

DEMANDAS CONTRACTUALES ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES A LA LUZ DE LOS APPIS SUSCRITOS POR CHILE

*Elina Mereminskaya*¹

Introducción

El moderno sistema de protección de la inversión extranjera es resultado de una red de tratados internacionales a través de los cuales los Estados se comprometen frente a sus pares a brindar un determinado trato a los inversionistas provenientes de otros países. Estos estándares de trato incluyen asimismo, la posibilidad de recurrir a tribunales arbitrales internacionales. Con ello, a partir de la premisa de la separación dogmática existente entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos domésticos, se plantea una serie de interrogantes acerca de los alcances que posee la sumisión del Estado a la justicia internacional.

Así, surge la pregunta si la sumisión al arbitraje internacional abarca únicamente las obligaciones del Estado consagradas en el tratado mismo, o si incluye también las obligaciones asumidas a través de un contrato celebrado con el inversionista extranjero. Dado que tal contrato típicamente se perfecciona bajo el amparo de un ordenamiento jurídico doméstico, ¿es viable que el Estado tenga que asumir la responsabilidad internacional en el evento de incurrir en un incumplimiento contractual? Asimismo, puede ocurrir que el contrato, el principal vehículo de inversión, incluya una cláusula de solución de controversias en la cual se estipula un foro distinto a aquel previsto por el tratado. ¿Podría en este caso estimarse que el inversionista renuncia a sus derechos en materia de solución de disputas que le han sido otorgados por el régimen internacional? Por último, algunos tratados en materia de inversión contemplan la llamada cláusula paraguas, que consagra la obligación del Estado de observar los compromisos contraídos con respecto a la inversión.

¹ Doctora y Magíster en Derecho (Alemania), Abogada (Rusia), Consejera Especial para el Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Profesora de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Su aplicación plantea el desafío de saber si puede tener el efecto de transformar las obligaciones contractuales del Estado en obligaciones internacionales.

El presente artículo indaga cómo estas interrogantes han sido resueltas por los tribunales arbitrales internacionales, siendo por ello el enfoque del estudio primordialmente empírico² (I). Una vez determinados los criterios elaborados por la jurisprudencia internacional, se analiza cómo esta misma problemática es abordada por los tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos por Chile (II). El texto concluye con algunas sugerencias dirigidas al legislador nacional (III).

I

Demandas Contractuales contra El Estado en la Jurisprudencia Arbitral en Materia de Inversión Extranjera

La jurisprudencia arbitral ha desarrollado una serie de criterios que permiten determinar bajo qué circunstancias una demanda relativa a un supuesto incumplimiento contractual por parte del Estado, puede ventilarse ante un tribunal arbitral constituido en base de un tratado internacional. En particular, los siguientes elementos inciden en el resultado del análisis jurisprudencial: el hecho que la disputa de índole contractual surja de una inversión (1), el alcance sustantivo de la disposición acerca de solución de controversias del respectivo tratado bilateral (2), los efectos de la cláusula de solución de controversias incluida en el contrato celebrado entre el inversionista y el Estado (3), la actuación del Estado en virtud de sus funciones soberanas (4) y la interpretación de la cláusula paraguas en los tratados que la contemplan (5). A continuación, se presentan dichos elementos a la luz de algunos casos relevantes, sin que el presente artículo tenga por objetivo cubrir la totalidad de la jurisprudencia sobre el tema.

1. Disputa que surge de una inversión

Para que una relación de naturaleza contractual cuente con la protección de un tratado internacional de protección de inversión extranjera, el contrato mismo o los de-

² La siguiente bibliografía contempla un análisis doctrinario de los problemas indicados: Cremades, Bernardo y David J. A. Cairós, *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*, www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf; Schreuer, Christoph, "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4, 2005, pp. 1-17; Shany, Yuval, "Note and comment: Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between Decisions on Multisourced Investment Claims", *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005, pp. 835-851; Sinclair, Anthony, "The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection", *Arbitration International*, 2004, en www.accessmylibrary.com; Spiermann, Ole, "Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties", *Arbitration International*, Vol. 20, No. 2, 2004, pp. 179-211; Walde, Thomas, *The "Umbrella" (or Sanctity of Contracts/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, www.transnational-dispute-management.com.

rechos que de él se desprenden deben poder clasificarse como una inversión. La mayoría de los tratados contienen una noción amplia de lo que constituye "inversión", dentro de la cual se mencionan todas categorías de bienes, incluidas las categorías de derechos e intereses³. Con ello, los derechos derivados de un contrato deberían considerarse como inversión. Sin embargo, la práctica arbitral no se queda en esta interpretación literal del concepto, y más bien se abre a una nutrida discusión acerca de la existencia de unos límites inherentes del concepto.

La mayor parte de los tratados internacionales en materia de inversión extranjera otorga al inversionista la facultad de recurrir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington o Convenio del CIADI). El artículo 25 del Convenio de Washington regula la jurisdicción⁴ del Centro y en el ámbito material la consagra con respecto a "las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión". Sin embargo, el Convenio no define qué constituye una inversión, con lo cual su definición debe desprenderse en cada caso particular del tratado bilateral de inversión (TBI) o de un acuerdo específico celebrado entre el inversionista y el Estado. Por lo anterior, en un juicio del CIADI, una demanda de índole contractual tiene que pasar por un doble filtro, a saber, ser acorde a la noción de inversión incluida tanto en el instrumento bilateral, como en el Convenio del CIADI.

Según lo señalado, la definición amplia de inversión empleada en la mayoría de los TBI permite sostener que los derechos contractuales constituyen inversión. Debido a lo anterior, surge la interrogante si cualquier relación contractual entre el Estado y una persona natural o jurídica extranjera, será catalogada como inversión. La respuesta a esta interrogante es negativa en el contexto del Convenio de Washington. Si bien se reconoce que las partes poseen la autonomía de la voluntad para definir una controversia jurídica como derivada directamente de una inversión, esta facultad se encuentra "limitada por la exclusión de las controversias "comerciales" del ámbito material de la competencia del CIADI."⁵

Este último planteamiento indica cuál es la distinción conceptual que debería efectuarse en el marco del artículo 25 del Convenio, pero no entrega los criterios que podrían ser empleados para distinguir las controversias que surgen de inversión de aquellas comerciales. Tales criterios fueron perfilados en la jurisprudencia arbitral en el caso

³ Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Elcano, Aranzadi, 2006, pp. 650-651.

⁴ Para los propósitos de esta presentación, los conceptos "jurisdicción" y "competencia" se consideran sinónimos.

⁵ Vives Chillida, Julio, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGrawHill, 1998, p. 96.

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*⁶. En ese juicio del CIADI, los inversionistas italianos alegaban que el contrato de construcción de una autopista había sido incumplido por su contraparte marroquí, una agencia gubernamental de responsabilidad limitada. El tribunal arbitral, afirmó en primer lugar, que la disputa en cuestión se refería a una inversión a la luz del tratado celebrado entre Italia y Marruecos, el cual incluía dentro del concepto de inversión derechos y beneficios contractuales⁷. En segundo lugar, para definir la noción de inversión bajo el Convenio de Washington, el tribunal hizo suya la definición doctrinaria que deduce la existencia de una inversión de un conjunto de factores: el volumen de la contribución, una cierta duración de la relación contractual, la presencia del factor riesgo asumido por el inversionista y, eventualmente, la contribución al desarrollo económico del Estado receptor⁸. Considerando que los cuatro requisitos estaban cumplidos, se concluyó que existía una inversión.⁹

Este enfoque ha sido replicado en la jurisprudencia posterior, pasando a denominarse "test Salini". Así, por el ejemplo, el test Salini fue invocado en el caso *Joy Mining Machinery Limited v. Egypt*, que versaba sobre un contrato de venta e instalación de un equipamiento para la extracción de fosfato, celebrado entre el Estado receptor y el inversionista británico¹⁰. El tribunal arbitral estimó que el contrato objeto de la controversia, no satisfacía los criterios del test Salini y por lo tanto, no constituía una inversión. Finalmente, el tribunal declinó ejercer su jurisdicción¹¹. Un desenlace diferente tuvo la aplicación del test Salini en el caso *Noble Energy, Inc. y Machalpower Cia. Ltda. v. La República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*. La controversia surgió de un contrato de concesión para la construcción, instalación y operación de una planta de generación de energía eléctrica. El tribunal arbitral invocó los criterios Salini, confirmó la existencia de una inversión, como uno de los requisitos de su propia jurisdicción.¹²

Sin embargo, la práctica arbitral se encuentra dividida en torno a la procedencia del test Salini, y varias sentencias arbitrales han negado el carácter normativo de sus criterios. Un ejemplo de ello es el juicio del CIADI *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, que versaba sobre una controversia relativa al contrato de licencia para el suministro de aguas y alcantarillado¹³. El tribunal arbitral cuestionó la aplicación

⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre la jurisdicción, 16 de julio de 2001, pár. 31. Ésta y todas las sentencias citadas a continuación están disponibles en <http://ita.law.uvic.ca>. Las citas de las sentencias publicadas en inglés fueron traducidas por la autora.

⁷ *Ibid.*, pár. 45.

⁸ *Ibid.*, pár. 52.

⁹ *Ibid.*, pár. 53-58.

¹⁰ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Decisión sobre la jurisdicción, 6 de agosto de 2004, pár. 92.

¹¹ *Ibid.*, pár. 53-63.

¹² *Noble Energy, Inc. y Machalpower Cia. Ltda. v. La República de Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión sobre jurisdicción, 5 de marzo de 2008, pár. 128-132.

¹³ Caso CIADI No. Arb/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Laudo, 24 de julio de 2008.

generalizada de los criterios del test Salini, debido a que no se trataba de ninguna norma vinculante. Más aún, de los trabajos preparatorios del Convenio de Washington se desprendería que el término inversión fue dejado intencionalmente sin definir, con la idea que fuera objeto de un acuerdo posterior entre los Estados contratantes.¹⁴

En base a estas deliberaciones, el tribunal arbitral descartó las objeciones a su jurisdicción presentadas por la República de Tanzania. En particular, declinó que las ganancias relativamente bajas, percibidas por la parte demandante, impidieran calificar el proyecto como inversión.¹⁵

Ese escepticismo frente al test Salini se profundiza en la jurisprudencia posterior. Así, en el caso *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. The Government of Malaysia*,¹⁶ el tribunal arbitral unipersonal optó por aplicar sus criterios, llegando a la conclusión que no existía una inversión en términos del Convenio del CIADI. Sostuvo que a consecuencia de ello, era prescindible analizar si el contrato objeto de la controversia, constituía inversión a la luz del TBI aplicable al caso¹⁷. Dicha decisión fue revertida por el Comité ad hoc de anulación, establecido para resolver sobre la petición de nulidad presentada por el inversionista¹⁸. El Comité concluyó que el tribunal arbitral había manifiestamente excedido sus facultades al rehusarse ejercer su jurisdicción por las siguientes razones: a) el tribunal no analizó la noción de "inversión" en el TBI; b) elevó los criterios del test Salini a nivel de requisitos jurisdiccionales y, debido al pequeño volumen económico de la transacción, negó la existencia de la inversión; y c) omitió efectuar un análisis de los trabajos preparatorios del Convenio del CIADI, lo que le habría permitido reconocer la naturaleza abierta del concepto de inversión contemplado en ese instrumento internacional.¹⁹

Contrario a esta jurisprudencia, también es posible encontrar decisiones arbitrales que invocan el test Salini, sin que el caso haya sido sometido a la jurisdicción de un tribunal arbitral del CIADI. Ello ocurre, por ejemplo, en el juicio arbitral ad hoc *Mytilineos Holdings v. State Union of Serbia and Montenegro*, basado en las normas de procedimiento de la UNCITRAL²⁰. La disputa surgió de un conjunto de siete contratos celebrados entre el inversionista griego y una entidad gubernamental del Estado demandado. En virtud de esos contratos, el inversionista operaba en el sector metalúrgico y de extracción de metales, y tenía que aportar recursos financieros al desarrollo de las

¹⁴ Ibid., pág. 312.

¹⁵ Ibid., pág. 318-322.

¹⁶ *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. The Government of Malaysia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre la jurisdicción, 17 de mayo de 2007.

¹⁷ Ibid., pág. 148.

¹⁸ Comité ad hoc de anulación en el caso *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. The Government of Malaysia*, 16 de abril de 2009.

¹⁹ Ibid., pág. 80.

²⁰ *Mytilineos Holdings v. State Union of Serbia and Montenegro*, Decisión sobre la jurisdicción, 8 de septiembre de 2006.

industrias señaladas. Dado que no se trataba de un arbitraje ante el CIADI, a juicio del tribunal arbitral, la demanda del inversionista únicamente tenía que cumplir con los requisitos del TBI²¹. Sin embargo, en sus escritos las partes hicieron numerosas referencias al artículo 25 del Convenio del CIADI. Por lo anterior, el tribunal se vio forzado a analizar la noción de inversión en el contexto de este último tratado. Después de una breve reseña de los elementos característicos según el test Salini, sostuvo que el conjunto de los siete contratos era más que una operación comercial ordinaria y efectivamente constituía una inversión.²²

Asimismo, en el caso *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, el arbitraje relativo a las demandas de índole contractual, se desarrolló bajo las normas de la UNCITRAL. El tribunal arbitral sostuvo que la noción de inversión bajo el TBI poseía un significado inherente (sin importar si el inversionista recurre al CIADI o al procedimiento bajo las normas de la UNCITRAL). Lo anterior suponía la existencia de una **contribución** que se extendía sobre un determinado **período de tiempo** y contemplaba un cierto **riesgo** (subrayado original)²³. El planteamiento anterior se acerca notoriamente a los criterios del test Salini. Su aplicación llevó al tribunal arbitral a concluir que el demandante no poseía una inversión, ya que sus derechos se derivaban meramente de un conjunto de transacciones comerciales.²⁴

Resumiendo lo señalado, podemos concluir que para corroborar que la relación jurídica de índole contractual constituye asimismo una inversión, los tribunales arbitrales se basan en los términos –usualmente muy amplios– de los TBI. Al mismo tiempo, en el marco del Convenio de Washington, recurren a los criterios formulados en el caso Salini. Tales criterios han sido incluso invocados en juicios arbitrales no sometidos a la jurisdicción del CIADI. Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación del test Salini sigue siendo discrecional, dado que no consta en el texto convencional, y más bien constituye un fruto del desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

2. Alcance del precepto del tratado sobre la solución de controversias entre inversionista y Estado

La jurisdicción de un tribunal arbitral constituido en virtud de un TBI con respecto a una demanda contractual, depende entre otros factores, del alcance de la disposición del tratado sobre la solución de disputas entre el inversionista y el Estado. El tenor literal de tales disposiciones varía a lo largo de los distintos TBI.²⁵

²¹ Ibid., pág. 118.

²² Ibid., pág. 120-124.

²³ *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. AA280, Laudo, 26 de noviembre de 2009, pág. 194-195, 207.

²⁴ Ibid., pág. 242.

²⁵ Malik, Máhnaz, "The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators", en www.iisd.com, pp. 3 y ss. Gaillard, Emmanuel, "Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses", *New York Law Journal*, Vol. 234, No 68, 2005, <http://www.nylj.com>.

Algunos tratados consignan el recurso al arbitraje internacional para "cualquier disputa que surja de este tratado", con lo cual la jurisdicción del tribunal arbitral se limita a aquellas demandas que invocan la violación de los estándares sustantivos del TBI. Ese tipo de disposiciones no restringe la posibilidad que tiene el inversionista extranjero de presentar, ante un tribunal arbitral del tratado, una demanda relacionada con el desempeño contractual del Estado receptor. Sin embargo, en este contexto adquiere relevancia la separación conceptual existente entre el derecho interno y el derecho internacional. Tal como sostuvo el Comité ad hoc de anulación en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal v. Argentina*, los mismos hechos pueden ser calificados como un ilícito desde la perspectiva del derecho internacional, sin serlo para el derecho doméstico, y viceversa. La existencia de una violación se determinaría "a través de la referencia al derecho apropiado o aplicable: al derecho internacional, en el caso del TBI, y al derecho que rige el contrato"²⁶. En otras palabras, el tribunal creado en virtud del tratado tiene competencia para evaluar un eventual incumplimiento contractual a la luz de los estándares de trato garantizados por TBI.

En otro grupo de tratados internacionales, la disposición sobre solución de controversias hace referencia a "cualquier disputa relacionada con el acuerdo de inversión". Con ello, la competencia material del tribunal arbitral se extiende a demandas de índole contractual, siempre y cuando el contrato que da lugar a su nacimiento pueda ser calificado como un acuerdo de inversión. Dentro de este grupo podemos mencionar el arbitraje *Lanco International Inc. v. Argentina*, que versaba sobre un contrato de concesión portuaria, celebrado entre un inversionista estadounidense y el Estado argentino²⁷. El Artículo VII.1.a del TBI definía la disputa relacionada con inversiones como aquella que surja de un acuerdo de inversión²⁸. El tribunal arbitral calificó dicho contrato como un acuerdo de inversión y confirmó que el inversionista tenía derecho a recurrir al arbitraje del CIADI.²⁹

Por su parte, el caso *Noble Energy, Inc. y Machalapower Cía. Ltda. v. La República de Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, formula los criterios que permiten confirmar la existencia de un "acuerdo de inversión"³⁰. El tribunal arbitral destacó que el contrato en análisis había cumplido con lo establecido en el Decreto sobre Inversiones y fue redactado sobre la base del Contrato Modelo sobre Inversiones emitido por un decreto ministerial. Con ello, se consideró probada la existencia de una diferencia sobre inversiones "que se deba o sea pertinente a un acuerdo de inversión".³¹

²⁶ Comité ad hoc, Decisión sobre la anulación del 3 de julio de 2002, párs. 95 y 96.

²⁷ *Lanco International Inc. v. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB 97/6, Decisión sobre la jurisdicción, 8 de diciembre de 1998.

²⁸ *Ibid.*, párs. 17.

²⁹ *Ibid.*, párs. 16, 20.

³⁰ *Noble Energy, Inc. y Machalapower Cía. Ltda. v. La República de Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión sobre jurisdicción, 5 de marzo de 2008 párs. 137.

³¹ *Ibid.*, párs. 140.

Por último, algunos tratados regulan la solución de controversias para "cualquier disputa relacionada con la inversión". Se podría entender que tan amplia estipulación abarca incluso aquellas demandas cuyo fundamento jurídico es contrato, sin que dicho contrato necesariamente tenga que ser catalogado como un acuerdo de inversión. La jurisprudencia arbitral ha interpretado ese tipo de cláusulas de manera disímil. Por una parte, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, se ha determinado que ese tipo de normas posee una limitación inherente que impide someter al arbitraje una disputa netamente contractual³². El artículo 9 del respectivo TBI regulaba la solución de las disputas entre el inversionista y el Estado que surgieran "con respecto a las inversiones". A juicio del tribunal arbitral, el tenor literal del precepto no le otorgaba jurisdicción sobre las demandas basadas solamente en el contrato, sin que los incumplimientos contractuales alegados por el inversionista al mismo tiempo equivalieran a una violación del TBI.³³

Por otra parte, distinta fue la postura del tribunal del caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*³⁴. El artículo 8 del respectivo tratado establecía el procedimiento de solución de controversias entre un inversionista y el Estado receptor con respecto a "todas las disputas y diferencias, incluidas aquellas relativas al monto de la compensación debida en el evento de una expropiación, nacionalización o medidas similares"³⁵. El tribunal arbitral rescató el tenor literal genérico del precepto y sostuvo que abarcaría, asimismo, las demandas basadas en los contratos³⁶. Sin embargo, el tribunal precisó que su jurisdicción sobre las demandas contractuales podría variar dependiendo de si la parte del contrato era el Estado mismo o una agencia pública legalmente independiente. Dicha limitación no era aplicable en la medida en que la demanda se basaba en los estándares sustantivos propios del TBI³⁷. En otras palabras, el tribunal arbitral estaba dispuesto a ejercer su jurisdicción con respecto a las demandas contractuales siempre y cuando el Estado hubiese sido parte del contrato.

Sin perjuicio del análisis anterior, en la mayoría de los casos que involucran demandas contractuales, mayor relevancia posee la pregunta sobre el efecto que tiene una cláusula de solución de controversias incorporada en el contrato.

³² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso No. ARB/01/13, Decisión sobre la jurisdicción, 6 de agosto de 2003

³³ *Ibid.*, pár. 161-162.

³⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre la jurisdicción, 16 de julio de 2001

³⁵ *Ibid.*, pár. 31.

³⁶ *Ibid.*, pár. 59.

³⁷ *Ibid.*, pár. 62.

3. Efectos de la cláusula de solución de controversias contemplada en el contrato entre inversionista y Estado

En el caso en que el contrato celebrado entre el inversionista y el Estado contenga una cláusula de solución de controversias a favor de un foro distinto a aquel consagrado en el tratado, surge la pregunta si la cláusula contractual debe prevalecer, siendo anulado el derecho del inversionista de recurrir al arbitraje internacional otorgado por el tratado. Para contestar la interrogante anterior, la jurisprudencia arbitral parte de la separación conceptual que existe entre el derecho internacional y el derecho doméstico, y realiza una distinción analítica entre las demandas basadas en los tratados y aquéllas basadas en los contratos.

Así, en la citada decisión del Comité ad hoc de anulación del caso *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal v. Argentina*, se sostuvo que la definición de la demanda como aquella basada en el contrato o en el tratado, dependía de la normativa invocada para fundamentarla³⁸. Como consecuencia de ello, el Comité concluyó que si la demanda se basase esencialmente en una violación contractual, debería darse efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro, contenida en el contrato. Si, en cambio, la demanda se basase fundamentalmente en el tratado que contemplare un estándar independiente aplicable a la conducta de las partes, la existencia de una cláusula contractual que estableciese una jurisdicción exclusiva no podría operar como impedimento para la aplicación de dicho estándar.³⁹

Este planteamiento fue puesto a prueba en el caso *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, que versaba sobre una cláusula contractual de solución de disputas incorporada expresamente con el propósito de dejar sin efecto el arbitraje internacional previsto por el TBI. En esa ocasión, los términos de licitación y el contrato de concesión suscrito por la empresa norteamericana con el gobierno provincial, contenían cláusulas de solución de controversias a favor de la jurisdicción contenciosa administrativa de la ciudad de La Plata. La cláusula operaba "con respecto a todas las disputas que puedan surgir de la licitación, renunciándose a cualquier otro foro, jurisdicción o inmunidad que pueda corresponder"⁴⁰. En el arbitraje del CIADI, Argentina alegaba que se trataba de una controversia basada en un contrato y que la renuncia explícita a cualquier otra jurisdicción había sido específicamente incorporada en los contratos tipo para evitar que una controversia contractual fuera llevada ante un tribunal del CIADI.⁴¹

El tribunal arbitral sostuvo que tendría jurisdicción sobre la disputa suscitada si ésta, tal como había sido presentada por el demandante, correspondiera *prima facie* a una disputa basada en el tratado. Según el tribunal arbitral, la controversia podría in-

³⁸ Comité ad hoc, Decisión sobre la anulación del 3 de julio de 2002, pár. 95 y 96.

³⁹ *Ibid.*, pár. 98 y 101.

⁴⁰ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre la jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, pár. 26.

⁴¹ *Ibid.*, pár. 78.

volucrar la interpretación o el análisis de los hechos relacionados con el cumplimiento del contrato de concesión en la medida en que dichos eventos fueran relevantes para determinar la violación del tratado. Sin embargo, ello no transformaba per se la disputa basada en el tratado en una contractual⁴². La renuncia explícita a cualquier otra jurisdicción, pactada en el contrato, no permitía llegar a una conclusión distinta a la que había alcanzado la jurisprudencia anteriormente dictada. Ello en virtud de que una cláusula de elección de foro incluye siempre, en forma implícita, una renuncia a cualquier otra jurisdicción⁴³. Si bien en teoría existiría la posibilidad que un inversionista renunciara al acceso a la justicia internacional, en este caso, la supuesta renuncia se había hecho frente al gobierno provincial. La parte demandada bajo el TBI era, en cambio, la República Argentina.⁴⁴

En el caso *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, el inversionista turco había celebrado un contrato de construcción de autopista con la Agencia Nacional de Autopistas (ANA)⁴⁵. Después de un tiempo de ejecución del proyecto, el contrato fue declarado resuelto por ANA. El sitio de construcción fue rodeado por las fuerzas armadas pakistaníes y el personal de Bayindir fue evacuado⁴⁶. En virtud de lo pactado en el contrato, las disputas entre las partes tenían que ser sometidas al arbitraje bajo la ley de Pakistán.⁴⁷

Pakistán objetó la jurisdicción del CIADI alegando la naturaleza intrínsecamente contractual de la controversia, por lo que, recogiendo el planteamiento del Comité ad hoc de anulación del caso *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal v. Argentina*, correspondía respetar la cláusula compromisoria pactada por las partes⁴⁸. Frente a ello, el tribunal recalcó que las demandas contractuales y aquellas basadas en los tratados eran independientes entre sí. Por consiguiente, los derechos del inversionista para buscar la indemnización en virtud del contrato y en virtud del TBI eran autónomos ("self-standing right").⁴⁹

Con respecto a la solicitud del Estado demandado de suspender el procedimiento del CIADI hasta que el asunto fuese decidido en el arbitraje con sede en Pakistán, el tribunal estimó que "su jurisdicción bajo el TBI le permitía, de ser necesario, resolver cualquier asunto contractual subyacente como cuestión preliminar. Este tribunal deberá proceder en base a los méritos del caso, tal como lo hizo el tribunal arbitral con sede en Pakistán. Esta es una consecuencia inevitable del principio que establece la naturaleza

⁴² Ibid., pág. 76.

⁴³ Ibid., pág. 80.

⁴⁴ Ibid., pág. 85.

⁴⁵ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre la jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, pág. 24-27.

⁴⁶ Ibid., pág. 29.

⁴⁷ Ibid., pág. 20.

⁴⁸ Ibid., pág. 151.

⁴⁹ Ibid., pág. 166 y 167.

distinta de las demandas contractuales y aquellas basadas en los tratados"⁵⁰. El tribunal estaba consciente que este sistema implicaba riesgos de decisiones contradictorias o de indemnizaciones dobles. A su juicio, correspondía buscar mecanismos jurídicos para paliar esas desventajas, pero ese potencial peligro no podía privarlo de jurisdicción.⁵¹

Esta distinción analítica entre el derecho internacional e interno y, por ende, entre los tribunales basados en los tratados y aquellos constituidos para fallar sobre las demandas intrínsecamente contractuales, se refleja en la sentencia *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt*⁵². La controversia se produjo entre el inversionista danés y EGOH, una entidad estatal egipcia, con respecto a un contrato de administración de un hotel en la ciudad de El Cairo. El conflicto fue objeto de un arbitraje con sede en El Cairo. El tribunal arbitral declaró unánimemente el contrato terminado.⁵³

A la luz de la existencia de una relación contractual, el tribunal arbitral del CIA-DI realizó una distinción entre los derechos contractuales de Helnan de acuerdo al sistema jurídico egipcio y los derechos previstos por el tratado. Asimismo, indagó sobre el efecto que poseía en el presente juicio, el laudo arbitral dictado en El Cairo⁵⁴. Sostuvo que el laudo doméstico tenía el efecto *res judicata* solamente en el ordenamiento jurídico al que pertenecía, en este caso, el derecho egipcio, en cambio, no podría ser invocado ante el tribunal internacional para sostener que la demanda del inversionista era inadmisibile.⁵⁵

Como se desprende de lo anterior, la jurisprudencia observa las demandas contractuales y aquellas basadas en los tratados como analíticamente diferentes y coexistentes. Las cláusulas de solución de controversias incluidas en los contratos estipular, en el marco del derecho doméstico, los mecanismos para la solución de disputas. Una estipulación pactada bajo el amparo de una ley nacional no puede afectar los derechos del inversionista extranjero, consagrados en un tratado internacional, y por lo tanto, el acceso a la justicia arbitral internacional invocando las violaciones del tratado.

4. Actuación del Estado en el ejercicio de sus facultades soberanas

El siguiente criterio constituye un elemento medular para determinar la procedencia y el alcance de la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones contractuales. En este contexto, la jurisprudencia arbitral se ha enfocado en los aspectos

⁵⁰ Ibid., pág. 270.

⁵¹ Ibid.

⁵² *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. 05/19, Laudo, 3 de julio de 2008, pág. 1-9, pág. 132-168, 164.

⁵³ Ibid., pág. 132-168, 164.

⁵⁴ Ibid., pág. 101.

⁵⁵ Ibid., pág. 125.

tos subjetivos de la responsabilidad. En particular, ha indagado en la aplicación de las reglas de atribución al Estado de hechos ilícitos cometidos por sus órganos y agentes, siendo tales reglas distintas en el plano internacional⁵⁶ de las que se aplican en el derecho interno de los distintos países. Al mismo tiempo, los tribunales se han centrado en los aspectos sustantivos que caracterizan el supuesto incumplimiento, reafirmando que no cualquier incumplimiento contractual puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado.

En el caso *Impregilo S.p.A v. Islamic Republic of Pakistan*, el inversionista italiano alegaba la responsabilidad del Estado pakistaní por violaciones del TBI suscrito entre ambos países y de dos contratos de concesión celebrados con una entidad estatal, llamada WAPDA. El tribunal arbitral, después de analizar el estatus de WAPDA, su modo de funcionamiento y su relación con el gobierno pakistaní, concluyó que, aunque el gobierno ejerciera un estricto control sobre la agencia, ésta era un ente autónomo, legal y financieramente distinto del Estado demandado⁵⁷. Los argumentos del inversionista respecto a que un Estado sería responsable por la conducta ilegal de sus entidades, no tendrían aplicación al caso, dado que no se trataba de una violación del derecho internacional, sino del doméstico⁵⁸. Aunque las demandas basadas en el tratado podrían coincidir y sobreponerse con aquellas contractuales, las dos permanecían analíticamente distintas. Diferentes reglas aplicables a la responsabilidad internacional, podrían significar que el Estado de Pakistán tendría que asumir responsabilidad por la conducta de la agencia pública⁵⁹. Para ello, los actos supuestamente violatorios tenían que ser atribuibles a Pakistán y debían haberse realizado en el ejercicio de sus facultades soberanas (*"puissance publique"*)⁶⁰. Sin embargo, la entrega del sitio en condiciones geológicas insatisfactorias, que dificultaban la construcción, constituiría una mera violación contractual, sin afectar las actividades soberanas del Estado. Por las razones expuestas, el tribunal declinó su jurisdicción sobre lo particular.⁶¹

En el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. República Unida de Tanzania*, el tribunal arbitral rechazó el argumento del inversionista en cuanto a que la terminación del contrato de licencia constituía una expropiación. Distinguió entre las situaciones en las cuales el Estado actúa meramente como una contraparte contractual de aquellos casos en los cuales ejerce sus facultades soberanas⁶². Sostuvo que la decisión de resolver el contrato fue tomada por DAWASA, una agencia pública distinta del Estado mismo,

⁵⁶ International Law Commission's (ILC), Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

⁵⁷ *Impregilo S.p.A v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre la jurisdicción, 22 de abril de 2005, pár. 199-209.

⁵⁸ *Ibid.*, pár. 210.

⁵⁹ *Ibid.*, pár. 262.

⁶⁰ *Ibid.*, pár. 266.

⁶¹ *Ibid.*, pár. 268 y 269.

⁶² *Ibid.*, pár. 458.

