

**EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO ANFITRIÓN Y DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO AL
ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN**

Ricardo Padilla Parot¹

Benjamín Silva Aldana²

RESUMEN

El presente trabajo consiste en un revisión y estudio del consentimiento en el arbitraje inversionista-estado. La finalidad es abordar ciertos conceptos relevantes en relación con la forma y operatividad del consentimiento tanto de los estados soberanos como de los inversionistas extranjeros para someterse a arbitraje en materia de Derecho de Inversión. Para ello, hemos abordado el consentimiento en dos etapas. *La primera*, aborda la etapa inicial o de formación del consentimiento por medio de la revisión de los mecanismos a través de los cuales se perfecciona el consentimiento de las partes, con un énfasis en los posibles límites al consentimiento de los Estados soberanos. *La segunda*, aborda la operatividad del consentimiento de los Estados soberanos una vez iniciado el arbitraje, con un énfasis en la potencial “expansión” del consentimiento por medio de la cláusula de Nación Más Favorecida. Finalmente, se aborda la posibilidad de presentar demandas reconventionales en el arbitraje inversionista-estado. De la revisión, se concluye que el consentimiento en el arbitraje inversionista-estado contiene ciertas particularidades, propias de ese tipo de mecanismo de solución de controversias; siendo una de las razones -de muchas- que la diferencia del arbitraje comercial internacional.

PALABRAS CLAVE

Derecho de Inversión – Consentimiento - Jurisdicción – ISDS – CIADI.

¹ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Máster en Derecho Civil Patrimonial por la Universidad Diego Portales. LL.M International Dispute Resolution - King’s College London, Reino Unido. Profesor de Derecho Privado de la Universidad Diego Portales, Chile. Asociado Senior en Carey & Cía.

² Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídica por la Universidad del Desarrollo. LL.M International Dispute Resolution - King’s College London, Reino Unido. Asociado Senior en Jana & Gil Dispute Resolution.

ABSTRACT

This paper consists of a review and study of consent in investor-state arbitration. This paper aims to address certain relevant concepts in connection with the formation and operation of consent of sovereign states and foreign investors to submit to arbitration investment disputes. To obtain said objective, we have approached consent in two stages. First, the paper reviews the initial stage or the formation of consent by studying the different mechanisms through which consent of the parties can be formed, with an emphasis on the possible limits to consent of sovereign States. Second, there is a review of the operation of consent of sovereign States once the arbitration has started, with an emphasis on the potential “expansion” of consent through the Most Favoured Nation clause. Finally, the possibility of filing counterclaims in investor-state arbitration is addressed. The study concludes that consent in investor-state arbitration contains certain peculiarities, typical of this type of dispute resolution mechanism; being one of the -many- differences in comparison with international commercial arbitration.

KEYWORDS

Investment Law – Consent – Jurisdiction – ISDS – ICSID.

1. INTRODUCCIÓN.

Hasta mediados del Siglo XX, los particulares no podían demandar directamente a un Estado extranjero por violaciones al derecho internacional. En su lugar, estos privados (personas naturales o jurídicas), debían solicitar a sus respectivos gobiernos que se hicieran cargo de las potenciales reclamaciones en su nombre. Es lo que se denomina *protección diplomática*.

Sin embargo, la protección diplomática depende enteramente de la voluntad del Estado del cual es nacional el sujeto que ha sido vulnerado en sus derechos. Así, la protección de los derechos de dicho nacional dependían de la agenda política, económica o de otra consideración del Estado, las que normalmente en nada se relacionaban con el fondo de la potencial disputa³.

³ REDFERN y HUNTER (2015), pp. 441 – 444.

No fue sino hasta la entrada en vigor del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados en 1966 (el “Convenio CIADI” o el “Convenio”), que se inició una fuerte reforma en los mecanismos de solución de conflictos Inversionista-Estado. Por medio de este tratado multilateral, se estableció el derecho para reclamar directamente al Estado Anfitrión de la inversión a través del arbitraje; sin encontrarse sujeto aquel derecho a las consideraciones políticas inherentes de la protección diplomática.

Sin embargo, para que el arbitraje pueda ser empleado como un foro para la resolución de controversias, el consentimiento del Estado Anfitrión y del Inversionista, resultan una condición indispensable para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral internacional llamado a conocer y decidir la disputa entre las partes.

El caso resuelto por el tribunal de *ST-AD GmbH c. Bulgaria (2011)*, es un buen punto de partida para reflexionar sobre la importancia de este requisito:

“Es de suma importancia no olvidar que ningún participante de la comunidad internacional, ya sea un Estado, una organización internacional o una persona natural o jurídica, tiene un derecho inherente de acceso a un recurso jurisdiccional. Al igual que un Estado no puede demandar a otro Estado a no ser que exista un consentimiento específico a tal efecto -como, por ejemplo, mediante una declaración que reconozca como obligatoria la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”)- del mismo modo, **en el marco de los de los TBIs, los inversionistas no pueden intervenir a nivel internacional contra los Estados para el reconocimiento de sus derechos, a menos que éstos les hayan otorgado estos derechos en las condiciones que ellos mismos determinen.** Un tribunal arbitral -al igual que la CIJ o cualquier otro tribunal internacional- no tiene una jurisdicción general; sólo tiene una “competencia de atribución”, que debe respetar los límites previstos por los Estados”⁴.

De allí que el Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI, describan al consentimiento como “*la piedra angular de la jurisdicción del Centro*”⁵. Ahora bien, aún fuera del

⁴ ST-AD GmbH (Germany) v. The Republic of Bulgaria (2013), párrafo 349. Traducción libre de los autores.

⁵ SCHREUER et al. (2009), p. 190.

contexto del Convenio, y siguiendo en este punto a George R. Delaume, es posible asentar que el alcance y modelamiento de dicho consentimiento quedará siempre a discreción de las partes.

Entonces, la obligación de someter una disputa a arbitraje sólo puede surgir después de que la oferta de arbitraje formulada por el Estado haya sido aceptada por el inversionista en cuestión. Con todo, quedará a la entera discreción de los Estados Anfitriones el tipo de controversias de inversión que considerarán arbitrables⁶.

El objetivo de estas páginas es modesto. Los autores pretenden acercar al lector no especializado en arbitrajes de inversión, a la operatividad y mecánica del consentimiento de los Estados soberanos y los inversionistas en este tipo de procesos. Para ello, los autores han escogido ciertos temas centrales en relación al consentimiento. *En primer lugar*, la forma en que los Estados presentan su consentimiento; *en segundo lugar*, el alcance del consentimiento otorgado por el Estado y; *en tercer y último lugar*, el consentimiento del inversionista a ser contra demandado.

La hoja de ruta propuesta para lo anterior se divide en la revisión de qué constituye el consentimiento al arbitraje Inversionista-Estado (2); formas de otorgar el consentimiento y sus manifestaciones (3); el alcance del consentimiento otorgado por los Estados (4); condiciones al consentimiento: requerimientos procesales (5); “importación” del consentimiento por medio de la cláusula de la Nación Más Favorecida (6); el consentimiento del inversionista a ser contrademandado (7) y; por último, terminaremos con algunas consideraciones finales en torno a lo expuesto (8).

2. QUÉ CONSTITUYE EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO.

Bien sabemos que el consentimiento, más allá de la tradición jurídica de un determinado sistema, es un elemento esencial en diversas instituciones jurídicas. El arbitraje internacional no constituye en este punto una excepción. Únicamente, por medio del consentimiento de las partes, es que un tribunal internacional dispondrá de jurisdicción para decidir una controversia. Jurisdicción que, además, podrá ser limitada por las partes *rationae temporis*, *rationea materia* o *rationae persona*.

En materia de disputas entre Estados soberanos en general, y en el arbitraje de inversión en particular, el consentimiento es un requisito al que se le presta aún más atención. La respuesta

⁶ DELAUME (1983), p. 785.

al porqué de lo anterior es sencilla: los Estados soberanos, al someterse a un sistema de resolución de controversias, renuncian en parte a su soberanía. Esta renuncia se acentúa aún más cuando el mecanismo de resolución de controversias es el arbitraje internacional bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”), pues, la decisión jurisdiccional en esos procesos, escapa a los tribunales domésticos de dicho Estado.

El estudio del consentimiento en materia de arbitraje internacional presenta un elemento de interés adicional. Como veremos, en general, los Estados realizan ofertas para someterse a arbitrajes internacionales como mecanismo de solución de controversias a un número más o menos indeterminado de personas. Y esta oferta indeterminada, precisamente por su amplitud, puede ser – o más bien generalmente lo es – calificada. Esto quiere decir que los Estados incluyen en dichas ofertas de arbitrajes ciertas condiciones para someter una disputa a arbitraje internacional o ciertas condiciones para que un inversionista puede beneficiarse de la protección sustantiva de un tratado.

Cabe destacar, que, en la operatividad del sistema de arbitraje internacional, no solo el consentimiento del Estado merece estudio y análisis; sino que el consentimiento del inversionista extranjero también. Por regla general, el arbitraje internacional se ha entendido como una “*avenida de una sola vía*” en la que el inversionista extranjero puede demandar, pero no puede ser demandado. En consecuencia, la posibilidad del Estado de presentar demandas reconventionales o contra demandas en contra del inversionista ha sido limitada, ya que el consentimiento de este, no se extiende, generalmente, a ser demandado por el Estado Anfitrión.

Entonces, el consentimiento constituye la manera en que el Estado y el inversionista deciden y acuerdan someter una o más disputas a arbitraje internacional. Más adelante indicaremos las diferentes maneras en que el consentimiento puede ser manifestado. Lo que en este apartado interesa explicitar, es la forma principal en que debe ser otorgado el consentimiento de las partes: por escrito.

En general, los tratados internacionales que se refieren al consentimiento para someterse a arbitraje internacional establecen que el consentimiento debe constar por escrito.

El Convenio CIADI en su artículo 25 (1) hace mención expresa a este requisito:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión

política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que **las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro**. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”⁷.

Por su lado, el artículo 2 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”), también exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito:

“(1) Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el **acuerdo por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

(2) La expresión "**acuerdo por escrito**" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”⁸.

Que el acuerdo de arbitraje se encuentre por escrito, también se encuentra consagrado en la mayoría de las leyes de arbitraje internacional de los Estados. Por ejemplo, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), sobre arbitraje comercial internacional, que ha sido adoptada por varios países sin mayores modificaciones, contiene este requisito en su artículo 7 (2), al establecer que “*el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito*”⁹.

El requisito de la escrituración del acuerdo de arbitraje, es relevante en la operatividad del sistema de arbitraje internacional, para mayor certeza jurídica y predictibilidad del sistema. La

⁷ Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965), artículo 25 (1).

⁸ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), artículo 2.

⁹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (2006), artículo 7 (2).

certeza que de la escrituración – más allá de las diferentes formas que puede adoptar – evita iniciar procedimientos arbitrales frívolos en que no existe certeza del consentimiento a arbitrar, incurriendo en elevados costos y honorarios arbitrales.

3. FORMAS DE OTORGAR EL CONSENTIMIENTO Y SUS MANIFESTACIONES

Al constituir el arbitraje internacional de inversión un medio potestativo de resolución de conflictos, necesariamente, las dos o más partes disputantes deben otorgar su consentimiento a aquel foro. Este consentimiento es, entonces, un requisito indispensable para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral que decidirá la contienda.

Sin embargo, el modo en que se otorga el consentimiento al arbitraje de inversión – en general - difiere de la manera en que normalmente se da en el contexto del arbitraje comercial internacional¹⁰. La principal innovación en la esfera del arbitraje de inversión, es que resulta innecesario que el otorgamiento del consentimiento mutuo al arbitraje esté contenido en un - único- acuerdo contractual previo.

El consentimiento del Estado Anfitrión puede, por ejemplo, ser perfeccionado cuando el inversionista presenta una solicitud de arbitraje, independientemente del instrumento preciso en que el Estado Anfitrión haya realizado la oferta para someter la disputa a arbitraje. De igual modo, el consentimiento mutuo también puede operar de manera acumulativa. Así, cuando un contrato no contiene una cláusula arbitral, pero incorpora o remite a las disposiciones de un tratado de inversión que si dispone de aquella cláusula, sus efectos jurídicos se desplegarán y se formará el consentimiento¹¹.

Entonces, el consentimiento de un Estado Anfitrión usualmente es manifestado de distintas formas o modalidades. En doctrina y jurisprudencia internacional se han reconocido al menos tres diversas maneras:

- a. La primera, a través de un contrato suscrito entre el inversionista afectado en sus derechos y el Estado receptor de esa inversión.

¹⁰ REDFERN y HUNTER (2015), p. 458 – 461.

¹¹ LIM et al. (2021), p. 95. Con todo, siempre será posible que concurra una prórroga de la competencia, en que el consentimiento quedará formado con posterioridad al inicio del proceso arbitral.

- b. La segunda, por medio de una ley nacional dictada por el Estado Anfitrión que versa, precisamente, sobre la inversión extranjera.
- c. La tercera, a través de Tratados Internacionales de Inversión (“*TII*”), ya sean aquellos Bilaterales (“*TBP*”) o Regionales (“*TRP*”), celebrados entre el Estado Anfitrión y el Estado al que pertenece el inversionista extranjero. Esta última clase de manifestación del consentimiento, como veremos, resulta la principal fuente de otorgamiento del consentimiento para someterse a arbitraje por los Estados Anfitriones.

3.1. *Contrato entre el Estado Anfitrión y el Inversionista Extranjero.*

Un acuerdo directo de arbitraje entre el Estado Anfitrión y un Inversionista Extranjero es la forma más obvia de otorgar el consentimiento de las partes al mismo. Estas cláusulas de resolución de conflicto, usualmente se encuentran incluidas en contratos celebrados entre un Estado y un inversionista -*e.g.*, un contrato de concesión- por medio de los que este último desarrolla su industria en el primero.

Dichas cláusulas pueden tomar la naturaleza de una cláusula compromisoria o de un compromiso, de modo que el consentimiento puede darse tanto a disputas futuras como aquella ya existentes entre las partes¹².

El CIADI, en su sitio web, ha desarrollado al efecto un set de cláusulas modelos. Entre ellas, es posible encontrar las denominadas “*Básicas de Sometimiento*”, que han sido preparadas para facilitar la tarea de redacción de las partes:

“El **[Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público]** de **[nombre del Estado Contratante]** (en adelante denominado el "Estado Receptor") y **[nombre del inversionista]** (en adelante denominado "el Inversionista") convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el "Centro") toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante **[arbitraje]** de

¹² En *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Costa Rica*, las partes consintieron al arbitraje CIADI, mientras se encontraba en un tribunal local pendiente la cuantificación de la indemnización de perjuicios debida luego de un proceso de expropiación. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica* (2000), párrafos 22 – 26.

conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el "Convenio")¹³.

Tal como fue resuelto hace ya varias décadas en *AMCO c. Indonesia (1983)*¹⁴, el consentimiento del Estado y del Inversionista no requiere constar necesariamente en un solo instrumento, pudiendo las partes haber otorgado el mismo en instrumentos diversos y sucesivos. De hecho, los tribunales de inversión han adoptado una aproximación amplia en materia de consentimiento, dándolo por asentado no sólo en los acuerdos en que se contiene la cláusula arbitral propiamente tal, sino que también haciendo extensivo el compromiso a la relación contractual amplia y general que mantenían las partes. Esto, especialmente, si los diversos acuerdos se encontraban interrelacionados; pues han sido considerados por la jurisprudencia arbitral internacional, como el marco legal para la operación de la inversión¹⁵.

Asimismo, el consentimiento al arbitraje, en particular, del CIADI, puede darse también por una referencia hecha en el contrato suscrito por las partes a un TBI, en que se encuentre otorgado por el Estado Anfitrión su consentimiento al arbitraje de inversión¹⁶. Así ocurrió en el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB) c. Eslovaquia (2004)*, en que el tribunal arbitral concluyó que la circunstancia de que las partes hubiesen hecho referencia al TBI en el contrato suscrito, implicaba necesariamente su intención de incorporar la cláusula de arbitraje CIADI¹⁷.

3.2. *Ley Nacional*

En segundo término, un Estado Anfitrión puede ofrecer de manera general su consentimiento al arbitraje de inversión. En efecto, los redactores del Convenio CIADI previeron que fuese este el mecanismo usual empleados por los Estados, al señalar que “*un Estado Anfitrión puede en su*

¹³ ICSID, *Cláusulas Básicas de Sometimiento*. Disponible en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-spa/7.htm> [Fecha de consulta 25 de mayo de 2021].

¹⁴ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (1983)*, párrafos 10 y 25. El tribunal sentenció que, “*Un convenio de arbitraje no debe interpretarse de forma restrictiva, ni, de hecho, de forma amplia o liberal. Debe interpretarse de manera que permita descubrir y respetar la voluntad común de las partes (...). Además, (...) toda convención, incluidos los convenios de arbitraje, debe interpretarse de buena fe, es decir teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que puede considerarse que las partes han previsto razonable y legítimamente.*”

¹⁵ SCHREUER (2008), p. 833.

¹⁶ SCHREUER et al. (2009), p. 195.

¹⁷ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic (1999)*, párrafos 49 – 55.

*legislación de promoción de la inversión extranjera, ofertar someter disputas surgidas de ciertas clases de inversiones a la jurisdicción del Centro, y el inversionista puede dar su consentimiento a través de la aceptación de esa oferta por escrito*¹⁸.

En el primer caso CIADI en que se invocó una oferta anticipada de jurisdicción, *Southern Pacific Properties c. Egipto (1985)*, el Estado Anfitrión demandado argumentó que la oferta contenida en su legislación sobre inversiones no podía equivaler a un consentimiento por escrito para los efectos del artículo 25 del Convenio. El tribunal, no obstante, estableció que el artículo pertinente de la Ley de Inversiones Extranjeras de Egipto, constituía un consentimiento expreso por escrito a la jurisdicción del CIADI y que no era necesaria ninguna otra expresión específica de consentimiento por parte del Estado¹⁹.

Sin embargo, no toda referencia al arbitraje de inversión en una ley interna constituirá el consentimiento requerido para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral. En efecto, y dado que el consentimiento al arbitraje debe constar en un acuerdo entre las partes, la mera existencia de una disposición legal no será, normalmente, suficiente para dar por establecido el consentimiento.

De allí que sea relevante estudiar casuísticamente la disposición legal que se estima aplicable, pues es posible encontrar casos en que, la ley nacional: (a) entrega inequívocamente el consentimiento del Estado Anfitrión; (b) dicho consentimiento se otorga, pero de manera menos directa y; (c) no se otorga el consentimiento sin un posterior acuerdo expreso.

- a. En el primer caso, encontramos la hoy derogada Ley de Inversión Extranjera de Albania (1993), en que se consignaba en su artículo 8 (2) que, “*el inversionista extranjero podrá someter la resolución de una disputa y, en este acto, la República de Albania consiente en la sumisión de dicho conflicto al CIADP*²⁰”.
- b. En la segunda hipótesis, es posible mencionar al artículo 8 de la Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras de Nicaragua (2000), el que prescribe que, “*toda diferencia, (...) podrá someterse a Arbitraje Internacional*”²¹. Sin embargo, la disposición deja en claro que se requiere de un paso adicional para formar el consentimiento, no bastando la norma en cuestión por establecerse en términos facultativas.

¹⁸ ICSID (1969), p. 1069.

¹⁹ MCLACHLAN et al. (2017), p. 59; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt* (1985).

²⁰ Ley n.º 7764, artículo 8 (2).

²¹ Ley n.º 344, artículo 8.

- c. Finalmente, para el tercer caso de disposiciones, es posible ejemplificar con el artículo 14 del Régimen de Inversiones Internacionales de Colombia (2000), el que prescribe que “*todo lo atinente a las inversiones de capital del exterior, también estará sometido a la jurisdicción de los tribunales y normas arbitrales colombianas, salvo que las partes hayan pactado el arbitraje internacional*”²². De esta norma, se desprende que, el consentimiento al arbitraje no está de ningún modo otorgado por el Estado Anfitrión, a menos que se haya pactado en otro acuerdo expresamente.

Según se dijo, estas disposiciones que otorgan el consentimiento al arbitraje internacional, normalmente, constituyen ofertas que deben ser aceptadas por el inversionista. Aquel, en consecuencia, podrá aceptar la oferta de arbitraje por escrito en cualquier momento mientras dicha disposición legal se encuentre en vigor. En efecto, el inversionista puede expresar su aceptación de varias formas, incluyendo: una simple carta dirigida a la entidad gubernamental correspondiente del Estado Anfitrión; mediante una declaración en una solicitud de inversión al Estado Anfitrión o; por una mera solicitud administrativa si, en virtud de la legislación en cuestión, el solicitante seleccionado obtiene automáticamente determinados beneficios, incluido el acceso al arbitraje²³.

Se ha estimado, también, que para formar el consentimiento entre las partes bastará que el Inversionista inicie el procedimiento arbitral²⁴. Así, por ejemplo, en el caso *Tradex v. Albania* (1996), el tribunal arbitral sentenció que:

“Se puede considerar ahora como establecido y no requiere mayor razonamiento que tal consentimiento también puede ser efectuado **unilateralmente por un Estado Contratante en sus leyes nacionales**. El consentimiento se hace efectivo a más tardar cuando el inversor extranjero **presenta su demanda ante el CIADI** haciendo uso de la respectiva legislación nacional”²⁵.

²² Decreto n.º 2080, artículo 14.

²³ SCHREUER et al. (2009), pp. 203 – 205.

²⁴ SCHREUER (2008), pp. 831 y 834.

²⁵ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (1996)., 5 ICSID Reports 63. Traducción libre de los autores.

De allí la importancia de una aceptación temprana de la oferta de arbitrar las disputas que pudiesen surgir. Con ello, se evita por el inversionista que un Estado anfitrión, por medio de otra ley nacional, pueda retirar dicha oferta de arbitraje. En efecto, una vez que el acuerdo de arbitraje se encuentra perfeccionado tras la aceptación del inversionista, permanecerá en vigor aun cuando el Estado Anfitrión pretenda modificar o derogar la ley en que se contenía su oferta de arbitraje²⁶.

Finalmente, cabe hacer presente que las disposiciones legales en que se ofrece el consentimiento al arbitraje por parte del Estado Anfitrión pueden estar sujeta a ciertas condiciones, plazos y formalidades. En este último caso, por ejemplo, se exige al inversionista extranjero que haya obtenido una “*autorización o certificado de inversión*” por parte de alguna entidad administrativa especializada. Cláusulas como estas son posibles de encontrar en las legislaciones de Uganda, Nigeria, Tanzania y El Salvador²⁷.

Estos certificados de inversión pueden contener, a su vez, una cláusula de sometimiento al arbitraje internacional. El tribunal de *Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd v. Indonesia (2014)*²⁸, se enfrentó a la siguiente cláusula contenida en una autorización a los inversionistas para ingresar como accionistas a una sociedad constituida bajo las leyes locales:

“En el caso de una disputa entre la empresa y el Gobierno de la República de Indonesia que no pueda ser resuelta por consulta/deliberación, el Gobierno de Indonesia está preparado/listo para seguir la solución de acuerdo con las disposiciones del convenio [CIADI]”²⁹.

Indonesia intentó en el arbitraje restar de eficacia a la cláusula de resolución de conflictos. Sin embargo, el tribunal determinó su validez y alcance, estableciendo que, al alero del vehículo de inversión formado conforme con la legislación local, y a los términos establecidos en el certificado de inversión, Indonesia había efectivamente otorgado su consentimiento al arbitraje CIADI.

²⁶ SCHREUER (2008), p. 837.

²⁷ UNCTAD (2014), p. 13.

²⁸ *Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia (2014)*, párrafos 11 – 13 y 231 – 238.

²⁹ Traducción libre de los autores.

3.3. *Tratados Internacionales de Inversión.*

La gran mayoría de TII contienen cláusulas que contemplan al arbitraje como el mecanismo de resolución de controversias Inversionista-Estado.

Dado que los tratados internacionales sólo pueden ser celebrados entre Estados, sólo aquellos, y no los Inversionistas (que no son partes de éstos), pueden dar allí su consentimiento al arbitraje. Por ello es que en estos casos, también se ha estimado que las cláusulas en que los Estados Anfitriones indican su aquiescencia al arbitraje constituyen ofertas unilaterales de consentimiento, la que luego puede ser aceptada por el inversionista que cumpla con los requisitos establecidos en el tratado específico (*e.g.*, en términos generales, un inversionista de nacionalidad del otro estado contratante al TII³⁰).

Por su parte, los inversionistas normalmente expresan su consentimiento al momento de presentar la solicitud o requerimiento de arbitraje a la entidad correspondiente. Esta solicitud, entonces, perfecciona el consentimiento de ambas partes, el que no puede ser posteriormente revocado unilateralmente³¹.

En este sentido, el tribunal en *El Paso v. Argentina* (2006), estableció que:

“El Centro solo puede tener jurisdicción si existe mutuo consentimiento. Ha quedado ahora establecido sin lugar a dudas que la referencia general al arbitraje del CIADI en un TBI puede considerarse como el consentimiento prestado por escrito por el Estado, según se requiere en el Artículo 25 para dar jurisdicción al Centro, **y que la presentación de una solicitud por el inversionista se considera como el consentimiento prestado por este último**”³².

Así, también en este contexto, el tribunal de *Giovanni Alemanni and Others c. Argentina* (2014), falló que:

“El acuerdo no se produce simultáneamente, sino que se construye de forma atenuada a partir de **actos desagregados de consentimiento de las distintas partes**. Se trata de

³⁰ MCLACHLAN et al. (2017), p. 156.

³¹ PAULSSON (1995), pp. 255 – 277.

³² *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (2006), párrafo 35. En el mismo sentido, *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* (2003), párrafos 12.3 - 12.8 Estaba repetido, revisar.

un proceso común que no es ajeno al arbitraje de inversiones; toda la institución de la solución de controversias en el marco de los tratados bilaterales y multilaterales de inversión se basa en una **oferta permanente que suele hacer el Estado receptor de la inversión, a la que posteriormente se acogen los inversores individuales una vez que ha surgido una controversia**, entendiéndose entonces que el conjunto constituye el consentimiento mutuo necesario para el arbitraje u otro proceso de solución”³³.

Ahora bien, para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral, debe encontrarse en ejecución el TBI en cuestión al momento de que el inversionista pretenda dar inicio al procedimiento. En los casos *Tradex c. Albania* (1996) y *CSOB c. Slovakia* (1999), los respectivos tribunales sentenciaron carecer de jurisdicción, pues, las solicitudes de arbitraje se habían presentado con anterioridad a la entrada en vigor de aquellos TBI en los Estados Anfitriones contratantes³⁴.

Sin embargo, el Estado Anfitrión puede prorrogar la competencia o jurisdicción a un tribunal arbitral, manifestado su consentimiento durante el procedimiento, ya sea explícitamente, o, argumentando sobre el fondo del asunto sin objetar la existencia o algún defecto en el otorgamiento de aquel consentimiento. Esta preclusión, se ha dicho, aplicaría tanto al procedimiento arbitral original como a cualquier procedimiento de anulación en el caso de arbitraje ante el CIADI³⁵.

Con todo, algunos TBI otorgan a los Estados Anfitriones un total control de las disputas que pueden ser sometidas al arbitraje de inversión, a través de las denominadas “reservas de consentimiento.” Por ejemplo, en el TBI entre Argentina y Nueva Zelanda (1999)³⁶, los Inversionistas no pueden iniciar el arbitraje sobre la base del TBI. Para ello, el inversionista debe obtener del Estado Anfitrión el consentimiento expreso para someter una disputa específica a arbitraje³⁷.

Es importante tener presente que, el retiro de una oferta de consentimiento al arbitraje en un TBI antes de su aceptación por el inversionista extranjero, es menos probable y más

³³ Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic (2014), párrafo 284.

³⁴ *Tradex Hellas S.A v. Republic of Albania* (1996), 5 ICSID Reports 58 y *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* (1999), párrafos 37 – 43.

³⁵ SCHREUER et al. (2009), p. 225.

³⁶ Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Nueva Zelanda para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones (1999), artículo 12. Suscrito, pero no en vigor.

³⁷ UNCTAD (2014), p. 34.

difícil que en el caso de consentimiento otorgado por una ley nacional. En efecto, el intento de un Estado de retirar su consentimiento contenido en un TBI normalmente constituirá un incumplimiento del tratado y presumiblemente provocará alguna reacción adversa por parte de la otra parte del tratado.

Una cláusula del CIADI en un tratado sigue siendo válida a pesar de que una de las partes intente dejarlo sin efecto, a menos que exista una base objetiva para la terminación según el derecho internacional de los tratados. No obstante, la irrevocabilidad del consentimiento prevista en la última frase del art. 25(1) CIADI sólo opera después de que el consentimiento se haya perfeccionado mediante su aceptación por parte del inversor³⁸. En efecto, el principio de irrevocabilidad del consentimiento es expresamente confirmado en el preámbulo de la Convención CIADI, al señalar que, “*reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a (...) arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio (...).*”

En este contexto, en *Holiday Inns c. Marruecos* (1974), se concluyó que “*las Partes han consentido en someter la controversia al arbitraje en el sentido del artículo 25(2)(b) del Convenio. **A partir de esa fecha, ninguna de las Partes podrá retirar unilateralmente su consentimiento como previsto en el artículo 25(1)***”³⁹.

Finalmente, un sinnúmero de tratados multilaterales de carácter global o regional, ofrecen el consentimiento de los Estados Anfitriones al arbitraje. Así, por ejemplo, el artículo 26 de la Carta Europea de la Energía⁴⁰ o el artículo 9.19 del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés)⁴¹.

Con todo, la Convención del CIADI no es uno de aquellos tratados, pues, expresamente, requiere de una manifestación separada del consentimiento tanto del Estado Anfitrión como del Inversionista, señalando expresamente en su preámbulo que, “*la mera ratificación, aceptación, o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, **no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho estado***”⁴².

³⁸ SCHREUER et al. (2009), p. 213.

³⁹ *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco* (1974), referido en LALIVE (1981), p. 136.

⁴⁰ Carta Europea de la Energía (1994).

⁴¹ Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2018).

⁴² Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965).

4. ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO OTORGADO POR LOS ESTADOS

Como hemos señalado anteriormente, el consentimiento es la piedra angular del arbitraje⁴³. Sin el consentimiento expreso de las partes de someter la disputa a arbitraje, este no se puede llevar a cabo.

El consentimiento que las partes otorgan al someterse a arbitraje puede ser puro y simple, es decir, que no se encuentra sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos que deben ser cumplidos para someter la disputa a arbitraje; o puede estar sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos, como lo son el agotamiento de la vía local (los procedimientos ante los tribunales nacionales del Estado Anfitrión), los periodos de negociación, mediación y los periodos de enfriamiento, entre otras. Estas condiciones las revisaremos más adelante.

En la misma línea, las partes pueden acordar que no cualquier disputa sea sometida a arbitraje en cuanto a su materia. En consecuencia, el consentimiento de las partes es calificado en el sentido de que únicamente se podrá someter a arbitraje y, por ende, el tribunal arbitral tendrá jurisdicción, para conocer sobre los conflictos que se susciten en relación a una disputa que, en cuanto a su materia, las partes previamente consintieron.

En este apartado, revisaremos el alcance del consentimiento otorgado por los Estados. Para dicho efecto, analizaremos el consentimiento del Estado Anfitrión *ratione materiae*, esto es, en relación a la noción de inversión. Además, nos detendremos en la noción de inversión del artículo 25 (1) del Convenio CIADI para determinar sus implicancias.

4.1. *Consentimiento en relación a una inversión*

En el arbitraje Inversionista-Estado parece ser una obviedad que el conflicto que las partes consistieron arbitrar sea respecto de una inversión; pero no obstante ser una obviedad, resulta complejo determinar qué es, en los hechos, una inversión para efectos de determinar si el Estado Anfitrión consintió someterse a arbitraje en cuanto a la materia en disputa. Esta discusión se manifiesta en la fase jurisdiccional del arbitraje que puede resolverse previo al fondo - a través de una bifurcación del procedimiento - o, conjuntamente, con el fondo de la cuestión debatida. Desde la perspectiva de la jurisdicción del tribunal arbitral se le denomina a ésta *ratione materiae*.

⁴³ SABAHI et al. (2019), p. 309; Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic (2012), párrafo 176.

Entonces, para determinar el concepto de inversión, es necesario, previamente, detenerse en el foro arbitral en el que se someterá la disputa. En efecto, dependiendo de aquel foro, la noción de inversión puede tener una calificación adicional.

En el arbitraje Inversionista-Estado, las partes pueden acordar someterse a diversos foros para resolver la disputa. La disponibilidad de los foros a que puede recurrir el inversor dependerá del acuerdo de las partes o la oferta de arbitraje realizada por el Estado Anfitrión en el instrumento aplicable. Como dijimos, el instrumento del cual emana la jurisdicción del tribunal arbitral podrá ser, en general, un Tratado Bilateral de Inversión, un Contrato de Inversión o una Ley del Estado Anfitrión.

En general, los instrumentos contienen más de un foro al cual puede recurrir el inversionista para resolver la disputa de inversión. Así, por ejemplo, los foros disponibles usualmente serán: (i) el arbitraje CIADI bajo las reglas del Convenio CIADI; (ii) el arbitraje CIADI bajo el Reglamento que rige el Mecanismo Complementario del CIADI, en caso de que ninguna o una de las partes contratantes no sea miembro del Convenio CIADI (“Mecanismo Complementario”)⁴⁴; o (iii) el arbitraje ante cualquier institución arbitral o reglas de arbitraje previamente acordado por las partes. Dentro de esta última opción las posibilidades son variadas. Las partes pueden acordar la institución y sus reglas como, por ejemplo la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”); el *London Court of Arbitration* (“LCIA”); *Stockholm Chamber of Commerce* (“SCC”); la Corte Permanente de Arbitraje⁴⁵ (“CPA”); o el arbitraje *ad hoc* sin el apoyo de una institución arbitral y, substanciado, por ejemplo, bajo las reglas UNCITRAL de arbitraje internacional (“Reglas UNCITRAL”)

Lo anterior se ilustra en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de la República de Colombia del año 2017⁴⁶, que en lo pertinente señala:

“Una vez transcurridos noventa (90) días desde la fecha de recepción de la Notificación de Intención, el Inversionista Demandante podrá presentar su reclamo a:

a. Las cortes competentes de la Parte Emisora; o

⁴⁴ La aplicabilidad del Mecanismo Complementario fue ampliada en la última modificación de las Reglas del CIADI.

⁴⁵ Salvedad que las reglas son las UNCITRAL o que no tiene “sus” reglas.

⁴⁶ Colombia Model BIT (2017). Disponible em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements> [fecha de consulta 30 de noviembre de 2021].

- b. El CIADI, bajo las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965;
- c. El CIADI, bajo el Reglamento que Rige el Mecanismo Complementario del CIADI, en caso de que una de las Partes Contratantes no sea parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965; o
- d. Un tribunal arbitral bajo cualquier otra institución arbitral o reglas de arbitraje, previamente acordado por escrito por las Partes Contendientes; o
- e. Un tribunal arbitral bajo cualquier otra institución arbitral o reglas de arbitraje, previamente acordado por escrito por las Partes Contratantes.”

La elección del foro arbitral por parte del inversionista es una decisión relevante. En específico, la elección entre el arbitraje CIADI y los demás foros, tiene una serie de consecuencias para el caso. El propósito de este apartado no es analizar cada una de las diferencias, por lo que mencionaremos solo algunas, entre ellas se encuentran: (i) los requisitos jurisdiccionales que deberá cumplir el inversionista; (ii) la ley aplicable a la disputa en caso de que no haya sido acordada por las partes; (iii) el sistema recursivo en contra del laudo o; (iv) el mecanismo de ejecución del laudo.

Nos enfocaremos en la primera de las diferencias señaladas. La elección del CIADI como foro arbitral supone que el inversionista cumpla con un requisito adicional *ratione materiae* para efectos de someter la disputa a arbitraje. Según desarrollaremos, el consentimiento del Estado Anfitrión en relación a una inversión debe cumplir con dos requisitos: (i) que la disputa es en relación a una inversión de acuerdo al TBI o instrumento aplicable; y (ii) que la disputa es en relación a una inversión de acuerdo al artículo 25 (1) del Convenio CIADI. En consecuencia, someter la disputa a arbitraje ante el CIADI supone cumplir con dos “capas” de requisitos jurisdiccionales⁴⁷. En este sentido, la relevancia del artículo 25 (1) del Convenio CIADI es trascendental, ya que impone un límite al consentimiento de las partes a la hora de someter disputas a arbitraje⁴⁸.

Las dos capas que el inversionista debe cumplir para efectos de acreditar que la inversión cumple con los criterios del TBI y del Convenio CIADI es lo que la doctrina especializada ha

⁴⁷ SABAHI et al. (2019), p. 83.

⁴⁸ MCLACHLAN et al. (2017), p. 218.

denominado el “*double-barrelled test*”⁴⁹. El Tribunal en *Malicorp c. Egipto (2011)* se refirió a la necesidad de esta doble acreditación por parte del inversionista:

“...para que un procedimiento de violación de tratado sea admisible, la inversión con la cual se relaciona la disputa debe pasar por un doble requisito...en la práctica debe cumplir con:

- por un lado, el significado establecido en el tratado, que establece la operatividad del consentimiento del Estado, y también;
- por el otro lado, el significado establecido en el Convenio CIADI, que determina la jurisdicción del Centro y el tribunal arbitral que actúa bajo sus auspicios”⁵⁰.

4.2. *Disputa en relación con una inversión en el Convenio CIADI.*

El Convenio CIADI en su artículo 25 (1), contiene el requisito jurisdiccional de que las diferencias de naturaleza jurídica entre las partes deben surgir directamente de una inversión.

“(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan **directamente de una inversión** entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”⁵¹.

Como se puede apreciar, el requisito *ratione materiae* es que la disputa surja directamente de una inversión. La pregunta que el lector debe hacerse es ¿qué se entiende por inversión en el Convenio CIADI? La respuesta requiere mayor explicación.

El Convenio CIADI no define la noción de inversión. La ausencia de definición de la noción de inversión es el resultado de las negociaciones de los redactores del Convenio CIADI.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 226.

⁵⁰ *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt (2011)*, párrafo 107.

⁵¹ Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965), artículo 25 (1).

Durante las negociaciones para la redacción del artículo 25 fueron propuestas por los Delegados diversas definiciones de inversión; iniciativas que no prosperaron por estimarse que eran muy limitativas en el sentido de que no incluían ciertos elementos que una inversión debía cumplir, tales como el elemento de riesgo de toda inversión o de ganancia⁵². Asimismo, se determinó que cualquier otra definición más específica arriesgaba dejar fuera nuevas modalidades más innovadoras de inversión⁵³.

En consideración a la falta de acuerdo, y el riesgo de limitar la noción o que esta sea demasiado expansiva, los Delegados decidieron no definir la noción de inversión. En palabras de Delaume:

“El término “inversión” no se encuentra definido en la Convención. Esta omisión es intencional. Entregar una definición comprehensiva, como ocurre en ocasiones en códigos de inversión, tendría poca utilidad ya que cualquier definición habría sido demasiado amplia. En adición a la dificultad de reconciliar concepciones diferentes, la insistencia en una formula precisa habría sido inconveniente ya que podría – de manera arbitraria – limitado el alcance de la Convención haciendo imposible para las partes someter al Centro una disputa sobre lo que las partes consideran genuinamente un “inversión”, pero que no se encontraría incluida en la definición de la Convención.

Por estas razones, y en virtud de que someter una disputa al Centro requiere consentimiento de las partes, pareció apropiado reconocer que eliminar una definición del texto de la Convención fue la mejor solución”⁵⁴.

Como se puede apreciar, la indefinición de Inversión en el Convenio CIADI fue una decisión consciente por parte de los Delegados, por lo que la determinación de si una determinada actividad constituye o no inversión a la luz del artículo 25 (1) del CIADI es un ejercicio que ha sido entregado a los tribunales arbitrales por medio de la interpretación del mencionado artículo.

⁵² SABAHI et al. (2019), p. 342.

⁵³ *Op. cit.*, p. 342.

⁵⁴ DELAUME (1966), p. 70; en la misma línea véase SCHREUER et al. (2009), párrafos 113 a 121.

Esta estrategia permitiría una mayor flexibilidad a los tribunales arbitrales para interpretar la disposición y así permitir adecuar la norma a actividades económicas que al momento de adoptarse el Convenio CIADI, no se encontraban suficientemente desarrolladas o no eran conocidas.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque no existe una doctrina del precedente en el arbitraje internacional, la mayoría de los tribunales arbitrales han adoptado un criterio objetivo de lo que constituye una inversión a la luz del Convenio CIADI. Este criterio lo constituyen ciertos requisitos que debe cumplir la actividad económica desarrollada por el inversionista para que califique como una inversión y, en consecuencia, el tribunal arbitral tenga jurisdicción *ratione materiae*.

Los requisitos que, en términos generales deben encontrarse presente en la actividad económica para calificar como inversión son: (i) cierta duración; (ii) cierta regularidad en ganancias y retornos; (iii) asunción de riesgo; (iv) compromiso sustancial; y (v) aporte al desarrollo del Estado Anfitrión⁵⁵.

Estos requisitos fueron establecidos, en un primer término, por el Tribunal en *Fedax c. Venezuela (1997)*. El Tribunal en *Fedax* señaló:

“Las características básicas de una inversión deben considerar, cierta duración, cierta regularidad de ganancias y retornos, asunción de un riesgo, compromiso sustancial, y un aporte significativo al desarrollo del Estado Receptor de la inversión.”⁵⁶.

Posteriormente, los criterios fijados por el tribunal en *Fedax* fueron tomados por el tribunal en *Salini c. Marruecos (2001)*, criterios que desde su aplicación en el caso *Salini* han sido conocidos como el “*criterio de Salini*.” En dicho caso, la disputa surgió con ocasión de un contrato para la construcción de una autopista en Marruecos. El tratado aplicable era el TBI entre Italia y Marruecos (1990)⁵⁷. Marruecos objetó la jurisdiccional del tribunal arbitral señalando que la actividad en cuestión era un contrato de servicios por lo que no debía considerarse como una inversión.

⁵⁵ MCLACHLAN et al. (2017), p. 219.

⁵⁶ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela (1997)*, párrafo 43.

⁵⁷ *Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la Republique Italienne relatif a la Promotion et la Protection Reciproques des Investissements (1990)*.

El Tribunal consideró cuatro de los cinco criterios fijados por el tribunal en *Fedax c. Venezuela*, y determinó que sí existía una inversión de acuerdo con el artículo 25 del Convenio CIADI. En lo relevante el Tribunal sentenció que:

“La doctrina considera generalmente que una inversión supone: contribuciones, cierta duración en la ejecución del contrato y la participación de los riesgos de la actividad. De una lectura del Preámbulo del Convenio [CIADI], se puede añadir como requisito una contribución al desarrollo de la economía del Estado Receptor de la inversión”⁵⁸.

El Tribunal en *Salini* estimó que la ponderación de estos requisitos es un ejercicio holístico que debe realizar el tribunal arbitral⁵⁹.

El Laudo en *Salini c. Marruecos* fijó ciertos criterios que debe cumplir la actividad desarrollada por el inversionista para que sea calificada como inversión. Así, aplicando dichos criterios, el Comité de anulación en el caso *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo (2006)*⁶⁰, desechó el reclamo del inversionista por que la actividad desarrollada por el demandante no contribuía al desarrollo económico del Estado Anfitrión.

El demandante, Patrick Mitchell era un abogado estadounidense que instaló una firma de abogados en la República Democrática del Congo. En el año 1999, y en virtud de una orden del Tribunal Militar de ese país, las propiedades y bienes de Sr. Mitchell fueron confiscados.

El Sr. Mitchell demandó al Estado Anfitrión ante el CIADI y el tribunal arbitral acogió la demanda, condenando a la República Democrática del Congo, entre otras cosas, a pagar USD \$750.000. La demandada presentó una solicitud de anulación del Laudo en virtud del artículo 52 del Convenio CIADI.

El Comité de Anulación estuvo por dejar sin efecto el Laudo. El Comité, entre otras cosas, determinó que la actividad del Sr. Mitchell no representaba una contribución al desarrollo de la economía del Estado Anfitrión⁶¹. El Comité hizo énfasis en diferenciar el cumplimiento de lo establecido en el Tratado aplicable y el Convenio CIADI para efectos de determinar la jurisdicción del tribunal⁶². Para dicho efecto, el Comité, al anular el laudo, distinguió entre la

⁵⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (2001)*, párrafo 52.

⁵⁹ *Op. cit.*, párrafos 51 – 52.

⁶⁰ *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of The Congo (2006)*.

⁶¹ *Op. cit.*, párrafo 41.

⁶² *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of The Congo (2006)*, párrafo 36.

satisfacción de los requerimientos de la noción de inversión a la luz del tratado y aquellos del Convenio CIADI.

Seguidamente, el Comité analizó el elemento de contribución de la actividad al desarrollo económico del Estado Anfitrión para su calificación como inversión. El Comité señaló que los servicios prestados por la firma de abogados del Sr. Mitchell no representaba una contribución al desarrollo económico de la República Democrática del Congo, ya que no se acreditó que los intereses del Estado Anfitrión formaban parte o se encontraban presentes en la prestación de los servicios jurídicos⁶³. Por ejemplo, sostuvo el Comité, no se acreditó que la firma asesoraba al Estado Anfitrión o asesoraba a inversionistas extranjeros en el Estado Anfitrión⁶⁴.

El Tribunal en el caso *Joy Mining c. Egipto (2004)*, también determinó que la actividad del inversionista no cumplía con los criterios fijados por el tribunal en *Salini c. Marruecos*. La disputa en el caso *Joy Mining* se centró en determinar si la garantía bancaria otorgada por un inversionista para efectos de asegurar el cumplimiento de un contrato constituye una inversión. El Tribunal, después de señalar los criterios para que una actividad califique como inversión a la luz del artículo 25 (1) del Convenio CIADI, determinó que el análisis de cumplimiento de criterios es casuístico según los hechos presentados ante el Tribunal⁶⁵. El Tribunal razonó que debe analizarse la actividad del inversionista de manera global, como un todo y no de manera aislada⁶⁶.

El Tribunal resolvió que ninguno de los criterios para que la actividad califique como inversión según el artículo 25 (1) del Convenio CIADI se encontraban satisfechos. Así: (i) la duración de la actividad no era suficiente, ya que el precio del contrato fue íntegramente pagado en una fase temprana de su ejecución y por lo tanto no existe retorno de utilidades; (ii) el riesgo asumido por el inversionista no era diferente al riesgo de cualquier transacción comercial; (iii) el precio del contrato y de la garantía bancaria era significativas pero solo un porcentaje menor en comparación al proyecto que relacionado al contrato en cuestión; (iv) que el contrato en cuestión no contribuye al desarrollo económico del país⁶⁷.

Es importante destacar que el criterio fijado en *Salini*, como un criterio objetivo de la noción de inversión para efectos de satisfacer el consentimiento del Estado Anfitrión, en el marco de Convenio CIADI, ha sido aplicado de manera flexible por los tribunales arbitrales de

⁶³ *Op. cit.*, párrafo 39.

⁶⁴ *Op. cit.*, párrafo 39.

⁶⁵ *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt (2004)*, párrafo 53

⁶⁶ *Op. cit.*, párrafo 54.

⁶⁷ *Op. cit.*, párrafo 57

acuerdo a las circunstancias de cada caso. Sin embargo, las bases objetivas sentadas por el tribunal en *Salini* se pueden apreciar en la mayoría⁶⁸ de los laudos de los tribunales CIADI.

Los tribunales en *Gavazzi c Rumania (2015)*⁶⁹, *Phoenix Action c. La República Checa (200)*⁷⁰, *Eiser c España (2017)*⁷¹ y *Adamakopoulos c. Chipre (2020)*⁷² han aplicado como base los criterios objetivos de la noción de inversión fijados por *Salini c. Marruecos*, aplicándolos de manera flexible según los hechos y particularidades del caso⁷³.

El Tribunal en *Gavazzi* aplicó los criterios establecidos por el Tribunal en *Salini*⁷⁴. Sin embargo, se detuvo en el requisito de contribución del desarrollo del Estado Anfitrión, aplicando dicho requisito de manera flexible. El Tribunal, señaló que la contribución al desarrollo del Estado Anfitrión no es un requisito *sine qua non* para que la actividad califique como inversión⁷⁵. El Tribunal razonó que, si ese fuese el caso, una actividad que ha sido detenida tempranamente de manera indebida por parte de un Estado Anfitrión podría nunca calificar como una inversión protegida⁷⁶. Así, el análisis de la contribución no debe realizarse *ex post facto*⁷⁷.

A fin de cuentas, el Tribunal en *Gavazzi*, flexibilizó el criterio de la contribución al Estado Anfitrión, fijándose en la potencialidad de la actividad del inversionista para contribuir al desarrollo. Dicha potencialidad debe analizarse después de ocurridos los hechos, aplicando un criterio del curso adecuado de las cosas. De lo contrario, la contribución al Estado Anfitrión no se verificaría y dependería de la voluntad del Estado Anfitrión.

En el caso *Phoenix c. La República Checa*, el Tribunal analizó igualmente la noción de inversión bajo el criterio de *Salini*. El Tribunal señaló que la contribución de una inversión al desarrollo del Estado Anfitrión es casi imposible de determinar, y que un acercamiento menos

⁶⁸ Decimos que la mayoría, ya que como veremos más adelante, existe jurisprudencia tribunales CIADI que han sostenido que, una vez satisfecha la noción de inversión del tratado aplicable, se cumple con el artículo 25 (1) del Convenio CIADI.

⁶⁹ Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania (2015).

⁷⁰ Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic (2009).

⁷¹ Eiser Infrastructure Limited and Enegia Solar Luxemburg S.à r.l. v. Kingdom of Spain (2017).

⁷² Theodoros Adamakopoulos and Others v. Republic of Cyprus (2020).

⁷³ En ese sentido también Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt (2006); Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation (1998).

⁷⁴ Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania (2015), párrafo 96.

⁷⁵ *Op. cit*, párrafo 114.

⁷⁶ *Op. cit*, párrafo 114.

⁷⁷ *Op. cit*, párrafo 114.

ambicioso al requisito debería ser tenido en consideración. Dicho acercamiento consiste en determinar la contribución a la economía del Estado Anfitrión de la inversión⁷⁸.

Sin embargo, el tribunal en *Phoenix* fue más allá. El Tribunal determinó que, además de los requisitos fijados por el tribunal en *Salini*, la inversión debía ser realizada de acuerdo con la legislación del Estado Anfitrión y de buena fe⁷⁹. El Tribunal sostuvo que la buena fe es un principio general del derecho internacional⁸⁰, y que como tal, debe ser aplicado en el sistema de resolución de controversia del CIADI. El Tribunal determinó que la actividad económica no era una inversión protegida bajo el Convenio CIADI por ser contraria a la buena fe, ya que los actos previos realizados por el demandante para adquirir la actividad económica fueron ejecutados con el sólo propósito de obtener acceso al sistema de solución de controversias del CIADI⁸¹. En efecto, en este caso, Phoenix (entidad incorporada en Israel) adquirió entidades checas que ya se encontraban en disputas con dicho Estado, con el objeto de poder recurrir al arbitraje internacional, particularmente, al CIADI.

El Tribunal en *Eiser c. España*, centró su análisis en los requisitos de: (i) inyección de capital significativo; (ii) la actividad económica tuvo una duración sustancial; (iii) el inversionista asumió riesgo⁸². El Tribunal no ahondó en el estándar aplicable a cada uno de los requisitos que analizó. Sin embargo, de los hechos analizados, se puede desprender que los montos invertidos, la duración y el riesgo asumido por el inversionista no eran menores.

En efecto, de la lectura del Laudo, se desprende que los demandantes invirtieron al menos, 124 millones de Euros, la duración de la actividad fue de al menos 5 años; y el riesgo asumido fue sustancial, en atención a que debido a las medidas adoptadas por el Estado Anfitrión, la inversión habría perdido prácticamente todo su valor.

Por otro lado, el Tribunal en *Adamkopulos c. Chipre*, determinó que el criterio de *Salini* debe ser aplicado de manera holística⁸³. En el caso, la actividad que se analizó para efectos de determinar si era una inversión protegida, consistían en depósitos y en instrumentos financieros en el Banco Laiki en Chipre. Frente a una objeción de jurisdicción del Estado Anfitrión, el

⁷⁸ Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic (2009), párrafo 85.

⁷⁹ *Op. cit.*, párrafo 114.

⁸⁰ *Op. cit.*, párrafo 107.

⁸¹ *Op. cit.*, párrafos 140 y 143-144.

⁸² Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxemburg S.à r.l. v. Kingdom of Spain (2017), párrafos 228-230.

⁸³ Theodoros Adamakopoulos and Others v. Republic of Cyprus (2020).

Tribunal debió determinar si dicha actividad se encontraba protegida bajo el artículo 25 (1) del Convenio CIADI.

La aproximación del Tribunal frente a la noción de inversión del Convenio CIADI fue flexible. El Tribunal determinó que los contornos del artículo 25 (1), aun aplicando los criterios de Salini, no debe ser de carácter rígido. La aproximación holística consistió en interpretar la noción de inversión de acuerdo a las reglas de interpretación del derecho internacional; y de acuerdo a las circunstancias del caso⁸⁴. Aplicando lo anterior, y con ocasión del elemento de la duración, el tribunal razonó que, si bien algunos instrumentos financieros estuvieron en posesión de los inversionistas por un breve periodo de tiempo, no cambia la circunstancia de que los demandantes tienen derecho a una presunción de duración indefinida, y con una expectativa de ganancia⁸⁵. En consecuencia, la objeción de jurisdicción fue rechazada.

Hasta ahora, hemos revisado el llamado *double barreled test* de la noción de inversión en virtud de la aplicación del Convenio CIADI en base a los criterios fijados por el tribunal en *Salini*. Sin embargo, debemos señalar que algunos tribunales se han enfocado en la noción de inversión del tratado específico en los hechos aplicable, para dar por satisfecha la noción de inversión del artículo 25 (1) del Convenio CIADI.

Hacemos notar que estos tribunales han hecho hincapié en que existen los dos estándares jurisdiccionales o lo que hemos llamado el *double barreled test*; el matiz, son los criterios utilizados para dar por cumplido el requisito jurisdiccional del Convenio CIADI. Así, el tribunal en *BIVAC c. Paraguay (2009)*, sostuvo que, si bien, los tribunales tiene cierto margen de apreciación de la noción de inversión, este no es ilimitado, y debe tener una apreciación objetiva⁸⁶.

En lo que respecta al cumplimiento del artículo 25 (1) del Convenio, el Tribunal señaló:

“Habiendo concluido que BIVAC efectuó una “inversión” en el sentido dado a ese término por el TBI, se plantea la cuestión de si se llega a una conclusión diferente en virtud del sentido que dé al término “inversión” el Convenio del CIADI. Desde el punto de vista formal, la cuestión puede plantearse en los términos siguientes: ¿va la definición contenida en el TBI más allá de lo que permite el Convenio? Estructurada de ese modo la respuesta es manifiestamente negativa. La definición contenida en el TBI sigue el

⁸⁴ *Op. cit.*, párrafo 294.

⁸⁵ *Op. cit.*, párrafo 295.

⁸⁶ Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, *BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay (2009)*, párrafo 78.

enfoque adoptado en muchos otros TBI celebrados en todo el mundo. El Paraguay tendría que alegar que su propio TBI es incompatible con los requisitos del Convenio del CIADI, y ha optado, razonablemente, por no seguir ese camino”⁸⁷.

Por último, para terminar esta sección y marcar el contra punto con la noción de inversión fuera del sistema del Convenio CIADI; hacemos presente que para la determinación de la noción de inversión no sería necesario cumplir con el *double barreled test*, y por lo tanto bastaría con cumplir con la definición de inversión del tratado aplicable⁸⁸.

En el caso *Petrobart c. Kirguistán (2005)*⁸⁹, seguido ante la SCC, el Tribunal se limitó a analizar la noción de inversión en el tratado aplicable, El Tratado era la Carta de Energía (“ECT” por sus siglas en inglés).

En *Petrobart*, la disputa surgió de un contrato de compraventa de 200 toneladas de gas condensado por un periodo de 12 meses. Para determinar si la actividad era una inversión protegida, el tribunal se basó en el ECT. El tribunal interpretó los literales (c) y (f) del artículo 1 (6) del ECT en virtud del artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados⁹⁰. Así, el Tribunal, a la luz de los artículos pertinentes del ECT, desechó la objeción de jurisdicción.

* * * * *

El consentimiento necesario para someterse a arbitraje internacional puede ser calificado en cuanto a su materia. Respecto del arbitraje de inversión, dicha calificación guarda relación con la noción de inversión. Hemos visto que la noción de inversión dependerá de la actividad descrita en el instrumento aplicable, que es calificada como inversión. Pero, además, el foro arbitral acordado por las partes o escogido por el inversionista, según sea el caso, juega un rol importante

⁸⁷ Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v27epublico flic of Paraguay (2009), párrafem94. En el mismo sentido SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistán (2003), párrafo 136; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (2004), párrafo 112.

⁸⁸ Nos referimos a ese tema en términos condicionales “sería” y “bastaría”, ya que en materia de arbitraje internacional no existe el precedente y, por lo tanto, un tribunal fuera del sistema CIADI puede aplicar la noción de inversión del Convenio CIADI. En efecto, así ocurrió en el caso Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan (2009).

⁸⁹ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic (2005).

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 72.

sobre a la noción de inversión; ya que esta última tiene una calificación especial dependiendo del foro arbitral. Someterse a arbitraje bajo el Convenio CIADI, supone que el inversionista debe cumplir con una doble acreditación de la noción de inversión, también llamada como “*double barreled test*”.

La noción de inversión bajo el Convenio CIADI es de carácter objetiva. Los contornos de la noción objetiva es una consideración privativa del tribunal arbitral. Sin embargo, hemos visto que la base de la construcción de una noción objetiva fue sentada por los tribunales de *Fedax* y *Salini*. Los criterios fijados por dichos tribunales han sido tomados como base para la construir la noción de inversión del Convenio CIADI. Dichos criterios han sido aplicados de manera flexible y de acuerdo con los hechos particulares de cada caso. Con todo, no existiendo la doctrina del precedente en el arbitraje internacional, los tribunales no tienen la obligación de seguir ninguno de los criterios previamente asentados.

5. CONDICIONES AL CONSENTIMIENTO: REQUERIMIENTOS PROCESALES.

5.1. *Periodo de enfriamiento, notificación de intención y renuncia.*

La mayoría de los TII establecen un periodo dentro del cual las partes deben intentar resolver amigablemente -y a través de un mecanismo no adversarial de resolución de disputas- sus controversias antes de iniciar el arbitraje. Es lo que en Derecho Internacional se ha denominado como el “*período de espera o enfriamiento*” de la disputa (*cooling-off requirement*)⁹¹.

Por ejemplo, el CPTPP dispone en sus artículos 9.18.1 y 9.19.1(a) que:

“En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben **primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y**

⁹¹ Esta aproximación no contenciosa a los conflictos entre Inversionistas y Estados se contempla en diversos TBI. Sólo a modo de ejemplo, podemos citar al Acuerdo entre la República de Chile y El Reino de España para la Protección y Fomento recíprocos de Inversiones (1991), el que en su artículo 10, establece que “*toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante será, en la medida de los posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.*”

negociación, que puede incluir el uso de procedimientos de carácter no vinculante ante terceros, tales como **buenos oficios, conciliación o mediación** (...).

“**Si una controversia relativa a una inversión no ha sido resuelta** dentro de los seis meses (...) el demandante, por cuenta propia, **podrá someter a arbitraje** (...)”⁹².

Es usualmente contemplado en los TII, un período de espera de 6 meses. Sin embargo, éste puede ser un plazo menor o mayor. Por ejemplo, en el TBI Chile – Países Bajos (1998), se estableció un periodo de 3 meses⁹³. Por otro lado, en el TBI Líbano – Eslovaquia (2009), se estableció un período de 12 meses⁹⁴.

La finalidad del período de enfriamiento es entregar al Estado Anfitrión la oportunidad de solucionar la controversia antes de que la disputa se judicialice y el inversionista la someta a arbitraje. Por ejemplo, el artículo 8.22 del Acuerdo Comercial entre Argentina y Chile (2017), prescribe que el inversionista debe enviar al Estado Anfitrión una consulta por escrito, incluyendo, entre otras cosas, “*las disposiciones [del capítulo de Inversiones] presuntamente incumplidas (...); las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación, y (...) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados*”⁹⁵.

En este punto, debe recordarse que la consulta es la acción que en Derecho Internacional toma normalmente un Estado o inversionista extranjero, para informar a otro Estado respecto de alguna acción que se quiere o será tomada, y que podría afectar los intereses del último. El particular valor de la consulta es proporcionar información útil en un momento apropiado, *e.g.* antes de que la eventual controversia se judicialice o escale en su gravedad.

Por medio de la consulta, el inversionista consultante tiene la posibilidad de dar su punto de vista en la acción que se pretende tomar y, para efectos del Estado consultado, se genera la oportunidad de realizar cambios en la etapa de toma de decisión de las medidas a adoptar; cuestión que evidentemente resulta más fácil y menos gravosa que luego de que aquellas ya han sido implementadas⁹⁶.

⁹² Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2018), artículos 9.18.1 y 9.19.1

⁹³ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Chile (1998), artículo 8 (2).

⁹⁴ Agreement between the Lebanese Republic and the Slovak Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (2009), artículo 8.2.

⁹⁵ Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Argentina (2017), artículo 8.22.

⁹⁶ MERRILS (2017), p. 3.

De este modo, la descripción y notificación de los elementos de hecho por los cuales se alegue una eventual infracción a un TII, será lo que entregue las bases al Estado Anfitrión para aproximarse de manera adecuada a una posible solución amistosa a la controversia con el inversionista.

5.1.1. *La búsqueda de una salida amigable al conflicto: obligación de mejores esfuerzos y su cómputo*

Cabe preguntarse, entonces, cuáles son los efectos que tienen estas cláusulas de resolución amistosa de conflictos sobre el arbitraje. En *Teinver c. Argentina* (2012), el Tribunal sostuvo que la búsqueda de una solución amigable al conflicto -a través del empleo de los medios diplomáticos de resolución de controversias- constituye una obligación de mejores esfuerzos previa al arbitraje.

Según el Tribunal, aquello implica que las partes, tras el envío de la primera solicitud de consulta que se establecen en los TII, no pueden quedarse de brazos cruzados durante el período de enfriamiento a la espera de la llegada de un eventual acuerdo. Al contrario, deben efectuar todo lo que esté a su alcance para arribar a dicho arreglo:

“El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que el Artículo X (1) puede interpretarse razonablemente como **una obligación de “mejor esfuerzo” que obliga a las Partes a intentar resolver amigablemente su controversia**. No obstante ello, sería demasiado literal interpretar la disposición del Artículo X (2) de que “no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses” como una simple exigencia de que las Partes deban esperar seis meses desde iniciada la controversia antes de proceder al próximo paso en el proceso de resolución de controversias. La interpretación más natural del Artículo X (1) y (2) leído de forma conjunta, **es que las Partes deben hacer cuanto esté a su alcance para resolver amigablemente la controversia, y que deben hacerlo durante seis meses antes de proceder a la etapa siguiente**”⁹⁷.

⁹⁷ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic* (2012), párrafo 108.

El mismo Tribunal sostuvo que, para dar cuenta del cumplimiento del plazo de seis meses del período de espera, su cómputo inicia no desde la supuesta fecha en que el inversionista indica que el Estado Anfitrión habría incumplido el TBI, sino desde que ha existido una efectiva comunicación de aquel hecho. En definitiva, el Tribunal requirió que al menos las partes hubieran mantenido un intercambio de opiniones respecto de la supuesta infracción del TBI:

“En la medida en que el requisito de los seis meses tiene por objeto ofrecer al estado receptor la oportunidad de resolver el problema antes de someter la controversia a arbitraje, si se computara el plazo desde la fecha del incumplimiento, este objetivo no se cumpliría. **Sin un intercambio de opiniones, la Demandada no podría haber tenido idea de que el inversor consideraba que la Demandada había incurrido en incumplimiento**”⁹⁸.

Sin embargo, existen TII que hacen este requerimiento aún más formal. En otros términos, no basta un intercambio de opiniones sobre la disputa. Por ejemplo, conforme al artículo 9.18.2 CPTPP, el demandante debe efectivamente “*entregar al demandado una solicitud por escrito para la realización de consultas incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas en cuestión*”⁹⁹.

Luego de ello, los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del período de enfriamiento, pues, tal como lo establece el artículo 9.18.3 CPTPP, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones (o procesos de conciliación, mediación o buenos oficios), no otorga *per se* jurisdicción al tribunal arbitral que en definitiva resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

5.1.2. *Tendencia jurisprudencial estricta: falta de jurisdicción del tribunal de inversión*

La jurisprudencia del Derecho de Inversión ha demostrado la importancia de observar estas exigencias y requerimientos antes de comenzar cualquier procedimiento arbitral. Esto, al punto

⁹⁸ Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic (2012), párrafo 111.

⁹⁹ Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2018), artículo 9.18.2.

de que algunos tribunales han fallado carecer de jurisdicción ante el incumplimiento del período de espera por parte del inversionista; dado que aquellos serían parte de una regla que condicionaría el consentimiento del Estado Anfitrión para someter la controversia a arbitraje¹⁰⁰.

En *Burlington Resources Inc. v Ecuador (2010)*, la República del Ecuador, en el contexto de una disputa en el marco del TBI Ecuador - Estados Unidos (1993)¹⁰¹, argumentó precisamente que el demandante no habría observado la obligación de realizar la consulta y de negociar previamente por un periodo de seis meses antes de iniciar el arbitraje. El Tribunal de inversión decidió qué:

“Al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, **el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje**. El propósito de este derecho es **conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes** de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, **la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción**”¹⁰².

En sentido similar, el tribunal arbitral en *Murphy Exploration and Production Company International v República del Ecuador (2010)*, también sobre la base del TBI Ecuador - Estados Unidos (1993), estableció que el período *cooling-off* no es optativo para el inversionista; quien se encuentran obligado a realizar los procesos de consulta y negociación para poder estar habilitado para iniciar un arbitraje CIADI:

¹⁰⁰ Así fue decidido por el Tribunal en *Guaracachi America, INC v. El Estado Plurinacional de Bolivia*, al establecer que “la redacción explícita, que exige una notificación escrita y el vencimiento de un período de seis meses desde esa notificación, lleva al Tribunal a considerar que el ‘período de negociación previa’ limita el consentimiento de las Partes Contratantes al arbitraje internacional.” *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia (2014)*, párrafo 388. En un sentido similar, el tribunal de *Enron v. Argentina* sentenció que “aquel requerimiento, desde el punto de vista de este Tribunal, es uno de naturaleza jurisdiccional. El incumplimiento a aquel requerimiento resultaría en una declaración de falta de jurisdicción.” *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic (2004)*, párrafo 88.

¹⁰¹ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de Inversiones (1993).

¹⁰² *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador (2010)*, párrafo 315.

“A juicio de este Tribunal, **la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia**, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales “una regla procesal” o una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal” que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, **se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI**”¹⁰³.

En un fallo más reciente, el tribunal en *Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica (2017)*, confirmó la jurisprudencia de los tribunales que conocieron las reclamaciones en contra de Ecuador, pero esta vez en el marco del TBI Costa Rica – España (1999)¹⁰⁴, estableciendo que, el no realizar la notificación de la consulta, ni efectuar las negociaciones previas al arbitraje, constituye una violación del tratado que implica que cualquier reclamación en infracción a dichos requisitos resultará inadmisibles de ser conocida en el arbitraje:

“El Tribunal desea recordar la importancia de **una notificación adecuada, que es un elemento importante del consentimiento del Estado al arbitraje**. En efecto, una notificación adecuada permite al Estado examinar y posiblemente resolver la controversia mediante la negociación. El hecho de no notificar debidamente al Estado receptor de la inversión de la existencia de una controversia **constituye una violación del artículo XI.1 del Tratado**. Esto implica que **cualquier reclamación que no haya sido notificada es inadmisibles** en el procedimiento respectivo, porque no se ha agotado el proceso de negociación previo acordado por las partes”¹⁰⁵.

5.1.3. *Tendencia jurisprudencial flexible: no constituye un requisito jurisdiccional*

No obstante, en la jurisprudencia de inversión es posible encontrar decisiones más flexibles respecto a la materia. En dichos casos, los tribunales consideraron al período de *cooling-off* como

¹⁰³ Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador (2010), párrafo 149.

¹⁰⁴ Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de España (1999).

¹⁰⁵ Supervisión y Control33epublico fhe Republic of Costa Rica (2017), párrafos 339 – 340.

una mera formalidad (una regla o directriz procesal), y no un requisito de carácter obligatorio que pueda obstar a la jurisdicción del tribunal, ni impactar en el consentimiento de las partes para arbitrar¹⁰⁶.

En efecto, el tribunal en *Bayindir Insaat v. Pakistan (2005)*, sobre la base del TBI Pakistán-Turquía (1995)¹⁰⁷, decidió que la notificación de la consulta, para efectos de dar inicio al período de espera, no era un requerimiento jurisdiccional:

“El Tribunal observa que Pakistán no ha negado que el objetivo principal del Artículo VII del TBI es prever la posibilidad de una solución de la controversia. En opinión del Tribunal, **la finalidad del requisito de notificación es permitir las negociaciones entre las partes que puedan conducir a una solución.** Es significativo que el Artículo VII(2) no diga que estas controversias "no se resuelvan" en un plazo de seis meses, sino que **"no puedan resolverse" en un plazo de seis meses**, cuya redacción implica una expectativa de que se realicen intentos de solución (...). **El Tribunal está de acuerdo con la opinión de que el requisito de notificación no constituye un requisito previo a la jurisdicción.** Contrariamente a la posición de Pakistán, el incumplimiento de este requisito no es "fatal para el caso del demandante" (Tr. J., 222:34). Como señaló Bayindir, exigir una notificación formal significaría simplemente que **Bayindir tendría que presentar una nueva solicitud de arbitraje y reiniciar todo el procedimiento, lo que no beneficiaría a nadie** (Tr. J., 184:18 y ss.)”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ REDFERN y HUNTER (2015), p. 459. El tribunal en *Ronald S. Launder v. The Czech Republic*, también acogió esta tendencia jurisprudencial: “*However, the Arbitral Tribunal considers that this requirement of a six-month waiting period of Article VI(3)(a) of the Treaty is not a jurisdictional provision, i.e. a limit set to the authority of the Arbitral Tribunal to decide on the merits of the dispute, but a procedural rule that must be satisfied by the Claimant. As stated above, the purpose of this rule is to allow the parties to engage in good-faith negotiations before initiating arbitration (...). To insist that the arbitration proceedings cannot be commenced until 6 months after the (...) Notice of Arbitration would, in the circumstances of this case, amount to an unnecessary, overly formalistic approach which would not serve to protect any legitimate interests of the Parties.*” *Ronald S. Launder v. The Czech Republic* (2001), párrafos 187 y 190.

¹⁰⁷ *Agreement between the Islamic Republic of Pakistan and the Republic of Turkey concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments* (1995).

¹⁰⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (2005), párrafos 98 y 100.

En sentido similar, el tribunal en *Biwater Gauff v. Tanzania (2008)*, confirmó, sobre la base del TBI Tanzania – Reino Unido (1994)¹⁰⁹, que el periodo de espera no constituía una fuente de su jurisdicción, sino que simplemente una cláusula de naturaleza procesal no obligatoria:¹¹⁰

“Sin embargo, en opinión del Tribunal Arbitral, interpretado correctamente, **este plazo de seis meses es de carácter procesal y orientativo, más que jurisdiccional y obligatorio.** Su objetivo subyacente es facilitar las oportunidades de llegar a un acuerdo amistoso. Su propósito **no es impedir u obstruir los procedimientos de arbitraje, cuando dicha solución no es posible. El incumplimiento del plazo de seis meses, por lo tanto, no impide que este Tribunal Arbitral proceda.** Si lo hiciera, la disposición tendría curiosos efectos, entre ellos

- impedir la prosecución de una demanda, y obligar al demandante a no hacer nada hasta que hayan transcurrido los seis meses, incluso cuando las nuevas negociaciones sean evidentemente inútiles, o el acuerdo obviamente imposible por cualquier razón;
- obligar al demandante a reanudar un arbitraje iniciado demasiado pronto, aunque el plazo de seis meses haya transcurrido cuando el Tribunal Arbitral examine el asunto”¹¹¹.

5.1.4. Opinión doctrinal ecléctica.

En una línea similar a la anterior, el profesor Christoph Schreuer entrega una opinión práctica, pues lo relevante para él sería determinar si dentro del periodo de enfriamiento las partes podrían o no arribar a un acuerdo.

En este contexto, el Tribunal en *Guaracachi America, INC v. El Estado Plurinacional de Bolivia (2014)*, en el marco de los TBI Bolivia – Reino Unido (1988)¹¹² y Bolivia – EE.UU (1998)¹¹³, dio

¹⁰⁹ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Republic of Tanzania (1994).

¹¹⁰ En el mismo sentido: *Ronald S. Launder v. The Czech Republic (2001)*, párrafo 188.

¹¹¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania (2008)*, párrafo 343.

¹¹² Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of the Republic of Bolivia (1988).

¹¹³ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de Inversiones (1993).

por asentado que las negociaciones entre las partes serían infructuosas. No obstante, al ser parte de las exigencias del periodo de espera establecido en el TBI, éstas no podían ser sorteadas ni modificadas por el Tribunal:

“El Tribunal está consciente de que las circunstancias particulares del presente caso podrían permitir suponer que **aplicar el período general de negociación previa previsto por el TBI a los llamados ‘Nuevos Reclamos’ constituiría una pérdida de tiempo.** En efecto, el hecho de que Bolivia haya expropiado las inversiones de las Demandantes lleva al Tribunal a creer que los efectos prácticos del fundamento lógico detrás de la teoría y la regla de la negociación previa habrían sido, al final, inexistentes. Sin embargo, **las Demandantes tenían conocimiento absoluto de la regla en juego en este caso y no habría sido difícil cumplir con el período de negociación previa; lo que de hecho no ocurrió.** El Tribunal no tiene el mandato de ‘reescribir’ el TBI”¹¹⁴.

Entonces, de acuerdo con Schreuer, si tempranamente es sabido que las partes no podrán alcanzar un acuerdo, resultaría del todo innecesario y sumamente gravoso económicamente para las partes que éstas sean remitidas por el tribunal arbitral a cumplir con el período de espera, en circunstancias que aquel intento resultará en vano:

“**La cuestión de si un periodo de espera obligatorio es jurisdiccional o procesal es de importancia secundaria.** Lo que importa es si hubo o no una oportunidad prometedora de llegar a un acuerdo. **No tendría mucho sentido declinar la jurisdicción y enviar a las partes de nuevo a la mesa de negociaciones si éstas son obviamente inútiles.** La negociación sigue siendo posible mientras el procedimiento de arbitraje esté pendiente. Incluso si la institución del arbitraje fuera prematura, **obligar al demandante a iniciar un nuevo procedimiento sería una solución muy poco económica**”¹¹⁵.

* * * * *

¹¹⁴ Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia (2014), párrafo 386.

¹¹⁵ SCHREUER (2008), p. 846.

De esta manera, es posible concluir respecto del periodo de espera que:

- a. Las partes deben hacer todo lo que esté a su alcance durante el periodo de enfriamiento para resolver amigablemente la controversia a través de los medios diplomáticos de resolución de conflictos.
- b. El cómputo del período de enfriamiento comenzará tras la efectiva entrega por parte del inversionista al Estado Anfitrión, de una solicitud por escrito para la realización de consultas; incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas que implicarían una infracción al TII.
- c. La tendencia jurisprudencial que actualmente parece prevalecer, es aquella que ha decidido que el cumplimiento del periodo de espera no es una simple “regla procesal” o una etapa de naturaleza no obligatoria para el inversionista, sino que un requisito fundamental que debe ser cumplido cabalmente. De contrario, el tribunal arbitral podría sentenciar carecer de jurisdicción, dado que el período de enfriamiento es considerado como una condición del consentimiento del Estado Anfitrión para someter la controversia a arbitraje.
- d. Los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del período de enfriamiento, ya que, conforme al tenor de ciertas cláusulas en los TII, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones no otorga, *per se*, jurisdicción al tribunal arbitral que en definitiva resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

5.2. Cláusulas electa una vía: *fork-in-the-road and Non-U-Turn provisions*

Una de las principales preocupaciones de los Estados Anfitriones ha sido la existencia de procedimientos paralelos, dada la posibilidad de que los inversionistas puedan deducir un reclamo en múltiples foros por la misma violación o incumplimiento.

Normalmente, los TII ofrecen una serie de alternativas de foro para resolver conflictos¹¹⁶. Aquellas opciones típicamente incluyen a los tribunales del Estado Anfitrión, en conjunto con diversas formas y reglas de arbitraje¹¹⁷. Chile, en particular, propone en el artículo 8 del *Model BIT* (1994)¹¹⁸, para el caso en que la consulta previa no haya servido para resolver la controversia, que el inversionista pueda presentar una reclamación ante el tribunal competente del Estado Anfitrión o, substanciar la misma, en un arbitraje CIADI.

El problema, sin embargo, se centra en el hecho de que las reclamaciones duplicadas podrían obligar al Estado Anfitrión a responder al mismo reclamo más de una vez, dar lugar a decisiones contradictorias y, en algunas circunstancias, incluso permitir una doble compensación por parte de los demandantes¹¹⁹.

De allí que la mayoría de los TII aborden este problema introduciendo cláusulas que exigen al inversionista que decida si la controversia se resolverá en los tribunales nacionales o a través de un arbitraje internacional. La elección por uno de dichos foros, puede, por expresa disposición del TII, precluir la posibilidad de elegir otro bajo el principio denominado “*electa una via, non datur recursus ad alteram*”.

Dos técnicas se han utilizado en los más recientes TII para limitar las opciones de los inversionistas para elegir un mecanismo de resolución de controversias:

- a. La primera, requiere que el inversionista elija un mecanismo de resolución de disputas *ab initio*, lo que luego le impide (*estops*) volver a litigar el conflicto en otro foro. La elección de parte del inversionista ha sido denominada a nivel comparado bajo el concepto de “*fork in the road*”¹²⁰.

¹¹⁶ LIM et al. (2021), p. 100.

¹¹⁷ De acuerdo a MCLACHLAN et al. (2017), p. 48: “*this type of dispute settlement clause may thus be described as a ‘cafeteria style’ approach. It gives the investor a choice between a range of different dispute settlement fora, including the courts of the host State, and a number of arbitral tribunals.*”

¹¹⁸ En su versión en inglés, el artículo 8 *Model BIT*, dispone lo siguiente: “(2) *If these consultations do not result in a solution within three months from the date of request for settlement, the investor may submit the dispute either; (a) to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made; or (b) to international arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), created by the Convention for the Settlement of Disputes in respect of Investments occurring between States and Nationals of other States, signed in Washington on March 18, 1965. (3) Once the investor has submitted the dispute to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made or to international arbitration, that election shall be final.*” Chile *Model BIT* (1994).

¹¹⁹ UNCTAD (2014), pp. 86 – 87.

¹²⁰ MCLACHLAN et al. (2017), pp. 64 y 112.

- b. La segunda técnica no requiere de una elección previa. En su lugar, el inversionista puede emplear todos los mecanismos jurídicos disponibles en los tribunales del Estado Anfitrión u en otros foros. Sin embargo, una vez escogido el arbitraje de inversión, renuncia a la posibilidad de buscar una solución a la controversia en un foro diferente. Es lo denominado en derecho internacional como cláusulas “*No-U-turn*” o “*waiver*”¹²¹. En la práctica, el inversionista pudo haber iniciado un procedimiento contencioso en los tribunales domésticos del Estado Anfitrión, pero para el caso que quiera iniciar un arbitraje internacional en contra del mismo Estado Anfitrión, debe renunciar al procedimiento local.

En definitiva, ambos tipos de cláusulas pretenden evitar la existencia de reclamaciones múltiples, al menos una vez iniciado el arbitraje de inversión. En ambos casos, el demandante estará impedido por el tratado de presentar, o se le habrá exigido primero que renuncie a sus derechos para presentar, otra serie de procedimientos en foros diversos¹²².

5.2.1. *Fork-in-the-road provisions.*

Estas cláusulas de “*bifurcación*”, también conocidas por su terminología anglosajona como *fork-in-the road*, otorgan al inversionista la alternativa entre someter la disputa a la justicia local del Estado Anfitrión o al arbitraje internacional. Sin embargo, una vez realizada la elección, aquella resultará definitiva. Por lo tanto, si el inversionista extranjero ha optado por los tribunales internos para resolver la contienda, implica, necesariamente, que ha renunciado a la posibilidad de que la disputa sea sometida a arbitraje internacional¹²³. Esto representa una marcada diferencia con respecto a la posición de los procedimientos de protección diplomática, en la que un inversionista se ve obligado a agotar todos los recursos alternativos disponibles antes de que su Estado pueda hacer valer la reclamación en su nombre¹²⁴.

Entonces, en aplicación de las cláusulas electa una vía, la búsqueda de un recurso ante un tribunal nacional haría que el demandante perdiera su derecho a arbitrar en virtud de un TII.

¹²¹ *Op. cit.*, p. 113; UNCTAD (2014), p. 89.

¹²² LIM et al. (2021), p. 105.

¹²³ MCLACHLAN et al. (2017), p. 64.

¹²⁴ REDFERN y HUNTER (2015), p. 463.

Así, por ejemplo, en el artículo 8 del TBI Chile – Francia (1992), se establece en su inciso final que: “una vez que el inversionista haya sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión o al arbitraje internacional, la elección de una u otra modalidad será definitiva”¹²⁵.

En este punto existen dos posturas, en general, los tribunales han sostenido que las cláusulas *fork in the road* resultan aplicables sólo cuando existe una "triple identidad" en el objeto, las partes y la causa de pedir de la acción que se persigue simultáneamente ante los tribunales locales y en el arbitraje internacional¹²⁶. En este sentido, el Tribunal de *Toto Costruzioni Generali Spa c. The Republic of Lebanon* (2009) sostuvo que:

“Para que una cláusula fork-in-the-road impida que las reclamaciones sean consideradas por el Tribunal, el Tribunal tiene que considerar si la misma reclamación está "en un camino diferente", es decir, si una reclamación con el mismo objeto, partes y causa de acción, ya se ha presentado ante un foro judicial diferente”¹²⁷.

En sentido similar, el Tribunal en *Alex Genin c. Estonia* (2001) sentenció que:

“El Tribunal de Justicia considera que los juicios en Estonia, relativos a la compra por el BEI de la sucursal de Koidu del Social Bank y a la revocación de la licencia del BEI, **no son idénticos a la causa de acción de los Demandantes en la "disputa de inversión" que pretenden arbitrar en el presente procedimiento**”¹²⁸.

Por otro lado, una postura diferente pone el énfasis en la *base fundamental de los reclamos* para determinar si efectivamente se escogió una vía por sobre la otra. Así, existe una flexibilización de la triple identidad, yendo más allá del análisis formal, centrándose en la base subyacente del

¹²⁵ Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Francia sobre la Promoción y Protección recíproca de Inversiones (1992), artículo 8. En el mismo sentido, Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Chile on the reciprocal Promotion and Protection of Investments (1996) y Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Republic of Indonesia on the reciprocal Promotion and Protection of Investments (1999).

¹²⁶ REDFERN y HUNTER (2015), p. 463.

¹²⁷ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon* (2009), párrafo 211.

¹²⁸ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia* (2001), párrafo 331.

reclamo; las matriz de hechos y el interés que se busca satisfacer. Esta teoría se extrae de lo señalado por el árbitro *Pantehniki c. Albania* (2009)¹²⁹; y también adoptado en *Supervisión c. Costa Rica* (2017). Este último tribunal señaló “*las acciones presentadas en el procedimiento local comparten una fuente normativa fundamental y, en último término, persigue el mismo propósito.*”¹³⁰

De esta manera, la determinación del tribunal respectivo dependerá de un análisis casuístico, según la matriz de hechos y las particularidades de cada caso. De allí que algunos Estados Anfitriones han intentado resolver este problema relativo a la triple identidad estableciendo estos requisitos expresamente. Por ejemplo, el artículo 28(3) del Acuerdo sobre Inversiones del Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA - 2007, por su sigla en inglés), prescribe que, “*si el inversor del COMESA opta por presentar una reclamación en uno de los foros previstos en el apartado 1 de este artículo, dicha elección será definitiva y el inversor no podrá presentar posteriormente una reclamación relativa al mismo asunto o medida subyacente a otros foros*”¹³¹.

De este modo, la renuncia al arbitraje internacional sólo tendrá lugar cuando la misma disputa ha sido sometida previamente a los tribunales nacionales.

5.2.2. “No-U-turn / waiver” provisions.

Las cláusulas de “no retorno”, o de “renuncia”, adoptan un enfoque diferente de aquellas de “bifurcación”, para evitar la duplicación de reclamaciones. En particular, permiten a los inversores optar por arbitraje internacional después de haber iniciado una demanda de reparación en los juzgados o tribunales nacionales. Sin embargo, si el inversor decide presentar una reclamación relativa a la misma violación o incumplimiento a un arbitraje internacional en virtud de la disposición de un TII, entonces, debe abandonar su acción a nivel local¹³².

Por ejemplo, el artículo 9.21.2 CPTPP, establece esta opción de renuncia a todo otro foro jurisdiccional al prever que:

“ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: la notificación de arbitraje se acompañe: (...) con el escrito de renuncia del demandante

¹²⁹ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. Albania*, (2009)

¹³⁰ *Supervisión y Control c. Costa Rica*, (2017), párrafo 315

¹³¹ *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area* (2007), artículo 28(3).

¹³² UNCTAD (2014), p. 89.

y de la empresa, a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al ordenamiento jurídico de una Parte, o cualquier otro procedimiento de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que se alegue como una violación (...)"¹³³.

El Tribunal en *Waste Management, Inc v. Estados Unidos Mexicanos (I) (2000)*, sobre la base del TLCAN (1992)¹³⁴, se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la renuncia, determinándola como un acto unilateral que acarrea la pérdida o extinción del derecho a someter la disputa en otros foros distintos al arbitraje:

“El acto de renuncia, de por sí, es un acto unilateral, ya que su efecto extintivo se ocasiona únicamente por su voluntad. La exigencia de una renuncia en cualquier contexto implica una dejación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho. Por lo tanto, renunciar supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico. **En todo caso, cualquier renuncia debe ser clara, explícita y terminante, sin que sea lícita deducirla de expresiones de dudoso significado.** En base a lo expuesto, la renuncia que se solicita a través del artículo 1121(2)(b) del TLCAN **debe presentarse clara en todos sus términos** a tenor de la petición que se realiza en cuanto a la dejación de determinados derechos de la parte que se propone renunciar”¹³⁵.

El tribunal en *Renco Group Inc. v. Perú (2016)*, en una disputa mantenida en el marco del TLC Perú – Estados Unidos (2006)¹³⁶, se pronunció sobre la validez de la renuncia dada por el inversionista. En el caso, Renco Group presentó una renuncia reservándose el derecho de deducir acciones en otros foros distintos al arbitraje. El Tribunal concluyó que dicha renuncia no cumplía con los requisitos establecidos en el tratado -pues debía ser presentada en términos inequívocos y terminantes- lo que obstaba a la configuración del consentimiento del Estado a un arbitraje y a

¹³³ Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2018), artículo 9.21.2.

¹³⁴ North American Free Trade Agreement (1990).

¹³⁵ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (2000), párrafo 18.

¹³⁶ Peru-United States Trade Promotion Agreement (2006).

la jurisdicción del Tribunal. Finalmente, fue decidido que el Tribunal no disponía de la competencia para subsanar el procedimiento ante una renuncia defectuosa:

“Renco tenía la intención de calificar su renuncia por escrito mediante la reserva de su derecho de incoar reclamaciones en otro foro para su resolución sobre el fondo del litigio en caso de que este Tribunal se rehusara a entender cualquier reclamación por causales jurisdiccionales o de admisibilidad (...). El Tribunal no puede aceptar el argumento de Renco. La carga y el riesgo de multiplicidad de procedimientos surgen independientemente de que los procedimientos sean incoados en paralelo o de forma secuencial.

(...) La conclusión inevitable, por ende, es que nunca existió ningún acuerdo de arbitraje. En opinión del Tribunal, dado la inequívoca redacción del Art. 10.18(2), este no es un vicio trivial que pueda ser fácilmente descartado: **la renuncia viciada afecta la esencia de la jurisdicción del Tribunal (...).** Consecuentemente, el Tribunal está obligado a concluir que **la presentación de una renuncia** que cumple con los requisitos formales (y la obligación sustancial de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos ante un tribunal nacional) **es una condición previa al “consentimiento” del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del Tribunal (...).** En consecuencia, el Tribunal determina que no se encuentra facultado para separar la reserva de derechos de la renuncia de Renco ni para subsanar el incumplimiento de Renco del requisito formal establecido en el Artículo 10.18(2)(b)”¹³⁷.

Adicionalmente, debe tenerse especialmente presente que, si las acciones son deducidas bajo los términos del Convenio del CIADI, éstas se encuentran sujetas a la regla general establecida en el artículo 26 del Convenio, el que establece la primacía del arbitraje sobre cualquier otro mecanismo de resolución de disputas:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio **se considerará como consentimiento a dicho**

¹³⁷ The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru (2016), párrafos 80 – 173.

arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”¹³⁸.

La particularidad del artículo 26 del Convenio, es que al contrario de la protección diplomática (la que también es excluida una vez optado por el arbitraje conforme con su artículo 27), no exige necesariamente que se hayan agotado todos los remedios disponibles vía judicial o administrativa en el Estado Anfitrión, para poder dar comienzo a un arbitraje, salvo disposición en contrario. El Tribunal en *Helnan International Hotels c. Egipto (2014)*, se pronunció sobre el efecto del artículo 26 en el arbitraje CIADI:

“Por lo tanto, mediante el Artículo 26, los Estados Contratantes acordaron una inversión fundamental de la regla de los recursos locales tal como se aplica en el derecho internacional consuetudinario, a menos que el Estado imponga expresamente esa condición. El Artículo 26 representa una de las singulares ventajas del Convenio del CIADI. Crea una regla de prioridad frente a otros sistemas de adjudicación para 'evitar decisiones contradictorias y preservar el principio de ne bis in idem.' El artículo 26 funciona como un elemento clave del acuerdo de arbitraje de las partes, confirmando la exclusividad del arbitraje del CIADI como medio de resolución de conflictos, cuando las partes han acordado ese foro para la resolución de su disputa”¹³⁹.

En consecuencia, por medio de las disposiciones “*No-U-turn / waiver*”, se asegura la exclusividad del arbitraje de inversión como el único mecanismo de resolución de eventuales disputas, a través de la renuncia escrita del inversionista a la utilización de cualquier otro foro o medio judicial de resolución de controversias. Dicha renuncia cobrará efecto sólo una vez que

¹³⁸ Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965), artículo 26.

¹³⁹ *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt (2010)*, párrafo 45. Lo citado, corresponde a una traducción libre de los autores de lo siguiente: “*Thus, by Article 26, the Contracting States agreed upon a fundamental reversal of the local remedies rule as it applies in customary international law, unless the relevant State expressly imposed such a condition. Article 26 represents one of the singular progressive advantages of the ICSID Convention. It 'create[s] a rule of priority vis-a-vis other systems of adjudication in order to 'avoid contradictory decisions and to the preserve the principle of ne bis in idem.'* Article 26 operates as a key element of the parties' agreement to arbitrate - **confirming the exclusivity of ICSID arbitration as the means of dispute resolution, where the parties have agreed to that forum for the resolution of their dispute.**”

se han comenzado los trámites para iniciar la substanciación del arbitraje y debe realizarse en términos inequívocos, completos y terminantes, de contrario, un tribunal de inversión podría decidir la inexistencia del consentimiento del Estado Anfitrión a un arbitraje y a la jurisdicción del Tribunal, pues podría considerar que la renuncia no resulta pura y simple.

5.3. *Agotamiento de recursos internos*

En términos generales, las cláusulas que otorgan el consentimiento Inversionista-Estado al arbitraje, no se encuentran sujetas al agotamiento de los recursos que la legislación nacional del Estado Anfitrión pueda otorgar. Precisamente, el arbitraje entre inversionista y Estado buscan evitar que el inversionista se vea inmerso en la necesidad de someter una disputa a los diversos de procedimientos en el estado anfitrión. Salvo, desde luego, que el Estado Anfitrión haya condicionado expresamente su consentimiento al arbitraje, al hecho de haber agotado los remedios internos que dispone el inversionista. En este sentido, el artículo 26 del Convenio CIADI, señala que “*un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio*”¹⁴⁰.

La idea detrás de este requerimiento al consentimiento del Estado Anfitrión al arbitraje, es poder darle la oportunidad de reparar el supuesto daño alegado por el inversionista extranjero¹⁴¹.

En este contexto, cabe hacer notar que algunas cláusulas de consentimiento de los TII prevén un intento obligatorio de resolver la controversia en los tribunales nacionales del Estado anfitrión durante un determinado período de tiempo. El inversor puede recurrir al arbitraje internacional si el procedimiento nacional no da lugar a la resolución de la controversia durante ese período o, si la controversia persiste después de la decisión interna.

Un ejemplo es posible de encontrar en el artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania, en que se habilitaba la posibilidad de iniciar el arbitraje si, dentro de los 18 meses siguientes de iniciado el procedimiento ante el tribunal nacional correspondiente, no se hubiese arribado a una decisión judicial final sobre el fondo del asunto¹⁴².

¹⁴⁰ Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965), artículo 26.

¹⁴¹ LIM et al. (2021), p. 101.

¹⁴² Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1991). En el mismo sentido, el TBI celebrado entre Argentina y la

Ahora bien, sin mediar esta estipulación, los tribunales arbitrales del CIADI han confirmado que no es necesario el hecho de haber agotado los recursos internos para dar paso al arbitraje. Así, por ejemplo, encontramos el caso *AES Corporation v. Argentina (2005)*, en que el tribunal sentenció que:

“en el sistema del CIADI se ha establecido sobre la base de **una regla inversa de agotamiento de los recursos internos**. Según el artículo 26 del Convenio, para entrar en el juego, el agotamiento de los recursos internos deberá ser **expresamente exigido como condición del consentimiento de una de las partes al arbitraje en virtud del Convenio**. En ausencia de este requisito, el agotamiento de los recursos internos no puede ser una condición previa para que un Tribunal del CIADI sea competente”¹⁴³.

Sin embargo, cuando dichos requerimientos se encuentran expresamente contemplados en el TII, tanto los tribunales del CIADI, como aquellos no CIADI, han determinado que es una cuestión que impide al tribunal asumir jurisdicción¹⁴⁴. Por un lado, el Tribunal en *Urbaser v. Argentina (2016)*, sentenció que, “*ya sea de manera obligatoria o en caso pueda ser ignorada bajo ciertas circunstancias, es un requisito previo para acceder a la jurisdicción arbitral y no una mera 'circunstancia' para proporcionar el pleno efecto y la implementación del consentimiento, a priori determinado válido y exigible*”¹⁴⁵. En un sentido similar, el Tribunal de *Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Ltd and Others v. Kingdom of Lesotho*, sentenció que:

“en consecuencia, en virtud de la inclusión explícita de los recursos internos como condición previa para el consentimiento de los Estados miembro de la SADC al arbitraje

República de Corea (1994), el que en su artículo 8 (3), establece que: “*la mencionada controversia [entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante] podrá someterse a arbitraje internacional en las siguientes circunstancias a) si una de las partes lo solicita, cuando, transcurrido un plazo de dieciocho (18) meses desde el momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya dictado su decisión final, o cuando la decisión definitiva, pero las partes siguen en disputa...*”. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República de Argentina para la promoción y protección recíprocas de Inversiones (1994), artículo 8 (3).

¹⁴³ *AES Corporation v. The Argentine Republic (2005)*, párrafos 69 y 70.

¹⁴⁴ Con todo, el tema no es pacífico. Existe controversia y parte de la doctrina y jurisprudencia internacional, estima que el incumplimiento de este requisito no es una cuestión de jurisdicción, sino más bien de admisibilidad del reclamo. Véase: LIM et al. (2021), pp. 115 – 127.

¹⁴⁵ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic (2016)*, párrafo 123.

con ocasión del artículo 28 (1) del Anexo 1, determinamos que cualquier incumplimiento por parte de los apelantes de agotar los recursos internos debe ser tomado como un asunto que concierne a la jurisdicción del Tribunal de la CPA”¹⁴⁶.

Fuera del contexto del CIADI, se encuentra el caso *Loewen c. United States (2003)*, en el que se sentenció en un sentido inverso, ante la falta de una disposición como el artículo 26 del CIADI: “*nuestra conclusión es que Loewen no utilizó sus recursos internos, en particular la opción del Tribunal Supremo y que, en consecuencia, Loewen no ha demostrado una violación del derecho internacional consuetudinario y una violación del TLCAN de la que sea responsable la Demandada*”¹⁴⁷.

Schreuer ha explicado que un requisito de este tipo, como condición para el consentimiento al arbitraje, crea una carga considerable para la parte que solicita el arbitraje, con pocas posibilidades de avanzar en la resolución de la controversia. En efecto, a juicio de este autor, resultaría poco probable que los tribunales nacionales tomen una decisión en una compleja controversia de inversión en un plazo acotado, sobre todo si se incluye la posibilidad de apelación. Incluso habiéndose dictado una decisión por el tribunal local, sería muy probable que la disputa persista si el inversionista no queda satisfecho con el resultado del juicio. Por lo tanto, el arbitraje seguiría siendo una opción después de la expiración del proceso ante los tribunales locales, o una vez expirado el plazo para obtener la resolución del conflicto¹⁴⁸.

* * * * *

En fin, cuando un inversionista no cumple con los requisitos obligatorios de recurrir a la justicia local del Estado Anfitrión, éste se expone a que un tribunal arbitral internacional puede desestimar la demanda por considerarla inadmisibles o por faltar elementos del consentimiento para configurar la jurisdicción del tribunal. Con todo, creemos también que la obligación de recurrir a los remedios internos es una carga procesal innecesaria y no querida por el inversionista extranjero. En este sentido, no puede perderse de vista que los inversionistas precisamente

¹⁴⁶ *Swissbrough Diamond Mines (Pty) and Others v. Kingdom of Lesotho (2018)*, párrafo 209. Lo citado, corresponde a una traducción libre de los autores de lo siguiente: “*Accordingly, given the express inclusion of local remedies as a pre-condition for the SADC Member State’s consent to arbitration under Art 28 (1) of Annex 1, we find that any failure on the part of the Appellants to exhaust their local remedies should be taken to be an issue that concerns the jurisdiction of the PCA Tribunal.*”

¹⁴⁷ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America (2003)*, párrafo 217.

¹⁴⁸ SCHREUER et al. (2009), p. 848.

buscan sortear a los tribunales nacionales del Estado Anfitrión por una potencial falta de imparcialidad, y para no verse arrastrados a procesos extensos sujetos a revisión por tribunales de apelaciones que no son expertos en la materia.

Sin duda, como apunta Schreuer, aquello trae mayores costos y poca efectividad para resolver la disputa. Tampoco pareciese que aproximará a las partes a un acuerdo. De allí que, por ejemplo, el tribunal de *Plama v. Bulgaria (2005)*, las haya tildado de cláusulas "*absurdas desde un punto de vista práctico*"¹⁴⁹. Aquello explica, según veremos a continuación, porque en varios casos los inversionistas demandantes han buscado evitar los efectos de estas estipulaciones basándose en las cláusulas de Nación Más Favorecida.

6. IMPORTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIO DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF)

En este apartado, veremos de qué manera la Cláusula de Nación Más Favorecida (“**NMF**”) ha sido invocada por los inversionistas para “importar” el consentimiento del Estado Anfitrión. La hoja de ruta que utilizaremos en este apartado es la que sigue: en *primer lugar*, nos enfocaremos en el concepto de NMF. En *segundo lugar*, veremos los elementos que conforman la NMF. En *tercer lugar* veremos de qué manera los inversionistas han invocado la NMF para importar el consentimiento del Estado Anfitrión de la inversión. Para ello, dividiremos el consentimiento que busca importar el inversionista: (i) analizaremos la importación de protecciones o derechos substantivos; (ii) la importación del consentimiento en relación a elementos adjetivos o procesales; y (iii) el consentimiento a someter la disputa a arbitraje internacional.

6.1. Sobre la cláusula de la Nación Más Favorecida

La NMF aplicada al contexto de inversiones, consiste en que el Estado Anfitrión se obliga a conceder al inversionista y a la inversión, un tratamiento no menos favorable en contraste con aquel que dicho Estado le otorga a un inversionista de un tercer estado¹⁵⁰.

La cláusula NMF tiene como propósito asegurar un plano igualitario donde se puedan desempeñar los inversionistas. El tratamiento proporcionado por la cláusula busca evitar la

¹⁴⁹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (2005)*, párrafo 224.

¹⁵⁰ UNCTAD (2010), p. 13. Traducción libre de los autores.

discriminación en el tratamiento por parte de un Estado Anfitrión y los inversionistas extranjeros¹⁵¹. El tratamiento busca que las condiciones competitivas entre inversionistas para el desarrollo de sus actividades sean iguales, y que entre inversionistas no obtengan beneficios diferentes que generen una distorsión de la competencia¹⁵².

El tratamiento no menos favorable otorgado por Estado Anfitrión a inversionistas extranjeros no forma parte de la costumbre internacional. Esto quiere decir, que el otorgamiento del tratamiento depende de su inclusión en un instrumento, *v.gr.* un tratado internacional.

Mclahlan, Shore y Weiniger, sostienen que:

“el recurso a la NMF se basa únicamente en una obligación de derecho internacional voluntariamente asumida por el Estado que concede el tratamiento. Dicho tratamiento es comúnmente otorgado por medio de un tratado. Es el tratado que contiene la NMF el que produce el efecto jurídico de dar derecho a invocar el tratamiento no menos favorable. No cualquier tratado puede ser invocado por inversionista como argumento de mejor trato”¹⁵³.

El artículo 7 de las *Draft Articles on MFN clauses* sostiene por su parte que:

“nada en los artículos aquí contenidos expresa que un Estado tiene el derecho a que se le otorgue el tratamiento de la cláusula de la nación más favorecida por otro Estado, salvo sobre la base de una obligación internacional asumida por el segundo de ellos”¹⁵⁴.

Si bien la cláusula NMF es frecuentemente incluida en los tratados de inversión, no existe evidencia que ha evolucionado en una regla de costumbre internacional. En consecuencia, se sostiene que un tratado es la base por medio de la cual se puede reclamar el tratamiento de la Cláusula la Nación Más Favorecida¹⁵⁵.

La NMF no se ha materializado en una regla de costumbre internacional por que carecen de la *opinio juris*. Al no formar parte de la costumbre internacional, el tratamiento diverso de

¹⁵¹ IISD (2017), p. 2.

¹⁵² UNCTAD (2010), p. 14. Traducción libre de los autores.

¹⁵³ MCLACHLAN et al. (2017), p. 344.

¹⁵⁴ International Law Commission (1978), Artículo 7.

¹⁵⁵ *Op. Cit*, Artículo 7, comentario 3.

inversionistas por parte del Estado Anfitrión, en ausencia de una cláusula NMF, no genera responsabilidad internacional. Que las cláusulas NMF no formen parte de la costumbre internacional se traduce en que la práctica de los Estados en torno al tratamiento en cuestión no puede ser utilizado para su interpretación¹⁵⁶.

6.2. *Elementos de la Cláusula de la Nación Más Favorecida*

La Cláusula de la Nación Más Favorecida contiene ciertos elementos inherentes a ella para su análisis¹⁵⁷. Así, el alcance de operación de la cláusula y los derechos a invocar a través de la cláusula depende de la verificación de ciertos elementos. Dividiremos los elementos en cuatro: (i) actos del Estado Anfitrión que constituyen trato; (ii) elemento comparador de personas y/o inversión; y (iii) si el trato es menos favorable; y (iv) contraste de tratos otorgados por el Estado Anfitrión. Lo que se denomina el principio *ejusdem generis*.

Es importante tener presente que en la práctica, la redacción de las Cláusulas de la Nación Más Favorecida puede variar. En ocasiones, los redactores de las cláusulas incorporan elementos diferenciadores. Los elementos diferenciadores, en general, se refieren a ciertas materias que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de Colombia del año 2011. En su artículo V, numerales 3, 4, y 5, realiza precisiones en torno a excluir de la aplicación de la cláusula los mecanismos procesales, qué se entiende por “trato” y exclusiones de ciertas materias u áreas¹⁵⁸.

¹⁵⁶ PAPANINSKIS (2011), p. 17.

¹⁵⁷ MCLACHLAN et al. (2017), p. 343.

¹⁵⁸ Colombia Model BIT (2011), artículo V: “3. Para mayor certeza, el trato referido en los párrafos 1 y 2 no comprende las definiciones ni los mecanismos de resolución de controversias tales como los contenidos en los Artículos I (Definiciones) XIII (Solución de Controversias Inversionista-Estado) y XIV (Solución de Controversias Estado-Estado) de este Acuerdo, que están previstos en tratados o acuerdos comerciales internacionales.

4. Para mayor certeza, el trato otorgado por una Parte de conformidad con este Artículo implica, respecto a un gobierno subnacional, el trato otorgado, en circunstancias similares, por ese nivel subnacional de gobierno a inversionistas, y las inversiones de esos inversionistas, de un país que no es Parte.

5. Las disposiciones de este Acuerdo relativas al otorgamiento de un trato no menos favorable que aquel que se otorga a los inversionistas y sus inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes o de cualquier tercer Estado no se interpretarán de manera que obliguen a una Parte Contratante a extender a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante el beneficio de cualquier trato, preferencia o privilegio resultante de: Cualquier área de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica u otra forma de organización económica, regional o cualquier acuerdo internacional destinado

Otro ejemplo lo encontramos en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión del Reino de los Países Bajos del año 2019. En su artículo tercero excluye del ámbito de alcance de la cláusula, protecciones sustantivas otorgadas a terceros y los mecanismos procesales para la resolución de conflictos¹⁵⁹.

El análisis se realiza por medio de la comparación de, al menos, dos tratados internacionales. El primer tratado, denominado tratado “primario o base” y el segundo tratado, denominado, tratado “secundario o comparativo”. El intérprete debe tomar la cláusula NMF del tratado base, y determinar si a la luz de la cláusula es posible determinar si está ha sido violada por medio de un trato menos favorable en comparación al tratado secundario. Como se dijo, el análisis dependerá de la cláusula en cuestión. Sin embargo, existen elementos comunes que siempre deberán ser observados.

A continuación, nos referimos brevemente a los elementos enunciados.

- **Tratamiento.**

Tal como lo señalamos, la cláusula NMF supone una comparación en el “trato” otorgado por el Estado Anfitrión al inversionista extranjero beneficiado con la cláusula, en comparación con el “trato” otorgado por dicho Estado a terceros inversionistas de otro Estado extranjero.

Tratamiento es un concepto abierto, que no se encuentra previamente definido. En consecuencia, tratamiento puede incluir actos del poder judicial, legislativo y ejecutivo del Estado Anfitrión de la inversión. En general, una protección sustantiva otorgado por el Estado Anfitrión a un tercer inversionista constituye tratamiento¹⁶⁰.

De esta manera, al ser invocada la NMF por parte del inversionista, el tribunal debe, en primer lugar, determinar si la infracción alegada por parte del inversionista constituye “trato”. Si el requisito es claro del instrumento aplicable, el análisis del tribunal se detiene. De lo contrario,

a facilitar el comercio fronterizo, existente o que exista en el futuro, del cual sea o llegue a ser parte una de las Partes Contratantes.”

¹⁵⁹ The Netherlands Model BIT (2019), artículo 3: “Substantive obligations in other international investment and trade agreements do not in themselves constitute “treatment”, and thus cannot give rise to a breach of paragraph 2 of this Article, absent measures adopted or maintained by a Contracting Party pursuant to those obligations. Furthermore, the “treatment” referred to in paragraph 2 of this Article does not include procedures for the resolution of investment disputes between investors and States provided for in other international investment and trade agreements.”

¹⁶⁰ MCLACHLAN et al. (2017), p. 345.

si el sentido y alcance de NMF no es clara, el tribunal debe realizar un ejercicio interpretativo en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.

- **El elemento comparador.**

Este elemento consiste en que los sujetos u objetos protegidos por la cláusula pertenezcan a la misma categoría de sujetos u objetos protegidos en la cláusula a comparar; y que tengan la misma relación con el Estado Anfitrión.

En cuanto a la determinación de los sujetos y/o objetos que pueden reclamar el trato más favorable por medio de la cláusula NMF, ello dependerá de la cláusula en cuestión. En ocasiones, las partes contratantes han establecido la categoría, grupo de personas, u objetos que pueden beneficiarse de la cláusula. En otras ocasiones, la cláusula no establece las personas y/u objetos, pero hace referencia a un sector de la economía o giro de negocio. En ese caso, los beneficiarios de la cláusula serán aquellos sujetos y/u objetos que se ajusten a dicho sector o giro.

Al determinar los sujetos y/o objetos que se encuentran en el ámbito de aplicación de la cláusula, se entiende incorporado en ello que los inversionistas y/o objetos del tratado base, se deben encontrar en circunstancias similares a aquellos del tratado comparativo. En ocasiones la calificación de “circunstancias similares” ha sido incorporada por medio de los redactores de la cláusula. Sin embargo, dicho elemento forma parte del análisis no obstante su expresa inclusión¹⁶¹.

- **Trato menos favorable.**

El elemento del trato menos favorable, como su nombre lo indica, significa que el trato del tratado de inversión base aplicable, es menos favorable que el trato (en las mismas circunstancias) que entrega el Estado Anfitrión a los inversionistas del tratado de inversión comparado. Lo que evidencia el trato menos favorable es una discriminación, en base a nacionalidad, que no es permitida por la cláusula de la NMF¹⁶².

¹⁶¹ PÉREZ AZNAR (2017), p. 800.

¹⁶² UNCTAD (2010), p. 27.

El trato menos favorable no debe ser evaluado en base a consideraciones subjetivas del inversionista, si no que el tribunal al analizar una violación de la cláusula NMF por trato menos favorable, debe basar su análisis en consideraciones u elementos objetivos¹⁶³.

- **El principio *ejusdem generis*.**

El principio *ejusdem generis* va al núcleo del análisis de la aplicación y alcance de la cláusula. La aplicación de la Cláusula de la Nación Mas Favorecida dependerá de la comparación entre, la base o marco determinado por la misma cláusula por medio del cual se ejerce el derecho al trato más favorable, con el tratado o instrumento a comparar.

Este elemento comparativo ha sido plasmado en el artículo 9 de *los Draft Articles on MFN* de la siguiente manera: como la identidad del supuesto base entre los derechos protegidos por la cláusula y aquél contra el cual se realiza la comparación. Lo anterior, supone que el ámbito de protección de derechos de la cláusula del tratado base, calce con el ámbito de protección de la cláusula que se compara.

El ámbito de protección se determina fijando los supuestos fácticos que permiten determinar los derechos sustantivos protegidos. Lo anterior, permite fijar los límites de operación de la cláusula y el trato más favorable que podrá ser reclamado a través de ella¹⁶⁴.

Un ejemplo ayudará a ilustrar cómo opera el elemento de comparación de alcances y límites de las cláusulas. La Comisión de Derecho Internacional en los comentarios de *Draft Articles on MFN*, incluyó un ejemplo clarificador:

Supongamos que una Cláusula de la Nación Más Favorecida, inserta en un tratado comercial entre un Estado A y un Estado B, le otorga derecho al Estado A de reclamar al Estado B el trato que el Estado B le confiere a un tercer Estado, C. Lo anterior, no le confiere el derecho al Estado A de reclamar al Estado B la extradición de un criminal bajo el argumento que el Estado B consintió o voluntariamente accedió a dicha petición por parte del Estado C. La razón de porqué el Estado A no puede reclamarle al Estado B la extradición del criminal es porque, no obstante, el Estado B le confiere dicho derecho al Estado C, el marco de operación y objeto del tratado entre A y B difiere del marco y alcance del derecho entre el Estado B y C.

¹⁶³ *Op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁶⁴ MCLACHLAN et al. (2017), p. 346.

En este sentido, el Estado A no reclama una infracción del tratado celebrado entre el Estado B y el Estado C. Lo que jurídicamente ocurre, es que el Estado A reclama una infracción de cláusula NMF; y a través de la “lupa” de la cláusula en cuestión, se tiene en consideración el trato más favorable del Estado B para con un tercer Estado. El derecho que reclama el Estado A no surge del tratado entre el Estado B y el Estado C, sino que su derecho surge de la cláusula NMF, la que debe cumplir con el elemento ya señalado.

A continuación, revisaremos la importación del consentimiento del Estado Anfitrión por medio de la cláusula NMF. La revisión la dividiremos en tres categorías: (a) extensión del consentimiento del Estado Anfitrión en relación a las protecciones sustantivas que se reclaman por medio de la cláusula; (b) extensión del consentimiento del Estado Anfitrión a mecanismos procesales; y (c) extensión del consentimiento del Estado Anfitrión en relación a recurrir a arbitraje.

6.3. *Extensión del consentimiento del Estado Anfitrión en relación con las protecciones sustantivas*

Por protecciones sustantivas nos referimos a derechos subjetivos de inversionistas bajo un TBI, relacionados a protecciones sobre el trato de inversionistas, expropiación y a la compensación¹⁶⁵.

En general, los tribunales arbitrales han accedido a la importación de protecciones sustantivas a través de la cláusula NMF¹⁶⁶. En efecto, el Tribunal Arbitral en el caso *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. Rusia (2004)*, sostuvo que, “*es universalmente aceptado que la esencia de la cláusula NMF en un acuerdo bilateral de inversión es la de conferir a los inversionistas, todas las protecciones sustantivas concedidas en acuerdos sucesivos...*”¹⁶⁷.

La importación de protecciones sustantivas por medio de la cláusula NMF se ha permitido siempre que la redacción de la cláusula sea amplia y no contenga limitaciones o restricciones¹⁶⁸.

No obstante la general aceptación de la importación de protecciones sustantivas a través de la cláusula, ciertos autores sostiene que se debe transitar por dicha camino con precaución¹⁶⁹.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁶ MAUPIN (2011), p. 159; DUMBERRY (2017a), pp. 1-16.

¹⁶⁷ Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation (2006), párrafo 175.

¹⁶⁸ DUMBERRY (2017b), p. 127.

¹⁶⁹ BATIFORT et al. (2017), p. 876.

En este punto, se ha sostenido que al momento de interpretar la cláusula se debe proceder casuísticamente, teniendo en consideración las particularidades de cada cláusula en juego.

Un autor ha sostenido que al analizar la importación de protecciones sustantivas por medio de la cláusula NMF, los tribunales arbitrales han realizado un análisis superficial. Este análisis superficial, consiste en constatar si el tratado base contiene la protección que se intenta importar. De no tenerla, se permite importar la protección sustantiva¹⁷⁰. Sin embargo, dicho análisis formalista no implica una revisión de si el Estado Anfitrión ha infringido la cláusula NMF. El análisis deber ser más minucioso, en el sentido de determinar (i) si concurren los requisitos para invocar a través de la NMF en el tratado base, las protección del tratado comparador; (ii) si el Estado Anfitrión ha infringido la garantía contenida en el tercer tratado, y por lo tanto la cláusula NMF del tratado base¹⁷¹.

Algunos tribunales arbitrales, en cambio, han realizado el análisis detallado para determinar si el Estado Anfitrión ha infringido la cláusula NMF. El Tribunal Arbitral en el caso *Içkale c. Turkmenistán (2016)*, rechazó la solicitud del inversionista de importar las protecciones sustantivas de trato justo y equitativo, protección y seguridad, no discriminación y la cláusula paraguas a través de la cláusula NMF del tratado base.

El Tribunal rechazó el argumento del inversionista dado que, a su juicio, no se cumplía con el principio *ejusdem generis*. En este caso, el elemento comparativo no se ajustaba a aquél del tercer tratado que se pretendía importar. Específicamente, la cláusula NMF establecía que se le otorgaría al inversionista un trato no menos favorable a aquel otorgado a terceros inversionistas, siempre que se encontrasen en situaciones similares (“*similar situation*”). El Tribunal advirtió el elemento diferenciador de “situaciones similares” y la luz de la regla de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, estableció que, para que la cláusula NMF surtiera sus efectos, se debía realizar un análisis factico-comparativo de las situaciones en que se encuentran los inversionistas. Aquel del tratado base con el tratado invocado por medio de la cláusula¹⁷².

El Tribunal estableció que:

¹⁷⁰ PÉREZ AZNAR (2017), p. 781.

¹⁷¹ *Op. cit.*, pp. 781-782.

¹⁷² *Içkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan (2016)*, párrafos 328-329.

“al incluir el término “situaciones similares” en el artículo II(2) del TBI se debe concluir que los Estados contratantes acordaron restringir el ámbito de aplicación de la cláusula NMF, en el sentido de abordar tratos discriminatorios entre inversiones de inversionistas de uno de los Estados contratantes y de inversionistas de un tercer Estado, siempre y cuando dichas inversiones se encuentren en circunstancias fácticas similares”¹⁷³.

Perez Aznar refiriéndose a la aplicación de las cláusulas NMF ha enseñado que:

“para que un inversionista pueda hacer valer una cláusula NMF para beneficiarse de una cláusula contenida en un tercer tratado, se debe cumplir con ciertos requisitos inherentes a la cláusula, debe existir: “trato”, “circunstancias similares”, que debe ser “menos favorable” que aquel otorgado a un inversionista de un tercer Estado. Las palabras de cada clausula pueden varias pero estos tres elementos son inherentes a cada clausula”¹⁷⁴.

La decisión en *Içkale c. Turkmenistán* podría sugerir una naciente disconformidad en la aceptación de la cláusula NMF para la importación de protecciones sustantivas. Así, debe replantearse la manera de cómo los tribunales han abordado el análisis de la cláusula NMF a las protecciones sustantivas, distanciándose de asunciones generalizadas sobre su permisividad¹⁷⁵.

A mayor abundamiento, recientemente, los Estados al redactar TBIs o TIIs han restringido la aplicación de la cláusula NMF respecto de protecciones sustantivas. Un ejemplo de dicha restricción se encuentra en el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) entre la Unión Europea y Canadá, el que entró en vigencia en septiembre del año 2017. El numeral 4 del artículo 8.7 sostiene:

“Para mayor seguridad, el «trato» mencionado en los apartados 1 y 2 no incluye los procedimientos para la solución de diferencias en materia de inversión entre inversores y Estados que se establecen en otros tratados internacionales sobre inversiones y en otros acuerdos comerciales. **Las obligaciones sustantivas que figuran en otros tratados internacionales y en otros acuerdos comerciales no constituyen en sí mismas un**

¹⁷³ *Içkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan* (2016), párrafo 332.

¹⁷⁴ PÉREZ AZNAR (2017), p. 798.

¹⁷⁵ BATIFORT et al. (2017), p. 877.

«trato», por lo que no pueden dar lugar a una infracción del presente artículo, a falta de medidas adoptadas o mantenidas por una Parte en virtud de dichas obligaciones»¹⁷⁶.

Un segundo ejemplo lo encontramos en el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur¹⁷⁷. El artículo 5.7 establece: “*Para mayor certeza, las disposiciones de este Artículo [No discriminación] no se aplicarán para incorporar disposiciones sustantivas ni de solución de controversias no contenidas en el presente protocolo.*”

6.4. *Extensión del consentimiento del Estado Anfitrión a mecanismos procesales*

En este segundo apartado, revisaremos la aplicación de la cláusula NMF respecto de las cláusulas de resolución de conflictos. En efecto, en estos casos, el inversionista extranjero utiliza la cláusula para “importar” un trato más favorable concedido a un tercer inversionista en relación con el mecanismo de solución de controversias. Lo particular de esta situación, es que la jurisdicción del tribunal arbitral no se funda en la cláusula arbitral del tratado base sino en el tratado comparador.

En este sentido, los inversionistas extranjeros han utilizado la cláusula NMF para importar el consentimiento del Estado Anfitrión respecto de ofertas de arbitraje más beneficiosas contenidas en un segundo tratado o, derechamente, para acceder a un determinado foro arbitral como el CIADI.

A continuación, revisaremos la aplicación de la cláusula NMF desde dos perspectivas: (i) la aplicación de cláusula para “superar” condiciones procesales contenidos en las ofertas de arbitraje; y (ii) la aplicación de la cláusula como herramienta para recurrir a una nueva sede de arbitraje no contemplada en el tratado base.

¹⁷⁶ Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada (2016), artículo 8.7 numeral 4.

¹⁷⁷ Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur (2017), artículo 5.7.

6.4.1. *Aplicación de la cláusula NMF como un mecanismo para “superar” condiciones al consentimiento contenidas en la oferta de arbitraje del Estado Anfitrión*

Según dijimos, el Estado Anfitrión al suscribir un TBI o TII, normalmente realiza una oferta de arbitraje a los inversionistas extranjeros por medio del cual -y luego de dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el tratado específico- pueden someter una disputa a un tribunal internacional.

Vimos que estas ofertas de arbitraje del Estado Anfitrión contienen ciertas condiciones previas que, de no ser cumplidas por el inversionista extranjero, impide que el tribunal tenga jurisdicción, o bien, impida el ejercicio de aquella jurisdicción, según corresponda. A modo ejemplar, la oferta de arbitraje puede tener una condición de que antes de que la disputa sea sometida a arbitraje, el inversionista debe agotar las acciones judiciales domésticas o esperar un tiempo determinado.

Por ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y Argelia (2000), contiene en su artículo 8 (2) un período de enfriamiento, en los siguientes términos: “*Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en un plazo de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes involucradas, será sometida a pedido del inversor...*”¹⁷⁸.

La respuesta frente a la pregunta de si la cláusula NMF se puede utilizar para “importar” el consentimiento de un tercer tratado que no contenga dichos condicionantes es un tema que ha generado debate y líneas jurisprudenciales divergentes¹⁷⁹. Podemos ilustrarlo de la siguiente manera: El Estado A y el Estado B suscriben un TBI. En dicho TBI, los inversionistas no pueden iniciar un arbitraje en contra del Estado Anfitrión mientras la disputa no sea sometida con anterioridad a los tribunales domésticos de aquel Estado Anfitrión, o transcurran a los menos 18 meses desde que fue sometida la disputa a los tribunales locales.

Sin embargo, el Estado B suscribió un tratado con el Estado C, en el cual los inversionistas del Estado C, pueden, en caso de suscitarse un conflicto a luz del tratado entre un inversionista del Estado C y el Estado B, recurrir directamente arbitraje sin necesidad de cumplir con condición previa alguna.

¹⁷⁸ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Argentina y el Gobierno de la República Argelina Democrática y popular sobre la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones (2000), artículo 8 (2).

¹⁷⁹ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* (2014), párrafo 135.

Frente a esa situación, si el tratado entre A y B nada dice sobre la aplicación de la cláusula NMF a la cláusula de resolución de conflicto, ¿puede el inversionista del Estado A recurrir a la cláusula NMF del tratado base argumentando que el tratamiento al inversionista del Estado C es más favorable y, por lo tanto, puede someter directamente la disputa a arbitraje en contra del Estado B en virtud de la cláusula de solución de conflictos entre el Estado B y C?

En el caso *Emilio Agustín Maffezini c. España*, el Tribunal debió pronunciarse sobre algo similar. En ese caso, un inversionista argentino buscó por medio de la cláusula NMF del tratado base, beneficiarse de la oferta de arbitraje del tratado bilateral entre Chile y España (1991)¹⁸⁰. En dicho caso, el tratado entre Argentina y España (1991) obligaba al inversionista a recurrir a los tribunales domésticos y esperar al menos 18 meses para obtener un pronunciamiento sobre el caso¹⁸¹. El tratado entre Chile y España, en cambio, obligaba al inversionista extranjero a esperar sólo seis meses desde el inicio de un conflicto para someter la disputa en arbitraje¹⁸².

El Tribunal en Maffezini determinó que la cláusula NMF sí era aplicable al mecanismo de resolución de disputas. Para resolver de esa manera, el Tribunal se apoyó en dos elementos. El primero, consiste en la amplitud del lenguaje de la cláusula NMF. La cláusula señalaba que se aplicaría a “*todas la materias regidas por el presente acuerdo*”¹⁸³. El segundo argumento, consistió en que el Tribunal determinó que el trato diferenciado en cuanto al recurso a arbitraje internacional consistía en un tratamiento que podía resultar más favorable.¹⁸⁴

Con todo, el tribunal en Maffezini señaló que la aplicación de la cláusula NMF al mecanismo de solución de controversias no era ilimitada. El tribunal fijó cuatro escenarios en los cuales, por razones de política pública, no sería posible por el inversionista invocar la cláusula NMF al mecanismo de solución de controversias: (i) cuando se ha estipulado el agotamiento de los recursos internos; (ii) cuando se ha estipulado una bifurcación de camino o *fork in road*; (iii) cuando se ha acordado un mecanismo determinado para el arbitraje; y (iv) cuando se ha acordado reglas de procedimiento específicas.

En ese sentido, el tribunal sentenció que:

¹⁸⁰ Acuerdo entre la República de Chile y El Reino de España para la Protección y Fomento recíprocos de Inversiones (1991)

¹⁸¹ Acuerdo para la Promoción y la Protección recíproca de Inversiones entre la República de Argentina y el Reino de España (1991), artículo X.3.a)

¹⁸² Acuerdo entre la República de Chile y El Reino de España para la Protección y Fomento recíprocos de Inversiones (1991), artículo 9.2.

¹⁸³ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (2000), párrafo 60.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, párrafo 61.

“En este sentido, es posible prever numerosas situaciones que no guardan relación con el caso actual. En primer lugar, si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional. Segundo, si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez tomada la decisión ésta es definitiva e irrevocable, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratante”¹⁸⁵.

La decisión en *Maffezini* ha generado un intenso debate respecto a la posibilidad de aplicar la cláusula NMF al mecanismo de solución de controversias. La discusión principal consiste en determinar (i) si existe un consentimiento claro del Estado Anfitrión para someterse a un mecanismo de solución de controversias diferente al pactado en el tratado base; y (ii) si el mecanismo de solución de controversias constituye trato.

Respecto al primer elemento, se sostiene que el inversionista no puede argumentar que las condiciones previas al acceso directo a arbitraje contenidas en el tratado base, constituyen una

¹⁸⁵ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (2000), párrafo 63.

violación a la cláusula NMF. Señalan que el arbitraje depende del consentimiento de las partes (enfocado en el Estado Anfitrión), y las partes son libres de prestar su consentimiento de la manera que mejor les parezca¹⁸⁶.

El énfasis en el consentimiento claro y expreso fue realizado por el Tribunal en *Plama c. Bulgaria* (2005). Frente a la cuestión de si es aplicable la cláusula NMF a los mecanismos procesales, el Tribunal determinó que el consentimiento del Estado Anfitrión para arbitrar debe ser claro y sin ambigüedades; de manera que la cláusula NMF no es aplicable a los mecanismos de solución de controversias, salvo que la cláusula no deje duda alguna de su aplicación¹⁸⁷.

Un argumento adicional para desechar la aplicación de la cláusula NMF a los mecanismos procesales, consiste en centrar el análisis en la jurisdicción del tribunal, para incluso conocer sobre la opción de aplicar la cláusula. Así, consiste en que, primeramente para invocar la cláusula, debe establecerse la jurisdicción del tribunal bajo el tratado base; y que previo a ello, malamente podría invocarse la cláusula NMF¹⁸⁸. En un caso reciente, el Tribunal en *Kimberly Clark c. Venezuela* (2021) desestimó un caso por ausencia de jurisdicción en virtud de lo anterior:

“De acuerdo al Tribunal, existen dos razones principales, cada una determinante para el resultado, por las que no se puede adoptar la posición de KCN [demandante]. En primer lugar, como cuestión de principio, un Tribunal que carece de jurisdicción (*ratione voluntatis*) no puede aplicar las garantías sustantivas del tratado, incluida la NMF”¹⁸⁹.

En cuanto al tratamiento, la discusión se ha reconducido a que el trato contenido en el tratado base es menos favorable que aquél establecido en el tratado comparador. Así, se debe demostrar que la espera de 18 meses para acceder al arbitraje internacional, *vis-a-vis* el acceso directo a arbitraje, constituye en los hechos trato.

Quienes apoyan la aplicación de la cláusula NMF al mecanismo de solución de controversias sostienen que, si su redacción es neutra o nada dice al respecto, se debe considerar a los mecanismos de solución de controversias como parte de la cláusula. Así, salvo exclusión expresa, el Estado Anfitrión ha otorgado el consentimiento para someterse al mecanismo de

¹⁸⁶ DOUGLAS (2011), p. 107.

¹⁸⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (2005), párrafos 218 y 222.

¹⁸⁸ DOUGLAS (2011) p. 107

¹⁸⁹ *Kimberly-Clark Dutch Holdings, B.V., Kimberly-Clark S.L.U., and Kimberly-Clark BVBA v. Bolivarian Republic of Venezuela* (2021), párrafo 165.

solución de controversias del tratado comparador. Lo mismo se ha sostenido para efectos de entender el mecanismo de solución de controversias como trato; siempre y cuando el principio *eiusdem generis* se cumpla¹⁹⁰.

Un autor ha sostenido que la distinción entre la aplicación de la cláusula NMF a protecciones sustantivas y mecanismos de solución de controversias no tiene sentido; ya que el mecanismo de solución de controversias sería, también, una protección sustantiva del inversionista. Sostiene que la cláusula NMF debe ser entendida como un mecanismo de distribución o de acceso a la justicia. Entendida la cláusula como un mecanismo de acceso a la justicia, haría desaparecer la distinción entre protecciones sustantivas y mecanismos procesales; ya que la distribución de justicia entre los tribunales domésticos (esperar 18 meses o iniciar litigios domésticos) y tribunales internacionales supone un análisis de acceso a la justicia y, por lo tanto, un asunto de protección sustantiva¹⁹¹.

6.4.2. La cláusula NMF como mecanismo para recurrir a una nueva sede de arbitraje

A continuación, revisaremos la aplicación de la cláusula NMF como extensión del consentimiento del Estado Anfitrión para acceder a un foro arbitral no contemplado en el tratado base.

El supuesto de hecho es el que sigue: el TBI entre el Estado A y el Estado B establece que el foro arbitral para la resolución de conflictos Inversionista-Estado es *ad hoc* bajo las reglas UNCITRAL. Sin embargo, el TBI entre el Estado B y el Estado C establece que el foro arbitral para la resolución de conflictos Inversionista-Estado es el CIADI. En ese caso, ¿puede el inversionista del Estado A, a través de la cláusula NMF, recurrir al CIADI como mecanismo de solución de controversias contenido en el TBI entre B y C?

El Tribunal en *Garanti Koza c. Turkmenistán (2016)* debió resolver la situación anterior. En el caso, el tratado aplicable era el TBI celebrado entre el Reino Unido y Turkmenistán (1995). Dicho TBI en su artículo 8 establecía que, si el inversor y el Estado Anfitrión no se ponían de acuerdo en el foro arbitral, la disputa debía ser resuelta en un arbitraje *ad hoc*. El inversionista invocó el mecanismo de solución de controversias contenido en el TBI entre Suiza y

¹⁹⁰ Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation (2009); Austrian Airlines v. The Slovak Republic (2009).

¹⁹¹ SCHILL (2011), p. 362.

Turkmenistán (2008)¹⁹² que permitía al inversionista escoger entre arbitraje *ad hoc* bajo las reglas UNCITRAL o arbitraje bajo el Convenio CIADI.

El Tribunal determinó que la cláusula NMF sí podía ser aplicada al sistema de resolución de conflictos, y en particular acceder directamente a arbitraje bajo el Convenio CIADI. Para decidir la cuestión se embarcó en un análisis escalonado.

En primer lugar, el Tribunal analizó si la cláusula NMF era aplicable al mecanismo de solución de controversias del tratado base. El tribunal determinó que sí, ya que la cláusula NMF señala que era aplicable a los artículos 1 a 11 del TBI; en circunstancias que el mecanismo de solución de controversias se encuentra en el artículo 8.

En segundo lugar, el Tribunal analizó el requisito del consentimiento. El Tribunal determinó que Turkmenistán – a través de la cláusula NMF – si había consentido a arbitrar bajo el Convenio CIADI. Para dicho efecto, el Tribunal señaló que no había duda de que Turkmenistán había consentido someterse a arbitraje internacional. Así, el Tribunal sentenció que:

“en cualquier caso, el consentimiento esencial del Estado Receptor – el consentimiento de resolver disputas con inversionistas del Reino Unido, por medio de arbitraje internacional. no necesita ser importado por medio de la cláusula NMF, por que dicho consentimiento se encuentra en el artículo 8(1) del TBI”¹⁹³.

En ese sentido, el Tribunal determinó que el Estado Anfitrión ya había consentido a someterse a arbitraje internacional. Luego, continuó con el análisis para determinar si el foro disponible constituye un trato menos favorable¹⁹⁴. En esa línea, se puede inferir que el Tribunal determinó que, una vez superada la barrera del consentimiento a arbitrar, el foro no es diferente a otras condiciones procesales para recurrir a arbitraje internacional¹⁹⁵. Lo relevante sería el consentimiento al arbitraje.

El tercer y último escalón del análisis, fue determinar si el foro residual de arbitraje internacional *ad hoc* bajo las reglas UNCITRAL contenido en el tratado constituye un trato

¹⁹² Agreement between the Swiss Federal Council and The Government of Turkmenistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (2008).

¹⁹³ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan* (2013a), párrafo 75.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, párrafo 75.

¹⁹⁵ *Op. cit.*, párrafo 77

menos favorable que la elección discrecional entre arbitraje *ad hoc* bajo las reglas UNCITRAL o bajo el Convenio CIADI¹⁹⁶.

El Tribunal señaló que no es posible determinar si un foro es objetivamente más favorable que otro. Cada uno de los foros tiene sus propias ventajas y desventajas. Sin perjuicio de ello, el Tribunal señaló que la opción de poder recurrir a uno u otro foro sí constituye un trato más favorable.¹⁹⁷

La decisión de la mayoría fue duramente criticada en la opinión disidente de la có-arbitro Laurence Boisson de Chazournes. La disidencia señala que no es posible invocar el acceso directo al arbitraje bajo el Convenio CIADI por medio de la cláusula de la NMF contenida en el tratado base. Argumentó que no es posible importar el consentimiento contenido en el tratado comparador con el fin de acceder a un foro arbitral, cuyo acceso directo no existe en el tratado base.

Para ello, la disidencia sostiene que lo solicitado por el inversionista escapa a la determinación de si ha existido un trato menos favorable o no. La cláusula NMF no puede servir de base para “crear” un consentimiento que no se encuentra otorgado en el tratado base¹⁹⁸. Boisson desarrolló los argumentos de Brigitte Stern en su opinión disidente en *Impregilo c. Argentina* (2011) y del tribunal en *Maffezini c. Argentina*.

En esa línea, expresó que antes de que una disposición sobre resolución de conflictos pueda ser importada al tratado base, el derecho o acceso a arbitraje internacional -en este caso al arbitraje bajo el Convenio CIADI- tiene que ser capaz de poder ser invocado por el inversionista en el tratado base¹⁹⁹. En el mismo sentido, Boisson citó al Tribunal en *Maffezini*, el cual determinó que uno de los límites de política pública respecto a la aplicación de las cláusulas NMF era que éstas no podían crear un acceso a un foro arbitral que las partes no habían contemplado o previsto para resolver sus disputas.

La disidencia, además, argumentó que la cláusula NMF no tiene por finalidad suplir la ausencia de consentimiento, sino que el consentimiento es implementado de la manera más favorable para el inversionista.²⁰⁰

¹⁹⁶ *Op. cit.*, párrafo 67

¹⁹⁷ *Op. cit.*, párrafo 94.

¹⁹⁸ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan* (2013b), párrafo 55.

¹⁹⁹ *Op. cit.*, párrafo 59.

²⁰⁰ *Op. cit.*, párrafo 61 .

Finalmente, Boisson señaló que no se cumplía con el principio *ejudem generis*, principio fundamental para la aplicación de la cláusula NMF. Así, el tratado base contiene una delimitación para la aplicación de la cláusula. El tratado base no contiene el consentimiento del Estado Anfitrión para acceder a arbitraje bajo el Convenio CIADI, salvo acuerdo mutuo entre las partes. De esta manera, la cláusula NMF del tratado no se ajusta a los derechos contemplados para los inversionistas en el tratado comparador; razón por la cual no resulta posible “crear” consentimiento si este no existe en el tratado base²⁰¹.

6.5. Extensión del consentimiento del Estado Anfitrión en relación con recurrir a arbitraje

Como hemos señalado, la Cláusula NMF ha sido utilizada para obtener el trato más favorable que el Estado ha otorgado en un segundo tratado, ya sea para protecciones sustantivas y/o procedimentales.

Sin embargo, la Cláusula en estudio también ha sido invocada para efectos de obtener acceso por parte del inversionista a un arbitraje Inversionista-Estado, cuando el TBI aplicable no lo contemplaba. En efecto, lo anterior ocurrió en *Christian Doutremepuich y Antoine Doutremepuich c. Mauricio (2019)*.

Hasta donde llegan las noticias de estos autores, dicho caso es el único en que se ha ventilado si la cláusula NMF puede ser utilizada para obtener acceso a arbitraje Inversionista-Estado contenido en un segundo tratado, en circunstancias que el tratado base no lo contemplaba.

Una referencia a los hechos será, entonces, de utilidad. Veamos. En dicho caso, el TBI aplicable fue el de Francia y Mauricio (1973)²⁰². Dicho TBI no contemplaba el arbitraje Inversionista-Estado como mecanismo de solución de controversias de acceso directo.

En *Doutremepuich*, los demandantes no contaban con acceso a arbitraje Inversionista-Estado. Así, los demandantes buscaron dicho mecanismo de solución de controversias

²⁰¹ *Op. cit.*, párrafo 67.

²⁰² Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Île Maurice sur la protection des investissements (1973).

contenido en el TBI celebrado entre Finlandia y Mauricio (2007)²⁰³. Para ese efecto, los demandantes invocaron la cláusula NMF contenida en el artículo 8.2 del TBI (tratado base).

El tribunal determinó que los inversionistas no podían utilizar la cláusula NMF del tratado base para acceder al arbitraje Inversionista-Estado contenido en el segundo tratado.

Lo relevante del Laudo, es que el tribunal desechó la solicitud del inversionista en base al consentimiento otorgado por Mauricio en el tratado base, y que la cláusula NMF del tratado base no permitía importar el consentimiento otorgado por Mauricio en el segundo tratado. Igualmente, y en relación con el consentimiento, el tribunal determinó que el principio *ejusdem generis* no se cumplía.

En cuanto a lo primero, el tribunal señaló, que se debe prestar atención a si la materia contenida en el TBI entre Finlandia y Mauricio, y que los inversionistas buscaban invocar por medio de la cláusula NMF (acceso directo a arbitraje Inversionista-Estado), se encuentra regulada en el tratado base²⁰⁴. El tribunal razonó que no. El tribunal estableció que si bien el tratado base contemplaba el arbitraje Inversionista-Estado, no lo regulaba. El tratado entre Francia y Mauricio contemplaba la obligación de los Estados contratantes de incluir una cláusula arbitral en el contrato de inversión que celebrarían con el inversionista; pero no un acceso directo al arbitraje por medio del TBI.²⁰⁵

En cuanto a lo segundo, el tribunal se enfocó en si ambos TBI, respecto a la materia que los inversionistas deseaban beneficiarse, compartían una misma identidad. Así, la pregunta que debía ser respondida es si existe una identidad sustancial entre las materias reguladas en los artículos que regulaban los mecanismos de solución de controversias de cada uno de los tratados²⁰⁶. El tribunal respondió la pregunta negativamente. Para ello, dictaminó:

“De esta manera, mientras que Finlandia ha otorgado el consentimiento para arbitrar conflictos del tratado en el artículo 9 del TBI Finlandia-Mauricio, el Demandado [Mauricio] no ha otorgado consentimiento alguno para arbitrar – ni siquiera para disputa contractuales – en el artículo 9 del TBI Francia-Mauricio. En virtud de estas diferencias

²⁰³ Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Mauritius on the Promotion and Protection of Investments (2007).

²⁰⁴ Professor Christian Doutremepuich and Antoine Doutremepuich v. Republic of Mauritius (2019), párrafos 212 a 213. Traducción libre de los autores

²⁰⁵ *Op. cit.*, párrafo 214. Traducción libre de los autores.

²⁰⁶ *Op. cit.*, párrafo 218. Traducción libre de los autores.

fundamentales, no puede existir una identidad sustancial entre las materias de ambos artículos”²⁰⁷.

“Cualquier otra solución resultaría en que el Demandado se vería constreñido a obligaciones que no contempló y por lo tanto menoscabaría los límites del cláusula NMF en el derecho internacional a la luz del principio ejusdem generis. El Demandado no consintió a arbitraje Inversionista-Estado en el Tratado, ya fuere para conflictos de tratado o contractuales. Utilizar la cláusula NMF para importar el consentimiento crearía al Demandado nuevas obligaciones que jamás asumió”²⁰⁸.

* * * * *

La cláusula de la NMF es una protección sustantiva que gozan los inversionistas extranjeros, pero que requiere de una manifestación de voluntad para su inclusión en el instrumento aplicable. La base de operación de la cláusula es que un inversionista puede, por el intermedio de la cláusula NMF, hacerse valer de un tratamiento – siempre que se cumplan los requisitos – más beneficioso contenido en un segundo tratado.

Lo central, es que de una revisión de la operatividad y mecánica de la cláusula NMF, se puede sostener que realmente no opera para “importar” el consentimiento del Estado Anfitrión. El consentimiento está presente en la cláusula NMF del tratado base. La cláusula NMF - verificándose sus requisitos - permite “importar” protecciones sustantivas o procesales, pero que el Estado Anfitrión consintió desde un principio.

La otra cara de la moneda, es que la cláusula NMF opera como límite al consentimiento del Estado Anfitrión. Esto, porque el análisis no consiste en importar directamente la cláusula del tratado comparador, sino que se debe analizar si, por medio de la cláusula NMF, el Estado Anfitrión consintió a la protección que se pretende importar. De no cumplirse los requisitos de operación de la NMF, el Estado Anfitrión ha limitado el alcance de la cláusula y su consentimiento y, por lo tanto, el inversionista no podrá valerse del tratado comparador.

²⁰⁷ *Op. cit.*, párrafo 218. Traducción libre de los autores.

²⁰⁸ Professor Christian Doutremepuich and Antoine Doutremepuich v. Republic of Mauritius (2019), párrafo 219. Traducción libre de los autores.

Con todo, hemos visto que la cláusula de la NMF se ha aplicado por los tribunales tanto a materias sustantivas como procesales. La aceptación de su aplicación dependerá del cumplimiento de los requisitos de operación de la cláusula. Es un elemento privativo del tribunal interpretar la cláusula para determinar el cumplimiento de los requisitos en cuestión.

Por último, hemos visto que la cláusula NMF es usualmente utilizada para “importar” protecciones sustantivas del tratado comparador; y que los tribunales frente a dicha posibilidad no se detienen mayormente en el cumplimiento de los requisitos de operación de la cláusula. En cuanto a la aplicación de la cláusula NMF a mecanismos procesales, existe un intenso debate a nivel doctrinario y jurisprudencial. La aplicación de la cláusula NMF a dichos mecanismos dependerá, entonces, de la inclusión expresa de dicha opción en la cláusula; o frente a su silencio, de una interpretación del tribunal respectivo.

7. EL CONSENTIMIENTO DEL INVERSIONISTA A SER CONTRADEMANDADO

No exento de dificultades se ha encontrado la facultad de los Estados Anfitriones de contrademandar a los inversionistas extranjeros que inician un arbitraje en su contra.

En este punto, cabe recordar que la mayoría de las cláusulas de resolución de controversias Inversionista-Estado no establecen el derecho a presentar una reconvencción. Aún más, en los hechos los TII no suelen establecer las obligaciones que el inversionista debe observar dentro del ordenamiento jurídico del Estado Anfitrión, dado que dichos tratados han sido originalmente concebidos como una manera de regular el comportamiento de los Estados, mediante la imposición de obligaciones para con los inversionistas extranjeros.

En efecto, las obligaciones de los inversionistas normalmente surgen de la ley interna o de los contratos concluidos con el Estado Anfitrión o sus agencias; pero dichas obligaciones escapan de la jurisdicción de los tribunales internacionales de inversión y recaen sobre los tribunales domésticos. Precisamente, en *Sergei Paushok v. The Government of Mongolia (2011)*, sobre la base del TBI Mongolia - Federación Rusa (1995)²⁰⁹, el Tribunal se pronunció de esta forma:

“El primer punto a tener en cuenta es que **la jurisdicción del Tribunal se basa en el Tratado y no en la relación contractual entre las Partes**, aunque al analizar si se han

²⁰⁹ Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of Mongolia on Promotion and Mutual Protection of Investments (1995).

producido incumplimientos del Tratado puede ser necesario analizar si se han producido incumplimientos contractuales (...). **Las demandas reconventionales surgen del derecho público mongol** y plantean exclusivamente cuestiones de incumplimiento del derecho público mongol, incluidas las leyes fiscales de Mongolia. **Todas estas cuestiones entran de lleno en el ámbito de la jurisdicción exclusiva de los tribunales mongoles**, son asuntos regidos por el derecho público mongol, y **no puede considerarse que constituyan una parte indivisible de las reclamaciones de las Demandantes basadas en el TBI y en el derecho internacional** o que creen un nexo razonable entre las reclamaciones de las Demandantes y las Reconvenções que justifique su consideración conjunta por parte de un tribunal arbitral investido exclusivamente de jurisdicción en virtud del TBI”²¹⁰.

En sentido similar, el tribunal en *Spyridon Roussalis v. Romania (2011)*, en el marco del TBI Grecia – Rumania (1997)²¹¹, decidió:

“El TBI no impone obligaciones a los inversores, sólo a los Estados contratantes. Por lo tanto, cuando el TBI especifica que la ley aplicable es el propio TBI, **las reconvenções quedan fuera de la jurisdicción del tribunal (...)**. El artículo 2(6) del TBI (...) confirma que el Estado anfitrión se compromete a cumplir con las obligaciones que ha contraído con respecto a las inversiones de los inversionistas. No permite que se presenten reclamaciones sobre las obligaciones del inversionista (...). Por todas estas razones, por opinión mayoritaria, el Tribunal considera que la Demanda Reconvençional está fuera de su jurisdicción en el presente procedimiento”²¹².

²¹⁰ Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia (2011), párrafos 685 y 694.

²¹¹ Agreement between the Government of the Hellenic Republic and The Government of Romania on the Promotion and Reciprocal Protection on Investments (1997).

²¹² Spyridon Roussalis v. Romania (2011), párrafos 871, 875 y 876.

No obstante, el Convenio CIADI²¹³, y otras reglas utilizadas en arbitrajes de inversión (por ejemplo, el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI - 2010²¹⁴), si establecen la posibilidad del Estado Anfitrión para presentar contrademandas, siempre que éstas hayan otorgado su consentimiento en arbitrarlas. Esto fue reconocido en la decisión del Tribunal en *Spyridon Roussalis v. Romania* (2011):

“En virtud de estas reglas [artículo 46 del Convenio del CIADI y artículo 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI], **el Tribunal determinará las reconveniones que surjan directamente del objeto de la controversia, siempre que estén dentro del alcance del consentimiento de las Partes** y sean, por lo demás, de la competencia del Centro. Por lo tanto, la primera cuestión que el Tribunal debe determinar es si - e independientemente de las reconveniones particulares presentadas en este procedimiento por la Demandada - las Partes consintieron que las reconveniones del Estado fueran arbitradas (...)”²¹⁵.

Del análisis de las reglas arbitrales aplicables a procedimientos entre inversionistas y Estados Anfitriones, se han inferido dos requisitos generales para efectos de que una contrademanda pueda ser deducida y acogida a tramitación por un tribunal arbitral:²¹⁶

- a. Lo reclamado en la demanda reconvenicional debe encontrarse dentro de la jurisdicción del tribunal; y
- b. Lo reclamado en la demanda reconvenicional debe estar conectado a lo reclamado en la demanda principal.

²¹³ Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965), artículo 46: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvenionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.”

²¹⁴ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010), artículo 21 (3): En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones si el tribunal arbitral decidiese que, dadas las circunstancias, la demora era justificada, el demandado podrá formular una reconvenición o hacer valer una demanda a efectos de compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas.

²¹⁵ *Spyridon Roussalis v. Romania* (2011), párrafos 863 y 864.

²¹⁶ UNCTAD (2014), p. 116.

Así fue resuelto por el Tribunal que declaró su competencia para conocer una contrademanda de un Estado Anfitrión en *Antoine Goetz v. Burundi* (2012), el que a pesar de reconocer que el TBI Bélgica/Luxemburgo – Burundi (1989), no hacía referencia a las demandas reconventionales, determinó su competencia sobre la base del artículo 46 del Convenio CIADI; dado que las reclamaciones caían dentro de su jurisdicción, éstas se encontraban dentro del consentimiento otorgado por las partes y, se relacionaban directamente con la materia en disputa²¹⁷:

“El artículo 46 del Convenio de Washington y el artículo 40 del Reglamento de Arbitraje exigen además que la reconvenición esté directamente relacionada con el objeto del litigio La reconvenición se refiere a los daños alegados por Burundi como consecuencia de estos mismos incumplimientos. Por lo tanto, está directamente relacionado con el objeto del litigio y es, por tanto, admisible”²¹⁸.

Recientemente, el Tribunal en *David Aven y otros v. La República de Costa Rica* (2018), en el marco del TLC entre República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos (2004)²¹⁹, confirmó que los tribunales internacionales de inversión disponen de jurisdicción para conocer y resolver contrademandas. Sin embargo, la decisión fue un paso más allá, estableciendo, adicionalmente, que los inversionistas extranjeros asumen ciertas obligaciones para con el Estado Anfitrión por medio de los TBI; debiendo ser considerados sujetos de derecho internacional en algunas materias, como aquellas relativas al medioambiente:

“¿Qué sucede con las obligaciones del inversionista que surgen de la inversión según el derecho internacional? El presente tribunal comparte los criterios del tribunal del caso Urbaser de que **no es posible admitir que los inversionistas que operan a nivel internacional tengan inmunidad porque no son sujetos de derecho internacional.** Es particularmente convincente cuando se trata de derechos y obligaciones que son de

²¹⁷ No obstante, una vez entrado en el fondo del asunto, el Tribunal arbitral rechazó el mérito de la demanda reconventional deducida por Burumbi.

²¹⁸ *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v. Republique du Burundi* (2012), párrafo 285.

²¹⁹ *The Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement* (2004).

interés de todos los Estados, tal como sucede en la protección del medioambiente (...). En virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, **los inversionistas extranjeros tienen la obligación de observar y cumplir las medidas adoptadas por los Estados receptores para proteger el medioambiente (...)**. No existen motivos sustantivos para eximir a los inversionistas extranjeros del alcance de las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones (...).

Además, la admisión de las **reconvenciones tiene numerosas ventajas prácticas** en lo que respecta a **economía y eficacia procesal**, para el beneficio tanto del Estado receptor como del inversionista extranjero (...). En consecuencia, el Tribunal no encuentra ninguna razón de principio para declarar inadmisibles una reconvención en la que el Estado Demandado afirma que el inversionista extranjero ha incumplido obligaciones (...)²²⁰.

Esta discusión, como lo señala el fallo antes transcrito, surgió también recientemente en el marco del TBI de España – Argentina (1991)²²¹, en donde el Tribunal en *Urbaser S.A. v. La República Argentina* (2016), señaló:

“El Tribunal observa que **las Demandantes admiten que su aceptación no incluía ninguna exclusión específica de una potencial demanda reconvencional por parte del Estado demandado**. Nunca se expresó la más mínima preocupación en ese sentido. Por lo tanto, no es posible asumir que la exclusión de una demanda reconvencional de la República Argentina no había sido uno de los objetivos de la aceptación del proceso arbitral internacional por las Demandantes²²².”

* * * * *

²²⁰ David Aven and Others v. The Republic of Costa Rica (2018), párrafos 736 – 742.

²²¹ Acuerdo para la Promoción y la Protección recíproca de Inversiones entre la República de Argentina y el Reino de España (1991).

²²² Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic (2016), párrafo 1146.

En fin, ante la inconsistencia en los fallos de los tribunales arbitrales de inversión, algunos TII han decidido resolver expresamente esta cuestión. Así, por ejemplo, el artículo 9.19 CPTPP, dispone que, “*cuando el demandante someta una reclamación (...) el demandado podrá contrademandar en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante*”²²³.

Entonces, el CPTPP no sólo permite expresamente la facultad de presentar demandas reconventionales en contra del inversionista, sino, que, además, elimina cualquiera duda respecto de sí el inversionista otorgó su consentimiento para arbitrar contrademandas y, por ende, ser asentada la jurisdicción del tribunal.

8. CONCLUSIONES

Iniciamos estas líneas con un objetivo modesto, pero claro. Expusimos las nociones generales en torno al consentimiento al arbitraje internacional en las disputas Inversionista-Estado; y creemos, que ese objetivo se encuentra cumplido.

El consentimiento es la piedra fundamental de diversos institutos jurídicos, y el arbitraje internacional no constituye una excepción. En eso no hay novedad. Lo que sí resulta relevante, es entender cómo opera el consentimiento de las partes en el marco del sistema de arbitraje Inversionista-Estado. Los Estados soberanos, al prestar su consentimiento a arbitrar, ceden soberanía a un mecanismo de solución de controversias transfronterizo y heterónimo que no se encuentra sujeto al, potencial, control del Estado. En consecuencia, el consentimiento que prestan los Estados para someterse a arbitraje es, por regla general, acotado y sujeto al cumplimiento de condiciones previas.

En ese contexto, podemos agrupar el consentimiento estudiado de un Estado Anfitrión en dos etapas: (i) la primera, el consentimiento en una etapa previa a la materialización del arbitraje; y (ii) la segunda, una vez iniciado el arbitraje.

En la etapa previa a la materialización del arbitraje, el consentimiento del Estado Anfitrión puede encontrarse condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos previos, como lo son los periodos de enfriamiento y el agotamiento de los recursos locales. Asimismo, y para evitar la duplicidad de procedimientos judiciales, los Estados Anfitriones se preocupan de

²²³ Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2018), artículo 9.19.

introducir a los TII, cláusulas que exigen al inversionista que decida si la controversia se resolverá en los tribunales nacionales o a través de un arbitraje internacional. La elección por uno de dichos foros puede, por expresa disposición del TII, precluir la posibilidad de elegir otro bajo el principio denominado “*electa una via, non datur recursus ad alteram*”.

En cuanto a la segunda etapa, revisamos la noción de inversión bajo el sistema del Convenio CIADI, y fuera de él. Además, nos detuvimos en la mecánica y operatividad de la cláusula NMF. De dicha revisión, podemos llegar a la conclusión que ya hemos adelantado más de una vez: la determinación del alcance del consentimiento de un Estado es algo que debe analizarse con cautela.

Los Estados al renunciar parcialmente a su soberanía prestan consentimientos calificados. El consentimiento en cuanto a la noción de inversión y la cláusula NMF, pareciera cuestiones simples de satisfacer, pero en la práctica no lo son. Así, la noción de inversión bajo el Convenio CIADI requiere del cumplimiento de condiciones objetivas, cuyas bases, asentadas por los tribunales de *Fedax* y *Salini*, han sido aplicadas en mayor o menor medida hasta la actualidad. Por cierto, que la aplicación de las bases asentadas en *Fedax* y *Salini*, se encuentran sujetas a la libre interpretación y aplicación de los tribunales, lo anterior debido a que no existe el precedente en arbitraje internacional.

En cuanto a cláusula NMF ocurre algo similar. La ampliación del consentimiento del Estado Anfitrión por intermedio de la cláusula no es tan sencillo como parece. Se deben cumplir con una serie de requisitos para beneficiarse de un trato más favorable –ya sea sustantivo o adjetivo – contenido en el tratado comparador. Así las cosas, la cláusula NMF opera más bien como un límite al consentimiento que como una ampliación.

Finalmente, dimos cuenta que, ante la inconsistencia en los fallos de los tribunales arbitrales de inversión respecto de la facultad del Estado Anfitrión de contrademandar al Inversionista, es que algunos TII han decidido resolver expresamente esta cuestión. De este modo, no sólo se otorga el derecho del Estado a presentar demandas reconventionales en contra del Inversionista en relación con las cuestiones de hecho y de derecho que envuelven a la reclamación inicial, sino, que, además, se elimina cualquiera duda respecto de sí el inversionista otorgó su consentimiento para arbitrar contrademandas y, por ende, ser asentada la jurisdicción del tribunal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BATIFORT, Simón & J. Benton HEATH (2017). “The New Debate on the Interpretation of MFN clause in Investment Treaties: Putting Breaks in Multilateralization”. *American Journal of International Law*, vol. 111, Issue 4. New York: October.

BORZU, Sabahi; Noah RUBBINS, Noah & Don WALLACE Jr (2019). *Investor-State Arbitration*. (2nd edition). Oxford: Oxford University Press.

DELAUME, Georges R. (1966). “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”. *The International Lawyer*, vol. 1, n°1. Chicago.

DELAUME, Georges R. (1983). “ICSID Arbitration and the Courts”. *American Journal of International Law*, vol. 77, Issue 4. New York: October.

DOUGLAS, Zachary (2011). “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation of the Rails”. *Journal Of International Dispute Settlement*, vol. n°2, Issue 1. Oxford: February.

DUMBERRY, Patrick (2017a). “Shopping for a better deal: the use of MFN clauses to get ‘better’ fair and equitable treatment protection”. *Arbitration International*, vol. N°33, Issue 1. 2017. Netherlands: March.

DUMBERRY. Patrick (2017b). “The importation of the FET standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BIT’s”. *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, vol. n°32, Issue 1. Oxford: Winter.

ICSID (1969). *Documents Concerning the Origin and the Foundation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States*. Volume II. Washington D.C., USA: International Centre for Settlement of Investment Disputes

IISD (2017). *ISSD Best Practices Series: The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*. Canada: International Institute for Sustainable Development.

LALIVE, PIERRE (1981). The First “World Bank” Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) – Some Legal Problems. United Kingdom: British Yearbook of International Law.

LIM, Chin Leng; Jean HO & Martins PAPANINSKIS (2021). *International Investment Law and Arbitration*. (2nd edition). Cambridge: Cambridge University Press.

MAUPIN, Julie (2011). “MFN based jurisdiction in Investor-State Arbitration: is there any hope for a consistent approach?”. *Journal of International Economic Law*, vol. n°14, Issue 11. United Kingdom: January.

MCLACHLAN, Campbell; Laurence SHORE & Matthew WEINIGER (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. (2nd edition). Oxford: Oxford University Press.

MERRILLS, John G. (2017). *International Dispute Settlement* (6th edition). Cambridge: Cambridge University Press.

PAPANINSKIS, Martins (2011). “MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond Maffezini and Plama?”. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. n°26, Issue 2. Oxford: Fall.

PAULSSON, Jan (1995). “Arbitration without privity”. *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, vol. n°10, Issue 2. Oxford: Fall.

PÉREZ AZNAR, Facundo (2017). “The Use of Most Favoured Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements”. *Journal of International Economic Law*, vol. n°20, Issue 4. Oxford: December.

REDFERN, Alan & Martin HUNTER (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. (5th edition). Oxford: Oxford University Press.

SABAHI Borzu, Noah Rubins & Don Wallace JR. (2019). *Investor-State Arbitration. 2da Edición*. Oxford: Oxford University Press

SCHILL, Stephan (2011). “Allocating Adjudicatory Authority. Most Favoured Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction-A Reply to Zachary”. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. n°2, Issue 2. Oxford: *August*.

SCHREUER, Christoph H. (2008). “Consent to arbitration”, in Peter MUCHLINSKI, Federico ORTINO & Christoph SCHREUER (Edss). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.

SCHREUER, Cristoph H.; Loretta MALINTOPPI; August REINISCH & Anthony SINCLAIR (2009). “Article 25 -Jurisdiction”, in SCHREUER, Cristoph H.; Loretta MALINTOPPI; August REINISCH & Anthony SINCLAIR. *The ICSID Convention: A Commentary* (2th edition). Cambridge: Cambridge University Press.

UNCTAD (2010). *Most Favoured Nation Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations.

UNCTAD (2014). *Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations.

Normas citadas

Decreto n.º 2080 sobre Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior, Diario Oficial de Colombia, 25 de octubre de 2000.

Ley n.º 344 sobre Promoción de Inversiones Extranjeras, La Gaceta, Diario Oficial N° 97 de la República de Nicaragua, 24 de mayo de 2000.

Ley n.º 7764, sobre Inversión Extranjera, Diario Oficial de la República de Albania, 2 de noviembre de 1993.

Jurisprudencia citada

AES Corporation v. The Argentine Republic (2005), caso CIADI No ARB/02/17, decisión sobre jurisdicción, 26 de abril de 2005.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia (2001), caso CIADI No ARB/99/2, laudo, 25 de junio de 2001.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (1983), caso CIADI No ARB/81/1, decisión sobre jurisdicción, de 25 de septiembre de 1983.

Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v. Republique du Burundi (2012), caso CIADI No ARB/01/2, laudo, 21 de junio de 2012.

Austrian Airlines v. The Slovak Republic (2009), caso UNCITRAL ad-hoc arbitration, opinión separada de Charles N. Brower, 9 de octubre de 2009.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (2005), caso CIADI No ARB/03/29, decisión sobre jurisdicción, 14 de noviembre de 2005.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania (2008), caso CIADI No ARB/05/22, laudo, 24 de julio de 2008.

Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay (2009), caso CIADI No ARB/07/9, decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009.

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador (2010), caso CIADI No ARB/08/5, decisión sobre jurisdicción, 2 de junio de 2010.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica (2000), caso CIADI No ARB/96/1, laudo, 17 de febrero de 2000.

Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia (2014), caso CIADI No ARB/12/14 y ARB/12/40, 24 de febrero de 2014.

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic (1999), caso CIADI No ARB/97/4, decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999.

David Aven and Others v. The Republic of Costa Rica (2018), caso CIADI No UNCT/15/3, laudo, 18 de septiembre de 2018.

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic (2006), caso CIADI No ARB/03/15, decisión sobre jurisdicción, 27 de abril de 2006.

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (2000), caso CIADI No ARB/97/7, decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic (2004), caso CIADI No ARB/01/3, decisión sobre jurisdicción, 14 de enero de 2004.

Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxemburg S.à r.l. v. Kingdom of Spain (2017), caso CIADI No ARB/13/36, laudo, 4 de mayo de 2017.

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela (1997), caso CIADI No ARB/96/3, decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 11 de julio de 1997.

Garanti Koza LLP v. Turkmenistan (2013a), caso CIADI No ARB/11/20, decisión sobre la Excepción de Jurisdicción por falta de consentimiento, 3 de julio de 2013.

Garanti Koza LLP v. Turkmenistan (2013b), caso CIADI No ARB/11/20, opinión disidente de Laurence Boisson de Chazournes, 3 de julio de 2013.

Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine (2003), caso CIADI No ARB/00/09, laudo, 16 de septiembre de 2003.

Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic (2014), caso CIADI No ARB/07/8, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 17 de noviembre de 2014.

Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia (2014), Corte Permanente de Arbitraje, caso PCA No 2011-17, laudo, 31 de enero de 2014.

Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt (2010), caso CIADI No ARB/05/19, decisión del Comité ad hoc, 14 de junio de 2010.

İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan (2016), caso CIADI No ARB/10/24, laudo, 8 de marzo de 2016.

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (2014), caso CIADI No ARB/07/17, decisión del Comité ad hoc sobre la solicitud de anulación, 24 de enero de 2014.

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt (2006), caso CIADI No ARB/04/13.

Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt (2004), caso CIADI No ARB/03/11, decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2004.

Kimberly-Clark Dutch Holdings, B.V., Kimberly-Clark S.L.U., and Kimberly-Clark BVBA v. Bolivarian Republic of Venezuela (2021), caso CIADI No ARB(AF)/18/3, laudo, 5 de noviembre de 2021.

Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt (2011), caso CIADI No ARB/08/18, laudo, 7 de febrero de 2011.

Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania (2015), caso CIADI No ARB/12/25, decisión de jurisdicción, admisibilidad y responsabilidad, 21 de abril de 2015.

Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation (1998), caso SCC, laudo, 7 de julio de 1998.

Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of The Congo (2006), caso CIADI No ARB/99/7, decisión del Comité de Anulación, 1 de noviembre de 2006.

Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador (2010), caso CIADI No ARB/08/4, laudo sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2010.

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albania, Caso CIADI No. ARB/07/21, laudo, 30 de julio de 2009.

Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic (2005), caso SCC No 126/2003, laudo, 29 de marzo de 2005.

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic (2009), caso CIADI No ARB/06/05, laudo, 15 de abril de 2009.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (2005), caso CIADI No ARB/03/24, decisión sobre jurisdicción, 8 de Febrero de 2005.

Professor Christian Doutremepuich and Antoine Doutremepuich v. Republic of Mauritius (2019), Corte Permanente de Arbitraje, caso PCA No 2018-37, laudo sobre jurisdicción, 23 de agosto de 2019.

Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation (2009), caso SCC No 24/2007, opinión separada de Charles N. Brower, 20 de marzo de 2009.

Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan (2009), Corte Permanente de Arbitraje, caso PCA No AA280, laudo, 26 de noviembre de 2009.

Ronald S. Launder v. The Czech Republic (2001), caso UNCITRAL, laudo, 3 de septiembre de 2001.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (2001), caso CIADI No ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción, 31 de julio de 2001.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia (2011), caso UNCITRAL, laudo sobre jurisdicción y responsabilidad, 28 de abril de 2011.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (2003), caso CIADI No ARB/01/13, decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (2004), caso CIADI No ARB/02/6, decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (1985), caso CIADI No ARB/84/3, decisión sobre las Excepciones preliminares a la Jurisdicción, 27 de noviembre de 1985.

Supervisión y Control c. Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/12/4, laudo, 18 de enero de 2017

Spyridon Roussalis v. Romania (2011), caso CIADI No ARB/06/1, laudo, 7 de diciembre de 2011.

ST-AD GmbH (Germany) v. The Republic of Bulgaria (2013), Corte Permanente de Arbitraje, caso PCA No 2011-06, laudo sobre jurisdicción, 18 de julio de 2013.

Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica (2017), caso CIADI No ARB/12/4, laudo, 18 de enero de 2017.

Swissbourn Diamond Mines (Pty) and Others v. Kingdom of Lesotho (2018), Corte de Apelaciones de la República de Singapur, caso No [2018] SGCA 81, sentencia, 27 de noviembre de 2018.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic (2012), caso CIADI No ARB/09/1, decisión sobre jurisdicción, 21 de diciembre de 2012.

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America (2003), caso CIADI No ARB(AF)/98/3, laudo, 26 de junio de 2003.

The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru (2016), caso CIADI No UNCT/13/1, laudo parcial sobre jurisdicción, 15 de julio de 2016.

Theodoros Adamakopoulos and Others v. Republic of Cyprus (2020), caso CIADI No ARB/15/49, decisión de jurisdicción, 7 de febrero de 2020.

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon (2009), caso CIADI No ARB/07/12, decisión sobre jurisdicción, 11 de septiembre de 2009.

Tradex Hellas S.A v. Republic of Albania (1996), caso CIADI No ARB/94/2, decisión sobre jurisdicción, 24 de diciembre de 1996, 5 ICSID Reports 63.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic (2016), caso CIADI No ARB/07/26, laudo, 8 de diciembre de 2016.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States (2000), caso CIADI No ARB(AF)/98/2, laudo, 2 de junio de 2000.

Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation (2006), caso SCC No 080/2004, laudo, 21 de abril de 2006.

Otras fuentes

Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la Republique Italienne relatif a la Promotion et la Protection Reciproques des Investissements, 18 de julio de 1990. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1698/download>

Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Argentina, 2 de noviembre de 2017. Disponible en: (2017) https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/argentina/texto-acuerdo-de-libre-comercio-chile-argentina.pdf?sfvrsn=da8b6d7_2

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Argentina y el Gobierno de la República Argelina Democrática y popular sobre la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones, 4 de octubre de 2000. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG_Algeria_s.pdf [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022].

Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Nueva Zelanda para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones, 27 de agosto de 1999. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG_New%20Zeland_s.pdf [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2022].

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República de Argentina para la promoción y protección recíprocas de Inversiones, 17 de mayo de 1994. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG_Korea_s.pdf

Acuerdo entre la República de Chile y El Reino de España para la Protección y Fomento recíprocos de Inversiones, 2 de octubre de 1991. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CHI_Spain_s.pdf [fecha de consulta]

Acuerdo para la Promoción y la Protección recíproca de Inversiones entre la República de Argentina y el Reino de España, 3 de octubre de 1991. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG_Spain_s.pdf [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022].

Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de España, 8 de julio de 1997. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/COS_Spain_s.pdf

Agreement between the Government of the Hellenic Republic and The Government of Romania on the Promotion and Reciprocal Protection on Investments, 23 de mayo de 1997. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6544/download>

Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Republic of Indonesia on the reciprocal Promotion and Protection of Investments, 7 de abril de 1999. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CHI_Indonesia.pdf [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2022].

Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Chile on the reciprocal Promotion and Protection of Investments, 6 de septiembre de 1996. Disponible en:

http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CHI_Korea.pdf [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2022].

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of the Republic of Bolivia, 24 de mayo de 1988. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/462/download>

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Republic of Tanzania, 7 de enero de 1994. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2343/download>

Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Mauritius on the Promotion and Protection of Investments, 12 de septiembre de 2007. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1197/download>

Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of Mongolia on Promotion and Mutual Protection of Investments, 29 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://edit.wti.org/document/show/583450e8-09c3-45dc-9e5c-14a2da0c268a> [fecha de consulta]

Agreement between the Islamic Republic of Pakistan and the Republic of Turkey concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 16 de marzo de 1995. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2135/download>

Agreement between the Lebanese Republic and the Slovak Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 20 de Febrero de 2009. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1894/download>

Agreement between the Swiss Federal Council and The Government of Turkmenistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 15 de mayo de 2008. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4834/download>

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Chile, 30 de noviembre de 1998. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CHI_Netherlands.pdf

Carta Europea de la Energía, 17 de diciembre de 1994. Disponible en: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf> [fecha de consulta]

Chile Model BIT, 1994. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2022].

Colombia Model BIT, 2011. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2022].

Colombia Model BIT, 2017. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements> [fecha de consulta 30 de noviembre de 2021].

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2022].

Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Francia sobre la Promoción y Protección recíproca de Inversiones, 14 de julio de 1992. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/677/download> [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2022].

Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 1965. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2022].

Convention between the Belgo-Luxembourg Economic Union and the Republic of Burundi concerning the reciprocal promotion and protection of investments. 13 de abril de 1989. Disponible en: <https://jusmundi.com/fr/document/pdf/treaty/en-convention-between-the-belgo-luxembourg-economic-union-and-the-republic-of-burundi-concerning-the-reciprocal-promotion-and-protection-of-investments-bleu-belgium-luxembourg-economic-union-burundi-bit-1989-thursday-13th-april-1989>

Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Île Maurice sur la protection des investissements, 22 de marzo de 1973. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1252/download>

Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada, 30 de noviembre de 2016. Disponible en: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement/ceta-chapter-chapter_en [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022].

ICSID, *Clausulas Básicas de Sometimiento*. Disponible en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-spa/7.htm> [Fecha de consulta 30 de noviembre de 2022].

International Law Commission. Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, 1978. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2022].

International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022].

Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, 25 de mayo de 2007. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3092/download> [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022].

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 2006. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022].

North American Free Trade Agreement, 17 de diciembre de 1992. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2412/download> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022].

Peru-United States Trade Promotion Agreement, 12 de abril de 2006. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/pdf/treaty/en-free-trade-agreement-between-the-united-states-of-america-and-peru-peru-us-fta-wednesday-12th-april-2006> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2022].

Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur. 2017. Disponible en: <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-intra-mercosur/> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022].

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 2010. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/arb-rules-revised-s.pdf> [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2022].

The Netherlands Model BIT 2019. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements> [fecha de consulta 30 de noviembre de 2022].

Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Bolivia relativo al Fomento y la Protección Recíproca de la Inversión, 17 de abril de 1998. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/464/download> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022].

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de Inversiones, 27 de agosto de 1993. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1066/download> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022].

Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 9 de abril de 1991. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG_Germany_s.pdf [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2022].

Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, 8 de marzo de 2018. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/tratado-tpp11/texto-tpp-en-espa--ol-legalizado.pdf?sfvrsn=a29f4323_0 [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2022].

The Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement, 5 de agosto de 2004. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw10699.pdf>

SIGLAS Y ABREVIATURAS

al.	alii (otros)
ARB	Arbitration (Arbitraje)
Art.	Artículo
CCI	Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUDMI	Comisión De las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa (Mercado Común del África Meridional y Oriental)
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CTTP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico)
ECT	Energy Charter Energy (Tratado de la Carta de la Energía)
e.g.	exempli gratia (por ejemplo)
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
i.e.	id est (esto es)
IISD	International Institute for Sustainable Development (Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible)
Inc.	Incorporation
LCIA	London Court of Arbitration
LL.M	Legum Magister (Máster en Leyes)

Ltd	Limited liability company (sociedad de responsabilidad limitada)
Model BIT	Modelo de Tratado Bilateral de Inversión
NMF	Nación Más Favorecida
No a veces n.º	Número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (obra citada)
p.	Página
pp.	Páginas
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TII	Tratado Internacional de Inversión
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TRI	Tratado Regional de Inversión
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)
v.	Versus
v.gr.	verbi gratia (por ejemplo)