinión del Tribunal, en el caso particular de la realización de las operaciones de licitación con respecto a las cuales la Demandante reclama, *LCR* realizó actividades comerciales “en su propio nombre y responsabilidad”, para citar al Prof. Cerna, y con una perspectiva de ser rentable de la misma manera que los propietarios privados de tierras forestales que, al mismo tiempo, también realizaban licitaciones para actividades forestales.

El Tribunal observa que la propia Demandante al intentar describir las principales actividades de *LCR* que demuestran que estaba ejerciendo autoridad gubernamental, en realidad describió actividades comerciales, es decir, que podrían ser realizadas por cualquier actor económico involucrado en actividades forestales.

El hecho de que la creación de *LCR* sucediera en el contexto de la transformación de una economía centralizada a una economía de mercado no cambia la conclusión del Tribunal, sino al contrario.

En otras palabras, el hecho de que el Ministerio de Agricultura tuviera la responsabilidad general de la administración de los bosques de la Ley Forestal, a pesar de que delegó la supervisión de los contratos a *LCR*, no responsabiliza al Estado por todos los actos de *LCR*. La reclamante no ha señalado ningún acto que involucre el uso de poderes gubernamentales. Sus principales reclamaciones se centran en lo que alegaba que era una licitación comercial injusta.¹⁷³

Aunque puede argumentarse que resulta evidente que conforme al artículo 5 de los Artículos de la CDI el análisis debe centrarse en la conducta objeto de reclamación, y si ésta en específico se encuentra dentro de las facultades gubernamentales que el Estado ha delegado a la entidad objeto de examen, algunos tribunales han omitido proceder de esta forma tornando el razonamiento jurídico oscuro y ambiguo. Tal fue el caso del Tribunal en *Oostergetel c. Eslovaquia*, el cual examinó conjuntamente los artículos 5 y 8 de los Artículos de la CDI para determinar si la conducta de ciertos fideicomisarios de quiebras y preliminares, eran atribuibles al Estado. El razonamiento de Tribunal fue el siguiente:

[...], el Tribunal está convencido de que los actos de los fideicomisarios de quiebras y preliminares no se llevaron a cabo en el ejercicio de autoridad gubernamental, ni por instrucciones, ni bajo la dirección o el control del Estado. De acuerdo con los artículos 8 y 9 de la Ley N° 328/1991 sobre Bancarrota y Composición de la República Eslovaca (“*BCA*”), ambos tipos de fideicomisarios son independientes del Estado en el desempeño de sus funciones. La participación de la corte competente se limita esencialmente a cuestiones de nombramiento, determinación de honorarios y remoción en circunstancias excepcionales. El

¹⁷³ *InterTrade Holding GmbH v. The Czech Republic*, Final Award, (PCA Case No. 2009-12), párrafos 181-183 y 185-188.

Tribunal opina que la función de la corte competente en relación con los fideicomisarios en los procedimientos de quiebra no constituye una base suficiente para la atribución de los actos propios del fideicomisario al Estado en virtud del derecho internacional.¹⁷⁴

Conforme al pasaje referido, el Tribunal centró su análisis en determinar si los fideicomisarios eran parte del Estado, en lugar de enfocarse en determinar si existía una ley que le otorgará facultades gubernamentales a los fideicomisarios y si las conductas objeto de la reclamación coincidían con dichas facultades. Si los fideicomisarios eran o no parte del Estado resultaba insustancial dado que conforme al artículo 5 de los Artículos de la CDI, las conductas objeto de análisis involucran personas o entidades que precisamente no son órganos del Estado. El extraño proceder del Tribunal es confirmado con su conclusión en la que nuevamente orienta su análisis en un elemento que resulta superficial a los efectos del artículo 5 de los Artículos de la CDI, *i. e.* la responsabilidad del fideicomisario conforme a la ley eslovaca. El hecho de que un Estado fuera responsable conforme a su derecho nacional respecto de las conductas de alguna persona o entidad es fútil para el derecho internacional. Dicho razonamiento también aplica *contrario sensu*, es decir, la responsabilidad estatal en el derecho internacional no se traduce en responsabilidad conforme al derecho nacional. A pesar de lo anterior, el Tribunal concluyó su razonamiento someramente de la siguiente forma:

Esta conclusión está respaldada por la observación de que, conforme a Ley eslovaca de quiebras, el fideicomisario de quiebras, no el Estado, es responsable de los daños infligidos a las partes en el procedimiento de quiebra o a terceros como resultado de un incumplimiento de deberes. El expediente muestra que la Demandante, efectivamente ha buscado la responsabilidad del fideicomisario en los procedimientos penales contra un “delincuente desconocido” en relación con “la sospecha del delito de violación de la responsabilidad en la administración de los bienes de la otra parte de acuerdo con la Sección 235 Subsección y 3 del Código Penal N° 140/1961”.¹⁷⁵

Este razonamiento poco claro debe contrastarse con el realizado por el Tribunal en *Bosh c. Ucrania*. Esa controversia involucró, entre otras, una reclamación de la empresa estadounidense Bosh International, Inc. en contra de Ucrania. El punto central de la reclamación era la rescisión de un contrato para el desarrollo de una instalación que comprendía un hotel, instalaciones deportivas, salas de conferencias y un centro de formación de investigadores. Dicho contrato fue celebrado entre B&P Ltd. Foreign Investments Enterprise –la inversión– y la universidad ucraniana Taras

¹⁷⁴ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 April 2012, párrafo 157.

¹⁷⁵ *Ibidem*, párrafo 158.

Shevchenko Universidad Nacional de Kiev. El Tribunal expuso su evaluación legal en los siguientes términos:

En cuanto a la cuestión de la atribución en virtud del artículo 5 de los Artículos de la CDI, el Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que para que la conducta de la Universidad sea imputable a Ucrania, debe establecerse que:

- (1) la universidad está facultada por la ley de Ucrania para ejercer elementos de autoridad gubernamental; y
- (2) la conducta de la Universidad se relaciona con el ejercicio de esa autoridad gubernamental.¹⁷⁶

Si bien el Tribunal constató que “la prestación por parte de la Universidad de, entre otros, servicios de educación superior y la administración de bienes de propiedad estatal [...] constitu[ían] formas de autoridad gubernamental que la Universidad esta[ba] facultada por La ley de Ucrania para ejercer”,¹⁷⁷ rechazó que la rescisión del contrato con *B&P* se relacionara con el ejercicio de la autoridad gubernamental de la Universidad. El Tribunal consideró que las propias disposiciones del contrato demostraban que se trataba de una actividad privada o comercial que tenía como objetivo obtener beneficios comerciales para ambas partes.¹⁷⁸ Por lo tanto, concluyó que la conducta de la Universidad no era imputable a Ucrania en virtud del artículo 5 de los Artículos de la CDI.¹⁷⁹

Este proceder claro y comprensible también fue emulado por el tribunal en el caso *Tulip Real Estate c. Turquía*. En éste, el Tribunal también hizo referencia a las dos condiciones que deben analizarse en la evaluación del artículo 5 de los Artículos de la CDI.¹⁸⁰ La controversia implicó reclamaciones derivadas de la supuesta terminación de un desarrollo inmobiliario residencial y comercial en Estambul por parte de Turquía. Al respecto, un inversionista holandés tenía participación accionaria en dicho desarrollo a través de diversas empresas. Así, el Tribunal tuvo que analizar si los actos de “Emlak”, compañía controlada al 100 % por la Administración de Desarrollo de Vivienda de Turquía (“*TOKP*”) –y ésta a su vez parte del Primer Ministro de Turquía– eran atribuibles al Estado. En *Tulip Real Estate c. Turquía*, el Tribunal concluyó que la compañía

¹⁷⁶ *Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, párrafo 164.

¹⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 173.

¹⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 177.

¹⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 178.

¹⁸⁰ Ver *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, párrafo 292.

Emlak “no ejerció ninguna facultad gubernamental *per se*”, por lo que no podía darse el caso de que ejerciera una facultad gubernamental específica respecto de los actos reclamados.¹⁸¹

La determinación del caso antes referido contrasta con el caso *Bosh c. Ucrania*. En dicha controversia sí se determinó que la conducta objeto de reclamación no se realizó en ejercicio de las facultades gubernamentales que le fueron delegadas a la entidad. El Tribunal en *Tulip Real Estate c. Turquía* consideró que las siguientes conductas no implicaban el ejercicio de facultades gubernamentales: la concesión de permisos a agencias e instituciones públicas de acuerdo con diseños preliminares, el hecho de que Emlak tuviera derecho a comprar tierras de los bancos de tierras de *TOKI* con carácter preferencial, así como sus decisiones en el marco del contrato tales como otorgar o no ciertas extensiones de tiempo para la finalización del proyecto.¹⁸²

De la propia redacción del artículo 5 de los Artículos de la CDI, así como del razonamiento de los casos anteriores se desprende que, en el análisis de atribución, el uso y aplicación del binomio público/privado en el análisis interpretativo de dicha disposición es esencial. Por lo tanto, la distinción se encuentra en la etapa de casos difíciles de acuerdo a la clasificación de Duncan Kennedy descrita *supra*. Es decir, la bifurcación “goza de buena salud” porque su utilización todavía tiene relevancia y cobra validez para la interpretación legal del precepto en comento.

2.3.5.3 Actuación *ultra vires* de un órgano del estado o entidad facultada para ejercer atribuciones de poder público: artículo 7 de los Artículos de la CDI

En esta subsección se aborda un caso especial de responsabilidad del Estado, a saber, la situación en la que un órgano del Estado, una persona o entidad actúa en violación de las facultades de poder público que le fueron conferidas en el ejercicio de sus funciones. Dicha actuación es comúnmente conocida como *ultra vires*. Este supuesto es regulado por el artículo 7 de los Artículos de la CDI, el cual dispone:

Artículo 7

Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

¹⁸¹ *Ibidem*, párrafo 296.

¹⁸² *Ibidem*, párrafos 293-295.

Como se deriva de dicha disposición, ésta aborda una variante de los artículos 4 y 5 de los Artículos de la CDI, es decir, de la actuación de los órganos del Estado, así como de las personas o entidades facultadas para ejercer atribuciones de poder público respectivamente.¹⁸³

El *quid* de la aplicación del artículo 7 de los Artículos de la CDI es determinar que el órgano del Estado, persona o entidad facultada para ejercer atribuciones de poder público actúa en tal condición, es decir, “si el comportamiento fue observado por ese órgano en su calidad oficial o no”.¹⁸⁴ En esencia, el análisis implica determinar si la actuación se realizó en un ámbito público o privado. Lo anterior se desprende de los comentarios al artículo 7 de los Artículos de la CDI:

El problema de la divisoria entre un comportamiento no autorizado, pero aún “público”, por una parte, y un comportamiento “privado”, por otra, puede evitarse si el comportamiento objeto de la reclamación es sistemático o reiterado, de modo que el Estado tenía o debería haber tenido conocimiento de él y debería haber tomado medidas para impedirlo.¹⁸⁵

La referencia anterior no significa que un acto aislado no pueda comprometer la responsabilidad del Estado. Por el contrario, sólo se aclara que resulta más fácil determinar dicha responsabilidad cuando se trata de conductas recurrentes. Cabe precisar que “el artículo 7 no se refiere a la cuestión de si el comportamiento equivale a la violación de una obligación internacional”.¹⁸⁶

Aunque parezca inverosímil, existen casos en los que el Estado ha pretendido excluir su responsabilidad argumentado que las actuaciones de las entidades objeto de análisis se realizaron en desobediencia o fuera del marco legal por el cual se rigen. Por ejemplo, en *Gavrilovic c. Croacia*, el Estado argumentó que el Tribunal carecía de jurisdicción porque la inversión no se había realizado de conformidad con la ley croata dado que hubo corrupción e ilegalidades en el actuar del inversionista. La controversia derivó de una serie de reclamaciones respecto del título de tierras agrícolas y de pastoreo para el procesamiento de carne por parte de la Reclamante. Esta situación condujo a un litigio interno desfavorable para el inversionista Gavrilovic y su compañía, y posteriormente, a la expropiación de sus tierras y propiedades comerciales. Al respecto, el Estado justificó que los actos de sus funcionarios y jueces que actuaron de forma ilegal o corrupta en un proceso de quiebra, por el cual la Reclamante obtuvo la inversión, no podían ser atribuibles a Croacia. El razonamiento de Tribunal para rechazar dicha argumentación fue el siguiente:

¹⁸³ Ver Crawford y Fonseca, *op.cit.*, p. 147.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 146.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 147.

¹⁸⁶ *Idem*.

En estas circunstancias, el Estado no puede alegar las irregularidades de un procedimiento de quiebra supervisado y autorizado en coyunturas críticas por su propio tribunal o la obtención de un préstamo extraordinario aprobado por un ministro principal del gobierno, que podría o no haber sido ilegal conforme a la ley croata, en oposición a la demanda en el TBI. Dicho de otra manera, si esta inversión no se realizó de conformidad con la legislación de Croacia, sobre la evidencia ante este Tribunal, esto se debe a los actos de los órganos del Estado. A este respecto, el Tribunal recuerda que, de conformidad con el artículo 7 de los artículos de la CDI, la conducta de un órgano de un Estado se considerará un acto del Estado en virtud del derecho internacional si el órgano supera su autoridad o contraviene las instrucciones.¹⁸⁷

Una conclusión similar fue expuesta por el Tribunal en *Kardassopoulos c. Georgia*. Las reclamaciones se basaron en un decreto gubernamental por el cual se cancelaron los derechos de concesión de GTI, un vehículo de inversión en el que Sr. Ioannis Kardassopoulos y el Sr. Ron Fuchs tenían intereses. La inversión consistía en la copropiedad de una compañía que firmó un JVA con SakNavtobi –Compañía de Petróleos propiedad estatal– y Transfnet –entidad que tenía los derechos de los oleoductos y era parte de SakNavtobi–, respecto de ciertos oleoductos y gasoductos en Georgia. En esa controversia, el Estado argumentó que las actuaciones de SakNavtobi y Transneft no le eran atribuibles porque actuaron fuera de la ley. El Tribunal rechazó dicha argumentación en los siguientes términos:

El Tribunal considera que la posición de la Demandada es insostenible. El principio de atribución, en principio, se aplica a Georgia en virtud de su condición de Estado soberano y no está supeditado a la fecha de su adhesión a un tratado. También es irrelevante si SakNavtobi y Transneft fueron autorizados o no para conceder los derechos contemplados por el JVA y la Concesión o si actuaron o no por encima de su autoridad bajo la ley de Georgia. El artículo 7 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado establece que incluso en los casos en que una entidad facultada para ejercer la autoridad gubernamental actúe de manera *ultra vires*, la conducta en cuestión es imputable al Estado.¹⁸⁸

Otro caso en el que se aplicó el artículo 7 de los Artículos de la CDI es el de *Noble c. Rumania*. Ese diferendo involucró reclamaciones derivadas de un acuerdo de privatización respecto a la adquisición, gestión, manipulación y disposición de una acería y otros activos en Rumania. El Tribunal analizó las conductas del Fondo de Propiedad Estatal (“SOF”) y de la Autoridad de Privatización y Gestión de la Propiedad del Estado (“APAPS”) –su sustituta– conforme al artículo 4 de los Artículos de la CDI. Ambas empresas eran instituciones de interés público que tenían por función la privatización de las empresas propiedad de Rumania. El Tribunal determinó que ni *SOF*

¹⁸⁷ *Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, párrafo 384.

¹⁸⁸ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007, párrafo 190.

ni APAPS podían ser consideradas como órganos del Estado. Consecuentemente, prosiguió al análisis del artículo 5 de los Artículos de la CDI, considerando que la ley les otorgaba atribuciones de carácter gubernamental y el objeto de la controversia se relacionó con el ejercicio de éstas. A efectos de robustecer su conclusión sobre la atribución de las conductas de dichas empresas al Estado, el Tribunal invocó y analizó hipotéticamente la aplicación del artículo 7:

Incluso si uno considerara que algunos de los actos de *SOF* o *APAPS* son *ultra vires*, el resultado sería el mismo. Esto se debe a la regla generalmente reconocida registrada en el artículo 7 del Proyecto de Artículos de la CDI según el cual la conducta de un órgano de un Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer elementos de autoridad gubernamental se considerará un acto del Estado de conformidad con el derecho internacional si el órgano, persona o entidad actúa en esa capacidad., incluso si supera su autoridad o contraviene las instrucciones. Dado que, desde la perspectiva de la Demandante, *SOF* y *APAPS* siempre actuaron como si fueran entidades autorizadas por la Demandada para hacerlo, sus actos aún tendrían que ser atribuidos a la Demandada, incluso si se hubiera demostrado un exceso de competencia.¹⁸⁹

Rumania pretendió invocar como defensa el hecho de que los actos realizados por *SOF* y *APAPS* eran de carácter comercial por lo que éstos no le eran atribuibles. El Tribunal indicó lo siguiente sobre dicha línea argumentativa:

Con respecto al argumento de la Demandada de que debe establecerse una distinción entre atribución de conducta gubernamental y comercial, no siendo imputable esta última, debe decirse lo siguiente. La distinción juega un papel importante en el campo de la inmunidad soberana cuando se trata de la cuestión de si un Estado puede reclamar la inmunidad ante los tribunales de otro Estado. Sin embargo, en el contexto de la responsabilidad, es difícil ver por qué los actos comerciales, los llamados *acta iure gestionis*, no deben atribuirse por definición, mientras que los actos gubernamentales, los llamados *acta iure imperii*, deben ser atribuibles. El Proyecto de Artículos de la CDI no mantiene ni apoya tal distinción. Aparte del hecho de que no hay razón alguna por la cual no debe considerarse que los actos comerciales sean en principio también atribuibles, es difícil definir si un acto en particular es gubernamental. Existe un consenso generalizado en el derecho internacional, como se expresó en particular en las discusiones en la CDI con respecto a la atribución, de que no existe un entendimiento común en el derecho internacional de lo que constituye un acto gubernamental o público. De otra manera, no habría necesidad de normas específicas como las enunciadas por la CDI en su Proyecto de Artículos, según las cuales, en principio, se requiere un cierto vínculo fáctico entre el Estado y el actor para atribuir a los actos estatales de ese actor.¹⁹⁰

Coincidimos parcialmente con lo dicho por el Tribunal. Si bien es cierto que la CDI rechazó la distinción entre actos públicos y privados, esto fue en el contexto del análisis de atribución conforme al artículo 4 de los Artículos de la CDI y no de forma general. De hecho, la bifurcación

¹⁸⁹ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, párrafo 81.

¹⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 82.

podría ser relevante cuando se abordan conductas que involucran el ejercicio de facultades gubernamentales de acuerdo al artículo 5 de los Artículos de la CDI, tal como se abordó *supra*. En efecto, al igual que con el artículo 4 relativo a la atribución de conductas a los órganos del Estado, consideramos que en el artículo 7 de los Artículos de la CDI tampoco cabe hacer una distinción entre actos públicos y privados por lo que hace a las conductas de los órganos del Estado. Por el contrario, respecto de las conductas de las personas o entidades investidas con facultades gubernamentales, la aplicación de la bifurcación público/privado es pertinente para determinar si el ente objeto de análisis excedió el límite de sus facultades de poder público que le fueron delegadas.

Por lo tanto, las conclusiones sobre la utilización de la bifurcación público/privado en la interpretación de los artículos 4 y 5 de los Artículos de la CDI aplican *mutatis mutandis* para el caso del artículo 7 de los Artículos de la CDI.

2.3.5.4 Persona o grupo de personas que actúan bajo instrucciones, dirección o control del Estado: artículo 8 de los Artículos de la CDI

Los Artículos de la CDI además de regular la atribución de los órganos del Estado, y el de personas o entidades que ejercen facultades gubernamentales, prevén la posibilidad de imputar al Estado conductas de privados, es decir, personas que no tienen relación alguna con el Estado. Efectivamente, dicho supuesto se encuentra codificado en el artículo 8 de los Artículos de la CDI, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 8

Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado al observar ese comportamiento.

En el derecho internacional es excepcional que las conductas de entes privados puedan ser atribuibles al Estado.¹⁹¹ Por ello, es explicable la divergencia suscitada entre la CIJ y el TPIY en cuanto al alcance de dicha disposición.

Recordemos que la CIJ fue quien acuñó el concepto de “control efectivo” para analizar la responsabilidad internacional estatal respecto de las conductas desplegadas por un grupo

¹⁹¹ Crawford y Fonseca, *op.cit.*, p. 147.

paramilitar (*contras*) en el caso *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. Al respecto, la CIJ requirió que, para fincar responsabilidad internacional a los EE. UU., tenía que probarse que dicho país tenía “control efectivo” de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se habían cometido las presuntas violaciones.¹⁹² Por otra parte, el TPIY rechazó el criterio legal desarrollado por la CIJ (aun cuando no era un tema de su competencia),¹⁹³ señalando que, para atribuir a un Estado los actos de [unidades militares, grupos armados o rebeldes], basta con exigir que el grupo en su conjunto esté bajo el “control general” del Estado, [...] independientemente de cualquier instrucción estatal, o incluso contrario a sus instrucciones.¹⁹⁴ Si bien posteriormente, en el caso de *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio*, la CIJ confirmó la utilización del criterio de control efectivo para atribuir al Estado los actos de personas o grupo de personas que no son órganos del Estado ni pueden ser equiparados a tales órganos, lo hizo no sin prevenir de las consecuencias sistémicas que implicaban utilizar indistintamente un criterio legal. En particular, resulta propicio referir el razonamiento esgrimido por la CIJ para señalar que el criterio de “control general” no debía aplicarse de un ámbito específico a otro. Lo anterior debido a la diferencia que involucran los distintos temas que cada uno de dichos criterios trata:

En la medida en que se emplea el criterio de “control global” para determinar si un conflicto armado es internacional [...], bien puede ser que dicho criterio sea aplicable y adecuado; [...]. Por otra parte, el Tribunal presentó el criterio “de control global” como igualmente aplicable en virtud del derecho de responsabilidad estatal con el propósito de determinar [...] cuando un Estado es responsable por los actos cometidos por unidades paramilitares y fuerzas armadas que no se encuentran entre sus órganos oficiales.

Primero, *debe observarse que la lógica no implica que deba adoptarse el mismo criterio al resolverse los dos temas, que son muy diferentes en su naturaleza: el grado y naturaleza de la participación de un Estado en un conflicto armado, que se requiere para que un conflicto se caracterice como internacional, puede muy bien, y sin inconsistencia lógica, diferir del grado y naturaleza de la participación requerida para dar lugar a la responsabilidad de dicho Estado por un acto específico cometido en el curso del conflicto.*¹⁹⁵

¹⁹² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986 Merits, Judgment of 27 June 1986 (1986), párrafo 115.

¹⁹³ “En primer lugar, la Corte observa que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no fue invocado en el caso Tadić, y no es generalmente invocado en general, para pronunciarse sobre cuestiones de responsabilidad estatal, ya que su jurisdicción es penal y se extiende únicamente a personas. Así, en dicha Sentencia el Tribunal abordó una cuestión que no era indispensable para el ejercicio de su jurisdicción”. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, I.C.J. Reports 2007 Judgment of February 26, 2007 (2007), párrafo 203.

¹⁹⁴ *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgment, July 15, 1999 Appeals Chamber (1999), párrafos 120-121.

¹⁹⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, I.C.J. Reports 2007 Judgment of February 26, 2007, párrafos 404-405.

Los casos referidos ilustran la importancia del criterio legal consagrado en el artículo 8 de la CDI. La preocupación de la CIJ no era menor. En la medida en la que se establezca un estándar legal laxo, cualquier conducta de un privado podría comprometer la responsabilidad del Estado. Una situación de esa naturaleza no sería aceptable por los Estados y no parece haber sido la intención de los redactores de los Artículos de la CDI. Por ende, de un análisis textual del artículo 8 de la CDI, se deriva que éste prevé dos situaciones:

- 1) personas que actúan por instrucciones del Estado; y
- 2) personas que actúan bajo la dirección o control del Estado.

De esta forma, los actos de particulares pueden comprometer la responsabilidad internacional cuando se configura cualquiera de los dos supuestos de hecho anteriores, siendo el segundo de ellos el más general.¹⁹⁶ Tal como lo señaló el Tribunal en el caso *Lao Holdings c. Laos (I)*, “por supuesto, los actos empresariales pueden atribuirse al Gobierno si éste dirige y controla las actividades de la empresa, en particular si dicho control se ejerce en relación con el objeto de la disputa”.¹⁹⁷

2.3.5.4.1 ¿Es pertinente utilizar la dicotomía público privado al interpretar artículo 8 de los Artículos de la CDI?

Cabe preguntarse si la bifurcación público/privado cobra relevancia en la interpretación de artículo 8 de los Artículos de la CDI y si los tribunales *ad hoc* inversionista-Estado han actuado con cautela al interpretar dicha disposición. La respuesta a la primera pregunta la brinda el caso *Bayindir c. Paquistán*, el cual versó sobre reclamaciones que derivaron de la implementación de un contrato de construcción entre el inversionista y la Autoridad Nacional de Autopistas de Paquistán (“NHA”). En su análisis sobre la atribución de las conductas de NHA a Paquistán, el Tribunal indicó lo siguiente con relación al artículo 8 de los Artículos de la CDI:

El Tribunal también observa que la atribución en virtud del Artículo 8 se entiende sin perjuicio de la caracterización de la conducta considerada como de naturaleza soberana o comercial. Para

¹⁹⁶ Crawford y Fonseca, *op.cit.*, p. 147.

¹⁹⁷ *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic I*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on the Merits, 10 June 2015, párrafo 82. Dicha controversia se basó en reclamaciones de diversas conductas del Gobierno, tales como un impuesto del 80 % sobre los ingresos del casino, así como auditorías supuestamente injustas a Hotel y Casino Savan Vegas del inversionista. También se alegó el supuesto incumplimiento de un acuerdo de conciliación que había alcanzado el gobierno y el inversionista.

los propósitos de la atribución conforme a esta regla, no importa que los actos sean comerciales, *jure gestionis* o contractuales.¹⁹⁸

Esta observación coincide con la que realizó la CDI en sus comentarios a los Artículos de la CDI con relación al supuesto de personas que actúan por instrucciones del Estado:

En estos casos no importa que la persona o las personas que han intervenido sean particulares ni que su comportamiento corresponda a una “actividad pública”. Casi siempre se trata de situaciones en las que los órganos del Estado complementan su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como “auxiliares”, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado.

2.3.5.4.2 ¿Interpretación sigilosa del artículo 8 de los Artículos de la CDI por los tribunales en materia de inversiones?

En el siguiente apartado se verificará si la práctica en el derecho de casos coincide con lo señalado en los comentarios de la CDI. Asimismo, se identificará la respuesta a la segunda pregunta, es decir, si los tribunales de inversión han sido cautos en cuanto al alcance interpretativo del artículo 8 de los Artículos de la CDI. En este sentido, cabe adelantar lo dicho por el Tribunal en *Bayindir c. Paquistán* sobre dicha situación:

Finalmente, el Tribunal es consciente de que los niveles de control requeridos para una determinación de atribución según el artículo 8 en otros contextos fácticos, como la intervención armada extranjera o la responsabilidad penal internacional, pueden ser diferentes. Sin embargo, considera que el enfoque desarrollado en tales áreas del derecho internacional no siempre se adapta a las realidades del derecho económico internacional y que no deben impedir una determinación de atribución si los hechos específicos de una disputa sobre inversiones así lo justifican.¹⁹⁹

No coincidimos con lo señalado por el Tribunal. Si bien la responsabilidad individual en el contexto del derecho penal internacional es distinta de la responsabilidad estatal en el DIP, esta última no difiere según el área o régimen autónomo del que se trate. Es decir, contrario a lo señalado por el Tribunal, en el derecho económico internacional, particularmente en el DII, es la responsabilidad del Estado la que está en juego, por ello no debería diferir de la responsabilidad que en general se aplica en el DIP. En cualquier caso, en los siguientes párrafos se abordará este tema a efectos de identificar la práctica de los tribunales en este ámbito.

¹⁹⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, párrafo 129.

¹⁹⁹ *Ibidem*, párrafo 130.

El primero de los casos por analizar es *Italia c. Cuba*. Como ya se mencionó *supra*, dicha controversia implicó reclamaciones del Italia a nombre de sus inversionistas por la supuesta violación a sus derechos derivado de actos discriminatorios. Esas conductas fueron supuestamente realizadas por empresas cubanas (Grupo Hotelero) con el propósito de presionar a los nacionales italianos a abandonar el territorio y su capital invertido. Al analizar si los actos de Grupo Hotelero –de propiedad estatal–, eran imputables a Cuba conforme al artículo 8 de los Artículos de la CDI, el Tribunal señaló lo siguiente:

El control del Estado debe haberse centrado en el comportamiento culposo de la persona y no sobre ésta desde un punto de vista estructural. De lo contrario, la distinción anterior entre criterios estructural y funcional estaría desprovisto de pertinencia.²⁰⁰

El análisis del Tribunal resulta confuso dado que introdujo los criterios funcional y estructural para determinar si el Hotel Habana Libre Tryp (“*Hotel*”), era una entidad del Estado susceptible de comprometer la responsabilidad internacional.²⁰¹ Este proceder es erróneo ya que no se trata de determinar si la entidad forma parte del Estado, como lo sugiere el Tribunal. De hecho, el error se pone de manifiesto cuando el Tribunal explica ambos criterios: en cuanto al criterio estructural, señaló que este implica que la entidad es poseída por el Estado directa o indirectamente y controlada por él. Por lo que hace al criterio funcional, el Tribunal indicó que se debe demostrar que a la entidad se le confirieron facultades gubernamentales y que actuó en esta capacidad. Este actuar equivocado condujo al Tribunal a invocar a su vez la dicotomía público/privado en su análisis:

De lo anterior se desprende y, en particular, del criterio funcional que el Tribunal Arbitral considera más apropiado que *Hotel* no puede ser considerado como una entidad estatal cubana. Independientemente de la importancia del turismo en la economía cubana, la gestión de un hotel o incluso de un grupo de hoteles no es una actividad de carácter gubernamental o que implique el ejercicio de la autoridad gubernamental. Es una actividad comercial por naturaleza. Por lo tanto, las acciones u omisiones *Hotel* no pueden, como regla general, comprometer la responsabilidad del Estado cubano y, por lo tanto, establecer el ejercicio de la protección diplomática por parte de la República de Italia para obtener una indemnización por el daño resultante como se alega. por Caribe y Figurella srl. Se diría lo contrario, si se hubiera establecido que la actitud de *Hotel* hacia Caribe y Figurella srl estaba controlada de forma remota por el Estado, que no es el caso.²⁰²

²⁰⁰ *La Republique d’Italie c. La Republique de Cuba*, Sentence Finale Arbitrage ad’hoc, 15 juillet 2008, párrafo 162.

²⁰¹ *Ibidem*, párrafo 161.

²⁰² *Ibidem*, párrafo 163.

El caso *Italia c. Cuba* da cuenta de la discrepancia que existe en la práctica de los tribunales en materia de inversiones en cuanto a la aplicación de la bifurcación público/privado al interpretar el artículo 8 de los Artículos de la CDI. Dicho caso también contrasta con el de *Tulip Real Estate c. Turquía*, en el cual, el Tribunal enfatizó la distinción entre control soberano y control ordinario en un sentido de intereses meramente comerciales al interpretar el alcance del artículo 8 de los Artículos de la CDI.²⁰³ El referido diferendo versó sobre reclamaciones derivadas de la supuesta terminación de un contrato sobre un desarrollo inmobiliario residencial y comercial en Estambul por parte de Turquía, en el cual, el inversionista holandés tenía participación accionaria a través de diversas empresas. El Tribunal analizó si los actos de “*Emlak*”, compañía controlada al 100 % por *TOKI* –que a su vez formaba parte del Primer Ministro de Turquía– eran atribuibles al Estado. Al respecto el Tribunal concluyó:

[...] el Tribunal también considera que la conducta de *Emlak* al confiscar el sitio del proyecto para Ispartakule III o su decisión de volver a licitar el proyecto en lugar de vender las tierras del proyecto a Tulip I equivale a una acción independiente que se toma en virtud de los derechos contractuales y en pro de los mejores intereses comerciales percibidos por *Emlak*. El Tribunal no encuentra ninguna base para apartarse de esa caracterización con respecto a cualquier otra acción tomada por *Emlak* después de la terminación del Contrato.

En consecuencia, el Tribunal concluye que, si bien *Emlak* estaba sujeta al control corporativo y administrativo de *TOKI*, la conducta de *Emlak* con respecto a la ejecución, el mantenimiento y la rescisión del Contrato no es atribuible al Estado en virtud del artículo 8 de los Artículos de la CDI debido a la falta de pruebas que el Estado utilizó su control como un vehículo dirigido a lograr un resultado particular en sus intereses soberanos.²⁰⁴ (Énfasis añadido)

A pesar de que el Tribunal correctamente ratificó que el estándar de “control efectivo” era el aplicable para determinar si *Emlak* actuó bajo el control de *TOKI*, su análisis se vio contaminado al introducir elementos sobre el carácter comercial y soberano en el análisis de las conductas.

Otro caso en el que se aplicó *obiter dicta* el artículo 8 de los Artículos de la CDI fue en *Hamester c. Ghana*. La controversia se basó en reclamaciones de un *JVA* para renovar una fábrica de procesamiento de cacao en grano en Takoradi al oeste del país. El acuerdo fue celebrado entre la Demandante y *Cocobod* –compañía estatal creada por ley–. Además, se presentaron reclamaciones por supuestas violaciones del acuerdo de coinversión. El Tribunal, al analizar la

²⁰³ *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, párrafos 309, 311-314, 317-319, 322 y 324.

²⁰⁴ *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, párrafos 325-326.

potencial responsabilidad de Ghana conforme al artículo 8 de los Artículos de la CDI, observó lo siguiente:

[...] es suficiente que el Tribunal declare que incluso si los principios de atribución del derecho internacional son aplicables al interpretar el ámbito del artículo 9 (2) [cláusula paraguas] del TBI, es claro que el acto de *Cocobod* consistente en concluir el *JVA* no fue atribuible a Ghana, ya sea en virtud del artículo 5 o el artículo 8 de los Artículos de la CDI. Con respecto al artículo 5, no hay nada que sugiera que *Cocobod* concluyó el *JVA* en el ejercicio de la autoridad gubernamental. Con respecto al artículo 8, no hay evidencia de que *Cocobod* haya concluido el *JVA* por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado.²⁰⁵

De la referencia anterior se deriva que, ante la falta de evidencia para respaldar una potencial determinación sobre responsabilidad del Estado derivado de la atribución de las conductas de una entidad particular, el Tribunal rechazó analizar a fondo el alcance del artículo 8 de los Artículos de la CDI. A diferencia de dicho caso, *en Unión Fenosa Gas c. Egipto* el Tribunal determinó que el Estado era responsable conforme al artículo 8 de los Artículos de la CDI. La controversia involucró reclamaciones que derivaron de la supuesta suspensión del suministro de gas por parte del gobierno a *SEGAS*, compañía egipcia en el puerto de Damietta en la que el inversionista tenía una participación accionaria del 80 %. La referida suspensión materializada por la Compañía Egipcia de Gas Natural (“*EGAS*”) –quien era la parte vendedora en el Acuerdo de Compra y Venta de Gas Natural–, implicó que la planta dejará de funcionar por un tiempo generándole pérdidas. El razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

[...], en lo que respecta a la reducción del suministro de gas natural a la planta de Damietta, el Tribunal considera que *EGAS* actuó siguiendo las instrucciones, de y bajo el control y dirección de la Demandada, a saber, su Ministerio de Petróleo, en el sentido del artículo 8 de los Artículos de la CDI. En cuanto a esa relación fáctica, el Tribunal aborda la función de *EGAS* más adelante.

Antes [del 24 de febrero de 2013, con aviso de fuerza mayor de *EGAS*], la Demandada había decidido discriminar entre los usuarios de gas *ejerciendo su autoridad soberana y poderes públicos*, la Demandada ordenó a *EGAS* que limitara y eventualmente detuviera el suministro de gas de alimentación conforme al [Acuerdo de Compra y Venta de Gas Natural (“*SPA*”)] a la Planta Damietta. La decisión de la Demandada de discriminar contra la Planta representó una carga excesiva y desproporcionada para la Demandante, en comparación con otros usuarios no consumidores de gas suministrados por *EGAS* en Egipto, tanto egipcios como no egipcios. Desde el punto de vista del Tribunal, [...], las decisiones de la Demandada de cortar y reducir el suministro de gas a la Planta Damietta fueron, por su naturaleza y propósito, un acto soberano por parte de la Demandada en virtud del derecho internacional. También fue, por supuesto, una decisión política de la Demandada en el sentido más amplio. No fue una decisión requerida por la ley egipcia; y *no fue una decisión comercial u operativa originada por EGAS*. De hecho, fue

²⁰⁵ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, párrafo 347 (iii).

una decisión en contra del interés comercial de *EGAS*, dados los precios más altos bajo el *SPA* y los precios más bajos para el sector de electricidad egipcio subsidiado.²⁰⁶

Aunque el Tribunal no invocó expresamente la división público/privado al interpretar e imputar los actos de *EGAS*, de la cita anterior se refleja la importancia que el Tribunal intentó transmitir en su razonamiento al hecho de que la conducta del Estado fue realizada ejerciendo su autoridad soberana y poderes públicos.

De la revisión de los casos abordados en esta subsección, se puede concluir que los tribunales han sido prudentes al aplicar el artículo 8 de los Artículos de la CDI, es decir, al determinar si las conductas de particulares son atribuibles al Estado. También es claro que, aunque en algunos casos los tribunales han invocado y utilizado la distinción público/privado en su interpretación, su uso resulta innecesario. Ello es así porque el análisis debe centrarse en determinar: 1) si existieron instrucciones del Estado para que un particular realizara la conducta objeto de reclamación, o bien, 2) si se demuestra que el Estado controló o dirigió la conducta desplegada por el particular, “y si el comportamiento denunciado era una parte integrante de esa operación”.²⁰⁷

Por lo que hace a la clasificación del uso de la distinción público/privado dentro de las etapas descritas por Duncan Kennedy, se puede concluir que respecto del artículo 8 de los Artículos de la CDI, la distinción se encuentra en “el colapso” dado que la distinción es incoherente porque no importa cuánto se intente aplicar el resultado implica una contradicción irremediable.

2.1.1 Trato Justo y Equitativo

La cláusula de TJE es una de las más utilizadas por los inversionistas al presentar sus reclamaciones. Aunque su origen se remonta a los tratados de amistad, navegación y comercio,²⁰⁸ populares a mediados del siglo XIX, es con los TBI y TLC –que contemplan el mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado–, que la cláusula adquiere mayor relevancia. En efecto, en el grueso de las controversias dicha cláusula es invocada invariablemente con un alto grado de éxito.²⁰⁹ Lo anterior se explica por el lenguaje tan amplio y ambiguo al que puede prestarse

²⁰⁶ *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, párrafos 9.118, 9.131 y 9.138

²⁰⁷ Crawford y Fonseca, *op. cit.*, p. 148.

²⁰⁸ Para una breve explicación de los orígenes de la cláusula TJE ver Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, p. 130.

²⁰⁹ *Idem*.

dicha disposición. A manera de ejemplo, en la Tabla 4 se muestran algunas formulaciones de cláusulas de TJE contenidas en los siguientes TBI: *México – Argentina*,²¹⁰ *México – Dinamarca*,²¹¹ *México – Suecia*²¹² y *México – Países Bajos*.²¹³

Tabla 4. Ejemplos de las Cláusulas de TJE de México

TBI	Texto de la cláusula de TJE	Publicación en el DOF
<i>Argentina – México</i>	<p>ARTÍCULO TERCERO</p> <p>Trato Nacional y Trato de Nación más Favorecida</p> <p>1.- Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a los inversores y a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas arbitrarias o discriminatorias</p>	28-08-98
<i>Dinamarca – México</i>	<p>ARTICULO 3</p> <p>Tratamiento</p> <p>1. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, un trato justo y equitativo.</p>	30-11-00
<i>Suecia – México</i>	<p>ARTICULO 2</p> <p>Promoción y Protección de Inversiones</p> <p>3. La inversión de inversionistas de una Parte Contratante deberá, en todo momento, recibir trato justo y equitativo de acuerdo con los estándares relevantes de derecho internacional. Ninguna Parte Contratante deberá impedir, a través de medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de tales inversionistas.</p>	27-07-01

²¹⁰ Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 28 de agosto de 1998. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2441/SE_argentina_appri.pdf. Última vista el 16 de marzo de 2019.

²¹¹ Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Dinamarca para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en la Ciudad de México, el trece de abril de dos mil. Publicado en el DOF el 30 de noviembre del 2000. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2420/SE_dinamarca_appri.pdf. Última vista el 16 de marzo de 2019.

²¹² Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Suecia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en la ciudad de Estocolmo, el tres de octubre de dos mil. Publicado en el DOF el 27 de julio de 2001. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2435/SE_suecia_appri.pdf. Última vista el 16 de marzo de 2019.

²¹³ Decreto Promulgatorio del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos, suscrito en la Ciudad de México, el trece de mayo de mil novecientos noventa y ocho. Publicado en el DOF el 10 de julio de 2000. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2429/SE_paises_bajos_appri.pdf. Última vista el 16 de marzo de 2019.

TBI	Texto de la cláusula de TJE	Publicación en el DOF
Países Bajos – México	<p style="text-align: center;">ARTICULO 3 Tratamiento</p> <p>1. Cada una de las Partes Contratantes garantizará un trato justo y equitativo a las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante y no impedirá, a través de medidas injustificadas o discriminatorias, la operación, administración, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de éstas que realicen dichos nacionales.</p>	10-07-00

Como se evidencia en los ejemplos anteriores, la redacción de la cláusula de TJE no es uniforme, aunque todas coinciden en la referencia expresa de los términos “trato justo y equitativo”. Al respecto, surgen las siguientes interrogantes: ¿qué significan dichos términos?, ¿cuál es el alcance que se les debe dar? y ¿cómo deben interpretarse y aplicarse a un caso en concreto? Los tribunales han coincidido en que el estándar no es claro ni preciso y en la falta de consenso sobre su significado.²¹⁴ A pesar de que podría pensarse que los conceptos “trato justo y equitativo” pueden ser colmados con mayores o menores proporciones de subjetividad según se quiera, más bien deben sujetarse a un estándar objetivo. Lo anterior es confirmado por Álvarez:

Al mismo tiempo, la mayoría de los árbitros tienen cuidado de evitar la sugerencia de que el TJE es simplemente una licencia abierta para tratar a las partes contendientes de manera justa. Muchos árbitros enfatizan que lo que están aplicando puede ser una regla vaga, pero aun así es un estándar de ley. Si bien el TJE puede requerir el uso de principios equitativos y es susceptible de ser aplicada caso por caso, ningún árbitro sugiere que no sea más que una licencia para resolver una disputa *ex aequo et bono*. Como lo ha sugerido André Von Walter, existe una diferencia entre aplicar la equidad como una cuestión de justicia abstracta y aplicar un estándar (como el TJE) que se basa en principios equitativos como expectativas legítimas, buena fe o manos sucias.²¹⁵

En este sentido, una cláusula con un lenguaje similar a la de TJE la constituye la de NMT, la cual establece:

Artículo 1105. Nivel mínimo de trato

²¹⁴ Ver por ejemplo *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, párrafo 256; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, párrafo 296; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, párrafo 215 y *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Final Award, 17 December 2015, párrafo 313.

²¹⁵ Álvarez, *The Public International Law...*, *op. cit.*, p. 227.

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.²¹⁶

Existe una amplia discusión sobre si ambas cláusulas son lo mismo²¹⁷ o si en realidad se trata de dos disposiciones distintas con alcances jurídicos heterogéneos.²¹⁸ Interesantemente, existe consenso en los tribunales del TLCAN que la interpretación del TJE no es aplicable al NMT cuyo estándar para determinar una violación es mucho más elevado.²¹⁹ Cabe mencionar que también existe discrepancia en el mismo contexto del TLCAN sobre el estándar de NMT y su relación con el derecho internacional consuetudinario.²²⁰ En cualquier caso, ninguna de las dos cláusulas se libra

²¹⁶ Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Publicado en el DOF el 20 de diciembre de 1993. Disponible en: <http://www.economia-snci.gob.mx/sicait/5.0/doctos/TLCAN.pdf>. Última vista el 16 de marzo de 2019.

²¹⁷ Ver por ejemplo *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, párrafo 9.51; *Koch Minerals Sarl and Koch Nitrogen International Sarl v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/19, Award, 30 October 2017, párrafos 8.42-8.45; *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, párrafo 520-521; *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador II*, PCA Case No. 2012-16 (formerly AA 434), Partial Final Award, 6 May 2016, párrafos 205-206 y 208, *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*, PCA Case No. AA518, Award, 24 October 2014, párrafo 224 y *OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10 March 2015, párrafos 483 y 491.

²¹⁸ *Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/1, Award, 18 January 2019, párrafos 439-42; *Valores Mundiales, S.L. and Consorcio Andino S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/13/11, Award, 25 July 2017, párrafo 530; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/01, Award, 21 July 2017, párrafo 666; *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Concurring and Dissenting Opinion, 8 July 2016, párrafo 132 y *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, párrafos 530-535.

²¹⁹ *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, párrafos 443-444; *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 8 June 2009, párrafo 614; *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párrafos 93 y 98 y *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award, 26 January 2006, párrafo 194.

²²⁰ Particularmente, la discusión versa sobre si el estándar del caso *Neer*, en el contexto de las Comisiones Mixtas de reparación México – EE. UU., consistente en un “tratamiento indignante” (*outrageous treatment*) es el aplicable al NMT del artículo 1105 del TLCAN. Ver por ejemplo los siguientes tribunales que rechazan el estándar del caso *Neer*: *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award, 27 September 2016, párrafo 352; *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, párrafos 434-435; *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, Award, 2 August 2010, párrafo 215; *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, ICSID Administrated, Award, 31 March 2010, párrafo 213; *International Thunderbird Gaming Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006, párrafo 194; *GAMI Investments, Inc. v. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, párrafo 95 y *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award in Respect of Damages, 31 May 2002, párrafos 57-65. Los tribunales que sostienen una opinión conraria son: *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 8 June 2009, párrafos 612-616 y *Cargill, Incorporated c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párrafo 272.

de la generalidad y ambigüedad a la que se pueden prestar en cuanto a su interpretación y ámbito de aplicación. Como se abordará en el Capítulo III, el amplio alcance interpretativo que en el contexto del TLCAN se le estaba dando a dicha disposición, condujo a los Estados a limitar esta situación mediante la emisión una nota interpretativa. Dicha nota interpretativa consiste en lo siguiente:

B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.
2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.
3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1).²²¹

En las negociaciones de los TBI y TLC de reciente creación, dicha fórmula se ha replicado e incluso complementado con la práctica interpretativa de los tribunales. En efecto, en el derecho de casos se ha señalado lo siguiente:

[la definición de Trato Justo y Equitativo], no puede interpretarse como limitada a la protección de las expectativas legítimas y la no discriminación, sino que abarca una serie de otros principios que se han mencionado en varios laudos arbitrales. [...], por ejemplo, [...] transparencia, buena fe, conducta que no pueda ser arbitraria, groseramente injusta, inequitativa, idiosincrásica, discriminatoria, sin el debido proceso o la propiedad procesal y el respeto de las expectativas razonables y legítimas de los inversionistas.²²²

En la Tabla 5 se presentan las cláusulas de TJE del CETA y el CPTPP –tratados en vigor de reciente hechura–, que contienen los elementos que pueden dar lugar a una violación de las disposiciones de NMT y TJE. Por otra parte, la Tabla 6 contiene los textos recientemente negociados del TLCUEM y el T-MEC que, a la fecha de la redacción de este capítulo, todavía no entran en vigor.

²²¹ Nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio, 31 de julio de 2001. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1756/inter_CLC_espanol.pdf. Última visita el 15 de febrero de 2019.

²²² *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, párrafo 253. En el mismo sentido ver *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 April 2012, párrafo 221; *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/13/2, Award, 7 March 2017, párrafo 462; *UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22 December 2017, párrafo 834 y *Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/1, Award, 18 January 2019, párrafo 443.

Tabla 5. Ejemplos de las Cláusulas de TJE y NMT en el CETA y el CPTPP

CETA	CPTPP
<p>Artículo 8.10 Tratamiento de inversionista y de inversiones cubiertas</p> <p>1. Cada Parte otorgará en su territorio a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversionistas con respecto a sus inversiones cubiertas, un trato justo y equitativo y una protección y seguridad plenas, de conformidad con los párrafos 2 a 7.</p> <p>2. Una Parte incumple la obligación de trato justo y equitativo a que se hace referencia en el párrafo 1 si una medida o serie de medidas constituye:</p> <p>a) denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos;</p> <p>b) violación fundamental del debido proceso, incluida una violación fundamental de la transparencia, en procedimientos judiciales y administrativos;</p> <p>c) arbitrariedad manifiesta;</p> <p>d) discriminación selectiva por motivos manifiestamente ilícitos, como el género, la raza o las creencias religiosas;</p> <p>e) tratamiento abusivo de los inversionistas, como coerción, coacción y acoso; o</p> <p>f) el incumplimiento de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptada por las Partes de conformidad con el párrafo 3 de este artículo.</p> <p>3. Las Partes revisarán regularmente, o a solicitud de una Parte, el contenido de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo. El Comité de Servicios e Inversión, establecido de conformidad con el Artículo 26.2.1 (b) (Comités Especializados), puede formular recomendaciones al respecto y presentarlas al Comité Conjunto del CETA para su decisión.</p> <p>4. Al aplicar la obligación de trato justo y equitativo anterior, el Tribunal puede tener en cuenta si una Parte hizo una representación específica a un inversionista para inducir una inversión cubierta, que creó una expectativa legítima, y en la que el inversionista se basó para decidir o mantener la</p>	<p>Artículo 9.6: Nivel Mínimo de Trato¹⁵</p> <p>1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo”, y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional a, o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de otorgar:</p> <p>“trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y</p> <p>“protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. Una determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p> <p>4. Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte adopte u omita adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.</p> <p>5. Para mayor certeza, el simple hecho de que no se otorgue, renueve o mantenga un subsidio o donación, o que estos hayan sido modificados o reducidos por una Parte, no constituye una violación a este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.</p>

CETA	CPTPP
<p>inversión cubierta, pero que la Parte frustró posteriormente.</p> <p>5. Para mayor certeza, “protección y seguridad plenas” se refiere a las obligaciones de la Parte relacionadas con la seguridad física de los inversionistas y las inversiones cubiertas.</p> <p>6. Para mayor certeza, el incumplimiento de otra disposición de este Acuerdo o de un acuerdo internacional independiente no establece un incumplimiento de este Artículo.</p> <p>7. Para mayor certeza, el hecho de que una medida infrinja la legislación nacional no constituye, en sí misma, una infracción de este artículo. Para determinar si la medida viola este Artículo, el Tribunal debe considerar si una Parte ha actuado de manera inconsistente con las obligaciones del párrafo 1.</p>	<p>¹⁵ Artículo 9.6 (Nivel Mínimo de Trato) será interpretado de conformidad con el Anexo 9-A (Derecho Internacional Consuetudinario).</p> <p style="text-align: center;">ANEXO 9-A</p> <p style="text-align: center;">DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO</p> <p>Las Partes confirman su común entendimiento de que “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general y específica en el Artículo 9.6 (Nivel Mínimo de Trato) resulta de una práctica general y consistente de los Estados seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. El nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen las inversiones de los extranjeros.</p>

Las Tablas 5 y 6 muestran como los Estados han sido más cuidadosos y exhaustivos en definir y aclarar significado de las cláusulas de TJE y NMT, buscando con ello restringir el alcance interpretativo de los tribunales. A pesar de lo anterior, es de reconocerse que gran parte de los textos de un tratado en materia de inversiones tienen su origen precisamente en las interpretaciones de los tribunales. Por ello, en la medida que los tribunales apliquen ciertas herramientas jurídicas en la interpretación de las disposiciones, existe la posibilidad de que éstas se incorporen en los textos de los tratados. Tal es el caso del tema que nos ocupa, a saber, la bifurcación público/privado que comienza a cristalizar y aparecer en algunos tratados. Por ejemplo, en el *Tratado Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) – Australia – Nueva Zelanda (AANZFTA)*, las Partes acordaron excluir del ámbito de aplicación del Capítulo de Inversión, “los servicios prestados en el “ejercicio de la autoridad gubernamental”. Dicha disposición establece:

CAPÍTULO 11
SECCIÓN DE INVERSIONES A
Artículo 1
Ámbito de aplicación

[...]

2. Este Capítulo no se aplicará a:

- (a) la contratación pública;
- (b) los subsidios o subvenciones otorgados por una Parte; y
- (c) *los servicios prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental por el organismo o autoridad pertinente de una Parte*. Para los fines de este Capítulo, un servicio suministrado en

el ejercicio de una autoridad gubernamental significa cualquier servicio que no se proporciona de forma comercial ni en competencia con uno o más proveedores de servicios.²²³

Tabla 6. Ejemplos de las Cláusulas de TJE y NMT en el TLCUEM y el T-MEC

TLCUEM	T-MEC
<p>Artículo 15 Tratamiento de inversionista y de inversiones cubiertas</p> <p>1. Cada Parte otorgará en su territorio a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversionistas con respecto a sus inversiones cubiertas, trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas de acuerdo con los siguientes párrafos.</p> <p>2. Una Parte incumple la obligación de trato justo y equitativo a la que se hace referencia en el párrafo 1 si una medida o serie de medidas constituye:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) la denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos; o (b) incumplimiento fundamental del debido proceso; o (c) arbitrariedad manifiesta, incluida la discriminación selectiva por motivos manifiestamente ilícitos, como el género, la raza o las creencias religiosas; o (d) hostigamiento, coerción o abuso de poder; o (e) el incumplimiento de cualquier elemento adicional de la obligación de trato justo y equitativo que hayan sido adoptadas por las Partes de conformidad con el párrafo 7 de este artículo. <p>3. Una Parte incumple la obligación de protección y seguridad plenas si una medida o una serie de medidas constituye una falta de seguridad física para los inversionistas y sus inversiones cubiertas.</p> <p>4. Al evaluar una infracción conforme a este Artículo, un tribunal puede tener en cuenta si una Parte hizo una representación específica ante un inversionista para inducir una inversión cubierta, que creó una expectativa legítima, y en la cual el</p>	<p>Artículo 14.6: Nivel Mínimo de Trato⁶</p> <p>1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional a, o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de otorgar:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos judiciales penales, civiles o contencioso administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas jurídicos del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario. <p>3. Una determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.</p> <p>4. Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte adopte u omita adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño a la inversión cubierta.</p>

²²³ New Zealand Foreign Affairs & Trade. ASEAN Home/Trade/Free trade agreements/Free trade agreements in force/ASEAN Australia New Zealand FTA (AANZFTA). Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/FTAs-agreements-in-force/AANZFTA-ASEAN/Agreement-Establishing-the-ASEAN-Australia-New-Zealand-Free-Trade-Area-1.pdf>. Última visita el 16 de febrero de 2019.

TLCUEM	T-MEC
<p>inversionista se basó para decidir realizar o mantener La inversión cubierta, pero que el partido frustró posteriormente. Sin embargo, el mero hecho de que una Parte tome o no tome una acción que pueda ser inconsistente con las expectativas legítimas de un inversionista no constituye un incumplimiento de este Artículo, incluso si hay una pérdida o daño a la inversión cubierta como resultado.</p> <p>5. La determinación de que ha habido una violación de otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no establece, en o por sí misma, que ha habido una violación de este Artículo.</p>	<p>⁶ Este Artículo será interpretado de conformidad con el Anexo 14-A (Derecho Internacional Consuetudinario).</p> <p style="text-align: center;">ANEXO 14-A</p> <p style="text-align: center;">DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO</p> <p>Las Partes confirman su común entendimiento de que el “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general y específica en el Artículo 14.6 (Nivel Mínimo de Trato) resulta de una práctica general y consistente de los Estados observada por ellos por considerarla una obligación jurídica. El nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen las inversiones de los extranjeros.</p>

Debido a las particularidades de las cláusulas de NMT y TJE, especialmente su generalidad y con ello la holgura interpretativa a la que se presta, consideramos que es entendible, aunque quizás no justificable, que dentro del análisis se invoque la distinción público/privado para determinar el alcance de dichas cláusulas, tal como se demuestra en los siguientes casos.

En *Duke Energy c. Ecuador*, el inversionista era propietario de Electroquil, una empresa generadora de energía eléctrica en Ecuador. Las reclamaciones de la Demandante surgieron de los supuestos incumplimientos de diversos acuerdos para la generación de energía eléctrica y el suministro a la ciudad de Guayaquil en Ecuador. En ese diferendo, el Tribunal –al analizar el estándar de TJE–, notó que la mayoría de las reclamaciones de la Demandante se basaban en incumplimientos contractuales.²²⁴ Por ello, hizo referencia a casos anteriores en los que se había aclarado la distinción entre reclamaciones de tratado y meramente contractuales.²²⁵ Bajo esta tesitura, enfatizó que, por lo menos en contextos diversos al de la cláusula paraguas, existía consenso de que un incumplimiento contractual no implica una violación de tratado:

²²⁴ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, párrafo 342.

²²⁵ *Ibidem*, párrafos 342 y 343 citando los casos *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, CIRDI Aff. N° ARB/00/6, Sentence Arbitrale, 22 décembre 2003 e *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005.

Establecer un incumplimiento del tratado es un ejercicio diferente al de mostrar un incumplimiento del contrato. Sujeto a la pregunta particular de la cláusula paraguas, para probar una violación del tratado, las Demandantes deben establecer una violación de naturaleza diferente a la violación del contrato, en otras palabras, una violación que el Estado comete en el ejercicio de su poder soberano.²²⁶

También en *Bayindir c. Paquistán*, el Tribunal recalcó *—obiter dictum—* y en el contexto del análisis del estándar de TJE, la distinción entre violaciones de tratado y meros incumplimientos contractuales. Dicha controversia versó sobre reclamaciones que derivaron precisamente de la implementación de un contrato de construcción entre el inversionista y la Autoridad Nacional de Autopistas de Paquistán. El razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

Además, debido a que una violación de un tratado es diferente de una violación de contrato, el Tribunal considera que la Demandante debe establecer una violación de naturaleza diferente a una simple violación de contrato, en otras palabras, una que el Estado comete en el ejercicio de su poder soberano. Este punto de vista es consistente con una línea de casos que incluye *RFCC c. Marruecos*, *Waste Management*, *Impregilo c. Paquistán*, y *Duke Energy c. Ecuador*, a pesar de que otros tribunales han sido menos exigentes.²²⁷

Derivado del análisis de casos presentado en esta subsección, resulta evidente que los Tribunales parecen considerar que la distinción entre actos soberanos y comerciales del Estado tiene cabida cuando existen reclamaciones contractuales. Cabe precisar que este curso de acción se presenta no sólo en el análisis de disposiciones sustantivas como el de la cláusula paraguas. Así se confirma particularmente en el caso *Duke Energy c. Ecuador*, en el que el Tribunal opinó que “el retraso en el establecimiento de los Fideicomisos de pago, su implementación deficiente, la imposición irregular de multas contractuales y la falta de pago de intereses por pagos atrasados en virtud de los Acuerdos de Compra de Energía, no implicaron el ejercicio del poder soberano por parte del Instituto Ecuatoriano de Electrificación o del Estado”²²⁸. El Tribunal consideró que dichos actos “constituyen una conducta que cualquier parte contratante podría adoptar; por lo tanto, no son capaces de constituir una violación de un trato justo y equitativo”.²²⁹

Derivado del análisis de los precedentes antes referidos, se puede concluir que aplicar la dicotomía público/privado al interpretar las cláusulas de TJE o de NMT es innecesario. Se debe

²²⁶ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, párrafo 345.

²²⁷ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, párrafo 180.

²²⁸ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, párrafo 348.

²²⁹ *Idem*.

tener presente que en los casos en los que se presentó el uso de la distinción público/privado en el contexto de ambas cláusulas, implicaron reclamaciones en las que se existía un contrato como objeto subyacente de la reclamación. Esta observación constituye una situación similar a la que se abordó *supra* en la subsección sobre las consecuencias jurídicas del incumplimiento de un contrato *vis-à-vis* la violación de un tratado. Nuevamente, si el Estado es parte de un contrato y lo incumple o lo rescinde conduciéndose conforme a lo establecido en éste, dicha situación *per se* no implica la violación de un tratado independientemente de si actuó en su carácter soberano o privado. Sin embargo, –y por supuesto sujeto a la existencia de una cláusula paraguas–, el incumplimiento de un contrato podría dar lugar a la violación del tratado. De no existir una cláusula paraguas entonces debe evaluarse si un contrato está cubierto por la protección del TBI. Igualmente, debe tenerse en cuenta si el propio contrato preveía la solución de cualquier controversia con base en un mecanismo inversionista-Estado u otra vía. Finalmente, se tiene que examinar si la conducta objeto de reclamación alcanza el estándar de violación requerido.

Adicionalmente, en el caso de las cláusulas de TJE o de NMT, se debe determinar si se configura uno de los elementos que conforman dichas obligaciones, *i.e.* falta de debido proceso, transparencia, expectativas legítimas, arbitrariedad u otro. En este sentido, un simple incumplimiento del contrato por una falta de pago difícilmente lograría implicar la violación de dichos estándares. Ello es así con independencia de que el Estado actúe como ente privado o soberano. Suponer lo contrario desvirtuaría el objeto y fin de la protección conferida por los TBI dando lugar a un sinnúmero de reclamaciones banales.

Por lo tanto, y siguiendo la clasificación de las etapas por las que atraviesa la bifurcación público/privado según Duncan Kennedy, en el caso de su aplicación y uso para la determinación de una violación al estándar de NMT o de TJE, ésta se encuentra en la etapa de continuación ya que se presenta un campo para la disensión respecto del cómo hacer la distinción y los resultados que ésta puede implicar.

2.1.2 Expropiación

Con base en la idea de soberanía territorial, en el DIP se reconoce el derecho de los Estados a expropiar propiedades de extranjeros.²³⁰ No obstante, ese derecho está sujeto a ciertas condiciones que se encuentran codificadas convencionalmente como resultado del derecho consuetudinario

²³⁰ Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, p. 98.

internacional.²³¹ Precisamente, el derecho de expropiación se traduce más bien en una prohibición de no expropiar sin compensación adecuada, la cual constituye un principio de derecho consuetudinario internacional.²³²

El término expropiación “significa una toma forzosa por parte del Gobierno de bienes materiales o intangibles de propiedad privada por medio de acciones administrativas o legislativas”.²³³ Por otra parte, “la “nacionalización” es un concepto análogo al de expropiación, al que se suma el hecho de que, en ese caso, el Estado toma el control de la inversión de la cual despojó al inversionista”.²³⁴ En cualquiera de los dos supuestos, en los TBI se reconoce que los Estados están obligados a observar ciertas condiciones a las que se debe sujetar la expropiación, a saber:

- por causa de utilidad pública;
- sobre bases no discriminatorias;
- con apego al principio de legalidad; y
- mediante indemnización.²³⁵

La obligación de expropiación protege no sólo aquellas expropiaciones en las que existe una transferencia formal del título de la propiedad, sino también las llamadas expropiaciones indirectas o medidas equivalentes a expropiación, tal como se prevé por ejemplo en el artículo 1110 del TLCAN:

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), [...]

²³¹ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Final Award, 16 September 2003, párrafo 11.3 y *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, párrafos 427-428.

²³² *M. Meerapfel Sohne AG v. Central African Republic*, ICSID Case No. ARB/07/10, Excerpts of Award, 12 May 2012, párrafos 300, 306-309, 315-317 y 330.

²³³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo 2003, párrafo 113.

²³⁴ *SAUR International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 June 2012, párrafo 368.

²³⁵ Artículo 1110 del TLCAN. Ver Secretariado del TLCAN. Inicio/Textos jurídicos/Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Disponible en: <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-jur%C3%ADdicos/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1110>. Última visita el 16 de febrero de 2019.

Las definiciones de expropiación o nacionalización, incluidas la expropiación indirecta o medidas equivalentes no se encuentran definidas en los TBI, y más bien han cobrado forma y alcance de acuerdo a la práctica de los tribunales, tal como lo sostuvo el Tribunal en *Lauder c. República Checa*:

Los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, “TBI”) generalmente no definen el término de expropiación y nacionalización, o cualquier otro término que denota medidas similares de desposesión forzada (“despojo”, “toma” o “privación”). Además, la práctica muestra que, aunque los diversos términos pueden usarse solos o en combinación, la mayoría de las veces no se han intentado hacer distinciones entre el concepto general de desposesión y las formas específicas del mismo. En general, expropiación significa la apropiación coercitiva por parte del Estado de propiedad privada, generalmente mediante medidas administrativas individuales. La nacionalización implica grandes recaudaciones sobre la base de un acto ejecutivo o legislativo con el fin de transferir bienes o intereses al dominio público. El concepto de expropiación indirecta (“*de facto*” o “progresiva”) no está claramente definido. La expropiación o nacionalización indirecta es una medida que no implica una toma abierta, pero que efectivamente neutraliza el disfrute de la propiedad. En general, se acepta que una amplia variedad de medidas es susceptible de llevar a una expropiación indirecta, por lo que cada caso debe decidirse en función de las circunstancias presentes. [...] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Mellacher y otros c. Austria* (1989 Eur.Ct.HR (ser. A, No. 169)), sostuvo que una expropiación “formal” es una medida destinada a una “transferencia de propiedad”, mientras que la expropiación “*de facto*” ocurre cuando un Estado priva al propietario de su “derecho de uso, arrendamiento o venta su propiedad”.²³⁶

Los tribunales en materia de inversiones han coincidido en que en una expropiación indirecta debe existir una neutralización efectiva del disfrute de la propiedad, es decir, una privación sustancial.²³⁷

Los términos medida equivalente, expropiación progresiva o expropiación *de facto* pueden ser incluidas dentro del alcance de lo que implica una expropiación indirecta:

En general, la expresión “equivalente a expropiación” o “igual a expropiación” que se encuentra en la mayoría de los tratados bilaterales, puede referirse a ambas, a la llamada “expropiación progresiva” y a la expropiación *de facto*. Su punto común radica en el hecho de que las acciones o la conducta del Estado anfitrión no implican la “toma abierta”, sino que la toma se produce cuando las medidas gubernamentales “han neutralizado efectivamente el beneficio de la propiedad del propietario extranjero”. La propiedad o el disfrute se puede decir que está “neutralizado” cuando una parte ya no tiene el control de la inversión, o donde no puede dirigir las operaciones diarias de la inversión. En cuanto a las diferencias, es habitual decir que la expropiación indirecta puede mostrarse de forma gradual –expropiación en

²³⁶ *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001, párrafo 200.

²³⁷ *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, párrafo 261; *BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, UNCITRAL, Award, 24 December 2007, párrafos 260-267; *Cargill, Incorporated v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/2, Award, 5 March 2008, párrafos 570-580.

progreso— o mediante una acción sola y única, o mediante acciones bastante cercanas en el tiempo o simultáneas —expropiación *de facto*.²³⁸

Un acto de expropiación involucra *per se* un acto de autoridad gubernamental, por ello, es entendible que los tribunales en materia de inversiones no invoquen o utilicen la distinción público/privado al analizar una reclamación conforme a la disposición de expropiación. Sin embargo, cabe precisar que en el derecho de casos está ampliamente reconocido que una expropiación puede centrarse no sólo en derechos tangibles o inmuebles,²³⁹ sino también en derechos intangibles:

Existe una amplia autoridad para la proposición de que cuando un Estado priva a un inversionista del beneficio de sus derechos contractuales, directa o indirectamente, puede equivaler a una privación en violación del tipo de disposición contenida en el Artículo 5 del Tratado. La privación de derechos contractuales puede ser expropiatoria en sustancia y en efecto.²⁴⁰

Es precisamente en el marco de los derechos contractuales que la distinción público/privado se ha aplicado. Por ejemplo, en el caso *Azurix c. Argentina*, la controversia se basó en reclamaciones por la supuesta interferencia de Argentina con el régimen de precios aplicables a la inversión de la Demandante. La inversión de la Demandante consistía en su participación en una empresa que tenía derechos de concesión para servicios de agua y tratamiento de alcantarillado. En ese diferendo, el Tribunal aceptó la posibilidad de expropiar derechos contractuales, empero, reconoció que una violación *per se* del contrato no implica una expropiación, y que se requiere algo más, a saber, que el Estado actúe en su calidad soberana. El razonamiento fue el siguiente:

El Tribunal está de acuerdo en que las infracciones contractuales por un Estado parte o uno de sus instrumentos normalmente no constituirían expropiación. *El hecho de que una de estas violaciones o una serie de ellas pueda considerarse medidas equivalentes a la expropiación dependerá de si el Estado o su instrumento han incumplido el contrato en el ejercicio de su autoridad soberana o como parte de un contrato.* Como ya se señaló, un Estado o sus instrumentos pueden conducirse de forma incorrecta en la operación de un contrato, pero esto no dará lugar a una violación de las disposiciones del tratado, “*a menos que se demuestre que el Estado o su emanación ha ido más allá de su función como mera parte en el contrato*”, y *ha ejercido las funciones específicas de un soberano.* Al considerar cada uno de los motivos por los cuales la Demandante ha presentado para justificar su reclamación de expropiación y en la medida en que puedan caracterizarse como incumplimientos del Acuerdo de Concesión, el

²³⁸ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, párrafo 188.

²³⁹ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, párrafo 98.

²⁴⁰ *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc, Partial Award and Dissenting Opinion, 19 August 2005, párrafo 241.

Tribunal los evaluará desde la perspectiva de posibles incumplimientos del TBI y de si reflejan el ejercicio de funciones específicas de un soberano.²⁴¹

En la controversia en comento, las medidas adoptadas por la Provincia que debían ser evaluadas a efectos de concluir si hubo expropiación fueron las relativas a los llamados “conflictos arancelarios o de precios”, la recuperación del Canon, las obras bajo una Circular y el efecto de éstas en la capacidad del inversionista para obtener financiamiento.²⁴² Al examinar todas esas medidas el Tribunal concluyó:

Por lo tanto, el Tribunal considera que el impacto en la inversión atribuible a las acciones de la Provincia no fue en la medida necesaria para encontrar que, en conjunto, estas acciones equivalieron a una expropiación; Azurix no perdió los atributos de propiedad, en todo momento continuó controlando [Azurix Buenos Aires S.A.] ABA y su propiedad del 90 % de las acciones no se vio afectada. Sin duda, la administración de ABA se vio afectada por las acciones de la Provincia, pero no lo suficiente como para que el Tribunal concluyera que la inversión de Azurix fue expropiada.²⁴³

En *Siemens c. Argentina*, la Demandante era propietaria de Siemens IT Services S.A., compañía local que tenía derechos sobre un contrato con Argentina para establecer un sistema de control de migración e identificación personal. La controversia surgió por reclamaciones relativas a la suspensión y posterior rescisión del contrato. El Tribunal al analizar la reclamación de expropiación emitió las siguientes consideraciones previas relativas a la distinción público/privado:

La distinción entre actos *iure imperii* e *iure gestionis* tiene sus orígenes en el ámbito de la inmunidad del Estado en virtud de la ley y diferencia entre los actos de carácter comercial y los que pertenecen a los poderes de un Estado que actúa como tal. Los Estados han sido restrictivos en su entendimiento sobre qué actividades no estarían cubiertas por su inmunidad en los procedimientos judiciales ante los tribunales estatales. Aquí tenemos la situación inversa en la que el Estado parte plantea un amplio contenido de la noción de *iure gestionis*. Al aplicar esta distinción en el ámbito del arbitraje inversionista-Estado, los tribunales arbitrales han considerado que, para que el comportamiento del Estado como parte de un contrato se considere una violación de un tratado de inversión, ese comportamiento debe ir más allá de lo que una parte contratante ordinaria podría adoptar e implica la interferencia del Estado con la operación del contrato.²⁴⁴

Como se desprende de la cita anterior, el Tribunal ratificó la utilización de la dicotomía público/privado en el contexto de expropiación indirecta, en particular la expropiación de derechos contractuales. De hecho, después de referir a una serie de casos en los que aparentemente se aplicó

²⁴¹ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, párrafo 315.

²⁴² *Ibidem*, párrafo 319.

²⁴³ *Ibidem*, párrafo 322.

²⁴⁴ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, párrafo 247-248.

la distinción entre actos soberanos del Estado *vis-à-vis* actos de carácter comercial,²⁴⁵ el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

Lo que todas estas decisiones tienen en común es que para que el Estado incurra en responsabilidad internacional éste debe actuar como tal, debe usar su autoridad pública. Las acciones del Estado tienen que estar basadas en su “poder gubernamental superior”. No se trata de ser defraudado con el desempeño del Estado en la ejecución de un contrato sino más bien de la interferencia en el contrato en su ejecución a través de una acción gubernamental.²⁴⁶

En *Siemens c. Argentina*, el Tribunal concluyó que el Estado había expropiado los derechos contractuales del inversionista. Las razones esgrimidas por el Tribunal fueron que Argentina terminó el contrato con la emisión del Decreto 669/01 basado en la Ley de Emergencia 2000.²⁴⁷ Con dicho instrumento jurídico, el Estado interfirió en la relación contractual al requerir modificaciones en la ecuación económica cuando se dio el cambio de Gobierno e incluso un año antes de que la emergencia fiscal fuera declarada.²⁴⁸ Argentina también fue declarada responsable porque no llegó a acuerdos con las provincias para la producción de las identificaciones nacionales.²⁴⁹

El valor añadido del empleo de la dicotomía público/privado en el caso de una expropiación de derechos contractuales fue enfatizado en *Biwater c. Tanzania*. Dicha controversia versó sobre un contrato para implementar un proyecto de infraestructura en materia de agua y alcantarillado celebrado entre City Water y la Autoridad de Agua y Alcantarillado Dar es Salaam (“DAWASA”). Las reclamaciones se basaron en la supuesta toma de posesión de su inversión, así como la deportación de oficiales de alto rango de la compañía. El Tribunal al analizar la reclamación sobre expropiación indirecta señaló:

Cualquiera que sea la fuerza de este análisis en el contexto de un reclamo conforme al “estándar de trato justo y equitativo”, y específicamente en relación con un reclamo de denegación de justicia, no es necesario en el contexto de una reclamación de expropiación. No se necesita establecer una denegación de justicia (incluida, por ejemplo, la ausencia de cualquier otro remedio) antes de establecer que el incumplimiento de un contrato por un Estado parte puede constituir una expropiación. Más bien, la distinción crítica es entre las situaciones en las que el

²⁴⁵ *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, CIRDI Aff. N° ARB/00/6, Sentence Arbitrale, 22 décembre 2003, párrafo 65; *Waste Management Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo Final, 30 de abril de 2004, párrafo 172; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, párrafo 161; *Jalapa Railroad case*, Whiteman, Digest of International Law (1976), vol. 8, pp. 908-909 y *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, párrafo 155.

²⁴⁶ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, párrafo 253.

²⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 254.

²⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 256.

²⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 257.

Estado actúa como socio contractual y los casos en que actúa “*iure imperii*”, ejerciendo elementos de su autoridad gubernamental. Estos a menudo se denominan “actos de autoridad pública”, donde el uso de las prerrogativas públicas o imperiales del Estado está implicado en las acciones denunciadas.²⁵⁰

Con base en lo anterior, el Tribunal analizó los siguientes factores para determinar si había existido expropiación: i) repudio del contrato de arrendamiento; ii) convocatoria del Desempeño de Bonos; iii) conferencia de prensa del Primer Ministro; y el iv) retiro de la exención del IVA. En este sentido, –y aplicando la dicotomía– concluyó que existía expropiación de acuerdo al siguiente razonamiento:

[...]. La decisión de rescindir el Contrato de Arrendamiento [...] fue el comportamiento normal de una contraparte contractual, y el hecho de que la propia República estuviera involucrada no puede sorprender, dada su propiedad de DAWASA y su participación prevista en el Proyecto. En otras palabras, este no fue el ejercicio de poder público (“*puissance publique*”).

[...]

la decisión de convocar el Desempeño de Bonos fue una decisión tomada a la luz del desempeño contractual de City Water, que había sido anunciado durante mucho tiempo. Era un paso ordinario de una contraparte contratante, y no el ejercicio de poder público (“*puissance publique*”).

[...]

el ministro Lowassa anunció la terminación del contrato de arrendamiento.

[...]

En opinión del Tribunal Arbitral, se trataba del ejercicio de poder público (“*puissance publique*”) de la República. El Tribunal Arbitral considera que la acción fue una interrupción irrazonable de los mecanismos contractuales existentes entre City Water y DAWASA.

[...] el Gobierno (actuando a través de la TRA [Tanzania Revenue Agency]) retiró unilateralmente una exención del IVA en las compras que City Water había otorgado hasta ahora.

[...]. El acto también fue claramente el ejercicio de la autoridad ejecutiva soberana, que tuvo un impacto adverso sobre los derechos de City Water y su capacidad para continuar desempeñándose.²⁵¹

En *SAUR c. Argentina* también se reconoció la relevancia de aplicar la bifurcación público/privado respecto de reclamaciones relativas a expropiación de derechos contractuales. El caso implicó reclamaciones basadas en una concesión relacionada con la prestación de servicios de agua y alcantarillado entre Obras Sanitarias de Mendoza –empresa en la que tenía una participación indirecta minoritaria el inversionista– y la Provincia de Mendoza. La Demandante reclamaba, como consecuencia de la crisis económica de Argentina, la omisión de la Provincia de Mendoza en

²⁵⁰ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, párrafo 458.

²⁵¹ *Ibidem*, párrafos 492, 494, 497 y 500-502.

implementar aumentos de las tarifas de servicio en virtud de un acuerdo con el gobierno federal.

El Tribunal enfatizó lo siguiente en su análisis legal:

En cualquier caso, la jurisprudencia ha reiterado el hecho de que la anulación o rescisión de un contrato o concesión, especialmente cuando se demuestra que la autoridad administrativa ejercía poderes soberanos fuera del alcance de las personas privadas, puede constituir una expropiación.²⁵²

El razonamiento que llevó al Tribunal a concluir que existió expropiación aplicando la distinción público/privado fue el siguiente:

Por lo tanto, el Tribunal considera que todas las medidas de expropiación adoptadas por la Provincia: la intervención administrativa, la rescisión y el traspaso de la Concesión al nuevo concesionario, no pueden considerarse actos privados, basados en los derechos y obligaciones derivados del Contrato de Concesión. La ley califica estas medidas y podrían adoptarse precisamente porque la Provincia es una entidad territorial de la República Argentina, con un Ejecutivo propio y un Poder Legislativo y los poderes soberanos inherentes a ellas.²⁵³

En *Gold Reserve c. Venezuela* también se aplicó el binomio público/privado en la evaluación de la reclamación de expropiación, aunque en caso con un resultado favorable para el Estado. La controversia estuvo relacionada con los derechos de dos concesiones mineras –“Concesión Brisas” y “Concesión Unicornio”–, los cuales supuestamente fueron privados derivado de la emisión de una resolución administrativa del Ministerio de Medio Ambiente. En dicha resolución se declaró la nulidad de los permisos de construcción y posteriormente la terminación de las concesiones mineras. En este sentido, el Tribunal destacó la importancia de distinguir el carácter de las actuaciones del Estado para alcanzar una conclusión sobre la reclamación de expropiación:

El Tribunal ha debatido largamente si otorgar prevalencia a la interferencia del Estado, que lleva a la terminación del Proyecto Brisas o al cumplimiento formal de la Ley de Minería de 1999 y los Títulos de Minería como base para las terminaciones. En el primer caso, la expropiación se habría producido debido a la actuación de la Demandada en el ejercicio de un poder soberano, no meramente reglamentario (*iure imperii*). Sin embargo, si el Estado actuara como un poder regulador que hace cumplir los derechos contractuales, no se habría producido ninguna expropiación.²⁵⁴

En su conclusión, el Tribunal subrayó la dificultad de distinguir el carácter de las actuaciones del Estado entre públicas y como parte contratante:

²⁵² *SAUR International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 June 2012, párrafo 445.

²⁵³ *Ibidem*, párrafo 391.

²⁵⁴ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014, párrafo 664.

Este no es un tema directo, ya que las motivaciones políticas que sin duda existían dificultan la distinción entre actos soberanos y regulatorios. Como se señaló anteriormente, el Tribunal ha considerado la cuestión en detalle. En resumen, el Tribunal concluye que la naturaleza de la violación por parte de la Demandante (falla en la explotación dentro del plazo requerido) fue tal que no se puede decir que la terminación por este motivo sea meramente “un pretexto”. Esta fue una disposición importante en ambas Concesiones que la Demandante no había cumplido, y ni las afirmaciones previas de la Demandada ni sus motivaciones políticas alteran el hecho de que existía un derecho contractual de rescisión por motivos plausibles.

En consecuencia, el Tribunal considera que los actos de la Demandada eran un ejercicio de poderes regulatorios en virtud de la Ley de Minería de 1999 y los títulos de minería pertinentes, y por lo tanto no eran actos de naturaleza expropiatoria. Esto no le resta al hecho de que la manera en que se ejercieron tales poderes regulatorios ha llevado a una conclusión de un incumplimiento grave por parte del Estado de la norma TJE según el Artículo II (2) del TBI.²⁵⁵

Los casos antes referidos demuestran que la bifurcación público/privado ha sido empleada de forma recurrente por los tribunales de inversión que analizan reclamaciones relativas a expropiación de derechos contractuales. Tal como se analizó en el caso de la cláusula paraguas y las reclamaciones de TJE y de NMT, el objeto subyacente del análisis de una potencial violación a la obligación de expropiación lo constituye un contrato. Es decir, el común denominador que antecede el empleo de la distinción público/privado se basa en la existencia de una relación contractual. Por lo tanto, las razones expresadas en esos contextos con relación a la clasificación de la distinción público/privado de acuerdo a las etapas de Duncan Kennedy, son aplicables *mutatis mutandis* para el caso del estándar de expropiación de derechos contractuales.

2.1.3 Cláusula de inmunidad soberana: reconocimiento y ejecución de laudos

El binomio público/privado también se ha presentado en materia de ejecución de laudos. La ejecución es un procedimiento judicial tendiente a lograr “el cumplimiento o satisfacción de una obligación” incluso de manera forzosa “por medios legales con independencia o en contra de la voluntad del obligado [...] de tal manera que las obligaciones legalmente contraídas no queden en modo alguno incumplidas”.²⁵⁶ En el marco del CIADI la ejecución se regula por el artículo 54 y 55 del Convenio CIADI, sin embargo, ésta debe distinguirse del reconocimiento del laudo, ya que en el artículo 54 del Convenio se mezclan ambos tópicos.²⁵⁷ Aunque son temas complementarios, se trata de dos cuestiones distintas. Al respecto, el artículo 54 del Convenio CIADI establece:

²⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 667.

²⁵⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, E-H, México, Editorial Porrúa, 1985, p. 23.

²⁵⁷ Para ilustrar algunos casos en los que se muestra que el derecho internacional tiene un rol importante que jugar en la protección de arbitrajes comerciales, en particular, con relación al reconocimiento y ejecución, ver Stephen Fietta

Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

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

Como se desprende del artículo 54 del Convenio CIADI, el párrafo 1 se establece la obligación de reconocer los laudos y permitir la ejecución de los mismos. Para ello, se requiere que los Estados equiparen el laudo con una sentencia de un tribunal nacional. Esta obligación aplica con independencia de la estructura jurisdiccional del Estado. Por lo que hace al párrafo 2, éste dispone que para reconocer o ejecutar un laudo se debe contar con una copia certificada del laudo por parte del Secretario General. Finalmente, el párrafo 3 aborda el tema de ejecución remitiendo a las normas del país donde ésta se realizará.

El reconocimiento de un laudo “es la confirmación formal de que el laudo es auténtico y que tiene las consecuencias legales previstas por la ley”.²⁵⁸ Contrario a lo que ocurre con los laudos que no derivan de procedimientos arbitrales conforme al Convenio, el reconocimiento no se sujeta a condiciones que no se prevean en el propio Convenio, y el laudo no puede ser revisado.²⁵⁹ El reconocimiento del laudo juega un papel doble: 1) la confirmación del carácter obligatorio o *res judicata* y 2) constituye un paso preliminar para la ejecución.²⁶⁰ Como se mencionó anteriormente, el tema de reconocimiento y ejecución de laudos están íntimamente ligados, empero, para los propósitos de este trabajo resulta importante distinguir entre ambos asuntos. Para ello, es pertinente

and James Upcher, “Public International Law, Investment Treaties and Commercial Arbitration: An Emerging System of Complementarity?”, *Arbitration International* 29, no. 2 (June 1, 2013): 187-222.

²⁵⁸ Schreuer et al., *op. cit.*, p. 1128.

²⁵⁹ *Idem.*

²⁶⁰ *Idem.*

referir lo señalado por Schreuer con relación a la clarificación del alcance de la inmunidad soberana respecto del reconocimiento y ejecución de laudos:

La disposición sobre inmunidad soberana de ejecución en el artículo 55 no aplica en la etapa de reconocimiento. El sometimiento al arbitraje puede considerarse como una renuncia a la inmunidad en los procedimientos para que se reconozca el laudo.²⁶¹

Esta distinción sobre la aplicación de la inmunidad soberana sólo a la etapa de ejecución, pero no a la de reconocimiento de laudo, ha sido reconocida por los propios tribunales nacionales, *i.e.* la Corte de Casación francesa que con motivo de la anulación de la sentencia de la Corte de Apelación señaló:

Sin embargo, considerando que el Estado extranjero que se ha sometido a la jurisdicción de arbitraje ha aceptado, por la misma razón, que el laudo puede estar dotado del exequátur que no constituye, en sí mismo, un acto de la ejecución de tal naturaleza que dé lugar a inmunidad contra la ejecución por el Estado interesado;²⁶²

Consiguientemente, dado que es en la etapa de ejecución del laudo donde aplica la inmunidad soberana, y es con ésta que precisamente se invoca la distinción entre actos comerciales y soberanos a efectos de determinar los bienes susceptibles de ser ejecutados, el análisis de esta subsección se enfoca en los casos donde se ha presentado dicha distinción. En este sentido, el artículo 55 del Convenio establece:

Artículo 55

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

Como se desprende del precepto anterior, por lo que hace a la ejecución del laudo, son las leyes del lugar donde éste se pretende ejecutar las que regirán el procedimiento. Es decir, la observancia de las reglas sobre inmunidad soberana se respetará en la medida en la que el país donde se ejecutará el laudo así lo prevea en su legislación.

También resulta importante distinguir entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución.²⁶³ La primera entraña que las cortes nacionales de un estado no pueden ni siquiera pronunciarse sobre el tema de fondo. La segunda implica que ya existe una determinación sobre el

²⁶¹ *Ibidem*, p. 1129.

²⁶² *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, French Court of Cassation Decision, 11 June 1991.

²⁶³ Schreuer et al., *op. cit.*, pp. 1156-1158.

fondo y que el Estado ya se sometió a un arbitraje, sólo resta hacer cumplir la determinación pecuniaria contenida en el laudo. Asimismo, cabe precisar que debido a que la jurisdicción de un tribunal *ad hoc* conforme al CIADI, TBI o TLC supone el consentimiento del Estado por el mero hecho de ser Parte de dichos instrumentos, el tema de inmunidad de jurisdicción es irrelevante.²⁶⁴ Lo anterior contrasta con la práctica de arbitraje netamente comercial, donde las disposiciones del lugar donde se realiza el arbitraje regirán el procedimiento (*lex loci*). Por ejemplo, Douglas explica dicha situación por lo que hace a arbitrajes entre Estados:

Si el Estado de la sede del arbitraje se adhiere a la doctrina absoluta de la inmunidad soberana, entonces el estatus de la Demandada como Estado soberano será suficiente para obligar al tribunal nacional a rechazar la jurisdicción. Sin embargo, la adhesión a la doctrina restrictiva de la inmunidad soberana, requiere que el tribunal municipal otorgue una importancia de control al objeto de la disputa. La pregunta cambia a si la relación legal subyacente a la disputa surge de actos *iure imperii* (actos de autoridad soberana), a los que se aplica la inmunidad soberana, o actos *iure gestionis* (actos de carácter privado o comercial), a los que no.²⁶⁵

La ejecución de los laudos del CIADI se regulan por un régimen autónomo,²⁶⁶ a diferencia de los que se emiten fuera del contexto de éste, los cuales se rigen por la ley del lugar de ejecución y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. En efecto, conforme al artículo 54 del Convenio CIADI los laudos son obligatorios, en tanto que conforme al artículo 55 del Convenio del CIADI se reconoce el derecho de ejecución, el cual, no se ve afectado por el derecho de inmunidad soberana. En cualquier caso, en el marco de los procedimientos inversionista-Estado conforme al Convenio CIADI, la inmunidad de jurisdicción no es un tema, pues ésta se rige por lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio CADI.²⁶⁷ En cambio, es en el marco de la interpretación de los artículos 54 y 55 del Convenio CIADI donde la distinción público/privado se presenta, tal como lo reconoce Schreuer:

Para los fines de la inmunidad estatal de ejecución, generalmente se hace una distinción entre propiedad comercial y no comercial. Se permite la ejecución contra propiedad comercial pero no contra propiedad que cumple funciones oficiales o gubernamentales. La línea divisoria exacta entre los dos tipos de propiedad no siempre es fácil de dibujar. En particular, existe cierta incertidumbre en cuanto a si el propósito público de la propiedad es el único criterio decisivo para la inmunidad de ejecución. Los bienes diplomáticos, incluidas las cuentas de la embajada, así como las cuentas de los bancos centrales nacionales, gozan de una protección especial contra la ejecución. Una renuncia a la inmunidad de ejecución puede ser posible, pero

²⁶⁴ Sólo aplicarían los requisitos que se prevean en los propios tratados para determinar si un tribunal tiene jurisdicción sobre el caso.

²⁶⁵ Douglas, *The International Law op. cit.*, p. 110.

²⁶⁶ Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, p. 310.

²⁶⁷ Schreuer et al., *op. cit.*, p. 1153.

será difícil obtenerla de un estado anfitrión. Ocasionalmente, las normas nacionales sobre la inmunidad estatal contra la ejecución realmente ponen límites a la posibilidad de acordar exenciones.²⁶⁸

Por lo tanto, a continuación, se aborda la manera en la que las cortes domésticas han aplicado la bifurcación público/privado al aplicar los artículos 54 y 55 del Convenio CIADI.

2.1.3.1 *LETCO c. Liberia*: procedimiento de ejecución de laudo derivado del CIADI

En *LETCO c. Liberia*, los inversionistas franceses propietarios de la empresa Liberian Eastern Timber Corporation (“*LETCO*”) con derechos de una concesión para explotar reservas de madera, interpusieron una reclamación en contra de Liberia por violación al Acuerdo de concesión (Acuerdo). En el referido Acuerdo, Liberia otorgó la concesión por 20 años con posibilidad de renovarla por 15 años más. A pesar de ello, posterior a la firma del Acuerdo, Liberia retiró diversas porciones de tierra de la concesión en diferentes ocasiones, y solicitó renegociar el Acuerdo. Consecuentemente, el Estado acusó a *LETCO* de no cumplir con el Acuerdo por lo que reduciría el área de explotación a más de la mitad. Liberia redujo el área y *LETCO* comunicó a la Autoridad de Desarrollo Forestal la suspensión de sus operaciones por la falta de áreas forestales para realizarlas. Fue así que, en 1983, *LETCO* presentó la reclamación ante el CIADI argumentando el incumplimiento del Acuerdo. El procedimiento se llevó a cabo en ausencia de la Demandada y el Tribunal resolvió que existió expropiación, otorgando a *LETCO* un monto de 8,750,286 USD por daños.²⁶⁹

Al interpretar el artículo 54 de Convenio CIADI, la Corte de EE. UU. reconoció que Liberia como Estado Parte había renunciado a su inmunidad soberana respecto de la ejecución de laudos²⁷⁰ derivados del Convenio CIADI,²⁷¹ sin embargo, también reconoció que el artículo 55 implicaba tener que reconocer las disposiciones pertinentes en materia de inmunidades.²⁷² Así, la Corte citó

²⁶⁸ Dolzer and Schreuer, *op. cit.*, p. 311.

²⁶⁹ R. Rayfuse and E. Lauterpacht, *ICSID Reports: Reports of Cases Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 1965. Volume 2, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 343-345 y 380.

²⁷⁰ La Corte parece utilizar erróneamente el término ejecución en lugar de reconocimiento.

²⁷¹ *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Second Order and Judgment of the US District Court for Southern District of New York, 12 December 1986, párrafo 9.

²⁷² *Ibidem*, párrafo 11. Ver también *AIG Capital Partners, Inc and CJSC Tema Real Estate Company Limited vs. the Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, Judgment of the English High Court of Justice on Enforcement, 20 October 2005, párrafo 5.

el Título 28 del Código de EE. UU., Sección 1610(a) denominada “excepciones a la inmunidad de embargo o ejecución”, reconociendo que una de ellas se configuraba cuando la propiedad es o era “utilizada para una actividad comercial”.²⁷³ El razonamiento de la Corte fue el siguiente:

LETCO, con respecto a los aranceles de registro y los impuestos de tonelaje que se han recaudado dentro de este distrito [*sic*], no niega que sean ingresos fiscales a la larga pagaderos a Liberia, pero afirma que de los montos brutos adeudados y recaudados de compañías conforme al registro de Liberia, el 27 % se retiene para gastos operativos y administrativos y ganancias de corporaciones de los EE. UU. o ciudadanos que prestan servicios para recaudar los fondos. En consecuencia, *LETCO* argumenta que esos pagos reflejan actividades comerciales dentro del ámbito de la sección 1610 (a). Sobre el argumento de esta moción, *LETCO* reconoció que si, en lugar de emplear a corporaciones o ciudadanos de los EE. UU. para cobrar las tarifas de registro y los impuestos de tonelaje, Liberia hubiera contratado personal del Consulado de Liberia localizado en los EE. UU.; que los impuestos así recaudados estarían más allá del alcance de la ejecución. Esta distinción bastante fina carece de sustancia. No tiene sentido decir que debido a que Liberia contrató y dio empleo a ciudadanos de EE. UU., en lugar de utilizar los servicios de los empleados de su consulado ubicados en EE. UU., perdió su inmunidad soberana con respecto a su derecho a los impuestos así recaudados. La naturaleza de las cantidades adeudadas por los buques que enarbolan la bandera de Liberia, las tasas de inscripción o los impuestos, es constante. Son ingresos fiscales en beneficio del Gobierno de Liberia, y el método empleado para efectuar su recaudación no destruye la naturaleza básica de esa recaudación. El impuesto y la recaudación de impuestos destinados a servir como ingresos para el apoyo y el mantenimiento de las funciones gubernamentales son un ejercicio de los poderes particulares de un soberano. En consecuencia, se concede la moción de Liberia para anular las ejecuciones de dichos fondos y se ordena al Mariscal de EE. UU. que libere los fondos así adjuntos (menos sus honorarios legales). Además, se prohíbe a *LETCO* emitir ejecuciones contra dichas tasas de registro e impuestos; sin embargo, *LETCO* no tiene prohibido emitir ejecuciones con respecto a ninguna propiedad que se utilice para actividades comerciales y que pueda estar dentro de una de las excepciones delineadas en la sección 1610.²⁷⁴

Dado que la Corte de Distrito de Nueva York rechazó ejecutar los bienes referidos por la Demandante, *LETCO* obtuvo posteriormente órdenes de embargo respecto de cuentas bancarias de la Embajada de Liberia en Washington. Sin embargo, el Tribunal de Distrito de Columbia también anuló dichas órdenes conforme al siguiente razonamiento:

En conclusión, las cuentas bancarias de la Embajada de Liberia son inmunes al embargo, ya que gozan de inmunidad diplomática en virtud de la Convención de Viena y porque no se aplica ninguna excepción de la FSIA [Ley de Inmunidad del Estado Extranjero] para privar a las cuentas bancarias de su concesión de inmunidad soberana. Además, como se indicó

²⁷³ *AIG Capital Partners, Inc and CJSC Tema Real Estate Company Limited vs. the Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, Judgment of the English High Court of Justice on Enforcement, 20 October 2005, párrafo 11.

²⁷⁴ *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Second Order and Judgment of the US District Court for Southern District of New York, 12 December 1986, párrafo 13.

anteriormente, la cuenta bancaria utilizada para el banco central de Liberia es inmune conforme al Título 28 del Código de EE. UU. Sección 1611(b)(1).²⁷⁵

Del análisis de la Corte del Distrito de Columbia se deriva la negativa de ejecutar bienes propiedad del Banco Central. Este curso de acción contrasta con el reciente caso que se sigue ante la CIJ relacionado con el tema de inmunidad de ejecución respecto de un Banco Central, tal como se aborda a continuación.

2.1.3.2 Ciertos activos iraníes (*Irán c. Estados Unidos*)

Ante la CIJ se está ventilando actualmente un caso entre EE. U.U. e Irán. La relevancia del referido diferendo para el presente trabajo se fundamenta en dos factores:

- 1) el hecho de que las reclamaciones derivan del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación. Este tipo de tratados son un antecedente directo de los recientes TBI y TLC ya que contienen disposiciones sustantivas similares, *i. e.* trato justo y equitativo, expropiación, trato de nación más favorecida y trato nacional; y
- 2) parte del análisis interpretativo, al menos en la etapa preliminar que involucró el análisis de una serie de objeciones de jurisdicción, versó sobre la distinción entre actos *iure imperii* e *iure gestionis*. Efectivamente, EE. UU. planteó la falta de jurisdicción *ratione materiae* de la CIJ para pronunciarse sobre el tema de inmunidad soberana al evaluar las reclamaciones de Irán.

Como se mencionó anteriormente, la controversia se relaciona con los procedimientos en Cortes domésticas estadounidenses en contra de ciertas empresas propiedad de Irán e incluso en contra de su Banco Central, Banco Markazi. Esos procedimientos han derivado en el congelamiento de cuentas y activos de dichas empresas en territorio americano. Consecuentemente, Irán argumenta que dicho proceder ha sido contrario a las disposiciones de trato nacional, nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación dado que EE. UU. no ha respetado las inmunidades soberanas que poseen sus empresas estatales y el Banco Markazi. La CIJ ha emitido su resolución preliminar²⁷⁶ sobre objeciones y admisibilidad en la que abordó los siguientes temas:

²⁷⁵ *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Order of the US District Court for District of Columbia, 16 April 1987, párrafo 20.

²⁷⁶ International Court of Justice, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, 13 February, 2019.

1. las reclamaciones de Irán están fuera del ámbito de aplicación del Tratado;
2. la falta de jurisdicción *ratione materiae* para pronunciarse sobre la supuesta violación al derecho de inmunidades de Irán por parte de EE. UU.;
3. la falta de jurisdicción de la CIJ dado que Banco Markazi no califica como compañía de acuerdo al Tratado;
4. la doctrina de abuso de proceso; y
5. la doctrina de las manos limpias.

Los primeros 3 temas versaron sobre jurisdicción en tanto que el resto tuvo que ver con admisibilidad. Para los efectos de nuestro trabajo resulta relevante el segundo de los temas. El argumento de Irán era claro y directo, *i.e.*, a efectos de pronunciarse sobre la potencial violación de las reclamaciones que planteó, era necesario analizar la posible transgresión al derecho de inmunidades conforme al derecho internacional por parte de EE. UU. Por el contrario, la Demandada argumentó que el tema de inmunidad soberana se encontraba fuera de la jurisdicción *ratione materiae* de la CIJ, y que la evaluación de las reclamaciones de Irán, era independiente de la materia de inmunidades ya que el tratado no aborda ese tema.

Aunque la CIJ confirmó la objeción planteada por EE. UU., resulta importante transcribir parte de su análisis jurídico, por ejemplo, el realizado al amparo del artículo XI párrafo 4 que de hecho abordaba un tema de inmunidades. Dicha disposición establece:

Artículo XI

4. Ninguna empresa de ninguna de las Altas Partes Contratantes, incluidas corporaciones, asociaciones, agencias gubernamentales e instrumentalidades que sean de propiedad o control público, si realiza actividades comerciales, industriales, navieras u otras actividades comerciales dentro de los territorios de la otra Alta Parte Contratante, reclamará o disfrutará, ya sea para sí misma o por su propiedad, inmunidad de impuestos, de demanda, de ejecución de una sentencia u otra responsabilidad a la que están sujetas empresas de propiedad privada y controladas.

La CIJ reconoció que Irán planeaba aplicar una regla *contrario sensu* al interpretar que, conforme a esta disposición, en los casos de actividades soberanas, una Parte sí podía invocar y reclamar inmunidad. De acuerdo a Irán, “la disposición en cuestión no afecta la inmunidad que gozan las entidades estatales que participan en las actividades *jure imperii* en virtud del derecho internacional consuetudinario”, y ésta “confirma firmemente la existencia de una obligación del Tratado de que

dicha inmunidad debe ser respetada”.²⁷⁷ A pesar de que la CIJ reconoció que dicha disposición “no afecta las inmunidades que gozan conforme al derecho consuetudinario internacional las entidades del Estado que realizan actividades *jure imperii*”,²⁷⁸ rechazó el argumento de Irán indicando que ello no significaba que en dicho artículo se impusiera una obligación implícita de confirmar esas inmunidades”.²⁷⁹ El razonamiento de la CIJ fue el siguiente:

En el presente caso, la Corte no puede adoptar la interpretación presentada por Irán. Una cosa es que el Artículo XI, párrafo 4, deje intactas, al no prohibirlas, las inmunidades que gozan las entidades estatales del derecho consuetudinario cuando realizan actividades *jure imperii*. Otra muy distinta es que tenga el efecto, como dice Irán, de transformar el cumplimiento de tales inmunidades en una obligación de un tratado, una opinión que no está respaldada por el texto o el contexto de la disposición.²⁸⁰

Resulta cuestionable que la CIJ indicara que del objeto y fin del tratado, así como de su contexto no se derivaba una norma u obligación. La obligación de inmunidades soberanas se encuentra regida por el derecho internacional consuetudinario y como tal, debería ser parte del análisis. Recordemos que en *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, la CIJ realizó todo su análisis basándose en las reclamaciones presentadas por Nicaragua con base en la costumbre internacional y no en el Tratado que se invocó, aunque se reconoció que ambas obligaciones coexisten.²⁸¹ En el caso objeto de análisis, particularmente la disposición en comento pudo conducir a una determinación similar, aunque se argumentara que el tratado no incluía o abarcaba el tema de inmunidades soberanas. Además, conforme al principio interpretativo de Integración Sistémica contenido en el artículo 31.3(c) de la CVDT, el derecho de inmunidad soberana de ejecución, derivado de la costumbre internacional, constituye una norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre Irán y EE. UU.²⁸²

²⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 60.

²⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 62.

²⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 63.

²⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 65.

²⁸¹ “La Corte no puede desestimar las reclamaciones de Nicaragua en virtud de los principios del derecho internacional consuetudinario y general, simplemente porque tales principios han sido consagrados en los textos de las convenciones en que se basa Nicaragua. El hecho de que los principios antes mencionados, reconocidos como tales, hayan sido codificados o incorporados en convenciones multilaterales no significa que dejen de existir y se apliquen como principios de derecho consuetudinario, incluso en lo que respecta a los países que son parte en tales convenciones”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, párrafo 73.

²⁸² Ver The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention, Campbell McLachlan, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2 (Apr., 2005), pp. 279-319.

La CIJ rechazó cada uno de los argumentos de Irán con los que pretendía hacer depender la evaluación de sus reclamaciones –protección y seguridad plenas, expropiación, trato justo y equitativo y acceso a la justicia–, al análisis de la potencial violación de EE. UU. al derecho de inmunidad soberana de sus empresas estatales y Banco Central. En conclusión, la CIJ señaló:

El Tribunal concluye de todo lo anterior que ninguna de las disposiciones cuya violación alega Irán y que, según el Solicitante, son capaces de poner dentro de la jurisdicción del Tribunal la cuestión del respeto de los EE. UU. a las inmunidades contra que se dice que ciertas entidades estatales iraníes tienen derecho, son de tal naturaleza que justifican tal determinación. En consecuencia, la Corte considera que las reclamaciones de Irán basadas en la presunta violación de las inmunidades soberanas garantizadas por el derecho internacional consuetudinario no se relacionan con la interpretación o aplicación del Tratado de Amistad y, como resultado, no están dentro del alcance de la cláusula compromisoria del párrafo 2 del artículo XXI. Por lo tanto, en la medida en que las reclamaciones de Irán se refieren a la presunta violación de las normas del derecho internacional sobre inmunidades soberanas, la Corte no tiene jurisdicción para considerarlas.²⁸³

Con base en el análisis de los casos analizados en esta subsección, se puede concluir que no existe debate de que en el tema de inmunidad, la distinción entre actos *iure imperii vis-á-vis* actuaciones *iure gestionis* juega todavía un papel fundamental en el derecho internacional de las inmunidades. De hecho, como se ha abordado *supra*, los tribunales en materia de inversiones han reconocido que la distinción tiene su origen y aplicación en materia de inmunidades.

2.1.3.3 *AIG c. Kazajstán*: procedimiento de ejecución de laudo derivado del CIADI

Por lo que hace al tema de fondo del diferendo entre Irán y EE. UU., éste claramente entraña que EE. UU. no respetó la inmunidad soberana de las entidades y Banco Central de Irán. Esta controversia ante la CIJ contrasta con la práctica de las cortes domésticas. Por ejemplo, en *AIG c. Kazajstán*, el inversionista tenía intereses en una compañía financiera y una coinversión con otra empresa para invertir en un proyecto inmobiliario. Las reclamaciones derivaron de la cancelación de dicho proyecto y la transferencia –sin compensación– de la propiedad a la ciudad Almaty. El Tribunal confirmó que las medidas de las subdivisiones del Kazajstán equivalían a medidas expropiatorias. La Demandante intentó ejecutar el laudo que ordenaba pagar a Kazajstán 9,951,709 USD más intereses en la Alta Corte de Justicia Inglesa conforme a la Sección 1 de la Ley de Arbitraje de 1996.²⁸⁴ La Reclamante pretendía ejecutar el laudo obteniendo Deuda de Terceros y

²⁸³ International Court of Justice, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, 13 February 2019, párrafo 80.

²⁸⁴ *AIG Capital Partners, Inc and CJSC Tema Real Estate Company Limited vs. the Republic of Kazakhstan*, ICSID

Órdenes de Cobro contra el efectivo y valores que son retenidos en Londres por las Terceras Partes (ABN AMRO Mellon Global Security Services BV (AAMGS)) a nombre del Banco Nacional de Kazajstán. La Solicitante argumentaba que el efectivo y garantías eran bienes de Kazajstán y que debían ser objeto de Órdenes Finales. Por su parte, el Estado intervino en el procedimiento y señaló que los referidos bienes pertenecían al Banco Central y eran objeto de inmunidad de ejecución conforme a las Secciones 13(2)(b) y 14(4) la Ley de Inmunidad Estatal de 1978. La Alta Corte reconoció la inmunidad de Kazajstán y anuló las órdenes provisionales de cobro que tenía a su favor la Demandante. El razonamiento fue básicamente el siguiente:

Sobre los hechos de este caso, los Activos de Londres, mantenidos por AAMGS en nombre del Banco Nacional de Kazajstán (“NBK”) son “propiedad de un banco central”, es decir, la propiedad de NBK, en el sentido del artículo 14 (4). Esto se debe a que NBK tiene un interés en esa propiedad dentro de la definición de “propiedad” que se ha expuesto anteriormente. Por lo tanto, todos los activos de Londres son inmunes a la jurisdicción de ejecución de los tribunales del Reino Unido.²⁸⁵

Como se analizó *supra* en *LETCO c. Liberia*, se demuestra que EE. UU. reconoce la inmunidad soberana respecto de las propiedades de los Estados cuando éstas son empleadas para realizar funciones o conductas *iure imperii*. Sin embargo, dicho caso contrasta con el de *Irán c. Estados Unidos* ante la CIJ, en el que se argumenta que EE. UU. no respeta el derecho de inmunidad de jurisdicción y ejecución que goza el Banco Central de Irán. Esta aparente contradicción se explica por la situación particular que impera en la legislación americana. En efecto, EE. UU. modificó su Ley de Inmidades Soberanas Extranjeras (“FSIA”) en 1996 para eliminar la inmunidad de jurisdicción ante sus cortes a los “Estados patrocinadores de terrorismo”, siendo Irán designado como uno de ellos en 1984. En consecuencia, Irán ha enfrentado un sinnúmero de casos en los que ha rechazado apersonarse argumentando que dicha legislación es contraria al derecho internacional de las inmunidades del Estado.

2.1.3.4 Inmunidades jurisdiccionales del Estado (*Alemania c. Italia*)

Resulta interesante contrastar que, a nivel internacional en el ámbito del Derecho, la CIJ ha dejado claro que la inmunidad soberana es una regla de carácter consuetudinario y que un país cuyas cortes no respetan dicha regla son susceptibles de comprometer la responsabilidad internacional. Ello

Case No. ARB/01/6, Judgment of the English High Court of Justice on Enforcement, 20 October 2005, párrafo 1.
²⁸⁵ *Ibidem*, párrafo 95.

ocurrió en el caso de *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*. En dicho caso Alemania reclamó ante la CIJ la responsabilidad estatal de Italia derivado de la omisión de sus tribunales nacionales de respetar la inmunidad jurisdiccional que Alemania goza conforme al derecho internacional. Lo anterior derivado de 3 conductas realizadas por los tribunales italianos:

- 1) aceptar a trámite reclamaciones de carácter civil en contra de Alemania que buscaban reparación por los daños causados al derecho internacional humanitario durante la Segunda Guerra Mundial;
- 2) tomar medidas de restricción contra Villa Vigoni, propiedad estatal alemana situada en Italia; y
- 3) declarar ejecutables en Italia las decisiones de los tribunales civiles griegos dictados en contra de Alemania también por los hechos relacionados con la Segunda Guerra Mundial.²⁸⁶

Con relación al análisis jurídico sobre la inmunidad jurisdiccional estatal, la CIJ confirmó que la inmunidad de jurisdicción del Estado era una norma consuetudinaria internacional.²⁸⁷ Es de hacer notar que la distinción público/privado también fue aplicada por la CIJ en los siguientes términos:

No se pide a la Corte que aborde la cuestión de cómo el derecho internacional trata la cuestión de la inmunidad del Estado con respecto al *acta jure gestionis*. Los actos de las fuerzas armadas alemanas y otros órganos estatales que fueron objeto de los procedimientos en los tribunales italianos claramente constituyeron *acta jure imperii*. El Tribunal observa que Italia, en respuesta a una pregunta formulada por un Miembro del Tribunal, reconoció que esos actos debían caracterizarse como *acta jure imperii*, a pesar de que eran ilegales. El Tribunal considera que los términos “*jure imperii*” y “*jure gestionis*” no implican que los actos en cuestión sean legales, sino que se refieren más bien a si los actos en cuestión deben evaluarse con referencia a la ley que rige el ejercicio del poder soberano (*ius imperii*) o la ley relativa a las actividades no soberanas de un Estado, especialmente las actividades privadas y comerciales (*ius gestionis*). En la medida en que esta distinción sea significativa para determinar si un Estado tiene derecho o no a la inmunidad de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado con respecto a un acto particular, debe aplicarse antes de que dicha jurisdicción pueda ser ejercida, mientras que la legalidad o ilegalidad del acto es algo que sólo puede determinarse en el ejercicio de esa jurisdicción. Si bien el presente caso es inusual, ya que Alemania ha admitido la ilegalidad de los actos en cuestión en todas las etapas del procedimiento, el Tribunal considera que este hecho no altera la caracterización de esos actos como *acta jure imperii*. Ambas Partes acuerdan que los Estados generalmente tienen derecho a la inmunidad con respecto a *acta jure imperii*.²⁸⁸

²⁸⁶ Ver *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

²⁸⁷ Ver *Ibidem*, párrafo 58.

²⁸⁸ Ver *Ibidem*, párrafos 60-61.

Con base en dicha determinación, la CIJ analizó si el derecho internacional consuetudinario se había desarrollado de tal forma que existía una excepción al derecho de inmunidad en el caso de muertes y daños dentro del territorio del Estado foro. Al respecto, después de un extenso análisis sobre la práctica de los tribunales nacionales en otros países, la CIJ resolvió que la práctica demostraba que la inmunidad del Estado por *acta jure imperii* todavía se extendía a procedimientos civiles por conductas que ocasionaban muerte y daños personales y a la propiedad por órganos del Estado incluso en el territorio del Estado foro.²⁸⁹ Con relación a la inmunidad de jurisdicción del Estado, la CIJ rechazó que: 1) se justificara negar inmunidad de jurisdicción a Alemania debido al carácter de las conductas que constituían crímenes de guerra y de lesa humanidad; 2) que la inmunidad de jurisdicción del Estado contravenía normas *jus cogens*; y 3) que era necesaria la intervención de los tribunales italianos como último recurso ante la negativa de otras formas de reparación. De los tres puntos antes señalados resultan relevante que, en el primer tema la CIJ distinguió entre inmunidad de jurisdicción del Estado e inmunidad de jurisdicción de oficiales del Estado.²⁹⁰ Respecto de la segunda cuestión, invocó la distinción entre derecho sustantivo y procedimental para resolver que no existía un conflicto entre las normas *jus cogens* que competen al primer tipo de derecho, y la inmunidad del Estado corresponde al derecho procedimental.²⁹¹

Como se mencionó *supra*, la inmunidad de jurisdicción es distinta de la inmunidad de ejecución. Los párrafos anteriores del análisis de la CIJ versaron sobre el primero. A continuación, se examinan las conclusiones respecto del segundo de los temas. En este sentido, la CIJ también hizo la distinción entre bienes utilizados para realizar actos soberanos *vis-á-vis* conductas comerciales. La CIJ concluyó:

En el presente caso, queda claro que la propiedad que fue objeto de la medida de restricción en cuestión se está utilizando para fines gubernamentales que no son totalmente comerciales y, por lo tanto, para propósitos que se encuentran dentro de las funciones soberanas de Alemania. Villa Vigoni es, de hecho, la sede de un centro cultural destinado a promover los intercambios culturales entre Alemania e Italia.

En estas circunstancias, el Tribunal considera que el registro de un cargo legal en Villa Vigoni constituye una violación por parte de Italia de su obligación de respetar la inmunidad debida a Alemania.²⁹²

²⁸⁹ Ver *ibidem*, párrafo 77.

²⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 91.

²⁹¹ *Ibidem*, párrafo 93.

²⁹² *Ibidem*, párrafos 119-120.

El razonamiento no fue distinto en el análisis sobre la responsabilidad de Italia a través de las conductas de sus tribunales que declararon ejecutables en Italia, las decisiones de tribunales griegos que analizaron reclamaciones civiles en contra de Alemania. La CIJ concluyó que “las decisiones del Tribunal de Apelación de Florencia constituyen una violación por parte de Italia de su obligación de respetar la inmunidad jurisdiccional de Alemania”.²⁹³

Al respecto, resulta notable lo dicho por Bianchi sobre lo anticipado y evidente del resultado de la CIJ. De acuerdo al referido autor, no es extraño que si bien lo que estaba en juego eran violaciones graves, la institución de inmunidad soberana saliera avante frente al escrutinio de la CIJ, no sólo por las implicaciones sistémicas que habría significado aceptar que los Estados carecen de inmunidad de jurisdicción y ejecución cuando están implicadas violaciones serias a los derechos humanos. Los otros factores que la CIJ tomó en consideración según Bianchi fueron los siguientes:

¿Cómo adquirimos tal certeza absoluta? ¿Qué fue lo que nos convenció a todos de que no existía una alternativa seria para que la Corte decidiera a favor de Alemania? Una respuesta obvia, aunque simplista, es que Alemania tenía la ley claramente de su lado. No me importan las certezas. Todo lo contrario: las valoro mucho porque he hecho mi propia tarea profesional para modificarlas, o al menos para revelar las presuposiciones ocultas detrás de ellas. No obstante, sigo siendo prudente con comentarios como “el Tribunal adoptó la opinión legal correcta”. No hay nada inherentemente correcto o incorrecto en una determinación judicial como esta. Como solía decir Lauterpacht, los jueces toman decisiones y estas se hacen en un contexto donde interactúan diferentes factores. Además, como diría Chaïm Perelman, no se puede pasar por alto a la audiencia a la que habla la Corte Internacional de Justicia. Esta es una audiencia de Estados, así como de todos aquellos que viven del derecho internacional, incluidos los abogados y defensores, los profesores de derecho internacional y los abogados gubernamentales. Este es el mundo que la Corte Internacional de Justicia necesita para tranquilizar y dar seguridad. Sería muy poco realista esperar que la Corte en los procedimientos contenciosos diga algo sobre los derechos humanos que perjudicaría la sensibilidad de los Estados, ya que los Estados siguen siendo los únicos “clientes” de la Corte. Curiosamente, este último comentario no es mi propia especulación sino una declaración pública hecha hace unos meses por un miembro de la Corte Internacional de Justicia ante una audiencia de más de doscientas personas, incluyéndome a mí.²⁹⁴

Derivado de los casos antes analizados, se puede sostener que la inmunidad soberana continúa siendo objeto de mucha controversia y hoy en día es indudable que se trata de una norma de derecho consuetudinario internacional. Además, es de hacer notar que su análisis implica evaluar algunas excepciones siempre que se trate de conductas comerciales.

²⁹³ *Ibidem*, párrafo 133.

²⁹⁴ Andrea Bianchi, On Certainty. Blog of the European Journal of International Law. Home, EJIL, Analysis. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/on-certainty/#more-4504>. Última visita el 24 de febrero de 2019.

En el fondo, el actuar de EE. UU. a través de sus cortes (caso *Ciertos Activos Iraníes (Irán c. EE. UU.)*) no es diferente al que se catalogó como violatorio de dicha norma en el caso *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*. El punto es que la base de reclamación o instrumento jurídico eran diferentes. Irán se basó en un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, en tanto que Alemania en el Convenio Europeo para la Solución Pacífica de Controversias. Por lo tanto, podría argumentarse que es normal que la CIJ haya decidido que no tenía jurisdicción para pronunciarse sobre el tema de inmunidades. En cualquier caso, como ya se mencionó *supra*, si así lo hubiera querido, bien podría haber invocado la norma de inmunidad en su análisis argumentado su carácter consuetudinario. Efectivamente, tal como lo hizo respecto del derecho consuetudinario internacional aplicado en el caso de *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*. Incluso, como se mencionó *supra*, la CIJ pudo haber referido en su interpretación al principio interpretativo de Integración Sistémica. Interesantemente, la CIJ no hizo referencia expresa a la CVDT en ninguna parte de su análisis, aunque sí implícitamente al mencionar el objeto, fin y así contexto del tratado objeto de interpretación.

Dado que las reglas sobre inmunidad soberana en el DIP –en particular las de ejecución– son aplicables *mutatis mutandis* para el caso del DII que involucran los procedimientos inversionista-Estado, la distinción público/privado que se aplica cuando se analiza dicha obligación se encuentra en una etapa de buena salud conforme es explicada por Duncan Kennedy. Efectivamente, el uso de la distinción aún tiene relevancia para el análisis jurídico. Esto significa que las personas involucradas en los casos donde se alude a la distinción, discuten apasionadamente la aplicación de la dicotomía y dedican una gran cantidad de energía a su manipulación y análisis.²⁹⁵

2.4 Conclusión sobre el uso del binomio público/privado en los arbitrajes derivados de TBI

El uso de las llamadas etapas por las que atraviesa la bifurcación público/privado es una mera herramienta teórica que nos permitió identificar de manera clara cuándo resulta pertinente aplicar la dicotomía y en qué casos nos encontramos frente a un uso irrelevante de la misma. Y es que tal y como se reflejó en los casos abordados en este capítulo, los tribunales o partes contendientes parecen hacer uso de la distinción como autómatas, sin cerciorarse de la pertenencia de la misma. Lo anterior, al parecer como consecuencia de un “proceso de socialización” entre éstos, lo cual

²⁹⁵ Kennedy, *op. cit.*, p. 1350.

“genera que ciertos movimientos o reflejos se consoliden con el tiempo y se conviertan en un *habitus* que se interioriza por [éstos] y que se convierte en una actitud natural para las [partes] que participan en el [proceso interpretativo].²⁹⁶ Parte del objetivo de la investigación es crear consciencia de dicha situación y determinar en qué casos es inoportuno utilizar la distinción público/privado en el ámbito del DII. Por ello, también se rastreó el origen en el cual los tribunales han basado dicha distinción, que como vimos, en el caso del análisis de la definición de inversionista, partió de la conclusión de un artículo académico de quien fuera uno de los fundadores del Convenio CIADI, sin que ésta encuentre mayor análisis y sustento en el DIP que la autoridad misma del referido autor.²⁹⁷

En cuanto al carácter del arbitraje inversionista Estado y su clasificación dentro del ámbito privado o público, se determinó que este ejercicio puede tener implicaciones jurídicas serias por lo que hace a la interpretación de las disposiciones que integran el sistema. Así, al poner mayor énfasis en el primero que en el segundo, el resultado puede implicar traer la aplicabilidad de instituciones privadas pertenecientes al ámbito del arbitraje comercial. En contraste, un mayor énfasis en el carácter público del arbitraje podría implicar el pretender interpretar una disposición de forma más laxa a favor del inversionista considerando que la otra parte es un ente soberano de carácter público con mayor poder. Una vía para apartarse de encuadrar al arbitraje dentro del ámbito público o privado es reconocerle un carácter *sui generis* y las implicaciones que ello podría tener, verbigracia, reglas únicas y propias del sistema donde convergen tanto elementos privados como públicos y se justifica la aplicación de una u otra regla.

Aunque el binomio público/privado se ha empleado para determinar si el inversionista o la inversión califican como tal, se ha demostrado que su aplicación en dichos supuestos carece de pertinencia dado que desvirtúan el análisis de fondo y las disposiciones mismas que regulan o definen las características y elementos que deben considerarse para satisfacer la jurisdicción

²⁹⁶ En el texto original Bianchi se refiere a las partes como “jugadores”, los cuales incluyen a todos los interesados que intervienen en el proceso interpretativo (jueces, partes en la disputa, académicos, etc.), en tanto que, utiliza el término “juego” para hacer alusión al proceso interpretativo. Ver Andrea Bianchi, *The Game of Interpretation in International Law: The Player, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle*, en Bianchi, Peat, and Windsor, *op. cit.*, pp. 34-57.

²⁹⁷ Aron Broches fue fundador y creador del Convenio CIADI, así como el primer Secretario General del CIADI por 13 años. Ver *Investment Claims*, Antonio R. Parra, *Remembering Aron Broches*. Disponible en: <http://oxia.oupplaw.com/page/icsid-aron-broches>. Última visita el 4 de abril de 2017. La crítica se enfoca en la falta de referencia o fundamento alguno por parte del autor para afirmar y concluir que “a menos que [una empresa de economía mixta o una empresa estatal] actúe como agente del gobierno o desempeñe una función esencialmente gubernamental, no debe ser descalificada como “nacional de otro Estado contratante”. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States” (Volume 136), p. 355.

ratione personae o *materiae* de un tribunal. Efectivamente, de las definiciones de los términos “inversionista” o “inversión” no se desprende ninguna referencia a la división público/privado. Además, las veces en las que se empleó la distinción, los mismos argumentos y razonamientos empleados por los tribunales condujeron a resultados opuestos que fueron igualmente justificados.

En materia de atribución, la dicotomía público/privado ha sido intensamente utilizada. Sin embargo, tal como se analizó, ésta únicamente tiene justificación en el examen legal del artículo 5 de los Artículos de la CDI, el cual hace referencia explícita al carácter de la actuación de la persona o entidad que realiza la conducta, a saber, “que ejerce atribuciones del poder público”. Es evidente que para determinar lo anterior se debe proceder a realizar un análisis de exclusión, es decir, evaluar que la conducta que se analiza no sea de índole privado o que ésta no involucre el ejercicio de una facultad pública. No obstante lo anterior, el análisis de algunos tribunales no ha sido tan claro y parecen incluir la aplicación de dicha dicotomía en la interpretación de los artículos 4 y 8 de los Artículos de la CDI, donde es irrelevante utilizar la bifurcación.

La práctica demuestra que en el grueso de los casos analizados en los que se ha invocado la bifurcación público/privado respecto de disposiciones sustantivas, el tema de fondo o subyacente a la aplicación de dicha distinción es la existencia de un contrato. Tal fue el caso de la cláusula paraguas, las cláusulas de TJE y de NMT, así como la disposición de expropiación de derechos contractuales. En todas ellas hemos determinado que no existe razón para invocar la dicotomía dado que resulta evidente que en una relación contractual el Estado únicamente será responsable de una violación al TBI o TLC objeto de análisis si concurren ciertos elementos específicos. Dichos factores son: 1) si la parte en el contrato es de hecho el Estado mismo; 2) si un contrato se encuentra dentro del ámbito de jurisdicción *ratione materiae* a través de la definición de inversión; 3) la existencia de una cláusula paraguas en ausencia de la inclusión de contratos dentro de la jurisdicción *ratione materiae*; y 4) la inclusión de acuerdos o contratos internacionales de inversión como base de una reclamación. Si el Estado actúa dentro de lo estipulado en el contrato, en principio no existiría justificación para reclamar una violación a un TBI, a menos que el propio contrato prevea que cualquier diferencia en cuanto su aplicación o interpretación sea ventilado mediante un arbitraje en materia de inversiones como el del CIADI. Si la relación contractual se ve afectada por una actuación del Estado, pero no como parte del contrato, ésta situación podría dar lugar a una violación de TBI. Lo anterior, sujeto a que el contrato se encuentre dentro del ámbito de jurisdicción de un tribunal y que la conducta sea verdaderamente grave que alcance los

umbrales de violación de las obligaciones de protección previstas en el TBI o TLC. También se puede presentar una violación al TBI mediante el incumplimiento de un contrato si existe una cláusula paraguas amplia que implique que el incumplimiento de éste signifique *per se* una violación a dicha disposición, además, el contrato no debe prever su propio mecanismo de solución de diferencias.

Sin duda alguna, es en el ámbito de la inmunidad de ejecución donde la distinción público/privado tiene mayor relevancia. Ello por lo que hace al carácter de los bienes que se pretenden ejecutar y la determinación de si éstos se emplean por el Estado en el ejercicio de sus tareas *iure imperii*. Como se examinó anteriormente, son las cortes nacionales encargadas del proceso de ejecución de los laudos en materia de inversiones, las cuales han aplicado la dicotomía público/privado en sus análisis jurídicos. La práctica de los tribunales nacionales analizada por la CIJ, así como el actuar mismo de la CIJ, ponen de manifiesto que la aplicación del binomio *iure imperii* e *iure gestionis* no es nueva y que, aunque en algunas ocasiones es difícil de aplicar, sigue teniendo importancia en el análisis jurídico.

Finalmente, resulta pertinente citar a Bianchi para justificar el uso de la herramienta teórica sobre las facetas que atraviesa la distinción público/privado en la presente investigación. De acuerdo a dicho autor, los abogados que se involucran más con la teoría tienen la posibilidad de “ver la realidad en 3D”, es decir, “ver cosas que otras personas podrían no ver, establecer conexiones que otros podrían no pensar”:²⁹⁸

El reto y el valor de involucrarse con la teoría es también abrir la gama de opciones que uno tiene para abordar un problema, resolver un problema y cuestionar la sabiduría de las decisiones de uno. Más simplemente, uno debe mirar la teoría sólo por preguntarse qué aspecto tendría el mundo si sólo uno estuviera listo para ver las cosas bajo una luz diferente o desde una perspectiva diferente. Aumentar el número de posibilidades inevitablemente implica acentuar el momento de elección. Si la ley es una opción, las consecuencias de hacer algo o de interpretar la ley de una manera en vez de otra deben ser conocidas y evaluadas cuidadosamente. Esto debería llevar consigo un mayor sentido de responsabilidad, ya que hacer preguntas teóricas sobre el sentido y las consecuencias de lo que uno hace y sobre las razones para hacerlo debe producir conocimiento reflexivo e inducir precaución al elegir qué curso de acción tomar”.²⁹⁹

²⁹⁸ The Graduate Institute Geneva, News, Andrea Bianchi: lawyers must stop vilifying theory, Disponible en: http://graduateinstitute.ch/home/relations-publiques/news-at-the-institute/news-archives.html/_news/corporate/2017/andrea-bianchi-lawyers-must-stop. Última visita el 4 de abril de 2017.

²⁹⁹ Blog of the European Journal of International Law, Andrea Bianchi, Engaging with Theory – Why Bother? Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/engaging-with-theory-why-bother/>. Última visita el 4 de abril de 2017.

Compartimos lo señalado en la cita anterior y nos cercioraremos de que las premisas de las que parte y las conclusiones que arroja, se vean reflejadas a lo largo de la presente investigación.

CAPÍTULO III
LA DICOTOMÍA PÚBLICO/PRIVADO
EN EL TLCAN

Si bien el TLCAN es posiblemente único, y aunque el Capítulo XI es un instrumento mucho más complejo que un simple tratado bilateral de inversión, el Capítulo XI funciona fundamentalmente para alentar y proteger la inversión extranjera, dejando que otras partes del TLCAN proporcionen reparación por medidas que no impliquen a inversionistas extranjeros o sus inversiones.

The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 January 2008, párrafo 114.

3.1 Introducción

Este capítulo aborda el binomio público/privado en el contexto de los tribunales establecidos al amparo del Capítulo XI del TLCAN. El objetivo de reservar un capítulo en particular al TLCAN obedece al carácter autónomo que supone su régimen jurídico, compuesto por una normativa específica que lo distingue de otros tratados. Al respecto, en la siguiente Sección 3.2 se explica con mayor amplitud los aspectos concretos que hacen del TLCAN un régimen autónomo.

En la Sección 3.3 se examinan las áreas del DII en las que los tribunales derivados de TBI utilizaron la dicotomía público/privado. La finalidad es realizar un análisis comparativo para determinar si los tribunales establecidos conforme al TLCAN han invocado la bifurcación público/privado en los contextos en los que otros tribunales sí lo han hecho. Los resultados que arrojen la investigación serán reveladores para robustecer las conclusiones sobre la utilidad del uso de la distinción público/privado.

La Sección 3.4 da cuenta del funcionamiento del Capítulo XI del TLCAN a la luz de su potencial terminación con la entrada en vigor del T-MEC. En ésta se analizan las reglas que regirán el tema de inversión y si éstas continenen referencia alguna a la dicotomía público/privado.

En la Sección 3.5 se presentan las conclusiones del Capítulo III.

3.2 El TLCAN como régimen autónomo

De acuerdo al Informe sobre Fragmentación del Derecho Internacional la noción de “régimen autónomo” implica 3 acepciones: i) conjunto de reglas secundarias particulares, entendiendo por éstas las relativas a la responsabilidad del Estado y sus consecuencias por un hecho internacionalmente ilícito; ii) conjunto de reglas primarias y secundarias que establecen reglas particulares para abordar un tema o problema en particular, por ejemplo, el régimen aplicable a alguna área de navegación como el canal Kiel después de la primer guerra mundial; y iii) áreas de especialización funcional o de experiencia que entrañan la aplicación de ciertas técnicas y reglas especiales de interpretación y administración del régimen.¹

Si bien el DII como tal cabría dentro de la tercera de las acepciones, el Capítulo XI del TLCAN que trata el tema de Inversión, presenta reglas particulares que son únicamente aplicables al contexto de las controversias derivadas de dicho tratado. Por ello, el TLCAN en particular encuadraría dentro de la segunda de las acepciones, dado que en éste “el carácter autocontenido se fusiona con el sesgo contractual del derecho internacional: cuando un asunto está regulado por un tratado, normalmente no hay razón para recurrir a otras fuentes”.² De cualquier manera, el mismo Koskenniemi reconoce que las tres nociones de régimen autónomo antes referidas “no son claramente distinguibles entre sí” y que pueden presentarse combinaciones de éstas en un régimen de tratado.³

En los siguientes subsecciones se sustancia la afirmación concerniente a que el Capítulo XI del TLCAN es un régimen autónomo.

3.2.1 Etapas preentrada y posentrada: liberalización y protección de las inversiones

La regulación de las inversiones puede identificarse en dos etapas: preentrada y posentrada. Éstas también se conocen como derecho de admisión y derecho de establecimiento respectivamente. Como el propio nombre lo indica, la primera etapa implica la regulación que en materia de entrada de inversiones resulta aplicable, en tanto que, la segunda faceta se relaciona con las condiciones conforme a las cuales el inversionista debe realizar su inversión durante el tiempo de ésta.⁴

¹ Ver Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, (Geneva: General Assembly, A/CN.4/L.682, August 1, 2006), párrafos 128-129.

² *Ibidem*, párrafo 128.

³ *Ibidem*, párrafo 135.

⁴ Christoph Schreuer and Rudolf Dolzer, *Principles of International Investment Law*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 88.

En el marco del DII, se identifican principalmente los siguientes dos modelos de regulación de los derechos de admisión y de establecimiento:

- i) *Modelo de Entrada Controlada*. Conforme a este enfoque el país receptor mantiene el derecho de regular la admisión y establecimiento de inversionistas extranjeros conforme a su legislación. Por lo tanto, la aplicación del tratado en materia de inversión es condicional a la aprobación de la inversión conforme a las leyes del Estado receptor.
- ii) *Modelo de Total Liberalización*. En este modelo las condiciones de competencia de los inversionistas incluidos los nacionales se igualan de tal forma que en la etapa de preentrada los inversionistas pueden elegir el mejor trato.⁵

El TCE y la mayoría de los TBI siguen el enfoque de entrada controlada, es decir, solamente regulan o protegen la inversión una vez que ésta se encuentra establecida. El TLCAN comprende el modelo de total liberalización de tal manera que reglamenta los derechos de admisión y de entrada de las inversiones.

La diferencia en el enfoque es significativa ya que conforme al modelo de entrada controlada respecto de tratados que no regulen la admisión, los requisitos para invertir se regirán por la legislación nacional, que puede ser más rigurosa. Esto incluye “esquemas de notificación, registro y diversos tipos de mecanismos de aprobación, incluida la selección caso por caso”.⁶ En contraste, en los tratados con el enfoque de completa liberalización, el derecho interno deberá estar de acuerdo con el derecho de admisión, de lo contrario, un tribunal podría pronunciarse en contra de esta inconsistencia.⁷

3.2.2 El carácter especial y único de la cláusula de nivel mínimo de trato en el TLCAN

El artículo 1131 del TLCAN establece el derecho que los tribunales aplicarán en la resolución de las diferencias que surjan conforme al Capítulo XI del referido tratado. Dicha disposición señala:

Artículo 1131: Derecho aplicable

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

⁵ Ignacio Gómez-Palacio and Peter Muchlinski, Admission and Establishment in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008), pp. 240-243.

⁶ Christoph Schreuer and Rudolf Dolzer, *op. cit.*, p. 90.

⁷ *Idem*.

2. *La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección. (Énfasis añadido)*

Debido al amplio alcance interpretativo que los primeros tribunales del TLCAN le estaban dando al artículo 1105 (Nivel mínimo de trato), los Estados decidieron limitar esta situación mediante la emisión una nota interpretativa. Fue así que el 31 de julio de 2001, la CLC del TLCAN formuló una interpretación sobre el alcance del artículo 1105 de dicho tratado.⁸ La nota interpretativa clarifica los siguientes tres puntos:

- El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.
- Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.
- Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1).⁹

Lo anterior significa que contrario a lo que ocurre con los TBI e incluso al TCE, el alcance del NMT es limitado y riguroso.¹⁰ Efectivamente, en las diferencias del TLCAN los inversionistas han intentado argumentar –sin éxito– que las interpretaciones del estándar de TJE en el contexto de otros tratados también resultan pertinentes para interpretar el TLCAN.¹¹

Cabe precisar que el estándar de NMT es una norma sustantiva que se considera absoluta en el sentido de que, a diferencia de las disposiciones de NMF y TN –estándares relativos–, para su aplicación no requiere un elemento de hecho que implique una comparación.¹² Si bien en el contexto de los TBI hay algunos tribunales que han contrastado el NMT con el estándar mínimo de tratamiento en el derecho internacional, este enfoque se ha vuelto más característico para los

⁸ Nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio, 31 de julio de 2001. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1756/inter_CLC_espanol.pdf. Última visita el 15 de febrero de 2019.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, párrafos 443-444.

¹¹ *Ibidem*, párrafo 432. Ver también *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, párrafo 174.

¹² *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on Jurisdiction, 22 November 2002, párrafo 80.

tribunales del TLCAN,¹³ especialmente posterior a la interpretación del Artículo 1105 por la CLC.¹⁴ La discusión se ha centrado en determinar si el estándar de NMT se circunscribe al derecho consuetudinario internacional aplicable en el caso *Neer*,¹⁵ es decir, a un tratamiento indignante o escandaloso. Hay tribunales que consideran que ese estándar es todavía aplicable a nuestros días¹⁶ en tanto que otros difieren de dicha proposición.¹⁷ Incluso, hay tribunales que han impuesto una carga de la prueba desproporcional a las Demandantes requiriéndoles que demuestren que el estándar mínimo de tratamiento consagrado en la decisión *Neer* en 1920 ya no es aplicable en la actualidad. Por ejemplo, en el caso *Glamis c. Estados Unidos*, el Tribunal señaló:

Si, como argumenta la Demandante, el estándar mínimo de tratamiento del derecho internacional consuetudinario ha evolucionado para requerir algo menos que el estándar “atroz”, “indignante” o “escandaloso” como se explica en *Neer*, entonces la carga de establecer cuál es el estándar actual recae sobre la reclamante.¹⁸

Con base en lo anterior, es entendible que las Demandantes intenten apartarse del estándar único y estricto de NMT establecido en el TLCAN. Por otra parte, este rasgo distintivo confirma el carácter particular del régimen autónomo del TLCAN.

3.2.3 Las particularidades de la obligación de nación más favorecida en el TLCAN

¹³ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 8 June 2009, párrafos 610-1; *Cargill, Incorporated c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párrafo 267; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, párrafo 176 y *Eli Lilly and Company v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017, párrafo 222.

¹⁴ *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, párrafo 432.

¹⁵ Se trata de un caso en el contexto de las Comisiones Mixtas de reparación México – EE. UU. sobre el tratamiento de un nacional de EE. UU. que fue asesinado por nacionales mexicanos. La responsabilidad del Estado versó sobre su omisión para investigar y castigar a los criminales. Ver *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, October 15, 1926 en United Nations, Reports of International Arbitral Awards, General Claims Commission (Convention of September 8, 1923), (United Mexican States, United States of America), 15 October 1926, Volumen IV, pp. 60-6.

¹⁶ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 8 June 2009, párrafos 612-16 y *Cargill, Incorporated c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párrafo 272.

¹⁷ *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award, 27 September 2016, párrafo 352; *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, párrafos 434-435; *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, Award, 2 August 2010, párrafo 215; *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, ICSID Administrated, Award, 31 March 2010, párrafo 213; *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006, párrafo 194; *GAMI Investments, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, párrafo 95 y *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award in Respect of Damages, 31 May 2002, párrafos 57-65.

¹⁸ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, Jun 8, 2009, párrafo 601.

El artículo 1103 del TLCAN establece la obligación sustantiva de trato de NMF. Dicho trato es aplicable tanto al inversionista como a la inversión:

Artículo 1103. Trato de nación más favorecida

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.
2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

De esta disposición se desprenden 3 elementos que deben establecerse para demostrar una violación al trato de NMF:

- i) que la Demandada otorgó al inversionista o a su inversión un trato con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones;
- ii) que el inversionista o su inversión estén en *circunstancias similares* al inversionista o inversiones de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte (agente objeto de comparación); y
- iii) que el trato sea menos favorable que el otorgado a agente objeto de comparación.¹⁹

3.2.3.1 El alcance de los términos circunstancias similares

Cabe realizar unas observaciones respecto de la cláusula de NMF en el TLCAN. En primer lugar, el TLCAN es explícito al mencionar que la comparación debe realizarse respecto de inversionistas o inversiones en “circunstancias similares”, a diferencia de otros TBI²⁰ y el TCE.²¹ Es

¹⁹ Estos elementos son similares a los de la obligación de TN. Ver *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 15 de enero de 2008, párrafo 117 y *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007, párrafo 83.

²⁰ Ver por ejemplo el párrafo 2 del artículo 4 del *TBI México – Francia*: “Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar en su territorio y en su zona marítima a los inversionistas de la otra Parte Contratante, con respecto a sus inversiones y a la operación, administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de tales inversiones, un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus inversionistas, o el tratamiento otorgado a los inversionistas de la Nación más favorecida, si el último es más favorable”.

²¹ Ver párrafo 7 del artículo 10 del TCE: “Cada una de las Partes Contratantes concederá en su territorio a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes, así como a las actividades relacionadas con las mismas, como las de gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, un trato no menos favorable que el que conceda a las

incuestionable que los términos utilizados o la ausencia de éstos en las cláusulas de los tratados en materia de inversiones son relevantes para su interpretación. Por ello, es cuestionable si en el marco de otros TBI en los que las palabras “circunstancias similares” están ausentes, los tribunales darán una interpretación más amplia. De hecho, en el marco de los casos del TLCAN, los tribunales han coincidido en que la comparación debe realizarse a nivel del mismo sector económico o de negocios en el que opera la inversión o el inversionista.²² También ha existido consenso en que un factor a considerar en análisis comparativo es el régimen jurídico aplicable a la inversión.²³ Aunque lo anterior parezca evidente, existen tribunales en contextos distintos del TLCAN que han considerado que las compañías involucradas en exportación de petróleo pueden compararse con compañías dedicadas a la exportación de flores para efectos de la exención del IVA. Tal fue el caso del Tribunal en *Occidental c. Ecuador*:

En cualquier caso, la referencia a “en situaciones similares” utilizadas en el Tratado parece ser diferente de aquella a “productos similares” en el GATT/OMC. La “situación” puede relacionarse con todos los exportadores que comparten dicha condición, mientras que el “producto” se relaciona necesariamente con productos competitivos y sustituibles.²⁴

Como se desprende de las referencias antes señaladas, la cláusula de NMF también ha sido objeto de una interpretación y alcance particular en el régimen de casos del TLCAN. Por ello, se puede afirmar que el TLCAN es un régimen autónomo.

3.2.3.2 La inaplicabilidad de la teoría *Maffezini* en el TLCAN

inversiones, y a su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, de sus propios inversores o de los de cualquier otra Parte Contratante o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable”.

²² *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, párrafos 250-251; *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, párrafo 78; *Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, párrafo 171; *GAMI Investments, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, párrafo 114; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007, párrafo 198; *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 15 de enero de 2008, párrafo 123 y *Cargill, Incorporated c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párrafos 193-211.

²³ *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, ICSID Administrated, Award, 31 March 2010, párrafos 89-93; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, párrafos 163-167; *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, 25 August 2014, párrafo 8.15 y *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 March 2018, párrafos 7.19-7.21.

²⁴ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final award, Jul. 1, 2004, párrafo 176.

De acuerdo al artículo 4 del Proyecto de Artículos sobre Cláusulas de Nación Más Favorecida de la CDI, “una cláusula de nación más favorecida es una disposición de tratado por la cual un Estado asume una obligación hacia otro Estado de otorgarle el trato de nación más favorecida en una esfera de relaciones acordada”.²⁵ En el marco de la OMC la obligación aplica al comercio de bienes y de servicios y se refleja en el artículo I del GATT y el artículo II GATS respectivamente.²⁶ Dicha disposición ha sido caracterizada como la “piedra angular del GATT” y “uno de los pilares del sistema de comercio de la OMC”.²⁷ En el marco del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, una reclamación de incumplimiento de la cláusula de NMF involucra que los grupos especiales de la OMC tengan que evaluar en los hechos que el Miembro demandado otorga un mejor trato a otro Miembro de la OMC u otro país no Miembro. De ser el caso, éstos determinarán que existe discriminación y por lo tanto una violación a la obligación de NMF.

En el contexto de las reclamaciones inversionista-Estado el análisis de una reclamación que involucra la obligación de NMF es distinta. Primero, el inversionista refiere a la cláusula NMF en el tratado en el que funda su reclamación (tratado base). Posteriormente, identifica otro TBI de la Demandada (tratado con terceros) que contenga a su consideración disposiciones más favorables, incluyendo disposiciones sustantivas o procedimentales, *i.e.*, una cláusula de TJE más generosa que no sujete el estándar al derecho consuetudinario internacional, o bien, un TBI que no establezca la celebración de consultas obligatorias. Nótese que no se debe demostrar que *de facto* exista un trato, basta la existencia de mejor trato en papel, es decir, en el tratado con terceros. A diferencia de la OMC donde se debe determinar si existe discriminación o no derivado del trato en específico, en el caso de un tribunal de inversión, éste procede a incorporar las disposiciones más favorables del tratado con terceros en el tratado base. De este modo, si el tratado base incorpora por ejemplo la obligación de agotar recursos internos como condición obligatoria y previa al sometimiento de la reclamación en un arbitraje internacional, mediante la aplicación de la cláusula de NMF descrita anteriormente, el tribunal dispensará de esa obligación al inversionista y procederá a resolver las

²⁵ International Law Commission, Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II, Part Two, p. 18.

²⁶ A lo largo de los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC se encuentran diversas disposiciones en materia de trato de NMF. Ver Peter Van Den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 4th Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 307.

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2004, párrafo 101 e Informe del Órgano de Apelación, *C Canadá — Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000, párrafo 69.

reclamaciones de la Demandante.²⁸ Esta fórmula ha sido denominada *Maffezini*, por el nombre del caso en el que se invocó la aplicación de la cláusula NMF en los términos antes descritos.

En efecto, en *Emilio Agustín Maffezini c. España* el TBI Argentina – España establecía la obligación de recurrir a las cortes nacionales antes de iniciar un arbitraje internacional. Sin embargo, dicha obligación estaba sujeta a que se emitiera una decisión antes de 18 meses en las cortes nacionales o a la continuación de la controversia aun con la emisión de una decisión.²⁹ En ese diferendo *Maffezini* reconoció que nunca recurrió a las cortes nacionales para resolver la diferencia, y argumentó alternativamente que tenía “derecho a invocar la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Acuerdo Bilateral de Inversión”.³⁰ En este sentido, indicó que el TBI Chile – España otorgaba mejor trato a los inversionistas chilenos dado que no se exigía como condición previa al arbitraje el recurrir a las cortes nacionales. El Tribunal aceptó la argumentación de la Demandante en los siguientes términos:

A la luz de las consideraciones expuestas, el Tribunal es de la opinión que la Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI [Acuerdo Bilateral de Inversión] Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI [Acuerdo Bilateral de Inversión] Chile-España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que la Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles. El Tribunal considera que la exigencia de recurrir previamente a los tribunales nacionales contenida en el ABI [Acuerdo Bilateral de Inversión] Argentina-España no responde a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes. Sobre esta base, el Tribunal confirma la jurisdicción del Centro y su propia competencia en este caso, no siéndole posible acoger la objeción que en este aspecto ha sido presentada por el Reino de España.³¹

En el contexto del DII se ha vuelto común la aplicación de la fórmula *Maffezini*. Empero, la práctica de los Estados en sus recientes TBI o TLC demuestra su rechazo a esta fórmula. Efectivamente, las cláusulas de NMF ahora establecen expresamente la exclusión en su aplicación para cuestiones

²⁸ Para un análisis crítico ver Zachary Douglas, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 1 (February 1, 2011), pp. 97–113 y Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 344-362.

²⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. El Reino de España*, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/97/7, 25 de enero de 2000, párrafo 24.

³⁰ *Ibidem*, párrafo 37.

³¹ *Ibidem*, párrafo 64.

sustantivas, procedimentales o ambas.³² Incluso, exigen la aplicación de un trato como tal y no la mera referencia a un tratado sin que exista de por medio un hecho concreto de aplicación.³³ De cualquier manera, resulta importante destacar que en el TLCAN la fórmula *Maffezini* nunca se ha aplicado y que los intentos por importar disposiciones más favorables de otros tratados y aplicarlas han sido rechazados.³⁴ Esta situación también pone de manifiesto el carácter especial o autónomo del TLCAN.

3.2.4 El carácter irrestricto de los sectores cubiertos por el TLCAN

A diferencia de otros regímenes como el del TCE³⁵ y el reciente T-MEC, el tema de inversión en el TLCAN es exhaustivo, es decir, sus disposiciones son aplicables a cualquier sector de inversión sin limitación alguna. En la Tabla 1 se muestra la diversidad de sectores de las controversias que han involucrado a México.

Tabla 1. Sectores Sobre los que han Versado las Controversias de México en el TLCAN

Año	Nombre corto	Nombre completo	Sector
1997	Metalclad	<i>Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades de recolección, tratamiento y eliminación de residuos; recuperación de materiales

³² “Para mayor certeza, el trato al que se refiere este Artículo no abarca los procedimientos o mecanismos internacionales de solución de controversias, tales como aquellos incluidos en la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado)”. Ver artículo 9.5.3 del CPTPP. Capitulado completo del Tratado de Asociación Transpacífico (TPP) versión en español. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86477/9._Inversi_n.pdf. Última visita el 22 de marzo de 2019.

³³ “Para mayor certeza, el trato de nación más favorecida que se menciona en este artículo no incluye el trato otorgado a los inversionistas de una no Parte y sus inversiones por las disposiciones relativas a la solución de controversias sobre inversiones previstas en este u otros acuerdos internacionales celebrados entre una Parte y una no Parte. Las disposiciones sustantivas de otros acuerdos internacionales de inversión o comercio no constituyen en sí mismas el “tratamiento” a que se refieren los párrafos 1 y 2, y por lo tanto no pueden dar lugar a una violación de este Artículo. Las medidas aplicadas de conformidad con dichas disposiciones pueden constituir un “tratamiento” en virtud de este artículo”. Ver Artículo 8.4 del TLCUEM Modernizado. Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea. Disponible en: <https://www.gob.mx/tlcuem>. Última vista el 22 de marzo de 2019.

³⁴ *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, párrafos 193-197; *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, Award, 2 August 2010, párrafos 235-236 y *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, párrafo 401. Existen tribunales que se han abstenido de pronunciarse sobre el tema, por ejemplo, *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, 25 August 2014, párrafo 9.71.

³⁵ Esta definición de inversión tiene tres partes: una definición amplia (“todo tipo de activo”) ilustrada por una lista de seis tipos de derechos; una aclaración (que cubre los cambios en la forma y una calificación temporal de la inversión) y una restricción en cuanto a los tipos de actividad económica incluidos en la definición de inversión. *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, Mar 26, 2008, párrafo 36.

Año	Nombre corto	Nombre completo	Sector
1997	Azinian	<i>Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades de recolección, tratamiento y eliminación de residuos; recuperación de materiales
1997	Waste Management	<i>Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos (I)</i>	Actividades de recolección, tratamiento y eliminación de residuos; recuperación de materiales
1999	Feldman	<i>Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Comercio al por mayor de cigarros
2000	Waste Management	<i>Waste Management c. los Estados Unidos Mexicanos (II)</i>	Actividades de recolección, tratamiento y eliminación de residuos; recuperación de materiales
2001	Adams	<i>Billy Joe Adams, Juan Alarcon, Roberto Alonzo et al. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades inmobiliarias
2002	Thunderbird	<i>International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades de juego y apuestas
2002	GAMI	<i>GAMI Investments, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Producción de cultivos y animales, caza y servicios relacionados
2002	Frank	<i>Robert J. Frank c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades inmobiliarias
2002	Fireman's Fund	<i>Fireman's Fund Insurance Company c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades de servicios financieros, excepto seguros y fondos de pensiones
2004	Corn Products	<i>Corn Products International, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Fabricación de productos alimenticios, productores de jarabe de maíz de alta fructuosa
2004	ADM	<i>Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Fabricación de productos alimenticios, productores de jarabe de maíz de alta fructuosa
2005	Cargill	<i>Cargill, Incorporated c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Fabricación de productos alimenticios, productores de jarabe de maíz de alta fructuosa
2005	Bayview	<i>Bayview Irrigation District and others c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Producción de cultivos y animales, caza y servicios relacionados
2013	KBR	<i>KBR, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades de construcción especializada
2015	LMC	<i>Lion Mexico Consolidated L.P. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades de construcción especializada
2016	Blanco and others	<i>Jorge Luis Blanco, Joshua Dean Nelson and Tele Fácil México, S.A. de C.V. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Telecomunicaciones
2016	Anthone and others	<i>Deana Anthone, Neil Ayervais, Douglas Black and others c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades de juego y apuestas

Año	Nombre corto	Nombre completo	Sector
2017	Vento	<i>Vento Motorcycles, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Fabricación de vehículos de motor, remolques y semirremolques, particularmente motocicletas
2018	Alicia Grace	<i>Alicia Grace and others c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Actividades de servicios administrativos y de apoyo
2018	Dal Tile	<i>Dal Tile Corporation y Dal Tile Internacional c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Producción de productos de cerámica
2018	Calica	<i>Legacy Vulcan LLC y Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Extracción de piedra caliza
2019	Odyssey	<i>Odyssey Marine Exploration, Inc. y Exploraciones Oceánicas S. de R.L. de C.V. c. los Estados Unidos Mexicanos</i>	Extracción mineral

Fuente: Investment Policy Hub. Investment Dispute Settlement Navigator. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/136?partyRole=2>. Última visita el 16 de agosto de 2019.

3.2.5 La naturaleza exclusiva y exhaustiva de la definición de inversión del TLCAN

Sin perjuicio de abordar con mayor detenimiento la definición de inversión en el TLCAN, para los propósitos de esta subsección basta señalar que a diferencia del TCE cuya definición es amplia, el alcance en el TLCAN es limitado. Por ejemplo, mientras que en el TCE se han aceptado demandas que involucran el pago de deudas derivadas de la prestación de un servicio,³⁶ en el TLCAN se excluyen ciertas “reclamaciones de dinero que surgen únicamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios”,³⁷ así como otros reclamos de dinero.³⁸

³⁶ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, Arbitral Award, 16 December 2003, párrafos 4.2.11-12; *Limited Liability Company Amtó v. Ukraine*, Arbitration No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, párrafo 108 y *State Enterprise “Energorynok” (Ukraine) v. Republic of Moldova*, SCC Case No. V (2012/175), Final Award, 29 January 2015, párrafo 109. Nótese que en el caso de *Nykomb c. Letonia*, el Tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo basó su conclusión de que existía una “inversión” en la definición en el TCE, ignorando los criterios establecidos en los laudos de *Fedax c. Venezuela*, así como el de otros derivados del CIADI. Ver Peter Cameron, *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 25.

³⁷ “A efecto de lo que aquí nos atañe, basta con decir que aun la falta persistente del pago de deudas por parte de un municipio no puede equipararse a una violación del Artículo 1105, [...] si así no fuese, el Capítulo XI se convertiría en un mecanismo de igual recurso para cobranza de deudas y fines análogos relacionados con todos los contratos públicos (incluidos los municipales), lo cual no parece corresponder a su propósito”. *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párrafos 115-116.

³⁸ Secretariado del TLCAN. Inicio/Textos jurídicos/Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Disponible en:

El carácter particular del TLCAN por lo que hace a su definición de inversión fue explicado claramente por el tribunal en *Grand River c. Estados Unidos* en los siguientes términos:

Los tribunales internacionales de inversión a menudo han considerado si relaciones o situaciones comerciales o económicas particulares constituían “inversiones” para los fines del Convenio CIADI o los tratados de inversión regionales y bilaterales particulares. Muchos de estos casos involucraban tratados que contenían definiciones de inversión amplias y en ocasiones de textura abierta. El artículo 1139 del TLCAN no es amplio ni de textura abierta. Prescribe una lista exclusiva de elementos o actividades que constituyen una inversión para los fines del TLCAN. Como señaló el profesor Mendelson, experto de las Demandantes, esta definición es exclusiva y no ilustrativa.³⁹

La particularidad del carácter restringido de la definición de inversión en el TLCAN tiene el efecto legal de limitar la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal, de tal forma que no cualquier tipo de controversia pueda ser resuelta en el contexto del Capítulo XI del TLCAN.

3.2.6 Las reglas procedimentales aplicables en el TLCAN

El artículo 1120 del TLCAN establece las reglas de procedimiento aplicables para un tribunal establecido conforme al Capítulo XI del referido tratado. Dicha disposición señala:

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) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
- (b) las 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
- (c) 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.

El grueso de casos del TLCAN se han regido por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI y las Reglas de Arbitraje CNUDMI, excluyendo la aplicación de Convenio CIADI. Lo anterior se explica porque el Convenio CIADI entró en vigor para Canadá en 2006⁴⁰ y para México

<https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-del-Acuerdo/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1139->. Última visita el 25 de marzo de 2017.

³⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, párrafos 80-81.

⁴⁰ Canadá firmó el Convenio CIADI el 15 de diciembre de 2006, sin embargo, depositó su instrumento de ratificación el 1 de noviembre de 2013, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2013. Ver Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Base de datos de Estados Miembros del CIADI. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>. Última visita el 5 de marzo de 2019.

recientemente en 2018.⁴¹ El efecto jurídico de esta situación es la ausencia de una práctica concerniente a las particularidades que derivan del Convenio CIADI, por ejemplo, el procedimiento de anulación previsto en su artículo 52, así como los procedimientos de reconocimiento y ejecución del laudo previstos en sus artículos 53 y 54. Aunque existen un par de casos iniciados conforme al Convenio CIADI para cada una de las Partes del TLCAN⁴² todo parece indicar que ante la inminente conclusión del T-MEC, se puede afirmar que el régimen del TLCAN funcionó principalmente con reglas procedimentales específicas distintas del Convenio CIADI. Ésta situación constituye una característica peculiar del régimen autónomo del TLCAN.

3.3 Análisis sobre el uso de la bifurcación público/privado en el TLCAN

En esta sección se examinará si los tribunales del TLCAN en sus razonamientos jurídicos han invocado o aplicado la dicotomía público/privado en los rubros en los que otros tribunales sí lo han hecho, tal como se analizó en el Capítulo II. Además, se incluyen subsecciones en las que si bien los tribunales del TLCAN no han empleado propiamente la bifurcación público/privado en sus análisis, han referido a dichos términos aisladamente, así como a sus equivalentes: soberano, gubernamental, comercial, *imperii*, *gestionis*. Lo anterior dado que la alusión a uno de ellos trae implícitamente aparejada la inclusión del otro término, siendo siempre uno de ellos el término fuerte frente al otro, es decir, solamente el primero se explica en tanto que el segundo se define en sentido negativo.⁴³ En esta sección al igual que en el Capítulo II, también se utiliza la metodología analítica desarrollada por Duncan Kennedy, la cual, consiste en evaluar la utilidad de la distinción público/privado en el Derecho conforme a su ubicación dentro de las etapas por las que ésta transita

⁴¹ Decreto por el que se aprueba el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en la ciudad de Washington, D.C., el dieciocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco. Publicado en el DOF el 22 de junio de 2018. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5528826&fecha=22/06/2018. Última visita el 5 de marzo de 2019. Decreto Promulgatorio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en la ciudad de Washington, D.C., el dieciocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco. Publicado en el DOF el 24 de agosto de 2018. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5535849&fecha=24/08/2018. Última visita el 5 de marzo de 2019.

⁴² Por ejemplo, en el caso de Canadá la interacción entre el TLCAN y el Convenio CIADI en materia procedimental ya se ha manifestado en el caso *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB/15/6, Procedural Order No. 9, 11 December 2018, párrafo 56. En el caso de EE. UU., únicamente se ha activado una diferencia conforme al Convenio CIADI, sin embargo, esta fue resuelta mediante un acuerdo mutuo: *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. United States of America* (ICSID Case No. ARB/16/21). Al 5 de marzo de 2019, para el caso de México solamente se tiene el registro de una controversia conforme al Convenio CIADI: *Legacy Vulcan, LLC c. los Estados Unidos Mexicanos* (ICSID Case No. ARB/19/1).

⁴³ Norberto Bobbio, Estado, Gobierno y Sociedad: Por una teoría general de la política, traducción de José F. Fernández Santillán, Breviarios; 487, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 12.

de acuerdo al autor. En este caso esa metodología se aplica al DII, particularmente a los precedentes de los tribunales del TLCAN.⁴⁴

3.3.1 Naturaleza del arbitraje inversionista-Estado conforme al TLCAN

Tal como se abordó *supra*, determinar la naturaleza jurídica de una institución como la del arbitraje en materia de inversiones, tiene el efecto jurídico de poder justificar la utilización de ciertas herramientas e instrumentos jurídicos que permitan sustentar una determinada conclusión o razonamiento. Por ejemplo, caracterizar el arbitraje de inversión como privado, podría traer aparejada la posibilidad de aplicar reglas relativas al arbitraje comercial internacional, o bien, utilizar instrumentos de DIP si el arbitraje se identifica como público.⁴⁵

Un ejemplo claro de la situación antes descrita lo constituye el caso *Thunderbird c. México*. En dicha disputa la Demandante alegó violaciones al TLCAN derivado de la clausura de sus instalaciones de actividades de juegos de apuesta por parte de la Secretaría de Gobernación de México. El Tribunal rechazó las reclamaciones y ordenó al inversionista cubrir los costos por gastos judiciales a México. En su opinión disidente, el árbitro Thomas Wälde manifestó su rechazo con la decisión argumentando el carácter particular del arbitraje de inversión. En particular, refutó la utilización de principios, normas y conceptos jurídicos sustanciales usados en el arbitraje comercial internacional,⁴⁶ sin embargo, también advirtió sobre el uso de principios del derecho internacional público.⁴⁷ Sin caracterizar expresamente el arbitraje de inversión, en su razonamiento enfatizó la relación de las partes en la controversia, argumentando que una parte privada –el inversionista– estaba en una situación de desventaja frente a un gobierno que puede abusar de su papel como soberano.⁴⁸ Con base en lo anterior el árbitro Thomas Wälde justificó el siguiente proceder:

- formuló una interpretación más favorable para el inversionista, algo así como un principio de interpretación pro-inversionista;⁴⁹

⁴⁴ Duncan Kennedy, “Stages of the Decline of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (June 1, 1982), p. 1349.

⁴⁵ Ver Capítulo II, Sección 2.1, Naturaleza jurídica del arbitraje en materia de inversiones.

⁴⁶ *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Opinión separada de Thomas Wälde, 1 de diciembre de 2005, párrafo 13.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 14.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafos 4 y 12.

- rechazó aplicar principios derivados del arbitraje comercial internacional;⁵⁰
- sugirió aplicar con cautela los principios del DIP de manera rígida;⁵¹ y
- rechazó asignar costos judiciales a la parte perdedora del arbitraje.⁵²

Todas esas aseveraciones se basaron principalmente en su percepción sobre el arbitraje del Capítulo XI del TLCAN:

Mi discrepancia se basa en la diferente gravitación que debe darse a ese principio en el contexto especial de un tratado de promoción y protección de inversiones que protege intereses diferentes de los que están presentes en una relación comercial ordinaria con dos partes privadas iguales. El arbitraje comercial es un mecanismo apropiado para resolver las controversias entre partes iguales, en pie de igualdad, sin que sea necesario conceder una protección específica a una de las partes; sus reglas, incluidas las de *caveat emptor* y el principio de la debida diligencia, están profundamente arraigadas en el contexto ideológico propio del arbitraje comercial. Por el contrario, el derecho de las inversiones internacionales está destinado a promover inversiones extranjeras brindando protección efectiva a inversionistas extranjeros expuestos, en una situación de relativa debilidad, al riesgo político y regulatorio de un país extranjero. Los principales principios en que se basa el TLCAN (Preámbulo, Artículo 102), tal como han sido expuestos por la jurisprudencia autorizada más reciente de tribunales arbitrales, requieren que en caso de duda el riesgo de ambigüedad de una garantía gubernamental recaiga en mayor medida sobre el gobierno que sobre el inversionista extranjero, y establecen que el gobierno está sujeto a criterios más severos de transparencia y responsabilidad para que su interrelación con los inversionistas extranjeros sea clara y coherente. Si resulta manifiesto y evidente que las comunicaciones oficiales generan confusión o errores de interpretación en el inversionista extranjero, el gobierno es responsable de aclarar su posición en forma proactiva. El gobierno no puede basarse en sus propias comunicaciones ambiguas, en que el inversionista extranjero haya podido basarse justificadamente y en que de hecho se haya basado, para luego retractarse y dejarlas sin efecto, especialmente en situaciones de cambio de gobierno.⁵³

Contrario a la sugerencia del árbitro disidente en el caso *Thunderbird c. México*, en *Glamis Gold c. Estados Unidos*, el Tribunal caracterizó de forma ambivalente el mecanismo de solución de diferencias del TLCAN, señalando que es un sistema público de protección de inversión privada que requiere un mínimo de conciencia por parte de los tribunales para preservar la integridad del sistema.⁵⁴ Dicha controversia involucró una serie de reclamaciones relativas a determinadas conductas del gobierno federal y estatal de California referentes a las operaciones mineras a cielo abierto, que de acuerdo a la Demandante resultaron en daños a una mina de oro propuesta en

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 13.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 14.

⁵² *Ibidem*, párrafo 128.

⁵³ *Ibidem*, párrafo 4.

⁵⁴ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 8 June 2009, párrafo 5.

Condado Imperial, California.⁵⁵ Después de la caracterización del mecanismo de solución de diferencias del Capítulo XI del TLCAN , el Tribunal estableció que su mandato se regiría a la conforme a los siguientes principios:

- (i) la decisión se limitaría a los temas presentados en la diferencia;
- (ii) el análisis de los *amicus curiae* presentados, considerando que las partes aceptaron la presentación de éstos;
- (iii) el brindar razonamientos detallados de su decisión;
- (iv) la emisión de sus conclusiones de manera sucinta; y
- (v) el establecer las razones para apartarse de criterios de casos anteriores cuando ello ocurra.

Por otra parte, en *Methanex c. Estados Unidos*, el Tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre el carácter de los procedimientos inversionista-Estado conforme al TLCAN para los propósitos de la aplicación de una disposición de EE. UU. relativa a la exhibición de documentos. En efecto, la Demandante se basó en la normativa estadounidense⁵⁶ para indicar al Tribunal que éste podía solicitar a las cortes de EE. UU. asistencia para solicitar la exhibición de ciertos documentos.⁵⁷

Dicha disposición señala lo siguiente:

El Tribunal de Distrito del distrito en el que reside o se encuentra una persona puede ordenarle que brinde su testimonio o declaración o que presente un documento u otra cosa para su uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional [...]. Se puede dictar la orden de conformidad con una carta rogatoria emitida o solicitada por un tribunal extranjero o internacional o mediante la solicitud de una persona interesada y puede solicitar que se presente un testimonio o declaración, o el documento u otra cosa presentada, ante una persona designada por el tribunal.⁵⁸

Conforme a la referida disposición, el Tribunal señaló que no se pronunciaría sobre si el arbitraje conforme al mecanismo del Capítulo XI calificaba como un tribunal internacional:

Las dificultades sobre la interpretación del Título 28 del Código de EE. UU. Sección 1782 han sido bien conocidas por los eruditos legales y los profesionales en el campo del arbitraje transnacional. Parece que un tribunal de arbitraje comercial internacional con sede fuera de los EE. UU. no es un “tribunal internacional” en el sentido del estatuto, y mucho menos un tribunal

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 10.

⁵⁶ Título 28 del Código de EE. UU., Sección 1728 relativa a la “Asistencia a tribunales extranjeros e internacionales y litigantes ante tales tribunales”.

⁵⁷ Para un análisis detallado sobre la exhibición de documentos conforme a la legislación de EE. UU. y su distinción con el arbitraje comercial internacional y el arbitraje internacional de inversión, ver S. I. Strong, “Discovery Under 28 U.S.C. §1782: Distinguishing International Commercial Arbitration and International Investment Arbitration”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, May 6, 2013).

de arbitraje de los EE. UU., y si este Tribunal está en uno u otro lado de la línea es quizás una pregunta difícil. La redacción de esta legislación no requiere que una solicitud de una persona interesada (como Methanex en el presente caso) tenga la aprobación de un tribunal. No obstante, aunque Methanex sostuvo que su solicitud ante el (los) Tribunal (s) de distrito de los EE. UU. no necesitaría ninguna orden de apoyo del Tribunal, deseaba evitar cualquier disputa.⁵⁹

Al final, el Tribunal coincidió con la Demandante en el sentido que dicha disposición no requería su intervención para apoyar la solicitud.⁶⁰

En *Mercer International c. Canadá*, el árbitro disidente Francisco Orrego Vicuña señaló que el artículo 1116 y 1117 que abordan el término de 3 años para presentar una reclamación en el TLCAN, debía interpretarse a favor del inversionista en caso de duda. Es decir, adoptó un enfoque pro-inversionista similar al de Thomas Wälde en *Thunderbird c. México*, explicado *supra*. No obstante, a diferencia del árbitro disidente Wälde, el árbitro Orrego-Vicuña justificó su proceder aparentemente en un principio de derecho civil (de contratos) dada la divergencia existente sobre el tema en el derecho internacional y el derecho de las inversiones.⁶¹

De los casos anteriores se desprende la importancia de clasificar el arbitraje de inversión dentro de lo público o lo privado para efectos normativos e interpretativos. Adicionalmente, también resulta evidente que en el arbitraje inversionista-Estado conforme al Capítulo XI del TLCAN, nos encontramos frente a una institución *sui generis* o híbrida cuyo funcionamiento se basa en reglas particulares y distintas del grueso del DII.

3.3.2 La intervención de terceras partes en el TLCAN

En el TLCAN, la participación de las Partes que no están involucradas en la controversia se rige por el artículo 1128. Dicha disposición establece:

Artículo 1128: Participación de una Parte

⁵⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Partial Award, 7 August 2002, párrafo 4.

⁶⁰ [...] el Tribunal declaró que sería apropiado tratar la Solicitud en la próxima reunión de procedimiento, que se fijará más tarde para el 31 de marzo de 2003. También señaló: "... que, de manera procesal, Methanex podría presentar cualquier solicitud a los tribunales de distrito de los EE. UU. pertinentes" conforme al Título 28 del Código de EE. UU., Sección 1782 sin esperar esa reunión de primavera (o cualquier otro alegato u otro material de los EE. UU.)". *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Partial Award, 7 August 2002, párrafo 6.

⁶¹ "En caso de duda, el Tribunal debería haber optado por una interpretación más favorable para la Demandante. Aunque, la tendencia en la vasta literatura y jurisprudencia disponible tanto en el derecho internacional como en el derecho sobre tratados de inversión es variada, no obstante, es claro que el tiempo solo comienza a contar en el momento en que existe una obligación firme por parte de la Demandada, que en este caso de hecho, era diferente de la fecha de ejecución del contrato". *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 March 2018, párrafo 6.67.

Previa notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado.

Nótese que, en el marco de otros mecanismos de solución de diferencias como el de la OMC, la participación de terceras partes en las consultas o en el procedimiento ante un grupo especial se sujeta a la demostración de un “interés comercial sustancial”⁶² o un “interés sustancial”⁶³ respectivamente. En el TLCAN no se requiere cumplir con dichos umbrales. A pesar de ello, en *Metalclad c. México* –una de las primeras controversias en el TLCAN–, el Tribunal enfatizó la intervención de las otras Partes (Canadá y EE. UU.) aclarando que ninguna de ellas tenía un interés comercial específico en la controversia.⁶⁴ Otra vez, el TLCAN no requiere tal interés y la referencia a éste resulta jurídicamente insostenible. Lo anterior dado que el objetivo de la intervención de las Partes no contendientes es muy amplio y parece justificarse con base en un interés sistémico del mecanismo del Capítulo XI del TLCAN, tal como se desprende del artículo 1128 de dicho tratado.

Aunque el Tribunal no hizo referencia a la dicotomía público/privado, soberano/comercial o *iure imperii e iure gestionis*, destaca la alusión del Tribunal al concepto de interés “comercial” en el procedimiento para justificar de alguna manera la intervención neutra y quizás objetiva de las otras Partes. El hecho de que el Tribunal hubiera sido omiso en calificar como “comercial” el interés en juego las Partes no contendientes, en nada cambiaba la posibilidad de que EE. UU. y Canadá participarán en el procedimiento. Incluso, su participación podría haberse justificado con mayor disuasión si ésta se tildara como soberana, *i.e.*, que ésta tenía fundamento en el propio TLCAN, el cual, reflejaba su voluntad “soberana” de hacer facultativa su participación en las controversias del Capítulo XI. En cualquier caso, en esta subsección se pone de manifiesto la importancia argumentativa de hacer uso de los términos público o privado, así como de sus análogos (soberano/comercial).

3.3.3 Cuestiones preliminares sobre jurisdicción en el TLCAN

Retomando la sugerencia de los árbitros disidentes en los casos *Thunderbird c. México* y *Mercer International c. Canadá* en el sentido de interpretar a favor de las Demandantes las disposiciones

⁶² Ver párrafo 11 del artículo 4 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias (ESD). Disponible en: portada / documentos / textos jurídicos / solución de diferencias https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm. Última visita el 6 de marzo de 2019.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 2 del artículo 10 del ESD.

⁶⁴ *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, párrafos 24 y 27.

del TLCAN, en el caso *Ethyl c. Canadá* se rechazó una proposición opuesta consistente en interpretar de forma más limitada las obligaciones a cargo de los países. En ese diferendo Canadá solicitó al Tribunal interpretar de manera restringida cualquier limitación a la soberanía del país en caso de duda. El Tribunal rehusó proceder conforme a la solicitud de Canadá. Así, al pronunciarse sobre la jurisdicción del caso y previa referencia al derecho aplicable conforme al TLCAN –artículo 1131–, la CVDT –artículos 31 y 32–, así como a la normativa de arbitraje CNUDMI en materia de jurisdicción⁶⁵ –artículo 21.4–, enfatizó su negativa a la proposición de Canadá en los siguientes términos:

El Tribunal considera apropiado, en primer lugar, prescindir de cualquier idea de que la Sección B del Capítulo XI debe interpretarse estrictamente. “La antigua idea de que en caso de duda una limitación de la soberanía debe interpretarse de manera restrictiva” ha sido desplazada desde hace mucho tiempo por los artículos 31 32 de la Convención de Viena.⁶⁶

Si bien en este caso tampoco se invocó la distinción entre actos soberanos *vis-à-vis* actos comerciales, resulta interesante identificar cómo la aplicación del concepto mismo de soberanía implica un fuerte ingrediente argumentativo, el cual, el Tribunal no acepto endosar. De hecho, la noción referida por el Tribunal sobre la interpretación restrictiva a las limitaciones de soberanía deriva del caso *Wimbledon* –primer caso ante la CPJ en 1923–. En esa controversia Alemania indicó que la servidumbre de paso a través del Canal Kiel derivado del artículo 380 del Tratado de Versalles debía interpretarse y construirse de forma limitada de manera que no afectara sus derechos de neutralidad en un conflicto armado ya que forman parte esencial de su soberanía. Al respecto, la CPJ indicó:

La Corte se niega a ver en la conclusión de cualquier Tratado por el cual un Estado se compromete a realizar o abstenerse de realizar un acto particular un abandono de su soberanía. Sin duda, cualquier convención que crea una obligación de este tipo impone una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que requiere que se ejerzan de cierta manera. Pero el derecho de entrar en compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado.⁶⁷

⁶⁵ *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 24 June 1998, párrafos 50, 51 y 54.

⁶⁶ *Ibidem*, párrafo 55.

⁶⁷ Permanent Court of Justice, *S.S. “Wimbledon”*, Judgment of 17 August 1923, Series A: Collection of Judgments (1923-1930), p. 25.

Como lo ha manifestado Crawford, “un argumento de soberanía fue evadido por un llamado a la soberanía”.⁶⁸ En materia de inversiones también nos encontramos con afirmaciones similares a las del caso *Wimbledon*. Por ejemplo, en *Clayton y Bilcon c. Canadá*, el Tribunal, al analizar la reclamación del artículo 1105 relativa al estándar de NMT, reconoció que los propios Estados han aceptado imponerse obligaciones para limitar su actuar de forma consistente con el NMT conforme al derecho internacional consuetudinario:

Al mismo tiempo, el estándar mínimo internacional existe y ha evolucionado en la dirección de una mayor protección de los inversores precisamente porque los estados soberanos, los mismos que están restringidos por el estándar, han optado por aceptarlo. Los estados han concluido que la norma protege a sus propios nacionales en otros países y alienta la entrada de visitantes y la inversión.⁶⁹

Otro ejemplo en el que se muestra la fuerza argumentativa de los términos Estado y soberanía se manifiesta en el caso *Canfor c. Estados Unidos*. Dicha controversia versó sobre una serie de reclamaciones relativas al pago de derechos compensatorios y antidumping impuestos por EE. UU. en contra de productos canadienses de madera blanda. Las Demandantes impugnaron actuaciones de las autoridades encargadas de las investigaciones en materia de remedios comerciales, sin embargo, EE. UU. objetó la jurisdicción del Tribunal señalando que dichas cuestiones eran abordadas dentro del ámbito del Capítulo XIX de TLCAN y no del Capítulo XI. Uno de los argumentos de EE. UU. fue que las partes excluyeron las cuestiones sobre remedios comerciales del alcance de los procedimientos de solución de diferencias Estado-Estado conforme al Capítulo XX. En consecuencia, de acuerdo a la Demandada era inconcebible que esas mismas cuestiones pudieran ser incluidas en un procedimiento inversionista-Estado que involucra la participación de partes privadas. El análisis del Tribunal fue el siguiente:

En la opinión del Tribunal, hay cierta fuerza en el argumento de que no tendría sentido que el TLCAN prohibiera a las Partes del TLCAN buscar la resolución de controversias Estado-Estado relativas a las leyes de derechos antidumping y compensatorios de una Parte fuera del Capítulo XIX, pero otorgar a las Demandantes privadas el privilegio de hacerlo conforme al Capítulo XI. Sin embargo, si bien los Estados Partes fueron específicos con la exclusión con respecto a la solución de controversias Estado-Estado, el Capítulo XI no tiene la correspondiente exclusión expresa correspondiente a los asuntos del Capítulo XIX. Los artículos 1108 y 1138 establecen una serie de excepciones y exclusiones, pero el Capítulo XIX está claramente ausente en esa lista. Por lo tanto, el Tribunal no considera que el primer

⁶⁸ James Crawford, “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, *Arbitration International* 24, no. 3 (September 1) 2008, p. 354.

⁶⁹ *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, párrafo 438.

argumento de los EE. UU. sea convincente en la medida en que se basa únicamente en el Artículo 2004. Por otro lado, como se verá más adelante, todas las restricciones y excepciones con respecto al Capítulo XI no se establecen únicamente en dicho capítulo, sino que se encuentran en otros Capítulos del TLCAN.⁷⁰

Si bien el tribunal rechazó el argumento de la Demandada –después de haber dedicado un extenso análisis interpretativo sobre el punto–, al final aceptó declinar jurisdicción con base en la interpretación del párrafo 3 del artículo 1901 del TLCAN.⁷¹

Lo anterior demuestra que un argumento cobra fuerza cuando se utilizan ciertos términos como herramientas para derivar determinadas conclusiones. El recurrir a instrumentos interpretativos como analogías o argumentos por mayoría de razón como el que intentó utilizar EE. UU. en *Canfor c. Estados Unidos*, también ponen de manifiesto la importancia del uso de este tipo de recursos lingüísticos para efectos argumentativos. Bajo esta tesitura, en *Apotex III c. Estados Unidos*, el Tribunal al analizar una objeción de jurisdicción en materia de *res judicata*, enfatizó que existía interés “público y privado” de poner fin a la diferencia dado que ya se habían presentado anteriormente dos casos relacionadas con la disputa objeto de análisis.⁷² En esa controversia, el Tribunal rechazó apartarse del razonamiento de los tribunales anteriores que determinaron que las transacciones realizadas por la Demandante no calificaban como inversión conforme al artículo 1139 del TLCAN.⁷³

También en *Detroit International c. Canadá*, destaca la utilización de los términos comercial y soberano para calificar el carácter de la actuación del Estado. Esa diferencia versó sobre una ley aprobada por Canadá por la cual se confiere autoridad sobre la construcción, operación y propiedad de puentes internacionales. De acuerdo a la Demandante, la ley tuvo efectos sobre el Puente *Ambassador*, en el cual el inversionista tenía intereses. Aunque el artículo 1121 del TLCAN exige –como condición previa al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral– la renuncia a cualquier procedimiento respecto de la misma medida que tenga por objeto

⁷⁰ *Canfor Corporation and others v. United States of America*, UNCITRAL, Decision of Preliminary Question, 6 June 2006, párrafo 223.

⁷¹ A excepción del Artículo 2203, “Entrada en vigor”, ninguna disposición de otro capítulo de este Tratado se interpretará en el sentido de imponer obligaciones a las Partes con respecto a sus disposiciones jurídicas sobre cuotas antidumping y compensatorias. Ver Secretariado del TLCAN. Inicio/Textos jurídicos/Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Disponible en: <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-jur%C3%ADdicos/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte?mvid=1&secid=e1fad86-4937-4fd0-b4fd-b28d531d0aba#A1901>

⁷² *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, 25 August 2014, párrafo 7.59.

⁷³ *Ibidem*, párrafo 7.60.

el resarcimiento de daños, la Demandante argumentaba que los procedimientos que inició en EE. UU. en contra de dicho país y otras agencias, así como de Canadá (Litigio de Washington), no se referían a la misma medida. La Demandante caracterizó el análisis de la conducta de Canadá en dicho procedimiento como “comercial”, en tanto que la Demandada rechazó ese argumento indicando que la medida era la misma y se trataba de un acto soberano:

Canadá también rechaza la afirmación de Detroit International Bridge Company (“DIBC”) de que, si bien este arbitraje del TLCAN cuestiona las medidas legislativas y reglamentarias de Canadá, el litigio de Washington se dirige únicamente a la conducta comercial de Canadá como posible propietario, constructor y operador del Cruce internacional del río Detroit (“DRIC”). Canadá responde que el análisis ambiental del Cruce internacional del río Detroit fue un proceso conforme a la legislación canadiense y, por lo tanto, es una acción reguladora y legislativa. Es una prerrogativa soberana exclusiva de Canadá decidir dónde y bajo qué condiciones se construirá un puente en suelo canadiense.⁷⁴

El Tribunal no le dio importancia a la caracterización de la conducta de Canadá como “soberana” o “comercial” y constató que en el Litigio de Washington la Demandante solicitaba el resarcimiento de daños en contra de Canadá, lo cual, fue suficiente para que concluyera que carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre el caso.⁷⁵ En contraste, el árbitro disidente en *Mercer c. Canadá*, invocó y pretendió aplicar en el análisis legal la distinción entre actos *iure imperii* e *iure gestionis* para evaluar la conducta de Canadá. La controversia derivó de las supuestas fallas de ciertas agencias reguladoras de Canadá para implementar un trato uniforme a las plantas de celulosa y otros clientes con capacidad de producción de energía autogenerada. Asimismo, involucró la supuesta denegación de ciertos beneficios a la subsidiaria del inversionista que aparentemente fueron otorgados a sus competidores. La pregunta jurisdiccional del Tribunal era si las reclamaciones de la Demandante relacionadas con el Acuerdo de Compra de Electricidad de 2009 eran consideradas “compras del sector público” de la empresa estatal BC Hydro. De ser el caso, se encontrarían exceptuadas del TLCAN conforme al párrafo 7 del artículo 1108 del tratado.⁷⁶ De acuerdo a Orrego-Vicuña —el árbitro disidente—, a pesar de que la conducta de BC Hydro estaba investida de facultades gubernamentales, ello no implicaba que se tratara de una compra de

⁷⁴ *Detroit International Bridge Company v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-25, Award on Jurisdiction, 2 April 2015, párrafo 175.

⁷⁵ *Ibidem*, párrafos 314 y 320

⁷⁶ *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 March 2018, párrafo 6.58.

gobierno que excluyera la aplicación de los artículos 1102, 1103 y 1107 del TLCAN. En particular, el árbitro señaló lo siguiente:

Una primera discrepancia se refiere a la cuestión de las adquisiciones que se analiza en los párrafos 6.27 y subsecuentes. El Tribunal ha optado en el párrafo 6.58 del Laudo por dejar abierta la pregunta sobre la naturaleza de la autoridad de BC Hydro con respecto a la determinación de la Línea de Base del Generador (“*GBL*”) Celgar. No hay duda en la mente de este Árbitro sobre el hecho de que BC Hydro operaba para este propósito bajo una autoridad gubernamental delegada. Si bien en el argumento de Canadá éste es el ejercicio de compras del sector público, que como tal está excluido de la jurisdicción del TLCAN, la Demandante considera que la delegación de autoridad gubernamental es distinta de las compras del sector público y, por lo tanto, está dentro de la jurisdicción del Tribunal.

Una interpretación amplia de las compras del sector público tendría el efecto de transformar una disposición de exclusión en una cláusula de escape porque cualquier ejercicio de autoridad gubernamental, aunque sea indirecto, resultaría en la exclusión de la transacción involucrada de la jurisdicción del TLCAN bajo el concepto de compras del sector público. Esta no puede ser una interpretación razonable de un Tratado, ya que todas las obligaciones y compromisos desaparecerían como actividades de compras del sector público. BC Hydro operaba fuera de toda duda bajo la autoridad del gobierno canalizada a través de diferentes niveles de autoridades estatales, provinciales o locales. Esto no es una compra del sector público. Por lo tanto, la Demandada no puede evadir su responsabilidad por incumplimiento del Tratado. Esta discusión pone de relieve la distinción tradicional del derecho internacional entre “*jure gestionis*” y “*jure imperii*”. En el presente caso, la excepción de compras del sector público en virtud del primero no podría ser posible sin el segundo.⁷⁷

No estamos de acuerdo con el razonamiento del árbitro disidente. Si las Partes del TLCAN expresa y claramente decidieron excluir la aplicación de ciertas disposiciones con relación al tema de compras del sector público, no tiene sentido alguno intentar evaluar la conducta de la entidad objeto de análisis utilizando una distinción irrelevante, *i. e.* la distinción *iure imperii* e *iure gestionis* so pretexto de evadir las exclusiones. *Contrario sensu* a lo señalado por el árbitro, apartarse del sentido normal que implica una compra del sector público podría dar lugar a incluir en el alcance del TLCAN situaciones que explícitamente se deseaban excluir. Lo anterior iría en contra del principio interpretativo de *effet utile*.⁷⁸

3.3.4 La definición de inversionista en el TLCAN (*jurisdiction razione personae*)

⁷⁷ *Ibidem*, párrafos 6.64-6.65.

⁷⁸ “Una forma de interpretación de los tratados y otros instrumentos derivados del derecho administrativo francés que trata el objeto y el propósito de un tratado, así como el contexto [...]”. Disponible en: Oxford Reference. Subject, reference type. Disponible en: <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095743570>. Última vista el 6 de marzo de 2019.

Los artículos 1116 y 1117 del TLCAN permiten que un inversionista de una Parte presente por cuenta propia o en representación de una empresa una reclamación conforme al Capítulo XI del referido instrumento. La parte relevante de dichas disposiciones establece:

Artículo 1116. Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia

1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:

[...]

Artículo 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa

1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:

[...]

Por otra parte, el artículo 1139 del TLCAN define el término inversionista de una Parte de la siguiente manera:

inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión;

Aunque la determinación de si una persona física o jurídica califica como inversionista conforme al TLCAN no parece revestir mayor problema, los tribunales han tenido que lidiar con algunas cuestiones interpretativas que rebasan esta mera determinación. A guisa de ejemplo, si el inversionista debe tener la nacionalidad distinta del Estado demandado no solo cuando inicia la reclamación sino mantenerla a lo largo de todo el procedimiento y hasta la emisión del laudo final. Dicho tema conocido como nacionalidad continua fue abordado en *Loewen c. Estados Unidos*. En esa controversia las reclamaciones derivaron por aparentes malos tratos hacia la Demandante por parte de las cortes domésticas de EE. UU. en el curso de un litigio comercial. Para dar respuesta a la cuestión de si el inversionista canadiense podía proseguir con la reclamación después de haber reestructurado la empresa como una empresa americana, el Tribunal invocó lo que ocurriría conforme al derecho nacional, particularmente a través del derecho privado y cómo reaccionaría un abogado dedicado a esa materia.⁷⁹ Resulta interesante que aunque no se invocó expresamente el binomio público/privado, el Tribunal implícitamente lo empleó al rechazar aplicar principios de

⁷⁹ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on Jurisdiction, 5 January 2001, párrafos 231-233.

derecho privado a un mecanismo de derecho internacional en el que los derechos son originarios y pertenecen únicamente a los Estados. Al respecto el tribunal señaló:

Tal reacción, aunque comprensible, en nuestra opinión, estaría, totalmente fuera de lugar. Los derechos de acción en virtud del derecho privado surgen de obligaciones personales (aunque pueden ser debidas por o a un Estado) creadas por el derecho interno y ejecutables por cortes y tribunales nacionales. Los reclamos del TLCAN tienen un carácter bastante diferente, que se deriva de un rincón del derecho internacional público en el que, por tratado, el poder de los Estados bajo esa ley para tomar medidas internacionales para la corrección de los agravios cometidos a sus nacionales ha sido reemplazado por una definición ad hoc de ciertos tipos de agravio, junto con medios especializados de compensación. Estos medios son distintos y exclusivos de los recursos por actos ilícitos de derecho privado: véanse los artículos 1121, 1131, 2021 y 2022. Es cierto que algunos aspectos de la resolución de controversias que surgen en relación con el comercio internacional privado se importan al sistema TLCAN a través del Artículo 1120.1(c), y que el manejo de disputas dentro de ese sistema por profesionales con experiencia en el manejo de arbitrajes internacionales importantes ha tendido en la práctica a hacer que un arbitraje TLCAN parezca el proceso más familiar. Pero esta aparente semejanza es engañosa. Las dos formas de proceso y los derechos que imponen no tienen nada en común. No existe una garantía para transferir las reglas derivadas del derecho privado a un campo del derecho internacional donde las reclamantes tienen permiso para hacer cumplir los derechos de los Estados Parte. Para determinar los efectos de un cambio de titularidad, debemos hacerlo, no por analogías ineptas con las normas de derecho privado, sino por las palabras del Capítulo XI, leídas en el contexto del Tratado en su conjunto, y del propósito que se propone alcanzar.⁸⁰

De la cita anterior resulta notable no sólo la aplicación implícita de la bifurcación público/privado para validar la aplicación de principios y normas de un determinado ámbito, sino el razonamiento subyacente que parece desprenderse, a saber, que en la medida en la que el TLCAN es parte del DIP, no le resultan aplicables principios de derecho privado. Además, el argumento se refuerza cuando se establece sin más que los derechos son de los Estados y no de privados, quienes gozan de algunas prerrogativas por mera conveniencia de las Partes.

Otra vez, según las premisas de las que se parta, por ejemplo, el caracterizar o emplear ciertos términos, nos conducirán a determinadas conclusiones *ad hoc*. Dicha situación se ilustra en el caso *ADM c. México*, el cual tuvo que ver con el impuesto al jarabe de maíz de alta fructuosa que se adoptó como represalia a EE. UU. por su prohibición de acceso del azúcar mexicano a su mercado.⁸¹ El Tribunal en lugar de señalar que los derechos del Capítulo XI del TLCAN pertenecían a los inversionistas conforme a la teoría directa de derechos, expresó que éstos pertenecían a los Estados Partes del TLCAN. De hecho, clarificó que los inversionistas únicamente

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 233.

⁸¹ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007, párrafo 110.

poseen un derecho procedimental consistente en poder activar un arbitraje.⁸² El efecto jurídico de esta aseveración fue que el Tribunal concluyera que: 1) las contramedidas de México no se justificaban por una falta de proporcionalidad conforme al derecho consuetudinario internacional y 2) que las contramedidas no eran válidas por que no se adoptaron para inducir a EE. UU. al cumplimiento. Únicamente de manera residual el Tribunal consideró que las contramedidas no afectaron el derecho procedimental de las Demandantes.⁸³

En contrapartida, el Tribunal en *Corn Products c. México* consideró imperante determinar que los derechos del Capítulo XI del TLCAN eran del inversionista y como tal, éstos no podían verse afectados por las contramedidas de México. Al respecto, el Tribunal resaltó lo siguiente:

El Tribunal desea enfatizar que lo que se discute aquí no es si las contramedidas pueden evitar la ilicitud en el marco del TLCAN en general, sino sólo si pueden evitar la ilicitud contra un inversionista reclamante en virtud del Capítulo XI. Eso depende en gran medida de la naturaleza de los derechos y obligaciones que se derivan del Capítulo XI.

Es una característica bien establecida de la ley relativa a las contramedidas que una contramedida debe dirigirse contra el Estado que ha cometido el hecho ilícito anterior. Además, incluso si una contramedida se dirige contra ese Estado, si también implica una acción inconsistente con una obligación que el Estado que toma las contramedidas le debe a otra parte, la doctrina de las contramedidas no excluye la ilicitud de la medida en contra de esa otra parte.⁸⁴

La determinación anterior tuvo el efecto de impedir que los principios que rigen las contramedidas conforme al DIP, fueran aplicables o aceptadas por el Tribunal ya que éstas se dirigían a un ente privado, cuyos derechos no podían verse afectados por la conducta de su país.

Aunque los Tribunales en *Corn Products c. México* y *ADM c. México* llegaron a conclusiones similares, el razonamiento esgrimido fue completamente distinto. Para el primero los derechos del Capítulo XI del TLCAN sí son derechos individuales que pertenecen al inversionista, en tanto que, para el segundo los derechos corresponden al Estado y el inversionista únicamente posee un derecho procedimental. En *Corn Products c. México* las contramedidas interfirieron con el derecho del individuo por lo cual éstas no se justificaban. En *ADM c. México* las contramedidas no cumplieron con el examen legal de proporcionalidad.⁸⁵

Por otra parte, el Tribunal en *Cargill c. México* no estuvo de acuerdo con la determinación esgrimida por el Tribunal en *ADM c. México* relativa a que los derechos del Capítulo XI pertenecen

⁸² *Ibidem*, párrafo 173.

⁸³ *Ibidem*, párrafo 180.

⁸⁴ *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 15 de enero de 2008, párrafos 162-163.

⁸⁵ *Ibidem*, párrafos 160 y 180.

al Estado.⁸⁶ Sin embargo, prefirió no pronunciarse sobre si el inversionista tiene solo derechos procesales o sustantivos. Para ese Tribunal fue suficiente el hecho de que el inversionista era quien podía instituir una reclamación y ser caracterizado como parte en el procedimiento.⁸⁷ Precisamente conforme a dicho razonamiento, el Tribunal determinó que México a través de sus contramedidas no podía afectar las obligaciones debidas a los nacionales del Estado infractor.⁸⁸

Recordemos que en *Loewen c. Estados Unidos*, el Tribunal rechazó recurrir a principios de derecho privado argumentando que los derechos del TLCAN pertenecían a los Estados. En contrapartida, en *Corn Products c. México* se rechazó el argumento de México sobre las contramedidas argumentando precisamente que los derechos del Capítulo XI correspondían a los inversionistas. Esta ambivalencia demuestra la importancia de utilizar ciertos términos o herramientas interpretativas para dirigir un razonamiento hacia una determinada conclusión. Este Capítulo III tiene precisamente por objetivo determinar en qué medida la bifurcación público/privado ha sido empleada como instrumento interpretativo en el TLCAN.

Con base en el análisis de los casos del TLCAN –y contrario a lo acontecido en otras diferencias al amparo de TBI–, los tribunales han prescindido de recurrir al uso de la dicotomía público/privado al interpretar la definición de inversionista. Por lo tanto, también resulta inaplicable emplear la metodología de las etapas por las que atraviesa la distinción público/privado según Duncan Kennedy.

3.3.5 La definición de inversión en el TLCAN (jurisdicción *ratione materiae*)

El artículo 1139 del TLCAN establece la definición de inversión en los siguientes términos:

inversión significa;

- (a) una empresa;
- (b) acciones de una empresa;
- (c) instrumentos de deuda de una empresa:
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (d) un préstamo a una empresa,
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o

⁸⁶ *Cargill, Incorporated c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párrafo 424.

⁸⁷ *Ibidem*, párrafo 426.

⁸⁸ *Ibidem*, párrafo 422.

- (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);
- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:
 - (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;
 pero inversión no significa:
 - (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
 - (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o
 - (j) cualquier otra reclamación pecuniaria;
 que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h);

Como se deriva de la definición, en ésta se establece de forma exhaustiva una lista cerrada de activos que califican como inversión, así como un par de exclusiones de los activos que no se consideran una inversión. El enfoque seguido por el TLCAN se basa en el término “empresa”, es decir, identifica una serie de activos con relación a este tipo de entidades.⁸⁹ Justamente, en el artículo 201 del TLCAN se define el término empresas de la siguiente forma: “cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (“*partnerships*”), empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones”. Así, los elementos de la definición de inversión del TLCAN son los siguientes:

- se trata de una lista cerrada o exhaustiva;
- se basa en un enfoque descriptivo de los activos relacionándolos con el término

⁸⁹ APEC Committee on Trade and Investment, Investment Experts Group, International Investment Agreements Negotiators Handbook: APEC/UNCTAD MODULES, December 2012, p. 15. Disponible en: https://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_APEC%20Handbook.pdf. Última visita el 6 de marzo de 2019.

- empresa; y
- excluye ciertas transacciones del alcance de la definición.

Los Tribunales del TLCAN han coincidido con estos elementos e incluso enfatizado el carácter especial de la definición de inversión en el TLCAN contrastándola con la definición del CIADI y de los TBI.⁹⁰

En *Grand River c. Estados Unidos*, el Tribunal rechazó que existiera una inversión en la forma de una empresa en los términos prescritos por el TLCAN, entendiendo por ésta una entidad constituida conforme a la legislación aplicable, o alguna otra inversión en los términos descritos en el artículo 1139 del tratado.⁹¹ Dicha controversia implicó reclamaciones derivadas de un acuerdo de conciliación entre el Fiscal General de varios estados y las principales compañías tabacaleras cuyo objetivo era resolver un litigio entre varios estados y los fabricantes de cigarros en territorio estadounidense. Además, también era objeto de análisis una ley que implementaba dicho acuerdo. El Tribunal rechazó tener jurisdicción debido a que no existía una inversión. Éste razonó que “si la supuesta empresa no hizo negocios en las tierras de la reserva de Seneca Nation dentro de Nueva York y, si Grand River no hizo negocios de otra manera en los EE. UU. como lo indicó el Sr. Hill, la implicación parece ser que la empresa reclamante realizó su negocio en Canadá, planteando cuestiones jurisdiccionales”.⁹²

En *Canadian Cattlemen c. Estados Unidos* el Tribunal arbitral también tuvo que determinar si tenía jurisdicción *ratione materiae* para resolver la controversia. El caso versó sobre reclamaciones en contra de la prohibición de EE. UU. a la importación de ganado y carne canadiense por cuestiones sanitarias como consecuencia del brote de la enfermedad de la vaca loca en Canadá. El Tribunal determinó que no tenía jurisdicción para considerar las reclamaciones de la Demandante dado que “todas las inversiones de las Demandantes en cuestión están ubicadas en la parte canadiense del Área de Libre Comercio de América del Norte contrario a los artículos 1116 y 1117 del TLCAN”.⁹³ Además, también consideró que “las Demandantes no pretenden realizar, no están realizando y no han realizado ninguna inversión en el territorio estadounidense”.⁹⁴

⁹⁰ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, párrafos 81-82.

⁹¹ *Ibidem*, párrafo 122.

⁹² *Ibidem*, párrafo 105.

⁹³ *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 January 2008, párrafo 233.

⁹⁴ *Idem*.

En *Bayview c. México* se presentó una situación similar a las descritas anteriormente. La diferencia involucró reclamaciones de varios distritos de riego y personas que alegaron una supuesta afectación a sus derechos sobre el agua del Río Bravo derivado de una aparente captura, incautación y desviación por parte de México. El Tribunal rechazó considerar a las Demandantes como inversionistas extranjeros en México argumentando que en su opinión “es bastante claro que el Capítulo XI del TLCAN no tenía la intención de proporcionar protecciones sustantivas o derechos de acción a los inversionistas cuyas inversiones se limitan totalmente a sus propios Estados nacionales, en circunstancias en las que esas inversiones pueden verse afectadas por medidas adoptadas por otro Estado parte del TLCAN”.⁹⁵

En *Vito G. Gallo c. Canadá*, la Demandante presentó una reclamación en representación de una empresa, propietaria de una antigua mina de mineral de hierro a cielo abierto, la cual, se destinaría a ser un relleno sanitario de residuos domésticos y comerciales no peligrosos. La Demandante alegó violaciones al TLCAN derivado de la promulgación de la Ley 49 por la cual se prohibía la eliminación de los desechos en el sitio donde se encontraba la mina. El Tribunal declinó tener jurisdicción reconociendo la tensión existente entre la solicitud de la Demandante de expandir la protección del tratado a estructuras de inversión sustancialmente nacionales y la obligación del Tribunal de aplicar los términos del tratado con el ámbito de aplicación acordado por las Partes del TLCAN.⁹⁶ Asimismo, justificó su actuación conforme al siguiente razonamiento:

Dado que el objetivo declarado de los tratados de inversión es estimular los flujos de capital privado hacia las economías de los estados contratantes, la reclamante en cualquier arbitraje de inversión debe probar que es un inversionista extranjero protegido, que en el momento pertinente posee o controla una inversión. en el país anfitrión. Y el Sr. Gallo sólo lo ha logrado parcialmente: ha demostrado que es ciudadano estadounidense, pero no ha logrado reunir pruebas convincentes de que en el momento de la promulgación de la Adams Mine Lake Act (AMLA) era el propietario de la Empresa. En estas circunstancias, el acceso al nivel adicional de protección otorgado por el TLCAN no puede estar disponible, y la Demandante y la Empresa deben recurrir a los recursos generales disponibles para los inversores en virtud de la legislación canadiense en general y en virtud de la AMLA en particular.⁹⁷

En *Apotex c. Estados Unidos I*, el inversionista tuvo dificultades para identificar específicamente dentro de cuál de los incisos de la definición del artículo 1139 del TLCAN se ubicaba la supuesta

⁹⁵ *Bayview Irrigation District and others c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1, Laudo, 19 de junio de 2007, párrafo 103.

⁹⁶ *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, PCA Case No. 55798, Award (Redacted), 15 September 2011, párrafo 333.

⁹⁷ *Ibidem*, párrafo 336.

inversión que había realizado.⁹⁸ De acuerdo a la Demandante su inversión consistía en la compra de materias primas e ingredientes en EE. UU., así como en la designación de un agente y distribuidor en dicho país.⁹⁹ Al ser cuestionado sobre los intereses de su inversión que derivaron de esas supuestas inversiones, la Demandante señaló que “los “intereses” de inversión de Apotex se encuentran en la presentación, el mantenimiento y la utilización de sus solicitudes abreviadas de nuevos medicamentos (“ANDA”) de sertralina y pravastatina. Además, también indicó que sus intereses de inversión implicaban lograr un beneficio económico de la comercialización y venta de los productos sujetos a dichas ANDA en territorio estadounidense.¹⁰⁰ El Tribunal caracterizó ambas transacciones como meros contratos comerciales para la prestación de bienes¹⁰¹ y servicios¹⁰² y concluyó que “habiendo considerado cuidadosamente todo el registro de este caso, el Tribunal deja claro que ninguna de las caracterizaciones de Apotex de su supuesta “inversión” cumple con los requisitos del Artículo 1139 del TLCAN, ya sea que se consideren por separado o en conjunto”.¹⁰³

Todos los casos antes referidos confirman que los tribunales establecidos conforme al TLCAN no han empleado la dicotomía público/privado en la determinación de la jurisdicción *ratione materiae*. Es decir, contrario a otros tribunales en el marco de TBI, los tribunales del TLCAN han prescindido de invocar y usar la división público/privado en sus análisis para determinar la existencia de una inversión. Debido a lo anterior, también resulta innecesario utilizar la herramienta metodológica de Duncan Kennedy sobre las etapas que atraviesa la distinción público/privado en el Derecho.

3.3.6 Consecuencias jurídicas del incumplimiento de un contrato *vis-à-vis* la violación del TLCAN

De una revisión detallada de los casos ventilados en marco del Capítulo XI del TLCAN, resulta interesante que la sempiterna discusión sobre la diferenciación entre incumplimientos contractuales y violaciones de tratado de los tribunales derivados de TBI, no ha tenido mayor relevancia o

⁹⁸ *Apotex Inc. v. United States*, ICSID Case No. UNCT/10/2, Award on Jurisdiction and Admissibility, 14 June 2013, párrafo 151.

⁹⁹ “(a) la formulación, desarrollo y fabricación de productos farmacéuticos genéricos aprobados para la venta en los Estados Unidos; (b) la preparación de las ANDA para su archivo en los Estados Unidos, incluidos todos los esfuerzos y gastos que esto conlleva, y las ANDA resultantes”. *Ibidem*, párrafo 157.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párrafo 235.

¹⁰¹ *Ibidem*, párrafo 239.

¹⁰² *Ibidem*, párrafo 236.

¹⁰³ *Ibidem*, párrafo 158.

trascendencia en el TLCAN. Lo anterior se puede explicar debido a que la jurisdicción de un tribunal conforme a los artículos 1116 y 1117 del TLCAN¹⁰⁴ se basa esencialmente en violaciones a la Sección A del Capítulo XI.¹⁰⁵

A menos que el incumplimiento de un contrato implique la violación de una de las disposiciones sustantivas del TLCAN –lo cual implica alcanzar un umbral particularmente alto–, es improbable que una reclamación por violaciones meramente contractuales tenga éxito. Nótese que en *Waste Management c. México II* uno de los árbitros fue James Crawford, autoridad en el área del DIP y quien ha abordado el tema sobre la distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones de contrato. Crawford ha coincidido precisamente en que la violación de un contrato no implica *per se* la violación de un tratado, aunque puede darse el caso de que ello ocurra, siempre que la conducta alcance el estándar de violación de una disposición del tratado.¹⁰⁶ El razonamiento del Tribunal en *Waste Management c. México II* para rechazar las reclamaciones de carácter contractual fue el siguiente:

A efecto de lo que aquí nos atañe, basta con decir que aun la falta persistente del pago de deudas por parte de un municipio no puede equipararse a una violación del Artículo 1105, siempre que no sea un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción y siempre que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema. En el caso que nos ocupa, la falta de pago puede explicarse, aunque no justificarse, por la crisis financiera que implicó que en ciertos momentos claves el Municipio apenas pudiese pagar los sueldos de su propia nómina. No hay pruebas de que haya estado motivada por prejuicios sectoriales o locales. [...] la disponibilidad de recursos internos para un inversionista que se enfrenta a violaciones contractuales es, no obstante, pertinente para responder a la pregunta sobre si el Estado ha cumplido o no con el estándar del Artículo 1105(1). Si así no fuese, el Capítulo XI se convertiría en un mecanismo de igual recurso para cobranza de deudas y fines análogos relacionados con todos los contratos públicos (incluidos los municipales), lo cual no parece corresponder a su propósito. Por estas razones, el Tribunal no está convencido de que los incumplimientos de contrato por parte del Ayuntamiento sean equivalentes a violaciones del Artículo 1105(1) del TLCAN.¹⁰⁷

¹⁰⁴ La jurisdicción de los tribunales del TLCAN también se extiende a violaciones del párrafo 2 del artículo 1503, “Empresas del Estado”; del párrafo 3(a) del Artículo 1502, “Monopolios y empresas del Estado”, cuando dichas entidades han actuado de manera incompatible precisamente con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A.

¹⁰⁵ *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 January 2008, párrafo, párrafo 42.

¹⁰⁶ La responsabilidad del incumplimiento del tratado es conceptualmente distinta de la responsabilidad del incumplimiento del contrato, pero este último puede, según el contexto, implicar o implicar al primero. Crawford, *op. cit.*, p. 358.

¹⁰⁷ *Waste Management Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo, 26 de junio de 2002, párrafos 115-117.

Del razonamiento esgrimido por el Tribunal resalta la ausencia de la separación público/privado de las actuaciones del Estado. Lo anterior puede explicarse precisamente por la reticencia que el árbitro Crawford ha manifestado respecto de la utilización de dicha dicotomía, la cual, puede producir resultados arbitrarios.¹⁰⁸ Dado que del análisis de casos del TLCAN se evidencia una clara ausencia del uso de la bifurcación público/privado en el tema de “reclamaciones contractuales *vis-à-vis* incumplimientos de tratado”, también se prescinde de recurrir al empleo de la metodología de las etapas por las que atraviesa la división público/privado en el Derecho según Duncan Kennedy.

3.3.7 La irrelevancia de la cláusula paraguas en el TLCAN

A diferencia del TCE y otros TBI, el TLCAN no prevé una cláusula paraguas. Esto fue enfatizado por el Tribunal en *Waste Management c. México II* al evaluar la base legal de la reclamación de la Demandante conforme al TLCAN:

El Tribunal comienza observando que —a diferencia de muchos tratados de inversión bilaterales y regionales— el Capítulo XI del TLCAN no otorga jurisdicción en relación con las violaciones de contratos de inversión, como es el Título de Concesión. Tampoco contiene una “cláusula de protección general” [cláusula paraguas] que obligue al Estado receptor a cumplir con sus compromisos contractuales. Esto no significa que el Tribunal no tenga competencia para entender o interpretar el contrato. Pero tal competencia es de naturaleza incidental y siempre es necesario que una Demandante esgrima como causa de su demanda una reclamación fundada en una de las cláusulas sustantivas del TLCAN mencionada en los Artículos 1116 y 1117. Más aún, aunque la conducta (por ejemplo, una expropiación) implique, al mismo tiempo, una violación de las normas del TLCAN y un incumplimiento contractual, las dos categorías se mantienen separadas. Incluso en relación con el Artículo 1105, aunque sea pertinente demostrar que una conducta en particular del Estado receptor contradujo los acuerdos o entendimientos alcanzados en el momento en que se produce la inversión, aún es necesario probar que tal conducta constituyó una violación de las normas sustantivas consagradas en el Artículo 1105. No basta con demostrar que fue una violación contractual.¹⁰⁹

En *Azinian c. México* —uno de los primeros tribunales al amparo del Capítulo XI del TLCAN—, se muestra la negativa del Tribunal en aceptar que una reclamación por incumplimientos meramente contractuales constituye violación del TLCAN. La referida disputa involucró justamente la cancelación de un contrato de concesión relativo a la recolección de residuos comerciales e industriales. Las Demandantes tenían participación en la empresa que era parte del contrato con el

¹⁰⁸ Crawford, *op. cit.*, p. 368.

¹⁰⁹ *Waste Management Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo, 26 de junio de 2002, párrafo 73.

ayuntamiento de Naucalpan. En este sentido, el Tribunal consideró que “un inversionista extranjero con derecho en principio a la protección bajo el TLCAN puede establecer relaciones contractuales con una autoridad pública, y puede sufrir una violación por parte de esa autoridad, y *aun así no estar en condiciones de presentar una reclamación conforme al TLCAN*”.¹¹⁰ De esta manera, el Tribunal rechazó las reclamaciones de la Demandante señalando que no tenía jurisdicción con relación a reclamaciones meramente contractuales:

El problema es que la queja fundamental de las Demandantes es que son víctimas de un incumplimiento del Contrato de Concesión. Sin embargo, el TLCAN no permite que los inversionistas busquen un arbitraje internacional por meras violaciones contractuales. De hecho, el TLCAN no puede interpretarse para crear un régimen de este tipo, que habría elevado una multitud de transacciones ordinarias con autoridades públicas a posibles disputas internacionales. *Las Demandantes simplemente no pudieron prevalecer simplemente persuadiendo al Tribunal Arbitral de que el Ayuntamiento de Naucalpan violó el Contrato de Concesión*.¹¹¹

La exclusión de reclamaciones contractuales, o en su caso, el análisis precautorio de éstas también fue reconocido en *Merril & Ring c. Canadá*. El mencionado diferendo involucró reclamaciones en contra de la implementación del régimen de exportación de troncos canadienses a las operaciones de madera en la Columbia Británica y el requisito de sujetar sus exportaciones a un procedimiento de prueba de excedentes. La Demandante consideró que dichas medidas habían tenido como consecuencia la expropiación de su inversión. Al respecto, el Tribunal determinó:

La primera pregunta que el Tribunal debe decidir es si la reclamación del Inversionista sobre la expropiación se relaciona con una inversión tal como se define en el tratado del TLCAN. El Capítulo XI del TLCAN contiene una definición amplia de “inversión”, como lo demuestra el Artículo 1139. Según lo dispuesto en el Artículo 1139 (h), esto incluye los intereses contractuales y los derechos contractuales, que concuerdan con una visión bien establecida del derecho internacional sobre los derechos que pueden ser expropiados. Sin embargo, el Tribunal es consciente de que la protección de los derechos contractuales en virtud del derecho internacional se ha entendido tradicionalmente dentro de ciertos límites, en particular teniendo en cuenta el alcance de la participación estatal necesaria para asumir la responsabilidad internacional por el incumplimiento de tales derechos y las reglas relacionadas con la atribución de ciertos tipos de conducta al estado. Estos límites explican la exclusión en virtud del Artículo 1139 (i) y (j) de reclamos de dinero bajo contratos comerciales y otros acuerdos comerciales de la definición de inversión.¹¹²

¹¹⁰ *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999, párrafo 83.

¹¹¹ *Ibidem*, párrafo 87.

¹¹² *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, ICSID Administrated, Award, 31 March 2010, párrafo 139.

El Tribunal no aceptó la reclamación de expropiación de los derechos contractuales ya que éstos no fueron afectados y no se presentó una privación sustancial de los mismos.¹¹³ Interesantemente, al igual que otros tribunales en los que se presentaron reclamaciones de carácter contractual, la dicotomía público/privado no fue utilizada. De este modo, cabe referir la opinión de Álvarez quien criticó y tildó de arbitraria la distinción entre actos públicos y comerciales en el contexto de las cláusulas paraguas:

La implementación de esta prueba tampoco satisfaría a quienes critican los arbitrajes entre inversionistas y Estados precisamente porque estos amplían los derechos de los inversionistas privados en relación con el Estado. Un TBI o un TLC que alcanza incluso las infracciones comerciales de un contrato por parte de un Estado expande exponencialmente el ámbito del arbitraje inversionista-Estado. La inclusión de tales reclamos en el dominio del CIADI puede verse como algo más, no menos, controvertido para los críticos del mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado. Por supuesto, dependiendo de los hechos y el lenguaje particular en un tratado de protección de inversiones, incluso un incumplimiento contractual “comercial” por parte de un Estado puede constituir infracciones plausibles conforme a las garantías de ese tratado contra el tratamiento arbitrario o discriminatorio, o cláusulas de TJE y protección y seguridad plenas, asegurando “recursos efectivos” en los juzgados nacionales. Por todas estas razones, esta distinción es tan arbitraria como otras. Por supuesto, si todo gira en torno a la naturaleza “pública” de la violación que se supone que fue cometida por el Estado, la línea divisoria no es entre el arbitraje inversionista-Estado y el arbitraje comercial, como defensores de la distinción público/privado enfatizan, sino entre algunas reclamaciones de TBI o TLC y otras reclamaciones.¹¹⁴

De cualquier manera, debido a que no existe una cláusula paraguas en el TLCAN, resulta evidente que tampoco tiene sentido el que se presente el uso de bifurcación público/privado.

3.3.8 La atribución de conductas al Estado en el TLCAN

3.3.8.1 Órganos del Estado: artículo 4 de los Artículos de la CDI

En *Waste Management c. México II*, la Demandante reclamó que México a través de Banobras había violado el artículo 1105 del TLCAN. En particular, que Banobras garantizaría los pagos de la Ciudad de Acapulco en el Acuerdo de Concesión.¹¹⁵ Al evaluar si la conducta de la mencionada

¹¹³ *Ibidem*, párrafo 153.

¹¹⁴ José E. Alvarez, “Is Investor-State Arbitration ‘Public’?”, *Journal of International Dispute Settlement* 7, no. 3 (November 1, 2016), pp. 534–576.

¹¹⁵ El Tribunal señaló que: “el hecho es que la garantía final fue más limitada, expresada para cubrir “problemas temporales de liquidez que pudiera enfrentar el Ayuntamiento de Acapulco”. A simple vista “no era un mecanismo alternativo de fuente de pago por el pago continuo a Acaverde de las facturas mensuales por su servicio”. También se limitaba a un monto de 6,000,000 MXN. En otras palabras, no parece que Banobras tuviera la obligación de hacer pagos a Acaverde más allá de esta cifra, a menos que la línea de crédito fuese reembolsada por el Ayuntamiento o

entidad era atribuible al Estado conforme a los Artículos de la CDI, el Tribunal mostró dudas sobre la aplicación de los artículos 4, 5 y 8, no obstante, procedió a realizar su análisis suponiendo que alguno de los artículos era aplicable:

La Demandada no negó que, a los efectos del Capítulo XI del TLCAN, le fueran atribuibles las conductas del Ayuntamiento de Acapulco y del Estado de Guerrero. La conducta de Banobras, que es un banco de desarrollo sobre el cual organismos del gobierno mexicano tienen propiedad parcial y control sustancial, plantea cuestiones más difíciles. El objetivo general de Banobras, según las palabras del director regional de Banobras en Guerrero, es “promover y financiar actividades que realicen tanto el gobierno federal como los estados y municipios del país”. A partir del material de que dispone, el Tribunal duda acerca de si Banobras es un órgano del Estado mexicano según el significado del Artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI. Las acciones de Banobras fueron divididas entre el sector público y el sector privado; el primero retuvo como mínimo el 66 % de dichas acciones. El mero hecho de que una determinada entidad sea de propiedad o control mayoritario del Estado no la convierte ipso facto en un órgano estatal. Tampoco resulta claro que en sus transacciones con el Ayuntamiento y el Estado en cuanto a la Línea de Crédito estuviese ejerciendo una autoridad gubernamental según el significado del artículo 5 de los mencionados Artículos. La Ley Orgánica de 1986 que regula la actividad de Banobras le confiere una variedad de funciones, algunas claramente públicas, otras no tanto. Otra posibilidad es que Banobras, aun cuando no sea un órgano de México, estaba actuando “bajo la dirección o control de” Guerrero o del Ayuntamiento al negarse a pagar a Acaverde de conformidad con el Título de Concesión: una vez más, la evidencia dista mucho de ser clara en este sentido. Sin embargo, a los propósitos del presente Laudo, se partirá de la premisa de que, de uno u otro modo, la conducta de Banobras era atribuible a México a los fines del TLCAN.¹¹⁶

En *Clayton y Bilcon c. Canadá*, el Tribunal tuvo que analizar si un panel de revisión conjunta (“JRP”) era un órgano del Estado a efectos de la atribución de sus conductas a Canadá conforme el artículo 4 de los Artículos de la CDI. El diferendo involucró reclamaciones surgidas por el rechazo de Canadá y Nueva Escocia de un proyecto de las Demandantes consistente en la operación de una cantera y una terminal marítima en la provincia canadiense de Nueva Escocia. La denegación se basó en un proceso de evaluación ambiental negativo. Supuestamente la desaprobación se basó en las recomendaciones del JRP establecido por el Ministro de Medio Ambiente de Canadá y el Ministro del Departamento de Ambiente y Trabajo de Nueva Escocia. La Demandada negó ser responsable por las conductas del panel de revisión conjunta.¹¹⁷ Por lo tanto, el Tribunal analizó si esa entidad –cuyos miembros son nombrados por autoridades

Banobras pudiese distraer fondos federales en poder de Guerrero para reponer la línea de crédito”. *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párrafo 102

¹¹⁶ *Waste Management Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo, 26 de junio de 2002, párrafo 75.

¹¹⁷ *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, párrafo 305.

gubernamentales para contribuir a la toma de decisiones del gobierno en materia ambiental–,¹¹⁸ podía ser considerada como órgano del Estado. El Tribunal, orillado por la argumentación de Canadá, invocó implícitamente la distinción entre actos gubernamentales y comerciales

Canadá se refiere a varios casos en los que los actos de una entidad privada no se atribuyeron a un gobierno. En *Jan de Nul c. La República Árabe de Egipto*, el Tribunal determinó que los actos de la Autoridad del Canal de Suez no eran imputables a Egipto. Con respecto al Artículo 4 de la CDI, el mismo tribunal determinó que la Autoridad del Canal de Suez se había establecido en el contexto de una ley que, en palabras del Tribunal, “insiste expresamente en la naturaleza comercial de las actividades de SCA y su presupuesto autónomo”. Con respecto al Artículo 5, el Tribunal llegó a la conclusión de que la Autoridad del Canal de Suez “al tratar con las Demandantes durante el proceso de licitación, actuó como cualquier contratista que intentara obtener el mejor precio por los servicios que estaba buscando. No actuó como entidad estatal”. En el presente caso, *sin embargo, el JRP no se involucró generalmente en actividades comerciales ni mostró ningún carácter comercial en la realización de sus audiencias.*¹¹⁹ (Énfasis añadido)

Si bien el Tribunal hizo afirmaciones intermedias que daban a entender que el *JRP* era un órgano del Estado,¹²⁰ no fue del todo determinante al respecto y concluyó su análisis aplicando el artículo 11 de los artículos de la CDI (Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio).¹²¹ El Tribunal indicó que “el vínculo entre las conclusiones y las recomendaciones del *JRP* y la decisión final del Ministro sería suficiente para constituir un reconocimiento y una adopción a los efectos del Artículo 11 de los Artículos de la CDI”.¹²²

En *Mesa Power c. Canadá*, la Demandada también impugnó que los actos de la Autoridad de Energía de Ontario (“*OPA*”), Hydro One y Operador Independiente de Sistema Eléctrico (“*IESO*”) le fueran atribuibles.¹²³ Dado que la Demandante refería indistintamente la aplicación de los artículos 4, 5 y 8 de los artículos de la CDI, el Tribunal tuvo que analizar los hechos para determinar en cuál de dichos artículos encuadraban las conductas de las entidades objeto de análisis. Primero, inició con el artículo 4 de los Artículos de la CDI, al respecto, rechazó que el

¹¹⁸ *Ibidem*, párrafo 318.

¹¹⁹ *Ibidem*, párrafo 316.

¹²⁰ “Sin embargo, una entidad que ejerce un juicio imparcial puede ser un órgano del Estado; el artículo 4 de los Artículos de la CDI, que se acaba de citar, incluye específicamente a aquellos que ejercen funciones “judiciales”. [...] En el presente caso, en contraste, el *JRP* era un órgano *de jure* de Canadá, equipado con un claro papel estatutario que incluía hacer recomendaciones formales y públicas a las autoridades estatales que estas últimas estaban obligadas por ley a considerar, y de hecho terminaron aceptando”. *Ibidem*, párrafos 308 y 319.

¹²¹ “Sobre los hechos del presente caso, sin embargo, el Artículo 11 establecería la responsabilidad internacional de Canadá incluso si el *JRP* no fuera uno de sus órganos”. *Ibidem*, párrafo, 322.

¹²² *Ibidem*, párrafo 324.

¹²³ *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, párrafo 399.

IESO, la *OPA* e Hydro One fueran órganos del Estado conforme a dicha disposición.¹²⁴ El Tribunal justificó esa conclusión señalando que todas esas entidades eran empresas y que la propia ley de Canadá no las considera como agentes de la Corona para ningún propósito.¹²⁵ Asimismo, señaló que no existía una legislación de Ontario que definiera a los órganos de Gobierno de Ontario en los términos de artículo 4 de los artículos de la CDI¹²⁶ El Tribunal también negó que una “Lista de Todas las Agencias” proporcionada por la Demandante fuera pertinente para el análisis. De hecho, dicha lista consideraba al *IESO*, Hydro One y la *OPA* “como “entidades no clasificadas”, es decir, como entidades que no son “organizaciones de gobiernos provinciales”.¹²⁷

Interesantemente, el Tribunal refirió un caso en la OMC en el que el grupo especial¹²⁸ y el Órgano de Apelación¹²⁹ habían caracterizado a dichas entidades como “organismos públicos”. Sin embargo, refutó que el razonamiento seguido por esos órganos resolutorios fuera aplicable al caso concreto. Lo anterior debido a que su función se enfocó en analizar esas entidades como organismos públicos para los propósitos del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.¹³⁰

Del análisis de casos del TLCAN de esta subsección, se concluye que el uso de distinción público/privado no ha sido empleado por los Tribunales que analizan el tema de atribución conforme al artículo 4 de los Artículos de la CDI.

3.3.8.2 Personas o entidades que ejercen atribuciones de poder público: artículo 5 de los Artículos de la CDI

El artículo 5 de los Artículos de la CDI aborda el tema de atribución respecto del comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público. En dicha disposición se hace referencia expresa y limitada a la actuación en ejercicio de facultades de poder público. La norma en comento señala:

¹²⁴ *Ibidem*, párrafos 344 y 345

¹²⁵ *Ibidem*, párrafo 343.

¹²⁶ *Ibidem*, párrafo 344.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ Informe del Grupo Especial, *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*, WT/DS412/R, WT/DS426/R y Add.1, adoptado el 24 de mayo de 2013, según se modifica por el Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, párrafos 346-347.

Artículo 5

Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Como es bien sabido, los Artículos de la CDI al igual que otros instrumentos internacionales como la CVDT, tienen un carácter residual. Esto significa que únicamente son aplicables en la medida que no existan reglas específicas que los Estados hayan acordado.¹³¹ En el marco del TLCAN existen ciertas normas con carácter de *lex specialis* que sustituyen la aplicación residual de los Artículos de la CDI.¹³² Efectivamente, se trata de dos disposiciones que también centran el análisis en el carácter de la actuación del sujeto objeto de análisis, a saber, en el ejercicio de sus facultades gubernamentales. Dichas normas son las contenidas en el párrafo 3 del artículo 1502 y el párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN que se encuentran en el Capítulo XV intitulado Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado. Ambas disposiciones establecen lo siguiente:

Artículo 1502: Monopolios y empresas del Estado

[...]

3. Cada una de las Partes se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que cualquier monopolio de propiedad privada que la Parte designe, o gubernamental que mantenga o designe:

(a) actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte en este Tratado, cuando ese monopolio ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte le haya delegado con relación al bien o servicio monopolizado, tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos;

Artículo 1503: Empresas del Estado

[...]

2. Cada una de las Partes se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que toda empresa del Estado que la misma

¹³¹ “En consecuencia, concluimos que las acciones de *Canada Post* no son acciones generales de Canadá que pueden atribuirse a Canadá como “Parte” en el sentido de los artículos 1102 a 1105 o, para el caso, en los artículos 1502(3)(a) y 1503(2). El Capítulo XV establece un régimen de *lex specialis* en relación con la atribución de actos de monopolios y empresas estatales, el contenido de las obligaciones y el método de implementación. De ello se deduce que las reglas de derecho internacional consuetudinario reflejadas en el artículo 4 del texto de la CDI no se aplican en este caso. [...] Sin embargo, nuevamente recordamos que la proposición en el artículo 5 del texto de la CDI (como en otras disposiciones) tiene un carácter residual y no se aplica en la medida en que las condiciones para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito o el contenido o la implementación de la responsabilidad internacional del Estado se rige por normas especiales de derecho internacional: el principio de *lex specialis* (párrafo 55 *supra*). Por las razones que acabamos de exponer en relación con el argumento basado en el artículo 4, y en particular la cuidadosa estructuración y redacción de los Capítulos XI y XV, y que no debemos repetir, encontramos que este argumento también falla, como una proposición general”. *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007, párrafos 62-63.

¹³² *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, párrafo 356.

mantenga o establezca actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con los Capítulos XI, “Inversión”, y XIV, “Servicios financieros”, cuando dichas empresas ejerzan facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte les haya delegado, como la facultad para expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos.

De las referidas disposiciones se desprende que las facultades de las entidades que aborda no se limitan a cuestiones gubernamentales, sino también reglamentarias y administrativas. En este sentido, es pertinente referir el alcance particular que los tribunales del TLCAN han dado a la expresión “facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales”:

Comenzamos con la proposición de que la expresión debe tener el efecto de reducir el alcance de las acciones de las empresas estatales y los monopolios, tanto privados como públicos, que están cubiertos por ella. No todas las acciones de todos los monopolios y de todas las empresas estatales que se declaran incompatibles con las obligaciones de las Partes en virtud del Acuerdo en su conjunto (en términos del artículo 1502(3)(a)) o en virtud del Capítulo XI o del Capítulo XIV (en términos del artículo 1503(2)) son capturados. Las disposiciones operan sólo cuando el monopolio o empresa ejerce la autoridad definida y no cuando ejerce otros derechos o facultades. Las disposiciones tienen un funcionamiento restringido.¹³³

Teniendo en cuenta el alcance del término facultades administrativas, reglamentarias u otras funciones gubernamentales, los tribunales han interpretado el párrafo 3 del artículo 1502 y el párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN en los siguientes términos:

El carácter de esa restricción debe ser determinado en gran parte por la expresión “ejerce cualquier autoridad regulatoria, administrativa u otra autoridad gubernamental”. Esa expresión debe leerse con los ejemplos de autoridad que enumera cada disposición y con las obligaciones contraídas por las Partes en relación con otras actividades de los monopolios y empresas estatales como se indica en otras disposiciones de los dos artículos, en particular en 1502(3)(b), (c) y (d) y el artículo 1503(3) (establecido en el párrafo 64 anterior). Las actividades cubiertas en esas disposiciones son la realización de compras y ventas en lugar del ejercicio de la autoridad gubernamental. Esas actividades, como destaca el artículo 1502(3)(b), tienen un carácter comercial y no gubernamental. También es significativo que no están sujetos al arbitraje iniciado por el inversionista en virtud de los artículos 1116 y 1117.

En concordancia con la cita antes referida, la importancia del párrafo 3 del artículo 1502 y del párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN radica en que el incumplimiento de estas obligaciones es susceptible de ser objeto de una reclamación en el marco del Capítulo XI.¹³⁴ De hecho, en *UPS c. Canadá*, la Demandante planteó las siguientes reclamaciones:

¹³³ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007, párrafo 72.

¹³⁴ Ver artículos 1116 y 1117 del TLCAN. Secretariado del TLCAN. Inicio/Textos jurídicos/Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Disponible en: <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos->

- i) el uso discriminatorio de la infraestructura de *Canada Post*, en particular las medidas de *Canada Post* que le proporcionan ventajas competitivas a Purolator (empresa de mensajería en la que tenía participación accionaria);
- ii) el incumplimiento en la recolección de derechos de aduana y de impuestos; y
- iii) acciones que afectaron a Fritz Starber (subsidiaria de UPS) que violaban los Capítulos XI y XV del TLCAN.¹³⁵

Conforme a lo anterior, el análisis se centró en determinar si esas conductas implicaban la delegación de facultades gubernamentales.¹³⁶ El Tribunal rechazó la reclamación conforme al siguiente razonamiento:

[...] Canadá no está en desacuerdo con la proposición de que, al cobrar los aranceles aduaneros, *Canada Post* está ejerciendo una autoridad gubernamental delegada (como con el ejercicio por el ferrocarril de los poderes policiales en el ejemplo de la CDI). Pero Canadá sostiene, por el contrario, que las decisiones que *Canada Post* toma en el curso del establecimiento, expansión, administración, conducción y operación de su negocio en general, sobre el propio uso de su infraestructura para sus servicios no monopolísticos y sobre el uso por parte de Purolator de la infraestructura son decisiones comerciales sin el carácter gubernamental requerido por el artículo 1502(3)(a) y el artículo 1503(2). En términos del ejemplo de la CDI, esas decisiones son comparables a las decisiones tomadas por la compañía ferroviaria sobre sus ventas y compras. Estamos de acuerdo con esa argumentación.

Por las razones que anteceden, el Tribunal concluye que las decisiones de *Canada Post* relacionadas con el uso de su infraestructura por parte de Purolator y por sus propios servicios competitivos no se toman en el ejercicio de la “autoridad gubernamental” en términos del artículo 1502(3)(a) o el artículo 1503(2) o (suponiendo que sea relevante) en términos de las normas de derecho internacional consuetudinario reflejadas en el artículo 5 del texto de la CDI. Más bien deben ser vistos como actividades comerciales. En consecuencia, se deduce que esta parte de la reclamación hecha por UPS con respecto a las acciones de *Canada Post* se rechaza.¹³⁷

Como se mencionó anteriormente, en *Mesa Power c. Canadá*, la Demandante refería indistintamente la aplicación de los artículos 4, 5 y 8 de los artículos de la CDI respecto de los actos de la OPA, Hydro One y el IESO.¹³⁸ Al analizar las conductas de dichas entidades conforme al artículo 5 de los Artículos de la CDI, el Tribunal primero constató que la OPA, el IESO e Hydro

jur% C3% ADdicos/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am% C3% A9rica-del-Norte/mvid/1/secid/539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1116. Última visita el 25 de marzo de 2017.

¹³⁵ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007, párrafos 64 y 66.

¹³⁶ *Ibidem*, párrafo 67.

¹³⁷ *Ibidem*, párrafos 77-78.

¹³⁸ *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, párrafo 399.

One eran empresas del Estado conforme al artículo 1505 y 201 del TLCAN.¹³⁹ Posteriormente, examinó si esa situación implicaba que la *lex specialis* del párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN sustituía la aplicación del artículo 5 de los Artículos de la CDI.¹⁴⁰ La respuesta fue afirmativa conforme al siguiente razonamiento:

El TLCAN establece así un régimen especial que distingue entre una Parte del TLCAN y sus empresas, especifica qué obligaciones de control tiene el primero sobre las segundas, y organiza así la responsabilidad de la Parte del TLCAN por los actos de sus empresas. Este régimen no puede ser desplazado por los Artículos de la CDI, que, como se mencionó anteriormente, son de naturaleza residual. De hecho, si se aplicaran los Artículos de la CDI, entonces la conducta de una empresa estatal que discrimina en la venta de sus bienes o servicios sería atribuible a esa Parte del TLCAN. Esto significaría que un tribunal del Capítulo XI del TLCAN tendría que considerar tal conducta, aunque el Artículo 1116(1) restringe su jurisdicción a las reclamaciones de incumplimiento del Artículo 1503(2). Como resultado, el Tribunal concluye que el Artículo 1503(2) constituye una *lex specialis* que excluye la aplicación del Artículo 5 de los Artículos de la CDI. La Reclamante está de acuerdo con esta posición.¹⁴¹

De acuerdo a la cita referida, el Tribunal procedió a analizar si las conductas de la *OPA*, Hydro One y el *IESO* fueron realizadas en ejercicio de facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales para determinar si éstas eran atribuibles a Canadá. Resulta relevante que el alcance de lo que implica una facultad gubernamental fue determinado conforme a lo que otros tribunales han dicho en el marco del artículo 5 de los Artículos de la CDI debido a la similitud de los términos empleados.¹⁴² Después de analizar una serie de conductas de la *OPA* objeto de la reclamación,¹⁴³ el Tribunal concluyó que la actuación de la *OPA* respecto de ciertas conductas fue realizada en ejercicio de facultades gubernamentales que le fueron delegadas.¹⁴⁴ Con relación a las conductas de Hydro One y el *IESO*, el Tribunal notó que la Demandante no substanció sus

¹³⁹ *Ibidem*, párrafo 355.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 356.

¹⁴¹ *Ibidem*, párrafo 362.

¹⁴² “El término “autoridad gubernamental” no está definido en el TLCAN. En el contexto del Artículo 5 de la CDI, el tribunal de *Jan de Nul* sostuvo que “autoridad gubernamental” significaba el uso de “*prérogatives de puissance publique*”. Como la referencia a la autoridad gubernamental aparece en el Artículo 1503(2) así como en el Artículo 5, parece apropiado confiar en el significado así circunscrito. Por lo tanto, para decidir si la *OPA*, Hydro One y el *IESO* ejercieron autoridad gubernamental al realizar los actos impugnados por Mesa, el Tribunal debe evaluar si estas entidades ejercieron un poder soberano, cuyos ejemplos se encuentran en el Artículo 1503(2) en sí (el poder de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales o imponer cuotas, tarifas u otros cargos)”. *Ibidem*, párrafo 367.

¹⁴³ *Ibidem*, párrafo 368.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 375.

reclamaciones con relación a esas entidades y que al parecer ya no intentó continuar con sus reclamaciones conforme al Capítulo XV del TLCAN.¹⁴⁵

Nótese que la atribución es un análisis que implica si determinada conducta de una entidad puede ser asimilada a la actuación del Estado para los propósitos de determinar su responsabilidad internacional, es decir, es solo una parte del análisis legal. En este sentido, el hecho de que la conducta de la *OPA* le fuera atribuible a Canadá no implicaba la violación a una obligación internacional. De hecho, éste es el segundo elemento que debe analizarse. Consecuentemente, así fue como procedió el Tribunal en *Mesa Power c. Canadá*, concluyendo, sin embargo, que las reclamaciones de trato nacional y de nación más favorecida en contra de la *OPA* debían rechazarse dado que el programa de tarifas implementado por la empresa del Estado constituía una compra del sector público del Gobierno de Canadá. Por lo tanto, dichas reclamaciones estaban excluidas conforme al inciso (a), párrafo 7 del artículo 1108 del TLCAN.¹⁴⁶

En *Windstream Energy c. Canadá*, también se impugnó la conducta de la *OPA* con el objetivo de atribuírsela a Canadá y establecer la responsabilidad del Estado. El diferendo versó sobre una moratoria del Gobierno de Ontario con relación a los parques eólicos marinos que tuvo como consecuencia la suspensión indefinida del proyecto de inversión de la Demandante. Si bien el Tribunal consideró que los actos del Gobierno de Ontario fueron violatorios del artículo 1105 del TLCAN,¹⁴⁷ consideró innecesario pronunciarse sobre la atribución de las conductas de la *OPA*.¹⁴⁸ Resulta pertinente señalar que al examinar la aplicabilidad del párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN, el Tribunal invocó implícitamente la distinción entre actos gubernamentales y meramente comerciales:

El artículo 1503(2) del TLCAN deja claro que los Estados parte del TLCAN son responsables de la conducta de las empresas estatales, pero sólo en la medida en que dichas empresas estén facultadas para ejercer la autoridad gubernamental. Esto es consistente con el Artículo 5 de los Artículos de la CDI, que además especifica que “[la] conducta de una persona o entidad que no es un órgano del Estado ... pero que está facultada por la ley de ese Estado para ejercer elementos de autoridad gubernamental se considerará como un acto del Estado en virtud del derecho internacional, siempre que la persona o entidad actúe en esa capacidad en el caso particular. “En otras palabras, la conducta de personas o entidades tales como empresas

¹⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 376.

¹⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 465.

¹⁴⁷ *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award, 27 September 2016, párrafo 379.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 380.

estatales que no son órganos formales del Estado sólo pueden ser atribuibles al Estado si la persona o entidad en cuestión ejerce la autoridad gubernamental en el caso particular”.¹⁴⁹

Conforme a los casos analizados anteriormente, se constata que la diferenciación entre conductas en ejercicio de facultades gubernamentales *vis-à-vis* conductas comerciales, es particularmente relevante en el análisis del párrafo 3 del artículo 1502 y del párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN. Lo anterior porque las propias disposiciones dan margen para aplicar la dicotomía. Precisamente, el referir al carácter gubernamental, reglamentario o administrativo de las conductas de las entidades, supone un examen del carácter mismo de los actos. Dado que los términos empleados en el párrafo 3 del artículo 1502 y el párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN son semejantes a los contenidos en el artículo 5 de los Artículos de la CDI, las conclusiones formuladas en el Capítulo II respecto de dicho tema son igualmente aplicables *mutatis mutandis* para el rubro analizado en esta subsección. En particular, que el uso la dicotomía público/privado en el análisis de las reglas de atribución especiales contenidas en el Capítulo XV del TLCAN, transita por la etapa de casos difíciles que de acuerdo a la clasificación de Duncan Kennedy implica que “goza de buena salud” ya que su aplicación aun cobra relevancia y validez.

3.3.8.3 Persona o grupo de personas que actúan bajo instrucciones, dirección o control del Estado: artículo 8 de los Artículos de la CDI

En *Mesa Power c. Canadá*, el Tribunal prescindió de analizar si los actos de la OPA, Hydro One y el IESO eran atribuibles a Canadá de acuerdo al artículo 8 de los Artículos de la CDI. Lo anterior, debido a que había determinado que el IESO, la OPA, e Hydro One eran empresas estatales cuya atribución estaba regulada por el párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN.¹⁵⁰

Fuera del caso referido anteriormente, el tema de atribución conforme al artículo 8 de los Artículos de la CDI no ha tenido mayor trascendencia en el TLCAN. Por lo tanto, la utilización de la bifurcación público/privado tampoco ha tenido eco en la interpretación de dicha norma.

3.3.9 El estándar de nivel mínimo de trato en el TLCAN

En el ámbito de las reclamaciones del estándar de TJE de tribunales establecidos conforme a TBI, se observó que el uso de la bifurcación público/privado estaba aparejado con el tipo de inversión

¹⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 233.

¹⁵⁰ *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, párrafo 365.

subyacente, *i.e.* un contrato. En el marco del TLCAN se ha constatado que un incumplimiento contractual no es suficiente para presentar una reclamación conforme al Capítulo XI del TLCAN. Cualquier reclamación debe estar fundamentada en la violación a una disposición de la Sección A del Tratado o el párrafo 3 del artículo 1502 y el párrafo 2 del artículo 1503 del Capítulo XV del TLCAN. A pesar de lo anterior, es innegable que el incumplimiento de un contrato podría implicar la violación de una disposición del Capítulo XI del TLCAN.

En este sentido, el caso de *Mondev c. Estados Unidos* implicó una reclamación que involucraba un contrato de desarrollo de bienes raíces comerciales celebrado entre la Ciudad de Boston (“la Ciudad”), la Autoridad de Reurbanización de Boston (“*BRA*”) y Lafayette Place Associates (“*LPA*”), una sociedad propiedad la Demandante.¹⁵¹ *LPA* demandó a sus contrapartes ante las cortes de EE. UU. por incumplimientos del contrato. A pesar de que se confirmó una decisión a favor de *LPA*, en última instancia la Corte Judicial de Massachusetts confirmó que *BRA* era inmune de responsabilidad en sus relaciones contractuales de acuerdo a la ley y confirmó la apelación de la Ciudad respecto de la reclamación del contrato. En el marco de la reclamación de TLCAN, la Demandante no refutó la decisión de la Corte de Massachusetts como cuestión de derecho, sino más bien argumentó que el otorgamiento de inmunidad a las autoridades públicas por una Parte del TLCAN en relación con una conducta que afecte una inversión era en sí misma una violación al artículo 1105 del tratado.¹⁵² El Tribunal no aceptó ese argumento conforme al siguiente razonamiento:

El Tribunal no está convencido de que la extensión a una autoridad estatutaria de una inmunidad limitada contra una demanda por interferencia en las relaciones contractuales equivalga en este caso a una violación del Artículo 1105(1). Por supuesto, tal inmunidad no podría proteger a un Estado parte del TLCAN de una reclamación por una conducta que viola de manera sustancial las normas del TLCAN, pero para esto el TLCAN ofrece su propio recurso, ya que otorga a un inversionista el derecho de acudir directamente al arbitraje internacional con respecto a de conducta que se produce después de la entrada en vigor del TLCAN. En un arbitraje del Capítulo XI, no se aplicaría ninguna inmunidad legal local. Por otra parte, dentro de límites amplios, la medida en la que un Estado decide inmunizar a las autoridades reguladoras de una demanda por interferencia con las relaciones contractuales es competencia de los órganos competentes del Estado.¹⁵³

¹⁵¹ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002, párrafo 1.

¹⁵² *Ibidem*, párrafo 140.

¹⁵³ *Ibidem*, párrafo 154.

El objetivo de referir el caso anterior es enfatizar que el estándar de violación del artículo 1105 del TLCAN es muy alto, tal como lo han manifestado diversos tribunales:

A lo que el inversionista extranjero tiene derecho de conformidad con el Artículo 1105 es que cualquier cambio sea compatible con los requisitos del derecho internacional consuetudinario sobre el trato justo y equitativo. Esos estándares se establecen, como hemos señalado anteriormente, a un nivel que protege contra el comportamiento atroz. No es la función de un tribunal arbitral establecido en el TLCAN legislar una nueva norma que no se refleje en las normas vigentes del derecho internacional consuetudinario.¹⁵⁴

Los tribunales en el TLCAN han coincidido con el carácter riguroso del umbral conforme al artículo 1105 del TLCAN. Éste se compone de elementos tales como “arbitrariedad; injusticia “grave”; discriminación; falta de transparencia y franqueza “absoluta” en un proceso administrativo; falta de debido proceso “que conduce a un resultado que ofende la propiedad judicial”; y “fallo manifiesto” de la justicia natural en procesos judiciales”, excluyendo la posibilidad de que el incumplimiento *per se* de las expectativas legítimas de un inversionista constituya una violación al artículo 1105. Dichas expectativas legítimas son solamente un elemento que se debe tener en cuenta al evaluar si se infringen otros componentes de la norma.¹⁵⁵

Si bien otros tribunales derivados de TBI han aplicado la distinción público/privado en el contexto de violaciones de carácter contractual, esto puede explicarse porque el estándar TJE – distinto del de NMT en el TLCAN–, ha permitido referir violaciones del TBI aparejadas con el incumplimiento de un contrato, tal como se abordó en el Capítulo II. En la medida en la que en el TLCAN las reclamaciones meramente contractuales están excluidas de su alcance, la posibilidad de que se presente un caso en el que se argumente la violación del NMT como consecuencia del incumplimiento de un contrato es nula. Consecuentemente, en esa misma proporción será el margen de maniobra de un tribunal para aplicar la distinción público/privado.

Por lo tanto, en el contexto del análisis del estándar de NMT conforme al Capítulo XI del TLCAN, los tribunales no han recurrido al uso de la bifurcación público/privado.

3.3.10 Expropiación

El artículo 1110 del TLCAN en materia de expropiación y compensación no difiere sustancialmente de la fórmula empleada en otros TBI. Lo que es distinto ha sido el ámbito de

¹⁵⁴ *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and on Principles of Quantum, 22 May 2012, párrafo 153.

¹⁵⁵ *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, párrafo 502.

aplicación. Mientras que en otros tribunales en el contexto de TBI no han tenido empacho en pronunciarse sobre la posibilidad de determinar expropiación de derechos contractuales, en el TLCAN este tipo de situaciones ha sido más limitada dado el carácter restringido del TLCAN en materia de reclamaciones puramente contractuales. Esta situación se muestra en el razonamiento del Tribunal en *Waste Management c. México II*:

El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco (a menos que esté acompañado por otros elementos) es equivalente a una expropiación. Cualquier parte de carácter privado puede incumplir sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son actos inherentemente gubernamentales, como se contempla por el uso del término “medida” en el Artículo 1110(1). Es cierto que, considerando la definición inclusiva de “medida”, uno podría concebir la conducta equivalente a una expropiación como aquella consistente en acciones y omisiones que no son específica o exclusivamente gubernamentales. De todos modos, la respuesta normal de un inversionista enfrentado a un incumplimiento de contrato por su contraparte gubernamental (cuando el incumplimiento no es el resultado del ejercicio de una prerrogativa del gobierno, como un decreto legislativo) es iniciar una demanda en los tribunales competentes para procurarse una reparación ante dicho incumplimiento. Es solo cuando tal acceso a la justicia es vedado en lo jurídico o en la práctica que el incumplimiento puede convertirse en una denegación definitiva del derecho (por ejemplo, la confiscación efectiva de la cosa en la acción), por lo que cabe invocar la protección del Artículo 1110.

El Tribunal concluye que una cosa es expropiar un derecho emanado de un contrato y otra cosa es incumplir el contrato. El incumplimiento por parte de un gobierno con obligaciones contractuales no es lo mismo ni es equivalente a una expropiación.¹⁵⁶

De acuerdo a dichas aseveraciones, el Tribunal concluyó que la omisión de pago en un contexto contractual no ameritaba considerarse como confiscación expropiatoria de derechos contractuales.¹⁵⁷ Como el propio Tribunal lo sugiere, el estándar de violación a la obligación de expropiación de derechos contractuales es alto y requiere una privación sustancial y no una mera afectación.¹⁵⁸

Por lo tanto, dado que el uso de la división público/privado aplicado por tribunales de TBI ha estado aparejado con reclamaciones que involucran el análisis de relaciones contractuales, la limitación expresa de ese tipo de reclamaciones en el TLCAN ha generado que el binomio público/privado en el tema de expropiación no se haya presentado.

¹⁵⁶ *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párrafos 174-175.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 176.

¹⁵⁸ *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, ICSID Administrated, Award, 31 March 2010, párrafo 153.

3.3.11 Cláusula de inmunidad soberana y Ejecución

En el contexto del TLCAN, las reglas procedimentales aplicables a los diferendos han sido principalmente las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, así como las Reglas de Arbitraje de CNUDMI. Lo anterior, debido a que ni Canadá ni México eran Parte del Convenio CIADI hasta antes del 2013 y 2018 respectivamente. Dado a que el artículo 1120 del TLCAN condiciona la aplicación del Convenio CIADI a que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista sean Estados parte del mismo, el Convenio CIADI no se aplicó por mucho tiempo. La Tabla 2 muestra los casos en los que el Convenio CIADI ha regido el procedimiento. Como se muestra, ninguna de las controversias ha finalizado con un laudo ya que éstas siguen pendientes.

Tabla 2. Casos TLCAN en los que el Procedimiento se ha Regido por el Convenio CIADI

Año de inicio	Nombre del caso	Reglas procedimentales aplicables	Estatus
2018	<i>Legacy Vulcan LLC y Calizas Industriales del Carmen c. México</i>	Convenio CIADI	Pendiente
2016	<i>TransCanada c. USA</i>	Convenio CIADI	Solucionado por arreglo mutuo
2015	<i>Mobil Investments c. Canadá (II)</i>	Convenio CIADI	Pendiente

Fuente: Investment Policy Hub. Investment Dispute Settlement Navigator. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/136?partyRole=2>. Última visita el 05 de marzo de 2019.

De la información contenida en la Tabla 2 se desprende que los artículos 54 y 55 del Convenio CIADI referentes a la ejecución del laudo, no han sido aplicados por las cortes domésticas de las Partes del TLCAN.

Recordemos que, el artículo 54 del Convenio CIADI obliga a reconocer el laudo y hacer ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por éste. Sin embargo, el artículo 55 del Convenio CIADI preserva el derecho de los países a respetar las leyes vigentes relativas a la inmunidad en materia de ejecución. Es precisamente en el contexto de inmunidad soberana en el que normalmente se aplica la bifurcación público/privado para determinar si los bienes de un Estado son susceptibles de ser ejecutados.

Por lo que hace al Convenio CIADI, no consideramos que exista alguna razón por la cual el uso de la dicotomía público/privado en el ámbito de la ejecución de un laudo sería distinto según se trate de casos derivados de TBI o del TLCAN. Lo cierto es que aún no existen decisiones sobre

la ejecución de un laudo con base en el Convenio CIADI para las Partes del TLCAN dado que dicho instrumento no les resultó aplicable por más de 20 años. En cualquier caso, incluso ahora que las tres Partes del TLCAN son también miembros del Convenio CIADI, la ejecución de un laudo debe respetar las leyes en materia de inmunidad soberana, *i.e.*, la distinción entre bienes destinados a actividades comerciales y aquéllos que son utilizados para realizar funciones soberanas resultará aplicable. Además, la ejecución del laudo podrá realizarse no solamente en sus territorios sino en cualquier país parte del Convenio CIADI.¹⁵⁹

Con base en el análisis de esta subsección, se concluye que la utilización de la división público/privado en la determinación sobre la ejecución de laudos en el marco del TLCAN se encuentra en la etapa de “buena salud” según Duncan Kennedy, es decir, el uso de ésta resulta útil y válida.

3.4 El carácter histórico del TLCAN frente al T-MEC

A la fecha de la redacción de esta investigación, el TLCAN ha estado en vigor por casi 24 años. No es casualidad que las negociaciones que dieron origen al T-MEC utilizaran como argumento la modernización del TLCAN. A pesar de la renovación del referido instrumento, el Capítulo XI del TLCAN seguirá rigiendo algunos procedimientos aun después de que éste sea reemplazado por el T-MEC.¹⁶⁰ Lo anterior debido al periodo de transición de 3 años que acordaron las Partes una vez que se dé por terminado el TLCAN.¹⁶¹

Resulta cuestionable que las modificaciones realizadas al Capítulo de Inversión del T-MEC sean consideradas como mejoras al sistema. Si bien se prevén ciertas clarificaciones positivas respecto del alcance de algunas disposiciones,¹⁶² existen situaciones que parecen sugerir un

¹⁵⁹ Ver artículo 54 del Convenio CIADI.

¹⁶⁰ 1. A la entrada en vigor de este Protocolo, el T-MEC, que se adjunta como anexo a este Protocolo, reemplazará al TLCAN, sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el T-MEC que se refieren a las disposiciones del TLCAN. (traducción propia). Ver PROTOCOL REPLACING THE NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT WITH THE AGREEMENT BETWEEN THE UNITED STATES OF AMERICA, THE UNITED MEXICAN STATES, AND CANADA. November 30th 2018. Disponible en: https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/USMCA_Protocol.pdf. Última visita el 6 de marzo de 2019.

¹⁶¹ Ver párrafo 3 del ANEXO 14-C del T-MEC, TRANSICIÓN PARA RECLAMACIONES DE INVERSIONES EXISTENTES Y RECLAMACIONES PENDIENTES. Disponible en: TLCAN / Acciones y programas / Resultados de la modernización del acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/401186/14Inversion.pdf>. Última vista el 6 de marzo de 2019.

¹⁶² Ver por ejemplo la nota al pie 22 que clarifica el alcance de la disposición de Trato de Nación Más Favorecida en los siguientes términos: “Para los efectos de este párrafo: (i) el “trato” referido en el Artículo 14.5 (Trato de Nación Más Favorecida) excluye disposiciones de otros acuerdos internacionales de comercio o inversión que establezcan

retroceso en la evolución de la protección de las inversiones. Por ejemplo, las disposiciones procedimentales por las que se rigen las controversias inversionista-Estado únicamente aplicarán entre EE. UU. y México, es decir, los inversionistas canadienses no podrán activar el mecanismo en contra de ambos países.¹⁶³

La situación anterior resulta significativa ya que las 17 controversias iniciadas en contra de EE. UU.¹⁶⁴ han involucrado reclamaciones de inversionistas canadienses. En contrapartida, los inversionistas de EE. UU. quedarán desprotegidos al no poder incoar reclamaciones en contra de Canadá, cuyas reclamaciones ascienden a 27. En este sentido, podría argumentarse que quien pierde más con la exclusión del procedimiento inversionista-Estado en el T-MEC son los inversionistas estadounidenses. Además, dicho argumento se acentúa si se considera que los inversionistas de EE. UU. han ganado en 4 disputas, han logrado acordar 5 arreglos mutuos con Canadá y aún tienen algunos casos pendientes de resolver.¹⁶⁵ Por otra parte, los inversionistas canadienses nunca han ganado una controversia en contra de EE. UU., aunque han logrado acordar 4 arreglos mutuos.

También en comparación con México, los inversionistas canadienses parecen ser los más afectados dado que sí han hecho uso del mecanismo en contra del gobierno en 2 ocasiones. Por su parte, los inversionistas mexicanos nunca han invocado el procedimiento del Capítulo XI en contra de Canadá.

La exclusión de Canadá del procedimiento inversionista-Estado podría explicarse con base en uno de los objetivos que EE. UU. manifestó al inicio de las negociaciones, a saber, “garantizar que los inversionistas de los países del TLCAN en EE. UU. no reciban mayores derechos sustantivos que los inversionistas nacionales”.¹⁶⁶

procedimientos internacionales de solución de controversias o impongan obligaciones sustantivas; y (ii) el “trato” referido en el Artículo 14.5 (Trato de Nación Más Favorecida) solo incluye medidas adoptadas o mantenidas por la otra Parte del Anexo, las cuales para mayor claridad podrán incluir medidas adoptadas en relación con la implementación de obligaciones sustantivas en otros acuerdos internacionales de comercio o inversión”.

¹⁶³ Ver ANEXO 14-D SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN MÉXICO-ESTADOS UNIDOS. Disponible en: TLCAN / Acciones y programas / Resultados de la modernización del acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/401186/14Inversion.pdf>. Última visita el 6 de marzo de 2019.

¹⁶⁴ Home / Bureaus / Offices Reporting Directly to the Secretary Office of the Legal Adviser / International Claims and Investment Disputes (L/CID) / NAFTA Investor-State Arbitration Cases Filed Against the United States of America. Disponible en: <https://www.state.gov/s/l/c3741.htm>. Última visita el 6 de marzo de 2019.

¹⁶⁵ . United Nations UNCTAD. Investment Policy Hub. Investment Dispute Settlement Navigator. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/35?partyRole=2>. Última visita el 6 de marzo de 2019.

¹⁶⁶ Office of the United States Trade Representative. Disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/Nov%20Objectives%20Update.pdf>. Última vista el 6 de marzo

Otro tema que llama la atención en la “modernización” del TLCAN es la limitación de ciertas controversias contractuales a sectores específicos.¹⁶⁷ Dicha situación pareciera contradecir otro de los objetivos expresados por EE. UU. para modernizar el TLCAN, a saber, “establecer reglas que reduzcan o eliminen las barreras a la inversión de EE. UU. en todos los sectores en los países del TLCAN”.¹⁶⁸ Cabe señalar que en el Capítulo 14 del T-MEC relativo al tema de Inversión no existe indicación alguna sobre la o distinción público/privado en lo que atañe a las conductas de los países Partes del T-MEC.

Tabla 3. Balance general de las controversias en el TLCAN

País	Número de casos	A favor del inversionista	A favor del Estado	Casos resueltos por arreglo mutuo	Casos inactivos o discontinuados	Casos pendientes
Canadá	27	4	8	5	4	6
EE. UU.	17	0	10	4	1	1
México	23	5	8	0	2	8

Fuentes: Investment Policy Hub. Investment Dispute Settlement Navigator. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/136?partyRole=2>. Última visita el 5 de marzo de 2019. Gobierno de México. Secretaría de Economía/Comercio Exterior/Solución de Controversias <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-solucion-de-controversias?state=published>. Última visita el 5 de marzo de 2019. Global Affairs Government of Canada. Home/Trade/Opening New Markets/Trade Topics/Dispute Settlement/Cases filed against the Government of Canada. Disponible en: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=eng>. Última visita el 18 de agosto de 2019.

A la fecha de la redacción de esta investigación, la entrada en vigor del T-MEC no parece ser inminente. Por ello, habrá que seguir evaluando la evolución de los casos en el marco del TLCAN mientras éste continúa en vigor. En este sentido, la Tabla 3 da cuenta del balance general que han seguido (y seguirán) las controversias ventiladas conforme al Capítulo XI del TLCAN.

3.5 Conclusión sobre la utilización de la distinción público/privado en los arbitrajes del TLCAN

de 2019.

¹⁶⁷ ANEXO 14-E SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN MÉXICO-ESTADOS UNIDOS RELACIONADAS CON CONTRATOS DE GOBIERNO CUBIERTOS. Disponible en: TLCAN / Acciones y programas / Resultados de la modernización del acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/401186/14Inversion.pdf>. Última vista el 6 de marzo de 2019.

¹⁶⁸ Office of the United States Trade Representative. Disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/Nov%20Objectives%20Update.pdf>. Última vista el 6 de marzo de 2019.

El análisis de casos del TLCAN demuestran que el uso de la dicotomía público/privado ha sido irrelevante en el marco de las controversias del Capítulo XI. Lo anterior puede explicarse porque tal como se constató, usualmente el empleo de dicha bifurcación se encuentra ligado a una relación contractual. En este sentido, el objeto subyacente de las reclamaciones de los inversionistas ha implicado el análisis de un incumplimiento contractual. En la medida en la que el Capítulo XI del TLCAN excluye del ámbito de su aplicación controversias meramente contractuales, se explica la ausencia de la utilización de la bifurcación público/privado en el análisis interpretativo de los tribunales.

Con base en la observación anterior, se puede concluir que en el examen jurídico de las disposiciones sustantivas del TLCAN realizado por los tribunales de inversión, no se ha identificado el uso del binomio público/privado en cuanto a la caracterización de las conductas del Estado. Sin embargo, se han presentado casos aislados en los que algunos árbitros disidentes han atribuido de una naturaleza especial al mecanismo inversionista-Estado del Capítulo XI, ello con el objetivo de rechazar la aplicación de normas propias del arbitraje comercial internacional, o bien, para interpretar de manera más laxa y favorable para una de las partes determinadas disposiciones.

Por lo que hace a las disposiciones secundarias referentes a la responsabilidad del Estado, el uso de la distinción público/privado por parte de los tribunales del TLCAN tampoco ha tenido eco. Lo anterior se entiende dado que las reclamaciones en contra de los países Parte del TLCAN han identificado específicamente a los órganos del Estado de tal forma que no existe controversia sobre la atribución de sus conductas al Estado.

Por otra parte, en aquellos casos en los que ha existido desacuerdo sobre la atribución de los actos de entidades distintas a los órganos del Estado, las reclamaciones normalmente se enfocan en violaciones a ciertas disposiciones del Capítulo XV, que involucran conductas de empresas del Estado. En dichos casos, los tribunales han coincidido en que el TLCAN prevé una normativa especial, es decir, constituye *lex specialis* en lo referente a las normas secundarias que regulan el tema de atribución de la responsabilidad del Estado. Es precisamente en esta área en la que los tribunales sí han aplicado y utilizado la bifurcación público/privado al distinguir las conductas de carácter gubernamental *vis-à-vis* actuaciones meramente comerciales de las empresas estatales. Dicho proceder es pertinente dado que la redacción del párrafo 3 de artículo 1502 y del párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN hacen referencia expresa a las “facultades reglamentarias,

administrativas u otras funciones gubernamentales”, lo cual, puede implicar examinar por exclusión si la conducta de la empresa estatal tiene un carácter comercial.

Del estudio de todos los precedentes del TLCAN se identificó que no existe ninguna referencia al uso de la distinción *iure gestionis* e *iure imperii* en ninguno de los análisis jurídicos de los tribunales del TLCAN, con la salvedad de un caso aislado que involucró la opinión disidente de un árbitro. Éste sugirió aplicar dicha distinción para determinar si las conductas de ciertas entidades objeto de análisis podían estar incluidas en la jurisdicción del tribunal, y evitar así la aplicación de la excepción de compras del gobierno prevista en el párrafo 7 del artículo 1108 del TLCAN. La disposición en comento excluye la aplicación de los artículos de trato nacional, nación más favorecida y altos ejecutivos a las compras públicas.¹⁶⁹ Salvo por el caso referido,¹⁷⁰ la actuación de los tribunales del TLCAN ha sido congruente en cuanto a la irrelevancia de utilizar y aplicar en sus análisis interpretativos las dicotomías público/privado, *iure imperii/iure gestionis* y gubernamental/comercial.

¹⁶⁹ “Una interpretación amplia de las compras del sector público tendría el efecto de transformar una disposición de exclusión en una cláusula de escape porque cualquier ejercicio de autoridad gubernamental, aunque sea indirecto, resultaría en la exclusión de la transacción involucrada de la jurisdicción del TLCAN bajo el concepto de compras del sector público. [...]. BC Hydro operaba fuera de toda duda bajo la autoridad del gobierno canalizada a través de diferentes niveles de autoridades estatales, provinciales o locales. Esto no es una compra del sector público. Por lo tanto, la Demandada no puede evadir su responsabilidad por incumplimiento del Tratado. Esta discusión pone de relieve la distinción tradicional del derecho internacional entre “*jure gestionis*” y “*jure imperii*”. En el presente caso, la excepción de compras del sector público en virtud del primero no podría ser posible sin el segundo”. *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 March 2018, párrafos 6.64-6.65.

¹⁷⁰ También en el caso *Gallo* se hace referencia a la terminación de la concesión en ejercicio *imperio legis*, sin aplicar la distinción en el análisis jurídico. “Además, todos los acuerdos ya firmados entre Notre y la Corona en el derecho de Ontario, para la compra de ciertas tierras adyacentes a la Mina (las llamadas “Tierras Fronterizas”) también se declararon extinguidas *imperio legis*”. *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, PCA Case No. 55798, Award (Redacted), 15 September 2011, párrafo 270.

CAPÍTULO IV
LA BIFURCACIÓN PÚBLICO/PRIVADO
EN EL TCE

La disciplina del derecho comercial y económico ha desplazado al derecho internacional público [...]. Interpretamos que el movimiento hacia el derecho económico internacional es el desplazamiento de una disciplina por otra: del derecho público al derecho privado, [...] con la economía reemplazando a la política como el compañero y justo castigo de la ley.

David Kennedy. *The International Style in Postwar Law & Policy: John Jackson & the Field of International Economic Law*. 1995.

4.1 Introducción

Este capítulo examina la aplicación del binomio público/privado por parte de los tribunales derivados del TCE. La razón de reservar específicamente un capítulo al TCE se debe a las reglas particulares que rigen su funcionamiento, lo cual, lo dota del carácter especial de régimen autónomo. Dicho atributo se aborda detalladamente en la Sección 4.2.

En la Sección 4.3 se analizan las áreas en las que tribunales establecidos conforme a TBI han utilizado la bifurcación público/privado, lo anterior para comparar y comprobar si los tribunales del TCE han seguido el mismo patrón de análisis en dichos rubros. La información que se obtenga del dicho análisis comparativo servirá para consolidar las conclusiones respecto de la pertinencia de utilizar la distinción público/privado en el proceder interpretativo de los tribunales.

En la Sección 4.4 se presenta un apartado de conclusiones.

4.2 El carácter de régimen autónomo del TCE

El TCE se firmó en diciembre de 1994 y entró en vigor en abril de 1998. Es un tratado multilateral destinado a cubrir el tema de energía y asuntos relacionados con dicho tema, “es un acuerdo sectorial, no integral; busca establecer un régimen especial en el sector de la energía solamente y trata cada tema, comercio, inversión, tránsito o medio ambiente, únicamente con referencia a la

energía”.¹ De este modo, el TCE constituye un régimen autónomo dado que está conformado por un conjunto de reglas primarias y secundarias con una normativa especial destinada a afrontar un asunto o cuestión en particular, *i.e.*, la energía.²

El tema de “energía” como un rubro particularmente regulado y protegido por el TCE le da a este tratado un carácter distintivo en comparación con cualquier TBI o TLC que incluya un capítulo de inversión reglamentándola de manera general. El texto mismo de las disposiciones del TCE pone de manifiesto su carácter de régimen autónomo, en tanto que, el derecho de casos derivado de la interpretación de dicha normativa no deja lugar a dudas sobre esta situación y de hecho la confirma. En efecto, en la práctica seguida por los tribunales inversionista-Estado se vislumbra claramente cómo el hecho de que el TCE esté destinado a cubrir el tema de energía ha tenido efectos legales en el alcance que se le ha dado a algunas de sus disposiciones.

En las subsecciones consiguientes se brindan ejemplos que demuestran que el TCE es un régimen autónomo en lo relativo al tema de inversión.

4.2.1 Admisión y establecimiento de las inversiones: liberalización (preentrada) y protección de las inversiones (posentrada)

A diferencia del enfoque del TLCAN que comprende la protección de las inversiones tanto en las etapas de admisión y de establecimiento, el TCE únicamente cubre la etapa de posentrada, es decir, las inversiones están protegidas una vez que se han establecido previo cumplimiento de las condiciones establecidas para su admisión conforme al derecho nacional del Estado receptor.³

Si bien en el TCE las Partes pactaron el objetivo de concertar un tratado para cubrir la etapa de admisión mediante un instrumento diferente por el cual se regulara la liberalización preentrada de las inversiones, aun no se logró concretar el referido acuerdo. Justamente, el párrafo 4 del artículo 10 del TCE señala que en virtud de “un tratado complementario futuro” las partes cubrirían la protección de los inversionistas y las inversiones en el periodo previo a la entrada. La diferencia entre el enfoque regulatorio preentrada y posentrada es significativa. En los tratados que sólo cubren la etapa de establecimiento (posentrada) los requisitos que rigen su admisión se regirán por

¹ A. A. Fatouros, “An International Legal Framework for Energy”, in RCADI, t. 332, 2007, p. 411.

² Ver Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, (Geneva: General Assembly, A/CN.4/L.682, August 1, 2006), párrafos 128-129.

³ Sobre la distinción entre admisión y establecimiento ver Christoph Schreuer and Rudolf Dolzer, *Principles of International Investment Law*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 88.

la legislación nacional, que puede ser más exigente. Por otra parte, para los tratados que prevén la fase de admisión y establecimiento, la ley nacional tendrá que estar de acuerdo con el derecho de admisión, de lo contrario, un tribunal podría pronunciarse respecto de alguna cuestión que implique una potencial incompatibilidad.⁴

De este modo, dependiendo del enfoque regulatorio adoptado (preentrada o posentrada), se pueden derivar conclusiones distintas con respecto a la seriedad de participar en la liberalización de la inversión. En el caso del TCE, parece que la inclusión del párrafo 4 del artículo 10 se explica por la dificultad de alcanzar un acuerdo sobre la regulación de la inversión en la etapa de admisión durante el proceso de negociación. De cualquier forma, el hecho de que las inversiones en el TCE únicamente estén protegidas en la fase de establecimiento le dota de un carácter particular *vis-à-vis* otros tratados en materia de inversiones que sí cubren las etapas de admisión y establecimiento.

4.2.2 La búsqueda de coherencia normativa a través del sistema de precedentes en el TCE

El mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado ha demostrado ser popular.⁵ La mayoría de los instrumentos, ya sean TBI o TLC, establecen estándares sustantivos de protección para los inversionistas y sus inversiones, así como reglas procedimentales para hacer cumplir las normas sustantivas. Es evidente que, derivado la gran diversidad de estos tratados internacionales junto con la redacción divergente adoptada por los Estados, el alcance de la protección tiende a ser diferente. Además, debido al carácter *ad hoc* de los tribunales establecidos para resolver las controversias, las discrepancias sobre el alcance de las disposiciones tienden a acentuarse aún más. Esta característica ha demostrado ser evidente en los casos en los cuales la misma disposición contenida en un instrumento jurídico específico se ha interpretado de manera diferente.⁶

La discrepancia en la interpretación de las disposiciones derivada de la interacción de diversos instrumentos y tribunales, ha conducido a que se formulen serias críticas respecto del

⁴ *Ibidem*, p. 90.

⁵ “En 2013, 177 Estados concluyeron al menos 2,278 TBI”. Ver Florian Grisel, *The Sources of Foreign Investment Law*, en Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E. Viñuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, New York, Oxford University Press, 2014, pp. 217-219.

⁶ Verbigracia, en el marco del TLCAN con respecto a la interpretación del artículo 1106, “requisitos de desempeño” en la que diferentes tribunales llegaron a conclusiones totalmente opuestas. *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007; *Cargill, Incorporated c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 y *Corn Products International, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 15 de enero de 2008.

sistema de solución de diferencias del TCE. Por ejemplo, algunos autores se muestran preocupados por el efecto de este “desorden procesal” que afecta a los “esfuerzos de coherencia normativa”, pues consideran que “los árbitros tienen un papel fundamental que desempeñar para otorgar a este instrumento todo el alcance que merece”.⁷ En este sentido, es importante destacar una tendencia progresiva de los tribunales del TCE consistente en desarrollar sus propios precedentes y fortalecer su valor, prestando especial atención a los casos desahogados en el contexto del propio TCE, tal como lo demuestra la siguiente cita:

[...] No existe tal regla expresa en el TCE, el Convenio CIADI u otra parte aplicable del derecho internacional en cuanto a si, y si es así, en qué medida, los laudos arbitrales son relevantes para la tarea del Tribunal. [...] Sin embargo, esto no impide que el Tribunal considere las decisiones arbitrales y los argumentos de las Partes basados en ellas, [...] relevantes para la interpretación de las disposiciones aplicables del TCE, [...] *Este último aspecto otorga especial relevancia a las decisiones de otros tribunales también interpretan el TCE en lugar de otros tratados de protección de inversiones*”.⁸ (Énfasis añadido)

En la práctica, la cita anterior queda patente en *Yukos c. Rusia*. En esa controversia el Tribunal desarrolló su propio razonamiento con respecto a la interpretación de ciertas disposiciones –la aplicación provisional del TCE–, sin embargo, concluyó cada uno de sus análisis destacando que sus constataciones estaban en concordancia con un caso anterior (*Kardassopoulos c. Georgia*) resuelto también conforme al TCE. Lo anterior, incluso en aquellos puntos en los que existía un caso del TCE contrario a sus conclusiones, por ejemplo, la denegación de la protección del TCE debido a una conducta ilegal del inversionista (*Plama c. Bulgaria*). Ante la potencial contradicción de precedentes, el Tribunal no rechazó ni mucho menos confrontó abiertamente el caso, en su lugar, destacó las particularidades de la diferencia en cuestión para alcanzar a sus propios resultados.

También en *Yukos c. Rusia*, particularmente en el área del cálculo de daños, se presentó otra situación peculiar que muestra el intento de los tribunales del TCE en mantener coherencia y seguir los casos anteriores desarrollados en el contexto de las controversias del TCE. Al respecto, el Tribunal tenía que determinar la fecha de valuación en casos de expropiación ilegal. El Tribunal concluyó que correspondía al inversionista elegir “entre una valuación a partir de la fecha de

⁷ Frédérique Lozanorios, “Le règlement des différends relatifs aux investissements dans le domaine énergétique”, dans Stéphane Doumbé-Billé, ed., *Défis Énergétiques et Droit International*, Droit International. Dossiers, Bruxelles: Larcier, 2011, p. 120.

⁸ *Limán Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award, June 22, 2010, párrafo 177.

expropiación y la fecha del laudo”,⁹ destacando que en otra disputa conforme el TCE (*Kardassopoulos c. Georgia*) se llegó a la misma conclusión. A pesar de dicha constatación, el Tribunal extrañamente no mencionó que en *Kardassopoulos c. Georgia* realmente no se aplicó ese razonamiento como tal.¹⁰

Los casos antes analizados muestran que los propios tribunales del TCE han entendido que el alcance de dicho tratado es particular. Es precisamente en ese sentido que debe dársele un tratamiento especial a su interpretación. De esta manera se manifiesta el carácter de régimen autónomo del TCE.

4.2.3 La aplicación provisional del TCE

A diferencia del TLCAN, el TCE prevé la posibilidad de ser aplicado de manera provisional antes de su formal entrada en vigor.¹¹ De esta forma, la parte pertinente del artículo 45 del TCE establece:

ARTÍCULO 45 APLICACIÓN PROVISIONAL

- 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.
- 2) a) No obstante lo dispuesto en el apartado 1) cualquier signatario podrá, en el momento de la firma, entregar al Depositario una declaración de su imposibilidad de aceptar la aplicación provisional. La obligación recogida en el apartado 1) no se aplicará al signatario que efectúe dicha declaración. Tal signatario podrá, en cualquier momento, dejar sin efecto la declaración mediante notificación por escrito al Depositario.
b) Ni el signatario que efectúe una declaración con arreglo a la letra a) del apartado 2) ni un inversor de ese signatario podrán acogerse a la aplicación provisional mencionada en el apartado 1). c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) del apartado 2), cualquier signatario que efectúe la declaración mencionada en la letra a) del apartado 2) aplicará de manera provisional la Parte VII, a la espera de la entrada en vigor del Tratado para dicho signatario con arreglo al artículo 44, siempre y cuando dicha aplicación provisional no esté en contradicción con sus leyes o reglamentos.
- 3) a) Cualquier signatario podrá dar por terminada la aplicación provisional del presente Tratado mediante comunicación por escrito al Depositario en la que manifieste su intención de no ser Parte Contratante en el Tratado. La terminación

⁹ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014, párrafo 1769; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final Award, 18 July 2014, párrafo 1769 y *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014, párrafo 1769.

¹⁰ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award (March 03, 2010), párrafo 514.

¹¹ Para un análisis exhaustivo sobre la aplicación provisional de tratados ver Juan Manuel Gómez-Robledo. Fifth report on the provisional application of treaties. International Law Commission. Seventieth session, (Geneva: General Assembly, A/CN.4/718, February 20, 2018).

- de la aplicación provisional por parte de cualquier signatario surtirá efecto transcurridos sesenta días a partir de la fecha en que el Depositario reciba la mencionada comunicación.
- b) En el caso que un signatario dé por terminada su aplicación provisional con arreglo a la letra a) del apartado 3), la obligación del signatario en virtud del apartado 1) de aplicar las Partes III y V a toda inversión efectuada en el territorio de dicho signatario por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante con anterioridad a la fecha en que surta efecto la terminación de la aplicación provisional, durante un período de veinte años a partir de dicha fecha, salvo disposición contraria con arreglo a la letra c).
 - c) La letra b) no será de aplicación para los signatarios que figuren en el Anexo PA. Para que un signatario pueda ser excluido de la lista del Anexo PA, deberá presentar la oportuna solicitud al Depositario.

El primer Tribunal en tratar el tema de la aplicación provisional del TCE fue *Petrobart c. Kirguistán*. En dicha controversia la Demandada objetó la jurisdicción del Tribunal alegando que Gibraltar –territorio donde se estableció el inversionista–, no estaba protegido por el TCE debido a la falta de referencia en ese sentido en el instrumento de ratificación del Reino Unido. El Tribunal señaló que el TCE era aplicable a Gibraltar con carácter provisional porque el Reino Unido lo declaró en el momento de la firma del TCE, a pesar de la omisión de mencionar a Gibraltar en el instrumento de ratificación.¹² Esa interpretación no fue controvertida en el referido caso, contrario a lo ocurrido en *Yukos c. Rusia*. En dicha disputa, la Demandada argumentó que el TCE no le era aplicable debido a su incompatibilidad con la legislación interna. Aunque para cualquier abogado internacionalista ese argumento es claramente irrelevante con base en el artículo 27 de la CVDT, el propio TCE prevé esta posibilidad argumentativa en su párrafo 1 del artículo 45. Así, la cuestión que el Tribunal debía abordar era si la aplicación provisional implicaba un análisis de incompatibilidad entre las disposiciones que debían aplicarse y la legislación rusa. Sin embargo, en su lugar el Tribunal determinó la compatibilidad del “principio de aplicación provisional *per se*” con la Constitución y ley nacional rusa.¹³

Cuando el Tribunal analizó si la aplicación provisional del TCE involucraba un “enfoque por partes” o un “enfoque de todo o nada”, no estaba tratando realmente el tema en cuestión ya que

¹² *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Award, Mar 29, 2005, pp. 62-63.

¹³ *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, PCA Case No. 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, párrafo 329; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*, PCA Case No. 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, párrafo 329 y *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, párrafo 329.

Rusia no negó que la aplicación provisional del TCE implicara su aplicación “total” o “completa”. El Tribunal mezcló y cambió el tema en un asunto diferente que le permitió introducir el “principio de aplicación provisional” como elemento extraño en su análisis. De hecho, la cuestión no era si todo el tratado tendría que aplicarse de manera provisional, lo que sin duda tenía que ser, sino más bien si todo el tratado tendría que aplicarse a condición de que la aplicación de algunas de sus disposiciones, no fueran contrarias a la legislación nacional.

En cualquier caso, una vez que el tribunal introdujo en su análisis el “principio de aplicación provisional” –argumentado por la Demandante–, el laudo giró en torno al análisis de este principio *vis-à-vis* la legislación nacional rusa.¹⁴ El Tribunal incluso invocó el principio de que el derecho interno no puede invalidar las obligaciones internacionales, empero, no reconoció que el propio TCE permite esa posibilidad. Esto fue observado por Koskenniemi en su declaración ante el Tribunal:

Teniendo en cuenta el propósito de las cláusulas que prevén la aplicación provisional, la regla bien establecida del derecho internacional de que un Estado no puede invocar su derecho interno como justificación por el incumplimiento de una obligación del tratado internacional, no invalida la redacción expresa del Artículo 45(1) del TCE que hace que la aplicación provisional esté sujeta a la legislación nacional del Estado signatario.¹⁵

Paradójicamente, el Tribunal terminó analizando las disposiciones del TCE que supuestamente eran contrarias con la legislación nacional de Rusia argumentando que, aunque no era necesario lo realizaría debido a la importancia que ambas partes en la disputa le habían dado al tema.¹⁶

De este modo, la disposición del TCE relativa a la aplicación provisional y en particular las interpretaciones de ésta, constituyen una situación particular del referido tratado. Por ello, se puede constatar su carácter especial de régimen autónomo.

4.2.4 La cláusula de NMF en el TCE

En el TCE la obligación de trato de NMF se encuentra estipulada en el párrafo 7 del artículo 10 en los siguientes términos:

ARTÍCULO 10

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 314.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 136.

¹⁶ Es de hacer notar que el TCE ya no es aplicable a Rusia de forma provisional a partir del 18 de octubre de 2009 derivado de su notificación de terminación. Sin embargo, Rusia todavía está obligada a cumplir las obligaciones del TCE con respecto a las inversiones establecidas antes de esa fecha y hasta 20 años de acuerdo con el párrafo 3(c) del artículo 45.

PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y TRATO DE LAS INVERSIONES

[...]

7) Cada una de las Partes Contratantes concederá en su territorio a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes, así como a las actividades relacionadas con las mismas, como las de gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones, y a su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, de sus propios inversores o de los de cualquier otra Parte Contratante o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable

Conforme a este artículo, el TCE protege a los inversionistas y a sus inversiones de ser discriminados *vis-à-vis* otros los inversionistas e inversiones de los Estados Parte y no Parte del tratado. Curiosamente, no hay un solo caso en el que esta disposición haya sido profundamente analizada. Si bien en *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tayikistán* la Demandante basó su reclamación en esta disposición, el Tribunal rechazó la reclamación sin profundizar en su análisis. Es de hacer notar que, contrario a otras disposiciones de NMF que contienen referencia expresa a los términos *circunstancias similares*, el TCE es omiso al respecto. La importancia de dichos términos radica en que el análisis de violación de trato de NMF implica una comparación, de tal forma que se vuelve determinante el agente objeto de comparación. Aunque en *AES Summit Generation c. Hungría* el Tribunal también rechazó la reclamación de la Demandante sin entrar al análisis de la disposición, implícitamente parece haber confirmado el uso de “similitud” en su conclusión:

[...] el precio de cada generador se determinó basándose en la aplicación de una metodología uniforme. Siendo este el caso, no puede haber ninguna sugerencia de que AES haya sido trato menos favorable” que cualquier otro inversor en una posición *similar*.¹⁷

De este modo, será relevante para los tribunales establecidos conforme al TCE determinar el alcance del agente objeto de comparación que se utilizará en caso de una reclamación de violación del estándar de NMF. El sentido común indica que debería utilizarse como agente objeto de comparación un inversionista o inversión involucrados en el mismo sector económico, verbigracia, un productor de petróleo *vis-à-vis* otro productor de petróleo.¹⁸ Justamente, esta situación ocurrió en el caso *AES Summit Generation c. Hungría*, en el que el Tribunal comparó implícitamente a los generadores de electricidad. Sin embargo, dada la ausencia de más casos que aborden el tema en

¹⁷ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. v. Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, September 23, 2010*, párrafo 12.3.2.

¹⁸ *Cfr Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Final award, Jul. 1, 2004*, párrafo 176.

el marco del TCE, habrá que esperar cuál es el camino que eligen los tribunales que analicen dicha disposición.

Por lo tanto, los términos particulares en los que está redactada la obligación de NMF en el TCE, contribuye a caracterizar dicho instrumento como un régimen autónomo.

4.2.5 La naturaleza limitada de los sectores cubiertos por el TCE

El TCE a diferencia del TLCAN tiene un ámbito de aplicación limitado en el sentido de que su normativa se centra únicamente en el sector de la energía. Muestra de ello lo constituyen los ejemplos referidos en la Tabla 1.

Tabla 1. Casos y Áreas del Sector Energético Objeto de Reclamaciones en el TCE

Caso	Objeto de la controversia	Caso	Objeto de la controversia
<i>Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Suecia) c. Letonia</i>	Acuerdo de venta de electricidad. (Falta de pago de doble tarifa)	<i>Cementownia “Nowa Huta” S.A. (Polonia) c. Turquía</i>	Concesiones eléctricas
<i>Plama Consortium Ltd. (Chipre) c. Bulgaria</i>	Inversión en refinería de petróleo	<i>Europe Cement Investment and Trade S.A. (Polonia) c. Turquía</i>	Concesiones eléctricas
<i>Petrobart Ltd. (Gibraltar) c. Kirguistán</i>	Contrato de entrega de gas	<i>Liman Caspian Oil B.V. (Países Bajos) and NCL Dutch Investment B.V. (Países Bajos) c. Republic of Kazajstán</i>	Exploración y extracción de hidrocarburos
<i>Yukos Universal Ltd. (Reino Unido – Isla de Man) c. Rusia</i>	Medidas “equivalentes a expropiación” de una empresa petrolera.	<i>AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. (Reino Unido) c. Hungría</i>	Generación eléctrica
<i>Hulley Enterprises Ltd. (Chipre) c. Rusia</i>	Medidas “equivalentes a expropiación” de una empresa petrolera.	<i>Mohammad Ammar Al-Bahloul (Austria) c. Tayikistán</i>	Licencias de exploración de hidrocarburos
<i>Veteran Petroleum Trust (Chipre) c. Rusia</i>	Medidas “equivalentes a la expropiación” de una empresa petrolera.	<i>Alapli Elektrik B.V. (Países Bajos) c. Turquía</i>	Concesión de electricidad
<i>Ioannis Kardassopoulos (Grecia) c. Georgia</i>	Empresa de distribución de petróleo y gas.	<i>Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG &</i>	Construcción de una central eléctrica de

Caso	Objeto de la controversia	Caso	Objeto de la controversia
		<i>Co. KG (Suecia) c. Alemania</i>	carbón y medidas de protección ambiental (expropiación).
<i>Amto (Letonia) c. Ucrania</i>	Central nuclear	<i>EVN AG (Austria) c. La Antigua Macedonia Yugoslava</i>	Distribución de electricidad (expropiación)
<i>Libananco Holdings Co. Limited (Chipre) c. Turquía</i>	Generación de electricidad y concesiones de distribución (expropiación).	<i>Anatolie and Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Traiding Ltd c. Kazajstán</i>	Campos de petróleo
<i>Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. (Países Bajos) c. Azerbaiján</i>	Empresas de distribución, comercio, almacenamiento y transporte de petróleo y gas.	<i>Slovak Gas Holding BV (Países Bajos) et al c. Eslovaquia</i>	Servicios de gas natural

Fuente: International Energy Charter. What we do/Dispute Settlement/All Investment Dispute Settlement Cases. Disponible en: <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/> Última visita el 05 de marzo de 2019.

De esta manera, el tema específico (energía) en el que se centra el TCE constituye otro elemento para tildar su régimen jurídico como autónomo.

4.2.6 El carácter ilustrativo y abierto de la definición de inversión del TCE

La jurisdicción *ratione materiae*, es decir, la definición de inversión se analizará en la siguiente sección con miras a determinar si los tribunales han aplicado el binomio público/privado en el análisis de este tema. Sin embargo, para los propósitos de esta subsección cabe señalar que a diferencia del TLCAN cuya definición de inversión es limitada y exhaustiva, en el TCE el alcance es amplio y la única restricción se refiere precisamente al tema especial de la regulación del TCE, a saber, el sector energético. Salvo esa limitación, en la práctica los tribunales del TCE han

aceptado reclamaciones que involucran el pago de deudas derivadas del suministro de un servicio como la electricidad,¹⁹ situación expresamente excluida en el TLCAN.²⁰

Bajo esta tesis, el hecho de que la definición de inversión en el TCE sea amplia y a la vez limitada al centrarse a un sector en específico, denota el carácter único del régimen autónomo del TCE.

4.3 La dicotomía público/privado en el TCE

Esta sección analiza si los tribunales del TCE han invocado o aplicado la bifurcación público/privado en sus razonamientos jurídicos con relación a los temas en los que otros tribunales de TBI sí lo han hecho. Para tales efectos, también se emplea la herramienta analítica formulada por Duncan Kennedy consistente en examinar las etapas por las que transita la distinción público/privado en el Derecho.²¹

4.3.1 Naturaleza del arbitraje inversionista-Estado en el TCE

Como ya se indicó en el Capítulo III, el uso de ciertos términos como “soberanía” o “partes privadas” son herramientas argumentativas que tienen por efecto fortalecer y justificar las conclusiones que se buscan alcanzar. A manera de ejemplo, el indicar que en un arbitraje de inversión está en juego el análisis de los actos de un Estado *soberano*, los cuales pueden ser objeto de anulación por un tribunal *ad hoc* integrado por individuos *privados* como resultado de la impugnación de éstos por una parte *privada*, sin duda constituye una afirmación con ímpetu argumentativo. Esa fórmula puede justificar el tener un cuidado particular con la interpretación de una disposición, por ejemplo, el agotamiento de recursos internos, y así exigir el cumplimiento de ésta como obligación *sine qua non* de la jurisdicción de un tribunal, especialmente si se considera

¹⁹ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, Arbitral Award, 16 December 2003, párrafos 4.2.11-12; *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Arbitration No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, párrafo 108 y *State Enterprise "Energorynok" (Ukraine) v. Republic of Moldova*, SCC Case No. V (2012/175), Final Award, 29 January 2015, párrafo 109. Nótese que en el caso de *Nykomb c. Letonia*, el Tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo basó su conclusión de que existía una inversión en la definición en el TCE, ignorando los criterios establecidos en los laudos de Fedax, así como el de otros derivados del CIADI. Ver Peter Cameron, *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 25.

²⁰ Ver artículo 1139 del TLCAN. Secretariado del TLCAN. Inicio/Textos jurídicos/Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Disponible en: <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-del-Acuerdo/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1139->. Última visita el 25 de marzo de 2017.

²¹ Duncan Kennedy, “Stages of the Decline of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (June 1, 1982), p. 1349.

que dicha obligación constituye una condición al consentimiento de arbitraje de un país soberano.²² En este sentido, el carácter que se le dé al arbitraje de inversión –público/privado–, también tiene el efecto de justificar el uso de algunas normas de arbitraje comercial privado o de derecho público.

En el contexto del TCE también se ha abordado indirectamente el tema de la naturaleza del arbitraje de inversión, tal como ocurrió en *Libananco c. Turquía*. En dicha controversia, la Demandante solicitó al Tribunal excluir a la Demandada de la fase arbitral en curso por la supuesta intervención, espionaje e interceptación de correos hacia sus representantes legales y testigos.²³ Aunque el Tribunal rechazó la solicitud, ordenó seguir ciertos procedimientos dentro del proceso, por ejemplo, evitar la interceptación de correspondencia, permitir abordar a cualquier persona dentro de Turquía y destruir correspondencia interceptada relativa al arbitraje y no relacionada con el procedimiento penal que seguía el país en contra de ciertas personas involucradas con la Demandante.²⁴ El Tribunal al analizar la solicitud de la Demandante señaló lo siguiente:

El Tribunal expresaría el principio de que las partes tienen la obligación de arbitrar de manera justa y de buena fe y que un tribunal arbitral tiene la jurisdicción inherente para garantizar que se cumpla con esta obligación; este principio se aplica a todo arbitraje, incluido el arbitraje de inversiones, y a todas las partes, incluidos los Estados (incluso en el ejercicio de sus poderes soberanos).

El Tribunal considera, por ejemplo, que un Estado soberano sí tiene el derecho y el deber de perseguir la comisión de un delito grave, y que ese derecho y deber no pueden verse afectados por la existencia de un arbitraje del CIADI en su contra, o puesto en marcha por el hecho de que se inicie un arbitraje del CIADI en su contra. [...] El derecho y el deber de investigar el delito, aceptado por el Tribunal mencionado anteriormente, no puede significar que el poder de investigación se pueda ejercer sin tener en cuenta otros derechos y deberes, o que, al iniciar una investigación criminal, un Estado puede rechazar un arbitraje del CIADI.²⁵

De la cita anterior destaca la referencia del Tribunal al actuar soberano del país para contrastar que en un procedimiento inversionista-Estado, los Estados como parte del procedimiento deben garantizar la observancia de la buena fe. Asimismo, el Tribunal reconoce el derecho soberano para el ejercicio del derecho penal, empero, también lo matiza y sujeta en cierta medida a tener en cuenta las actuaciones en un procedimiento arbitral.

²² Ver por ejemplo *G Group Plc. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Dissenting Opinion of Justice John Roberts and Justice Anthony Kennedy, 5 March 2014, pp. 9-11.

²³ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008, párrafos 71-73.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 82.

²⁵ *Ibidem*, párrafos 78-79.

Del caso *Libananco c. Turquía* se desprende que el Tribunal implícitamente reconoció el carácter *sui generis* del procedimiento arbitral en el CIADI –en este caso basado en el TCE–, para justificar el cumplimiento de sus órdenes. Coincidimos con la caracterización del arbitraje de inversión como una institución *sui generis* que no cabe enmarcarla dentro de lo público o lo privado, aunque compartan características de los dos ámbitos.

4.3.2 La definición de inversionista (*jurisdiction racione personae*)

El término inversionista en el TCE se encuentra definido en el párrafo 7 de artículo 1 de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1 DEFINICIONES

- 7) “inversor”,
 - a) con respecto a una Parte Contratante,
 - i) la persona física que posea la ciudadanía o nacionalidad de dicha Parte Contratante o resida permanentemente en ésta, con arreglo a la legislación nacional aplicable;
 - ii) la empresa u otra organización constituida con arreglo a la legislación aplicable en la Parte Contratante;
 - b) con respecto a un "tercer Estado", la persona física, empresa u otra organización que cumpla, mutatis mutandis, las condiciones especificadas en la letra a) para una Parte Contratante.

De acuerdo al Tribunal en *Uzan c. Turquía*, “si bien el párrafo 7 inciso(a)(i) del artículo 1 define las formas en que una persona física puede ser un Inversionista, el párrafo 1 del artículo 26 ofrece un elemento adicional que debe cumplirse para que una persona sea caracterizada como un Inversionista a quien la protección –y el derecho de iniciar procedimientos– se aplicará”.²⁶ Aunque la definición parece ser clara y no representar mayor cuestión interpretativa sobre su alcance,²⁷ en esa controversia el inversionista tenía nacionalidad turca al momento de haber realizado la inversión dentro de Turquía. La pregunta surgió sobre si un cambio de residencia le permitía iniciar el procedimiento en contra de su propio país. El Tribunal rechazó la argumentación de la Demandante conforme al siguiente análisis:

²⁶ *Cem Cengiz Uzan v. Republic of Turkey*, SCC Case No. V 2014/023, Award on Respondent Bifurcated Preliminary Objection, 20 April 2016, párrafo 146.

²⁷ Ver por ejemplo el siguiente caso donde el Tribunal no requirió entrar a un análisis profundo para determinar que las Demandantes cumplían con la definición: *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017, párrafo 226.

El Tribunal es consciente de las circunstancias personales actuales de la Demandante. Sin embargo, se le ha encomendado al Tribunal que resuelva una serie de cuestiones legales y de hecho que no están relacionadas con los méritos del caso de la Demandante. Al interpretar el TCE, el Tribunal ha tratado de dar efecto al significado ordinario de sus disposiciones, en línea con los objetivos y propósitos detrás del Tratado. Establecer que la Demandante puede ajustarse a la definición de un “Inversionista” en un momento determinado en el tiempo es sólo una parte de la investigación. El Tribunal está convencido de que el Artículo 26(1) del TCE no busca proteger a la Demandante en las circunstancias actuales. Tanto la redacción de este artículo, como los objetivos y propósitos detrás del TCE, indican claramente la intención del Tratado de proteger a los inversores extranjeros, de “otra” Parte Contratante. La reclamante no ha demostrado que los hechos de su caso estén en línea con esta definición.²⁸

En *Energorynok c. Moldavia* la controversia surgió por una decisión del poder judicial del Estado en la que se determinó que una deuda relacionada con el suministro de electricidad de una empresa propiedad del Ministerio de Energía de *Moldavia*, se pagaría a un tercero y no a la *Energorynok*. Si bien el Tribunal rechazó la demanda y declinó tener jurisdicción porque la Demandante no cumplió con su carga probatoria de demostrar que su reclamación pecuniaria estaba asociada con una inversión, resulta interesante la determinación de si una agencia gubernamental podía calificar como inversionista.²⁹ Al respecto, la conclusión del Tribunal fue afirmativa y no requirió mayor análisis ya que consideró que el párrafo 7 del artículo 1 no impide que una agencia gubernamental sea considerada un inversionista.³⁰

La decisión del Tribunal en *Energorynok c. Moldavia* sobre la ausencia de restricciones en la definición del término inversionista, también fue aceptada por el tribunal en *RREEF c. España* respecto de las llamadas sociedades ficticias o instrumentales (“*shell company*”). En dicho caso, se consideró que no existían limitaciones derivadas del TCE, el Convenio CIADI o el derecho internacional. El razonamiento fue el siguiente:

El término “compañía ficticia” se usa a menudo como una referencia breve a una entidad comercial que tiene poca o ninguna actividad aparte de poseer o controlar activos directos o indirectos. A menos que exista una razón en virtud de la ley municipal o el tratado de inversión pertinente para concluir lo contrario, no existe una base en el derecho internacional para otorgarle a esa entidad comercial un menor derecho a las protecciones otorgadas en virtud de un tratado de inversión que cualquier otra entidad comercial. Hay ejemplos de tratados de inversión que incluyen, dentro de la definición de inversionista, solo entidades comerciales que pueden demostrar ciertas características o actividades. No existe tal limitación en el ECT o el

²⁸ *Cem Cengiz Uzan v. Republic of Turkey*, SCC Case No. V 2014/023, Award on Respondent Bifurcated Preliminary Objection, 20 April 2016, párrafo 188.

²⁹ *State Enterprise "Energorynok" (Ukraine) v. Republic of Moldova*, SCC Case No. V (2012/175), Final Award, 29 January 2015, párrafo 101.

³⁰ *Ibidem*, párrafo 79.

Convenio CIADI. No sería apropiado leer tal limitación artificial en el significado simple de la ECT, el Convenio CIADI o en el derecho internacional en general.³¹

De los casos antes referidos que abordan el tema de la definición del término inversionista como un componente determinante de la jurisdicción *ratione personae* de los tribunales, constatamos que la división público/privado no se ha utilizado, contrario a la práctica de otros tribunales en el contexto de TBI.

4.3.3 La definición de inversión en el TCE (jurisdicción *ratione materiae*)

El párrafo 6 del artículo 1 del TCE define el término inversión de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1 DEFINICIONES

- 6) “Inversión”, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:
- a) bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas;
 - b) una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil;
 - c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión;
 - d) propiedad intelectual;
 - e) rendimientos;
 - f) cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía;

Los cambios en los modos de invertir los bienes no afectan a su carácter de inversión y la palabra “inversión” incluye todas las inversiones, bien sean ya existentes o bien se hagan después de la última de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado para la Parte Contratante del inversor que efectúe la inversión y para la Parte Contratante en el área en la que se haga la inversión (que en adelante se denominará “fecha efectiva”), siempre que el Tratado sea aplicable únicamente a aquellos aspectos que afecten a dichas inversiones después de la fecha efectiva.

“Inversión” se referirá a toda inversión relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía y a las inversiones o clases de inversión designadas por una Parte Contratante en su región como “Proyectos de eficacia de la Carta”, y hayan sido así notificados a la Secretaría

Esta definición adopta un enfoque abierto, es decir, meramente ilustrativo al referir a “cualquier tipo de activo”. Además, se basa precisamente en una definición relacionada con “activos”, listando

³¹ *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016, párrafo 145.

diferentes categorías de éstos.³² Esas dos características difieren totalmente del enfoque en el TLCAN. Por lo que hace a los elementos que conforman la definición de inversión, resulta ilustrativa la disección que de ésta hizo el Tribunal en *Amto c. Ucrania*:

Esta definición de inversión tiene tres partes: una definición amplia (“todo tipo de activo”) ilustrada por una lista de seis tipos de derechos; una aclaración (que cubre los cambios en la forma y una calificación temporal de la inversión), y una restricción en cuanto a los tipos de actividad económica incluidos en la definición de inversión.³³

Como reconoció el Tribunal, la restricción se refiere precisamente al tema especial de regulación del TCE en comparación con otros tratados, y “refleja el propósito del Tratado sobre la Carta de la Energía para promover la cooperación a largo plazo en un sector en particular, a saber, el sector energético”.³⁴ Es importante notar que esta definición es más amplia que la contenida en el TLCAN, que excluye ciertas “reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios y cualquier otra reclamación pecuniaria”.³⁵

La exclusión de ciertas transacciones o reclamaciones meramente comerciales en el TLCAN, contrasta con algunos casos del TCE como *Nykomb c. Letonia*, *Petrobart c. Kirguistán*, *Amto c. Ucrania*, *Elektroprivreda d.d. (HEP) c. Eslovenia* y *Energorynok c. Moldavia*, que implicaron precisamente el pago de deudas derivadas del suministro del servicio electricidad. En particular, en el caso *Amto c. Ucrania*, el Tribunal interpretó ampliamente la definición de inversión para abarcar los contratos de servicios relacionados con la instalación eléctrica, reparaciones y reconstrucción técnica o mejora, en resumen, la prestación de servicios técnicos, en la central nuclear de Zaporozhskaya AES (ZAES). Su interpretación se basó en la interpretación de que la expresión “inversión se referirá a toda inversión relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía”.³⁶ No es claro por qué el Tribunal no utilizó la definición explícita de la frase “Actividad económica en la energía” y los ejemplos específicos descritos en

³² APEC Committee on Trade and Investment Investment Experts Group, *International Investment Agreements Negotiators Handbook: APEC/UNCTAD MODULES*, December 2012, p. 15. Disponible en: https://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_APEC%20Handbook.pdf. Última visita el 6 de marzo de 2019.

³³ *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, Mar 26, 2008, párrafo 36.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Secretariado del TLCAN. Inicio/Textos jurídicos/Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Disponible en: <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-del-Acuerdo/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1139->. Última visita el 25 de marzo de 2017.

³⁶ “La actividad asociada de cualquier supuesta inversión debe estar relacionada con la energía, sin que por sí misma deba satisfacer la definición en el Artículo 1(5) de una Actividad Económica en el Sector de la Energía”. *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, Mar 26, 2008, párrafo 42.

ella. De hecho, el Tribunal reconoció que era la empresa estatal (“*Energoatom*”) la que estaba involucrada en la producción de energía eléctrica, mientras que EYUM-10 (la inversión) solo le brindaba servicios técnicos. A pesar de esto, el Tribunal reforzó su conclusión al referirse a una carta donde Energoatom declaró que “los servicios de EYUM-10 eran estratégicamente importantes y estaban dirigidos a la explotación confiable y segura de las unidades de energía de nuestra central nuclear”.³⁷

En contraste con el caso antes referido, *en Alapli c. Turquía* la mayoría de los árbitros declinó tener jurisdicción debido a la falta de “contribución de la inversión”, lo que significó incorporar al TCE la llamada prueba *Salini*.³⁸ Cabe señalar que la referencia a la prueba *Salini* nunca se había presentado en las diferencias de inversión en el marco del TCE.³⁹ Aunque hubo un árbitro disidente sobre este punto, él no rechazó la incorporación de esta prueba *per se*, sino que se mostró satisfecho al declarar que la prueba *Salini* no era un impedimento para declarar la jurisdicción ya que en su opinión si se cumplían los criterios.⁴⁰

En un caso posterior, *Anatolie y Gabriel Stati c. Kazajistán*, la Demandada intentó introducir la prueba *Salini* en el análisis legal, sin embargo, esta vez el Tribunal fue enfático al rechazar ese criterio ajeno al TCE.⁴¹ El Tribunal en *Yukos c. Rusia* adoptó una postura similar. En

³⁷ *Ibidem*, párrafo 43.

³⁸ Las características que debe tener una inversión según la prueba *Salini* son : (i) una contribución, (ii) una duración determinada de la ejecución del contrato, (iii) una participación en los riesgos de la transacción y (iv) una contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión. Ver *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, párrafo 52.

³⁹ “Un presunto inversionista debe haber hecho alguna contribución al estado anfitrión permitiendo la caracterización de esa contribución como una inversión del inversionista. [...] Los atributos enumerados por los tribunales de *Salini* y *Toto* pueden ser útiles para corroborar las definiciones supuestamente de sobra de “inversionista” e “inversión” en virtud del TBI y el TCE”. *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/08/13, Excerpts of Award, July 12, 2012, párrafos 358-382.

⁴⁰ “Las opiniones expresadas al respecto por el Tribunal en el caso *Salini c. Marruecos* no han sido adoptadas por otros tribunales que abordan la cuestión, y prevalece la opinión de que los criterios mencionados en esos dos casos no deben considerarse “requisitos jurisdiccionales”. En cualquier caso, en el presente caso, opino que la Compañía del Proyecto (y, por lo tanto, la Demandante) cumpliría incluso los criterios de *Salini* si se aplicaran”. *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13, Dissenting Opinion of Marc Lalonde, 16 July 2011, párrafo 9.

⁴¹ “[El TCE] contrasta con el Convenio CIADI que no contiene una definición de “inversión” y, por lo tanto, necesita una interpretación adicional como lo hacen regularmente los tribunales del CIADI. Por lo tanto, no se pueden usar las pautas y pruebas de los criterios desarrollados en esta jurisprudencia sobre el Convenio CIADI y tratados similares, siempre que cualquier derecho o actividad esté claramente cubierto por la redacción de la definición anterior en los casos del TCE. Por lo tanto, la llamada prueba *Salini*, controvertida y muy discutida tanto por las Partes en este caso como en el CIADI y en arbitrajes similares, incluso si se aplica como una guía flexible en lugar de como un requisito jurisdiccional estricto, no se puede utilizar para la definición de inversión en virtud del TCE o, asimismo, en el presente caso. El Tribunal, por lo tanto, no ve la necesidad de examinar los diversos criterios discutidos para la prueba *Salini*”. *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan, SCC*, Award, December 19, 2013, párrafo 806.

dicha controversia, las Demandantes eran tres accionistas que poseían acciones que representaban el 2,25 % del capital social de la empresa. Al interpretar la definición de inversión, el Tribunal estableció claramente el amplio alcance de la definición y rechazó la insistencia de la Demandada sobre cualquier requisito adicional no establecido explícitamente en el TCE:

La amplitud de la definición de Inversión en el TCE es enfatizada por muchos eruditos legales eminentes. [...] El Tribunal considera que el Artículo 1(6)(b) del TCE contiene la definición más amplia posible de interés en una empresa, incluidas las acciones (como en el caso que nos ocupa), sin indicación alguna de que los redactores de la Tratado destinado a limitar la propiedad a la propiedad “beneficiosa”. [...] la definición de inversión [...] no incluye ningún requisito adicional con respecto al origen del capital o la necesidad de una inyección de capital extranjero.⁴²

Esta postura de no incluir elementos adicionales en la definición de inversión, contrasta con el caso *Plama c. Bulgaria* en la que el Tribunal consideró que la protección del TCE cubre las inversiones realizadas de acuerdo con la ley del Estado receptor. A pesar de que el TCE no contiene dicha cláusula, el Tribunal la consideró implícita en el TCE conforme a los objetivos del tratado:

De conformidad con la nota introductoria al TCE “[e]l objetivo fundamental del Tratado sobre la Carta de la Energía no es fortalecer el estado de derecho en cuestiones energéticas [...]”. En consecuencia, el TCE debe interpretarse de manera consistente con el objetivo de fomentar el respeto por el estado de derecho. El Tribunal Arbitral concluye que las protecciones sustantivas del TCE no pueden aplicarse a las inversiones que se realicen en contra de la ley.⁴³

Como es bien sabido, la mayoría de los TBI no establecen ninguna obligación para los inversionistas. Empero, algunos tratados condicionan la protección de la inversión al cumplimiento de la legislación nacional en los términos de la cláusula referida por el Tribunal en *Plama c. Bulgaria*. Si bien, otros tribunales también han respaldado la interpretación del referido caso, parece que éstos le dieron mayor importancia al momento en el que se llevó a cabo la conducta ilegal del inversionista. Por ejemplo, en *Liman Caspian c. De Kazajstán*, la Demandada alegó que la inversión se realizó en violación de la ley nacional derivado de ciertos actos de corrupción, sin embargo, el Tribunal señaló que la carga de probar un soborno respecto la realización original de

⁴² *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russia*, PCA Case No. 2005-05/AA228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, párrafo 430; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia*, PCA Case No. 2005-04/AA227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, párrafo 430 y *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia*, PCA Case No. 2005-03/AA226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, párrafo 430.

⁴³ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, Aug 27, 2008, párrafo 139.

la inversión recae en la Demandada.⁴⁴ La idea de negar protección a aquellas inversiones que implicaron una conducta ilegal solamente en la etapa inicial, sin cubrir las conductas ilegales realizadas durante todo el período relevante de sus actividades económicas, ha sido respaldada por otros tribunales. Éstos han basado su razonamiento en el significado supuestamente ordinario de los textos pertinentes.⁴⁵

En este sentido, el hecho de que los tribunales hayan incorporado en el TCE un componente para evitar conductas ilegales de los inversionistas, parece verse opacado por la adición de otro elemento que limita su aplicación únicamente al “inicio” de la inversión. La tendencia reciente de los tribunales del TCE es aún más problemática a este respecto, ya que rechaza cualquier limitación al alcance de la protección de la inversión basada en reclamos de ilegalidad. De esta manera, el Tribunal en *Anatolie y Gabriel Stati c. Kazajistán* se apartó de los casos mencionados al resaltar la ausencia de cualquier restricción a la protección de la inversión.⁴⁶ Otra vez, esta postura contrasta con la del Tribunal en *Yukos c. Rusia*, el cual aceptó la proposición de imponer limitaciones a la protección de las inversiones realizadas de mala fe a pesar de la falta de un lenguaje explícito en el TCE. Ese Tribunal adoptó extrañamente una postura permisible en relación con las conductas ilegales del inversionista durante el periodo de inversión.⁴⁷

Teniendo en cuenta los casos analizados, parecen existir opiniones coincidentes respecto a la definición amplia del término inversión y el alcance de su cobertura y protección. A pesar de lo anterior, la posición sobre la potencial limitación de protección de las inversiones en los casos de conductas ilegales aún no es clara. En ambas situaciones resulta interesante vislumbrar la consideración especial que comienza a surgir entre los tribunales respecto de la construcción y la lectura del TCE como un régimen especial que debe distinguirse de otros, la cual, deriva de su enfoque en la energía como una actividad económica.⁴⁸

⁴⁴ *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award, June 22, 2010, párrafo 194.

⁴⁵ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine, Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, párrafo 318.

⁴⁶ *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan*, SCC, Award, December 19, 2013, párrafo 812.

⁴⁷ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014, párrafo 1355; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final Award, 18 July 2014, párrafo 1355 y *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014, párrafo 1355.

⁴⁸ “Estas actividades también son muy diferentes entre sí. El ciclo de actividades que consiste en la exploración, extracción, transporte, almacenamiento, refinamiento, conversión en electricidad y, en su caso, la distribución de electricidad, así como los diversos servicios relacionados con estas actividades refleja principalmente la situación del

También del análisis de precedentes derivados del TCE se constata que los tribunales han prescindido de utilizar la dicotomía público/privado al analizar el término inversión.

4.3.4 Consecuencias jurídicas del incumplimiento de un contrato *vis-à-vis* la violación del TCE

Debido a que el TCE contiene la llamada cláusula paraguas, la posibilidad de que los inversionistas puedan reclamar incumplimientos de contratos como actos violatorios del TCE es más amplia. En efecto, recordemos que conforme a una cláusula paraguas, los Estados se obligan a cumplir cualquier obligación que hayan acordado con el inversionista o su inversión. El alcance de lo que implica cualquier obligación ha traído comúnmente aparejada la inclusión de contratos. En el caso *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tayikistán*, –en el que la Demandada no compareció–, el Tribunal resolvió a favor de la Demandante el incumplimiento de ciertos acuerdos por parte del Estado. La siguiente conclusión del Tribunal muestra que una reclamación contractual puede constituir una violación al TCE:

Los cuatro Acuerdos de diciembre de 2000 contienen una obligación clara e incondicional por parte del Comité Estatal, como parte de los Acuerdos, de garantizar la expedición de licencias a la Demandante con el inicio del trabajo de exploración en las cuatro áreas respectivas. Las licencias no llegaron. Por lo tanto, la Demandante ha establecido un incumplimiento de contrato a primera vista y, en consecuencia, un incumplimiento del deber del Estado de cumplir con sus obligaciones contraídas con un Inversionista.⁴⁹

A pesar de la determinación anterior, el Tribunal no otorgó el pago de daños debido a la falta de pruebas de la Demandante para demostrar el monto de daños sufridos por el incumplimiento del contrato por parte de Tayikistán. Lo que es relevante para los propósitos de esta subsección es que en la medida que el TCE prevé la cláusula paraguas, resultará relevante examinar si los tribunales han aplicado la bifurcación público/privado al igual que otros tribunales derivados de TBI. La siguiente subsección evalúa este punto.

4.3.5 La cláusula paraguas en el TCE

petróleo y, en menor medida, el gas natural, el carbón y el uranio”. Jorge E. Viñuales, “Vers Un Droit International de L’énergie: Essai de Cartographie”, *Mélanges En L’honneur Du Professeur Jean-Michel Jacquet : Le Droit Des Rapports Internationaux Économiques et Privés*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 324.

⁴⁹ *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*, SCC Case No. V064/2008, Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009, párrafos 263-265.

El TCE a diferencia del TLCAN establece como obligación sustantiva de protección una cláusula paraguas. El enunciado final del artículo 10 establece:

ARTÍCULO 10

PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y TRATO DE LAS INVERSIONES²⁰

- 1) [...] Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.

Cabe señalar que la disposición precedente debe leerse e interpretarse conjuntamente con las siguientes disposiciones:

ARTÍCULO 26

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UN INVERSOR Y UNA PARTE CONTRATANTE

- 6) (c) Las Partes Contratantes incluidas en el Anexo IA no darán su consentimiento incondicional con respecto a una controversia suscitada en torno a la última frase del apartado 1) del artículo 10.

ARTÍCULO 27

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES

- 2) Cuando una controversia no se haya resuelto según lo dispuesto en el apartado 1) dentro de un plazo razonable, siempre y cuando no exista disposición en contra en el presente Tratado ni las Partes Contratantes hayan acordado otra cosa por escrito, y excepto en lo que se derive de la aplicación o interpretación de los artículos 6 o 19 o, en el caso de una de las Partes Contratantes enumeradas en el Anexo IA, de la última frase del apartado 1) del artículo 10, cualquiera de las Partes en litigio podrá, tras notificarlo por escrito a la otra parte en litigio, someter la cuestión a un tribunal arbitral ad hoc con arreglo al presente artículo.

ANEXO IA

LISTA DE PARTES CONTRATANTES QUE NO PERMITEN QUE UN INVERSOR O UNA PARTE CONTRATANTE SOMETA AL ARBITRAJE INTERNACIONAL UN LITIGIO RELATIVO A LA ÚLTIMA FRASE DEL APARTADO 1) DEL ARTÍCULO 10 (con arreglo a la letra c) del apartado 3) del artículo 26 y al apartado 2) del artículo 27)

1. Australia
2. Canadá
3. Hungría
4. Noruega

Conforme a los artículos complementarios de la cláusula paraguas del TCE, existen países que han rechazado incluir la posibilidad de arbitrar reclamaciones relativas a dicha cláusula. En *AES c. Hungría*, el Tribunal interpretó la interrelación entre todas las disposiciones antes referidas y la cláusula paraguas. Dicha controversia surgió de un acto de gobierno por el cual se reincorporó la fijación administrativa de precios, los cuales, ya habían sido derogados anteriormente. Esta situación indujo a la Demandante a reclamar pérdidas por dichas conductas, así como por otras

violaciones contractuales, empero, éstas últimas fueron rechazadas por el Tribunal en los siguientes términos:

Es cierto que el artículo 26 del TCE contiene una cláusula paraguas que permite la presentación al arbitraje internacional de controversias relacionadas con un supuesto incumplimiento de una obligación en virtud de la Parte III del Tratado. Específicamente, la última oración del Artículo 10(1), que está contenida en la Parte III del TCE, establece que “cada Parte Contratante cumplirá cualquier obligación que haya contraído con un Inversor o con una Inversión de un Inversor de cualquier otro Parte Contratante”.

Sin embargo, el Anexo IA del TCE contiene una Lista de Partes Contratantes, que incluye a Hungría, que no permite que un Inversor o una Parte Contratante presente una controversia relativa a la última frase del Artículo 10(1) a arbitraje.

Por lo tanto, este Tribunal no puede decidir sobre el alcance de las obligaciones contractuales y, por lo tanto, no puede determinar si los derechos contractuales de las Demandantes en virtud del Acuerdo de Conciliación de 2001 (y el PPA [(Acuerdo para la Compra de Energía)] de 2001) fueron eviscerados porque no tiene jurisdicción para hacerlo.⁵⁰

Esta interpretación que se apega al sentido literal de los términos acordados en el TCE, es coincidente con el alcance limitado que algunos tribunales han querido dar a la cláusula paraguas, restringiendo reclamaciones o compromisos generales como las leyes mismas:

Esta protección se establece ampliamente, refiriéndose a “cualquier obligación” y, como tal, por el sentido corriente de las palabras, incluye tanto obligaciones legales como contractuales. [...] En ambos casos, sin embargo, está claro que la obligación debe haberse contraído “con” un inversionista o una inversión de un inversionista. Por lo tanto, esta disposición no se refiere a las obligaciones generales del Estado que surgen como una cuestión de derecho⁵¹

La determinación anterior contrasta con el caso *Liman Caspian c. Kazajstán* en el que el Tribunal aceptó de manera abstracta⁵² y sin ninguna limitación, la posibilidad de violar la cláusula paraguas a través de una legislación general:

[Es] común que la oferta unilateral del Estado anfitrión en su legislación nacional para someter la disputa bajo ciertas reglas de arbitraje internacional a la jurisdicción de un tribunal arbitral, [...], sea una presentación suficiente y vinculante para el arbitraje. [...] Aplicando este razonamiento al Artículo 10(1) de ECT, se podría argumentar que una promesa abstracta unilateral por parte del estado en su legislación nacional y particularmente en sus leyes dirigidas a los inversionistas extranjeros está abarcada por la “cláusula paraguas”.⁵³

⁵⁰ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, párrafos 9.3.2-9.3.4.

⁵¹ *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*, SCC Case No. V064/2008, Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009, párrafo 257.

⁵² En el contexto de la disputa no había ninguna razón para hacer tal declaración ya que “el Tribunal [no tenía] que decidir [esa] cuestión en el caso en consideración”. *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award, June 22, 2010, párrafo 449.

⁵³ *Ibidem*, párrafo 448.

La postura referida anteriormente no es aislada dado que en *AES c. Hungría*, el Tribunal también admitió la posibilidad de incumplir la cláusula paraguas a través de legislación de carácter general y sin que exista como tal un compromiso acordado de forma particular con el inversionista.⁵⁴ De cualquier forma, existen tribunales que recientemente han rechazado que la cláusula paraguas aplique a un acto general regulatorio, limitando así su aplicación a compromisos específicos.⁵⁵ Ello ocurrió en *Greentech y Novenergia c. Italia*, controversia que surgió de reclamaciones derivadas de algunos decretos que redujeron los incentivos otorgados a los proyectos de energía solar. En ese diferendo, la mayoría de miembros del Tribunal confirmó la reclamación de la Demandante, considerando que la reducción del incentivo arancelario conforme al Decreto *Spalma-incentivi* implicó el incumplimiento de las obligaciones de Italia hacia las Demandantes y sus inversiones.⁵⁶ Una conclusión similar se determinó en el caso *Khan c. Mongolia*, en el que el Tribunal concluyó que como consecuencia del incumplimiento de la Demandada al Artículo 8.2 de la Ley de Inversión Extranjera de Mongolia, ésta también era responsable en los términos de la cláusula paraguas del TCE.⁵⁷

Derivado de la evaluación de los casos del TCE, se puede concluir que en las reclamaciones que han involucrado el incumplimiento de un contrato, los tribunales no han utilizado la bifurcación público/privado que otros tribunales sí han usado en contextos distintos del TCE. No obstante, cabe precisar que la observación aplica únicamente respecto de la interpretación de la cláusula paraguas, porque como se abordará más adelante, algunos tribunales del TCE sí parecen haber utilizado la distinción entre actos gubernamentales y comerciales en el ámbito del tema de atribución.

4.3.6 La atribución de conductas al Estado

4.3.6.1 Órganos del Estado: artículo 4 de los Artículos de la CDI

Con base en el análisis de los casos del TCE, no se detectaron precedentes en los que los tribunales aplicaran la bifurcación público/privado en la evaluación del artículo 4 de los Artículos de la CDI. Lo anterior podría explicarse porque en los Comentarios a los Artículos de la CDI se destaca que

⁵⁴ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, párrafos 186-187.

⁵⁵ *Greentech Energy Systems A/S and others v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2015/150, Final Award, 14 November 2018, párrafo 413.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 464.

⁵⁷ *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on the Merits, 2 March 2015, párrafo 366.

“muchos miembros de la Sexta Comisión, en respuesta a una pregunta específica de la Comisión, dijeron que no hacía al caso la clasificación de los actos de los órganos del Estado como actos *iure imperii* o actos *iure gestionis*”.⁵⁸ Lo anterior significa que los tribunales del TCE se han conducido en concordancia con lo dicho en los Comentarios a los Artículos de la CDI.

4.3.6.2 Personas o entidades que ejercen atribuciones del poder público: artículo 5 de los Artículos de la CDI

En *AMTO c. Ucrania*, el Tribunal analizó si las conductas de Energoatom, una empresa propiedad del Estado, podían ser atribuidas a la Demandada. En particular, el impago a la Demandante de una deuda derivada de diversos contratos de mantenimiento relacionados con la reparación de equipo eléctrico. Una vez que el Tribunal rechazó que Energoatom fuera un órgano del Estado en el sentido del artículo 4 de los Artículos de la CDI,⁵⁹ procedió a analizar si sus conductas eran atribuibles a Ucrania conforme al artículo 5 de los Artículos de la CDI. Al respecto señaló:

En estas circunstancias, el Tribunal Arbitral considera que la conducta de Energoatom es atribuible a Ucrania, de conformidad con los principios establecidos del derecho internacional, donde se demuestra que Energoatom estaba ejerciendo un poder público (“*puissance publique*”) o actuó por instrucciones o de conformidad con la dirección o control del Estado en la realización de la conducta.⁶⁰

Si bien el Tribunal aceptó la proposición de atribuir a Ucrania las conductas de Energoatom, consideró relevante distinguir entre las conductas susceptibles de ser atribuidas de las que no. Para ello refirió al término “*puissance publique*” para indicar que cuando Energoatom actuara en ese carácter entonces se podían asimilar sus actos a los de Ucrania para los efectos de la responsabilidad internacional. El Tribunal rechazó las reclamaciones de la Demandante porque consideró que las decisiones de no pagar a EYUM-10 y de resistirse a la ejecución en los procedimientos de quiebra fueron tomadas por Energoatom y no involucraron el ejercicio de poder público (“*puissance publique*”). Además, el Tribunal también consideró que no se había demostrado que las conductas referidas hayan sido tomadas por instrucciones o bajo la dirección o el control de Ucrania.⁶¹

⁵⁸ James Crawford y Luis Fonseca, *Los Artículos de La Comisión de Derecho Internacional Sobre La Responsabilidad Internacional Del Estado: Introducción, Texto Y Comentarios* (Madrid: Dykinson, 2004), p. 135.

⁵⁹ *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Arbitration No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, párrafo 101.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 102.

⁶¹ *Ibidem*, párrafo 108.

La diferenciación entre conductas comerciales y en ejercicio de facultades gubernamentales también fue referido en el caso *Anatolie y Gabriel Stati c. Kazajstán*, donde la Demandada negó que las conductas de una determinada empresa le fueran atribuibles:

La Demandada niega haber interferido con las ventas de gas de KPM y TNG. La pérdida de Kemikal como cliente no es atribuible a la Demandada ya que, según lo confirmó PwC, esto se debió a los problemas de liquidez de Kemikal. Kemikal es una empresa privada que no actuaba en ningún tipo de capacidad gubernamental. Ésta no ha sido gestionada por el Estado.⁶²

A pesar de la distinción invocada por la Demandada, el Tribunal no pareció darle importancia para concluir que la suspensión de pagos de Kemikal se debió a problemas de insolvencia que, sin embargo, fueron causados por las propias acciones violatorias de la Demanda.⁶³

En *Noble c. Rumania*, la dicotomía entre las conductas gubernamentales y comerciales también fue referida por la Demandada para los propósitos del tema de atribución. El Tribunal tenía que determinar si las conductas de *SOF* y *APAPS* podían ser asimiladas como actos del Estado para los efectos de determinar su responsabilidad. Si bien, el Tribunal aceptó que las conductas de dichas entidades eran atribuibles al Estado,⁶⁴ rechazó tajantemente la relevancia de distinguir entre conductas gubernamentales y comerciales para el análisis de atribución:

Con respecto al argumento de la Demandada de que debe establecerse una distinción entre atribución de conducta gubernamental y comercial, no siendo imputable esta última, debe decirse lo siguiente. La distinción juega un papel importante en el campo de la inmunidad soberana cuando se trata de la cuestión de si un Estado puede reclamar la inmunidad ante los tribunales de otro Estado. Sin embargo, en el contexto de la responsabilidad, es difícil ver por qué los actos comerciales, los llamados *acta iure gestionis*, no deben atribuirse por definición, mientras que los actos gubernamentales, los llamados *acta iure imperii*, deben ser atribuibles. El proyecto de la CDI no mantiene ni apoya tal distinción. Aparte del hecho de que no hay ninguna razón por la cual uno no considere que los actos comerciales sean en principio también atribuibles, es difícil definir si un acto en particular es gubernamental. Existe un consenso generalizado en el derecho internacional, como se expresó en particular en las discusiones en la CDI con respecto a la atribución, de que no existe un entendimiento común en el derecho internacional de lo que constituye un acto gubernamental o público. De lo contrario, no habría necesidad de normas específicas como las enunciadas por la CDI en su Proyecto de artículos, según las cuales, en principio, se requiere un cierto vínculo fáctico entre el Estado y el actor para atribuir a los actos estatales de ese actor.⁶⁵

⁶² *Anatolie Stati and others v. Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. V116/2010, Award, 19 December 2013, párrafo 1350.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 1622.

⁶⁴ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, párrafo 83.

⁶⁵ *Ibidem*, párrafo 82.

Del análisis de los casos anteriores destaca el hecho de que en el marco del artículo 5 de los Artículos de la CDI la distinción entre actos gubernamentales y comerciales también se ha presentado en el contexto del TCE, al igual que en el ámbito de otros tribunales derivados de TBI. No obstante, en el caso de los tribunales del TCE, éstos no parecen darle la misma importancia a dicha distinción dado que omiten hacer referencia en sus análisis o incluso han preferido rechazarla.

Conforme a las etapas por las que pasa la distinción público/privado en el Derecho según Duncan Kennedy, podemos afirmar que el uso de la dicotomía público/privado para el análisis del artículo 5 de los Artículos de la CDI se encuentra en la fase de “colapso”. Lo anterior, dado que algunos tribunales comienzan a argumentar que la distinción es incoherente porque no importa cuánto se intente aplicar, uno termina en una situación de contradicción irremediable. Esta observación contrasta con la conclusión de “buena salud” que se formuló respecto del uso de la dicotomía por otros tribunales de TBI que han interpretado el artículo 5 de los Artículos de la CDI.

4.3.6.3 Persona o grupo de personas que actúan bajo instrucciones, dirección o control del Estado: artículo 8 de los Artículos de la CDI

De un examen pormenorizado de los laudos derivados del TCE, se observó que no existen precedentes que indiquen que el binomio público/privado haya sido utilizado por los tribunales arbitrales en el ámbito de atribución conforme al artículo 8 de los Artículos de la CDI.

4.3.7 El estándar de trato justo y equitativo en el TCE

El TCE prevé la obligación de conceder TJE a las inversiones de los inversionistas. Dicha obligación difiere del TLCAN en que en dicho instrumento el artículo 1105 prevé la obligación de NMT con referencia al derecho internacional consuetudinario.⁶⁶ En contrapartida, el artículo 10.1 del TCE tiene una redacción distinta:

ARTÍCULO 10

PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y TRATO DE LAS INVERSIONES²⁰ 1

- 1) De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las

⁶⁶ Ver por ejemplo *Glamis c. Estados Unidos* en el que el Tribunal analizó si el derecho consuetudinario internacional para el estándar de nivel mínimo de trato es el reflejado en el caso *Neer* de las Comisiones Mixtas de Reparación México – EE. UU. Ver *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, Jun 8, 2009, párrafo 601.

inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas.

En virtud del TCE, los tribunales han dejado claro que el alcance de la protección del estándar de TJE es más amplio y distinto del adoptado en el contexto del TLCAN:

La segunda oración del Artículo 10 (1) del TCE difiere del Artículo 1105 del TLCAN (en su interpretación dada por la Comisión de Libre Comercio el 31 de julio de 2001) que contiene una referencia expresa al derecho internacional. Por lo tanto, al evaluar las acciones de la Demandada, se debe identificar y aplicar un estándar específico de imparcialidad y equidad por encima del estándar mínimo para la aplicación del ECT.⁶⁷

Interesantemente, otros tribunales han llegado a una conclusión similar basándose en el objetivo y el propósito del TCE. Ello con la intención de hacer parecer que dicho tratado tiene un carácter especial y diferente de otros tratados. Este fue el caso particular en *Anatolie y Gabriel Stati c. Kazajstán*, en el que el Tribunal declaró:

En vista de la amplitud de los términos “justo” y “equitativo”, su contexto en el TCE y el objeto y propósito del TCE, el Tribunal debe interpretar el estándar TJE en el TCE. En efecto, la aplicación del estándar TJE sólo puede ser específica para cada caso, teniendo en cuenta: que éstos deben evaluarse en el presente caso en el contexto legal del TCE.⁶⁸

Este tipo de declaraciones refuerza la opinión acerca de la reciente tendencia de los tribunales del TCE consistente en desarrollar su propia jurisprudencia y distinguirla de otros instrumentos jurídicos en materia de inversiones. Apartarse del estricto enfoque del TLCAN respecto a la interpretación del estándar de TJE es, sin duda, favorable para la protección de los inversionistas en el TCE. Sin embargo, dicha situación contrasta con la interpretación específica de expectativas legítimas –elemento constitutivo del estándar TJE–, realizada por los tribunales en los casos *Electrabel c. Hungría* y *AES Summit Generation c. Hungría*. En esas disputas, las Demandantes argumentaron que la reintroducción de los precios administrativos por parte de Hungría violaba sus expectativas legítimas. En ambos casos, los Tribunales rechazaron las reclamaciones argumentando que en el momento en que los inversionistas hicieron la inversión había un marco

⁶⁷ *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award, June 22, 2010, párrafo 263.

⁶⁸ *Anatolie Stati and others v. Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. V116/2010, Award, 19 December 2013, párrafos 943-944.

de precios regulados en Hungría. En particular, en *AES Summit Generation c. Hungría* el Tribunal sostuvo:

El Tribunal concluye que AES Summit no pudo tener una expectativa legítima en ese momento sobre la conducta de Hungría de la que ahora se queja [...]. Tanto los materiales de privatización como los acuerdos de inversión relevantes (el PPA [(Acuerdo de Compra de Energía)] original de Tisza II y el PSA [Acuerdo de Compra y Venta de Energía] de 1996) fueron explícitos en que Hungría continuaría estableciendo los precios administrativos máximos para las ventas de electricidad indefinidamente en el futuro.⁶⁹

Por otra parte, en *Electrabel c. Hungría*, el Tribunal llegó a la misma conclusión:

La inversión de Electrabel se realizó sobre la base de precios regulados, como lo reconoce Electrabel. [...] Como se reconoció en la Presentación Escrita de Electrabel a la Comisión Europea de 13 de febrero de 2006: “... En realidad, el PPA [(Acuerdo de Compra de Energía)] no contiene ninguna disposición que garantice la devolución de ningún tipo. [...]”. No es posible que el Tribunal compagine esta declaración inequívoca con la expectativa legítima ahora alegada por Electrabel en apoyo de su demanda contra Hungría.⁷⁰

Además de las expectativas legítimas como elemento integral del estándar de TJE, también existen otros componentes que conforman el estándar tal como el de medidas discriminatorias y arbitrarias. De hecho, los diversos estándares de protección del párrafo 1 del artículo 10 del TCE “están estrechamente relacionados entre sí”,⁷¹ empero, “esto no significa que cada estándar no pueda ser definido de forma autónoma”.⁷² Debido a que en el contexto de medidas discriminatorias y arbitrarias ha surgido una referencia a las actuaciones del Estado en su carácter soberano y en ejercicio de facultades gubernamentales, así como a la estrecha correlación entre este estándar y el de TJE,⁷³ en la siguiente subsección se aborda de forma particular dicho estándar.

4.3.7.1 Medidas discriminatorias y arbitrarias

Conforme al párrafo 1 del artículo 10 del TCE el Estado receptor de la inversión debe abstenerse de imponer a las inversiones del inversionista medidas discriminatorias o arbitrarias. En el caso *AES c. Hungría*, el Tribunal analizó si la reintroducción de los Decretos de Precio conforme a los

⁶⁹ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, párrafo 9.3.15.

⁷⁰ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, November 30, 2012, párrafo 8.19.

⁷¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, párrafo 163.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, párrafo 183.

cuales las Demandantes recibieron precios menores de los que anteriormente venía recibiendo constituía una medida arbitraria y discriminatoria. Para ello, determinó si existía una política racional para justificar la medida del Estado. Al respecto el Tribunal señaló:

En este punto, el Tribunal considera que no puede considerarse una medida razonable el que un Estado utilice sus poderes gubernamentales para obligar a una parte privada a cambiar o renunciar a sus derechos contractuales. Si el Estado tiene la convicción de que ya no se deben cumplir sus obligaciones contractuales con sus inversionistas (incluso si se trata de un contrato comercial, como es el caso), el Estado tendría que finalizar dichos contratos y asumir las consecuencias contractuales de dicha terminación anticipada.

Esto no significa que el Estado no pueda ejercer sus poderes gubernamentales, incluida su función legislativa, con la consecuencia de que los intereses privados, como los derechos contractuales del inversionista, se vean afectados. Pero ese efecto tendría que ser una consecuencia de una medida basada en políticas públicas que no estaba dirigida únicamente a esos derechos contractuales. De no ser así, un Estado podría justificar el incumplimiento de los compromisos comerciales al basarse en los argumentos de que tal incumplimiento fue ocasionado por un acto del Estado realizado en su carácter público.

Por lo tanto, el Tribunal no puede considerar que haya sido razonable que Hungría haya emitido los Decretos de Precio debido a que las Demandantes no aceptaron, ni siquiera negociaron, una reducción de la capacidad a la que tenía derecho contractualmente conforme al PPA [Acuerdo de Compra de Energía] 2001.⁷⁴

A pesar del razonamiento anterior, el Tribunal analizó más elementos de hecho que lo llevaron a concluir que la Demandante no había recibido un trato diferente en comparación con otros generadores de energía y, por lo tanto, no fue objeto de trato discriminatorio.⁷⁵ De cualquier forma, destaca que el Tribunal si bien distinguió entre el actuar del Estado en ejercicio de sus facultades gubernamentales y su actuación como parte contratante de un contrato, no dio relevancia ni aplicó como tal la dicotomía público/privado como un elemento determinante para justificar sus conclusiones.

Por lo tanto, y con la salvedad del caso *AES c. Hungría*, se puede concluir que los tribunales han prescindido de manera general de utilizar en sus razonamientos la bifurcación público/privado para la interpretación del estándar de TJE del TCE.

4.3.8 El estándar de expropiación en el TCE

El artículo 13 del TCE regula el tema de expropiación de la siguiente forma:

ARTÍCULO 13

⁷⁴ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, párrafos 10.3.12-10.3.14.

⁷⁵ *Ibidem*, párrafo 10.3.53.

EXPROPIACIÓN

- 1) Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (a las cuales se aludirá en lo sucesivo como "expropiación"), excepto si dicha expropiación se lleva a cabo:
 - a) por un motivo de interés público;
 - b) de manera no discriminatoria;
 - c) con arreglo al debido procedimiento legal; y
 - d) mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.

El importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que el anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado al valor de la inversión (en lo sucesivo denominado "fecha de valoración").

Este justo valor de mercado se expresará, a elección del inversor, en una divisa libremente convertible, basándose en el tipo de cambio existente en el mercado para esta divisa en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses según un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado, desde la fecha de la expropiación hasta la del pago.

- 2) Con arreglo a la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, el inversor afectado tendrá derecho a que un tribunal u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte, revise con prontitud su caso, el pago de la indemnización y la valoración de su inversión, de acuerdo con los principios enunciados en el apartado 1).
- 3) En aras de una mayor claridad, se considerará un acto de expropiación la situación en la que una Parte Contratante expropie los bienes de una sociedad o empresa de su territorio en la cual hayan invertido los inversores de cualquier otra Parte Contratante, incluso cuando se haya hecho mediante una participación en el capital.

Aunque las demandas sobre expropiación se han argumentado en muchos casos del TCE,⁷⁶ los hechos que dan lugar a la reclamación no han alcanzado el umbral necesario para ser consideradas como tal, a saber, "el nivel de privación sustancial de la inversión".⁷⁷ Solamente en *Kardassopoulos c. Georgia* el Tribunal determinó que la promulgación de un decreto por el gobierno de Georgia constituyó una expropiación directa ya que privó al inversionista de su inversión.

El Tribunal considera que las circunstancias de la reclamación del Sr. Kardassopoulos presentan un caso clásico de expropiación directa, el Decreto No. 178 privó a GTI de sus derechos en el oleoducto anterior y el interés del Sr. Kardassopoulos en el mismo. El Tribunal

⁷⁶ Ver *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, Arbitral Award, 16 December 2003; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010; *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*, SCC Case No. V064/2008, Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 December 2016; *Isolux Infrastructure Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2013/153, Award, 12 July 2016 y *Greentech Energy Systems A/S and others v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2015/150, Final Award, 14 November 2018

⁷⁷ Christoph Schreuer and Rudolf Dolzer, *op. cit.*, p. 104.

también considera que esta privación no fue un ejercicio de los poderes policiales de buena fe del Estado.⁷⁸

En el caso referido, el Tribunal también opinó que el incumplimiento de uno de los requisitos establecidos en el artículo 13 del TCE, hizo que la expropiación fuera ilegal:

[E] el Tribunal determina que la Demandada expropió los derechos del Sr. Kardassopoulos mediante el Decreto No. 178 y que dicha expropiación fue ilegal en virtud de que la Demandada no llevó a cabo la expropiación de conformidad con el debido proceso legal.⁷⁹

En este sentido, existe un acuerdo común sobre esta postura. Por ejemplo, en *Liman Caspian c. Kazajistán*, el Tribunal declaró que “si se trata de una expropiación, es legal si se cumplen los requisitos establecidos en el Artículo 13 del TCE”.⁸⁰ La determinación sobre si una expropiación es legal o no está relacionada con la determinación de daños. Se argumenta que, conforme a la primera, se debe tener en cuenta el valor de mercado de la propiedad en el momento de la toma, mientras que, en la segunda, la pérdida de beneficios también juega un papel importante.⁸¹

En *Yukos c. Rusia*, el Tribunal determinó que las medidas adoptadas por la Demandada, aunque no eran una expropiación explícita, privaron al inversionista de su inversión y “[...] han tenido un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación”.⁸² En opinión del Tribunal, el remedio para esa expropiación ilegal era otorgar el derecho a las Demandantes a elegir entre las fechas de valoración a los efectos de la compensación:

Por las diversas razones indicadas anteriormente, se deduce que, en el caso de una expropiación ilegal, un inversionista tiene derecho a elegir entre una valoración en la fecha de expropiación y en la fecha de la adjudicación.⁸³

Del análisis de los casos del TCE que han versado sobre reclamaciones que involucran una expropiación, no se detectó alguna alusión a la dicotomía público/privado en el análisis interpretativo de dicha disposición.

⁷⁸ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010, párrafo 367.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 408.

⁸⁰ *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award, June 22, 2010, párrafo 293.

⁸¹ Christoph Schreuer and Rudolf Dolzer, *op. cit.*, p. 101.

Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014, párrafo 1380; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final Award, 18 July 2014, párrafo 1580 y *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014, párrafo 1580.

⁸³ *Ibidem*, párrafo 1769.

4.3.9 Cláusula de inmunidad soberana: reconocimiento y ejecución de laudos en el TCE

El TCE, a diferencia del TLCAN y algunos TBI, prevé la posibilidad de que el inversionista tenga una opción adicional en la selección de la institución y mecanismo que regirá el procedimiento. En efecto, el párrafo 4(c) del artículo 26 del TCE permite al inversionista iniciar un procedimiento inversionista-Estado no sólo con base en el Convenio CIADI, Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, sino también conforme a las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“*IACCE*”).⁸⁴

Lo anterior significa que los inversionistas puedan recurrir a esta institución y que el arbitraje se lleve conforme a sus reglas procedimentales.⁸⁵ De esta manera, mientras que los artículos 54 y 55 del Convenio CIADI establecen las reglas de ejecución aplicables para los arbitrajes desahogados conforme a dicho instrumento, en el caso de los procedimientos establecidos conforme a las Reglas de Arbitraje CNUDMI y del *IACCE*, la ejecución se deberá realizar conforme a la normativa del lugar del arbitraje. De acuerdo al artículo 54 del Convenio CIADI, las Partes están obligadas a reconocer el laudo y hacer ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por éste, sin embargo, dicha obligación está sujeta a lo estipulado por el artículo 55 del Convenio CIADI, a saber, el reconocimiento de las leyes vigentes relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

De este modo, dependiendo de la institución y reglas procedimentales aplicables a cada caso, la ejecución puede regirse conforme al Convenio CIADI o a las leyes domésticas. En cualquier caso, habrá que tener en cuenta lo que establezcan las legislaciones de los países donde se pretende ejecutar el laudo. Lo anterior cobra relevancia dado que normalmente éstas pueden prever el otorgamiento de inmunidad soberana de ejecución cuando los bienes susceptibles de ser objeto de ésta se utilizan para cumplir con funciones soberanas, garantizando la ejecución solamente cuando se traten de bienes que se emplean para realizar funciones meramente comerciales.

4.4 Conclusión sobre la aplicación de la dicotomía público/privado en los arbitrajes del TCE

⁸⁴ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Disponible en: <https://sccinstitute.com/>. Última visita el 6 de marzo de 2019.

⁸⁵ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. HOME/DISPUTE RESOLUTION/RULES Disponible en: https://sccinstitute.com/media/220137/arbitration_rules_spanish_17_web.pdf. Última visita el 6 de marzo de 2019.

Cuando se analizó la aplicación de la distinción público/privado utilizada por tribunales TBI, pudimos constatar que en la mayoría de los casos ésta venía aparejada con el análisis de una reclamación de carácter contractual, es decir, el tema subyacente normalmente involucraba un contrato. Con base en este hecho, el análisis de casos del TCE partió de la suposición de que encontraríamos más casos de tribunales que aplicaran la bifurcación público/privado considerando que a diferencia del TLCAN, el TCE contiene una cláusula paraguas que usualmente involucra reclamaciones por violaciones contractuales. Sin embargo, los resultados obtenidos desmintieron la premisa de la que se partió al examinar este Capítulo IV. Consideramos que esta situación se puede explicar por las siguientes razones:

- 1) Las partes en la controversia no han considerado relevante invocar la bifurcación público/privado y, cuando lo han hecho, los tribunales no le han dado importancia al uso de la distinción.
- 2) Incluso reconociendo que los tribunales tienen la facultad de emplear herramientas e instrumentos interpretativos en sus análisis jurídicos, parece que éstos han considerado irrelevante recurrir al uso de la distinción público/privado.

Las dos razones antes esgrimidas se confirman en los análisis que llevaron a cabo los tribunales en el contexto del artículo 5 de los Artículos de la CDI, que junto con un caso aislado donde se analizó una reclamación de trato arbitrario y discriminatorio, constituyen los únicos rubros donde propiamente se ha empleado la distinción público/privado.

CAPÍTULO V
PROPUESTAS PARA ABORDAR EL ANÁLISIS DE LA DISTINCIÓN PÚBLICO/PRIVADO
Y OTRAS HERRAMIENTAS INTERPRETATIVAS

El juez ordena las relaciones sociales mientras “dice la ley”. Cuando enfocamos la atención en el dicho, nos desviamos del orden. Esta representación de hegemonía jurídica sugiere una forma de crítica. Si pudiéramos “exponer” lo que “realmente está sucediendo”, atacando las ideas sobre la verdad que pueblan el discurso judicial, podríamos “deslegitimar” la toma de decisiones judiciales.

David Kennedy. *The Turn to Interpretation*. 1985.

A lo largo de la tesis se realizó un análisis crítico sobre el uso de la distinción público/privado en el razonamiento interpretativo empleado por los tribunales arbitrales en materia de inversiones. El objetivo fue determinar la utilidad de dicha dicotomía y, en su caso, revelar las razones que justificaron su aplicación. Para ello, se empleó como herramienta metodológica un análisis crítico desarrollado por Duncan Kennedy quien explica que toda dicotomía, y en particular la distinción público/privado, atraviesa por diferentes etapas según el grado de utilidad. La finalidad de este trabajo es contribuir a brindar coherencia al estado del arte que guarda el empleo del binomio público/privado en el DII, es decir, establecer las razones que justifican su uso o las que lo vuelven innecesario según el área o rubro en el que éste se utiliza.

Desde una perspectiva particular se propone que esta metodología y análisis crítico continúe realizándose en los nuevos casos que surjan con posterioridad a este trabajo y en los que se presente el uso de la dicotomía público/privado.

Una propuesta más general y ambiciosa es el formar una consciencia crítica en el Derecho respecto de la jurisprudencia emanada por tribunales internacionales. Y es que a veces nos olvidamos que el Derecho no es una ciencia exacta, que no existen respuestas definitivas y únicas y que éste obedece a contextos, intereses y momentos históricos específicos de una sociedad con cosmovisiones diversas. No olvidemos que la esclavitud en un determinado momento de la historia no fue únicamente tolerada sino legal, que las personas eran objeto de contratos de compra-venta cual bienes muebles. Tampoco omitamos tener en cuenta que la explotación de los recursos naturales que sufrieron los países latinoamericanos en el siglo XVI con la conquista europea y la

colonización de África en el siglo XIX se pretendió justificar con una supuesta evangelización, culturización y razones humanitarias.¹ Mucho menos pasemos por alto que a pesar de los esfuerzos por universalizar los derechos humanos, aun existe cierta reticencia y disimulo por parte de los países para promover a la protección y sujetarse a la responsabilidad que acarrea la violación a éstos. ¿Cómo se explica la ausencia de algún proyecto de corte universal de derechos humanos, similar a la que rige en materia comercial en el marco de la OMC? Se puede argumentar que por diferencias culturales una empresa de esta naturaleza se vuelve casi imposible. Lo cierto es que parece que existen otros intereses y prioridades que atender tales como la generación de riquezas y atracción de las inversiones.

El desarrollo impresionante del DII con una creciente conclusión de instrumentos internacionales que protegen las inversiones junto con número exorbitante de casos, son un claro ejemplo que demuestra lo cierto de las premisas antes esgrimidas. Por ello, la función del estudioso del derecho es actuar con plena conciencia de estas situaciones y analizar críticamente este tipo de circunstancias externas que rodean, afectan y definen al derecho y su interpretación. La labor realizada por Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho es invaluable, pues pone de manifiesto la aspiración utópica de aislar al Derecho de un contexto histórico que trae consigo diversos elementos que lo afectan.² No es extraño que en la defensa de su teoría se llegue al extremo de respaldar afirmaciones enérgicas como *dura lex sed lex* que puedan justificar regímenes

¹ “Además, aun cuando se dieron respuestas que justificaban la guerra con los indios, para permitir la predicación del Evangelio, se criticó y enjuició muy duramente el modo como fue llevada a cabo. Para muchos de estos teóricos, la manera de realizar la conquista invalidaba los títulos que pudiera haber de guerra justa. [...] pero también es un derecho natural, como lo quiso hacer ver Bartolomé de Las Casas, que toda comunicación de creencias tiene que ser en la paz y con medidas racionales, no por imposición. El haber efectuado una conquista de tal manera sangrienta quitaba a los españoles ese derecho de predicar”. Ver Mauricio Beuchot, *La querrela de la conquista, una polémica del siglo XVI*, 3ra. edición, México, Siglo XXI, 2004, pp. 9-10. “Por lo tanto, vale la pena recordarnos que el colonialismo se justificó sobre la base de argumentos humanitarios (la misión civilizadora). Hoy no es diferente”. Ver B.S. Chimni, *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*, *International Community Law Review* 8, No. 1, (January 2006), p. 16.

² “[La teoría jurídica pura] es ciencia jurídica, no política del Derecho. La razón por la cual apellidamos “pura” a esta doctrina del Derecho radica en que se propone como única finalidad asegurarse un conocimiento preciso del Derecho en que puede permitirse excluir de dicho conocimiento todo cuanto en rigor no integra lo que con verdad merece el nombre de Derecho. Con otras palabras: la teoría pura del Derecho aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños. Tal es lo que constituye su principio metódico fundamental. A primera vista, esto parece una verdad evidente. Pero una ojeada sobre la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desenvuelto durante el siglo XIX y lo que llevamos del XX, muestra claramente cuán alejada hállase aquélla de haber respondido a la exigencia de pureza metódica. Con ausencia del más elemental sentido crítico, ha mezclado la Ciencia del Derecho con la Psicología y la Biología, con la Ética y la Teología”. Ver Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho, El método y los conceptos fundamentales*, 2da. edición, México, Colofón, 2015, p. 17.

autoritarios.³ Lo cierto es que no se puede separar al derecho de una sociedad y otros elementos que lo afectan tales como la política, la sociedad y la economía pues éstos lo determinan.

En concreto, una propuesta que deriva de este trabajo es desarrollar y generar en los estudiosos del derecho un análisis crítico sobre la interpretación y decisión de los tribunales internacionales respecto del uso de la dicotomía público/privado. Esto se logrará cuando de la lectura de un laudo o decisión internacional se cuestionen las premisas de las que parten los razonamientos jurídicos, así como la pertinencia del uso de este tipo de herramientas interpretativas por parte del órgano judicial objeto del análisis. Es decir, se debe mirar con sospecha la aplicación de instrumentos interpretativos, en este caso, la distinción público/privado, sin aceptar categóricamente los razonamientos esgrimidos por los órganos judiciales que justifican su aplicación. En este trabajo se abordó el uso de la dicotomía público/privado y se procedió a determinar si su aplicación genera una diferencia, o por el contrario, se pudo haber obtenido el mismo resultado prescindiendo de dicha distinción. No se trata de criticar por el mero ejercicio de hacerlo sino ser propositivos sobre el curso de acción que un tribunal pudo haber adoptado en su razonamiento jurídico. La finalidad es prescindir de elementos redundantes que muchas veces tornan complicado y confuso al Derecho y a su interpretación, y con ello, lograr cierta objetividad en su aplicación.

Tengamos en consideración que las personas que deciden las controversias internacionales atienden no sólo lo estipulado en el instrumento jurídico que les da autoridad para resolver los diferendos, sino también diversos intereses y preferencias según su formación y antecedentes culturales, laborales y académicos. Examinar al derecho y las decisiones de los tribunales internacionales a la luz de las premisas que se mencionan, será significativo para despertar un sentido crítico que logre cumplir la propuesta que en este trabajo se formula.

³ “[La teoría jurídica pura] aspira a exponer el Derecho tal como es, sin legitimarlo por su justicia ni descalificarlo por su injusticia; preguntarse por el Derecho real y posible, no por el Derecho justo. En este sentido, es una teoría radicalmente realista. Rechaza toda valoración, todo juicio en torno al Derecho positivo. Como ciencia, no se siente obligada más que a conocer el Derecho positivo en su esencia, y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura”. Ver *ibidem*, pp. 27-28.

CONCLUSIONES

1. En el ámbito jurídico, el uso de la dicotomía público/privado se ha extendido y popularizado no sólo en el Derecho en general, sino también en otras áreas particulares del Derecho como el DIP y en los llamados regímenes autónomos, tal como en el DII.

2. Si bien en el DII es frecuente encontrarnos con la distinción público/privado de las actuaciones del Estado en el análisis jurídico e interpretativo de los tribunales, de una observación detenida y profunda se constata que en realidad no se trata de una práctica generalizada, y más bien está limitada a ciertos rubros y contextos particulares que dependen en gran medida del instrumento objeto de interpretación.

3. Al inicio de la investigación se partió de la hipótesis de que el uso del binomio público/privado no resultaba necesario en todos los rubros en los que se ha aplicado. Además, también se consideró que según el régimen jurídico del cual deriva la controversia –TBI, TLCAN o TCE–, la utilización variaría y conllevaría a resultados diversos. Al respecto, las siguientes conclusiones confirman dichas hipótesis.

4. En el marco de tribunales establecidos conforme a TBI, se pone de manifiesto que la utilización de la bifurcación público/privado es más amplia y abarca rubros que van desde las definiciones de inversión e inversionista, así como disposiciones sustantivas tales como la cláusula paraguas, el estándar TJE y la obligación de expropiación. El uso de la distinción público/privado incluso se ha presentado en el rubro de ejecución de laudos.

4.1 Aunque de manera aislada, el uso de la bifurcación público/privado por tribunales al amparo de TBI se ha presentado en la determinación de la jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae*. En dichos casos su utilización parece llevar a resultados contradictorios y jurídicamente injustificables.

4.2 En cuanto a las disposiciones sustantivas, *i.e.*, la cláusula paraguas, el principio de TJE y el estándar de expropiación, resulta importante enfatizar que es en esta área en la que la aplicación de la dicotomía público/privado por parte de los tribunales de TBI se presentó de forma frecuente.

4.2.1 El común denominador que se detectó en cuanto al uso de la distinción público/privado en disposiciones sustantivas por parte de los tribunales de TBI, es que en todos esos casos existía un contrato como elemento subyacente del objeto de

la reclamación.

4.2.2 No estamos de acuerdo con el uso y aplicación de la distinción público/privado en el ámbito de disposiciones sustantivas dado que su empleo puede prestarse a resultados arbitrarios. Hay que tener en cuenta que, del lenguaje de la normativa no se desprende que exista margen para invocar el uso de la dicotomía público/privado. Además, en una relación contractual las actuaciones de las partes deben regirse conforme a lo estipulado en el contrato.

4.2.2.1 Es evidente que si existe una situación que afecta el vínculo contractual por conductas distintas y ajenas a las partes contratantes y que atañen directamente al gobierno, éstas podrían ser susceptible de un procedimiento inversionista-Estado. Por otra parte, si las partes contratantes se conducen dentro de los parámetros establecidos en el contrato, cualquier incumplimiento de éste debe evaluarse conforme a lo establecido en dicho instrumento. Por ello, consideramos innecesaria la utilización del binomio público/privado en el análisis de una relación contractual.

4.3 Por lo que hace a las normas secundarias relativas a la responsabilidad estatal, en contraposición de las normas primarias o normas sustantivas, los tribunales derivados de TBI también han recurrido al uso de la bifurcación público/privado. La aplicación de la dicotomía público/privado se ha centrado en el elemento de atribución, y se usa como herramienta legal para determinar si la conducta o actos de ciertas personas o entidades pueden ser asimilados a actuaciones del Estado.

4.3.1 A pesar de que existe consenso por parte de la CDI de que el uso de la bifurcación es injustificable en el análisis del artículo 4 de los Artículos de la CDI, existen casos en los que los tribunales arbitrales han recurrido a su utilización. Este proceder es cuestionable dado que los creadores mismos de la norma han confirmado a través de la opinión de los Estados, la insignificancia de su uso.

4.3.2 Los casos de tribunales establecidos conforme a TBI parecen reconocer que la redacción del artículo 5 de los Artículos de la CDI permite la aplicación de la distinción público/privado en su análisis. Lo anterior, en la medida en que dicha disposición versa sobre la atribución de las conductas de personas y entidades que ejercen facultades gubernamentales, lo cual se circunscribe al terreno de lo público.

Cualquier otro tipo de actividad, particularmente comercial, se colocaría en el ámbito de lo privado. Por ello, el empleo de la distinción público/privado en el ámbito del artículo 5 de los Artículos de la CDI es extensivo.

4.3.3 El uso de la distinción público/privado también se ha presentado –aunque con mucho menor frecuencia–, en el contexto del artículo 8 de los Artículos de la CDI relativo a la atribución de conductas de personas o grupo de personas que actúan bajo la dirección o control del Estado. Al respecto, consideramos que la utilización de la bifurcación público/privado es innecesaria dado que la estructura de norma misma (instrucciones, dirección o control del Estado) excluye la posibilidad de que las personas actúen con un carácter público.

4.4 En el contexto de las inmunidades, en particular la inmunidad de ejecución para el caso del DII, la utilización de la bifurcación público/privado tiene especial importancia dado que es empleada de manera usual en dicha área. En los casos en los que los inversionistas han intentado ejecutar los laudos ante las cortes domésticas, éstas reconocen que la ejecución sólo puede realizarse respecto de bienes estatales que no sean objeto de funciones gubernamentales, en oposición a los bienes destinados a actividades comerciales.

5. En el ámbito de los tribunales del TLCAN el balance del uso de la bifurcación público/privado es distinto. En general, se evidencia la ausencia de su utilización.

5.1 La ausencia del uso de la distinción público/privado por los tribunales derivados del TLCAN se explica porque normalmente el uso de este binomio se presenta cuando existe una reclamación que involucra el incumplimiento de un contrato, y en el TLCAN las reclamaciones contractuales se encuentran en principio excluidas de su alcance.

5.1.1 La distinción *jure imperii* y *jure gestionis* se intentó aplicar de forma aislada por parte de un árbitro disidente en la interpretación sobre el alcance de lo que constituye una compra del sector público. Lo anterior, a efectos de evitar excluir ciertas reclamaciones que por términos expresos del TLCAN no son aplicables a las compras del sector público. Estamos en desacuerdo con la opinión del árbitro disidente y estimamos que en esta área el uso de la distinción público/público privado es innecesaria para el análisis jurídico.

5.2 Por lo que hace a las normas secundarias relativas a la responsabilidad del Estado, en el TLCAN la distinción público/privado también se ha utilizado. Sin embargo, es de hacer

notar que ésta no ha surgido en el ámbito del derecho consuetudinario internacional, sino con base la normativa especial del Capítulo XV estipulada en el TLCAN.

5.2.1 Con base en el párrafo 3 del artículo 1502 y el párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN –que operan con carácter de *lex specialis*–, se debe determinar si el monopolio privado o gubernamental o una empresa estatal actúan de conformidad con las obligaciones sustantivas del Capítulo XI del TLCAN cuando ejercen facultades reglamentarias, administrativas y otras funciones gubernamentales.

5.2.1.1 El lenguaje utilizado en el párrafo 3 del artículo 1502 y el párrafo 2 del artículo 1503 del TLCAN, da margen para que los tribunales apliquen la distinción entre actos gubernamentales y comerciales de las entidades objeto de análisis. De hecho, ese ha sido el proceder de los casos ventilados en el TLCAN en los que se ha reclamado la violación a los artículos del Capítulo XV antes referidos.

5.2.1.2 En la medida en la que las disposiciones pertinentes haga referencia al carácter gubernamental de las actuaciones, se justifica la utilización de la distinción público/privado para determinar si el acto objeto de análisis es público, en contraposición a una conducta comercial o privada.

6. En los casos del TCE la aplicación del binomio público/privado tampoco ha tenido eco por parte de los tribunales. Lo anterior, a pesar de que el TCE prevé la cláusula paraguas por la cual es posible reclamar el incumplimiento de obligaciones contractuales. En este sentido, resulta cuestionable que la distinción público/privado no se haya presentado.

6.1 La ausencia de la utilización de la dicotomía público/privado en los casos del TCE puede explicarse porque las partes en la controversia no han conferido relevancia a la formulación de dicha distinción y, cuando lo han hecho, los tribunales han omitido darle importancia o incluso han rechazado su aplicación.

6.2 Las dos premisas anteriores se confirman con los casos que han involucrado el análisis de las normas secundarias sobre responsabilidad estatal, en particular el artículo 5 de los Artículos de la CDI, en el que los tribunales han mostrado desinterés en aplicar la distinción público/privado e inclusive han rechazado su utilidad.

7. La bifurcación público/privado opera como un instrumento interpretativo que permite robustecer el razonamiento jurídico de los tribunales a fin de justificar las conclusiones que adopta.

Sin embargo, consideramos que la inclusión este tipo de instrumentos en el análisis legal de las disposiciones de un tratado únicamente se justifica cuando su aplicación permite dar mayor claridad al examen jurídico de la normativa objeto de interpretación. Si dicha finalidad no se logra, resulta improcedente recurrir al uso de esta herramienta interpretativa.

8. El haber procedido a realizar un análisis segmentado entre los casos derivados de TBI, del TLCAN y del TCE permitió distinguir de forma particular y clara como se condujeron los tribunales en cada uno de esos contextos y determinar si los rasgos distintivos de esos instrumentos explican conclusiones diferentes respecto de la utilización de la distinción público/privado.

9. Como todo trabajo de investigación, éste no culmina con el análisis presentado. Por el contrario y dado el carácter dinámico del DII, resultará oportuno examinar la evolución que adopte el uso de la distinción público/privado en los casos venideros. Debido a que el número de casos en materia de inversiones ha crecido exponencialmente, el análisis jurídico del empleo del binomio público/privado –así como otras herramientas interpretativas– se antoja no sólo deseable sino adecuado, especialmente si se considera la escasa literatura existente en el país.

REFERENCIAS

Libros:

- Albert O. Hirschman, *Interés privado y acción pública*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Andrea Bianchi, The Game of Interpretation in International Law: The Player, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle, en Andrea Bianchi, Daniel Peat, and Matthew Windsor, *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Andrew Clapham, *Human Rights: A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press, 2007.
- Carole Pateman, *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory*, Stanford, California, Stanford University Press, 1990.
- Crawford; Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd Edition, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 2018.
- Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 63 edición, México, Porrúa, 2013.
- Florian Grisel, *The Sources of Foreign Investment Law*, en Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E. Viñuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, New York, Oxford University Press, 2014.
- Frédérique Lozanorios, “Le règlement des différends relatifs aux investissements dans le domaine énergétique”, dans Stéphane Doumbé-Billé, ed., *Défis Énergétiques et Droit International*, Droit International. Dossiers, Bruxelles: Larcier, 2011.
- Freya Baetens, “No Law Is an Island, Entire of Itself - How International Investment Law Interacts with Other Fields of Public International Law”, en *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*, Editado por Freya Baetens, New York, Cambridge University Press, 2013.
- Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, El método y los conceptos fundamentales, 2da. edición, México, Colofón, 2015.
- J. W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, New York, Oxford University Press, 2000.
- James Crawford y Luis Fonseca, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, Texto y Comentarios*, Madrid, Dykinson, 2004.
- Joost Pauwelyn, “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, en Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E. Viñuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, New York, Oxford University Press, 2014.
- Jorge E. Viñuales, “Vers un Droit International de l'énergie: Essai de Cartographie”,

- Mélanges En L'honneur Du Professeur Jean-Michel Jacquet: Le Droit Des Rapports Internationaux Économiques et Privés*, Paris, LexisNexis, 2013.
- José Ovalle Favela, *Derecho Procesal Civil*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2011, p. 111; Aaron Xavier Fellmeth and Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
 - Jürgen Habermas, *Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Cambridge, Massachussets, MIT Press, 1991.
 - Juan Manuel Gómez-Robledo. Fifth report on the provisional application of treaties. International Law Commission. Seventieth session, (Geneva: General Assembly, A/CN.4/718, February 20, 2018).
 - M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
 - Mario Vargas Llosa, *La civilización del espectáculo*, Madrid, Punto de Lectura, 2000, pp. 153-4.
 - Martin Loughlin, The Nature of Public Law, en Amhlaigh, Michelon, and Walker.
 - Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, New York, Cambridge University Press, 2006.
 - Martti Koskenniemi. Report of the Study Group of the International Law Commission “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, (Geneva: General Assembly, A/CN.4/L.682, August 1, 2006).
 - Mauricio Beuchot, La querrela de la conquista, una polémica del siglo XVI, 3ra. edición, México, Siglo XXI, 2004.
 - Maurizio Fioravanti, *Público Y Privado*, Los principios fundamentales de la Constitución, trad. Javier Espinoza de los Monteros, México, Porrúa, 2017.
 - Michael Warner, *Público, Públicos y Contrapúblicos*, trad. de Victoria Schussheim, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
 - Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad: Por una teoría general de la política*, traducción de José F. Fernández Santillán, Breviarios; 487, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
 - Peter Cameron, *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*, New York, Oxford University Press, 2010.
 - Peter Van Den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 4th Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
 - R. C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, New York, Cambridge University Press, 1995.
 - Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012.
 - Thornhill, Chris, Public Law and the Emergence of the Political en Cormac Mac Amhlaigh, Claudio Michelon, and Neil Walker, *After Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
 - Ulf Linderfalk, On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Países Bajos, Springer, 2017.

- Walter Ullmann and Harold Dexter Hazeltine, *The Medieval Idea of Law As Represented by Lucas De Penna: A Study in Fourteenth-century Legal Scholarship*, London, Routledge, 2011.
- William Lucy, Private and Public: Some Banalities About a Platitude en Cormac Mac Amhlaigh, Claudio Michelon, and Neil Walker, *After Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- William Lucy and Alexander Williams, “Public and Private: Neither Deep nor Meaningful?”, en Kit Barker and Darryn Jensen *Private Law: Key Encounters with Public Law.*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, New York, Cambridge University Press, 2012.

Revistas:

- A. Fatouros, “An International Legal Framework for Energy”, in RCADI, t. 332, 2007.
- Alain Supiot, “The Public–Private Relation in the Context of Today’s Refeudalization”, *International Journal of Constitutional Law* 11, no. 1 (January 1, 2013).
- Alex Mills, “Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration”, *Journal of International Economic Law* 14, no. 2 (June 1, 2011).
- Anthea Roberts, “State-To-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority”, *Harvard International Law Journal* 55, no. 1 (2014).
- Anthea Roberts, “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, *American Journal of International Law* 107, no. 1 (January 2013).
- Aron Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Volume 136)”, December 31, 1972.
- Barnali Choudhury, “International Investment Law as a Global Public Good”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, November 27, 2012).
- B.S. Chimni, “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, *International Community Law Review* 8, No. 1, (January 2006)
- Carol Harlow, “‘Public’ and ‘Private’ Law: Definition Without Distinction”, *The Modern Law Review* 43, no. 3 (May 1, 1980).
- Caroline Foster, “A New Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as ‘Internationalized Public Law’”, *International & Comparative Law Quarterly* 64, no. 2 (April 2015).
- Christopher Stone, “Corporate Vices and Corporate Virtues: Do Public/Private Distinctions Matter”, *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (June 1, 1982).
- Duncan Kennedy, “Stages of the Decline of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (June 1, 1982).
- Gus Van Harten, “The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”, *International & Comparative Law Quarterly* 56, no. 2 (April 2007).
- Gérard Giordanengo, “De l’usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge”, *Cahiers de recherches médiévales et humanistes. Journal of medieval and humanistic studies*, no. 7 (February 15, 2000).
- Gregory Messenger, “The Public–private Distinction at the World Trade Organization:

Fundamental Challenges to Determining the Meaning of ‘public Body,’” *International Journal of Constitutional Law* 15, no. 1 (January 1, 2017).

- Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, and Shelley Wright, “Feminist Approaches to International Law”, *American Journal of International Law* 85, no. 4 (October 1991).
- Ingo Venzke, “Investor-State Dispute Settlement in TTIP from the Perspective of a Public Law Theory of International Adjudication”, *The Journal of World Investment & Trade* 17 (June 2, 2016).
- Joost Pauwelyn, “Treaty Interpretation or Activism? Comment on the AB Report on United States – ADs and CVDs on Certain Products from China”, *World Trade Review* 12, no. 2 (April 2013).
- Lorenzo Casini, “‘Down the Rabbit-Hole’: The Projection of the Public/Private Distinction beyond the State”, *International Journal of Constitutional Law* 12, no. 2 (April 1, 2014).
- Martti Koskenniemi and Päivi Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law* 15, no. 3 (September 2002).
- Michel Rosenfeld, “Rethinking the Boundaries between Public Law and Private Law for the Twenty First Century: An Introduction”, *International Journal of Constitutional Law* 11, no. 1 (January 1, 2013).
- Morton Horwitz, “History of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (June 1, 1982).
- Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn, “Non-discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, *The American Journal of International Law* 102, no. 1 (2008).
- Paul Abel, State Immunity, 11 Int'l & Comp. L.Q. 840, 841 (1962).
- Ralf Michaels, “International Arbitration as Private or Public Good”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, July 27, 2017).
- Stephanie Palmer, “Public Functions and Private Services: A Gap in Human Rights Protection”, *International Journal of Constitutional Law* 6, no. 3–4 (July 1, 2008).
- Thomas Buergenthal, “Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?”, *Leiden Journal of International Law* 14, no. 2 (June 2001).
- Tracy Higgins, “Reviving the Public/Private Distinction in Feminist Theorizing Symposium on Unfinished Feminist Business”, 75 *Chicago-Kent Law Review*, 847, (January 1, 1999).
- William Dodge, “The Public-Private Distinction in the Conflict of Laws”, *Duke Journal of Comparative & International Law* 18, no. 2 (April 1, 2008).
- William Park, “Private Disputes and the Public Good: Explaining Arbitration Law”, *American University International Law Review* 20, no. 5 (January 1, 2005).
- Zachary Douglas, “State Immunity for the Acts of State Officials”, *British Yearbook of International Law* 82, no. 1 (January 1, 2012).
- Zachary Douglas, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, *British Yearbook of International Law*, Volume 74, issue 1.

Recursos electrónicos:

- Andrea Bianchi, On Certainty. Blog of the European Journal of International Law. Home, EJIL, Analysis. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/on-certainty/#more-4504>. Última visita el 24 de febrero de 2019.

- Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Disponible en: <https://sccinstitute.com/>. Última visita el 6 de marzo de 2019.
- Blog of the European Journal of International Law, Andrea Bianchi, Engaging with Theory – Why Bother? Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/engaging-with-theory-why-both/>. Última visita el 4 de abril de 2017.
- Brigitte Bargetz, “The Politics of the Everyday: A Feminist Revision of the Public/Private Frame. Institute for Human Sciences. Disponible en: <http://www.iwm.at/publications/5-junior-visiting-fellows-conferences/vol-xxiv/the-politics-of-the-everyday/>. Última visita el 24 de febrero de 2019.
- Joost Pauwelyn, “Fragmentation of International Law”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford Public International Law. Disponible en: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406>. Última visita el 24 de febrero de 2019.
- Margaret A. Young, “Fragmentation - International Law. Oxford Bibliographies. Disponible en: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0113.xml>. Última visita el 24 de febrero de 2019.
- Oxford Academic. International Journal of Constitutional Law. Volume 11, Issue 1, January 2013. Disponible en: <https://academic.oup.com/icon/issue/11/1>. Última vista el 6 de marzo de 2019.
- Profiting from Injustice, How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Corporate Europe Observatory, Exposing the power of corporate lobbying in the EU. Disponible en: <https://corporateeurope.org/international-trade/2012/11/profitting-injustice>. Última visita el 23 de marzo de 2017.
- Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UKdVNIL>. Última visita el 24 de febrero de 2019.
- Real Academia Española. Inicio/Consulta lingüística/Preguntas frecuentes/Los ciudadanos y las ciudadanas, los niños y las niñas. Última visita el 24 de febrero de 2019.
- Real Academia Española. Inicio/Recursos/Diccionarios/Diccionario panhispánico de dudas. Disponible en: <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=Tr5x8MFOuD6DVTIDBg>. Última visita el 30 de septiembre de 2018.
- University of Pennsylvania Law School. Legal Scholarship Repository. Home/Penn Law Journals/Penn Law Review/Vol. 130 (1981-1982)/Iss.6 (1982). Articles. Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol130/iss6/. Última vista el 6 de marzo de 2019.

Textos Legales:

- Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Islámica de Paquistán sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones.
- Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
- Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición;
- Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio;
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
- Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación

- Acuerdo sobre Salvaguardias
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 19 de junio de 1958.
- Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Publicado en el DOF el 20 de diciembre de 1993.
- Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 28 de agosto de 1998.
- Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Dinamarca para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en la Ciudad de México, el trece de abril de dos mil. Publicado en el DOF el 30 de noviembre del 2000.
- Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Suecia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en la ciudad de Estocolmo, el tres de octubre de dos mil. Publicado en el DOF el 27 de julio de 2001.
- Decreto Promulgatorio del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos, suscrito en la Ciudad de México, el trece de mayo de mil novecientos noventa y ocho. Publicado en el DOF el 10 de julio de 2000.

Casos:

Corte Internacional de Justicia

- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, I.C.J. Reports 2007 Judgment of February 26, 2007 (2007), párrafo 203.
- *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans y Buergenthal*, I.C.J. Reports 2002.
- *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, 1. C. J. Reports 1980, p. 29.
- International Court of Justice, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, 13 February, 2019.
- International Court of Justice, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, 13 February 2019, párrafo 80.

Casos inversionista-Estado derivados de TBI

- *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011.
- *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, 28 October 2011.
- *AIG Capital Partners, Inc and CJSC Tema Real Estate Company Limited vs. the Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, Judgment of the English High Court of Justice on Enforcement, 20 October 2005.

- *AIG Capital Partners, Inc and CJSC Tema Real Estate Company Limited vs. the Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, Judgment of the English High Court of Justice on Enforcement, 20 October 2005.
- *Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/1, Award, 18 January 2019.
- *AWG Group Ltd. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Liability, 30 July 2010.
- *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006.
- *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009.
- *BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, UNCITRAL, Award, 24 December 2007.
- *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008.
- *Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012.
- *Cargill, Incorporated v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/2, Award, 5 March 2008.
- *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.
- *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, CIRDI Aff. N° ARB/00/6, Sentence Arbitrale, *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.
- 22 décembre 2003.
- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina*, Decisión sobre la Anulación (ICSID Case No. ARB/97/3) (2000).
- *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, CIRDI Aff. N° ARB/00/6, Sentence Arbitrale, 22 décembre 2003.
- *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016.
- *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008.
- *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009.
- *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006.
- *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre de 2000.
- *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/97/7, 25 de enero de 2000.
- *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc, Partial Award and Dissenting Opinion, 19 August 2005.
- *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc, Partial Award and Dissenting Opinion, 19 August 2005.
- *Fedax N.V. and The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997.
- *Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018.

- *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Final Award, 16 September 2003.
- *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014.
- *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, párrafo 347 (iii).
- *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005.
- *InterTrade Holding GmbH v. Czech Republic*, PCA Case No. 2009-12, Separate Opinion of Henri Alvarez, 29 May 2012.
- *InterTrade Holding GmbH v. The Czech Republic*, Final Award, (PCA Case No. 2009-12).
- *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004.
- *La République d'Italie c. La République de Cuba*, Arbitrage ad'hoc, Opinion dissidente de M. l'arbitre Attila Tanzi, 15 juillet 2008.
- *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final award, Jul. 1, 2004.
- *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Concurring and Dissenting Opinion, 8 July 2016.
- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.
- *Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003.
- *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/01, Award, 21 July 2017.
- *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine, Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1.
- *Valores Mundiales, S.L. and Consorcio Andino S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/13/11, Award, 25 July 2017.
- *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009.

Casos inversionista-Estado en el TLCAN

- *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, 25 August 2014.
- *Apotex Inc. v. United States*, ICSID Case No. UNCT/10/2, Award on Jurisdiction and Admissibility, 14 June 2013.
- *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007.
- *Bayview Irrigation District and others c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1, Laudo, 19 June 2007.

- *Canfor Corporation and others v. United States of America*, UNCITRAL, Decision of Preliminary Question, 6 June 2006.
- *Cargill, Incorporated c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009.
- *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 15 de enero de 2008, párrafos 162-3.
- *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, Award, 2 August 2010.
- *Eli Lilly and Company v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017.
- *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 24 June 1998.
- *GAMI Investments, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004.
- *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 8 June 2009.
- *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011.
- *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006.
- *International Thunderbird Gaming Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Opinion separada de Thomas Wälde, 1 de diciembre de 2005.
- *Legacy Vulcan, LLC c. los Estados Unidos Mexicanos* (ICSID Case No. ARB/19/1).
- *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Arbitration No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008.
- *Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002.
- *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 March 2018.
- *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, ICSID Administrated, Award, 31 March 2010.
- *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016.
- *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000.
- *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Partial Award, 7 August 2002.
- *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and on Principles of Quantum, 22 May 2012.
- *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB/15/6, Procedural Order No. 9, 11 December 2018.
- *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002.
- *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award in Respect of Damages, 31 May 2002.
- *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase

- 2, 10 April 2001.
- *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999.
 - *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000.
 - *State Enterprise "Energorynok" (Ukraine) v. Republic of Moldova*, SCC Case No. V (2012/175), Final Award, 29 January 2015.
 - *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 January 2008.
 - *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on Jurisdiction, 5 January 2001.
 - *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. United States of America* (ICSID Case No. ARB/16/21).
 - *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007.
 - *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on Jurisdiction, 22 November 2002.
 - *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, PCA Case No. 55798, Award (Redacted), 15 September 2011.
 - *Waste Management Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo, 26 de junio de 2002.
 - *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015.
 - *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award, 27 September 2016, párrafo 352.

Casos inversionista-Estado en el TCE

- *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömi Kft. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010.
- *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/08/13, Excerpts of Award, July 12, 2012).
- *Anatolie Stati and others v. Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. V116/2010, Award, 19 December 2013.
- *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 December 2016.
- *Cem Cengiz Uzan v. Republic of Turkey*, SCC Case No. V 2014/023, Award on Respondent Bifurcated Preliminary Objection, 20 April 2016.
- *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017.
- *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, November 30, 2012.
- *G Group Plc. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Dissenting Opinion of Justice John Roberts and Justice Anthony Kennedy, 5 March 2014.
- *Greentech Energy Systems A/S and others v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2015/150,

- Final Award, 14 November 2018.
- *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014.
 - *Isolux Infrastructure Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2013/153, Award, 12 July 2016.
 - *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on the Merits, 2 March 2015.
 - *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008.
 - *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award, June 22, 2010.
 - *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Arbitration No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008.
 - *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*, SCC Case No. V064/2008, Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009.
 - *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005.
 - *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, Arbitral Award, 16 December 2003.
 - *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Award, Mar 29, 2005.
 - *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, Aug 27, 2008.
 - *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016.
 - *State Enterprise "Energorynok" (Ukraine) v. Republic of Moldova*, SCC Case No. V (2012/175), Final Award, 29 January 2015.
 - *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final Award, 18 July 2014.
 - *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014.
 - *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007.
 - *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award (March 03, 2010).

Casos OMC

- Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, WT/DS44/R, adoptado el 22 de abril de 1998.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes del Japón*, WT/DS244/AB/R, adoptado el 9 de enero de 2004.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias sobre*

determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India, WT/DS436/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2014.

- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias sobre determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India*, WT/DS436/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2014.

Comisiones Mixtas de Reclamación México – EE. UU.

- *H. G. Venable (U.S.A.) v. United Mexican States*, July 8, 1927, Concurring opinion of Fernández MacGregor.
- *Illinois Central Railroad Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, March 31, 1926.
- *International Fisheries Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, July — , 1931, Dissenting Opinion, Nielsen.
- *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, October 15, 1926.
- *Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States*, November 23, 1926.