

Tendencias y cuestiones actuales del arbitraje de inversiones

Luis Alberto Erize

Ganadores y perdedores [\[arriba\]](#)

Es común empezar el análisis del panorama actual de los casos en el CIADI mediante la estadística, como si fuera un campeonato, de ganadores y perdedores, clasificados por categoría, en este caso, los Estados que son parte en esos arbitrajes.

Más allá de encontrarnos con una sorprendente paridad entre casos ganados y casos perdidos por los Estados Nacionales[1] (lo que puede tener por origen alguna improvisación en la preparación y planteo de los casos que no debieran haber sido planteados, o en todo caso debieron haber requerido un más cuidadoso análisis de los estrictos requerimientos para que el caso califique para ese tipo de aplicación del derecho internacional de los tratados), esa pasión por la estadística nada nos aclara sobre las referidas tendencias, pues se acumulan sin distinción casos que no guardan relación alguna entre sí.

Tampoco es elocuente la comparación entre montos reclamados y montos determinados por los tribunales arbitrales.

La estadística puede en cambio ser de más valor si se afina la categorización, se delimita la muestra a un Estado Nacional en forma individual, y en particular si se pueden categorizar los grupos de circunstancias a las que refiere una pluralidad de casos. No hace falta señalar que cuando un Estado acumula (por número de casos muy superior a cualquier otro país) reclamos arbitrales internacionales bajo las reglas del CIADI, y bajo reclamos en sede judicial extranjera por sometimiento a esa sede en las cláusulas pertinentes, ello ha respondido a conductas estatales que discreparon de forma significativa con las reglas aplicables en ambos casos.

La interpretación de la aplicación del derecho internacional de los tratados en el arbitraje de inversiones, un paso importante sobre el instituto de la protección de los nacionales en el exterior del derecho internacional público [\[arriba\]](#)

Pero el propósito de estas líneas no es hacer un análisis político ni exponer un método de sociología política, sino el de señalar lo que pueda resultar de una autoridad persuasiva[2] que deriva de una jurisprudencia constante (visto la inaplicabilidad de la doctrina del precedente).

Para ello corresponde seguir el razonamiento, la ratio de la decisión adoptada, pues esa reconstrucción del pensamiento de los árbitros es la que permite, por su calidad intelectual y su rigor jurídico entender el rumbo y las respuestas a las cuestiones (las aporías) que las partes piensan que resuelven el caso planteado. Es decir, cuáles acciones, y sus consecuencias, fueron sometidas a arbitraje, y su particular análisis desde el punto de vista del derecho internacional de los Tratados[3], que es una derivación y explicitación del derecho internacional surgido para facilitar una convivencia internacional, necesidad ahora reforzada por la globalización en todos los órdenes, y una interdependencia más acentuada.

Su naturaleza es materia de sofisticada interpretación, pues surge del derecho internacional público y de una superación de una representación vicaria[4] de las personas y entes privados, por los Estados de los que provienen. Y por tanto participa de esa noción de derecho público, en cuanto *imprescindiblemente* involucra a un Estado Nacional, sea por vía de acción o por omisión, en conductas que hacen a sus compromisos, asumidos en el plano internacional frente a otros Estados.

Y así, esta justicia arbitral no es una suerte de alternativa a una jurisdicción local, nacional, de un determinado país, provocada por la simple existencia de una determinada extranjería (que hubiera implicado una suerte de renuncia parcial a su soberanía).

Se trata de esferas, de contenidos (de derecho de fondo) diferentes, tanto así que el derecho local es un *hecho* analizado desde el punto de vista del derecho internacional de los Tratados, para en todo caso analizarlo como constituyendo parte de ciertos compromisos internacionales que generaron *las legítimas expectativas* de los inversores extranjeros en el país receptor de aquellas inversiones (entre las que se encuentra la confianza en los contratos y marcos jurídicos que los informan, y reglas que autorizan su actividad en el país receptor de la inversión, pero que no alcanza a la protección respecto de los riesgos propios de la actividad económica emprendida, el *business risk*).

Esa confianza en lo que vendrá, en un conjunto de reglas establecidas y su no afectación sustancial, inmotivada y de apropiación del esfuerzo del inversor, aprovechando que su actividad y lo ya logrado han echado raíces, y que por tanto puede convertirse en costo hundido sin recupero posible, asfixia generada por lo que se entiende por *regulatory taking*, cual expropiación rampante, progresiva. La protección de esa confianza[5] es la que establecen los tratados.

La justicia del Estado receptor como medio de protección de las garantías bajo los Tratados, o como instrumento de violación de aquéllas [\[arriba\]](#)

Esa protección no se altera aún en el caso en que se activen los remedios jurisdiccionales locales (tanto, que en algunos tratados bilaterales se requiere el acceso previo a la jurisdicción local[6]), puesto que la opción (*fork-in-the-road*) por tribunales locales no remueve esa protección, pues su violación puede producirse aún por acción de la justicia local (en la hipótesis de *denial of justice*), tema poco comentado, pero que en virtud de la supremacía suprallegal de los tratados formulada en la constitución, conmina a los jueces nacionales a aplicar los mismos con prevalencia sobre la legislación local.

La denegación de justicia es definida por la OCDE (en 28) en *Fair and Equitable Standard in International Investment Law (Working Papers in international investment, 2004/3, 2004)* de la siguiente manera:

El principio de "denegación de justicia" se ha considerado parte del derecho internacional consuetudinario y se utiliza en tres sentidos[7]. En el sentido más amplio, "parece abarcar todo el ámbito de la responsabilidad de los Estados y se ha aplicado a todo tipo de conductas ilícitas del Estado hacia los extranjeros". Incluye, por tanto, los actos u omisiones de las autoridades de cualquiera de los poderes del Estado, es decir, ejecutivo, legislativo o judicial[8]. En el sentido más estricto, se limita a la negativa de un Estado a conceder a un extranjero el acceso a sus tribunales o a la falta de pronunciamiento de un fallo por parte

de un tribunal. Incluye la denegación de justicia empleada en relación con la administración indebida de la justicia civil y penal con respecto a un extranjero, incluida la denegación de acceso a los tribunales, los procedimientos inadecuados y las decisiones injustas.

La denegación de justicia (cometida por el Poder Judicial) requiere, en principio, que se agoten los recursos internos... antes de que pueda surgir una demanda válida por denegación de justicia, pero no cuando no existe una posibilidad razonable de obtener un recurso efectivo o de que la búsqueda de recursos internos sea "obviamente inútil"[9] (*Arbitraje Inversionista-Estado*, Christopher Dugan, Don Wallace Jr, Noah D. Rubins, Borzu Sabahi, Oxford University Press, 2011, pág. 527), Capítulo XVII, "Trato justo y equitativo" y "Protección y seguridad plenas")

En todos los casos debe recordarse que es imperativo para la justicia local la aplicación y respeto del derecho sustantivo de los tratados bilaterales o de otra clase con primacía sobre el derecho local a niveles de leyes (art 75 inc 22, CN: *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*), lo que lleva a la justicia local a una profundización del derecho internacional de los Tratados, que incluye la debida consideración de los diferentes niveles del derecho aplicable, como bien lo destacó el fallo anulatorio en el caso Vivendi (laudo anulatorio que en adelante citamos como Vivendi II)[10].

La bilateralidad y el equilibrio de las partes en un arbitraje de inversiones. Defensas, reconvencción y sometimiento a jurisdicción de un fuero de extranjería [\[arriba\]](#)

Una de las modernas tendencias en el arbitraje internacional de inversiones es la de cuestionar a los Tratados Bilaterales mismos, con el argumento que los Estados asumen la calidad de demandados y sin posibilidad de ser reconvinientes. Ello sin embargo es de la estricta aplicación de la soberanía contemplada en las reglas de adjudicación de la jurisdicción, para toda reclamación que tenga un Estado Nacional contra un administrado, cualquiera sea su nacionalidad, fuere ello en el marco de determinaciones fiscales, por impuestos impagos, multas y penalidades, o por cuestiones derivadas de vicisitudes de contratos administrativos, salvo expresa renuncia a la jurisdicción local.

Como es sabido, la diferencia entre una reconvencción y una contestación a un reclamo se da solamente por una cuestión de monto, cuando las cuestiones planteadas tienen estricta relación entre sí: cuando una parte contesta a un reclamo tiene el derecho a defenderse no sólo para demostrar que el reclamo carece de fundamentos, sino también para oponerse al progreso del reclamo tal como formulado, para determinar su reducción -que puede ser sustancial- por la existencia de reclamos cruzados que deban ser considerados, en primer lugar, para controvertir la legitimación de fondo (el *standing to sue*) pero en segundo lugar para su cómputo con fines de compensación, en su caso, al tiempo de la determinación del daño, hasta el menor de los importes de los reclamos.

Basta que en su defensa el Estado oponga los fundamentos de la inexistencia de los requisitos, para el caso, necesarios para que el actor (inversor)[11] pueda invocar la protección bajo el Tratado aplicable, y los créditos que sostenga tener contra el actor, para operar en su caso una compensación en el marco de ese litigio bajo arbitraje.

En el ámbito del derecho internacional (de los Tratados) ello es más claro desde el punto de vista del proceso, atento al régimen de dúplicas y réplicas que permiten el debido traslado y

contestación. En definitiva, si la defensa presentada expresa la existencia de causas por las cuales el reclamo no debe prosperar, o que debe ser reducido considerablemente por existir un reclamo contra el inversor o contra el vehículo de la inversión, el Tribunal Arbitral lo tomará en consideración, como lo ha hecho en multiplicidad de casos, y, en especial, en la etapa de cuantificación del daño si el reclamo del inversor prospera (por otra parte, de considerar que existen importes que compensan parte del reclamo, ello generalmente estará expresado en el informe de expertos correspondiente, dada la absoluta necesidad de demostrar una aproximación equilibrada y profesional a las estimaciones de las magnitudes en juego, aún de aquellas en contra de la parte que requiere dicho informe de experto).

El derecho aplicable es el que resulta del Tratado específico suscrito con el país del inversor, que define los principios básicos de esa protección y promoción de la inversión pertinente, define el alcance de tales derechos, y no excluye los requisitos que dicha inversión e inversor deben cumplir: no hay un bill de indemnidad para aquellos, y por consecuencia la responsabilidad del Estado bajo análisis no precluye la revisión del cumplimiento por su contraparte de los compromisos y términos asumidos, lo que garantiza bilateralidad en el proceso, y en el análisis de la legalidad de la conducta de ambos contendientes.

La crítica al arbitraje internacional de inversiones formulada bajo la premisa de que la ausencia de la capacidad del Estado demandado, de reconvenir o contrademandar al inversor que demanda en ese foro, ignora que de ninguna forma la defensa del Estado está limitada a una postura *defensiva*, pues es factible invocar derechos y reclamos del Estado que determinen la falta de legitimidad para demandar del inversor, porque la conducta de aquél no le hace merecedor de la protección invocada, o que existen créditos o reclamos contra aquél que se oponen como compensación.

La cuestión viene de larga data, como que se encuentra ya en el Cap. 25, *The State, a perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some unorthodox Considerations*, por Mehmet Toral & Thomas Schultz, en *The Backlash against Investment Arbitration, perceptions and reality*, Ed. Wolters Kluwer, 2010. Después de reconocer que *el propósito principal, sino el exclusivo de los TBIs (BITS) es el de garantizar los derechos de los inversores*, y que, (a) más allá de las cuestiones procesales del alcance de la jurisdicción para tratar reclamos del Estado, que no resulta del acceso a la misma por el consentimiento del inversor a la oferta del Estado receptor de dicha inversión, (b) la cuestión de fondo es que *el acuerdo de arbitraje en cualquier caso sólo alcanzaría materias resultantes del tratado de Inversiones de que se trate que , clásicamente al menos, impone obligaciones y standards mínimos de tratamiento, sólo para las autoridades estatales a favor de los inversores*. Los autores derivan (p. 580) hacia la cuestión de los derechos humanos como categoría separada (a ser "*importada*" a las estipulaciones bajo el TBI de que se trate, p.581), lo que se trata más adelante en el presente. Sin embargo, no puede dejarse de apreciar que los autores mencionados citan (nota al pie 20, p. 583) a alguna equiparación de tales derechos humanos con una violación del *jus cogens*, figura del derecho internacional consuetudinario clásico, cuyo ejemplo más conocido es la piratería internacional y la esclavitud. No hay argumento alguno para esa comparación insustanciada, como reconocen al cabo esos autores. Luego entran en consideraciones sobre las ventajas o desventajas de una expropiación con indemnización plena frente a otras acciones estatales en beneficio de este último que exceden el marco de los tratados y se insertan más bien en aspiraciones políticas.

Demás está decir que ciertas manifestaciones políticas destinadas a justificar las acciones de un gobierno receptor de las inversiones para sostener la legitimidad de expropiaciones con

precio *negativo* por aplicación de presuntas acusaciones de conducta ilícita o incumplimientos del inversor no tuvieron andamio alguno, como se tiene a la vista en ejemplo reciente en la Argentina.

Pero si la jurisdicción arbitral está limitada a la aplicación de las garantías establecidas bajo el tratado de que se trate, ese universo de normas no contempla el sometimiento del Estado a la jurisdicción del Tribunal Arbitral para efectuar reclamos contra el inversor más que de una manera refleja, tendiente a determinar que la protección invocada por el inversor no resulta admisible debido, entre otros factores, a la conducta del inversor que sin embargo le era requerida como condicionante de las *legítimas expectativas* que sostiene vulneradas.

Sin embargo, la posibilidad de reconveniones o *counterclaims* se ha analizado en casos arbitrales y en la evaluación de una nueva generación de acuerdos internacionales que los permitan, lo que requeriría un replanteamiento de la jurisdicción arbitral no contemplado en los presentes tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, y expandir la noción de admisibilidad de tales reconveniones, pues el derecho aplicable bajo los tratados no contempla ninguna de ambas cuestiones. Los casos mencionados sin embargo no tienen ese alcance. En el caso *Burlington v. Ecuador*, y *Perenco v. Ecuador* se trata de una clásica compensación, hasta el menor de los montos, de la indemnización debida al inversor[12]. En el caso *Urbaser v. Argentina*[13], y *Al -Wasar v. Indonesia* y el antiguo *Goetz v Burundi*, se trata de la revisión de la conducta del inversor para determinar si es merecedor de la protección invocada.

En otros casos (*Rousallis v. Rumania*, 2011 -en el que el Prof. Riesman, en disidencia, consideró que una reconvenición podría ser admitida con argumento en que el consentimiento del inversor a la jurisdicción arbitral ofrecida, implicaba la jurisdicción ampliada de la Convención del CIADI, que se refiere genéricamente a una disputa entre partes, postura similar a la de *Saluka*[14] v *República Checa*-y *Rusoro v. Venezuela*, 2011, se destacó la esencia y el lenguaje empleado en los tratados bilaterales, que se limitan a juzgar la presunta violación de las garantías otorgadas al inversor (lo que naturalmente incluye el análisis de la *ausencia* de los derechos invocados), aunque las reglas de arbitraje elegidas - UNCITRAL/CNUDMI- no formulen esa distinción.(idem, *Oxus H. Gold v Uzbekistán*, 2015)

En nuevos tratados, tal el del *Trans-Pacific Partnership* (CPTPP, 2018) bajo su art 9(19)2, se establece explícitamente que la contraparte puede reconvenir en relación con la base fáctica y jurídica del reclamo, o basarse en un reclamo con el propósito de compensar el mismo contra el demandante. El acuerdo de mercado común de África del Sur y del Este (COMESA), su art 28 (9) refiere la posibilidad de reconvenición, sobre la base de que el inversor no haya cumplido con sus obligaciones bajo ese acuerdo, incluyendo las obligaciones de cumplir con las *medidas locales*, o no haber tomado todas las disposiciones razonables para mitigar cualesquiera daños potenciales.

Como se ve, se trata del cumplimiento de las condiciones u obligaciones asumidas por el inversor, aspectos que nunca están ausentes de la consideración por el tribunal arbitral bajo los tratados bilaterales de inversión para concluir si el inversor es merecedor de la protección invocada. Pero esta nueva generación de tratados parece introducir una nivelación de planos legales diferentes: si se aplica el derecho internacional (de los tratados), las *medidas locales* son hechos a ser juzgados conforme a los principios establecidos bajo ese derecho internacional, hasta el punto que dichas *medidas locales* pueden constituir por sí mismas una

violación de aquél, como se analiza en el presente un poco más adelante. De la misma forma, el deber de realizar los mejores esfuerzos para mitigar el daño sufrido es materia habitual del capítulo de daños, sin necesidad de la introducción de un artículo específico, cual novedad normativa, de aquello que ya es habitual en esta materia.

El tratado de la Argentina con la Unión de Emiratos Árabes, de 2018 y ahora sometido a ratificación por el congreso, también establece la posibilidad de reconvenir por disputas relacionadas con el reclamo inicial, lo que, nuevamente, lleva a preguntarse si ello debe ser juzgado exclusivamente por el derecho internacional, o si las normas locales son elevadas a ese nivel.

En cualquier caso, como se ve, se pretende que la jurisdicción arbitral se expanda ahora hasta alcanzar de una u otra forma todo el universo de las normas del país receptor de la inversión, lo que implica una sumisión del Estado a esa jurisdicción arbitral como exclusiva, con desplazamiento absoluto de la jurisdicción judicial local/nacional por la sola razón de la extranjería directa o indirecta del inversor, y el alcance de *res judicata* en el análisis (¿por método acumulativo?, ¿y en tal caso con qué prelación normativa -derecho administrativo local/ derecho internacional del Tratado?) y juzgamiento de la conducta de las partes.

En definitiva, como lo señaló el juez Stephen Schwebel (entre otras funciones en su prologada carrera, fue presidente de la Corte Internacional de Justicia, en la Haya), con quien tuve el gusto de trabajar junto a él en un caso de los mencionados en el presente artículo, replicó ya en el 2015 a estas críticas en su artículo *In defense of Bilateral Investment Treaties* (publicado en *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA -International Council for Commercial Arbitration- Congress*, Ed. Wolters Kluwer, 2015), luego de recorrer la historia de los TBI (BITs) y de la Convención de Washington 1965 (que creó el CIADI):

En lo que refiere a la crítica de que el proceso internacional de inversiones es asimétrico, que los inversores pueden deducir reclamos contra Estados , pero que los Estados no pueden someter reclamos contra los inversores, esto es generalmente así a pesar que los Estados pueden y han presentado reconveniones [counterclaims].(p.7)

Luego de destacar que los reglamentos CIADI/CNUDMI [*ICSID/ UNCITRAL*] así lo admiten, agrega:

El Estado tiene tantas maneras por las cuales ejercer presión sobre el inversor extranjero [que] la capacidad del inversor de iniciar un arbitraje sólo mitiga ese desbalance.

Concluye que *la igualdad de armas* [el equilibrio del contradictorio] se encuentra preservada en el arbitraje entre inversor y Estado, siendo que *el propósito mismo de los tratados es de restringir la libertad de los Estados*, los que suscribieron esos compromisos internacionales en pleno ejercicio *de sus atributos de la soberanía Estatal*, lo que derivó en una práctica consistente en los laudos internacionales, cuyas divergencias eventuales resultan de una diferente interpretación de los hechos antes que sobre los principios legales de cada Tratado. La multiplicidad de los TBIs (en la época, por lo menos 3000 por más de 180 países) no podrían ser puestos en cuestión por académicos y grupos de interés que parecieran *revelar al mundo el error de los caminos emprendidos* por aquellos.

La jurisdicción internacional y la jurisdicción regional, la regla de la supremacía jerárquica entre tratados [\[arriba\]](#)

La segunda cuestión que ha sido materia de complejas discusiones tiene que ver con la naturaleza de los estatutos internacionales que, se sostiene, pueden entrar en conflicto por las discrepancias eventuales entre aquellos. En el caso de la Unión Europea, por presuntos conflictos entre el *Energy Charter Treaty* [15] (un tratado multilateral de energía) y la legislación de esa Unión Europea, en particular considerando los importantes conflictos en materia de energías renovable y su status privilegiado (que en España no se estaba en condiciones de mantener [16]), y la secuela de laudos bajo la ECT, desobedecidos en Europa, pero ejecutables en los países fuera de la Unión Europea.

En *República Eslovaca v. Achmea BV* (C-284/16) se concluyó que los diferendos entre partes pertenecientes a la Unión Europea no podrían ser planteados y sometidos a la jurisdicción bajo tratados bilaterales suscriptos por tales Estados integrantes de la Unión Europea por lo que ello pudiera significar como violación al derecho de la Unión Europea en punto a jurisdicción aplicable (ver *Enforcement of energy arbitration awards*, julio 13, 2023, Norton Rose Fulbright, por Ewelina Kajkowska, en International Law Office, Lexology) A esa sentencia le sucedió la declaración de la Comisión Europea: *Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection* [17]; seguida en *GPF GP Sàrl v. Republic of Poland*, SCC No. V2014/168, Laudo final, del 29 de Abril 2020 (GPF), Parr: 349 (ver *The Investment Treaty Arbitration Review: Treaty Interpretation in Investment Treaty Arbitration*, Tom Sprange KC, Simon Maynard and Julian Ranetunge, King & Spalding LLP, 21 de julio 2023)

En *Does Achmea apply to the Energy Charter Treaty? Belgium asks the CJEU*”, Volterra Fietta Client Alert, diciembre 14, 2020, se comenta el caso *Achmea*, destacando la fragmentación y conflictos que genera el caso y su zaga, de un Tratado de Terminación de la vigencia de Tratados Bilaterales de promoción y protección de inversiones entre países de la Unión Europea para diferendos por inversores de esos países dentro de la Unión Europea.

La introducción de una fuente de derecho por encima de la proveniente de los Tratados de inversiones [\[arriba\]](#)

Una tercera cuestión resulta de la intención de expandir la aplicación del derecho internacional aplicable al arbitraje de inversiones, para considerar ampliado el derecho de los tratados con la incorporación de ciertos principios formulados bajo la Carta de la Unión Europea (CEDH) sobre derechos humanos (los arts 6 (1), de derecho justo, del art.14 (1) de prohibición de la discriminación, del art.1 del Protocolo 12 de aquella Carta, de igualdad de la protección ante la ley. Esto se ha visto en una serie de casos en terceras jurisdicciones (Reino Unido, *Gold Pool v Kazakhstan*, en Francia, *Agarwall v. Uruguay*, y en Suiza, *Clorox v. Venezuela*).

En general, se procura con esta extensión efectuar una modulación (atenuación) de las protecciones establecidas bajo los Tratados Internacionales de Promoción y Protección de las Inversiones, apelando a una necesidad de interferir regulatoriamente por parte de los Estados, de manera *proporcionada a una finalidad que se juzga adecuada*, estableciendo un *balance justo entre los intereses en conflicto* (con aquellos intereses públicos materia de

la CEDH, procurando revisar una suerte de proporcionalidad entre la medida adoptada y la afectación de los del inversor[18]

Como señalan Gary Born, Danielle Morris y Stephanie Forrest en “*A Margin of Appreciation*”: *Appreciating Its Irrelevance in International Law*, en *Harvard International Law Journal*, Volumen 61, Num. 1, Invierno 2020, *En los últimos años, algunos Estados han invocado un margen de apreciación en [sus] esfuerzos para limitar el escrutinio de las medidas gubernamentales o la jurisdicción de los Tribunales de Inversiones. 125[19] En apoyo de ello, en ocasiones se ha invocado jurisprudencia del CEDH en apoyo de tales esfuerzos. 126[20] Sin embargo, en casi todos estos casos, el concepto de margen de apreciación - como una forma ampliamente aplicable de deferencia a la toma de decisiones gubernamentales o la presunción de su propiedad por el Estado de tales medidas, independientemente de la justificación en el texto de la inversión aplicable tratado u otras normas de derecho internacional- ha sido rechazada por Tribunales de Inversión.*

En el caso *RosInvestCo UK Ltd v. The Russian Federation*, laudo sobre jurisdicción, parr 39 se indica que la referencia a la Convención de Viena de interpretación de los Tratados (generalmente invocada para introducir este *margen de apreciación*), no permite modificar los standards de apreciación de los principios liminares del tratado de inversiones con esa invocación:

En lo que respecta al artículo 31, apartado 3, letra c), la situación puede ser diferente. En este caso, la referencia se refiere a "cualesquiera normas pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes". "Aplicable en las relaciones entre las partes" debe entenderse como una referencia a las normas de derecho internacional que condicionan el cumplimiento de los derechos y obligaciones específicos estipulados en el tratado, o de lo contrario equivaldría a una licencia general para anular los términos del tratado que sería totalmente incompatible con el espíritu general de la Convención de Viena en su conjunto. Los casos citados por el reclamante se refieren casi en su totalidad a tratados de derechos humanos y a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales[21].

Incluso en la apreciación desde la jurisdicción de las cortes en derechos humanos, la cuestión del *margen de apreciación* se encuentra limitada por la proporcionalidad de las medidas, que exigen el resguardo de los derechos individuales, y por tanto de las protecciones de derecho internacional de los Tratados.[22]

En *El derecho internacional y la interpretación de la constitución*, Alfredo M. Vítolo aborda igualmente la cuestión del *margen de apreciación*, pero resguardando la protección de los derechos adquiridos y la libertad[23]

La naturaleza y alcances del derecho internacional de los tratados respecto del derecho nacional a nivel de las leyes del país receptor de la inversión [arriba]

Como se ve, la materia de la jurisdicción y de la admisibilidad de un reclamo bajo arbitraje de inversiones requiere de una revisión de la estructura y la naturaleza del mismo, para distinguir los diferentes planos de análisis y de derecho aplicables, lo que se considera a continuación[24].

El primer y fundamental enfoque del arbitraje en virtud de tratados de inversión es el alcance y la naturaleza del derecho que se aplica en él. Para ello hay que distinguir los distintos niveles y consideraciones de la ley:

- a. Las disposiciones pertinentes de los tratados bilaterales
- b. Derecho internacional de los tratados, incluido el convenio del CIADI
- c. Derecho Internacional Consuetudinario, como instrumento de interpretación de lo anterior
- d. Derecho interno
- e. Disposiciones contractuales
- f. Reglamentos y otras decisiones gubernamentales

No se podrá extraer ninguna conclusión a menos que se complete la comprensión y la interacción entre dichos niveles

El laudo de anulación Vivendi II es la interpretación más elocuente de tal interacción:

- a) Lo que constituye una violación de un tratado, y su consideración[25] de una violación de un contrato[26], basada en el supuesto de que la ley y el contrato internos son hechos que deben analizarse para determinar si se[27] están contradiciendo las expectativas legítimas otorgadas u ofrecidas al inversionista, y constituyen la violación de una disposición del derecho internacional de los tratados, identificable como un principio específico incorporado en el TBI[28]
- b) Qué constituye el acceso a la justicia con arreglo a las disposiciones de derecho procesal y sustantivo del tratado pertinente[29]
- c) La responsabilidad del país por los actos de sus órganos de acuerdo con el derecho internacional[30], independientemente de las diferencias de tratamiento con las legislaciones locales.

La definición y el texto de cada una de las disposiciones pertinentes del tratado es la fuente primaria, y el derecho aplicado en el arbitraje CIADI/TBI, en cuestiones tales como:

- a. La naturaleza de la protección del inversor y de la inversión [31](para remediar disputas[32]), definiendo tanto (i) qué entidades deben considerarse como inversionistas - directas/indirectas-[33] y (ii) qué intereses e inversiones particulares están protegidos, [34]considerando el campo, la permanencia, la asunción de riesgos, la deuda dedicada, las comisiones, etc.
- b. La nacionalidad según la disposición del TBI

c. El consentimiento al arbitraje por parte del inversionista a la irrevocable (¿condicionada?[35]) del país anfitrión que es Parte en el TBI

d. El alcance de la protección:

i. Cláusula de la nación más favorecida y elección del TBI que se aplicará para definir los siguientes puntos.

ii. Trato justo y equitativo (F&ET).

iii. Íntegra protección *-full protection-* de las inversiones y cláusulas paraguas[36].

iv. No menos favorable que el trato de los inversionistas nacionales, como piso

v. Expropiación y expropiación progresiva[37]

Excusa de responsabilidad por conducta gubernamental ilícita[38], o no preclusión (TBI de EE.UU[39].) de medidas que de otro modo infringirían la primera (emergencia nacional, estado de necesidad, [40]bajo la protección pertinente del TBI, con un tratamiento diferente al conferido por el derecho internacional consuetudinario, arts. 23/25/27, CDI[41]; siendo discutido si puede ser juzgada como tal por el propio Estado, o no)

vii. Cálculo y metodología de daños[42] (DCF, escenarios contrafácticos -qué pasaría si...], inversiones realizadas y hundidas, riesgo país, cálculo de factores de B de la industria, *consideración para evitar la doble compensación*[43])

viii. Acceso a la jurisdicción internacional (carta de activación *-trigger letter-*[44], período de suspensión, disposiciones de bifurcación del proceso, [45]oportunidad de utilizar la NMF para evitar el requisito de reclamaciones locales previas[46] durante un período determinado, demora irrazonable para la presentación (plazo de prescripción),[47] anulación[48] de laudos del CIADI en virtud de su mecanismo autónomo[49], y ejecución/liquidación de laudos[50])

Una violación de un tratado es diferente de una violación de un contrato[51]. La conducta del Estado o de cualquiera de sus instrumentos debe estar más allá o fuera de las cuatro esquinas del contrato para que se reputa como violación bajo los Tratados. Es decir, la mala fe y la arbitrariedad del Estado deben exceder el mero incumplimiento de contrato (CMS vs. Argentina, 12 de mayo de 2005, párr. 299; ELSI (Electrónica Sicula Spa - Elsi, US v. Italia, 1989, ICJ Rep. 15, 42 establece la distinción entre derecho internacional y derecho local, refiriéndose al artículo 3 de los Artículos de Responsabilidad Internacional de los Estados; para considerar dicha responsabilidad internacional, el laudo de anulación Vivendi II que aquí se menciona).

En cuanto a la determinación del trato justo y equitativo, En '*Discriminación y medidas gubernamentales arbitrarias según el derecho internacional: los casos argentinos*' de Luis Erize (*Arbitraje en Argentina*, editado por Fabricio Fortese, Wolters Kluwer, 2020, capítulo 23, páginas 509/536), hice un repaso de los muchos casos en los que tales aspectos han salido

a la luz en el arbitraje internacional, y cómo fueron manejados y juzgados por los tribunales de arbitraje internacional.

En el complejo mundo del arbitraje de inversiones, las tendencias, los principios y los hechos comunes muestran gradualmente su nexo común, distinguiendo los meros incumplimientos contractuales de los incumplimientos internacionales y la caracterización esencial de estos últimos, que crean una confianza por parte de los inversores extranjeros en dichos compromisos internacionales asumidos por los países, mediante los cuales las inversiones sustanciales responden a las expectativas legítimas generadas.

La equidad en el arbitraje internacional de inversiones ha sido invocada en muchos casos^[52].

El laudo de anulación Vivendi II, Ya citado, (60, 95/7,101, 103,105, nota 64) es la interpretación principal de la interacción entre el contrato y el derecho internacional, para definir:

En *Azurix v. Argentina, Decisión sobre Jurisdicción*, § 76/79, para constituir una violación del derecho internacional de las inversiones, la conducta del Estado o de cualquiera de sus instrumentalidades debe estar más allá o fuera de las cuatro esquinas del contrato (*CMS v Argentina, 12 de mayo de 2005, párr. 299*; *ELSI (Electrónica Sicula Spa - Elsi, US v. Italia, 1989, CIJ Rep. 15, 42*^[53] establece la distinción entre derecho internacional y derecho local, refiriéndose al artículo 3 de los Artículos de Responsabilidad Internacional de los Estados, CDI); para considerar dicha responsabilidad internacional, el *laudo de anulación* ^[54]Vivendi II antes mencionado).

Se incurre en una violación si hay una frustración desmesurada de las expectativas razonables (Thomas Franck, *Fairness in international law and institutions*, Clarendon Press, Oxford, p.473). El concepto de confianza legítima se deriva de la consideración de los motivos, hechos y circunstancias para realizar la inversión en su momento, y la aplicación de los principios derivados del derecho internacional de los tratados se basa en los mismos para definir si el Estado receptor ha incurrido en una violación de trato justo y equitativo, expropiación o medidas equivalentes a la expropiación. Es necesario un análisis previo, en el conjunto de disposiciones de derecho interno, para considerar el conjunto de expectativas legítimas bajo las cuales se realizó la inversión (contratos gubernamentales, concesiones, permisos, tributación, etc.), que sin embargo no permiten una cristalización del derecho interno aplicable.

El concepto se relaciona no sólo con el estándar de trato justo y equitativo, sino más ampliamente con el concepto de *Equidad en el Derecho Internacional*^[55]. S. Vasciannie, en *The Fair and equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, (1999) 70 *British Year Book of International LAW*, 133, citado por Dolzer y Schreuer, op.cit., pág. 175. Nota 350, concluye que cualquier acción arbitraria también violará el estándar de trato justo y equitativo.

Thomas M. Franck, en "Fairness in International Law and Institutions" (Clarendon Press, Oxford, 1995, ed.1997, pág. 449) sostiene que "Estos acuerdos [los TBI], al hacer que las inversiones transnacionales sean objeto de normas mínimas internacionales y procesos de solución de controversias, promueven un equilibrio razonado y de principios entre las pretensiones dispares de cambio político y estabilidad económica, al tiempo que se esfuerzan

por aplicar tanto elementos de equidad como condiciones propicias para el capital de riesgo inversión. Este autor concluye: "La equidad, en el derecho relativo a las inversiones extranjeras, es importante no sólo porque es un requisito moral, sino porque en su ausencia se seca una fuente importante de desarrollo del mundo, magnificando y perpetuando la injusticia de las desigualdades existentes entre ricos y pobres. Por lo tanto, un doble imperativo impulsa la búsqueda de un consenso de equidad. Si bien existe un número infinito de soluciones potencialmente "justas" para disputas concretas^[56], solo hay una gama limitada de conductas por parte de los gobiernos hacia los inversores extranjeros que están clara y específicamente prohibidas. Tales prohibiciones se agrupan en torno al concepto de "frustración desmesurada de expectativas razonables" (p. 472)^[57]

En el *laudo Azurix c. Argentina*, se volvió a examinar la naturaleza de las medidas arbitrarias:

§392 En su sentido corriente, "arbitrario" significa "derivado de la mera opinión", "caprichoso", "desenfrenado", "despótico". El Black's Law Dictionary define el término, entre otras cosas, como "hecho caprichosamente o a placer", "no hecho o actuando de acuerdo con la razón o el juicio", "dependiendo de la voluntad solamente". Pope y Talbot no definieron lo arbitrario tal como está hoy. Se limitó a comentar el hecho de que la propia Corte Internacional de Justicia había pasado de la norma propugnada por el Canadá basada en la sentencia Neer a una norma menos exigente. Genin no parece darse cuenta del cambio que se ha producido cuando añade la exigencia de la mala fe. El Tribunal concluye que la definición en ELSI se acerca al sentido corriente de arbitrario, ya que enfatiza el elemento de desprecio deliberado de la ley.

En *El Paso contra Argentina*^[58] se hizo hincapié en la misma asimilación:

Artículo 230. La distinción también parece a menudo difícil entre el trato arbitrario o discriminatorio y la violación del TJE. Por supuesto, hay que subrayar que no es controvertido que un trato arbitrario o discriminatorio sea necesariamente también una violación del TJE, como se menciona, por ejemplo, en CMS:

«El nivel de protección contra la arbitrariedad y la discriminación está relacionado con el de la igualdad de trato. Cualquier medida que pueda implicar arbitrariedad o discriminación es en sí misma contraria a un trato justo y equitativo»

Como se citó anteriormente por *Dolzer y Schreuer* (Principles of International Investment Law (Oxford University Press, 2008, 7. Medidas arbitrarias o discriminatorias) p. 173, en el *laudo Elsi*, la Corte Internacional de Justicia tuvo que aplicar el criterio («no será objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias») y concluyó: «La arbitrariedad no es tanto algo que se opone a un estado de derecho, como algo que se opone al estado de derecho... Es un desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que escandaliza, o al menos sorprende, un sentido de propiedad judicial.

Los autores (p. 174) examinan el criterio de interpretación de Neer, recordando que en Pope y Talbot (Pope & Talbot v, Canada, Award of Damages, 31 de mayo de 2002, 41 ILM 1347 (2002), párr. 64, citando también *Azurix corp v. Tbe República Argentina*, Laudo, 14 de julio de 2006, párr. 392), quienes se habían referido al adjetivo "escandaloso", Para concluir, la norma se ha convertido en un sentimiento de estar "sorprendido" por lo que ha hecho el gobierno. Estamos de acuerdo y subrayamos la similitud con el **concepto de expectativas**

legítimas, vinculando así estos conceptos en un solo principio, que sin esfuerzo conduce al concepto de equidad.

La cuestión de la equidad también está presente en el momento en que se prevé la indemnización y también es pertinente para determinar la cuantía de la indemnización. Como expresan algunos autores, si bien debe haber una compensación completa en ambos sentidos, la cantidad debe incluir un plus de retribución si el comportamiento culpable está en la fuente.

Pueden considerarse las diferencias en la indemnización entre la expropiación justa y la apropiación injusta (expropiación o privación de derechos basada en distinciones irrazonables, o en una política general con arreglo a directrices razonables, como parece abordarse en la Reformulación de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de 1987, que "señala que la discriminación implica sólo 'distinciones irrazonables' y que las clasificaciones 'pueden no ser irrazonables' si se relacionan con las políticas económicas o de seguridad del Estado (Reafirmación de ALI (Tercero) sec. 712, comentario (c), citado por Franck, "Fairness...", p. 471)-

Misma publicación y autor (Franck, p. 462):

"Algunos tribunales tienden a opinar que la indemnización debe ser más alta por una apropiación ilícita que por una apropiación lícita. De acuerdo con el laudo de 1987 en el caso *Amoco Finance* dictado por la Sala Tres del Tribunal de Reclamaciones de los Estados Unidos e Irán (Virally, Presidente), la diferencia radica en que si la toma es lícita, el valor de la empresa en el momento de la desposesión es la medida y el límite de la indemnización, mientras que si es ilegal, este valor es, o puede ser, sólo una parte de la reparación que ha de hacerse (*Amoco International Finance v. Iran*, Laudo parcial N8 310-56-3, 15 Iran-US CI Trib. Rep. 189, párr. 197 (1987))".

Jérôme Ortscheidt, en "*La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*", Dalloz, París, p. 84, afirma:

Para algunos, el alcance ratione materiae del principio de la plena indemnización por daños y perjuicios se limita, en la jurisprudencia arbitral internacional, a las medidas de expropiación ilícita. Por otro lado, cuando la medida es legal, sólo se puede remediar el damnum emergens. En este sentido, el Sr. Ignaz Seidl-Hohenveldern indica que "los daños y perjuicios por actos ilícitos pueden ser superiores a las cantidades concedidas en compensación por el ejercicio de un derecho, en particular con respecto a las consecuencias indirectas del acto" (I. Seidl-Hohenveldern, "The assessment of damages in transnational arbitrations", supra. Nota 144, sp. P.12. Para este autor, "la adopción de la regla de que la indemnización debe ser adecuada no excluye la posibilidad de que en algunos casos pueda ser adecuada una indemnización inferior a la plena", op. cit. Cit. Sp. P.12 y 31). El Sr. Emmanuel Gaillard comparte este punto de vista y justifica esta distinción sobre la base de que "puede parecer injusto e inapropiado tratar de la misma manera una expropiación ilegal y una expropiación de conformidad con las exigencias del derecho internacional" (E. Gaillard, JDI, pág. 187; véase E. Gaillard, JDI, 1987, pág. 163; en el mismo sentido, en particular: Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, N° 1492, pág. 845; S. Khalil Khalilian, "el lugar del flujo

de caja descontado en las transacciones comerciales internacionales; laudos del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos", esp. Págs. 38 y 42, págs. 38, 42 y 50.

D. J. Harris, en *Cases and Materials on International Law*, quinta edición, Sweet & Maxwell, 1998, pág. 561, se refiere al mismo principio de *Amoco*: "192... el primer principio establecido por la Corte es que debe hacerse una clara distinción entre expropiaciones lícitas e ilegales, ya que las normas aplicables a la indemnización que debe pagar el Estado expropiador difieren según la calificación jurídica de la expropiación". A continuación se presenta un extenso comentario sobre este caso, expresando que los *Tratados bilaterales de Protección de Inversiones* han establecido los estándares para la construcción de una "compensación adecuada", de acuerdo con la Fórmula Hull (p. 572), y terminando con una referencia al concepto de reparación por una expropiación ilegal, dejando abierta la cuestión de si se deben otorgar daños punitivos en tal caso, citando a Gray, "Judicial Remedies in international Law" (1987), págs. 26-28.68, sobre daños punitivos.

La distinción también aparece en múltiples ocasiones, como lo confirma la consulta de los artículos respaldados por la CDI sobre la responsabilidad del Estado, que identifica la indemnización con la obligación o el pago de daños e intereses de acuerdo con la entidad de la violación (art. 42, párr. 1, segunda lectura, publicado en *Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des Etats*" bajo la dirección de Pierre Marie Dupuy, París, Ed. Pedone, 2003, p.267, esp.p. 273). En la misma publicación, Christian J. Tams ("les obligations de l'Etat responsable: le lien manquant?", pág. 85) afirma que fue el apartado c) del párrafo 2 del artículo 45 del proyecto de 1996 el que introdujo el concepto: "*El apartado c) del párrafo 2 del artículo 45 dispone que 'en caso de injerencia grave en los derechos del Estado lesionado', la indemnización podrá consistir en una indemnización proporcional a la gravedad de la infracción.*" *Se ha debatido si esto constituye una aceptación plena del principio de la indemnización punitiva (véase el comentario al antiguo párrafo 8 del artículo 52*, Anuario de la Comisión, 1996, ii/2, pág. 72), pero esta disposición se ha interpretado en su forma actual.*"

El mismo autor, si bien expresa que los daños punitivos no parecen ser la norma de derecho internacional actualmente aceptada, sin embargo, refiere que la restitución, como caso de responsabilidad agravada, establece, de conformidad con el apartado a) del artículo 52 de la versión de 1996 de los artículos de la CDI, que: "*El Estado responsable no puede eludir la obligación de restituir, aun cuando esa obligación le imponga una carga desproporcionada*" (esta conclusión parece limitada a partir de la nueva redacción del artículo 35, según el texto aprobado por la Resolución de la ONU, que restringe el derecho de restitución si el gravamen es "desproporcionado" con el beneficio)

El párrafo 2 del artículo 42 se refiere a la determinación de la culpa del Estado responsable, y el apartado c) del párrafo 2 del artículo 45 restablece el mismo concepto de calibración de la indemnización correspondiente a "daños y perjuicios proporcionales a la gravedad de la infracción" (primera lectura, 1996).

Crawford, en *les Articles de al CDI sur la responsabilité de l'Etat, introduction, texte et commentaires*, París, Ed. Pedone, 2003, comentando el texto aprobado (art. 31) por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 56/83, sobre la Responsabilidad del Estado por un hecho ilícito, expresa (p. 241/2), tras citar a *Chorzów*, que el Tribunal de Justicia: "prevea el aspecto de la reparación evocada por el término "indemnización" por un

acto ilícito, es decir, la restitución en especie y, además, la indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito", subrayando el requisito de que la indemnización sea "plena" ("intégrele").

En la nota 582, p.269, Crawford retoma la trilogía *Chorzów*, *LIAMCO* y *Amoco International Finance* y la distinción resultante entre apropiación legal e ilegal, con la excepción de *Phillips Petroleum vs. Irian*, que no avala tal distinción para reflejarla en la compensación, adoptando en su lugar como pauta el valor justo de mercado-*fair market value*- (ibidem. *American International Group y StarretHousing Corp.*).

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo respaldó una metodología similar a las analogías del derecho privado como medio de aclarar el trato justo y equitativo: "[E]s posible identificar ciertas formas de comportamiento que parecen ser contrarias a la justicia y la equidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y extrapolar de ello el tipo de acción del Estado que puede ser incompatible con el trato justo y equitativo, utilizando el enfoque del significado claro". En consecuencia, los actos fraudulentos, la discriminación caprichosa contra los inversores extranjeros y el enriquecimiento injusto del Estado podrían violar la norma^[59]

La equidad también se aplica a la conducta en el proceso de arbitraje en sí^[60].

En *Reconvenciones en el Arbitraje de Inversiones: Reflexiones sobre la Reforma del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI*, por Anna De Luca (Macchi di Cellere Gangemi) y Crina Baltag (Editora) (Universidad de Estocolmo)/5 de noviembre de 2021: *el derecho a la reconvención es un elemento fundamental del derecho del demandado a presentar su caso en igualdad de condiciones con el demandante original, como principio general del derecho, y se basa en razones de equidad. Como también se ha señalado en la jurisprudencia internacional, aun cuando el derecho a presentar reconvenciones no esté expresamente previsto o regulado, los tribunales arbitrales internacionales "tienen la facultad inherente de conocer de reconvenciones", dando así a cada parte plena oportunidad de ser oída^[61]. Por otra parte, las reconvenciones, además de garantizar la igualdad de las partes en la tramitación de su propio caso ante el tribunal, promueven la economía procesal y la coherencia en la toma de decisiones, contribuyendo a una mejor administración de justicia, pero "deben estar necesariamente relacionadas con los fines así perseguidos y estar sujetas a condiciones destinadas a evitar abusos"^[62].2).2).*

Sin embargo, la posibilidad de ampliar el arbitraje de inversiones para manejar también las contrademandas de los soberanos plantea una serie de problemas, el menor de los cuales es el alcance de la jurisdicción del tribunal bajo los principios antes mencionados. No hay duda de que los Soberanos pueden oponerse a las defensas basadas en reclamaciones opuestas en virtud del conjunto de regulaciones y disposiciones contractuales incumplidas por los inversores, los demandantes en virtud de dicho proceso de arbitraje, ya que tales incumplimientos exceden la protección de *las expectativas legítimas*, y las protecciones de los TBI no cubren ni excusan tales incumplimientos, Como consecuencia, las compensaciones son admisibles, para reducir o anular las pretensiones de los inversores.

Pero en la medida en que los Soberanos consideren que sus respuestas a las reclamaciones de los inversores equivalgan a una reconvención que exceda dicha compensación o a la falta de legitimación del inversor, los Tribunales no podrán decidir sobre la base de las disposiciones

de los TBI que consideran el cumplimiento del Estado, exclusivamente, como la única excepción al derecho internacional consuetudinario que excluye la consideración de las partes privadas como sujetos admitidos en virtud del derecho de los tratados de inversión. Esta legitimación bajo el derecho internacional consuetudinario sólo se concedía mediante la protección de los nacionales en países extranjeros por parte de los Estados de los que dichas partes son nacionales.

Las nuevas reglas del CIADI [\[arriba\]](#)

Las Reglas y Regulaciones del CIADI fueron modificadas, y entraron en vigencia en 2022, existiendo al presente 50 casos bajo esa nueva versión, la mitad correspondiente a sectores del gas y petróleo, energía y construcción (infraestructura). La mitad de los nuevos casos invoca la protección de tratados bilaterales de inversión. No es del caso analizar aquí las modificaciones introducidas con vistas a la eficacia y manejo del procedimiento, transparencia y equilibrio de las partes.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Tengo a la mano en el artículo sobre la defensa de arbitraje de inversiones In defense of Bilateral Investment Treaties (publicado en Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA - International Council for Commercial Arbitration- Congress, Ed. Wolters Kluwer, 2015), el Juez Stephen Schwebel recordaba que la reveladora investigación de la profesora Susan Franck concluye que de 144 casos públicamente conocidos, a enero de 2012, en los que árbitros resolvieron un diferendo originado en un tratado, los Estados ganaron 87 casos, no otorgándose indemnización alguna de daños al inversor, y los inversores ganaron 57. Las estadísticas (2013-2, gráfico 7^a, p.28 y 14)ICSID (CIADI) muestran que de todas las disputas decididas en el 2013, la jurisdicción fue declinada en un 31 %, que laudos rechazando íntegramente los reclamos fueron el 32 %, y que aquellos que admitieron los reclamos de inversores en todo o en parte fueron el 37 %. Estos porcentajes no sugieren favoritismo alguno hacia los inversores.

[2] Las decisiones individuales de los tribunales tienen fuerza persuasiva y compelen a la atención respetuosa de los tribunales confrontados con casos similares (Christopher Schreuer y Mathew Weiniger, Cap 30, ¿Una doctrina del precedente?, en The Oxford Handbook of International Investment law, editado por Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer, Oxford University Press, 2008, p.1196. De modo que, remedando la construcción del derecho internacional público consuetudinario, de una secuencia histórica continuada, no se llega de todos modos a adoptar la doctrina del precedente, del stare decisis, propia del common law, y se acerca más a la concepción de la jurisprudence constante francesa. Jan Paulsson desmiente esa diferencia, sin embargo: Carece de sentido resistir la observación de que los precedentes generan normas de derecho internacional. Es un hecho de la vida frente a cortes y tribunales internacionales (citado por CM. Amirfar en Arbitraje de Tratados: un terreno equilibrado? en Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA -International Council for Commercial Arbitration- Congress Series N° 18, Ed. Wolters Kluwer, 2015, p.765)

Ver, también, The Investment Treaty Arbitration Review: The Role of Precedents in

Investment Treaty Arbitration, por David MacArthur, Aoi Inoue, Masahiro Yano and Morgane Guyonnet, Anderson M?ri & Tomotsune, 21 de Julio 2023

[3] Del Tratado o tratados directamente aplicables, y no de aquél derecho internacional de naturaleza consuetudinaria, a lo sumo materia de interpretación y de antecedente de los principios que informan a las disposiciones del tratado aplicable, pero sin llegar a la aplicación directa, cual fuente primaria, de su aplicación al caso, confusión que en extremos ha llevado a la anulación de laudo, por constituir un grosero error de derecho.

[4] La así llamada protección diplomática de nacionales en el exterior, del Derecho Internacional Consuetudinario.

[5] Lo que por otra parte no resulta sorprendente aún con la óptica del derecho administrativo argentino, de la legítima confianza del administrado, sujeta a las garantías constitucionales pertinentes, que incluyen el reconocimiento de la jerarquía supralegal de los tratados.

Rige el principio de confianza del administrado en la conducta de la Administración, de que ésta no alterará las bases de su criterio expuesta en decisiones precedentes de aquella que fijaron opinión y produjeron el consumo de la norma jurídica, lo que no supone una estabilidad en el tiempo que le confiera el tratamiento reglamentario a su respecto.

Coviello, Pedro, “La Protección de la Confianza del Administrado”, Lexis Nexis, 2004 señala: “La protección de la confianza legítima es el instituto de derecho público derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación o revocación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado”

Y también (Actualidad de la protección de la confianza legítima en la República Argentina, Coviello, Pedro J. J., Revista Argentina de Derecho Público - Número 1 - Noviembre 2017: IV.3.8. En un excelente pronunciamiento, la S V CNACAF en “Escuela Superior de Psicología Social”[45], sostuvo la idea de la protección de la confianza sobre una de sus fases, que es la procesal:

“Sentado ello, es dable señalar que la formación de la voluntad estatal implica una sucesión de actos coligados destinados, como cualquier procedimiento administrativo, a emitir un acto administrativo. Esta faz previa a la formación de la voluntad no puede efectuarse por un procedimiento elegido arbitrariamente por la Administración, sino que debe responder a las pautas previstas normativamente para servir de sustento suficiente para motivar dictado del acto.

“En este sentido es dable señalar que la confianza legítima en el administrado se configura cuando la expectativa del interesado se cifra en la posibilidad de que se le asegure un debido procedimiento previo antes de la toma de una decisión particular o general que lo pueda afectar. Dicho procedimiento requiere la observancia de una conducta correcta de la Administración con el alcance del artículo 1o inciso f) de la Ley N 19.549 (Coviello, Pedro, La Protección de la Confianza del Administrado, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2004, pág. 271)”

El instituto ha sido descripto con toda precisión por el Dr. Maqueda como integrante de la CSJN: “El orden jurídico de la Nación, de acuerdo al objetivo del preámbulo de la Constitución Nacional de afianzar la justicia, debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Esta regla resulta aplicable, con mayor razón, en el marco de relaciones entre el Estado y los particulares y es coherente con los principios que limitan la

arbitrariedad estatal, según los cuales las autoridades públicas no deben adoptar medidas que resulten contrarias a la razonable estabilidad de sus actos, y en función de las cuales los individuos han adoptado determinadas decisiones (confr. arg. Fallos: 308: 552 y 328:1108) .”

Respecto a la seguridad jurídica, dijo en el consid. 59:

“Que lo expuesto se relaciona directamente con la seguridad jurídica entendida por esta Corte como el principio que ordena el acatamiento de las normas que imperan en el estado de derecho, que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no sólo formal (confr. arg. Fallos: 243: 465; 251: 78; 317: 218 y 325: 2875). Este principio se resentiría gravemente si fuera admisible y lograra tutela judicial la conducta de quien primero acata una norma -en el caso, la dicta- y luego la desconoce pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales (Fallos: 249:51; 294:220).”

[6] Viejo remedio del concepto, bajo el derecho internacional público consuetudinario, de prior exhaustion of local legal remedies, modulado por el derecho de los tratados que instituyen un plazo máximo de mantenimiento del litigio local, luego de lo cual el inversor insatisfecho puede recurrir al arbitraje internacional de inversiones.

El Juez Schwebel, *Justice in International Law*, Cambridge University Press, 1994, en *Arbitration and exhaustion of local remedies*, pág. 425, afirma que, como cuestión de derecho internacional consuetudinario, ninguna violación del derecho internacional puede derivarse del mero incumplimiento de un contrato entre un particular nacional (o una entidad nacional) del país de que se trate y un extranjero (pág. 426), añadiendo que (citando el memorial del Reino Unido en el caso *Ambatielos*) en la medida en que ofrezca recursos ante sus tribunales, un Estado sólo es responsable, en el plano internacional, de los actos que entrañen incumplimientos de contratos, cuando el incumplimiento no sea un simple incumplimiento ... pero implica un elemento obviamente arbitrario o ilícito, por ejemplo, un incumplimiento confiscatorio del contrato, donde la verdadera base de la reclamación internacional es la confiscación, en lugar de la violación en sí, y recordando la autoridad de Hyde. Asimismo, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, quinta edición, 1998, pág. 552, afirma que requiere algún elemento, más allá del mero incumplimiento de contrato, que constituiría una confiscación o denegación de justicia stricto sensu.

[7] La siguiente nota en el original: SN: F.V. García Amador et al, *Codificación reciente de la Ley de Responsabilidad del Estado por lesiones a extranjeros* 180 (1974)

[8] A esto se puede agregar que Rudolf Dolzer y Christoph Scheurer, en *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, concluyen (p. 162) que, en general, el principio de denegación de justicia se aplica a las acciones de todas las ramas de un gobierno, citando en fn *Petrohart v. The Kirguistán Republic*, laudo, 29 de marzo de 2005, págs. 75 a 77, en el que se añade que este caso entrañaba la intervención indebida del Gobierno en procedimientos judiciales

[9] Nota en el original, John Dugard, Relator Especial, Comisión de Derecho Internacional, Tercer Informe sobre la Protección Diplomática, UN Doc. A/CN.4/523, 2002, pág. 6, párr. 19

[10] Ver *La Protección de las Inversiones en la República Argentina*”, de Luis Erize, publicado en *La Ley*, el 4 de septiembre de 2002. También, “*La protección de inversiones y el arbitraje internacional*”, por Luis Erize, publicado en la *Revista Internacional de Arbitraje* No. 11, julio-diciembre 2009, Bogotá, Colombia.

[11] Es que el argumento de la supuesta indefensión del Estado receptor de la inversión por la inhibición presunta (aquí controvertida aportando la opinión de la doctrina y casos concretos) encuentra respuesta si se aprecia que la propia caracterización de la inversión sujeta a protección bajo los Tratados debe cumplir con requisitos estrictos. Por empezar,

debe ser efectuada conforme a las condiciones establecidas al tiempo de su realización, y mantenerlas durante el tiempo en que se desarrolla, lo que obviamente tiene su contracara en las sanciones o reclamos por su incumplimiento. Lo propio ocurre con la protección de la esencia de los tratados: el trato justo y equitativo, que incluye, pero no se agota en, la no discriminación y la no arbitrariedad, trato cuya violación no puede ser invocada si se trata de la respuesta del Estado a esa imputada falta de cumplimiento de las condiciones comprometidas por el inversor, en el caso en que no fueren respetadas por el mismo.

[12] En Burlington, el Tribunal otorgó (Decisión sobre reconsideración y laudo) una indemnización al inversor por USD 380 MM, y al Estado (Decisión sobre reconveniones) de USD 38 MM por temas de remediación y defectos del estado del equipamiento a ser restituido por el inversor, y de mantenimiento de la infraestructura

[13] En el § 1143 del laudo (Urbaser), se hizo referencia a la descripción de los diferendos bajo el Tratado, para concluir que la misma no excluía demandas reconvenionales; en el § 1147 refiere al consentimiento de las partes con la materia a resolver, esto es, los diferendos sobre las inversiones; en el § 1151 se preocupa en establecer que debe existir un claro nexa fáctico [y jurídico] entre ambas reclamaciones; en el § 1207, que no es factible entender bajo las disposiciones del TBI (BIT) una transferencia de la obligación [se entiende, estatal] de suministrar los servicios cumpliendo con el derecho humano de los habitantes de acceder a los servicios de agua y saneamiento, agregando en el § 1208 que El derecho humano al agua implica una obligación de hacer para el Estado, pero no contiene ninguna obligación de hacer para una empresa que suministra el servicio requerido a través de un contrato. Tal obligación debería ser distinta de la responsabilidad del Estado de brindar servicios de agua potable y saneamiento a su población.

En conclusión, el tribunal arbitral analizó las cuestiones planteadas por el Estado en su demanda reconvenional, y rechazó ambas pretensiones, de que el inversor (v.g.r. la empresa receptora de la inversión) hubiera incumplido con sus obligaciones bajo la concesión y de que se encontrase sujeto a una obligación autónoma a satisfacer las necesidades de la población con las características de un derecho humano al agua.

[14] El caso Saluka es expuesto en *Investor-State Arbitration*, por Christopher F. Dugan, Don Wallace, Jr, Noah Rubins y Borzu Sabahi, Oxford University Press, pages 154/6, en el que se debatió la presentación de reclamos del Estado receptor como reconvenición, atendiendo a la amplitud de los diferendos alcanzados por el TBI en particular, y estrecha conexión de tales reclamos con la disputa que dio origen al reclamo del inversor, para determinar que el consentimiento a arbitraje estaba dado exclusivamente respecto a cuestiones directamente surgidas de la inversión de que se trate, y abarcadas por el régimen legal aplicable (el TBI, o el contrato, en caso de cláusula paraguas). Los autores vinculan en nota al pie esta consideración con la determinación de los planos de análisis jurídicos que habilitan al Tribunal a juzgar. La referencia al laudo de anulación de Vivendi II es inevitable (de hecho, el § 55 de la Decisión sobre Jurisdicción así lo hace), pero ello nada predica sobre la vigencia del remedio reconvenional, sino que se refiere a una ausencia de invocación prevalente de las protecciones bajo el TBI, con lo cual una directa pretensión de aplicación (ver § 79 de la referida Decisión) de derecho local o del contrato (en ausencia de una cláusula paraguas, que hubiere elevado el contrato a un nivel de derecho internacional) no es audible por ese Tribunal, quedando la materia relegada a jurisdicción local. A mi criterio, la cuestión se resuelve, como señalado más adelante, con atención al concepto de “inversión” y de “trato justo y equitativo”, para concluir si la violación de las condiciones en que se realizó la inversión y sus requerimientos fueron o no honrados por el inversor, para en tal caso abrir el debate con ese alcance. Ello no fue materia de la Decisión sobre Jurisdicción apuntada.

[15] Que por su art.10 (1) protegía las expectativas razonables respecto del régimen legal

aplicable, cuya violación se produce si afecta adversamente al inversor

[16] Las respuestas, disímiles, sobre el tema pueden verse en *Novenergia v España* y en *Eurus Energy Holdings Corp. V. España*. En el primer caso, sigue la contienda en el marco de causas abiertas para requerir la aplicación de la ECT y el laudo respectivo, encontrándose en suspenso en espera de la resolución final sobre anulación de ese laudo por inaplicabilidad de la ECT por disputas Intra UE

En Conflictos de política pública en arbitrajes energéticos inversionista-Estado, por Katie Chung, Eduardo Bajo y Violeta Huang (24 de agosto de 2023), Norton Rose Fulbright, los autores señalan:

En *Novenergia* contra España, el tribunal estuvo de acuerdo en que las subvenciones ofrecidas por España eran "cebo" que llevaban al inversor a creer que no habría un cambio radical en el régimen regulatorio. Diversos modelos retributivos de las subvenciones (concretamente el Plan de Energías Renovables 2005-2010 y el RD 61/2007) habían indicado cómo se calcularían las rentabilidades del siete por ciento después de impuestos. Estos modelos de remuneración reforzaron las expectativas de los inversores en cuanto a un sistema de subvenciones estable. A pesar de los argumentos de España de que algunos cambios eran previsibles, el tribunal concluyó que España había violado las expectativas legítimas de los inversores y violado sus obligaciones en virtud del TCE. En contraste, en el caso *Eurus Energy Holdings Corporation* contra el Reino de España, el tribunal señaló que España no había asumido ningún compromiso específico "en cuanto a la inmutabilidad del régimen TR" y confirmó que las declaraciones orales en "ocasiones promocionales" eran insuficientes para constituir un "compromiso específico"... Dado que la mayoría de las inversiones de *Eurus* eran anteriores al TR, la reclamación de *Eurus* no prosperó.

Sin embargo, el árbitro Oscar Garibaldi no estuvo de acuerdo, prefiriendo una visión holística de las circunstancias cambiantes y la conducta del inversionista en respuesta. Si el inversor hubiera demostrado su aquiescencia al nuevo régimen incluso después de su inversión, podría crear expectativas legítimas.

Los autores citan el ya célebre caso *SD Myers v Canadá* (una pormenorizada referencia puede verse en el cap. 5, de Moshe Hirsch, *Investment and non-investment obligations*, p. 163/6, en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, de Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer), caso referido en el cap XXIII, en nota al pie 119, de *Discrimination and Arbitrary Governmental Measures According to International Law: The Argentine Cases*, por Luis Erize, en *Argentine arbitration*, Ed. Kluwer Law. La separación entre la legitimidad de las medidas gubernamentales que disponen restricciones de carácter ambiental y el deber de compensación de las pérdidas por ellas causadas en el inversor que contaba con las autorizaciones para funcionar fue analizada en *Eco Oro v. Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre la Cuantía (9 de septiembre de 2021), párr. 829.

[17] Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 15 de enero de 2019, sobre las inversiones en la Unión Europea, <https://bit.ly/2QXx36m>; la Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 16 de enero, sobre la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Achmea* y sobre la protección de las inversiones en la Unión Europea, <https://bit.ly/2Xi4C7H>

[18] A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee, por Dominic McGoldrick, *International and Comparative Law Quarterly*, <https://doi.org/10.1017/S0020589315000457>, publicado online por Cambridge University Press

Como rechazo a la aplicación de la teoría del margen de apreciación, véase *Siemens*, ICSID No. ARB/02/8, Laudo, ¶ 354 (encontrando que no hay apoyo para la doctrina del margen de apreciación en el TBI entre Alemania y Argentina en cuestión, o en el derecho internacional

consuetudinario)

[19] Véase, por ejemplo, *Guaracachi Am., Inc. v. Bolivia*, Caso de la CPA No. 2011-17, Memorial de Respuesta de los Demandantes, ¶ 103 (Perm. Ct. Arb. 2013) (donde se hace referencia al argumento de Bolivia para la aplicación del margen de apreciación); *Teco Guatemala Holdings LLC vs. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción y Admisibilidad y Contra-Memoria sobre el Fondo, 468, 479, 480, 586 (24 de enero de 2012).

[20] *Bernhard von Pezold v. Republic of Zimbabwe*, ICSID No. ARB/10/15, Laudo, 453 (July 28, 2015); *Deutsche Telekom AG v. India*, PCA No. 2014-10, Interim Award, 235-36 (Perm. Ct. Arb. 2017). También Alvarez, *supra* nota 122*; Michele Potestà, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, 28 ICSID Rev. 88 (2013); Vasani, *supra* note 60.

*José E. Alvarez, *The Use (and Misuse) of European Human Rights Law in Investment Dispute Settlement*, in *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration* 519, 598 (Franco Ferrari ed., 2017).

[21] *RosInvest Co UK Ltd v. The Russian Federation*, SCC No. Abr. V 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, Octubre 5 2007, Parr 39, citado por *The Investment Treaty Arbitration Review: Treaty Interpretation in Investment Treaty Arbitration*, por Tom Sprange KC, Simon Maynard and Julian Ranetunge, King & Spalding LLP, 21 de Julio de 2023

[22] Dictamen de la Comisión Europea de Derechos Humanos, apartado 79, en el que la Comisión sostuvo que «la cuestión de la proporcionalidad, que es inherente al Convenio, exige que la Comisión determine si, aun reconociendo el amplio margen de apreciación concedido a los Estados en el ámbito de la planificación, se ha alcanzado un justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales». Para un análisis del principio en el marco de la legislación de la Unión Europea, así como de las legislaciones comparadas de los Estados miembros, véase, J. Schwarze, *European Administrative Law* (Londres: Sweet & Maxwell, 1992) 677-866; R. Youngs, *Derecho comparado inglés, francés y alemán* (Londres: Cavendish Publishing Ltd, 1998) 100-2. (párrafo extraído de *Environmental Regulation, Investment Protection And 'Regulatory Taking' In International Law*, por Thomas Waelde y Abba Kolo, Oxford University Press, *International And Comparative Law Quarterly*, October 2001)

[23] ... la soberanía individual -la libertad fundamental de cada individuo- consagrada en la carta de las Naciones Unidas y en los tratados internacionales subsiguientes- se ha visto reforzada por una conciencia renovada y cada vez más amplia de los derechos individuales...

[24] Una más amplia descripción de estas consideraciones fue abordada ya desde larga data en mi artículo “La protección de inversiones y el arbitraje internacional”, por Luis Erize, publicado en la *Revista Internacional de Arbitraje* No. 11, julio-diciembre 2009, Bogotá, Colombia. Aquí se incorporan nuevas derivaciones a casi 14 años desde entonces.

[25] Incumplimiento de las disposiciones del TBI, más allá del mero incumplimiento contractual (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5ª ed. Oxford Press, p. 552). En virtud del derecho internacional consuetudinario, la justicia en el derecho internacional, juez Stephen Schwebel, “Sobre si el incumplimiento por el Estado de un contrato con un extranjero es una violación del derecho internacional”, Cambridge University Press, 1994, pág. 430.

Electrónica Sicula Spa - Elsi, US v. Italia, 1989, ICJ Rep. 15, 42 establece la distinción entre el derecho internacional y el derecho local, refiriéndose al artículo 3 de los Artículos de Responsabilidad Internacional de los Estados, CDI); para considerar dicha responsabilidad internacional, el laudo de anulación del laudo Vivendi II que se menciona a continuación).

[26] En *The Oxford Handbook of International Investment Law*, de Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer, la distinción entre reclamaciones contractuales y pretensiones convencionales es objeto de un subcapítulo específico en el capítulo 24, La relación entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales (por Jacomijn Van Haersolte-Van Hor y Anne K. Hoffmann), siguiendo la clara doctrina que se desprende del laudo de nulidad en el asunto Vivendi (Cía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal contra República Argentina, sentencia de nulidad de 3 de julio de 2002, y en la nota 10 se cita una serie de laudos sobre el mismo tema).

[27] Una violación como una frustración desmesurada de las expectativas razonables (Thomas Franck, *Fairness in international law and institutions*, Clarendon Press, Oxford, p.473). El concepto de confianza legítima -*legitimate expectations*- se deriva de la consideración de los motivos, hechos y circunstancias para realizar la inversión en su momento, y la aplicación de los principios derivados del derecho internacional de los tratados se basa en los mismos para definir si el Estado receptor ha incurrido en una violación de trato justo y equitativo, expropiación o medidas equivalentes a la expropiación.

Thomas M. Frank, *Fairness in International Law and Institutions*, (Clarendon Press, Oxford), Cap 14, pp. 438-ss, agrega que normalmente, las expectativas legítimas no pueden frustrarse sin crear nuevas injusticias en nombre de la justicia redistributiva y, más concretamente, sin correr el riesgo de perjudicar gravemente el desarrollo económico de una sociedad cuyos poderes políticos se percibirán como intencionados de penalizar ilegítima e injustamente al inversor extranjero (pp. 439-440).

Es necesario un análisis previo, en el conjunto de disposiciones de derecho interno, para considerar el conjunto de expectativas legítimas bajo las cuales se realizó la inversión (contratos gubernamentales, concesiones, permisos, tributación, etc.), que sin embargo no permiten una cristalización del derecho interno aplicable.

[28] Laudo de anulación Vivendi II, §§ 105-113

[29] Winterschal sobre MFNC aplicado a la opción de bifurcación en la elección del proceso y jurisdicción, nota 150. Ídem: *Daimler Financial Services AG vs. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/05/1) Agosto 2012, <http://italaw.com/cases/1520>.

Ambos rechazaron la alegación de la cláusula de la nación más favorecida (MFNC) para permitir la jurisdicción de un tribunal arbitral bajo las reglas CIADI a pesar del requerimiento de la jurisdicción local previa, durante un período limitado, brindando acceso a la jurisdicción arbitral internacional si el reclamo del inversor no es satisfecho al cabo de ese período.

[30] *Controversias entre Estados y empresas extranjeras*, Renée Jean Dupuy; Artículos 4 y 7 de la CDI

[31] §§ 55, 60 Laudo de anulación Vivendi II. En *Ambiente Ufficio*, § 480 y footnote 236, la Decisión sobre competencia judicial hace un análisis exhaustivo de la naturaleza de las inversiones protegidas, según la definición de Schreuer de las mismas, en cuanto al riesgo, la duración, el compromiso de inversión, una fuente regular de beneficios, etc., para finalmente incluir los préstamos y bonos como inversiones protegidas. Véase, también, *El Paso*.

[32] El término 'controversias', tal como se utiliza [en la cláusula de solución de controversias], debe interpretarse en sentido amplio en el sentido de que se refiere al objeto y a los hechos en cuestión y no se limita a las reclamaciones jurídicas concretas, incluidas específicamente las reclamaciones relativas al TBI (*Philip Morris contra Uruguay*, Decisión sobre la Jurisdicción, párrafo [113]).

[33] Aron Broches, 136 *Recueil des Cours*, 331.359-60, 1972-2. Decisión de la CMS Jurisdiccional en el caso de la *Barcelona Traction*, excluyéndolo y el caso *Elettronica Sicula*.

Las inversiones protegidas incluyen participaciones minoritarias (Saur, CMS, Hochtief, a las que se refiere *Salini Impregilo v Argentina*, Decisión en jurisdicción, 23 de febrero de 2018, §§ 179 a 186; *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre jurisdicción: no hay exclusión de derechos derivados, §§ 246-251, y nota 151 con una referencia a los antecedentes significativos en los que se han declarado admisibles las reclamaciones de los accionistas de las sociedades constituidas en el país anfitrión.

En *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) el Tribunal emitió una decisión que confirmó su jurisdicción el 14 de noviembre de 2005, en la que en el § 93 declaró: Por lo tanto, en virtud del TBI, es evidente que la inversión de un accionista extranjero en acciones de una empresa constituida en el país constituye una "inversión". El TBI, a su vez, faculta a los inversionistas que realizan tales inversiones accionarias a presentar demandas por las supuestas violaciones de Argentina a las protecciones del Tratado con respecto a esas inversiones. § 94 En *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19) Decisión sobre Jurisdicción, el asunto fue resuelto de manera clara:

Basándose en el lenguaje específico de cada TBI, que otorga a los accionistas el derecho a recurrir al arbitraje para proteger sus acciones, el Tribunal concluye que Suez, Vivendi y AGBAR tienen legitimación para entablar un arbitraje ante el CIADI y que AWG tiene legitimación para entablar un arbitraje de la CNUDMI. Muchas otras decisiones en casos del CIADI, incluyendo un buen número que involucran a Argentina, han hecho holdings similares (por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), decisión del Tribunal sobre objeciones a la jurisdicción (17 de julio de 2003); *Enron Corporation & Ponderosa Assets, LP vs. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), decisión sobre la competencia (14 de enero de 2003); *Siemens A.G. v. República Argentina* (CIADI N° ARB/02/8), Decisión sobre Competencia (3 de agosto de 2004).

[34] *Salini Impregilo vs. Argentina*, Decisión en jurisdicción, 23 de febrero de 2018: §185. El artículo 25 del Convenio del CIADI extiende la jurisdicción del Centro a cualquier controversia jurídica que surja directamente de una inversión, entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante. El artículo 25 debe leerse conjuntamente con los términos del TBI, con su amplia definición de «inversión».

[35] En los tratados que no establezcan una cláusula de bifurcación, el recurso previo a litigios internos durante un período determinado, y un posterior acceso al arbitraje CIADI/TBI si se cumple dicho requisito de antemano y no se obtiene una solución satisfactoria.

[36] *SGS contra Pakistán y SGS contra Filipinas* (compromisos en virtud de contratos estatales, elevados al nivel de Derecho internacional y, por lo tanto, directamente aplicables (véanse, sin embargo, las diferencias de enfoque en ambos casos SGS). En algunos TBI, la elevación de los contratos o las normas nacionales a compromisos del Estado Anfitrión con el inversor implica un compromiso por parte del Soberano de respetar las mismas, como normas exigibles como ley en el laudo arbitral (la cláusula paraguas), y no simplemente de definir el universo de expectativas legítimas del inversor.

[37] Arts. 5.2 TBI de Francia, IV.1, TBI de EE.UU.; Toma de regulación, multilaterales Acuerdos de Inversión en el año 2000, Thomas Waelde. *Teinver S.A....-el caso Areolíneas /Marsans-* (Caso CIADI N ARB/09/1) de fecha 21 de julio de 2017, sobre expropiación ilegal, §§1036-1040, indemnización íntegra según los arts. 31-36, CIT. en un análisis de pero. También se cita el laudo *Vivendi II*. Se presentó una demanda reconventional por parte del Gobierno (admisible en principio si se prueba dentro del consentimiento para el arbitraje), y fue rechazada, con base en los arts. 40 y 46 de las Reglas del CIADI. Solicitud de anulación

rechazada el 29 de mayo de 2019

[38] Como se expresa en la mayoría de los TBI, de manera diferente a los TBI de los Estados Unidos.

[39] Aguas de Barcelona et al, junio de 2010, Decisión sobre Responsabilidad, Defensa de Necesidad analizada al amparo del art 25, ILC, sólo como única vía y siempre que no haya contribución del Gobierno a dicho estado de necesidad.

[40] Las medidas basadas en un estado de necesidad pueden ser consideradas como una excusa de responsabilidad, más que como una exclusión de una violación del derecho internacional, conclusión que depende del texto de cada TBI. En el laudo de anulación CMS contra Argentina, se menciona que en este caso específico el TBI especifica las condiciones bajo las cuales el Tratado puede ser aplicado, mientras que el Artículo 25 está redactado de manera negativa: excluye la aplicación del estado de necesidad en cuanto al fondo, a menos que se cumplan ciertas condiciones estrictas. Además, el artículo XI [del TBI entre Estados Unidos y Argentina] es un requisito mínimo: si se aplica, no se aplican las obligaciones sustantivas previstas en el Tratado. En cambio, el artículo 25 es una excusa que sólo es pertinente una vez que se ha decidido que se ha producido un incumplimiento de esas obligaciones sustantivas.

La cláusula de medidas no impedidas -non precluded- del TBI entre Argentina y Estados Unidos, por ejemplo, exige que se distinga su alcance, naturaleza y condiciones de aplicabilidad de las del estado de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario. (ver CMS Gas Transmission Company v. Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión de anulación, 25 de septiembre de 2007, párrafos 128 y ss.) Además, el Comité de Anulación anuló el Laudo CMS por falta de motivación cuando el Tribunal encontró una violación del Artículo II(c)(2), es decir, la llamada cláusula paraguas. (véase ibidem, párrafos 96 y ss.).

LGE, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, sobre el reconocimiento de estado de necesidad por tiempo limitado.

[41] Comisión de Derecho Internacional (CDI) -International Law Commission-, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001/II)

[42] Art. 36, Convenio del CIADI, y 52.1

[43] CMS; GTE, Caso CIADI No. ARB/03/19, laudo (sobre daños y perjuicios) de fecha 3 de abril de 2015, §§ 38-40: no hay doble compensación real (double dip) si no se ha pagado efectivamente ninguna compensación por ningún otro medio en el momento de la adjudicación. Idem, Urbaser S.A. contra la República Argentina, Caso CIADI n.º ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012, § 253, y nota 155, que se refiere a Impregilo S.p.A. c. República Argentina, CIADI/ARB/07/17, Laudo de 21 de junio de 2011, No. 139.

[44] CMS ARB/01/8 en cuanto a las nuevas solicitudes presentadas después de la carta de activación

[45] No se agotarán previamente los recursos legales, a menos que se reserve en virtud de la sección 26 del Convenio del CIADI (§§ 73/4 y 103 del laudo de anulación, Vivendi II). Impregilo SpA, Laudo, 21 de junio de 2011, § 83; El laudo final de BG Group Plc del 27 de diciembre de 2007, en el que se revocó la decisión del Gobierno, impidió el litigio si se iba a llevar a cabo una negociación. Casinos Austria Intnal, Decisión sobre jurisdicción, 29 de junio de 2018: el requisito de litigio nacional previo está cumplido si transcurre un lapso de tiempo antes de que el Tribunal decida sobre el tema. Muchos laudos han admitido cláusulas de bifurcación convocadas por MFNC: Siemens A.G. v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004); Camuzzi Int'l S.A. vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/7, Decisión sobre Competencia de 10 de junio de 2005; Gas Natural SDG, S.A. vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión

sobre la Jurisdicción (17 de junio de 2005); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción (16 de mayo de 2006); National Grid plc c. la República Argentina, CNUDMI, decisión sobre la jurisdicción (20 de junio de 2006); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina/AWG Group Ltd. vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2006); Impregilo S.p.A vs. República Argentina, Caso CIADI No. 07/17, Laudo (21 de junio de 2011); Hochtief AG vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción (24 de octubre de 2011). Todas las decisiones anteriores están disponibles en <http://italaw.com>. (tal como citado por Charles Brower en su opinión disidente en Daimler Financial Services v Argentina, CIADI ARB/05/1, Agosto 15, 2012, § 24 y nota al pie 67)

[46] Urbaser S.A. contra la República Argentina, Caso CIADI N° ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012, párr. [62]. Sobre litigios internos previos: la acción presentada ante un tribunal local no necesita alegar una violación del TBI; es suficiente que la disputa se relacione con una inversión realizada bajo el TBI. La demanda ante los tribunales locales debe ser "coextensiva" con una controversia relacionada con inversiones realizadas en virtud del TBI.

[47] Metlife, Auto Procesal N° 2, 21 de diciembre de 2018 : defensa de Argentina, entre otros, solicitando también la bifurcación de los procedimientos para decidir sobre estas cuestiones preliminares, rechazada por el Tribunal Arbitral. Salini Impregilo vs. Argentina, Decisión en jurisdicción, 23 de febrero de 2018: §§ 82, 84-6 citando el art. 45 (b), CDI, un estándar de demora irrazonable.

[48] De acuerdo con el Comité ad hoc del CIADI en el caso Sempra vs. Argentina, el tribunal había adoptado el Artículo 25 de los Artículos de la CDI como la ley primaria a aplicar, en lugar del Artículo XI del TBI subyacente (UNCTAD: Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement 2010 por Ricardo Molano, AIA Newsletter, abril de 2011). La falta de interpretación de la disposición del Tratado y su sustitución por el derecho internacional consuetudinario se consideró un grave error de derecho.

[49] Enron Laudo de anulación basado en la falta de revisión del art XI US TBI, los intereses esenciales, la naturaleza de los mismos juzgada por el mismo país receptor como tales, la dependencia exclusiva del experto económico para la definición de la emergencia y las medidas alternativas como el único remedio. Sempra bajo jurisdicción extranjera, casos llevados a la Corte de Apelaciones de los EE. UU. para el distrito de Columbia, que concluyó la falta de desviación evidente (egregious) de un proceso justo (Apelación rechazada por la Corte de Distrito de los EE. UU. de Columbia 3 de julio de 2018, Arg. V AWG). La exclusión establecida en ciertos TBI, o la justificación de una conducta que de otro modo se interpretaría como una infracción, debe tener en cuenta los requisitos que deben cumplirse (necesidad, excepcionalidad, análisis de los únicos medios, e intereses esenciales tanto en los artículos de la CDI como en el TBI pertinente, situación similar, etc.)

[50] Azurix, CMS, Continental Casualty, National Grid y Vivendi. Repsol, Suez

[51] Tema que es central para el análisis del fallo anulatorio de Vivendi II, comentado con detalle en "La Protección de las Inversiones en la República Argentina", de Luis Erize, publicado en La Ley, el 4 de septiembre de 2002.

[52] En el caso Pope & Talbot v. Canadá, de conformidad con el artículo 1105 del TLCAN, Laudo, 10 de abril de 2001, 7 CIADI Reports 102, párr. 111, S. Vasciannie, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice, 70 The British Year Book of International Law 100, 104, 145 (1999); Serie de la UNCTAD sobre cuestiones relativas a los acuerdos internacionales de inversión, Fair and Equitable Treatment, pág. 16;

[53] "En el caso ELSI, la Corte Internacional de Justicia definió la arbitrariedad como un

'desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que conmociona, o al menos sorprende, un sentido de prosperidad jurídica'" (citado por Thomas M. Franck, en "Fairness in international law ad Institutions", Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 468).

[54] *Azurix v. Argentina*, caso CIADI no. arb/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, § 76/79, donde las cuestiones relativas a la revisión de un contrato eran pertinentes en la medida en que son pertinentes para un incumplimiento de las obligaciones de la Demandada en virtud del TBI. La conducta del Estado o de cualquiera de sus instrumentos debe estar más allá o fuera de las cuatro esquinas del contrato (*CMS Gas Transmission Co. c. Argentina*, Laudo, Caso N°. ARB/01/8, 12 de mayo de 2005, párr. 299 : la protección puede estar disponible cuando existe una interferencia significativa por parte de los gobiernos o agencias públicas con los derechos del inversionista)

ELSI (*Electrónica Sicula Spa - Elsi, US v. Italia*, 1989, ICJ Rep. 15, 42 establece la distinción entre el derecho internacional y el derecho local, refiriéndose al artículo 3 del Convenio sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, CDI).

Como lo citan Dolzer y Schreuer (*Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008, 7. Medidas arbitrarias o discriminatorias), p. 173 infra, a la que se hace referencia en el laudo Elsi, la Corte Internacional de Justicia tuvo que aplicar el criterio («no será objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias») y concluyó: «La arbitrariedad no es tanto algo opuesto a un estado de derecho, como algo opuesto al estado de derecho... Es un desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que conmociona, o al menos sorprende, un sentido de propiedad judicial.

[55] Thomas M. Frank, *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press. Oxford, especialmente el capítulo 14, pp. 438 y siguientes... Normalmente, las expectativas legítimas no pueden frustrarse sin crear nuevas injusticias en nombre de la justicia redistributiva y, lo que es más importante, sin correr el riesgo de perjudicar gravemente el desarrollo económico de una sociedad cuyos poderes políticos se percibirán como intencionados de penalizar ilegítima e injustamente al inversor extranjero (op. cit., págs. 439/40). A lo Giorgio Sacerdoti, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, 269 *Recueil Des Cours* 251, 382-83 (1997)., en 341 n.143 (interpretando que el "trato justo y equitativo" exige "respeto por el derecho internacional") (citado por Charles H. Brower, II, en *Investor-State Dispute Under NAFTA: A Tale of Fear and Equilibrium*, *Pepperdine Law Review*, 2001 29 *Pepp. L. Rev.* 43).

Una defensa recurrente por parte de Argentina ha sido que se cumple con la equidad si el gobierno ofrece un proceso de negociación para abordar los efectos negativos de los cambios sustanciales de las políticas públicas. Pero el suyo no es un indicador del compromiso de F&ET de respetar las expectativas legítimas.

En la decisión sobre responsabilidad de *Total v Argentina*, 27 de diciembre de 2010, nota 179, pág. 74:

El Tribunal observa que, de conformidad con los principios bien establecidos de la legislación argentina -que el Tribunal está facultado para aplicar como ley en virtud del artículo 8.4 TBI- los derechos derivados de una concesión son "derechos adquiridos" protegidos por la Constitución, véase la principal decisión *Bourdieu* de la Corte Suprema de Argentina (1925)

[56] Añadimos que es necesario hacer una revisión a un sentido realista de la justicia, como en Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Harvard, Harvard University Press, 2001).

[57] Las prácticas confiscatorias no se limitan a la enajenación directa de activos fijos. Thomas M. Franck, op. cit., pág. 464, afirma: "Si Acme (la empresa organizada por los inversores en el ejemplo hipotético) puede demostrar que no se puede esperar que reanude sus operaciones rentables o encuentre un comprador mientras persista el nuevo régimen de

costos y controles, y que el régimen fiscal se ha inclinado específicamente en su contra para sacarla del negocio, La acción del gobierno no escapará a la categorización como "apropiación no compensada" por el mero hecho de proclamarse una medida de ingresos. Por ejemplo, si un aumento de las tarifas suficiente para cubrir los nuevos gravámenes estuviera prohibido por la ley, o por la economía de la competencia de los transportistas alternativos, es lógico que las operaciones de Acme (el nombre hipotético de una empresa para el ejemplo) se hayan hecho imposibles y, de hecho, que haya sido expropiada por el Gobierno sin indemnización". citando a Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts en su nueva edición de Oppenheim's International Law, 9° Edition, Vol I, partes II a IV, 1992, pág. 915.

[58] El Paso Energy International Company Vs. la República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15 Laudo de 21 de octubre de 2011

[59] UNCTAD, Trato justo y equitativo, Doc. de las Naciones Unidas UNCTAD/ITE/IIT/11, vol. III, pág. 12 (1999) (2007 Sociedad Americana de Derecho Internacional. (American Journal of International Law, octubre de 2007, 101 A.J.I.L. 711: Abriendo la caja de Pandora: los bonos soberanos en el arbitraje internacional, por Michael Waibel)

[60] Boletín Volterra Fietta, otoño de 2022: El 25 de julio de 2022, las Secretarías del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI") y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI") publicaron la cuarta versión del Código de Conducta para Árbitros en Diferencias Internacionales de Inversión. Este nuevo proyecto colaborativo busca proporcionar un conjunto de principios y reglas para los jueces y aborda cuestiones fundamentales como la imparcialidad, la independencia, la equidad de los procedimientos, la eficiencia y el civismo. La redacción del código ha recibido aportaciones considerables de los delegados estatales y de las partes interesadas a lo largo de todo el proceso. Además, el 25 de agosto de 2022, el CIADI y la CNUDMI también publicaron un proyecto de comentario al Código de Conducta

[61] El incidente de 'Erica Lexie' (Italia contra India), Caso de la CPA No. 2015-28, Laudo de 21 de mayo de 2002, párrafos 254-255

[62] CIJ, Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Reconvencción, providencia de 17 de diciembre de 1997, I.C.J. Reports 1997, pág. 256, párr. 30