

EL ORDENAMIENTO APLICABLE AL FONDO DE LA DIFERENCIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

*Hugo Cardona**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Relevancia y complejidad en torno al ordenamiento aplicable en el arbitraje de inversión.— 3. Métodos de elección del ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia.— 3.1. Elección del ordenamiento aplicable por las partes.— 3.1.1. Elección del ordenamiento aplicable en el derecho interno o en los contratos de inversión.— 3.1.2. Elección del ordenamiento aplicable en los tratados de inversiones.— 3.2. Elección implícita del ordenamiento aplicable.— 4. Determinación del ordenamiento aplicable en ausencia total de elección.— 4.1. El artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la Uncitral.— 4.2. El artículo 42 del Convenio del Ciadi.— 5. Reclamaciones bajo contrato vs. reclamaciones bajo tratado.— 6. El rol del derecho interno en el arbitraje de inversión.— 7. El rol del derecho internacional y sus fuentes en el arbitraje de inversión.— 7.1. Los estándares de protección como ordenamiento aplicable.— 8. Conclusiones.— 9. Referencias bibliográficas.

* MCIArb. Máster en Derecho de los Negocios Internacionales, U. Complutense de Madrid.

1. INTRODUCCIÓN

Ante la constante evolución del régimen jurídico de las inversiones internacionales, y del arbitraje inversor-Estado como corolario, el presente capítulo tiene el propósito de aportar una visión general de las cuestiones que deben considerarse al analizar el derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje de inversión y procurar delimitar los principios relativos a la *lex causae*,¹ destacando la sustancia frente al procedimiento.

A través de la exposición del diálogo entre ordenamientos en las disputas relativas a inversiones y sus posibles respuestas se procura ofrecer un panorama de su especial naturaleza jurídica y de la importancia del abordaje adecuado del derecho material, no solamente como base de las decisiones de los tribunales de arbitraje internacional, sino como elemento de coherencia y previsibilidad. Al hacerlo no se pretende en absoluto agotar el tema, puesto que notables investigaciones se han encargado de analizar, desde diferentes posiciones ante el derecho, los problemas de la ley sustantiva aplicable.²

Los elementos que a continuación se exponen recogen, en primer lugar, las reglas relevantes de determinación de la ley aplicable al fondo

¹ MCLACHLAN, Campbell. «Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework». En VAN DEN BERG, Albert (editor). *50 Years of the New York Convention, ICCA Congress*, Series n.º 14. The Hague: Kluwer Law International, 2008, pp. 95-108. Traducción al español del autor: («LEX CAUSAE [:] La cuestión del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversión es un asunto de ley aplicable a dos niveles: (a) la identificación, como un tema de elección de ley, del sistema o sistemas jurídicos aplicables a las cuestiones que se plantean ante el tribunal; y (b) la determinación, dentro de cualquier sistema designado como aplicable, de las reglas necesarias para decidir la cuestión»). Sobre la *lex causae* y la *lex arbitri* ver la nota 15 *infra*.

² Para un panorama amplio ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Pamplona: Aranzadi, 2010; ELISABETH KJOS, Hege. *Applicable Law in Investor-State Arbitration; The interplay between national and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013; SASSON, Monique. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*. Segunda edición. Londres: Wolters Kluwer, 2017; LINARES CANTILLO, Alejandro. *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

en el arbitraje inversor-Estado, ante la elección por las partes y en ausencia de ella. En segundo lugar, se distinguen las reclamaciones arbitrales bajo tratados y bajo contratos, así como los elementos que deben ser valorados por el derecho interno y los que corresponden ser tratados por el derecho internacional. Finalmente, se extraen conclusiones sobre el análisis de los aspectos sustanciales que esboza el ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia en el arbitraje de inversión.

2. RELEVANCIA Y COMPLEJIDAD EN TORNO AL ORDENAMIENTO APLICABLE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

La cuestión del ordenamiento jurídico aplicable al fondo del litigio entre un inversor extranjero y un Estado receptor de capital, que se debate en el marco de un procedimiento de arbitraje internacional es, ciertamente, uno de los aspectos de mayor complejidad y controversia del derecho internacional de inversiones.

Todo tribunal arbitral que asume la responsabilidad de dirimir un conflicto relativo a inversiones extranjeras debe afrontar esta cuestión central que, en principio, no está sujeta a reglas absolutas más que al estricto respeto a la autonomía de la voluntad,³ expresada a través de un tratado,⁴ un contrato de inversión⁵ o una norma legal interna del Estado receptor.⁶

No obstante, con frecuencia, la manifestación de voluntad sobre el derecho sustantivo carece de suficiente claridad en cuanto a fondo y forma, no establece un orden de jerarquía entre las normas elegidas o,

³ BANIFATEMI, Yas. «The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration». En *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, chapter 9, p. 192.

⁴ Ver: PAULSSON, Jan. «Arbitration without Privity». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, n.º 2, vol. 10, pp. 232-257.

⁵ Ver: CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration». En *Arbitration International*, 2008, n.º 3, vol. 24, pp. 351-374.

⁶ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Segunda edición. Londres: Oxford University Press, 2012, p. 254.

finalmente, es inexistente, dando lugar a enconados debates de inicio en sede arbitral debido a su relevancia para el resultado de la causa.⁷ En este punto se presenta el primer problema de la *lex causae* aplicable al fondo de la diferencia en el arbitraje de inversión y es el relativo a la determinación del ordenamiento que va a utilizarse⁸ para abordar el contenido de las normas aplicables.⁹

Por otra parte, el consentimiento sobre el derecho material aplicable a los posibles impases futuros de la relación económica inversor-Estado normalmente incluye una combinación de normas de origen interno e internacional, como método de equilibrio del vínculo jurídico y como reflejo de la naturaleza de las partes. Mientras que el Estado receptor suele abogar por la aplicación de su derecho nacional, el inversor extranjero suele ampararse en el derecho internacional.¹⁰

En efecto, la propia configuración del actual sistema de protección de inversiones que, en esencia, juzga la conducta del Estado para determinar su apego a derecho o su posible responsabilidad¹¹ es fruto de una histórica tensión de fuerzas entre la aplicación del ordenamiento doméstico,¹² como reafirmación de soberanía, y el ordenamiento internacional y sus respectivas fuentes,¹³ como garantía del estándar mínimo de trato

⁷ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 192. Señala Banifatemi que en el arbitraje de inversión, al igual que en el arbitraje comercial internacional, la elección del ordenamiento aplicable es un proceso esencial ya que el resultado de la disputa puede depender, en gran medida, de las normas que se determinen como aplicables.

⁸ La elección del derecho aplicable o *choice of law* es una técnica perteneciente al tríptico de cuestiones jurídicas del derecho internacional privado (competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones) que es útil en el campo del arbitraje internacional de inversiones.

⁹ Ver: LINARES CANTILLO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁰ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 254.

¹¹ Ver: MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration; Substantive Principles*. Segunda edición. Londres: Oxford University Press, 2017, p. 415, 9.07.

¹² En este capítulo, los términos derecho interno, derecho doméstico, derecho local, derecho municipal, o derecho estatal son utilizados como sinónimos. Del mismo modo, los términos, ley de fondo, ordenamiento material, derecho sustantivo, derecho material o derecho de fondo.

¹³ Sobre el contenido de las fuentes del derecho internacional se analiza el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Ver apartado 7.

a la inversión extranjera.¹⁴ En este sentido, la *lex causae* aplicable¹⁵ mantiene un carácter híbrido¹⁶ que reaviva el debate sobre la relación de jerarquía, igualdad o especialidad entre el derecho interno y el derecho internacional.

Este diálogo entre ordenamientos se manifiesta de forma particular en el arbitraje de inversiones, cuya decisión dimanante podrá verse afectada por distintos cuerpos normativos.¹⁷ Por ello, al momento de abordar el derecho sustantivo corresponde realizar una evaluación de: i) el instrumento invocado; ii) los elementos jurídicos en debate; y, iii) sus respectivas fuentes, para determinar la aplicabilidad de las normas de fondo a la controversia específica.¹⁸

Del mismo modo, resulta oportuno analizar las cuestiones que son reguladas por el ordenamiento interno y las que corresponden ser tratadas por el derecho internacional, para extraer conclusiones acerca del modo en el que los sistemas deben conjugar de forma coherente y consistente en la contienda y frente a la decisión arbitral. En este punto se manifiesta el segundo problema de la *lex causae* aplicable en el arbitraje de inversiones, y está relacionado con el proceso de aplicación de las normas de fondo.¹⁹

¹⁴ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 254.

¹⁵ Sobre este punto, conviene hacer la siguiente diferenciación inicial sobre las normas aplicables en una controversia arbitral relativa a inversiones: i) el derecho aplicable al procedimiento arbitral o *lex arbitri*, encargado de regular los aspectos procesales del arbitraje y cuestiones como la validez, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral; ii) el derecho aplicable a aspectos jurisdiccionales o normas para determinar el alcance del convenio arbitral; iii) el derecho aplicable al fondo de la diferencia o *lex causae* que atañe al contenido de los derechos y obligaciones en disputa, cuestión que es objeto del presente análisis.

¹⁶ Ver: DOUGLAS, Zachary. «The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration». En *British Yearbook of International Law*, 2003, n.º 1, vol. 74, p. 195.

¹⁷ Ver: ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁸ CRAWFORD, James. *Op. cit.*, pp. 351-374. Con relación a un contrato o a un tratado, *infra* nota 27.

¹⁹ LINARES CANTILLO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 53.

Esto ha motivado a autores como Zachary Douglas a plantear una serie de reglas sobre ley aplicable²⁰ a las diferentes cuestiones que se presentan en el arbitraje entre inversores y Estados.²¹ Para ingresar en contexto, se hace referencia a un típico ejemplo de relación jurídica en materia de inversiones: el inversor es generalmente una persona jurídica constituida bajo un ordenamiento estatal, mientras que su inversión contempla un conjunto de derechos adquiridos y reconocidos conforme al derecho interno de otro Estado. La inversión, para ser objeto de protección jurídica internacional, debe recaer dentro de la definición de inversión establecida en el tratado aplicable. Los actos del Estado receptor podrían generar su responsabilidad (regulada en los artículos de la Comisión de Derecho Internacional),²² en caso de vulneración de los estándares contemplados en el tratado de inversión, conforme al derecho internacional, sus fuentes y reglas de interpretación. Si el tribunal arbitral goza de jurisdicción sobre las reclamaciones contractuales entre el inversor y una entidad estatal (en caso mediar contrato entre ambos), sus derechos se determinan por el ordenamiento que rige el contrato.

En síntesis, el régimen sustantivo aplicable en el arbitraje de inversión evocaría un conglomerado de normas jurídicas que regulan distintas cuestiones dentro de la controversia, por lo que corresponde abordarlas con prudencia.²³

El profesor Salacuse identificó la interacción entre tres tipos de ordenamientos aplicables a las inversiones extranjeras, que se traslucen en

²⁰ Ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 39 y ss.

²¹ Superados los obstáculos de jurisdicción, normalmente invocados en el arbitraje de inversiones, se enfoca el análisis hacia el ordenamiento aplicable a cuestiones materiales en *strictu sensu*. A efectos de este capítulo se consideran las cuestiones de méritos, dejando de lado aspectos sobre la jurisdicción, admisibilidad, nacionalidad, legitimación activa/pasiva y cuestiones procesales. DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 39.

²² Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 56/83 sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (sobre la base del informe de la Sexta Comisión [A/56/589 y Corr.1]). Disponible en <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>.

²³ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 40.

la escena arbitral: i) el derecho interno del Estado receptor y el del Estado de constitución del inversor; ii) el derecho de los contratos pactado entre el inversor y el Estado receptor; y iii) el derecho internacional, que contempla los tratados de inversión,²⁴ el derecho internacional consuetudinario²⁵ y los principios generales del derecho.²⁶

En el caso de una reclamación basada en un tratado,²⁷ especial atención requiere el derecho internacional público, cuyas fuentes ingresan a formar parte del análisis,²⁸ y el derecho de las inversiones alza la voz a través de los estándares de protección contemplados en la mayor parte de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, los APPRI),²⁹ que se colocan en el punto más alto de la discusión y de la decisión arbitral. Esto pone de manifiesto el tercer problema de la *lex causae* y es el relativo a la interpretación y/o valor que el tribunal de inversiones va a otorgar a cada elemento jurídico material y al conjunto de ellos en la consideración de los hechos y su respectiva subsunción en el derecho.

²⁴ Puede tratarse de tratados bilaterales de inversión (TBI-BIT), también conocidos como Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI); tratados multilaterales de inversiones, como el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE); o acuerdos de libre comercio que incluyen previsiones sobre inversiones, como el Tratado USMCA o TMEC.

²⁵ Ver: DUMBERRY, Patrick. *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 351 y ss.

²⁶ Ver: SALACUSE, Jeswald. *The Three Laws of International Investment*. London: Oxford University Press, 2013, p. 47.

²⁷ Ver: CREMADES, Bernardo y David CAIRNS. «Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Investment Disputes». En *Arbitrating Foreign Investment Disputes; Procedural and Substantive Legal Aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, pp. 325-328. Considerando los arbitrajes sobre la base de tratados de inversión, *investment treaty arbitrations* o *investment treaty claims*.

²⁸ En concreto, las fuentes establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, como concluye Dolzer en: DOLZER, Rudolf. *Contemporary Law of Foreign Investment; International Investment Law for the 21st Century. Essays in honor of Christoph Schreuer*. Londres: Oxford University Press, 2009.

²⁹ SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, p. 47. Como señala Salacuse en referencia a Schreuer, cuando se aborda la cuestión de las obligaciones sustantivas contempladas en los tratados de inversión, se hace referencia a los estándares de protección contenidos en la mayoría de los tratados bilaterales (TBI-APPRI) o tratados multilaterales de inversiones. En este punto, es relevante determinar si se trata de una reclamación basada en un tratado (*treaty claim*) o en un contrato (*contractual claim*). Sobre este punto, ver el apartado 5 de este capítulo.

De esta manera, el ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia en materia de inversiones extranjeras presenta un conjunto de cuestiones cuyas respuestas no siempre resultan pacíficas,³⁰ pero su abordaje permite hallar los principios que gobiernan la determinación y aplicación de la *lex causae* en el contexto del arbitraje de inversión.

3. MÉTODOS DE ELECCIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE AL FONDO DE LA DIFERENCIA

Para determinar la ley aplicable en el arbitraje de inversión, inicialmente debe evaluarse el instrumento que otorga autoridad al tribunal para decidir la controversia. Este aspecto ha generado dos principales teorías: la teoría de la sede y la teoría de la deslocalización.³¹

La primera se fundamenta en el principio de territorialidad y control jurisdiccional de los laudos y establece que la autoridad de los tribunales procede de la ley del Estado en el que se halla la sede del arbitraje, misma que puede otorgar la libertad de elegir las reglas de arbitraje aplicables a la contienda. Éste es el caso, por ejemplo, de los arbitrajes internacionales llevados a cabo bajo las reglas de arbitraje de Uncitral.³²

La segunda teoría se basa en el orden jurídico internacional. Éste es el caso de los procedimientos bajo el Convenio y reglas del Ciadi,³³ mediante el cual se lleva a cabo un arbitraje deslocalizado de una sede,

³⁰ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 22.

³¹ Ver: ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, p. 19.

³² En este artículo se hace referencia a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional mediante la sigla Uncitral en lugar de CNUDMI. También, se hace referencia a los procedimientos llevados a cabo bajo el Reglamento de arbitraje de la Uncitral, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a procedimientos administrados por instituciones especializadas como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la London Court of International Arbitration (LCIA), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), por ejemplo.

³³ El Convenio del Ciadi es un tratado multilateral en vigor desde 1966, ratificado por 155 Estados en la actualidad, que provee el marco procesal común para la resolución de controversias entre inversores y Estados. A través del Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) y se establece su estatus jurídico. En adelante, Convenio del Ciadi o Convenio de Washington.

con mínimo contacto con los órganos jurisdiccionales. La autoridad de los tribunales gravita, por una parte, en la adhesión de los Estados al Convenio del Ciadi y, por otra, en la decisión del inversor de remitir una solicitud de arbitraje en contra de un Estado receptor, amparado en un instrumento legal en el cual el Estado ha previsto dotar de jurisdicción al Ciadi para dirimir las disputas relativas a inversiones.³⁴

Tanto para los tribunales con sede territorial como para los deslocalizados se distingue dos situaciones en las que debe consolidar la ley sustantiva aplicable al fondo de la diferencia: 1) cuando las partes han elegido el ordenamiento aplicable; 2) en ausencia de elección.

3.1. Elección del ordenamiento aplicable por las partes

La autonomía de la voluntad es un pilar central tanto en el arbitraje comercial como en el arbitraje de inversión,³⁵ y los tribunales internacionales tienen la obligación de aplicar las normas jurídicas materiales establecidas por las partes.³⁶ Al respecto, tanto el Convenio del Ciadi en su artículo 42(1), como el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 2010, en su artículo 35(1), contemplan la facultad de elegir el ordenamiento aplicable al fondo y, en defecto de elección, establecen las reglas para su determinación.

³⁴ PAULSSON, Jan. *Op. cit.*, pp. 232-257.

³⁵ Señalan Thomas y Dhillon que en el contexto de los tratados de inversiones existen dos tipos de autonomía de las partes: a) la autonomía de los Estados que se ejerce al formular los términos del tratado, (incluyendo el mecanismo arbitral al que la demandante otorgará consentimiento al formular una reclamación); y b) la autonomía de las partes en una disputa específica, tras acordar la forma en que la diferencia será resuelta, considerando las previsiones del tratado. En este punto, los autores enfatizan que la elección de ley aplicable generalmente resulta del ejercicio de la autonomía de los Estados que han fijado la ley aplicable en el tratado, si bien algunos tribunales se han basado en la concepción del derecho aplicable determinado por las partes en disputa, cuando los Estados parte no han designado la ley aplicable inicialmente. Ver: THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. «Applicable Law under International Investment Treaties». En *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, n.º 26, p. 977.

³⁶ *Infra* nota 53. Sobre este punto, conviene señalar que la falta de aplicación del derecho correspondiente de manera manifiesta puede constituirse en una extralimitación de poderes del tribunal arbitral que pondría en riesgo el laudo arbitral, de conformidad con el artículo 52.1.b) del Convenio del Ciadi.

Cuando los Estados o las partes en litigio han elegido con claridad la ley material, los tribunales arbitrales no encuentran mayores dificultades para superar los problemas de la *lex causae*. No obstante, pese a la importancia de la claridad del lenguaje en los contratos y tratados,³⁷ no siempre se plasman cláusulas con el rigor debido, dando lugar a diversas dificultades que deben ser resueltas en sede arbitral.³⁸ Ahora bien, ante el consentimiento efectivo de las partes sobre el derecho aplicable al fondo de la litis, éste es expresado, esencialmente, a través de las normas legales internas del Estado receptor, en los contratos de inversión, o en los tratados internacionales de inversiones.³⁹

3.1.1. Elección del ordenamiento aplicable en el derecho interno o en los contratos de inversión

Existe la posibilidad de que los Estados determinen las normas sustantivas aplicables a las diferencias con la inversión extranjera a través de su derecho interno;⁴⁰ por ejemplo, mediante leyes de inversiones, de arbitraje u otras normas sectoriales.⁴¹ Dicha prescripción legal, reglamentaria o, en algunos casos, constitucional, se convierte en un acuerdo arbitral y en una elección válida del ordenamiento aplicable, al momento de la conformación escrita por parte del inversor, como la presentación de la solicitud de arbitraje.⁴²

³⁷ Resulta oportuno hacer mención al aforismo en latín *in claris non fit interpretatio*, resaltando que un texto legal que no plantea discordancia en su significado, no requiere de mayores indagaciones por parte del juez o, en este caso, del tribunal de arbitraje. Su utilización ha sido constante en el derecho continental como en el derecho anglosajón. Señala Federico de Castro y Bravo que el primer antecedente del término en los tribunales españoles apareció en la sentencia de 19 de noviembre de 1891 del Tribunal Supremo. Ver: DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, 1984, p. 468.

³⁸ Ver: BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 198. Por su parte, Banifatemi señala que la elección debe ser realizada de forma clara e inequívoca. Ver nota 70.

³⁹ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 254.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 44.

⁴² PAULSSON, Jan. *Op. cit.*, pp. 232-257.

En el caso de los contratos de inversión se trata de acuerdos directos, generalmente, entre una empresa multinacional o un conglomerado de empresas y el Estado o entidad estatal, para llevar adelante proyectos de cierta envergadura, en su mayoría a largo plazo. Inicialmente, se llevaron a cabo a través de contratos de concesión y, posteriormente, fueron adquiriendo nuevos modelos conforme a las características del negocio y del sector económico en concreto. Por ejemplo, contratos de licencia, de servicios, de riesgo compartido, contratos de operación conjunta,⁴³ entre otros.

En cuanto a la elección del derecho aplicable al fondo en los contratos de inversión conviene observar la evolución de la *lex causae* junto a la «internacionalización de los contratos de Estado».⁴⁴

En esta etapa previa al Convenio del Ciadi, el derecho doméstico tenía un rol preponderante y el derecho internacional se limitaba a cumplir una función correctiva o suplementaria. En ausencia de elección de ley aplicable, se recurría a las técnicas del derecho internacional privado⁴⁵, como la valoración de los vínculos más estrechos de la relación jurídica. Naturalmente, era frecuente la remisión al derecho interno del Estado receptor, por existir más puntos de contacto con dicho ordenamiento.⁴⁶

⁴³ NADAKAVUKAREN, Krista. *International Investment Law; Text, cases and Materials*. Massachusetts: Edward Elgar, 2013, p. 54.

⁴⁴ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 84 y ss.

⁴⁵ Ver: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. Tercera edición. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 461 y ss.

⁴⁶ Otros aspectos para tomar en cuenta son el asunto en disputa y la confluencia de otros elementos o fuentes de ley aplicable que requieren ser considerados bajo las técnicas de determinación del derecho internacional privado, como ser la «caracterización» o calificación de la relación jurídica. Ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, pp. 45-52. Sobre este punto, cabe mencionar que las normas de la sede del arbitraje sobre determinación de ley aplicable constituyen el punto de partida para los tribunales con base territorial. Sin embargo, hay que destacar que los reglamentos de arbitraje bajo los cuales las partes han decidido dirimir sus controversias desempeñan un papel central, ya que éstos pueden contener los métodos de determinación de ley aplicable ante la falta de elección de las partes. Ver: ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, pp. 65-66.

Bajo este método permanecía el riesgo de la modificación del régimen interno por parte del Estado como medio para justificar posibles incumplimientos. La alternativa para proteger al inversor fue la apertura a la elección de ordenamientos internacionales o «anacionales».⁴⁷ Con esto se podría elevar las obligaciones a un nivel supranacional de modo que el incumplimiento de un contrato de inversiones fuera susceptible de constituirse en un acto contrario al derecho internacional,⁴⁸ capaz de dar lugar a la responsabilidad del Estado.⁴⁹ Del mismo modo, representaría la vulneración de los estándares de protección contemplados en tratados de inversiones, si bien esta cuestión obedece a un momento histórico posterior.⁵⁰ Estas extensiones del estándar mínimo de trato serían útiles para brindar mayor amparo a la inversión y, en su caso, demostrar la responsabilidad estatal ante un tribunal ajeno a su propio poder judicial. De esta forma, como señala Cremades, el arbitraje se convertiría en la respuesta y consecuencia de la globalización de los contratos administrativos, y la jurisprudencia arbitral, en un verdadero catalizador del nuevo derecho internacional económico.⁵¹

Actualmente, la elección del ordenamiento aplicable al fondo de las controversias en los contratos de inversión puede remitir a distintos

⁴⁷ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 85.

⁴⁸ Como se analiza en el apartado 5, en el actual régimen de protección de inversiones, fundamentalmente a través de los APPRI, una vulneración contractual no necesariamente constituye una violación del tratado de inversiones que pueda representar la responsabilidad internacional del Estado receptor. No obstante, persiste la posibilidad de que, en ciertos casos, el incumplimiento de una obligación contractual pueda constituir, a su vez, una violación del APPRI. Por ejemplo, en virtud de una cláusula paraguas o *umbrella clause*. Ésta representa una previsión de respeto a las obligaciones contractuales adquiridas con un inversor extranjero, que transforma la vulneración del contrato en una vulneración al tratado, a ser juzgada bajo el derecho internacional. Ver: JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys. «De la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 4, pp. 157-181; Ver: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Sistema de derecho económico internacional*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 406.

⁴⁹ Ver: CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, texts and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

⁵⁰ SCHREUER, Christoph. *Investments, International Protection. Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford: Oxford Public International Law, 2011, párrs. 48-95.

⁵¹ CREMADES, Bernardo. «El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica». En *Revista Argentina de Arbitraje* [en línea], 2018, n.º 2, p. 28. Recupero de <<https://www.cremades.com/pics/contenido>>.

ordenamientos, que van desde la remisión a la ley del Estado receptor, hasta la elección exclusiva de las normas de derecho internacional o principios generales del derecho.⁵²

De acuerdo con la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre el Arbitraje entre Estados, Empresas Estatales o Entidades Estatales y Empresas Extranjeras de 1989, la libertad de elección del ordenamiento aplicable al fondo de las controversias en arbitrajes de inversión estaría garantizada y gozaría de plenitud para decantarse por normas jurídicas de origen estatal o supranacional.⁵³ Por ejemplo, las partes podrían elegir el derecho local del Estado receptor, el derecho nacional junto a una cláusula de estabilización,⁵⁴ el ordenamiento local sólo en parte, excluyendo ámbitos de la regulación interna,⁵⁵ el derecho de un tercer Estado, el derecho nacional combinado con el derecho internacional y los principios generales del derecho, o el derecho internacional

⁵² DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 81.

⁵³ ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, p. 70. En referencia a la sesión del Instituto de Derecho Internacional de 1989. Disponible en <https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_01_en.pdf>.

⁵⁴ Las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión consisten en la prohibición al Estado receptor de alterar el régimen jurídico en un área determinada. Como señalan Dolzer y Schreuer, normalmente la intención del inversor se centra en la estabilidad del contrato celebrado con el Estado y, por tanto, busca prever que los cambios en la legislación del Estado receptor no se apliquen al contrato. Por ejemplo, en ocasiones se pacta el alcance de la cláusula de estabilización a específicos ámbitos, como el régimen impositivo. Otro formato de las cláusulas de estabilización son las *freezing clauses*, mediante las que se establece como ley aplicable al contrato, el derecho del Estado receptor, tal y como se encuentra en vigor al momento de su suscripción. Ver: DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 83.

⁵⁵ Ver: UNCTAD. *Course on Dispute Settlement, Module 2.6. ICSID Applicable Law*. New York and Geneva: United Nations, 2003, p. 11; Como señala el profesor Tawil, las partes pueden combinar la aplicación de reglas de distinto origen. Por ello, las cláusulas de elección de ley pueden referirse a varios sistemas jurídicos acumulativos o someter diferentes partes del contrato a distintos sistemas jurídicos, proceso llamado *dépeçage*. Así, también, pueden dejar de lado determinados aspectos de un sistema jurídico elegido para regir la relación jurídica. Igualmente pueden elegir la aplicación de instrumentos de *soft law*.

como parte integrante del derecho interno del Estado receptor.⁵⁶ Asimismo, podría elegirse los principios Unidroit, la nueva *lex mercatoria* o el derecho transnacional.⁵⁷

Si bien el espectro descrito corresponde a una visión general de las posibilidades de ley aplicable en los contratos de inversión, lo cierto es que la práctica muestra una preferencia por la elección de un ordenamiento estatal, junto a previsiones del derecho internacional y sus fuentes, cuyos detalles de aplicación se desgranar en el punto 6 de este capítulo.

3.1.2. Elección del ordenamiento aplicable en los tratados de inversiones

A partir de la entrada en vigor del Convenio del Ciadi, adquirió preponderancia el sistema de los tratados de inversiones,⁵⁸ reflejando que los tribunales de arbitraje internacional desde entonces han recurrido de forma creciente a los textos de los APPRI como ley material para resolver las controversias relativas a inversiones.

⁵⁶ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, pp. 230-233.

⁵⁷ Ver: JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 113. En 1956, el profesor Philip Jessup hizo referencia al término «derecho transnacional» en tres importantes conferencias pronunciadas en la Universidad de Yale. En éstas, el profesor relató el carácter transnacional de las situaciones jurídicas del mundo moderno, que pueden involucrar a individuos, compañías, organizaciones, Estados y otros grupos. Se refirió al derecho aplicable a la compleja interrelación de la comunidad global y en lugar de referirse al derecho internacional, cuya acepción sería limitada a situaciones internaciones, utilizó el término derecho transnacional, de modo que incluyera toda ordenamiento que regule los hechos jurídicos transfronterizos y que involucre a sujetos de derecho público y privado. Ver: ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 154. En el campo del derecho de las inversiones, la elección del derecho transnacional como derecho aplicable al litigio es abordado por Zambrana, citando inicialmente a Berthold Goldman como impulsor de la idea de la nueva *lex mercatoria* como norma aplicable a los contratos internacionales.

⁵⁸ La era moderna del derecho internacional de inversiones se inició con la suscripción del APPRI entre Alemania y Pakistán el año 1959. A partir de entonces, Alemania llevó a cabo un programa de negociación de tratados bilaterales con el objetivo de proteger a sus compañías nacionales con inversiones en el exterior. Esta iniciativa fue central para que diferentes naciones europeas, los Estados Unidos y China siguieran la misma tendencia. Ver: DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 9.

Si bien el convenio del Ciadi carece de disposiciones de derecho sustantivo, los APPRI se constituyeron en importantes instrumentos que propiciaron el desarrollo moderno del derecho de las inversiones, en gran medida, a través de las cláusulas de resolución de controversias. Éstas incorporan, en muchas ocasiones, mas no en todas, preceptos sobre la ley aplicable al fondo de la litis y suelen incluir referencias al propio tratado, a la ley del Estado receptor, al derecho internacional junto a sus normas y principios y, ocasionalmente, a las disposiciones de los contratos de inversión.⁵⁹ A manera de ejemplo, el artículo 8 del APPRI entre Reino Unido y Argentina establece:

(4) El tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las disposiciones de este tratado, el derecho de la Parte Contratante involucrada en la controversia —incluidas sus normas relativas a conflicto de leyes—, los términos de los acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión y los principios de derecho internacional que resulten aplicables. La decisión arbitral será definitiva y obligatoria para ambas partes.⁶⁰

En cuanto al contenido textual de estas disposiciones, como se ha mencionado con antelación, es evidente que la labor arbitral se facilita cuando los Estados han plasmado en el tratado una elección de ordenamiento en términos claros. Se cita como ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),⁶¹ que en su artículo 1131 (1) disponía: «1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional».

⁵⁹ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁰ Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección de Inversiones, de 11 de diciembre de 1990. Traducción al español por el autor. Disponible en <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/161/argentina---united-kingdom-bit-1990->>.

⁶¹ El Tratado fue reemplazado por el actual Tratado entre México, Canadá y Estados Unidos (T-MEC).

Otros tratados adoptan un enfoque distinto, eligiendo una gama de normas aplicables sin dar necesariamente una orientación sobre su jerarquía.⁶² Por ejemplo, el artículo 8 del APPRI entre los Países Bajos y la República Checa establece:

(6) El tribunal arbitral decidirá sobre la base de la ley, teniendo en cuenta en particular, aunque no exclusivamente:

- el derecho vigente de la Parte Contratante en cuestión;
- las disposiciones del presente Acuerdo, y otros Acuerdos pertinentes entre las Partes Contratantes;
- las disposiciones de los acuerdos especiales relativos a la inversión;
- los principios generales del derecho internacional.⁶³

La cláusula denota la amplitud y ausencia de mención al orden de aplicación de las normas citadas, por lo que, en situaciones similares, los tribunales han aplicado el propio acuerdo.

Pese a lo anterior, según Douglas, existirían tres fuentes jurídicas sustantivas que deberían figurar en la resolución de cualquier controversia sobre inversiones extranjeras: i) el derecho municipal del Estado receptor (incluidos los tratados internacionales como parte del ordenamiento interno); ii) el propio tratado de inversión; y iii) los principios generales del derecho internacional.⁶⁴

⁶² THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. *Op. cit.*, p. 989.

⁶³ Artículo 8 del Tratado de inversiones entre los Países Bajos y la República Checa de 1991. Traducción al español por el autor. Disponible en <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/968/download>>.

⁶⁴ Ver: DOUGLAS, Zachary. «The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration», p. 194.

Estas fuentes vendrían a ser el común denominador de la mayor parte de las disposiciones sobre elección expresa de ordenamiento aplicable a las controversias surgidas bajo tratados de inversiones.

3.2. Elección implícita del ordenamiento aplicable

Otro método para delimitar la ley de fondo aplicable al arbitraje inversionista-Estado consiste en observar una posible elección implícita en los contratos o en el comportamiento posterior de las partes; por ejemplo, en sus alegaciones y presentación de escritos ante tribunal arbitral, como confirmación de su propia determinación de ordenamiento sustantivo aplicable.⁶⁵

En el caso AAPL c. Sri Lanka, el tribunal observó que las partes no habrían tenido la oportunidad de elegir la ley aplicable antes del procedimiento de arbitraje, al no haber celebrado el convenio arbitral de forma directa. Por tanto, el proceso de elección del derecho aplicable a la diferencia se materializó a través de la conducta de las partes en el procedimiento arbitral.⁶⁶ Esta observación habría llevado al tribunal a concluir lo siguiente: «[...] ambas Partes actuaron en una manera que demuestra su acuerdo mutuo de considerar las provisiones del Tratado bilateral de inversiones Sri Lanka/Reino Unido como la fuente principal de las normas jurídicas aplicables».⁶⁷

De forma similar, en el caso Amco c. Indonesia⁶⁸ el tribunal arbitral determinó que en virtud de que las partes no habrían expresado un acuerdo sobre el ordenamiento aplicable, se debía aplicar a la causa el derecho indonesio junto a las normas del derecho internacional, conforme a lo previsto por el artículo 42 del Convenio del Ciadi. El tribunal halló la confirmación de esta elección implícita de ley aplicable

⁶⁵ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 17.

⁶⁶ *Idem*, p. 13.

⁶⁷ *Ibidem*. Traducción al español del autor.

⁶⁸ Caso Amco Asia Corporation y otros c. Republica de Indonesia, Caso Ciadi n.º ARB/81/1. Disponible en <<https://www.italaw.com/cases/3475>>.

en el hecho de que ambas partes no solamente habrían omitido negar la aplicabilidad de estos dos sistemas jurídicos, sino que, de hecho, se habrían referido constantemente a ambos ordenamientos en sus escritos y alegaciones.⁶⁹

Sin ánimo de relativizar la eficacia de este método, corresponde abordarlo con precaución. Esto se debe a que, de acuerdo con el principio de libertad de elección de la ley aplicable, la determinación implícita no puede tener lugar sin la comprobación de una clara intención de las partes de someterse a un sistema o sistemas jurídicos concretos. En esta línea, en el laudo arbitral del caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena (CDSE) c. República de Costa Rica*, el tribunal arbitral determinó:

63. El artículo 42(1) del Convenio del Ciadi no exige que el acuerdo de las partes sobre la ley aplicable sea por escrito, ni que se indique expresamente. Sin embargo, para que el Tribunal considere que dicho acuerdo fue implícito primero debe constatar que la sustancia del acuerdo, independientemente de su forma, es claro. Habiendo revisado y considerado los argumentos orales y escritos de la Demandada sobre esta cuestión y analizado los documentos a los que se nos ha remitido, incluyendo, en particular, la Enmienda Helms y documentos relacionados, el Tribunal no puede concluir que las partes habrían llegado a un acuerdo claro e inequívoco de que su disputa sería decidida por el Tribunal únicamente de conformidad con el derecho internacional.⁷⁰

Por ello, si bien el método de determinación de la ley aplicable al fondo del litigio por elección implícita de las partes es válido, debe ser valorado con razonable certeza de acuerdo con las circunstancias del caso.⁷¹

⁶⁹ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁰ Caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena (CDSE) c. República de Costa Rica*. Traducción al español por el autor. Disponible en <<https://www.italaw.com/cases/3413>>; Como señala Banifatemi, conviene señalar que la elección de la ley aplicable debe hacerse de forma clara e inequívoca (*clearly and unequivocally*), y no puede determinarse la elección implícita, sin una clara intención de las partes a tal efecto. Ver: BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 198.

⁷¹ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 12.

4. DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE EN AUSENCIA TOTAL DE ELECCIÓN

Tras la comprobación de la ausencia de elección (expresa o implícita) del derecho aplicable al fondo de la diferencia,⁷² el tribunal debe dar solución a dicha situación y garantizar la tutela arbitral efectiva. Para ello, va a apoyarse en las reglas de arbitraje de la causa, con el fin de evaluar las previsiones de ley aplicable que éstas establecen.⁷³ En esta instancia, las reglas de arbitraje van a cumplir dos funciones:

- a) Dotar de autoridad legal a los árbitros para «caracterizar»⁷⁴ o calificar las cuestiones en disputa.⁷⁵
- b) Servir de fuente para determinar la *lex causae* aplicable.

En cuanto a la primera función, las reglas de arbitraje legitiman al tribunal para articular la *lex causae* aplicable al fondo de la litis a través de fuentes formales como los principios del derecho internacional privado o los principios derivados de la arquitectura particular del tratado de

⁷² GRAHAM, James. «El décimo aniversario de la *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*. Unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina». En *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2010, n.º 1, vol. X, p. XV. Sobre este punto, Graham eleva la siguiente pregunta: «¿Cuál es la ley que se aplica en un asunto sobre inversión extranjera, donde las partes no han previsto una cláusula de *electum juris*? La pregunta existe desde la creación del Ciadi y opinamos que hoy más que nunca la interrogación merece toda su atención visto la diversidad y variedad de fuentes invocadas ante los árbitros».

⁷³ Ver: *Op. cit.*, nota 46.

⁷⁴ La caracterización es un concepto del derecho internacional privado anglosajón que hace referencia al proceso de calificación jurídica. Es empleado para determinar las normas de elección de ley aplicable en función de los elementos y de las circunstancias del caso. El presente capítulo hace referencia al término en varias ocasiones. Como señala Zambrana: «Con carácter previo a la determinación del derecho aplicable, algunos tribunales ven necesario un análisis de la naturaleza de la reclamación y de la relación jurídica entre Estado e inversor, para poder luego elegir la norma de conflicto adecuada». ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, nota 17, p. 184. Ver asunto *Macmillan Inc c. Bishopsgate Investment Trust Plc* (n.º 3) 1996, 1 WLR 387. Ver decisión de anulación del Comité *ad hoc* en el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S. A. c. República de Chile*, ICSID Case n.º ARB/01/7; Ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 45.

⁷⁵ *Ibidem*.

inversión en cuestión, en caso de tratarse de una reclamación sobre la base de un APPRI.⁷⁶ Sobre este último aspecto señala Douglas:

91. El derecho aplicable a las cuestiones planteadas en el contexto de una controversia sobre inversiones debe ser determinado por el tribunal arbitral a través de un proceso de caracterización de la cuestión, seleccionando una norma de elección de derecho apropiada, determinando el ordenamiento aplicable por referencia al factor de conexión pertinente.⁷⁷ El tribunal debe, en la medida de lo posible, tratar de caracterizar la cuestión por referencia a categorías jurídicas de aplicación universal [...].⁷⁸

En cuanto a la segunda función sobre la determinación del derecho aplicable bajo el sustento de las reglas de arbitraje, se debe observar las diferencias entre los procedimientos bajo el Reglamento de arbitraje de la Uncitral y el sistema de arbitraje internacional bajo el Convenio del Ciadi,⁷⁹ como se observa a continuación.

4.1. El artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la Uncitral

Según el artículo 35(1) del Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 2010,⁸⁰ «el tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará *la ley que estime apropiada*».⁸¹

En contraste, la versión del Reglamento de 1976 establece en su artículo 33(1):

⁷⁶ *Idem*, p. 44.

⁷⁷ UNCTAD. *Op. cit.*, nota 55.

⁷⁸ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 46. Traducción al español por el autor.

⁷⁹ En este capítulo se utiliza el término Convenio Ciadi o Convenio de Washington como sinónimos.

⁸⁰ THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. *Op. cit.*, p. 977.

⁸¹ Artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, versión de 2010. Disponible en <<https://docs.pca-cpa.org/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CNUDMI-de-2010.pdf>>.

El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. *Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.*⁸²

Como se observa, en ambas disposiciones se otorga a los árbitros la facultad de determinar la *lex causae* aplicable a la diferencia, ante una verdadera falta de elección.⁸³ Sin embargo, se subrayan dos cambios relevantes.

En primer lugar, bajo el Reglamento de Arbitraje de Uncitral de 1976, los árbitros debían recurrir a un método de determinación de la *lex causae* bajo las normas de conflicto de leyes que consideraran pertinentes, en lugar de designar directamente las normas de derecho aplicables, como prevé la versión del Reglamento de 2010 en su artículo 35, considerándose éste último un método que otorga mayor flexibilidad a los árbitros.

Sobre este aspecto, como señala Zambrana, coincidente con Douglas, si bien la flexibilidad podría favorecer a los tribunales de arbitraje para llegar a soluciones apropiadas sobre las normas de derecho que deben aplicarse al fondo de la diferencia en ausencia total de elección, en ocasiones se habría observado un nivel de discrecionalidad para dejar de lado el proceso de caracterización y el uso de las normas de conflicto en la determinación del derecho aplicable.⁸⁴ Es evidente que dicha práctica no sería saludable para el sistema arbitral de inversiones puesto que un tribunal podría decantarse sin más por un ordenamiento cuya aplicación no se encuentre plenamente justificada bajo las reglas del derecho internacional privado.

⁸² Artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, versión de 1976. Disponible en <<https://docs.pca-cpa.org/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CNUDMI-de-1976.pdf>>.

⁸³ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 13.

⁸⁴ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 290.

La segunda modificación del artículo 35 está relacionada con una revisión que pretende confirmar que las partes son libres de acordar la aplicación de las «normas de derecho», en lugar de simplemente la «ley», para regir su relación jurídica.⁸⁵ Con ello se habría pretendido aclarar que cuando las partes así lo estipulen pueden aplicarse normas supranacionales como la *lex mercatoria*, los principios de LA Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías, entre otros instrumentos sustantivos.⁸⁶

4.2. El artículo 42 del Convenio del Ciadi

Con la entrada en vigor del Convenio de Washington de 1965 que da lugar a la creación del Ciadi, se plasmó la visión de su principal impulsor, Aron Broches,⁸⁷ quien abogó por una postura pragmática de procedimiento antes que sustancia.⁸⁸

Si bien el Convenio de Washington omite la incorporación de normas sustantivas y se centra en establecer las bases procesales de un mecanismo neutral y despolitizado para la resolución de disputas internacionales mediante el cual los inversores puedan ejercer acciones legales directas en contra de los Estados receptores, el artículo 42 de dicho instrumento prevé reglas de carácter subsidiario sobre el derecho material aplicable al fondo del litigio en ausencia de elección. En concreto, el artículo 42 del Convenio del Ciadi establece:

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará

⁸⁵ La disposición fue aprobada a propuesta del Grupo de Trabajo II de Uncitral sobre Arbitraje, en su sesión 49 realizada en Viena el 15 de septiembre de 2009.

⁸⁶ La modificación fue sugerida con el fin de proporcionar flexibilidad para que puedan aplicarse normas supranacionales si las partes así lo deciden, y en virtud de que las reglas de arbitraje sean consistentes con el artículo 28 párrafo (2) de la Ley Modelo Uncitral.

⁸⁷ Ver: CREMADES, Bernardo. *Op. cit.*, p. 9. Como apunta Cremades, Broches fue el padre del arbitraje de protección de inversiones y redactor del Convenio de Washington de 1965.

⁸⁸ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 9.

la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.⁸⁹

La característica distintiva de la norma de conflicto del Convenio del Ciadi es que determina directamente los ordenamientos que deben aplicarse por el tribunal arbitral en ausencia total de elección; en este caso, el ordenamiento interno junto a sus normas de conflicto y el derecho internacional.

Es cabalmente la segunda frase del artículo 42(1), la que ha suscitado posiciones encontradas en la doctrina y jurisprudencia arbitral, siendo merecedora de distintas interpretaciones en cuanto a la jerarquía o prevalencia de los ordenamientos que contempla. En esta instancia se hace evidente la competencia entre el derecho interno y el derecho internacional.

El profesor Lowenfeld expone que una de las cuestiones centrales en la negociación y redacción del Convenio del Ciadi giró en torno al derecho que deben aplicar los tribunales de arbitraje internacional para dilucidar las controversias derivadas de la inversión extranjera. En concreto, se refiere al artículo 42 que fue objeto de amplios debates llegando sus redactores, a falta de consenso, a un acuerdo que contempla la elección del derecho interno, en primer término, incluyendo normas de derecho internacional.⁹⁰

Comoquiera que en este punto se ingresa a valorar el segundo problema de la *lex causae*, que corresponde a la propia aplicación del derecho una vez identificadas las normas aplicables, se desataca la potestad de

⁸⁹ Artículo 42(I) del Convenio de Washington, en vigor desde el 14 de octubre de 1966. Disponible en <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>>.

⁹⁰ Ver: LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 458-459.

los tribunales para decidir la forma en que deben aplicarse las distintas fuentes jurídicas al fondo de la diferencia, toda vez que el Convenio del Ciadi guarda silencio sobre el modo en que el ordenamiento nacional y el derecho internacional deben dialogar.

La primera interpretación del artículo 42(1) en torno a la interacción de ordenamientos, es descrita por el profesor Reisman, quien sitúa la aplicación del derecho internacional sólo en circunstancias puntuales: 1) si las partes lo han acordado; 2) si el ordenamiento del Estado receptor establece la aplicación del derecho internacional; 3) si la materia se encuentra regulada directamente por el derecho internacional, como el caso de la existencia de un tratado; y por último, 4) para «suplementar» el derecho interno si éste guarda silencio respecto de un tema específico, o para ocasionalmente «corregir» el derecho local cuando éste vulnere el derecho internacional.⁹¹

La segunda interpretación del precepto legal mantiene al ordenamiento local como fuente principal, pero otorga mayor importancia al ordenamiento internacional frente a la postura anterior.⁹² Según Dugan, Wallace, Rubins y Sabahi,⁹³ esta interpretación sería coincidente con la propuesta de Broches, quien sostuvo:

El tribunal examinará en primer lugar el ordenamiento del Estado receptor, y esa ley se aplicará en primera instancia al fondo del litigio. A continuación, el resultado se contrastará con el derecho internacional. Este proceso no implicará la confirmación o la negación de la validez del derecho del Estado receptor, sino que puede resultar en su inaplicación cuando dicho ordenamiento, o la acción tomada bajo el mismo, vulnere el derecho internacional. En este sentido, como he sugerido antes, el

⁹¹ REISMAN, Michael. «The regime for lacunae in the ICSID Choice of Law provisions and the Question of its Threshold». En *ICSID Review, in Essays in Honor of Ibrahim F.I. Shibata* 362, 2000, pp. 374-758; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Cuarta edición. Buenos Aires: La ley, 2007, pp. 661-662.

⁹² Esta posición se adoptó en el caso *Klockner c. Cameroon*, así como en el caso *Amco c. Indonesia*.

⁹³ DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah y Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 211.

derecho internacional es jerárquicamente superior al derecho nacional bajo el artículo 42(1).⁹⁴

La tercera posición atribuye importancia equitativa al derecho internacional y al derecho local del Estado receptor y, a falta de elección, deja al criterio del tribunal arbitral la decisión de evaluar la pertinencia de uno u otro frente al caso. Sobre este punto, el Comité de anulación del caso *Wena Hotels c. Egipto* realizó el siguiente razonamiento relevante sobre la interacción de ambos ordenamientos que a continuación se cita de forma textual:

38. Este debate saca a la luz las diversas opiniones expresadas sobre el rol del derecho internacional en el contexto del artículo 42(1). La opinión de los académicos, escritos autoritativos y algunas decisiones del Ciadi han tratado este asunto. Ciertas opiniones han defendido un rol amplio del derecho internacional, que incluye no sólo las normas consagradas en los tratados, sino también la definición bastante amplia de fuentes que figura en el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Otras opiniones han expresado que el derecho internacional está llamado a suplir el derecho interno aplicable en caso de existencia de lagunas. En el caso *Klockner I*, un comité *ad hoc* introdujo el concepto del derecho internacional como complementario de la ley aplicable en caso de lagunas y como corrector en caso de que el derecho interno aplicable no se ajustara en todos los puntos a los principios del derecho internacional. También existe la opinión de que el derecho internacional tiene una función de control del derecho interno aplicable en la medida en que exista una colisión entre dicho derecho y las normas fundamentales del derecho internacional consideradas *ius cogens*.

39. Algunas de estas opiniones tienen en común el hecho de que pretenden restringir el rol del derecho internacional y resaltar el del derecho del Estado receptor. Por el contrario, la opinión que aboga por una aplicación amplia del derecho internacional pretende restringir el papel del derecho del Estado receptor. No parece haber una respuesta única sobre cuál de estos enfoques es el correcto. Las circunstancias de cada caso

⁹⁴ BROCHES, Aron. «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1972, vol. 136, pp. 331-332. Traducción al español del autor.

pueden justificar una u otra solución [...] el Convenio no traza una línea clara para la delimitación del respectivo alcance del derecho internacional y del derecho interno y, en consecuencia, esto tiene el efecto de conferir al Tribunal un cierto margen y poder de interpretación.

40. Lo que está claro es que el sentido y el significado de las negociaciones que condujeron a la segunda frase del artículo 42(1) permitieron que ambos ordenamientos jurídicos tuvieran un rol. En efecto, el derecho del Estado receptor puede aplicarse conjuntamente con el derecho internacional si está justificado. Así también el derecho internacional puede aplicarse por sí mismo si la norma adecuada se encuentra en este otro ámbito.⁹⁵

Finalmente, el profesor Tawil describe la aplicabilidad del derecho internacional, incluso si se omite su mención en un acuerdo sobre elección de ley aplicable, o si se realiza una elección exclusiva del derecho interno. Según esta interpretación, la exclusión total del derecho internacional conduciría a consecuencias indeseables y contrarias al propósito del Convenio del Ciadi, puesto que podría representar que se lleven a cabo actos arbitrarios por parte del Estado en contra de la inversión extranjera, y alegar que dichos actos o conductas serían legales conforme al derecho local. De acuerdo con esta apreciación, las normas imperativas del derecho internacional⁹⁶ que proporcionan un estándar mínimo de protección, se aplicarían con independencia de cualquier elección de ley aplicable.⁹⁷

⁹⁵ Caso Ciadi Wena Hotels Ltd. C. República de Egipto. Laudo de 8 de diciembre de 2000. Traducción al español del autor. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>>. Ver: DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah y Borzu SABAHI. *Op. cit.*, pp. 212-213.

⁹⁶ Se analiza la noción de derecho internacional en el punto 7 de este capítulo.

⁹⁷ Descripción del profesor Guido Tawil en: UNCTAD. *Op. cit.*, p. 10.

5. RECLAMACIONES BAJO CONTRATO VS. RECLAMACIONES BAJO TRATADO

Otro aspecto que resulta relevante en el arbitraje de inversión es la distinción entre una reclamación basada en un contrato de la invocada en presencia de un tratado de inversiones, puesto que la *lex causae* aplicable al fondo de la diferencia sufrirá variaciones de acuerdo con el instrumento jurídico bajo el cual surja la controversia y se eleve la reclamación arbitral.⁹⁸

Un análisis entre ambos tipos de reclamación es realizado por Cremades y Cairns,⁹⁹ quienes señalan que en una controversia sobre inversiones, la parte que goza de legitimación activa debe determinar si ha de invocar derechos contractuales (en presencia de un contrato de inversión) o los contemplados en el tratado (ante la existencia de un APPRI aplicable).¹⁰⁰ En esa línea subrayan los siguientes aspectos distintivos:

- Cuando las bases de la reclamación se amparan en un APPRI, se trata de derechos inherentes al tratado. Cuando se extraen de un contrato, se trata de derechos contractuales. Como apunta Crawford, en algún grado esta aseveración podría considerarse lógica, pero es evidente que el debate doctrinal no está cerrado.¹⁰¹
- Los derechos contemplados en el tratado son genéricos y están definidos por el derecho internacional. En cambio, los derechos dimanantes de los contratos son específicos de la inversión en

⁹⁸ Con razón señala Crawford que «Ninguna cuestión en el ámbito del arbitraje de inversiones es más fundamental, ni más discutida que la distinción entre un tratado y un contrato». Ver: CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration», p. 1. La discusión sobre este aspecto en el derecho de las inversiones no está cerrada, sobre todo en cuanto a la posible presencia de reclamaciones de distinta naturaleza (contractual e internacional) por los mismos hechos.

⁹⁹ CREMADES, Bernardo y David CAIRNS. *Op. cit.*, pp. 325-328.

¹⁰⁰ BIGGS, Gonzalo. «Bernardo Cremades Contribution to the development of arbitration Law in Latin America». En CREMADES, Bernardo María; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel y David ARIAS (editores). *Liber Amicorum. Bernardo Cremades*. Madrid: La ley, 2010, p. 220.

¹⁰¹ Ver: CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration», p. 10.

cuestión y son definidos por el derecho interno. Ambos podrían sobreponerse, por ejemplo, en el caso de una expropiación ilegal.¹⁰²

- Las partes del litigio bajo un tratado son un Estado receptor y un inversor foráneo, y se debe considerar las reglas sobre responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional.¹⁰³ En un contrato de inversión, las partes son las entidades que establecen de forma directa sus derechos y obligaciones en el acuerdo suscrito. Una de ellas naturalmente será una entidad pública.
- En un APPRI, el derecho aplicable será el propio tratado, los principios generales del derecho internacional y el derecho interno del Estado receptor. En una reclamación bajo contrato, la ley aplicable será el derecho interno del Estado receptor o la ley establecida en el propio acuerdo.¹⁰⁴
- Una reclamación bajo tratado puede dar lugar a la responsabilidad del Estado según el derecho internacional. Una reclamación bajo contrato puede dar lugar a la responsabilidad según el derecho del Estado receptor.¹⁰⁵

El caso Vivendi c. República de Argentina es un ejemplo ilustrativo para observar que la vulneración de un contrato o un tratado son cuestiones que requieren ser valoradas por su propia ley aplicable,¹⁰⁶ si bien

¹⁰² CREMADES, Bernardo y David CAIRNS. *Op. cit.*, pp. 325-328.

¹⁰³ Ver: CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Novena edición. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 523.

¹⁰⁴ BIGGS, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 220. Si bien la elección del derecho del propio del Estado receptor es habitual en contratos de inversión, nada impide que se pacte la ley de un tercer Estado u otras normas jurídicas.

¹⁰⁵ BIGGS, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 220. Se matiza este aspecto en el punto 5.

¹⁰⁶ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Decisión de anulación de 3 de julio de 2002, 5 ICSID Reports 340. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0211.pdf>>

la práctica arbitral refleja que las reclamaciones pueden superponerse como ha ocurrido en el caso de referencia,¹⁰⁷ en el que se puso de manifiesto el riesgo de confusión entre el contenido de los derechos, la elección de foro y la *lex causae*.¹⁰⁸

El asunto Vivendi trató sobre dos compañías de participación francesa que operaban sistemas de agua y alcantarillado en Tucumán, provincia de la República de Argentina, en virtud de un contrato de concesión que confería jurisdicción exclusiva a los tribunales domésticos. Tras diversas disputas contractuales, las demandantes presentaron una reclamación por vulneración del APPRI Francia-Argentina, alegando que sus derechos como inversores habrían sido vulnerados por el Estado argentino tras haberse impuesto nuevas obligaciones sobre regulaciones tarifarias y servicios obligatorios.

El tribunal arbitral sostuvo que el contrato no impedía que el inversor demandara al Estado en virtud del Convenio del Ciadi; sin embargo, en este caso todas las reclamaciones habrían surgido de disputas relativas a la ejecución del contrato y las demandantes habrían consentido en someter sus controversias, exclusivamente, a la jurisdicción de los juzgados domésticos de Tucumán. Por ello, el tribunal arbitral se habría apartado de decidir sobre el fondo del asunto, así como de resolver las pretensiones relacionadas con el tratado.¹⁰⁹ Como subraya Crawford, el tribunal habría confundido las reclamaciones del contrato con las del tratado y

¹⁰⁷ Para evitar la superposición de demandas, ciertos APPRI establecen que el demandante elija entre proseguir una reclamación ante las cortes locales, acudir a arbitraje nacional o recurrir al arbitraje internacional, sin la posibilidad de retroceder a demandar ante otro de los foros establecidos. Esta cláusula se ha denominado *fork in the road*, que en otros términos supone renunciar a las demás vías previstas, como condición para acudir al arbitraje internacional y de esa forma evitar la duplicidad de demandas en distintos foros, como ha ocurrido en el caso argentino.

¹⁰⁸ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Laudo de 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports 299. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>>.

¹⁰⁹ Las demandantes alegaron, en concreto, la vulneración a los estándares de trato justo y equitativo, y expropiación, contenidos en el tratado bilateral de inversiones Francia-Argentina.

habría decidido no atender las reclamaciones con base al APPRI por entender que carecía de jurisdicción para ingresar a valorar el fondo del contrato.¹¹⁰

El laudo arbitral fue parcialmente anulado por el Comité *ad hoc* debido a que el tribunal se habría extralimitado en sus facultades al haber omitido ejercer jurisdicción sobre las reclamaciones con base en el APPRI, conforme al artículo 52(1) inciso b) del Convenio del Ciadi. Al respecto, el Comité de anulación señaló:

86. [...] un tribunal del Ciadi se extralimita en sus facultades no sólo si ejerce una jurisdicción que no le corresponde de conformidad con el acuerdo o tratado pertinente y el Convenio del Ciadi, interpretados en conjunto, sino también si omite ejercer una jurisdicción que sí le corresponde según los mencionados instrumentos jurídicos [...].¹¹¹

Asimismo, el Comité subrayó que una controversia de inversiones podría, al mismo tiempo, involucrar cuestiones de interpretación y aplicación de estándares bajo el tratado de inversión y cuestiones contractuales, pero ello no reduciría la jurisdicción del tribunal¹¹² puesto que se trataría de distintas protecciones. En este sentido, el tribunal de anulación señaló que una conducta determinada puede vulnerar un estándar

¹¹⁰ Ver: CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration», p. 9.

¹¹¹ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Laudo de 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports 299. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>>; SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Londres: Cambridge University Press, 2001, pp. 937-938.

¹¹² Sobre este punto, señala Zambrana: «Respecto de la cuestión de competencia hay que preguntarse si es posible que un tribunal arbitral que deriva su competencia de un APPRI, entienda de una reclamación por incumplimiento, no del APPRI, sino de un contrato que puede o no contener su propia cláusula de elección de foro, indicando la competencia de tribunales ordinarios o arbitrales, pero de carácter nacional. A pesar de que ésta es una discusión centrada fundamentalmente en conflictos de competencia entre tribunales locales e internacionales o nacionales, también incide sobre el derecho aplicable a la reclamación según ésta se presente ante un tribunal local o uno internacional y según la reclamación tenga por base un incumplimiento de contrato o un incumplimiento de una obligación del Estado contenida en el APPRI». Ver: ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, pp. 452-453.

bajo el APPRI y una disposición bajo el contrato, y viceversa.¹¹³ En esa línea determinó:

98. En un caso donde la base esencial de la reclamación sometida a un tribunal internacional es un incumplimiento de contrato, el tribunal dará efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro en el contrato [...].¹¹⁴

101. Por otra parte, donde la «base fundamental de la reclamación» es un tratado [...] la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación la norma bajo el tratado. A lo sumo, podría ser relevante —del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante— al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado.¹¹⁵

103.[...] Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización¹¹⁶ de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado.¹¹⁷

105. [...] una cosa es ejercer jurisdicción contractual (discutiblemente de competencia exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del Contrato de Concesión) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato y determinar si ha habido incumplimiento de una norma independiente del derecho internacional [...].¹¹⁸

En este punto se observa la relevancia de distinguir los derechos subjetivos derivados del tratado y aquellos contenidos en el contrato,

¹¹³ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Laudo de 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports 299. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>>.

¹¹⁴ *Idem*, párr. 98.

¹¹⁵ *Idem*, párr. 101.

¹¹⁶ *Op. cit.*, nota 74.

¹¹⁷ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Laudo de 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports 299. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>>, párr. 103.

¹¹⁸ *Idem*, párr. 105.

que el tribunal debe considerar sobre la base de los elementos de la reclamación, puesto que, conforme al instrumento invocado y al ordenamiento aplicable, se aclararán también aspectos jurisdiccionales y, finalmente, las consecuencias jurídicas.

Pese a tratarse de un aspecto no resuelto en el derecho de las inversiones, una vez matizadas las diferencias entre las *treaty claims* y las *contractual claims* en cuanto a la variación de la ley aplicable al fondo de la litis, corresponde observar el rol del derecho local y el del derecho internacional en la resolución de controversias internacionales.

6. EL ROL DEL DERECHO INTERNO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Como se ha podido apreciar, en un conflicto sobre inversiones extranjeras los tribunales de arbitraje deben analizar varios elementos materiales, personales y jurídicos para dirimir la controversia de fondo. A este respecto, no sólo se ocupan de evaluar la responsabilidad del Estado, sino que les corresponde analizar, en primer lugar, la existencia, naturaleza y alcance de los derechos patrimoniales que integran la inversión.

Estas cuestiones desbordan las posibilidades del derecho internacional, puesto que el mismo no puede regular de forma integral todos los aspectos derivados de la relación jurídica entre el inversor foráneo y el Estado receptor.¹¹⁹ En otras palabras, como señala De Brabandere, el derecho internacional no podría considerarse un ordenamiento jurídico autosuficiente en el ámbito de las inversiones extranjeras.¹²⁰

¹¹⁹ Por ejemplo, en el caso AAPL c. Sri Lanka, el tribunal señaló que los APPRI no son sistemas jurídicos cerrados y autónomos que se limitan a establecer normas sustantivas de aplicación directa, sino que deben contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que se integran normas de otras fuentes a través de métodos de incorporación implícita, o directa a normas complementarias, ya sean de derecho internacional o de derecho interno. Ver: Caso AAPL c. Sri Lanka. Caso Ciadi n.º ARB/3.

¹²⁰ DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural aspects and implications*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 126.

Para determinar la existencia de un derecho de naturaleza económica, éste debe ser reconocido como tal por el ordenamiento de un Estado, ya que los tratados de inversiones no estarían destinados a establecer normas para la adquisición de derechos de propiedad sobre bienes tangibles o intangibles. Es, en definitiva, el derecho interno el que determina y reconoce la existencia de los derechos patrimoniales concretos,¹²¹ su alcance y la persona física o jurídica en quien recaen. Por ello, se considera que el ordenamiento interno es la base para edificar el contenido de los derechos subjetivos que demandan protección jurídica internacional por la vía arbitral.¹²²

En la medida en que los APPRI¹²³ exijan un nexo territorial entre la inversión y un Estado parte del tratado, el ordenamiento que regula la propiedad continuará siendo el derecho del Estado en el que se alega haber canalizado la inversión.¹²⁴ Adicionalmente, algunos APPRI establecen que la inversión debe ser realizada de conformidad con las leyes

¹²¹ Por ejemplo, en el caso *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, el inversor argumentó expropiación a sus subsidiarias considerando que tenían derecho a la devolución del IVA por parte de la administración tributaria de Ecuador. El derecho aplicable establecido en el APPRI era el propio Tratado junto con las normas aplicables de derecho internacional. Pese a la ausencia de mención al derecho local del Estado receptor, el tribunal caracterizó la disputa en dos cuestiones distintas: a) ¿tenían las filiales de EnCana un derecho a la devolución del IVA por las compras de bienes y servicios durante los periodos [relevantes], según la legislación ecuatoriana?; y en caso afirmativo, (b) ¿fue ese derecho expropiado por Ecuador? Ver: Caso *EnCana Corporation c. Republic of Ecuador*. Caso Ciadi n.º 427.

¹²² Entre otras cuestiones, señala Schreuer que el derecho interno regula una serie de cuestiones técnicas como ser la admisión, concesión de licencias, relaciones laborales, impuestos, divisas, propiedad inmobiliaria, entre otros. Ver: SCHREUER, Christoph. «International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID». En *Austrian Review of International and European Law*, 1996, p. 89.

¹²³ En este punto, se hace mención a los APPRI en particular, pero se emplea el término para hacer referencia a los tratados bilaterales, multilaterales y a otros que contemplen previsiones sobre inversiones.

¹²⁴ DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, p. 126.

domésticas del Estado receptor,¹²⁵ para que la protección internacional opere.¹²⁶

En el caso de la presencia de contratos de inversión, el ordenamiento estatal será igualmente relevante puesto que será el régimen jurídico aplicable para evaluar si se ha producido el incumplimiento de una obligación contractual.¹²⁷ Ante los hechos en disputa, esta evaluación por parte del tribunal arbitral puede resultar necesaria en dos situaciones:

- a) Si el propio contrato le otorga competencia para ello.
- b) Si la valoración sobre un quebrantamiento a las protecciones del tratado requiere un análisis previo de la existencia de un incumplimiento contractual.¹²⁸

Tan pronto como los derechos de propiedad del inversor sean reconocidos por el ordenamiento del Estado receptor y se adecuen a la definición de inversión establecida en el tratado invocado, la protección del derecho internacional entra vigor. Este aspecto es relevante puesto

¹²⁵ Esta regla de conformidad con la ley del Estado receptor puede incluirse en la definición de inversiones protegidas del tratado, o a través de una provisión especial denominada *conformity clause*. También puede dar lugar a la exclusión de reclamaciones en las que se encuentren inmersos elementos de corrupción u otras acciones ilegales. Ver: HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 446. Ver: FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. «La lucha contra la corrupción desde el arbitraje». En BENEYTO, José María (editor). *Arbitraje: presente y futuro. Las conferencias Hugo Grocio*. Navarra: Aranzadi, 2021, pp.133-149.

¹²⁶ Por ejemplo, en el caso Vallisoletana SL c. República del Salvador, la jurisdicción del tribunal estaba condicionada al requisito de que la inversión se realice de conformidad con la ley salvadoreña, misma que según el tribunal del caso, incluiría un requisito de buena fe. Al haber distorsionado los hechos, la empresa habría vulnerado el principio de buena fe desde el momento en que realizó la inversión y, por tanto, no la habría llevado a cabo de conformidad con la ley salvadoreña. Ante esta situación, el tribunal se declaró incompetente, ya que la inversión no podría beneficiarse de la protección del APPRI. Ver: caso Vallisoletana SL c. República del Salvador, caso Ciadi n.º. ARB/.3/26. Laudo de 2 de agosto de 2006. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf>.

¹²⁷ Como apunta Banifatemi, la ley aplicable del contrato no es el contrato sino el sistema jurídico en el que el contrato encuentra su validez. Ver: BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 207.

¹²⁸ DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, p. 127.

que, ante una reclamación arbitral amparada en un estándar de protección de un APPRI, el Estado que previamente ha reconocido *ipso iure* o *ipso facto* la validez y conformidad a su ordenamiento jurídico de un contrato de inversión o de un conjunto de derechos patrimoniales del inversor, ya no puede negar su validez *a posteriori* para eludir obligaciones o justificar posibles incumplimientos.¹²⁹

Estas cuestiones exceden la mera valoración fáctica y, en cambio, alcanzan la necesidad de una consideración de orden jurídico por parte del juzgador internacional a la hora de dirimir una controversia arbitral de inversiones. La posición es compartida por Douglas, quien sostiene de forma crítica que la propuesta de considerar al derecho interno como «hecho» en lugar de derecho, sería, cuanto menos, debatible.¹³⁰

A este respecto, el autor señala que cualquier controversia sobre la existencia o alcance de los derechos de propiedad debe decidirse conforme al derecho municipal del Estado receptor, ya que no se trataría de un debate sobre pruebas o «hechos», sino una disputa sobre derechos subjetivos.¹³¹

En suma, de acuerdo con los aspectos señalados, al derecho interno le correspondería regular la existencia, naturaleza y alcance de los derechos patrimoniales que integran la inversión, los aspectos inherentes a la validez, eficacia, interpretación, ejecución, cumplimiento y caducidad del contrato, así como la responsabilidad contractual dimanante.

¹²⁹ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 53. Sobre el primer punto del párrafo, conviene resaltar que es el tratado el que proporciona la definición de inversiones protegidas bajo el mismo, sin perjuicio del debate entre las posiciones que defienden un concepto limitado de inversión, a través del test Salini. Ver: NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 76 y ss.

¹³⁰ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 69 y ss.

¹³¹ *Idem*, p. 70.

7. EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SUS FUENTES EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Se ha visto que la práctica contemporánea del derecho de las inversiones ha evolucionado, en un primer término, con la internacionalización de los contratos de Estado y, posteriormente, con la suscripción de tratados bilaterales y multilaterales de inversiones, que junto al Convenio del Ciadi, representan la arquitectura legal del flujo transnacional de capitales.

La hegemonía del sistema de tratados, junto a la celebración de contratos internacionales, han demostrado a través del arbitraje de inversiones que el derecho internacional tiene un rol fundamental ante cualquier mecanismo de combinación de normas jurídicas, ya sean elegidas a través de leyes internas, contratos o tratados.

Del mismo modo, la praxis actual refleja una inviable abstracción total del derecho internacional cuando de inversiones extranjeras se trata.¹³² Para empezar, se ha observado que el derecho internacional tiene un rol correctivo y complementario del derecho doméstico,¹³³ y en caso de contradicción entre ambos se ha optado por la prevalencia del primero.¹³⁴ Igualmente, el derecho internacional está presente como parte del ordenamiento interno del Estado, que en algunos casos reviste un estatus superior a la ley.¹³⁵ Por otra parte, el derecho internacional puede ser elegido como ordenamiento aplicable por los Estados, por las

¹³² DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*; en el caso LG&E c. República de Argentina, el tribunal sostuvo lo siguiente: «el hecho de que no exista un contrato entre la Argentina y la empresa favorece, en primer lugar, la aplicación del derecho internacional, en la medida en que se trata de una verdadera controversia en materia de inversión que se somete especialmente a las disposiciones del TBI complementadas por el derecho interno». Ver: Caso LG&E Energy Corp. y otros c. República de Argentina. Caso Ciadi n.º ARB/02/1. Decisión de 3 de octubre de 2006, párr. 98. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf>>.

¹³³ DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, p. 125.

¹³⁴ LINARES CANTILLO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 238.

¹³⁵ Ver: Sinopsis del artículo 96 de la Constitución española. Disponible en <<http://app.congreso.es>>.

partes o por los árbitros en el caso de una elección implícita, e incluso en ausencia total de su elección.¹³⁶

En otros términos, con independencia de que un acuerdo de inversión se refiera o no al derecho internacional como ordenamiento aplicable al fondo de la litis, ésta será la norma que rija la interpretación y aplicación del tratado que sirve de base a la reclamación arbitral, en caso de tratarse de una *treaty claim*.¹³⁷ Por tanto, para analizar una cláusula de derecho aplicable en un tratado, así como el alcance de los términos y protecciones que otorga, los árbitros han de recurrir al derecho internacional público.¹³⁸

Y es que en materia de inversiones extranjeras, ni contratos ni tratados, por sí mismos, pueden resolver todas las cuestiones de fondo, por lo que normalmente requieren el apoyo de las normas del derecho internacional general.

Si se procede a centrar el análisis en torno a las controversias basadas en tratados, este criterio sería compartido por el profesor McLachlan, quien sostiene que los tratados no son regímenes autónomos y, por tanto, el significado de sus términos operativos debe guiarse por las normas pertinentes del derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes. En la misma línea, debe considerarse que ningún tratado puede existir aislado del derecho internacional general.¹³⁹

Valorada la falta de autonomía de los tratados y la insuficiencia del ordenamiento doméstico para resolver transversalmente las cuestiones sobre inversiones foráneas, el derecho internacional resulta ser determinante, toda vez que el juicio arbitral de inversiones va a valorar hechos

¹³⁶ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 12.

¹³⁷ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 210.

¹³⁸ SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, p. 47.

¹³⁹ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 17, 1.63; artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *Infra*, nota 147.

a la luz de un instrumento supranacional o una situación jurídica transfronteriza. A tal efecto, queda pendiente la determinación de lo que debe entenderse por derecho internacional. Para establecer su contenido, se ha de recurrir al artículo 38(I) del Estatuto de la Corte internacional de Justicia, mismo que establece:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.¹⁴⁰

Los cuatro incisos del precepto son relevantes en el arbitraje de inversión, y pueden clasificarse en fuentes primarias y subsidiarias. En este caso, se hará énfasis en las fuentes primarias: las convenciones (o tratados), el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.¹⁴¹ Por su parte, si bien en esta ocasión no se ingresa en detalle, las fuentes subsidiarias, como las decisiones de los tribunales y la doctrina, también son invocadas en el foro arbitral y sirven de apoyo a los argumentos de las partes y de referencia a las decisiones de los tribunales de arbitraje internacional.¹⁴²

¹⁴⁰ Artículo 38, inciso I del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en <<https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm>>.

¹⁴¹ NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁴² *Ibidem*.

El derecho internacional primario en el campo de las inversiones extranjeras¹⁴³ está arraigado al propio tratado de inversiones aplicable como *lex specialis*.¹⁴⁴ Esto quiere decir que el APPRI invocado se aplica como norma especial¹⁴⁵ frente al derecho internacional general.¹⁴⁶

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a la aplicación del tratado, existe un nexo entre sus previsiones y los principios jurídicos para evaluar su contenido.¹⁴⁷ En este punto se hace referencia no solamente a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁸ relativos a las reglas de interpretación, sino también a los elementos que apoyan la aplicación de los estándares de protección que contemplan en el tratado,¹⁴⁹ en particular, al derecho consuetudinario y a los principios generales del derecho.

En cuanto al primero, su acepción refiere a aquella serie de principios profundamente arraigados en la práctica generalizada y espontánea

¹⁴³ La Comisión de Derecho Internacional se ha preocupado por la segmentación progresiva del derecho intencional debido a la expansión de sus ramas, como es el caso del derecho de las inversiones, y ha propiciado un grupo de trabajo liderado por el profesor Koskenniemi, cuyo resultado fue el informe: «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», presentado el año 2006 en Ginebra, en la sesión 58 de la Comisión de Derecho Internacional. Disponible en <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>.

¹⁴⁴ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 205. En el caso Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka, el tribunal arbitral concluyó que ambas partes habrían acordado la aplicación del APPRI Sri Lanka/Reino Unido como *lex specialis* y el derecho internacional o las normas locales como fuente suplementaria en virtud de las previsiones del propio tratado. Consultar asunto Azurix c. República de Argentina.

¹⁴⁵ DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah y Borzu SABAHI. *Op. cit.*, p. 214.

¹⁴⁶ ENDARA, Francisco. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión». En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2011, n.º 1, vol. 3, año 2, p. 110.

¹⁴⁷ Los APPRI deben ser entendidos e interpretados como todos los tratados en el contexto de las reglas generales del derecho internacional. En particular, el artículo 31(3)c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que junto al contexto del tratado deberá tenerse en cuenta «toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes».

¹⁴⁸ Concretamente el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Disponible en <https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>.

¹⁴⁹ NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 38.

del derecho internacional, que rigen las relaciones entre las naciones, en este caso, en materia de inversiones extranjeras. Lo anterior es concordante con la definición del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que consolida a la costumbre como la práctica realizada por los sujetos internacionales, generalmente aceptada por éstos como derecho.¹⁵⁰ En esta línea, no cabe duda que el arbitraje como medio para la aplicación efectiva del derecho de las inversiones ha puesto de relieve el impacto del amplio número de los APPRI y la similitud de sus previsiones sustantivas como factores que coadyuvaron a la evolución del derecho consuetudinario de las inversiones.¹⁵¹ Asimismo, el creciente número de decisiones en el área ha llevado a que las fuentes generales del derecho internacional ocupen un lugar cada vez más significativo.

Como señalan Dolzer y Schreuer, el derecho consuetudinario permanece altamente relevante en el arbitraje de inversión y se manifiesta, por ejemplo, en las reglas de atribución de responsabilidad del Estado, en las normas sobre daños, sobre expropiación, denegación de justicia y en los aspectos relativos a la nacionalidad del inversor.¹⁵²

Para Dumberry, las dos principales reglas consuetudinarias reconocidas por la mayor parte de la doctrina son el estándar mínimo de trato y la prohibición de expropiación sin compensación justa.¹⁵³ Adicionalmente, podrían citarse conceptos jurídicos centrales, como el trato justo y equitativo, entre otros no exentos de permanente debate, que se encuentran contemplados en la mayoría de los tratados y son parte de la práctica cotidiana del derecho de las inversiones.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Artículo 38.1.b) del Estatuto de la CIJ.

¹⁵¹ Graham ha denominado a la aplicación del derecho consuetudinario en la materia como una especie de *lex inversionis*. GRAHAM, James. *Op. cit.*, p. XV.

¹⁵² Ver: DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER *Op. cit.*, p. 17. Como apuntan Dolzer y Schreuer, la consecuencia del crecimiento de la jurisprudencia arbitral como nicho de las normas generales del derecho internacional hace que para obtener un entendimiento completo de estas fuentes normativas se requiera un amplio y actualizado conocimiento de su interpretación y aplicación en el contexto de los litigios relativos a inversiones.

¹⁵³ DUMBERRY, Patrick. *Op. cit.*, p. 407.

¹⁵⁴ HERDEGEN, Matthias. *Op. cit.*, p. 411.

Con todo, esta categoría puede considerarse la más debatida en la materia debido a que está ligada a conceptos jurídicos que sirven al fondo de las decisiones, cuya determinación ha adquirido contenido a través de la práctica, pero que no están exentos de interpretaciones diferentes. Ésta es una de las críticas actuales sobre la falta de consistencia, entendida ésta como la ausencia de una línea interpretativa vertical sobre regulaciones similares en los tratados, pero que se hallan dentro del universo de los APPRI existentes y son aplicados por tribunales conformados *ad hoc* para cada procedimiento frente a circunstancias fácticas diversas. A ello se suma que los tribunales de arbitraje no están obligados a seguir las interpretaciones de otros tribunales. En otros términos, no existe una doctrina de *stare decisis* en el arbitraje de inversión.¹⁵⁵

En cuanto a los principios generales del derecho internacional aplicados al ámbito de las inversiones en específico, su definición ha sido objeto de amplia consideración doctrinal. Con todo, puede extraerse que esta categoría es producto de un proceso de derecho comparado mediante el cual se establecen los caracteres comunes esenciales de los principales ordenamientos jurídicos nacionales.¹⁵⁶

Al respecto, el profesor Tawil señala que los principios generales del derecho son considerados una fuente importante del derecho internacional en los casos tramitados ante el Ciadi.¹⁵⁷ En particular, se refiere a los principios generales del derecho contractual, que incluirían:

¹⁵⁵ Ver: THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. *Op. cit.*, pp. 975-998. Ver: BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Redfern, and Hunter on International Arbitration; Student version*. Sexta edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 469, 8.76. Ver: Caso SGS Générale de Surveillance S. A. c. República de Filipinas. Caso Ciadi n.º ARB/01/13, 6 de agosto de 2003, 42 I.L.M. 1290 y SGS Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas. Caso n.º ARB/02/6.

¹⁵⁶ EVANS, Malcolm. *International Law*. Quinta edición. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 98.

¹⁵⁷ Por ejemplo, el caso Amco c. Indonesia. Laudo de 20 de noviembre de 1984. ICSID Repors 461 et. Seq. Disponible en <<https://www.italaw.com/cases/3475>>; Amco c. Indonesia. Asunto reenviado. Decisión sobre jurisdicción de 10 de mayo de 1988. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357_0.pdf>; caso AAPL c. Sri Lanka. Laudo de 27 de junio de 1990. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>>.

[...] el principio *pacta sunt servanda* y la *exceptio non adimpleti contractus*, el *estoppel*, la doctrina del enriquecimiento injusto, la compensación total del perjuicio resultante del incumplimiento de las obligaciones contractuales, los principios generales del debido proceso, la carga de la prueba recae sobre el demandante y la cosa juzgada.¹⁵⁸

Por su parte, Dolzer y Schreuer citan los principios de: «buena fe, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, *onus probandi* y el derecho a ser oído». ¹⁵⁹ Estos principios señalados de forma enunciativa y no limitativa adquieren importancia en caso de lagunas en el texto de los tratados¹⁶⁰ y en la interpretación de términos o frases individuales.¹⁶¹

A manera de ejemplo, en el asunto Amco c. Indonesia, el tribunal arbitral se apoyó en los principios generales del derecho para resolver una controversia relacionada con la forma de compensación por daños. En su decisión, el tribunal señaló:

268. [...] Aplicando los mismos principios, el tribunal concederá, en el presente caso, una indemnización por daños y perjuicios calculada para compensar plenamente el perjuicio sufrido por la Demandante. Antes de proceder a este cálculo, el tribunal debe señalar que, también en este caso, *según los principios y normas comunes a los principales sistemas jurídicos nacionales y al derecho internacional*,¹⁶² la indemnización que se conceda debe cubrir únicamente el perjuicio directo y previsible. La exigencia de directo no es más que una consecuencia de la exigencia de la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio; y la exigencia de la previsibilidad se cumple prácticamente en todas partes [...].¹⁶³

¹⁵⁸ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 20. Traducción al español por el autor.

¹⁵⁹ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁰ PARRA, Antonio. «Applicable substantive law in ICSID Arbitrations». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2001, n.º 1, vol. 16, p. 21. Recuperado de <<https://doi.org/10.1093/icsidreview/16.1.20>>. Considerando que el tratado es un instrumento de derecho internacional, Antonio Parra sostiene que se hallaría implícito que los árbitros deban recurrir a los principios generales de derecho internacional para complementar las disposiciones del APPRI.

¹⁶¹ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁶² El resaltado en el texto es propio.

¹⁶³ Caso Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia, ver nota 157.

7.1. *Los estándares de protección como ordenamiento aplicable*

Las obligaciones de protección de inversiones —más conocidas como estándares— son el corazón de las garantías que confiere el tratado a los inversores extranjeros durante la vida de la inversión.¹⁶⁴ Estas previsiones han sido la materia prima para el desarrollo del derecho de las inversiones a través de un importante número de decisiones arbitrales que reflejan su evolución,¹⁶⁵ alcance¹⁶⁶ y contenido.

Como se señaló al inicio de este capítulo, los estándares representan el punto más alto del debate arbitral y coadyuvan a superar el tercer problema de la *lex causae*. En consecuencia, tras haberse determinado y considerado el ordenamiento aplicable a los distintos aspectos de la litis y de conformidad con la apreciación de los elementos fácticos, el tribunal arbitral procederá a la interpretación de los estándares invocados para resolver sobre la conformidad a derecho o la ilicitud de la conducta estatal por afectación a los estándares de trato a las inversiones, contemplados en el APPRI aplicable. En esencia, son los siguientes:

- Protección contra medidas arbitrarias o discriminatorias.
- Trato nacional.
- Trato de la nación más favorecida.
- Trato justo y equitativo.
- Obligación de proveer protección y seguridad (plena).

¹⁶⁴ Considerando la presencia de un tratado de inversiones aplicable.

¹⁶⁵ Consultar: REINISCH, August y Christoph SCHREUER. *International Protection of Investments: The Substantive Standards*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

¹⁶⁶ ORTINO, Federico. *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 2.

- Prohibición de expropiación ilegal (directa o indirecta).
- Garantía de libre transferencia de capitales.¹⁶⁷

Llegados a este punto, corresponde observar si el ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia son los propios estándares de trato contemplados en los APPRI o, en cambio, son los tratados los que determinan el ordenamiento que debe aplicarse para evaluar si se han vulnerado los estándares de protección.¹⁶⁸ Esta cuestión no es baladí, puesto que la interpretación y aplicación puede experimentar variaciones conforme al ordenamiento de base.

Sobre este punto, sostiene Parra que el ordenamiento aplicable a las controversias surgidas bajo los APPRI, son las propias disposiciones sustantivas de los tratados.¹⁶⁹ No obstante, si bien podría existir una vulneración a los estándares de trato a las inversiones, esto no quiere decir que se constituyan, por sí mismos, en el derecho aplicable al fondo del litigio. En este caso, es apropiado distinguir entre las obligaciones que contempla el tratado y el derecho sustantivo aplicable.¹⁷⁰

Por ejemplo, ante la existencia de una cláusula de elección de ley aplicable al fondo de las controversias en el tratado, sus previsiones podrían contemplar el derecho internacional como aplicable al litigio. En este caso, los estándares de protección de las inversiones serían el parámetro para delimitar la conducta del Estado, mientras que las normas del derecho internacional se constituirán en el ordenamiento aplicable para determinar el alcance e interpretación de dichas disposiciones.¹⁷¹

¹⁶⁷ SCHREUER, Christoph. *Investments, International Protection. Max Planck Encyclopedias of International Law*, párrs. 48-95.

¹⁶⁸ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, pp. 204-205.

¹⁶⁹ PARRA, Antonio. «Applicable law in Investor-State Arbitration». En *Contemporary issues in arbitration and mediation*. Nueva York: The Fordham papers, Brill/Nijhoff, 2007, pp. 1-12.

¹⁷⁰ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, pp. 204-205.

¹⁷¹ *Ibidem*.

En definitiva, ante las diversas posiciones doctrinales, la práctica refleja que en el arbitraje de inversión discurre un diálogo constante entre el tratado, como fuente principal, y las fuentes primarias del derecho internacional como elementos de apoyo en el ámbito de las inversiones extranjeras.

Por lo expuesto en torno al rol del derecho internacional en el arbitraje de inversión, corresponde señalar que se encargará de tratar las siguientes cuestiones: 1) evaluar si los derechos patrimoniales objeto de reclamación se enmarcan en la definición de inversión del tratado invocado; 2) complementar el derecho doméstico en caso de lagunas o corregirlo en caso de afectación a una norma imperativa del derecho internacional; 3) brindar las reglas de interpretación y las fuentes que coadyuven a determinar el contenido de los derechos subjetivos del tratado (derecho consuetudinario y principios generales del derecho); 4) examinar e interpretar el cumplimiento de los estándares de protección de las inversiones; y, 5) juzgar la responsabilidad internacional del Estado en caso de que ésta proceda.

8. CONCLUSIONES

El abordaje analítico del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversión demuestra que la *lex causae* mantiene una naturaleza híbrida entre el derecho local y el derecho internacional, descartando su aislamiento en una rama en particular, puesto que ningún ordenamiento es considerado autosuficiente en el campo de las inversiones extranjeras. Este análisis corresponde a una visión general de las reclamaciones basadas en tratados y en contratos de inversión.

Como señala el profesor Crawford, a quien se brinda reconocimiento a través de estas líneas, una característica intrínseca del arbitraje de inversiones es la superposición e interacción de sistemas jurídicos. Por ello, el ordenamiento aplicable al fondo de la litis precisa observarse

con precaución y requiere analizar el instrumento invocado, los elementos jurídicos en debate y sus fuentes respectivas, para identificar las normas que rigen cada aspecto de la controversia.¹⁷²

Teniendo en cuenta el principio basilar de la autonomía de la voluntad, la función arbitral obedece a la disposición de las partes en cuanto a las normas de fondo elegidas, y sólo ante el silencio u oscuridad, el tribunal procederá a determinar la *lex causae* con base en el principio territorial, por medio de las reglas de arbitraje y las técnicas del derecho internacional privado, a excepción de los arbitrajes bajo el Convenio del Ciadi que se rigen por la determinación directa del ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia.

En esta instancia, debe distinguirse entre el proceso de determinación de la *lex causae*, y el proceso de evaluación del contenido de las normas que el tribunal ha identificado como aplicables a la causa, así como su posterior interpretación.

En concreto, el ordenamiento aplicable al fondo del litigio suele contemplar el derecho interno del Estado receptor, incluidas sus normas de conflicto, el propio tratado de inversiones y los principios generales del derecho intencional. El carácter de *lex specialis* del tratado hace que los estándares de protección se coloquen en la cúspide del debate arbitral.

¹⁷² Con razón señalaba Schreuer: «La ley aplicable en las disputas sobre inversiones ha resultado ser un área peligrosa. Se requiere gran habilidad náutica para mantener el balance apropiado [...]. Un número de casos, de hecho se han hundido en las rocas de la propia o la impropia ley [...]». Ver: SCHREUER, Christoph. «Investment Arbitration: a Voyage of Discovery. London, 4, 2004». En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2005, n.º 1, vol. 71, pp. 73-77. Recuperado de <https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/74_cspubl_74.pdf>. Traducción al español por el autor.

Sin ingresar a abordar la relación de jerarquía o prevalencia entre ordenamientos,¹⁷³ el presente capítulo se ha centrado en observar las cuestiones que a cada uno le corresponde regular. En este sentido, el derecho interno será el que regule los aspectos relativos a la adquisición, existencia, naturaleza y alcance de los derechos de propiedad que componen la inversión y, del mismo modo, aportará con la aplicación e interpretación de las disposiciones contractuales.

Por su parte, el derecho internacional abordará las inversiones que se encuentran protegidas bajo el tratado aplicable, las reglas de interpretación y fuentes que coadyuvan a determinar el contenido de los derechos subjetivos del tratado, la aplicación de los estándares de protección, y la responsabilidad estatal en caso de ser procedente. Adicionalmente, jugará un rol correctivo y suplementario del derecho local en caso de existencia de lagunas o contradicción con normas imperativas del derecho internacional.

Si bien en la práctica del arbitraje de inversión, los aspectos procesales y jurisdiccionales han adquirido creciente atención, es pertinente desarrollar la sustancia y lo que, en definitiva, es la base para la aplicación efectiva del derecho. En este sentido, el abordaje adecuado de los elementos materiales aplicables a las distintas cuestiones de la litis es fundamental para aportar coherencia y consistencia a las decisiones.

De esta manera, el presente capítulo presentó una galería de cuestiones que permiten observar los principios básicos de la *lex causae* aplicable al fondo de la diferencia en el arbitraje de inversión, ponderando la sustancia frente al procedimiento.

¹⁷³ Como señaló Kirby: «No es excesivo mencionar que la interacción entre el derecho nacional e internacional constituye uno de los mayores desafíos para el derecho en el siglo que viene. Su resultado es crítico para el futuro del derecho internacional [...]. No resolveremos estas cuestiones de forma definitiva durante nuestra vida. De hecho, no es nuestro deber terminar la tarea. Pero tampoco estamos libres de la obligación moral de intentarlo». KIRBY, Michael. «International Law: The Impact on National Constitutions». En *American University International Law Review*, 2006, n.º 3, vol. 21, pp. 327-364. Traducción al español por el autor. Ver: ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, p.1.

Si se adopta una mirada prospectiva del arbitraje de inversión, con independencia de las posibles mutaciones que se debaten en la actualidad, puede afirmarse que los aspectos sustantivos jugarán un rol preponderante en la nueva relación jurídica inversor-Estado. Quizás profundizando en la sustancia, y desde dentro,¹⁷⁴ se puedan fortalecer los pilares para el futuro del sistema de resolución de controversias relativas a inversiones.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANIFATEMI, Yas. «The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration». En *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, chapter 9.

BIGGS, Gonzalo. «Bernardo Cremades Contribution to the development of arbitration Law in Latin America». En CREMADES, Bernardo María; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel y David ARIAS (editores). *Liber Amicorum. Bernardo Cremades*. Madrid: La ley, 2010, pp. 210-241.

BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Redfern, and Hunter on International Arbitration; Student version*. Sexta edición. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BROCHES, Aron. «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1972, vol. 136, pp. 331-332.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Novena edición. Oxford: Oxford University Press, 2019.

¹⁷⁴ SHILL, Stephan. «The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within». En *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL)*, 2014, n.º 2014/02. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446918>.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, texts and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration». En *Arbitration International*, 2008, n.º 3, vol. 24, pp. 351-373.

CREMADES, Bernardo. «El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica». En Revista *Argentina de Arbitraje* [en línea], 2018, n.º 2, p. 28. Recupearado de <<https://www.cremades.com/pics/contenido>>.

CREMADES, Bernardo y David CAIRNS. «Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Investment Disputes». En *Arbitrating Foreign Investment Disputes; Procedural and Substantive Legal Aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, pp. 325-352.

DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural aspects and implications*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, 1984.

DOLZER, Rudolf. *Contemporary Law of Foreign Investment; International Investment Law for the 21st Century. Essays in honor of Christoph Schreuer*. Londres: Oxford University Press, 2009.

DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Segunda edición. Londres: Oxford University Press, 2012.

DOUGLAS, Zachary. «The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration». En *British Yearbook of International Law*, 2003, n.º 1, vol. 74, pp. 159-289.

DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah y Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DUMBERRY, Patrick. *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

ELISABETH KJOS, Hege. *Applicable Law in Investor-State Arbitration; The interplay between national and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ENDARA, Francisco. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión». En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2011, n.º 1, vol. 3, año 2.

EVANS, Malcolm. *International Law*. Quinta edición. Oxford: Oxford University Press, 2018.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. «La lucha contra la corrupción desde el arbitraje». En BENEYTO, José María (editor). *Arbitraje: presente y futuro. Las conferencias Hugo Grocio*. Navarra: Aranzadi, 2021, pp. 133-149.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Sistema de derecho económico internacional*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. Tercera edición. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

GRAHAM, James. «El décimo aniversario de la *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*. Unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina». En *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2010, n.º 1, vol. X.

HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys. «De la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 4, pp. 157-181.

JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

KIRBY, Michael. «International Law: The Impact on National Constitutions». En *American University International Law Review*, 2006, n.º 3, vol. 21, pp. 327-364.

LINARES CANTILLO, Alejandro. *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MCLACHLAN, Campbell. «Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework». En VAN DEN BERG, Albert (editor). *50 Years of the New York Convention, ICCA Congress*, Series n.º 14. The Hague: Kluwer Law International, 2008, pp. 95-108.

MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration; Substantive Principles*. Segunda edición. Londres: Oxford University Press, 2017.

NADAKAVUKAREN, Krista. *International Investment Law; Text, cases and Materials*. Massachusetts: Edward Elgar, 2013.

ORTINO, Federico. *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

PARRA, Antonio. «Applicable law in Investor-State Arbitration». En *Contemporary issues in arbitration and mediation*. Nueva York: The Fordham papers, Brill/Nijhoff, 2007, pp. 1-12.

PARRA, Antonio. «Applicable substantive law in ICSID Arbitrations». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2001, n.º 1, vol. 16, pp. 20-24. Recuperado de <<https://doi.org/10.1093/icsidreview/16.1.20>>.

PAULSSON, Jan. «Arbitration without Privity». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, n.º 2, vol. 10, pp. 232-257.

REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Cuarta edición. Buenos Aires: La ley, 2007.

REINISCH, August y Christoph SCHREUER. *International Protection of Investments: The Substantive Standards*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

REISMAN, Michael. «The regime for lacunae in the ICSID Choice of Law provisions and the Question of its Threshold». En *ICSID Review, in Essays in Honor of Ibrahim F.I. Shihata* 362, 2000, pp. 374-758.

SALACUSE, Jeswald. *The Three Laws of International Investment*. London: Oxford University Press, 2013.

SASSON, Monique. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*. Segunda edición. Londres: Wolters Kluwer, 2017.

SCHREUER, Christoph. «International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID». En *Austrian Review of International and European Law*, 1996, pp. 89-120.

SCHREUER, Christoph. «Investment Arbitration: a Voyage of Discovery. London, 4, 2004». En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2005, n.º 1, vol. 71, pp. 73-77. Recuperado de <https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/74_cspubl_74.pdf>.

SCHREUER, Christoph. *Investments, International Protection. Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford: Oxford Public International Law, 2011.

SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Londres: Cambridge University Press, 2001.

SHILL, Stephan. «The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within». En *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL)*, 2014, n.º 2014/02. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446918>.

THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. «Applicable Law under International Investment Treaties». En *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, n.º 26, pp. 975-998.

UNCTAD. *Course on Dispute Settlement, Module 2.6. ICSID Applicable Law*. New York and Geneva: United Nations, 2003.

ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Pamplona: Aranzadi, 2010.