

INDETERMINACIÓN NORMATIVA Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN LOS PANELES ARBITRALES DEL CIADI. UN ANÁLISIS DE ALGUNAS DE SUS DEFICIENCIAS PROCEDIMENTALES BASADO EN LA EXIGENCIA DE “CONTRIBUCIÓN AL DESARROLLO DEL ESTADO RECEPTOR” COMO REQUISITO PARA ACCEDER A SU JURISDICCIÓN*

INDETERMINACY RULES AND STANDARDS OF INTERPRETATION IN ICSID ARBITRATION PANELS. AN ANALYSIS OF SOME OF ITS PROCEDURAL DEFICIENCIES BASED ON THE REQUIREMENT OF “CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT OF THE RECEIVING STATE” AS A REQUIREMENT FOR ACCESS TO ITS JURISDICTION

Francisco Javier Leturia Infante^a
Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile
franciscoleturia@gmail.com
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1454-7408>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.inci>

Fecha de recepción: 24 Mayo 2016
Fecha de aprobación: 04 Abril 2017
Fecha de publicación: 30 Mayo 2018

Resumen:

En las últimas décadas hemos observado un creciente protagonismo de los actores judiciales en materia interpretativa, especialmente en aquellas vinculadas a conceptos indeterminados propios del derecho internacional, y más particularmente, de los derechos fundamentales. El trabajo postula que este mayor activismo judicial no puede ser apreciado ni justificado con iguales criterios en asuntos tan distintos como los conflictos entre derechos constitucionales (que admiten una mayor construcción judicial) o los temas comerciales y penales (en los que el apego a la norma y a la seguridad jurídica ofrecida debe ser mayor). Para justificar lo anterior, analiza los oscilantes criterios que han tenido los paneles arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) en la evaluación del criterio central del sistema y que da el acceso a su jurisdicción: la inversión extranjera. A partir de ello, señala una serie de cuidados y precauciones que el sistema podría adoptar para mejorar sus estándares y prácticas jurídicas y hace un análisis basado en el rol y los criterios exigibles a los distintos tribunales en un sistema de justicia global.

Palabras clave: activismo judicial, paneles arbitrales, prácticas jurídicas.

Abstract:

During the last decades we have seen a growing prominence by the judicial actors in interpretative issues, particularly in those related to indeterminate concepts proper to the international law and, even more particularly, to the fundamental rights. This work proposes that such growing judicial activism cannot be appreciated or justified with the same criteria as other issues so dissimilar like the conflicts between constitutional rights (which allow for a greater judicial construct) or the business and criminal cases (when the adherence to the rules and the legal security is expected to be higher). To justify the foregoing, this work examines the fluctuating criteria drawn upon by the arbitration panels in the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) when assessing the system core criterion providing the access to its jurisdiction: the foreign investments. Based on the foregoing, a series of measures and precautions are indicated, which could be adopted to enhance the legal practices and standards. Finally, this work includes an analysis of the role and the criteria that are to be required to the different courts in a global justice system.

Keywords: judicial activism, arbitration panels, legal practices.

Notas de autor

^a Autor de correspondencia. Correo electrónico: franciscoleturia@gmail.com

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. EL CONCEPTO DE INVERSIÓN Y EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL CIADI. II. EL TEST DE SALINI. III. COMENTARIOS A LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS UTILIZADOS. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, los estudios sobre la interpretación de normas constitucionales y tratados internacionales han adquirido una creciente importancia.

Ello obedece al menos a cuatro razones.

1. La entrada en escena de normas jurídicas con una fuerte capacidad irradiadora con respecto al resto del ordenamiento jurídico.
2. La construcción de las normas sobre la base de un lenguaje abierto, poroso, indeterminado y susceptible de numerosas interpretaciones (que por lo mismo no operan como las clásicas disposiciones jurídicas –reglas– a las que estábamos habituados).
3. La falta de desarrollo normativo de las mismas (que bien podría hacerse en sede legislativa), lo que obliga muchas veces a que la determinación del contenido y límite de los derechos deba hacerse en sede judicial.
4. Finalmente, el proceso de creciente interdependencia e integración propio de la globalización, que ha favorecido la creación de regulaciones y mecanismos jurisdiccionales de carácter transnacional.

Dado la particularidad global de muchas de estas regulaciones, es normal que se busquen criterios de interpretación que satisfagan a todos los usuarios y generen una doctrina y una jurisprudencia que, pese a la diversidad de los partícipes, a ratos tiende a la unidad de criterios, como puede verse crecientemente en el ámbito de los contenidos y límites de los derechos fundamentales.

Lo anterior ha favorecido una relativa distancia de los criterios estrictamente positivistas de comprensión del derecho, creando, poco a poco, especialmente en los planos internacional y constitucional, una cultura jurídica dispuesta a aceptar que la determinación última del contenido protegido por el derecho sea realizada en sede judicial y no legislativa. O dicho en otras palabras, la existencia de un sistema judicial que otorga a los jueces un mayor protagonismo y cierta flexibilidad ante la literalidad de la norma, y que ha dado lugar a una serie de nuevas situaciones jurídicas, valoradas en forma desigual por la doctrina (la polémica entre Alexy-Habermas parece ser la más conocida en estas materias).

El mayor protagonismo judicial producto de un derecho inspirado en bienes, principios y valores altamente indeterminados en su configuración, ha sido especialmente notoria en el campo de los derechos fundamentales. Desde la segunda mitad del siglo pasado, ellos han sido incorporados a las normas de más alto rango del ordenamiento jurídico positivo (Constitución, tratados internacionales) con el objeto de fijar desde allí el norte magnético de todo el sistema jurídico, y muy especialmente, de los actos del Estado y sus organismos (incluyendo al legislador y al poder judicial). Pero al mismo tiempo, su estructura lingüística, proveniente del ámbito de la filosofía política y la moral, es naturalmente susceptible de múltiples criterios de interpretación y sin un proceso de especificación (típicamente realizado mediante normas infraconstitucionales) su elaboración y completación jurisprudencial resulta inevitable.

En factores internacionales, como los que analizaremos en este artículo, la indeterminación de los textos normativos muchas veces proviene de la necesidad práctica de lograr una redacción susceptible de ser aprobada por un alto número de países con intereses contrapuestos en un tiempo razonable. Secundariamente, la indeterminación proviene del mayor activismo de los tribunales de última instancia, que al saber que no

serán sujetos a una revisión ulterior, adoptan soluciones basados en criterios que no siempre se ajustan a la literalidad de las normas o a las prácticas y precedentes conocidos.

En el ámbito de los derechos fundamentales, la mayor flexibilidad que se espera del juez supone que en determinadas circunstancias las normas tendrán que ser confrontadas con los derechos que las inspiran, para dar una solución justa y apropiada al caso concreto, que la rigidez positivista es incapaz de dar. Dada la importancia de los bienes en juego, se acepta sacrificar una dosis de certeza y seguridad jurídica en pos de la justicia y el carácter claramente finalista y funcional de los derechos fundamentales.

En otros aspectos, como el comercial y el penal, la certeza previa de la norma y la previsibilidad de la resolución judicial es un elemento central. Como consecuencia de ello, se espera un menor protagonismo de los jueces y, por el contrario, los estándares de justificación de la sentencia y de las decisiones adoptadas en sede constitucional suelen ser mucho más elevados que en sede comercial.

En el terreno de los derechos humanos, este mayor protagonismo judicial se ha valorado, en general, positivamente, considerando inevitable el juego ponderativo y estimando que, correctamente aplicado, permite una protección más efectiva, ajustada a las circunstancias y adecuada a las necesidades de los bienes más preciados de todo ordenamiento jurídico. Ello no significa negar los riesgos que puede significar: detrimento de la función legislativa y de la ley, aumento de la incertidumbre jurídica, activismo judicial, etc. y las cautelas que exige.

En el presente artículo, intentaremos demostrar que la cultura propia del neoconstitucionalismo, así como sus prácticas, genera una serie de situaciones poco convenientes y que es necesario corregir.

Para organizar y justificar nuestro trabajo, centraremos nuestra atención en los criterios interpretativos utilizados por los paneles arbitrales del Ciadi, y más específicamente, en la comprensión dada al elemento jurídico central de tal sistema: el concepto de inversión.

I. EL CONCEPTO DE INVERSIÓN Y EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL CIADI 1

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio de Washington, Convenio Ciadi o simplemente el Convenio) nació para ofrecer un cauce institucional a las disputas entre inversionistas que buscaban realizar actividades económicas en países distintos a los propios y los Estados que recibían esas inversiones. Con este propósito, en 1965 se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), sede en Washington D. C., que ha sido hasta la fecha el mecanismo más usado para enfrentar este tipo de controversias.

Un punto que llama la atención es que pese a que toda la institucionalidad recién referida ha sido concebida en torno al concepto de inversión, este no se encuentra definido y ni la doctrina ni la jurisprudencia del propio tribunal han logrado generar un criterio común.

Dicho de otra manera: no tenemos claro aquello que permite invocar la protección y la jurisdicción del Ciadi para conocer las disputas entre inversionistas y Estados receptores. Sin embargo, ello no es casual, y ni siquiera reprochable, al menos en su origen.

Consta en la historia del tratado que sus negociadores, después de numerosos esfuerzos por alcanzar una definición única, prefirieron mantenerla abierta, para favorecer así su aprobación, dejando para luego su precisión, mediante la negociación y suscripción de tratados bilaterales de protección de inversión entre las partes (en adelante TBI), o en el peor de los casos, a una construcción jurisprudencial, más imparcial, razonada y justificada sobre bases más técnicas e ilustradas.²

Ante ese esquema, y por muchas razones adicionales, resulta natural que numerosos países hayan seguido el camino de los TBI para favorecer el flujo de inversiones y relaciones comerciales y muchos de ellos efectivamente han sido utilizados para precisar el concepto de inversión entre las partes interesadas. El acuerdo

suscrito entre Argentina y Chile (1991), por ejemplo, define inversión como “todo tipo de bienes que el inversor de una Parte Contratante invierte en el territorio de la otra Parte Contratante (art. 1)”. Luego señala una serie de actividades que podrían ser calificadas como tales, aclarando que ese listado es más ejemplar que taxativo. En una serie de tratados similares puede verse un lenguaje análogo.

Para acceder a la jurisdicción del Ciadi, se exigen básicamente dos requisitos: que su competencia haya sido aceptada en forma voluntaria y expresa³ y que estemos ante una inversión, de acuerdo con los vagos criterios del art. 25(1) del Convenio CIADI, como del respectivo TBI.

De lo anterior podría deducirse que para acceder al Ciadi, la determinación de lo que es inversión requiere un doble chequeo (Convenio y TBI).⁴

Sin embargo, desde muy temprano el Ciadi consideró que los países no podían definir en forma soberana las actividades económicas que serían consideradas como inversión para efectos del Convenio, sin dar para ello una mayor justificación. En *Joy Mining contra Egipto*, por ejemplo, el Tribunal arbitral manifestó que “[...] existe un límite a la libertad con la cual las partes pueden definir una inversión si ellas desean poner en marcha la jurisdicción de los tribunales del Ciadi”. Luego agregó que “las partes en una disputa no pueden por medio de un contrato o tratado definir como inversión, para los propósitos de la jurisdicción del Ciadi, algo que no satisface los requisitos objetivos del artículo 25 de la Convención”.⁵

En virtud de esta postura resulta fundamental conocer los criterios utilizados por el Ciadi para determinar el concepto de inversión y consecuentemente, dar acceso a su jurisdicción. Para avanzar en esta tarea, haremos un rápido recorrido sobre las posiciones que a propósito de este punto han sostenido los diferentes comités arbitrales del Ciadi.⁶

La primera vez que el concepto de inversión fue discutido en forma relevante fue en *Fedax v. Venezuela*.

En dicha controversia, Venezuela argumentó que los pagarés adquiridos por Fedax no calificaban como “inversiones”, de acuerdo con el art. 25(1) del Convenio de Washington, alegando la utilización de las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Especialmente, alegaron que los conceptos debían interpretarse “de buena fe y de acuerdo con el significado corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art 31.1). Cabe señalar que los demandantes habían adquirido los pagarés por el endoso que de ellos había hecho de una empresa privada, por lo que Venezuela alegó que la definición del TBI (art. 1 del Convenio para el Estímulo y la Protección Recíproca de las Inversiones entre Venezuela y los Países Bajos [1991], hoy no vigente) debía restringirse.

El panel arbitral agregó que una “inversión” debe ser claramente diferenciada de una transacción comercial ordinaria,⁷ pese al carácter mucho más amplio utilizado por el TBI para entender una inversión protegida.

Para realizar esta distinción, el Tribunal señaló una serie de criterios, supuestamente generales y objetivos. En concreto, señaló que:

Las características básicas de una inversión han sido descritas como las que implican:

1. Una cierta duración
2. Una cierta regularidad de beneficios y retornos
3. Asunción de un riesgo
4. Un compromiso sustancial y
5. Una importancia para el desarrollo del Estado receptor⁸

El fallo fundamentó estas exigencias citando al destacado académico Christoph Schreuer. Tiempo después, el propio autor se vio en la necesidad de denunciar el uso poco riguroso de la cita, que confundía lo que él había calificado como características típicas o habituales, para convertirlas en requisitos o condiciones de una inversión, con las significativas consecuencias jurídicas que este criterio importaría.⁹

II. EL TEST DE SALINI

Más tarde, y siguiendo una línea muy similar pero aún más restrictiva, la sentencia de *Salini v. Marruecos*¹⁰ complementó lo dicho por *Fedax* y dio origen a una doctrina cuya influencia se impone, con cierta inestabilidad, hasta la actualidad.¹¹

El caso en cuestión trató sobre la construcción de una carretera en Marruecos por parte de una empresa italiana. Luego de ciertos conflictos relacionados con los pagos, la empresa constructora la demandó ante el Ciadi en virtud del TBI existente entre ambos países.¹² Al analizar las exigencias del Convenio, el Tribunal señaló que la definición de inversión no podía quedar entregada a las partes y entregó a continuación una serie de criterios exigibles a quienes solicitaran la protección del Ciadi:

La doctrina generalmente considera que una inversión implica: contribuciones, una cierta duración en la ejecución del contrato y la participación en los riesgos de la transacción (*Commentary by E. Gaillard, cited above, p. 292*). Al leer el preámbulo del Convenio, uno podría agregar la contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión como una condición adicional. En realidad, estos diversos elementos pueden ser interdependientes. Así, el riesgo de la transacción puede depender de las contribuciones y de la duración de la ejecución del contrato. Como resultado, estos diferentes criterios deben ser evaluados globalmente incluso si, para un buen razonamiento, el Tribunal los considera aquí individualmente.¹³

La cita de autoridad utilizada para justificar esta decisión¹⁴ nuevamente fue corregida por el propio autor, que aclararía que el tiempo de duración de dos años a los que se refiere el tribunal para que una actividad económica califique como inversión, él lo entendía como un promedio, no como un requisito normativo.¹⁵

En algunas otras ocasiones es posible ver un uso parcial o limitado del criterio. De las cinco características mencionadas por Schreuer, la práctica de los tribunales ha utilizado como requisitos a veces su totalidad, a veces cuatro de ellos¹⁶ o incluso tres.¹⁷

La sentencia de *Pey Casado v. Chile*, por ejemplo, señala que:

Existe una definición de inversión de acuerdo con el Convenio Ciadi y que no basta con señalar la presencia de algunas de las “características” habituales de una inversión para satisfacer esta condición objetiva de la competencia del Centro. Una interpretación de este tipo significaría privar de sentido alguno a ciertos términos del artículo 25 del Convenio Ciadi, lo cual no sería compatible con la exigencia de interpretar los términos del Convenio confiriéndoles un efecto útil, como recordó pertinentemente el laudo emitido en el caso *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto* del 6 de agosto de 2004 [...].¹⁸

Acto seguido señala que:

En el presente caso, es evidente que se cumplen los tres que rigen la calificación de inversión: la existencia de un aporte, el hecho de que dicho aporte implica una cierta duración en el tiempo y el hecho de que dicho aporte comporta ciertos riesgos para quien lo efectúa.¹⁹

En *Jan de Nul v. Egipto*, por ejemplo, el panel se mostró de acuerdo con los precedentes del Ciadi que:

Con algunas variaciones menores, se han basado en el denominado “test de Salini”. Este test identifica los siguientes elementos como indicativos de una “inversión” para los propósitos del Convenio Ciadi: 1) una contribución; 2) una cierta duración sobre la cual se implementa el proyecto; 3) un reparto de los riesgos operacionales y 4) una contribución al desarrollo del Estado receptor [...].²⁰

Siguiendo la misma línea argumental, el panel en *Helnan v. Egipto*:

[a]cepta la sugerencia del demandado, basada en precedentes del Ciadi, que se resume en la incuestionable afirmación del Prof. Ch. Schreuer de que para ser caracterizado como inversión, un proyecto “debe mostrar una cierta duración, una regularidad de beneficios y retornos, un elemento de riesgo, un compromiso sustancial y una contribución significativa para el desarrollo del Estado receptor [...]”.²¹

No creemos necesario volver sobre la liviandad con que el Tribunal utiliza el criterio planteado por Schreuer, que como ya hemos dicho, podría llevar a la conclusión exactamente opuesta. En *Saipem v. Bangladesh* el tribunal utilizó un criterio muy similar.²²

Aunque el test de Salini ha sido ampliamente seguido,²³ también hay algunos paneles arbitrales que se han negado a su utilización.²⁴ Para el efecto se ha argumentado que ellos no son obligatorios ni están contemplados en el Convenio, que dejó intencionalmente abierto el término “con la expectativa (*inter alia*) de que una definición podría ser sujeto de acuerdo entre los Estados Contratantes [...]”.²⁵ Además, ellos son problemáticos y su rigidez podría llevar a que se corriera el riesgo “de exclusión arbitraria de ciertos tipos de transacciones del alcance del Convenio”.²⁶

La exigencia más compleja, generalmente vinculada al test de Salini, es la inclusión, ya sea como criterio o requisito, según sea el caso, de la contribución al Estado receptor. Se ha argumentado que el Convenio de Washington lo exige, cuando en su preámbulo hace referencia a la “necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones de carácter privado”.²⁷ Numerosos fallos señalan que estas palabras “[...] permiten la inferencia de que una transacción internacional que contribuya a la cooperación destinada a promover el desarrollo económico de un Estado contratante puede ser considerada como una inversión conforme este término es entendido en el Convenio”²⁸.

En esta misma línea, se ha sostenido que:

[e]l Preámbulo del Convenio de Washington establece un número de principios básicos en cuanto a su finalidad y objetivos, que imbuyen las disposiciones individuales del Convenio, incluyendo el artículo 25, lo que hace innecesario mencionar que el Convenio fue concluido bajo el auspicio del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo [...].²⁹

Luego, el fallo de *Patrick Mitchell v. Congo* agrega que:

[e]s así bastante natural que el parámetro de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor haya siempre sido tomado en consideración, explícita o implícitamente, por los tribunales arbitrales del Ciadi en el contexto de sus razonamientos en aplicación del Convenio y con bastante independencia de cualquier disposición de los acuerdos entre las partes o del tratado bilateral pertinente.³⁰

Pero la jurisprudencia en este punto tampoco ha sido pacífica. En *Pey Casado v. Chile*, por ejemplo, el panel fue en una dirección exactamente opuesta, minimizando la capacidad del preámbulo para contribuir a la correcta interpretación del Convenio. O más concretamente, señala que la protección de inversiones naturalmente favorece el desarrollo económico del Estado receptor, pero que ello es una consecuencia y no un requisito de la inversión, para efectos de acceder a la jurisdicción del Ciadi. En concreto, este dictamen afirma que si bien

[...] es cierto que el preámbulo del Convenio Ciadi menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión. Es por esta razón, como han señalado algunos tribunales de arbitraje, que este cuarto elemento está en realidad englobado en los tres primeros.³¹

De esta forma, se concibe la inversión como una obligación de medios (realizar la inversión) más que de resultados (ser económicamente exitoso en el largo plazo), sobre todo considerando que si la finalidad de las inversiones es el lucro, este siempre conlleva un riesgo y su éxito es eventual.³² La contribución al desarrollo es una externalidad probable, incluso cuando la inversión no es sustentable (empleo, pago de servicios, infraestructura, encadenamientos productivos, etc.). Por ello, puede sostenerse que lo que realmente contribuye al desarrollo es la materialización de una inversión, especialmente cuando ella es privada (los recursos que en caso contrario no se contarían) y de grandes magnitudes.³³

Aun cuando entendamos el aporte al desarrollo desde una perspectiva global, encontraremos diferencias y dificultades, haciendo difícil alcanzar consensos o utilizar criterios técnicos. La llegada de una gran cadena de supermercados, por ejemplo, podría hacer bajar los precios de los productos de consumo masivo, pero al mismo tiempo destruir una serie de tiendas de barrio y crear desempleo. Una gran faena industrial que explota activamente recursos naturales, provocará cambios en el medio ambiente, etc.³⁴. De hecho, una actividad podría contribuir al desarrollo económico por el solo hecho de forzar a la competencia a volverse más eficiente, generar cierto conocimiento o *know how* laboral, entre tantas otras.

En concordancia con este último razonamiento, en *Phoenix v. República Checa* el tribunal utilizó un criterio más amplio que el tradicional para determinar si una actividad económica era inversión, para efectos de beneficiarse de la jurisdicción del Ciadi, reemplazando el concepto de “contribución al desarrollo económico del Estado receptor” por la de “contribución a la economía”. Además, señaló que este criterio era más pacífico y menos ambicioso que el primero, sobre la que parecía imposible lograr consensos. De esta manera, la idea quedaba “centrada en la contribución de la inversión internacional a la economía del Estado receptor, la cual es por cierto normalmente *inherente al mero concepto de inversión conformado por los elementos de contribución/duración/riesgo* [...]”.³⁵

Este criterio resulta más amplio, protectivo e inclusivo, ya que permite considerar casi a cualquier actividad económica como susceptible de ser conocida por el Ciadi, salvo que se pruebe lo contrario, como de hecho sucedió en el caso analizado.

Si el inversionista no lleva a cabo ninguna actividad económica, lo cual es el objetivo del fomento del flujo de inversiones extranjeras, la operación, aunque posiblemente involucre una contribución, una duración y alguna asunción de riesgo no será calificada como inversión protegida, puesto que no satisface los propósitos del Convenio de Washington [...].³⁶

En otros casos, el Tribunal ha seguido los criterios supuestamente objetivos del test de Salini, pero excluyendo el requisito de la “contribución al desarrollo”. Por ejemplo, en *LESI-Dipenta v. Argelia*, el Tribunal consideró tres condiciones: 1) la parte contratante ha efectuado contribuciones en el Estado receptor; 2) estas contribuciones tuvieron una cierta duración y 3) ellas implicaron algunos riesgos para el contribuyente. Por otro lado, no es necesario que la inversión contribuya específicamente al desarrollo económico del país huésped, algo que es difícil de comprobar y que se encuentra implícitamente cubierto por los otros tres criterios.³⁷ En un sentido similar, en *Pey Casado v. Chile*, señaló que “[...] dicha definición comprende solo tres elementos. La exigencia de una contribución al desarrollo del Estado receptor, difícil de establecer, es en su opinión una cuestión más de fondo del litigio que de competencia del Centro [...]”.³⁸

Utilizando un razonamiento y una justificación absolutamente diferentes, el árbitro designado para conocer el caso *MHS v. Malasia* negó la jurisdicción del Ciadi para conocer del asunto, argumentando, entre otras, que las operaciones comerciales efectuadas por el inversionista extranjero no implicaban una contribución “significativa” al desarrollo económico de Malasia, razón por la cual no cumplía con los requisitos establecidos por el Convenio.

En este caso, la exigencia más sorprendente es que el aporte al desarrollo sea “significativo”, lo que nuevamente nos remite a un criterio subjetivo y difícil de definir. Sobre el particular, señaló que “si no existiese un requisito de significancia, cualquier contrato que aumentase el Producto Interno Bruto de una economía en cualquier cantidad, por pequeña que sea, calificaría como “inversión” [...] tomando en cuenta la matriz fáctica del caso en su totalidad, esta característica puede ser de considerable, sino de decisiva, importancia”.³⁹ Este fallo fue anulado porque el tribunal “excedió manifiestamente sus facultades”.⁴⁰

Cabe además señalar que la inclusión de un requisito de contribución objetiva, medible económicamente, fue repetidamente rechazado durante las negociaciones del Convenio, aun a riesgo de que la eliminación de una cuantía mínima pudiera dar lugar a “demandas frívolas o pequeñas”. Por el contrario, se estimó que

las mejor calificadas para determinar si un conflicto debe ser conocido por el Ciadi eran las propias partes involucradas, lo que parece lo más razonable.⁴¹

Por lo mismo, algunos tribunales arbitrales han restado importancia al establecimiento de parámetros para determinar la contribución al desarrollo del país receptor. Por ejemplo, en *Patrick Mitchell v. Congo*, el Comité *ad hoc* que conoció de la solicitud de anulación del laudo inicial especificó que:

Los tribunales del Ciadi no tienen que evaluar la real contribución de la operación en cuestión. Resulta suficiente que la operación contribuya de una manera u otra al desarrollo económico del Estado receptor y este concepto de desarrollo económico es, en todo caso, extremadamente amplio y variable dependiendo del caso.⁴²

Finalmente, es necesario reconocer que hay casos donde esta cuestión se plantea en forma tan fácil, que parece haber llevado a los árbitros a no analizar con mayor profundidad la pertinencia de su exigibilidad. Así, por ejemplo, en *Salini v. Marruecos*, el Tribunal sostuvo que:

La contribución del contrato al desarrollo económico del Estado de Marruecos no puede ser seriamente cuestionada. En la mayoría de los países, la construcción de infraestructura cae dentro de las tareas que son llevadas a cabo por el Estado o por otra autoridad pública. No puede ponerse seriamente en duda de que la autopista en cuestión servirá al interés público.

A ello luego agregaría, pero sin asumir riesgos de ningún tipo, que “las compañías Italianas también fueron capaces de proveer al Estado receptor de la inversión de know-how en relación con el trabajo a realizar”.⁴³ En forma similar, en *Jan de Nul v. Egipto* los árbitros señalaron que no podía dudarse de que “una operación de tal magnitud y complejidad involucrara un riesgo y no puede seriamente negarse que la operación del Canal del Suez es de una importancia primordial para la economía de Egipto y su desarrollo”.⁴⁴ En *Helnan v. Egipto* asimismo se afirmó que “en cuanto a la contribución al desarrollo, la importancia de la industria del turismo para la economía egipcia lo transforma en obvio”.⁴⁵

III. COMENTARIOS A LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS UTILIZADOS

1. Más allá de la simpatía o molestia que nos produzca el uso de un criterio u otro o del impacto que hayan tenido en el resultado final, intentaremos realizar un análisis de las prácticas arriba mencionadas desde la corrección técnica y los estándares de interpretación utilizados, observando especialmente el rol de árbitro que debería exigirse en la institucionalidad del Ciadi.

El desarrollo doctrinario en este punto es escaso, lo que no debe extrañar considerando que se trata de una jurisdicción pequeña y excepcional, con pocos actores, y en el que las materias de mayor interés de los usuarios inmediatos generalmente se vinculan a asuntos más prácticos y directamente relacionados con los intereses protegidos y con los resultados.

Por el contrario, más allá de la plena validez de la información ofrecida y de los juicios de valor que realicemos sobre el Ciadi, este artículo busca reflexionar sobre la aceptabilidad o no de ciertas actitudes judiciales y del uso de ciertas prácticas de interpretación en diferentes ámbitos del derecho.

2. Concretamente, y tal como lo anunciábamos en la introducción, creemos que una alta dosis de independencia judicial de la norma positiva y a los precedentes (activismo judicial) es más tolerable en asuntos vinculados a derechos fundamentales, pero debe ser fuertemente restringido en otros ámbitos, como el penal o el comercial.

El hecho de que muchos tribunales internacionales (y también los domésticos con competencia constitucional) hayan utilizado un criterio no positivista para resolver sus casos, no permite sin más la extensión de estas prácticas a todos los tribunales internacionales. Porque lo que ha permitido esta flexibilidad

es la propia naturaleza del mundo de los derechos fundamentales, que obliga a trabajarlos mediante una lógica ponderativa y en ningún caso en su carácter de tribunal internacional.

Sin embargo, hay prácticas positivamente valoradas desarrolladas para ofrecer salvaguardas en asuntos de justicia constitucional, que bien podrían ser utilizados por otras jurisdicciones, incluyendo la del Ciadi. En efecto, ante la indeterminación propia de muchas normas y la amplia discrecionalidad que dichos tribunales podrían arrogarse (que incluso les permitiría pasar por encima de los representantes elegidos democráticamente), ha forzado a construir una serie de criterios que permiten, precisamente, dar más legitimidad a sus actuaciones. Entre estas exigencias está el respeto por la norma y su presunción de legitimidad (deferencia por el legislador), el respeto por los precedentes, los altos estándares en la justificación y redacción de las sentencias (especialmente en torno a conceptos ambiguos), la respetabilidad transversal de los miembros que integran el tribunal (y su pluralidad de visiones considerados en conjunto), el principio de intervención mínima, entre otros.

3. El arbitraje de inversiones no obedece ni a una lógica de derechos fundamentales ni a una lógica comercial. No obstante ello, el modelo del Ciadi parece haberse construido, en muchas materias relevantes, sobre los criterios del arbitraje comercial.

Por la naturaleza privada de los intereses en juego y su carácter estrictamente patrimonial, el arbitraje comercial permite ciertas prácticas que no son posibles cuando hay un claro interés público involucrado. En efecto, las partes podrían establecer un acuerdo de confidencialidad y es natural que privilegien la celeridad en la obtención de soluciones. Pero ello no es lo esperable en un proceso donde una de las partes (típicamente el demandado) es un Estado soberano, que arriesga no solo el pago de importantes indemnizaciones sino también serios cuestionamientos a sus políticas públicas y normativas internas.

4. Por lo mismo, el respeto de las normas, la racionalidad de la sentencia y el buen uso de criterios interpretativos es mucho más importante en el arbitraje de inversiones que en un arbitraje comercial ordinario. Pero los árbitros del Ciadi no parecen haberse tomado este asunto en serio. Ximena Fuentes señala que por esta causa existe una “insatisfacción comprensible” respecto de la expectativa de que el Ciadi produzca sentencias “que se funden en una correcta interpretación del derecho aplicable”.

Agrega que:

El artículo 52 del convenio de Washington fue establecido para permitir la anulación de las sentencias solo en casos graves y excepcionales, procurando proteger la integridad del procedimiento sin pretender corregir los errores en la interpretación del derecho en que pudieran incurrir los árbitros.

Coincidimos con ella en cuanto a que esta desatención a la importancia que la correcta interpretación del derecho tiene cuando están en juego intereses soberanos, proviene de la misma causa ya señalada: el Ciadi siguió un modelo más propio del arbitraje comercial, en el que la seguridad jurídica parece tener preferencia sobre otras necesidades. Este “grave déficit” del sistema, de carácter estructural, contribuye a afectar su legitimidad.⁴⁶

En una línea similar, Fernández Arroyo critica los criterios de publicidad o transparencia utilizados en el arbitraje de inversiones, culpando de ello a que el reglamento del Ciadi y de muchos tratados bilaterales que, nuevamente, entienden al arbitraje desde una lógica estrictamente comercial.⁴⁷ Parece natural que en atención a los intereses en juego y al interés público que el asunto tiene para la ciudadanía, los niveles de transparencia y publicidad que deberían caracterizar a estos procedimientos, debería ser muy alta (sin perjuicio de que la cobertura mediática luego sea secundaria). Parece haber una incipiente conciencia sobre la importancia de este punto en las incipientes modificaciones a las reglas del Ciadi realizadas el 2006.⁴⁸

5. La baja calidad en la argumentación de las sentencias y la poca coherencia entre ellas, es también una crítica relevante, que además dificulta la formación de una jurisprudencia arbitral e incentiva la litigación.

⁴⁹ Incluso ha llevado a algunos autores a sostener que este sistema ha permitido, muchas veces con la

colaboración tácita de funcionarios y políticos desprolijos que no responden con su propio patrimonio, a un aprovechamiento indebido del sistema de abogados, árbitros y financistas.⁵⁰

Ante la variedad de criterios jurisprudenciales, y que se repiten también en otros ámbitos, fijar criterios normativos que den una claridad suficiente y anticipada sobre los elementos que tendrán presente los árbitros del Ciadi para dar o negar protección (jurisdicción) a un caso, parece de gran utilidad. La incertidumbre en estas materias tiene altos costos y amenaza la propia viabilidad del sistema, ya bastante cuestionado y de cuyo ámbito varios países se han sustraído y otros han manifestado su intención de hacerlo.⁵¹

Mientras ellos no existan, se esperaría un estándar de justificación de la sentencia bastante más alto que los observados. En la cuestión analizada, algunos paneles consideran que la “inversión” es una cuestión evidente y que no requiere mayores explicaciones, mientras en otros es tratado de forma explícita. Tal como lo señalamos, en varios de estos últimos, las citas de autoridad realizadas están mal hechas o han sido tergiversadas. En otros, solo se cita el precedente, aunque se realicen modificaciones al criterio, de distinto tipo.

En cualquier regulación jurídica encontraremos conceptos ambiguos y susceptibles de interpretación. Y en materia de tratados internacionales, la propia dinámica de su negociación hace que estos elementos indeterminados sean más frecuentes. Al respecto, la solución ideal pasa por posteriores acuerdos y regulaciones específicas relativas a determinadas materias, pero cuando ello no sea posible, la decisión judicial debe estar fundada en criterios de justicia aplicados con base en una contundente argumentación racional y exposición de los criterios utilizados.

La inexistencia de una instancia ulterior de reclamación haría mucho más necesario la existencia de estándares más estrictos para garantizar la imparcialidad y legitimidad de sus procedimientos y fallos, tanto en lo jurídico o interno, como de cara a la comunidad internacional.

4. Respecto a los diversos criterios interpretativos utilizados en los numerosos casos analizados, realizaremos algunos comentarios: un primer criterio, natural y obvio, sería el de “norma especial y posterior prima por sobre la general y anterior”, por lo que allí donde los países han decidido dar a las inversiones una amplia protección, el Ciadi no debería restringirlo. En caso de que las soluciones institucionales pactadas por los países sean restrictivas, podría considerarse el Ciadi, pero como sistema subsidiario.

Pero el tema no debiera ser objeto de discusión considerando el carácter estrictamente voluntario del sistema, que entrega a las propias partes la capacidad de determinar, generalmente mediante un TBI, la competencia o no del Ciadi (y acá cuando hablamos de partes hablamos de países soberanos). En este sentido, parece concluyente lo señalado por el fallo de *Biwater v. Tanzania*, en cuanto postula que:

Si un número muy sustantivo de TBI a lo largo del mundo expresan la definición de “inversión” más ampliamente que el *Test de Salini*, y si ello constituye un tipo de consenso internacional, es difícil sostener por qué el Convenio de Washington debiera ser interpretado más restrictivamente [...].⁵²

A ello agrega que:

El Tribunal Arbitral nota a este respecto que, a lo largo de los años, muchos tribunales se han aproximado al tema del significado de “inversión” mediante referencia al acuerdo de las partes, más que imponiendo una estricta definición autónoma, según el *Test de Salini*.⁵³

Pese a ello, el doble control (convenio y TBI) efectuado por el Ciadi, en general ha limitado el ámbito de protección buscado por los TBI.⁵⁴

En los casos en los que no exista un criterio normativo claro, debiera seguirse el principio de la protección amplia, lo que equivale a ofrecer una presunción de protección a la inversión extranjera. Habiendo una solicitud de parte, la restricción del ámbito de protección no debe quedar entregada al criterio de dos o tres personas. Las razones para ello son múltiples y van desde la necesidad de proteger la inversión para promover el desarrollo económico en los países más desfavorecidos, hasta la necesidad de evitar los actos discrecionales,

generar mayor certeza jurídica previa (protección). Pero, sobre todo, porque no parece prudente delegar facultades soberanas propias de los Estados (e incluso de una confederación de estados) en dos o tres personas.

5. Tanto la estructura de funcionamiento y los mecanismos de control del Ciadi lo hacen altamente dependiente del criterio y corrección de los integrantes de cada panel, así como de su base ideológica. Y esta cuestión no solo alcanza a la posición más o menos proinversionista que cada árbitro pueda tener sino que a la concepción del rol del árbitro que tenga en materias de respeto a las normas positivas y a los precedentes, justificación de la sentencia, impacto en el resultado, etc.

Desgraciadamente, en materia internacional, el escrutinio público es precario. Ni la prensa ni la opinión pública conocen razonablemente los criterios de decisión (ni se interesan en ellos), el acceso a ellos no es fácil y quienes conocen y comprenden bien el sistema generalmente son los mismos especialistas que ejercen su profesión dentro de él, ya sea como abogados o árbitros (sin mencionar que los propios abogados designan a buena parte de los árbitros). En este escenario, la crítica pública resulta inhibida.

6. Pese a que el mecanismo más común de designación de los paneles está construido sobre la lógica de “árbitros de parte” (cada parte designa a un miembro y estos en conjunto designan a un tercero), y donde los estudios y árbitros especializados son pocos, las recusaciones exitosas son extraordinariamente bajas (del orden del 3 %),⁵⁵ dado que la repetición del mismo árbitro por una parte o por una firma legal no se ha considerado, por si misma, una causal de pérdida de imparcialidad.⁵⁶

Las razones para proteger la confianza y legitimidad de cualquier sistema aconsejarían tomar medidas en este punto, pues hay consenso doctrinario en que la aceptación de criterios previos, objetivos y probables de inhabilidad es una práctica más saludable que la de la corrección ex post, fundado en la prueba de un acto incorrecto que acredita la parcialidad y falta de independencia del árbitro.⁵⁷

7. En un sistema así diseñado, se deberían exigir criterios especialmente cuidadosos a la hora de garantizar el profesionalismo e imparcialidad de los árbitros, respetar los derechos procesales de las partes y redactar y justificar la sentencia.

Respecto al profesionalismo e imparcialidad de los árbitros, los artículos 12, 13 y 14 de la convención son claros porque exigen que los designados sean personas calificadas, con una amplia consideración moral y reconocida competencia jurídica. Pero no se señala ningún criterio objetivo para ello, entregando su nombramiento a una fórmula que no necesariamente garantiza la materialización de este objetivo. Por otro lado, basta ver el reporte anual del Ciadi para constatar que la nacionalidad de los árbitros y mediadores nombrados en los últimos años es fuertemente desigual: predominan los árbitros de Estados Unidos y Europa Occidental (especialmente Francia), con respecto a los demás países del mundo (aunque no signifique nada en este punto, Latinoamérica ha dado lugar en los últimos años a cerca de un 30 % de los casos del Ciadi).

Queremos ser claros: nada de lo arriba dicho es una prueba definitiva. Pero muestra que no hay mecanismos institucionales de resguardo del correcto funcionamiento del sistema, más allá de que el buen criterio y corrección de los propios integrantes. Pero los mecanismos de designación, la falta de control, el escaso escrutinio público que recae sobre ellos, las jurisprudencias observadas y los pocos márgenes políticos y diplomáticos que existen para otras salidas, podrían llevar a los críticos del sistema a complementar la crítica del *forum shopping* con la del *árbitro shopping*.

8. Todas las fallas procesales anteriores permiten dar sustento a la principal crítica que se le hace al sistema: que los miembros de los paneles privilegian significativamente los intereses de los inversionistas por sobre los de los Estados, transformándose en un sistema de protección de inversionistas antes que de inversiones.⁵⁸ Ante este callejón sin salida, los Estados quedan limitados en la elaboración de algunas políticas públicas, o al menos, tienen una buena razón para sostener este argumento. Esta molestia ha llevado a muchos países a modificar sus TBI, a señalar otros foros de solución de controversias, a denunciar el tratado y a la precisión, incluso a nivel constitucional, del concepto de “inversión” (inversión real). Véase Bellei, 2016, cita 49.⁵⁹ Más

aún: en virtud de los costos que implica operar en el sistema, existe de hecho una barra de entrada que deja sin protección a los casos de empresas más pequeñas.

CONCLUSIONES

El Ciadi es una institucionalidad creada para favorecer el flujo internacional y la protección de de inversiones. Sin embargo, ni su estructura organizacional ni las técnicas interpretativas utilizadas por sus paneles son óptimas. Ello ha generado dificultades que han contribuido a su crítica e incluso a que algunos países hayan comenzado a buscar modelos alternativos.

Desde la segunda mitad del siglo pasado, se ha observado a nivel global un creciente y sostenido aumento de normas jurídicas de alta jerarquía y marcado contenido material, que en su implementación han forzado a un mayor protagonismo judicial y a una flexibilización de las prácticas de interpretación basados en la comprensión literal de los textos positivos. Esta tendencia resulta inherente a la lógica de los derechos fundamentales, como claramente se observa en la práctica de los tribunales internacionales.

Este “activismo judicial” ha sido objeto de numerosos elogios y críticas, que a nuestro juicio deben ser moduladas y diferenciadas según el ámbito donde se realicen. En materia constitucional, por ejemplo, parece imposible asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales sin una cierta dosis de protagonismo judicial en la interpretación de los textos positivos. Pero en materias penal y comercial, esta flexibilidad parece del todo contraproducente, debido a los requerimientos de mayor certeza y predictibilidad que le son propios.

Sería exagerado decir que en el ámbito analizado existe una incertidumbre absoluta o un funcionamiento inaceptable. Muy por el contrario, en la mayoría de los casos la solución final depende antes del sentido común que de una fina comprensión del derecho. En el aspecto analizado, los requisitos de compromiso, expectativa de beneficio, duración mínima y riesgo asumido son relativamente fáciles de determinar y van de la mano de casi cualquier inversión (por mucho que pueda discutirse si la duración mínima es de uno, dos o tres años, la mayoría de los proyectos de inversión extranjera en países con economías emergentes excederá este lapso). El requisito de que la inversión contribuya al desarrollo económico del país receptor es más vago y supondrá necesariamente un juicio de valor cuyo contenido supera con creces lo meramente cuantificable.⁶⁰ Pero el criterio expansivo de la jurisdicción del Ciadi parece indicar que el criterio asumido en *Pey Casado* contra Chile seguirá manteniéndose, permitiendo afirmar que la contribución al desarrollo es, sin duda, una consecuencia natural de cualquier inversión real, incluso cuando no resulta exitosa.⁶¹

La institucionalidad del Ciadi tiene deficiencias que podrían ser fácilmente mejoradas y los Estados deberían ser los principales interesados en ello. Los asuntos en juego son demasiado importantes como para dejarlos en manos de paneles de miembros ocasionales e indeterminados, sometidos a escaso control, que deben pronunciarse sobre cuestiones de claro impacto político, y cuya jurisprudencia es muchas veces irregular y deficientemente fundada.

No obstante ello, el sistema ha impulsado un cambio cultural general en cuanto al trato que debe darse al inversionista extranjero y ha permitido implementar un mecanismo de protección razonablemente bueno, disminuyendo las prácticas abusivas y discriminatorias, lo que es de suyo un aporte a la vigencia y respeto del Estado de derecho a escala global.

Pero el sistema dista mucho de ser perfecto y las prácticas comentadas, si no son criticadas, pueden legitimar un modelo de estándares laxos, y que además de desprestigiar al sistema del Ciadi, abren una puerta al decisionismo judicial, que pueden terminar afectando el gran objetivo de facilitar y promover las inversiones necesarias para acelerar los niveles de crecimiento y reducción de la pobreza de los países receptores.

Cuando vemos un sistema institucional lleno de falencias y que se resiste a ser cambiado, siempre es un ejercicio útil preguntarnos quién se beneficia de ello. Asimismo, es útil preguntarse en qué medida el sistema

ha permitido cumplir su objetivo de beneficiar el desarrollo de los países receptores, compatibilizando lo anterior con la justa protección de los intereses de los inversionistas.

A nuestro juicio, el Ciadi es un sistema que en general ha logrado elevar y facilitar la protección de la inversión extranjera, y como consecuencia de ello, ha favorecido el crecimiento de muchos países. Pero al mismo tiempo, la operatividad del sistema presenta graves falencias, y ante la ausencia de propuestas institucionales que se hagan cargo de ellas, no es de extrañar que el Ciadi sea sindicado por muchos como el foro de protección de las grandes inversiones extranjeras.

Referencias bibliográficas. Libros

- BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO. Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington. Párrafo 27. 18 de marzo de 1965.
- BELLEI, CARLOS, *Arbitraje de Inversiones en América Latina: De la hostilidad a la búsqueda de nuevas alternativas, en Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas* (Brill Nijhoff, Leiden, 2016).
- DOMINIQUE CARREAU, THIÉBAULT FLORY & PATRICK JUILLARD, *Droit International Economique*, Ed. L.G.D.J, 558-578 (1990).
- EBERHARDT, P, OLIVE, C., AMOS T., y BUXTON, N., *Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fueling an investing arbitrator boom* (Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012).
- FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., *La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones, en Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas* (Brill Nijhoff, Leiden, 2016).
- FUENTES, XIMENA & KLEIN, JOHANNA, *Proceso de anulación en casos relacionados a países latinoamericanos, en Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas* (Brill Nijhoff, Leiden, 2016).
- HEISKANEN VEIJO, *Of Capital Import: the Definition of "Investment" in International Investment Law*. En ANNE K. HOFFMANN, *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration*, Ed. Swiss Arbitration Association Special Series, 34, 71, (2010).
- LETURIA I., FRANCISCO J., *La contribución al desarrollo del Estado receptor como requisito de la noción de inversión: la experiencia de los países latinoamericanos, en Derecho Internacional de las inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas*, (Brill Nijhoff, Leiden, 2016).
- RUBINS, NOAH, *The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration*, in *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 298 (NORBERT HORN & STEFAN KRÖLL, eds., Kluwer Law International, 2004).
- SCHREUER, CHRISTOPH, *The ICSID Convention: a commentary* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009).
- SHIHATA, IBRAHIM F. I., *Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA* (The World Bank, Washington, 1992).
- TANZI, ATTILA & CRISTIANI, FEDERICA, eds., *International Investment Law and Practice, An Introductory Casebook* (CEDAM, Buenos Aires, 2013).

Referencias bibliográficas. Revistas

- GAILLARD, EMMANUEL, *Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice, International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (2009).
- MORTENSON, JULIAN DAVIS, *The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law, Harvard International Law Journal*, 51, 1 (2010).
- SCHREUER, CHRISTOPH, *Commentary on the ICSID Convention, ICSID Review*, 11, 2 (1996).

STERN, BRIGITTE, *The Contours of the Notion of Protected Investment*, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 24 (2009).

Referencias bibliográficas. Casos de arbitraje internacional

- Bit Italy and Morocco. Artículo 1. 18 de julio de 1990. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2102> (3 de enero de 2018).
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS *vs.* Pakistan, ICSID. Case No. ARB 03/29, Decision on Jurisdiction (14 de noviembre de 2005). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/29>
- CMS Gas Transmission Company *vs.* Argentine, ICSID. Case No. ARB/01/8, Decision of the ad-hoc Committee on the Application for Annulment. Para. 312 (25 de septiembre de 2007). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/01/8>
- Conorzio Groupement LESI-Dipenta *vs.* Algeria, ICSID. Case No. ARB/03/08. Award. Para. 13 (10 de enero de 2005). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/8>
- Fedax *vs.* Venezuela, ICSID. Case No. ARB/96/3, Award rendered. Para. 22 (9 de marzo de 1998). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/96/3>
- Gauff (Tanzania) Ltd. *vs.* Tanzania, ICSID. Case No. ARB/05/22, Award. Para. 312 (24 de Julio de 2008). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/22>
- Generation Ukraine, INC. *vs.* Ukraine, ICSID. Case No. ARB/00/9, Award. (16 de septiembre de 2003). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/00/9>
- Helnan International Hotels A/S *vs.* Egypt, ICSID. Case No. ARB/05/19, Decision on Objections to Jurisdiction. Para. 77 (17 de octubre de 2006). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/19>
- Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. *vs.* Egypt, ICSID. Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction. Para. 91-92 (16 de junio de 2006). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/04/13>
- Joy Mining Machinery Ltd. *vs.* Egypt, ICSID. Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction. Para. 49-50 (6 de abril de 2014). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/11>
- Malaysian Historical Salvors SDN BHD *vs.* Malaysia, ICSID. Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction. Para. 55 (17 May 2007). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/10>
- Malaysian Historical Salvors SDN BHD *vs.* Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment. Para. 80 (16 de abril de 2009). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/10>
- Mr. Patrick Mitchell *vs.* Congo, ICSID. Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award. Para. 33 (9 de febrero de 2004). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/99/7>
- Phoenix Action, LTD *vs.* The Czech Republic, ICSID. Case No. ARB/06/5, Award. Para. 85-86 (15 April 2009). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/5>
- Saipem SpA *vs.* Bangladesh, ICSID. Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures. Para. 99 (21 de marzo de 2007). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/7>
- Salini Costruttori SpA. And Italstrade SpA *vs.* Kingdom of Morocco, ICSID. Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction. Para. 43-49 (23 de julio 2001). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/00/4>
- Siemens A.G. *vs.* Argentina, ICSID. Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction. Para. 81 (3 de agosto de 2004). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/8>

Víctor Pey Casado and President Allende Foundation vs. Chile, ICSID. Case No. ARB/98/2, Award. Para. 232-233 (8 de mayo de 2008). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/98/2>

Referencias bibliográficas. Otros documentos

Convenio CIADI, reglamento y reglas. Artículo 25 (1). Abril 2006. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_Spanish-final.pdf (1 de enero de 2018).

MOSES, MARGARET L, Reasoned Decisions in Arbitrator Challenges. III Yearbook on International Arbitration 199 (2013); Loyola University Chicago School of Law Research Paper No. 2012-011, Julio 2012, At. 1.

Notas

* Artículo de investigación.

1 Un desarrollo más extenso de este punto puede encontrarse en FRANCISCO J. LETURIA I., *La contribución al desarrollo del Estado receptor como requisito de la noción de inversión: la experiencia de los países latinoamericanos*, en *Derecho Internacional de las inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas*, 275 y ss. (Brill Nijhoff, Leiden, 2016).

2 Reporte de los Directores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el sobre el Convenio de Washington (1965), para. 27. *Biwater vs. Tanzania*, Award, para. 312.

3 Art. 25(1) del Convenio CIADI. Es necesario un consentimiento expreso de las partes (contrato, etc.). La sola ratificación del Convenio CIADI o su mención en tratados bilaterales o de cualquier otro tipo no se considera suficiente.

4 *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. vs. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, para. 68. En el mismo sentido, *Malaysian Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007, para. 55.

5 *Joy Mining Machinery Ltd. vs. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, April 6, 2004, pp. 49-50. El caso se refería a unas garantías bancarias vinculadas a la venta de maquinarias a una empresa estatal, que no habían sido liberadas y que el reclamante alegaba como un acto de expropiación y pérdida de legítima ganancia.

6 Una buena compilación de laudos pronunciados en el contexto de diferentes temas relativos al derecho de las inversiones – dentro de los que se encuentra la definición de inversión– puede revisarse en ATTILA TANZI AND FEDERICA CRISTANI, eds. *International Investment Law and Practice, An Introductory Casebook* (CEDAM, 2013).

7 *Fedax vs. Venezuela*, para. 28.

8 *Fedax vs. Venezuela*, para. 43, citando a CHRISTOPH SCHREUER, *Commentary on the ICSID Convention*, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 11, 372 (1996). La numeración no está en el fallo, ha sido realizada por el autor con fines didácticos.

9 El mismo autor señalaría que “esas características no deben necesariamente ser entendidas como requisitos jurisdiccionales sino simplemente como típicas características de las inversiones bajo el Convenio”. CHRISTOPH SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, 140 (Cambridge University Press, 2009), para. 122.

10 *Salini Costruttori SpA. And Italstrade SpA vs. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

11 EMMANUEL GAILLARD, *Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment*, *ICSID Practice, International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour Christoph Schreuer*, 404-406 (Oxford University Press, 2009).

12 BIT ITALY AND MOROCCO. Artículo 1. 18 de julio de 1990. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2102> (3 de enero de 2018). El art. 1 del tratado bilateral suscrito entre Italia y Marruecos (1990) establecía que el término inversión comprendía “todas las categorías de activos invertidos”, incluyendo a continuación un extenso listado meramente referencial.

13 Salini *vs.* Morocco, para. 52.

14 En el para. 52, la decisión cita a IBRAHIM F. I. SHIHATA & ANTONIO R. PARRA, *The Experience of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 14, 2, 308 (1999). A continuación, en el para. 54 se refiere a: DOMINIQUE CARREAU, THIÉBAULT FLORY & PATRICK JUILLARD, *Droit International Economique*, LGDJ, 558-578 (1990) y a CHRISTOPH SCHREUER, *Commentary on the ICSID Convention*, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 11, 318-493 (1996).

15 EMMANUEL GAILLARD, *Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, *International Investment Law for the 21 Century. Essays in Honour Christoph Schreuer*, 404 (Oxford University Press, 2009).

16 Saipem SpA *vs.* Bangladesh, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, para 99.

17 Pey Casado and President Allende Foundation *v.* Chile, ICSID. Case No. ARB/98/2 Award. Párrafo 70 (8 de mayo de 2008) o Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. *vs.* Egypt, ICSID. Case No. ARB/40/13. Decision on Jurisdiction. Párrafo 91 (16 de junio de 2006).

18 Pey Casado *vs.* Chile, Award (May 8, 2008), para. 232.

19 Pey Casado *vs.* Chile, Award (May 8, 2008), para. 233.

20 Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. *vs.* Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006. para. 91.

21 Helnan International Hotels A/S *vs.* Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Objections to Jurisdiction, 17 October 2006. para. 77.

22 Saipem SpA *vs.* Bangladesh, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, para. 99(21 de marzo de 2007).

23 Dentro de las decisiones arbitrales que se han mostrado partidarias de definir el concepto de inversión mediante la utilización de criterios objetivos luego de la aplicación total o parcial del test de Salini, destacan Patrick Mitchell *vs.* Congo (Mr. Patrick Mitchell *vs.* Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 9 February 2004; LESI-Dipenta *vs.* Algeria (*Consorzio Groupement LESI-Dipenta vs.* Algeria, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, 10 January 2005); Bayindir *vs.* Pakistán (*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS vs.* Pakistan, ICASID Case No. ARB 02/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005); Saipem *vs.* Bangladesh (*Saipem SpA vs. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007); y Pey Casado *vs.* Chile (*Victor Pey Casado and President Allende Foundation vs. Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008).

24 Respecto de aquellas que han descartado la pertinencia de aplicar el test de Salini, mostrándose mucho más flexibles en la calificación de la existencia de una inversión amparándose primordialmente en la voluntad de las partes se encuentran CSOB *vs.* Eslovaquia (*Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. vs. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999); *Generation Ukraine vs. Ucrania* (*Generation Ukraine, INC. vs. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003); *MCI vs. Ecuador* (*MCI Power Group, LC and New Turbine, Inc. vs. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July, 2007); *CMS Gas Transmission vs. Argentina* (*CMS Gas Transmission Company vs. Argentine*, ICSID Case ARB/01/8, Decision of the ad-hoc Committee on the Application for Annulment, 25 September 2007); y *Biwater vs. Tanzania* (*Gauff (Tanzania) Ltd. vs. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008).

25 Biwater *vs.* Tanzania, Award, para. 312.

26 Biwater *vs.* Tanzania, Award, para. 314.

27 Preámbulo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965).

28 Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S., *vs.* Slovakia, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, para. 64.

29 Patrick Mitchell *vs.* Congo, Decision on the Application for Annulment of the Award, para. 28.

30 Patrick Mitchell *vs.* Congo, Decision on the Application for Annulment of the Award, para. 28.

- 31 Pey Casado *vs.* Chile, Award (May 8, 2008), para. 232.
- 32 Mr. Patrick Mitchell *vs.* Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 November 2006, para. 33.
- 33 HEISKANEN VEIJO, *Of Capital Import: the Definition of "Investment"* in International Investment Law, (ANNE K. HOFFMANN, ed. Swiss Arbitration Association Special Series, 34, 71, 2010). HEISKANEN VEIJO, *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration* (ANNE K. HOFFMANN, ed. Swiss Arbitration Association Special Series, 34, 71, 2010).
- 34 BRIGITTE STERN, *The Contours of the Notion of Protected Investment*, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 24, 543 (2009).
- 35 *Phoenix Action, LTD vs. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009. El tribunal aumentó cuantitativamente los requisitos contenidos en el test de Salini, pues dispuso que para considerar que una inversión debía ser protegida por el Convenio CIADI, debía reunir no cuatro sino que seis elementos: 1) contribución en dinero u otros activos; 2) una cierta duración; 3) un elemento de riesgo; 4) una operación efectuada con la finalidad de desarrollar una actividad económica en el Estado receptor; 5) activos invertidos de acuerdo con las leyes del Estado receptor y 6) valores invertidos de buena fe (para. 114). Última cita corresponde a para. 85.
- 36 *Phoenix vs. Czech Republic*, Award, para. 86.
- 37 Consorzio Groupement LESI-Dipenta *vs.* Algeria, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, 10 January 2005. Part II (Questions of Law), section 2.2, para. 13 (iv).
- 38 Víctor Pey Casado and President Allende Foundation *vs.* Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008. para. 232.
- 39 Malaysian Historical Salvors SDN BHD *vs.* Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007. para.123 y 138.
- 40 Malaysian Historical Salvors SDN BHD *vs.* Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009, para. 80.
- 41 Preliminary Draft of ICSID Convention (15 October 1963), citado por JULIAN DAVIS MORTENSON, *The Meaning of "Investment"*, *ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, *Harvard International Law Journal*, 51, 1 298 (2010).
- 42 Mr. Patrick Mitchell *vs.* Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 November 2006, para. 33. Ambas citas
- 43 BIT ITALY AND MOROCCO. Artículo 1. 18 de julio de 1990. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2102> (3 de enero de 2018), para. 57.
- 44 Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. *vs.* Egypt, Decision on Jurisdiction, para. 92.
- 45 Helnan *vs.* Egypt, Decision on Objection to Jurisdiction, para. 77.
- 46 XIMENA FUENTES & JOHANNA KLEIN, *Proceso de anulación en casos relacionados a países latinoamericanos*, en *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas*, 229 y ss. (Brill Nijhoff, Leiden, 2016).
- 47 DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones*, en *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas* 244 y ss. (Brill Nijhoff, Leiden, 2016).
- 48 DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones*, en *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas*, 248-249 (Brill Nijhoff, Leiden, 2016).
- 49 DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones*, en *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas*, 251-252 (Brill Nijhoff, Leiden, 2016). Una de las consecuencias naturales de la incertidumbre en la interpretación y aplicación del derecho es el aumento de la litigación, cosa que en el Ciadi se ha visto reforzado por una tendencia general a la aceptación de las reclamaciones presentadas. Dado que el número de posibles árbitros

y mediadores es flexible y supera con creces las necesidades del sistema, y adicionalmente, que su disposición se vea favorecida por la remuneración por sus encargos, no se han provocado atascos.

50 PIA EBERHARDT, CECILIA OLIVE, TAYLER AMOS Y NICK BUXTON, *Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fueling an investing arbitrator boom* (Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, November 2012). Sobre esta materia, cabe relevar el hecho de que las causales para extender o restringir la competencia de un tribunal son materia que compete a los países signatarios, pues supone un ejercicio de soberanía. Cuando los árbitros designados amplían o limitan el acceso al CIADI, asumen una posición de colegisladores, o lo que es peor, en detentadores no autorizados de la soberanía de un país o de un grupo de países (muchas veces distinto al suyo), en un asunto importante. Evidentemente ningún diseño institucional ha buscado generar esta situación, que además implica que los árbitros se declaren a sí mismos competentes para conocer un asunto por el cual serán remunerados. Un caso que merece mayor conocimiento y análisis es “Panamerican con Bolivia”, registrado cuatro años después de que el convenio fuera denunciado, y pese a que el mismo señala un plazo de seis meses (arts. 71 y 72). Una mejor justificación de las resoluciones permitiría despejar este tipo de dudas y mejoraría la credibilidad del sistema.

51 Bolivia ingresó a la Secretaría del Ciadi la nota de denuncia el 2 de mayo de 2007. En el caso de Ecuador, misma notificación efectuó el 6 de julio de 2009. En ambos casos, estas comenzaron a regir seis meses luego de presentadas. Para una información más detallada, ver CARLOS BELLEI, *Arbitraje de Inversiones en América Latina: De la hostilidad a la búsqueda de nuevas alternativas, en Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y perspectivas*, 98 y ss. (Brill Nijhoff, Leiden, 2016).

52 *Biwater vs. Tanzania*, Award, para. 314.

53 *Biwater vs. Tanzania*, Award, para. 317.

54 JULIAN DAVIS MORTENSON, *The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, *Harvard International Law Journal*, 51, 1, 259 (2010).

55 MARGARET L. MOSES, *Reasoned Decisions in Arbitrator Challenges*, *ABA Section of Litigation, ABA Annual Meeting*, August 2-4 (2012).

56 No obstante, en algunos fallos se ha reconocido la gravedad de la misma (*OPIC Karimum Corporation vs. Venezuela*, 47 y ss.).

57 En *Burlington vs. Ecuador*, se rechazó por extemporánea la solicitud de recusación del árbitro designado reiteradamente por un estudio jurídico, pero luego debió ampararse, debido al mal trato dado a los abogados del Estado.

58 En *Siemens vs. Argentina* el panel arbitral afirmó que “la intención de las partes es clara...crear condiciones favorables para las inversiones y estimular la iniciativa privada”. *Siemens A.G. vs. Argentina*, ICSID, Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, para. 81.

59 En el contexto latinoamericano, los países más críticos han sido Ecuador, Bolivia, Venezuela, y Argentina.

60 NOAH RUBINS, *The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration*, in *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 298 (NORBERT HORN & STEFAN KRÖLL, eds., Kluwer Law International, 2004).

61 *Pey Casado vs. Chile*, Award (May 8, 2008), para. 232.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Para citar este artículo/To cite this article: Leturia-Infante, Francisco Javier, *Indeterminación normativa y criterios de interpretación en los paneles arbitrales del Ciadi. Un análisis de algunas de sus deficiencias procedimentales basado en la exigencia de “contribución al desarrollo del Estado receptor” como requisito para acceder a su jurisdicción*, 136 *Vniversitas*, 1-18 (2018). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.inci>