

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 7 - 2022



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila



PRINCIPIA

No. 7-2022



Universidad Monteávila



CIERC

Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias

© Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila
Reservados todos los derechos

Principia No. 7-2022 / Diciembre 2022
Envío de convocatoria 05 de julio de 2022
Recepción de artículos 30 de noviembre de 2022
Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591
ISSN-L: 2739-0055
ISSN: 2739-0055 (En línea)
ISSN: 2790-377X (Impresa)
Caracas, Venezuela
RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9
Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director de CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de controversias. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos.



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila

Final Av. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA LA
RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S.

Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Alejandro Ramírez Padrón

Subdirector Editorial

Carlos Caricles Bolet

Asistente del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo Editorial

Asesor de la Dirección Editorial

Diego Castagnino

CONSEJO EDITORIAL

Krystle Baptista Serna

Mario Bariona Grassi

Ricardo Chirinos

Ramón Escovar Alvarado

Rodrigo Farías Díaz

Carmine Pascuzzo S.

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia*!

Desde el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (“CIERC”) nos complace presentar la séptima edición de *Principia*.

La publicación de esta edición de *Principia* no habría sido posible sin la labor de todos los miembros del equipo que hacen posible presentar un producto de calidad académica, que cumple la misión de difundir conocimiento académico sobre los medios alternativos de solución de controversias.

Este 2022 el CIERC cumplió su aniversario número 15, siendo un centro que busca constantemente el desarrollo y promoción de los medios alternativos de resolución de conflictos, a través de formación y difusión académica. En *Principia*, nos enorgullece poder formar parte de la labor que hace el CIERC a través de esta publicación que fomenta la discusión académica y difunde contenido que desarrolla temas sobre la resolución de conflictos.

En esta entrega dedicada a los 15 años del CIERC, contamos con una entrevista a su Director, el profesor Fernando Sanquírigo Pittevil, que nos da una visión actual de los diversos proyectos del CIERC y de los objetivos a futuro del centro.

Contamos también con una nota especial de la Subdirectora de Estudios del CIERC, la profesora Adriana Vaamonde Marcano, donde nos hace un recuento de la historia del CIERC y sus proyectos y del camino que se ha recorrido hasta ahora, mencionando los proyectos actuales del CIERC y su impacto.

Luego encontrarán un innovador trabajo de Carlos Carieles Bolet, donde analiza la idoneidad de la protección de las inversiones en criptomonedas por el derecho internacional.

Con la autoría de Rodrigo Farías Díaz podrán leer sobre posibles alternativas al arbitraje entre Estado e inversionista, el cual ha sido objeto de numerosas críticas en los últimos años.

Veremos el trabajo de Pablo Martínez Llorente, donde analiza los conflictos que pueden surgir del sistema de “doble control” sobre los laudos arbitrales (el reconocimiento y ejecución y la anulación) que presenta la Convención de Nueva York.

En otro trabajo, María Palacios La Manna hace un estudio sobre la doctrina de “clean hands” y las posturas que ha tenido Venezuela en sus tratados bilaterales de inversión y tribunales arbitrales CIADI.

Finalmente leerán de Fernando Pérez Lozada un trabajo donde expone sobre la posibilidad de reconvencción que tienen los Estados frente a los inversionistas extranjeros, donde analiza las posiciones que han tomado algunos tribunales arbitrales y tratados bilaterales de inversión.

Agradecemos a todos los árbitros revisores, a los miembros de la Dirección Editorial y al Consejo Editorial que hacen que *Principia* sea posible.

¡Nos vemos en el No. 8!

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora Editorial de *Principia*

Contenido

Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias. 15 años, 15 preguntas

Entrevista de la Dirección Editorial de Principia a Fernando Sanquírigo Pittevil pág 1

15 años del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

Adriana Vaamonde Marcano Pág 9

El Derecho Internacional y la protección de las inversiones en criptomonedas

Carlos Carieles Bolet pág 13

Hacia un posible cambio en el sistema de resolución de controversias entre Estado e Inversionista

Rodrigo Farías Díaz pág 25

La posibilidad de los tribunales de reconocer un laudo estando pendiente la acción de anulación en la sede

Pablo Martínez Llorente pág 41

Análisis de la doctrina del ‘clean hands’ frente a la protección de inversiones internacional

María Palacios La Manna pág 59

Demandas Reconvencionales de Estados frente a Inversionistas: ¿Realidad o Ficción Jurídica?

Fernando Pérez Lozada pág 71

Normas Editoriales de Principia

pág 115

Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias: 15 años, 15 preguntas

Entrevista de la Dirección Editorial de Principia a Fernando Sanquírigo Pittevil*

Principia No. 7–2022 pp. 1-7

1. Si tuviera que describir al CIERC en una sola palabra ¿Cuál sería y por qué?

Creo que describir a un centro de investigación en una sola palabra es una tarea difícil, puesto que son muchas cosas las que suceden y las que se hacen dentro de un centro de este tipo. Sin embargo, si tuviera que elegir, creo que algo que define al CIERC es *constancia*.

Ser constante parece fácil, pero existen muchos ejemplos a nuestro alrededor que demuestran lo contrario. En el caso del CIERC, la constancia se manifiesta de muchas formas: trabajando, a pesar de los compromisos personales de todos sus miembros; produciendo, a pesar de las circunstancias que, a veces, nos hacen la labor más difícil y más lenta; insistiendo en seguir siendo un centro de calidad y, por tanto, de referencia en nuestra materia; etc.

2. ¿Cuáles considera son los principales retos y oportunidades

al momento de hacer investigación jurídica en Venezuela?

Desde el punto de vista de las oportunidades creo que son muchas. Vivimos en un entorno que está evolucionando muy rápido, y esa evolución trae consigo nuevos problemas, que las ciencias sociales deben resolver, y el derecho no está exento de ello.

Por ello, creo que una de las grandes oportunidades que tenemos los abogados hoy en día, es dedicarnos a hacer investigaciones jurídicas que permitan a nuestro entorno entender cuáles son esos problemas, y permitan aproximar soluciones que sean justas y acordes a nuestra realidad.

Además, creo que nuestro sistema jurídico está estancado en premisas y principios típicos de siglos anteriores, que muchas veces no solucionan los problemas de la sociedad actual. Para llenar esas grandes lagunas jurídicas, la labor del investigador es clave, permitiéndole profundizar en los

* Fernando Sanquírigo Pittevil. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias. Profesor de la Universidad Monteávila, University of Missouri, Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela. Senior Counsel en Dentons.

principios del derecho, en el derecho comparado, en casos análogos, entre muchos otros, para que puedan proponerse verdaderas soluciones que sean modernas, creativas, eficaces y eficientes a esos problemas que nuestro derecho positivo actual no resuelve.

Para ello, el investigador se encuentra con algunos retos que son importantes. La realidad económica que han sufrido los investigadores venezolanos en los últimos años hace que el acceso a la información sea escaso. Esto se debe a que, en muchísimos casos, las bibliotecas jurídicas han quedado desactualizadas por lo costoso que puede llegar a ser la adquisición de material bibliográfico actualizado. Además, los altos costos de repositorios virtuales, que generan muchísimo valor para una investigación seria, han dejado sin acceso a los investigadores de estas fuentes tan valiosas.

Otro reto importantísimo que tiene la investigación jurídica venezolana es la realidad económica y social que se mantiene desde hace muchos años en nuestro país, lo que hace que los grandes temas que han movido a la comunidad jurídica internacional no han sido discutidos con profundidad y seriedad en la gran mayoría de nuestro entorno por no ser temas de relevancia para nuestro derecho.

En todo caso, creo que nuestra comunidad jurídica y los investigadores en nuestro país son de altísimo nivel, que han demostrado tener la capacidad y las competencias necesarias para producir investigaciones de la mejor calidad. Esto abre las puertas a grandísimas oportunidades, e incluso a las nuevas generaciones de investigadores, a seguir generando conocimiento de valor, no solo para nuestro entorno, sino para la comunidad jurídica internacional.

3. En su criterio, ¿Qué rol cumple la academia en el desarrollo y modernización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias?

La academia –como ‘sociedad científica’ o como ‘establecimiento docente’– no existe sin los académicos, quienes son, en su conjunto, los que tienen parte del rol en el desarrollo y modernización, no solo de los medios alternativos de resolución de controversias, sino de las ciencias en general. En este sentido, vale la pena recordar la entrevista que se le realizó al Profesor Hernández-Bretón en Principia 1-2 sobre el rol del académico:

Un académico cree en la función de la educación para la construcción de una sociedad civilizada y en el conocimiento científico y humanístico como instrumento de garantía de la perpetuación de los más altos valores de la existencia humana. La labor del

académico es la de servir a su mundo como una suerte de custodio de la esperanza de progreso humano y de bienestar de las colectividades. Por eso es que cada sociedad tiene el deber de proteger y fomentar la labor de los académicos.

Así, creo que el rol de la academia, y por tanto de todos los académicos, es educar con propósito de incentivar a los estudiantes a despertar el interés del conocimiento con vocación de bien y libertad, para que sean estos, a su vez los que perpetúen la labor académica, en una continua búsqueda de la verdad que propenda a ‘los más altos valores de la existencia humana’.

Es por ello, que en el campo del desarrollo y la modernización de los medios de resolución de controversias –no solo los “alternos”–, la academia tiene muchos roles, pero principalmente, el de educar para una paz de convivencia social duradera, que logre generar ‘progreso humano y de bienestar’ que se perpetúe en beneficio de todos los ciudadanos.

4. ¿Cómo surgió el proyecto de la revista Principia del CIERC? Y ¿De qué forma contribuye Principia con los objetivos del CIERC?

Principia surge como el primer proyecto del CIERC, a partir de su reactivación en el 2018. Inicialmente estaba concebida como un pequeño boletín, en donde se discutirían temas de actualidad que fuesen surgiendo de

la práctica de los medios de resolución de controversias en nuestro entorno.

Sin embargo, el impulso del equipo del CIERC, principalmente por Caterina Jordan, hizo que Principia apuntara a un rumbo más ambicioso, de convertir a Principia en una revista de carácter científico en la materia de resolución de controversias.

Esa idea la compartieron quienes, luego, se incorporaron en el equipo editorial –Magdalena Maninat, Alejandro Ramírez y Carlos Carieles–. Ellos han hecho de Principia un lugar de encuentro y discusión de temas importantísimos, no solo para la realidad venezolana, sino para la práctica de los medios de resolución de controversias internacional; logrando, además, que Principia cumpla con estándares de altísima calidad, que han permitido la indexación de la revista.

De esta forma, Principia no es solo una revista más sobre medios de resolución de controversias, sino que es una de las principales fuentes de difusión del conocimiento de medios de resolución de controversias que existe en nuestro país, lo que hace de Principia uno de los fundamentos existenciales del CIERC, para poder cumplir con su rol como entidad de investigación y estudios.

5. ¿Qué visión tiene para la revista Principia en el futuro?

Siempre he visto a Principia como un lugar de discusión académica con propósito de generar conocimientos que propendan a la mejor y más sana práctica de los medios de solución de controversias. Creo que de alguna forma Principia está bien examinada, y eso lo demuestra que hay ya producción académica que cita artículos publicados en Principia, lo que es algo bueno.

En todo caso, quisiera ver más números de Principia publicados, y estoy seguro que el equipo editorial lo va a lograr con el empeño y cariño con el que han trabajado los 6 números ya publicados. También, la visión está en lograr más indexación de la revista, más autores queriendo publicar en Principia, y más investigadores citando los trabajos publicados en nuestra revista.

Pero lo más importante, personalmente, es que Principia sea considerada como algo esencialmente bueno y de calidad. Bajo esa premisa, la visión más importante, es la que tenga el equipo editorial.

6. ¿Cuál considera que es la importancia de la LAC Comentada para la comunidad académica nacional?

Lo más importante de la LAC Comentada, es lograr un estudio sistematizado de nuestra Ley de

Arbitraje Comercial, con sentido, no solo teórico, sino práctico. Además, si bien existen varias publicaciones sobre el arbitraje en Venezuela, luego de casi 25 años de publicada la Ley, es un aporte que se da para generar reflexión sobre las cosas buenas y las mejorables de nuestra legislación.

Yo espero que la comunidad académica y los abogados en ejercicio puedan obtener de los Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial, herramientas que hagan más fácil el estudio del arbitraje en Venezuela, y por supuesto, que hagan de la práctica arbitral algo cada vez más cómodo, generalizado, y por supuesto, ético y de bien. Sin embargo, quisiera creer, que los más beneficiados con los comentarios de la LAC, serán los estudiantes de pre y postgrado, quienes tendrán en los comentarios una fuente de altísima calidad para aprender, para estudiar, y que nunca falte: para criticar.

7. ¿Se pretende dar continuidad a la LAC Comentada? De ser afirmativa la respuesta, ¿Cómo lo vería posible?

Esto es algo que es difícil de prever. Por supuesto que en el futuro dar continuidad a la LAC Comentada, implicaría revisar y modernizar la interpretación de la ley, lo que sin duda sería beneficioso. Pero es algo que el tiempo deberá decir y que aun no podemos decir que sucederá.

8. ¿Cómo los Programas de Estudios Avanzados en Negociación y Mediación, en Arbitraje, y en Derecho Privado Patrimonial contribuirán con los objetivos y trayectoria del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias?

De nada sirve un centro de investigación y estudios, si se enclaustra para discutir en su seno temas que no se difunden y se ponen a disposición de los demás para el intercambio de ideas. En este sentido, los Programas de Estudios Avanzados vienen a ser parte de esa difusión del conocimiento, de esa vocación de formación de profesionales, profesores, investigadores, e interesados en aprender, a nivel de postgrado, además que son interesantes, pero que además tienen impacto en nuestro día a día.

Es por ello que los Programas de Estudios Avanzados, conjuntamente con Principia, hacen que su labor sea salir al encuentro y discusión de las ideas, de fomentar el interés de las personas, y de generar valor agregado en nuestro entorno.

9. ¿Qué proyecto puede esperarse tras la suscripción del Convenio con la Universidad de Missouri para obtener el título de Magíster en Resolución de Controversias?

Creo que ahora lo que toca es seguir fortaleciendo la relación con la Universidad de Missouri; pero además,

hay que seguir buscando la internacionalización del CIERC, para que sirva de plataforma a los egresados de los programas y a todas las personas vinculadas con el Centro.

10. ¿Este Convenio con la Universidad de Missouri le será aplicable a los estudiantes de la primera cohorte del Programa de Estudios Avanzados en Negociación y Mediación?

Por supuesto que será aplicable a los estudiantes de la primera cohorte. Una de las principales preocupaciones de la Profesora Adriana Vaamonde y mía era que los estudiantes de la primera cohorte, que fueron maravillosos, se beneficiaran de este convenio, y pudieran tener el beneficio de optar a la Maestría de Resolución de Disputas de esa Universidad en Estados Unidos.

11. ¿Cuál es el objetivo del Anuario de los Programas de Estudios Avanzados en Negociación, Mediación y Arbitraje? ¿Cómo el Anuario aportará a los fines perseguidos por el CIERC?

El objetivo del Anuario de los PREAs es servir de lugar de difusión de las ideas que se están generando en los estudiantes de los programas. Hemos visto, con muchísima satisfacción, que los trabajos que producen nuestros estudiantes, son publicados en revistas de mucha calidad, e incluso

han ganado premios de investigación independientes.

Es por ello que no podíamos dejar a nuestros estudiantes y exalumnos sin la oportunidad de tener un lugar más de encuentro para generar diálogo académico de las ideas y experiencias que están teniendo o han tenido en torno a los temas relevantes de los PREAs. Estoy seguro que servirá su propósito, y dará muchas cosas buenas de qué hablar.

12. ¿Qué impacto genera el CIERC en las futuras generaciones que piensan hacer vida en la resolución alternativa de conflictos?

El impacto que hemos buscado que genere el CIERC es, en primer lugar, fomentar el interés en las futuras generaciones por aprender de algunas materias que son fundamentales, no solo para el ejercicio profesional, sino como herramientas que podemos tener las personas en nuestro día a día.

13. ¿Qué recomendaciones les da a los estudiantes de Derecho y jóvenes abogados interesados en la resolución alternativa de conflictos?

Como recomendación, me robaré, una vez más, las palabras del Profesor Eugenio Hernández-Bretón en la entrevista que publicamos en Principia 1-2, ya que expresa perfectamente un consejo fantástico, que en muchas ocasiones, se nos olvida seguir:

Estudiar mucho, ser curiosos, preguntar, hablar con sus profesores, compartir con sus compañeros, hacer deporte, sumergirse en la cultura, disfrutar de la naturaleza, vivir intensamente y no dejar las cosas para mañana. Y saber que el trabajo hace más digno al hombre que suda.

14. ¿Qué aprendizaje le ha dejado su experiencia como Director del CIERC durante estos últimos años?

Esta es una pregunta que para responderla podría tardarme algunas horas. Pero para intentar hacerlo corto, creo que puedo condensarlo diciendo que los aprendizajes han sido muchísimos y de muy variada naturaleza: A ser atrevido, pero con cautela; a escuchar con atención, pero con criterio propio; a ayudar a los demás a crecer, sin perder de vista mi crecimiento personal; a defender la libertad de ideas, y a condenar la censura; a no darme por satisfecho con lo que sé, sino que debo aprender cada vez más.

Más allá del aprendizaje técnico que me pueda dejar esta experiencia increíble, en el sentido de haber aprendido y seguir aprendiendo de temas jurídicos; son esas pequeñas cosas, muchas veces imperceptibles, las que dejan los mayores aprendizajes. Por ahora, lo más importante, es seguir aprendiendo.

15. ¿Cómo se imagina al CIERC dentro del corto, mediano y largo plazo?

En los tres tiempos veo al CIERC mejorando y creciendo, no puede ser de otra forma. Pero debo admitir que, así como soñó el profesor Pedro Jedlicka en su momento, quien fue director fundador del CIERC, yo sueño con que el CIERC perdure en el tiempo, y puedan ser nuevas generaciones de investigadores los que tomen bajo su guía este Centro que no tiene otra misión que producir, divulgar e incentivar el estudio de los medios de resolución de controversias.

15 años del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

Adriana Vaamonde Marcano*

Principia No. 7-2022 pp. 9-11

I. Valores, Institución y Compromiso

Con gran visión, en el año 2007 fue fundado el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC), asumiendo el reto de fomentar dentro de la cultura académica y jurídica estas herramientas esenciales de formación humanista.

Sus primeros pasos estuvieron a cargo de la dirección del profesor Pedro A. Jedlicka Z., quien fijó los pilares claves con base en valores y principios característicos de la Universidad Monteávila, que orientaron los objetivos que mantienen la esencia de la institucionalidad del CIERC.

El éxito determinante de los proyectos iniciales y más emblemáticos del CIERC estuvo en hacer protagonista la inserción de la comunidad y la vocación de servicio hacia ella por parte de la institución. El programa Construyendo Puentes, basado en el modelo de Harvard, llevó a cientos de hogares un mensaje de paz y

convivencia. Consistió en enseñar estrategias de negociación a estudiantes de entre 6to. y 9no. grado de sectores humildes de Caracas y Guatire, así como a sus representantes, con la finalidad de disminuir los niveles de violencia familiar.

Esta experiencia tuvo un impacto transformador en la comunidad y en todos sus colaboradores, pues marcó para siempre a quienes fueron partícipes de la iniciativa, no solo al recibir, sino también al impartir estas grandes lecciones.

El CIERC también contribuyó con la formación universitaria complementaria de estudiantes que decidieron prepararse para competencias internacionales, participando en la orientación docente en la elaboración de estrategias académicas de varios equipos que participaron en el Modelo de la Organización Internacional del Trabajo.

* Adriana Vaamonde Marcano. Subdirectora de Estudios del CIERC

Posteriormente, en el año 2018 el CIERC amplió las oportunidades de su potencial y permitió dar continuidad a su proyecto, con base en los valores y principios bajo los que fue fundado, manteniendo sus objetivos esenciales. A partir de este momento, el CIERC pasa a crear un equipo al que se le delegarán distintas competencias de coordinación para la ejecución de sus proyectos bajo la dirección del Profesor Fernando Sanquínico Pittevil.

Hasta la fecha, el CIERC ha invertido sus recursos y esfuerzos en la formación institucional, en la creación de conciencia jurídica y técnica entorno a los medios alternos de resolución de conflicto, además de a la creación de lazos institucionales estratégicos que han contribuido al fortalecimiento de su institucionalidad.

II. Un camino en construcción

Los hechos y la satisfacción de grandes objetivos logrados nos permiten asegurar, sin temor a equivocarnos, que el futuro del CIERC se escribe con firmeza, certeza y éxito, pues los proyectos y alianzas están a cargo de un gran equipo con vocación institucional, acompañados y guiados por la Universidad Monteávila como institución rectora.

En los últimos 4 años, el CIERC ha logrado convocar 17 foros y conferencias relativas a los medios alternos de resolución de controversias, ha formado profesionales mediante dos talleres de negociación y ha graduado dos cohortes del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) con gran éxito y el mayor estándar académico.

El PREAA es un programa de estudios pionero en el país, donde el CIERC junto a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, el Centro de Estudios de Postgrados de la Universidad Monteávila y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas (CACC), prepara profesionales con competencias teóricas y prácticas especializadas en Arbitraje y demás medios de resolución de controversias.

Asimismo, el PREAA y su doble titulación junto a la Universidad de Missouri constituyen una extraordinaria y novedosa oportunidad de formación, especialmente para nuestros estudiantes venezolanos y de América Latina, permitiéndoles obtener conocimientos especializados en la materia de la mano de reconocidos profesores nacionales e internacionales, resultando en el

otorgamiento de dos títulos de postgrado de manera conjunta. Este programa es sólo un piloto de futuros proyectos y colaboraciones a construir con la Universidad de Missouri y demás instituciones aliadas del CIERC y la Universidad Monteávila.

Por su parte PRINCIPIA, publicación semestral del CIERC, se ha convertido en un referente de contenido relevante en el ámbito académico y doctrinario sobre medios alternos de resolución de controversias, contando con la colaboración de diversos e importantes autoridades nacionales e internacionales en la materia. PRINCIPIA está listada en el catálogo de Latinlex y Ulpiano, siendo también una revista jurídica indexada en EBSCO y e-Libro.

El objetivo y compromiso del CIERC es la continuidad de proyecto, la construcción de una memoria histórica y el poder mantener la energía que mantenga la motorización de una institución en constante desarrollo que promueva la curiosidad académica, el profesionalismo ético y la vocación al servicio de la comunidad. Los medios alternos de resolución de conflictos son una efectiva herramienta en la creación de la sociedad que deseamos y de la que somos responsables construir.

El Derecho Internacional y la protección de las inversiones en criptomonedas

Carlos Carieles Bolet*

Principia No. 7-2022 pp. 13-22

Resumen: El creciente interés en el mercado criptográfico y la falta de regulación interna nos lleva a preguntarnos si las inversiones en criptomonedas se encuentran protegidas por el derecho internacional de inversiones. Ante esta interrogante, resulta de especial interés el estudio de la naturaleza jurídica de las «criptomonedas» así como también del alcance de la definición de «inversión» prevista en los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones. Este artículo analiza la idoneidad de la protección de las inversiones en criptomonedas por el derecho internacional, teniendo como punto de partida la naturaleza jurídica de estos activos y la diversidad o falta de regulación interna.

Abstract: The growing interest in the crypto market and the lack of domestic regulation leads us to wonder whether investments in cryptocurrencies are protected by international investment law. Given this question, it is of particular interest to study the legal nature of «cryptocurrencies» as well as the scope of the definition of «investment» provided in bilateral or multilateral treaties for the reciprocal protection of investments. This article analyzes the adequacy of the protection of investments in cryptocurrencies by international law, taking as a starting point the legal nature of these assets and the diversity or lack of domestic regulation.

Palabras Claves: Criptomonedas | Derecho Internacional | Tratados Bilaterales de Inversión

Keywords: Cryptocurrencies | International Law | Bilateral Investment Treaties

* Abogado egresado de la Universidad Monteávila (UMA) en el año 2020 con la mención Magna Cum Laude. Cursante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila (UMA). Miembro del Consejo Editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Abogado en CrossWise.

Sumario: I. Introducción, II. Consideraciones Generales, A. Sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas, B. Sobre la definición de inversión prevista en el derecho internacional de inversiones, III. Derecho Internacional: Protección de las Inversiones en Criptomonedas, IV. Conclusión

I. Introducción

Las tendencias actuales en los mercados financieros tienen un impacto fundamental en los modelos de negocios tradicionales. La creciente capitalización del mercado criptográfico nos permite afirmar que en los últimos años ha incrementado consistentemente el interés de los agentes del mercado, quienes ven estos activos como un mecanismo de inversión o de especulación¹.

El desarrollo exponencial del mercado criptográfico ante la diversidad o ausencia de regulación normativa reviste una importancia particular, por cuanto los riesgos asociados con estas inversiones están siendo solapados por el rendimiento percibido y no por la existencia de un marco regulatorio.

Teniendo en cuenta que el marco jurídico e institucional es un aspecto esencial para la planificación de una inversión extranjera, este artículo busca analizar si las criptomonedas pueden ser consideradas como una inversión bajo el derecho internacional de inversiones. Este análisis supone precisar: (i) la

naturaleza jurídica de las criptomonedas, (ii) el alcance de la definición de inversión bajo el derecho internacional de inversiones, y (iii) el régimen de protección previsto en los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones.

II. Consideraciones Generales

A. Sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas

Antes de estudiar la protección internacional de las inversiones en criptomonedas, resulta oportuno hacer unas breves consideraciones sobre su concepto, sus características fundamentales y su naturaleza jurídica. Este análisis nos permitirá determinar si estas inversiones se encuentran protegidas por el derecho internacional existente o si, por el contrario, requieren de la elaboración de un marco jurídico e institucional que imponga límites al derecho interno y permita la protección por el derecho internacional de inversiones.

En relación con la definición de las criptomonedas, debemos advertir que los organismos internacionales no han

¹ En relación con la capitalización bursátil del mercado criptográfico véase: Statista: “Capitalización de la criptomoneda bitcoin desde abril de 2013 hasta enero de 2022”. Disponible en: • Capitalización De Mercado De Bitcoin 2013-2022 | Statista. Véase también: CoinMarketCap: “Capitalización total del mercado de criptomonedas”. Disponible en: Gráficos Del Mercado Global De Criptomonedas | Coinmarketcap

sido contestes al dar una definición unívoca. Algunos consideran que las criptomonedas son activos intangibles, mientras que otros consideran que son una moneda digital. Al respecto, téngase en cuenta lo dispuesto por Ciupa Katarzyna quien se refiere a la multiplicidad de definiciones en los siguientes términos:

Various international and national regulators propose different approaches classifying and thus defining cryptocurrencies either as a subclass of broader digital money or as a part of narrowly defined virtual currencies. The former definition is favored by the Bank for International Settlements (2015) and the World Bank (2017). The latter approach is preferred by the European Banking Association (2014), the European Central Bank (2015), The European Securities and Markets Authority (2018) and the International Monetary Fund (2016) according to which all organizations agree that what distinguishes cryptocurrencies from other financial instruments is their independent issuance mechanism, not accepted by the official governing bodies².

El concepto ha sido tan discutido que vemos como en algunos casos se confunde la naturaleza, el objeto y la finalidad de las criptomonedas. No obstante esta discusión, somos partidarios de que la definición de las criptomonedas debe partir de las

características que la individualizan y distinguen de las monedas tradicionales o fiduciarias, siempre teniendo en cuenta que estas últimas se caracterizan por (i) ser emitidas por una autoridad central, (ii) ser una medida de valor, (iii) ser un medio de pago, (iv) ser una forma de atesorar valor, y (v) ser una medida para el pago diferido³.

Si bien las criptomonedas han fungido como una medida de valor, un medio de pago y una forma de reservar valor, lo cierto es que se distinguen de las monedas tradicionales por no haber sido emitidas por una autoridad central. Recordemos, pues, que las criptomonedas fueron creadas para ser intercambiables por bienes y servicios con independencia de las autoridades centrales. En ese sentido, compartimos el criterio de Vasilisa Strizh, Dmitry Dmitriev y Anastasia Kiseleva, quienes consideran que:

Cryptocurrency would be broadly defined as a variety of digital financial assets created and accounted for in the distributed ledger of financial transactions by the participants of that ledger and in accordance with its rules. In turn, the digital financial asset would be defined as property in electronic form, created using

² Ciupa Katarzyna: "Cryptocurrencies: Opportunities, Risks and Challenges for Anti-Corruption Compliance Systems. Disponible en: Call For Papers- Cover Page (Oecd.Org)

³ John Hicks: "The Market Theory of Money". Cambridge, 1989. pág. 41-42.

cryptographic means, and which includes cryptocurrency and tokens⁴.

La diversidad de posturas relacionadas con la definición de las criptomonedas dificultan la delimitación de su naturaleza jurídica. En ese sentido, aunque el presente trabajo no pretenda una definición unívoca, consideramos oportuno señalar que las criptomonedas no pueden ser equiparadas con las monedas fiduciarias. La independencia de las criptomonedas con las autoridades centrales y su carácter finito nos permite considerarlas como un activo intangible que facilita el intercambio de bienes y servicios entre los agentes del mercado.

Aunque consideremos que las criptomonedas sean un activo intangible, lo cierto es que todavía queda un largo camino por recorrer. Actualmente son más las autoridades centrales que consideran que las criptomonedas son una especie de moneda digital. Esto representa un reto para la comunidad internacional, pues, los agentes del mercado requieren un marco jurídico e institucional robusto que garantice la protección de sus inversiones.

Hechas estas consideraciones preliminares sobre la definición y

naturaleza jurídica de las criptomonedas, en el siguiente capítulo estudiaremos si estas pueden ser consideradas como una inversión bajo el derecho internacional de inversiones, independientemente de que sean definidas como «moneda digital» o «activo intangible».

B. Sobre la definición de inversión prevista en el derecho internacional de inversiones

El concepto de inversión en el derecho internacional de inversiones suele ser definido con base en una lista no exhaustiva de activos protegidos por los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones. En términos generales, la definición de inversión en estos instrumentos normativos puede comprender (i) los derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, (ii) acciones o participaciones societarias, (iii) títulos de créditos que tengan valor económico, (iv) derechos de propiedad intelectual en general, (v) concesiones públicas, o (vi) acreencias o reclamaciones sobre dinero o rendimientos que tengan valor económico⁵.

No obstante la existencia de una lista enunciativa de los activos que pueden ser

⁴ Vasilisa Strizh, Dmitry Dmitriev y Anastasia Kiseleva: “Blockchain & Cryptocurrency Regulation” en Global Legal Insights. Disponible en: Gli-Blch1_3-9.Indd (Morganlewis.Com)

⁵ Can Yeğinsu y Calum Mulderrig: “The Investment Treaty Arbitration Review: Covered Investment”: “There is no uniform definition of investment under customary international law or recognized by states in international instruments. Most investment treaties adopt an asset-based definition expressed with the formula ‘every kind of asset’ followed by an illustrative non-exhaustive list comprising all types of properties and contractual rights, including, most commonly [...]”. Disponible en: The Investment Treaty Arbitration Review - The Law Reviews

considerados como «inversión» en el derecho internacional de inversiones, resulta oportuno mencionar que la doctrina ha sido conteste al señalar que existen dos enfoques para la conceptualización de la inversión internacional: el enfoque objetivo y el enfoque subjetivo, los cuales han sido definidos por Veijo Hesikanen en los siguientes términos:

The “objective” approach seeks to define the general “characteristics” or criteria of investment that may be applied in a variety of contexts to determine whether a particular asset qualifies as an investment. The “subjective” approach, in turn, prefers to focus on how the term “investment” is defined in the particular investment treaty out of which the dispute arises. In other words, while the “objective” approach assumes that the various enumerative lists in investment treaties should be interpreted in light of the ordinary meaning of the concept of investment, the “subjective” approach is based on the assumption that the starting point of interpretation must always be the definition of investment as agreed by the parties in the applicable investment treaty⁶.

La diferencia entre estos enfoques radica en la conceptualización teórica que los intérpretes u operadores jurídicos deben formarse. En el primer caso, esto es el enfoque objetivo, el intérprete busca precisar una teoría general sobre lo que debe entenderse por «inversión»;

mientras que, en el enfoque subjetivo, la definición de inversión debe atender a lo dispuesto o acordado por los miembros de la comunidad internacional.

En todo caso, resaltamos que estos enfoques no son contradictorios entre sí, pues se complementan y buscan comprender en sentido amplio lo que para un estado o para la comunidad internacional debe entenderse por inversión extranjera. En el derecho internacional de inversiones se han formulado una serie de parámetros para delimitar la existencia o no de una inversión bajo los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones. Como muestra de estos parámetros, téngase en cuenta lo dispuesto por el tribunal arbitral en el caso *Salini Costruttori S.P.A. vs Kingdom of Morocco*, donde se estableció que:

The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (cf. commentary by E. Gaillard, cited above, p. 292). In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.

In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of

⁶ Veijo Hesikanen: “Of Capital Import: The Definition of ‘Investment’ in International Investment Law”. Disponible en: Cpy Document (Lalive.Law)

performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here⁷.

Estos parámetros han sido considerados como el «Salini Test» el cual es un criterio que se utiliza como herramienta supletoria para la interpretación del Art. 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados⁸, cuando exista una ambigüedad con respecto a la definición de «inversión» prevista en el tratado bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones que resulte aplicable en el caso concreto. Esto nos permite afirmar que la definición de «inversión» depende, en primer lugar, de lo que las partes hayan acordado; y, subsidiariamente, del análisis de los elementos objetivos que integran el concepto de inversión.

El enfoque objetivo ha sido aplicado en múltiples casos para delimitar el concepto de inversión previsto en los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones. En

el caso venezolano, resulta oportuno tener en cuenta lo dispuesto en el laudo dictado en el caso Fedax vs Venezuela, donde el tribunal arbitral al delimitar el concepto de inversión optó por el análisis de las características objetivas de la inversión:

The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and significance for the host State's economic development. The duration of the investment in this case meets the requirement of the Law [on Public Credit] as to contracts needing to extend beyond the fiscal year in which they are made. The regularity of profit and return is also met by the scheduling of interest payments through a period of several years. The amount of capital committed is also relatively substantial. Risk is also involved as has already been explained. And most importantly, there is clearly a significant relationship between the transaction and the development of the host State... It follows that, given the particular facts of the case, the transaction meets the basic features of an investment⁹.

⁷ Salini Costruttori S.P.A. vs Kingdom of Morocco. Decision on Jurisdiction. Case No. ARB/00/4. Disponible en: ([/Grouse/Heintemp/Temp13470.Ps](#)) (Italaw.Com)

⁸ Artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, establece que: "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally". Disponible en: [Icsid_Convention_En.Pdf](#) (Worldbank.Org)

⁹ Fedax vs The Republic of Venezuela. Decision on Jurisdiction. Case No. ARB/96/3. Disponible en: [Https://Www.Italaw.Com/Sites/Default/Files/Case-Documents/Ita0315_0.Pdf](#)

Teniendo en cuenta la definición y los elementos característicos de la inversión en el derecho internacional de inversiones, consideramos que la protección de las inversiones en criptomonedas dependerá del tratado bilateral o multilateral que resulte aplicable en el caso concreto. En ese sentido, es importante determinar bajo qué supuesto estarían protegidas las inversiones en criptomonedas ¿bajo la denominación de «activos intangibles»? o ¿bajo la denominación de «moneda digital»? esto dependerá, como explicamos en el capítulo anterior, de la naturaleza jurídica de las criptomonedas.

Sobre esta problemática, hay quienes consideran que las criptomonedas pueden estar protegidas cuando se trate de una reclamación de dinero o cuando se vean afectados los atributos de propiedad. En todo caso, esto sólo sería posible cuando se aplique el criterio subjetivo y sea aplicable la definición amplia del concepto de inversión previsto en los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones, pues, en caso contrario, el enfoque objetivo de la inversión podría no permitir la protección de las inversiones bajo el derecho internacional de inversiones. Al respecto, téngase en cuenta lo dispuesto

por Paata Simsive, quien al explicar esta incertidumbre jurídica consideró que:

The first legal uncertainty, at this point in time, is that it is not definite whether economic activities of this newly developed industry can be classified as ‘investment’ under existing regime at all. Such characterization could be possible under the broad definition of an ‘investment’, provided by the majority of investment treaties. On the other hand, in case where the tribunals follow the so-called ‘double keyhole approach’ taking into account the ‘Salini’ or ‘Salini Like’ test, it will be more difficult to argue that investment in cryptocurrencies constitute a form of investment. The weakest point of cryptocurrencies, out of five criteria of Salini test, is the one that refers to ‘contribution to economic development of the host country’. Nevertheless, while this issue is a matter of a separate research, this post is based on the assumption that investments in cryptocurrencies could be characterized as ‘investment’ under the international investment agreements. Also, for the purposes of this post, the term ‘investor’ refers to a legal or natural person who develops certain facilities in the territory of another state in order to get involved in the process of generating cryptocurrency¹⁰.

La contribución al desarrollo económico del estado receptor de la inversión representa un reto fundamental para las inversiones en criptomonedas, por cuanto al ser consideradas como un

¹⁰ Paata Simsive: “Investing in Cryptocurrencies under the Existing Investment Arbitration Regime”. Disponible en: Investing in Cryptocurrencies under the Existing Investment Arbitration Regime - Kluwer Arbitration Blog

activo intangible –que no guarda relación con un territorio específico– su existencia puede verse comprometida por la dificultad que acarrea la determinación de los beneficios económicos que se generarían para el estado que tiene la obligación de garantizar los estándares de protección previstos y reconocidos por el derecho internacional de inversiones. Esto quiere decir que, cuando se trate de una inversión relacionada con las actividades de minería o de intercambio comercial, sería más fácil afirmar que las mismas cumplen con el elemento objetivo que exige el desarrollo económico del estado receptor de la inversión.

Ahora bien, cuando las criptomonedas sean concebidas como una «moneda digital», hay quienes consideran que, en esos casos, las personas propietarias de las criptomonedas también estarían protegidas por el derecho internacional de inversiones, pues su tenencia se asimila al almacenamiento del dinero fiduciario en los siguientes términos:

Second, the question arises whether the crypto asset itself, the bitcoin for instance, can be a protected investment for purposes of a BIT. In this respect, the use of the word “currency” is somewhat deceiving, as a cryptocurrency is not a legal tender or fiat currency (with the notable exception of Japan, where bitcoin is indeed a “legal tender”). However, much like money which is kept in bank

accounts held at financial institutions, cryptocurrency can be held in so-called “wallets” (more accurately, it is the private keys necessary to access one’s bitcoin and sign off on transactions which are held, or stored, in the wallet). There are different types of wallets, including “custodial wallets”, which are held by third-parties to whom one entrusts storage of one’s private keys much like one would trust one’s bank to place valuables in a safe. Investors and tribunals have been toying with the notion that money held in a bank account could constitute a form of protected investment under a BIT. Reasoning by analogy, if a bitcoin or other cryptocurrency “held” (with all the ambiguity that attaches to this term, see *infra*) in a wallet became unavailable to its owner through any act of a State (such as new legislation forbidding the use of crypto, or nationalizing the wallet’s custodian), an arbitral tribunal could likely find that the contents of the wallet are a form of protected investment¹¹.

Como vemos, nada obsta para que las inversiones en criptomonedas (independientemente de su naturaleza jurídica) puedan ser consideradas como una inversión en el derecho internacional de inversiones; y, por ende, se encuentren protegidas bajo los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones. En este punto, resulta oportuno señalar que estas consideraciones sobre la protección internacional de las

¹¹ Armand Terrien and Alexandra Kerjean, “Blockchain and Cryptocurrencies: The New Frontier of Investment Arbitration? Disponible en: Blockchain and Cryptocurrencies: The New Frontier of Investment Arbitration? - Kluwer Arbitration Blog

inversiones en criptomonedas están condicionadas a la evolución del sector criptográfico y al marco jurídico e institucional que sea adecuado o elaborado por los miembros de la comunidad internacional; por lo tanto, es importante que los inversionistas tengan en cuenta la diversidad o falta de regulación normativa durante la planificación de su inversión, pues, el marco regulatorio de las criptomonedas es un aspecto fundamental que debe ser tomando en cuenta antes de la elección del estado en el cual se materializará la inversión.

III. Derecho Internacional: Protección de las Inversiones en Criptomonedas

La protección de las inversiones en el derecho internacional comprende (i) la protección adjetiva, que permite el acceso a mecanismos de resolución de controversias independientes de los órganos jurisdiccionales de los estados receptores de la inversión, y (ii) la protección sustantiva, que consiste en los estándares de protección reconocidos por el derecho internacional de inversiones.

Los estándares de protección de inversiones permiten proteger a los inversionistas extranjeros en contra de (i) el incumplimiento de la obligación del trato justo y equitativo, (ii) las expropiaciones directas o indirectas que resulten ser ilícitas, y (iii) las discriminaciones por la nacionalidad del

inversionista (trato de nación más favorecida). El incumplimiento de estos estándares de protección permite que los inversionistas obtengan una justa compensación y/o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Una vez delimitado el estudio de la naturaleza jurídica de las criptomonedas y, visto que las mismas pueden figurar como una «inversión» bajo los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones, podemos afirmar que cualquier violación de los estándares de protección previstos en el derecho internacional de inversiones permitiría que los inversionistas en criptomonedas puedan reclamar una justa compensación o indemnización por los daños y perjuicios que le sean ocasionados por el estado receptor de su inversión.

Somos partidarios de que los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones, aunque deben ser modernizados, no necesariamente deben contar con una disposición especial sobre las criptomonedas para que estas sean protegidas por el derecho internacional de inversiones. De allí que, los conflictos que se susciten en relación con las inversiones en criptomonedas, sean por reclamaciones derivadas de la afectación de los atributos de propiedad o bien sean reclamaciones de dinero, que puedan hacerse valer en contra de los estados receptores de la inversión que incumplan los estándares de protección previstos en el derecho internacional.

Esto supone que los inversionistas demuestren que en efecto tienen una inversión protegida por el derecho internacional de inversiones, que son inversionistas según lo dispuesto en el tratado bilateral o multilateral de protección recíproca de inversiones, así como también que demuestren que el estado receptor de la inversión incumplió efectivamente los estándares de protección reconocidos por el derecho internacional de inversiones.

IV. Conclusión

Las inversiones en criptomonedas se encuentran protegidas por el derecho internacional de inversiones. La diversidad o falta de regulación del sector criptográfico no es motivo suficiente para denegar beneficios, desconocer y/o atentar contra estas inversiones. Considerar lo contrario, permitiría actos arbitrarios por parte de los estados receptores de las inversiones que incidirían en el creciente interés que han tenido los inversionistas en estos activos.

Podemos concluir que nada obsta para que las criptomonedas sean consideradas como una inversión bajo el derecho internacional de inversiones. No obstante, aunque todavía queda un largo camino por recorrer en este sector, lo cierto es que los miembros de la comunidad internacional deben trabajar en la elaboración o adecuación de un marco jurídico e institucional que les permita a los inversionistas conocer los

beneficios y riesgos asociados con este tipo de inversiones.

El hecho de que las inversiones en criptomonedas puedan estar protegidas por el derecho internacional de inversiones, supone que los estados receptores de la inversión asuman la obligación de garantizar los estándares de protección previstos en los tratados bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones. En estos casos, la naturaleza jurídica de las criptomonedas tendrá un papel fundamental, pues la protección de la inversión estará condicionada a la determinación de la inversión conforme a los términos previstos en el tratado bilateral o multilaterales de protección recíproca de inversiones que resulten aplicables al caso concreto.

Hacia un posible cambio en el sistema de resolución de controversias entre Estado e Inversionista

Rodrigo Farías Díaz*

Principia No. 7-2022 pp. 25-38

Resumen: Desde hace no mucho tiempo la Unión Europea, principalmente, ha impulsado la creación de Tribunales Permanentes de Inversiones y Tribunales Multilaterales de Inversiones, lo cual, hasta la fecha, ha plasmado en tres tratados suscritos, pero aún no vigentes. Esto se presenta como una alternativa al arbitraje entre Estado e inversionista, el cual ha sufrido una gran cantidad de críticas en los últimos años. Frente a esto, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI ha estado elaborando propuestas para reformar el sistema de resolución de controversias entre Estado e Inversionista, considerando entre ellas las propuestas de la Unión Europea. Desde la óptica del arbitraje de inversión, esto presenta un gran cambio que podría materializarse en los próximos años.

Abstract: Not so long ago, the European Union has promoted the creation of Permanent Investment Courts and Multilateral Investment Courts, which, to date, has been embodied in three treaties signed, but not yet in force. This is presented as an alternative to investor-State arbitration, which has suffered a great deal of criticism in recent years. As a result, UNCITRAL's Working Group III has been developing proposals to reform the Investor-State Dispute Settlement, including the proposals of the European Union. From the point of view of investment arbitration, this presents a major change that could materialize in the coming years.

Palabras Claves: Mecanismos de resolución de controversias entre Estado e Inversionista | Tribunales Permanentes de Inversiones | Tribunales Multilaterales de Inversiones | Arbitraje de Inversión

Keywords: Investor-State Dispute Settlement | Permanent Investment Tribunals | Multilateral Investment Tribunals | Investment Arbitration

* Abogado egresado de la Universidad Monteávila, magna cum laude, (2020). Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila (2022). Subdirector de Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Monteávila. Junior Counsel en Dentons.

Sumario: I. Introducción, II. Historia del arbitraje de inversión, III. Características del arbitraje de inversión, IV. Propuestas sobre los tribunales permanentes de inversiones, V. Diferencias y similitudes entre el arbitraje de inversión y los tribunales permanentes de inversión, VI. Consideraciones finales sobre el futuro del sistema de resolución de controversias entre Estado e Inversionista, VII. Conclusiones

I. Introducción

El sistema de resolución de controversias entre Estado e inversionista cuenta con una serie de mecanismos que, dependiendo del caso concreto, permiten al inversionista someter sus disputas ante determinada autoridad.

El mecanismo más utilizado es el arbitraje entre Estado e inversionista, aun cuando existen otros que suelen contemplarse. Adicionalmente, este mecanismo debe preverse en tratados, leyes o contratos. Ante ausencia de éstos, el inversionista internacional tiene que someterse a la jurisdicción del Estado sede de la inversión.

En los últimos años se ha presentado una propuesta de reforma del sistema de resolución de controversias entre Estado e inversionista, bajo la cual se busca la creación de Tribunales Permanentes de Inversión (TPI) para resolver las controversias derivadas de un tratado en particular, así como la creación de Tribunales Multilaterales de Inversión (TMI) para resolver las controversias

derivadas de distintos tratados. Esto presenta un cambio radical del sistema actual, el cual está dominado, casi en su totalidad, por el arbitraje de inversión.

II. Historia del arbitraje de inversión

El arbitraje de inversión es el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista con mayor uso en la actualidad. La previsión del arbitraje de inversión, como lo conocemos hoy en día, fue concebida en los años 60 del siglo XX, cuando el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) entró en vigor¹ y los Estados comenzaron a suscribir Tratados Bilaterales de Inversión².

Antes de que se formara el arbitraje de inversión como lo conocemos actualmente, existía el arbitraje entre Estados, el cual tuvo sus inicios con las Convenciones de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias

¹ El Convenio CIADI entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

² Tratado Bilateral de Inversiones entre La República Federal de Alemania y Pakistán, suscrito el 25 de noviembre de 1959 y en vigor desde el 28 de abril de 1962. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>.

Internacionales de 1899³ y 1907⁴. A través de dichas Convenciones se reguló el arbitraje entre Estados y se creó la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), institución que funciona como un foro para la resolución de controversias internacionales a través de arbitraje y otros medios pacíficos de resolución de controversias⁵.

Para comienzos del siglo XX las controversias existentes entre un inversionista y un Estado eran resueltas (i) ante los tribunales competentes del Estado parte de la disputa o (ii) a través de la protección diplomática⁶. La protección diplomática es una figura que permite a un Estado presentar una reclamación a otro Estado con ocasión a un daño causado a un nacional del primer Estado por el segundo⁷. El Estado de donde el inversionista es nacional asumía la reclamación como

propia y recurría a las vías diplomáticas, judiciales e incluso a las vías de hecho para solucionarla⁸.

De esta forma se podría recurrir a arbitraje entre Estados por un daño ocasionado a un inversionista, pero en definitiva la controversia era entre ambos Estados y no entre un Estado y el inversionista. Uno de los primeros casos de arbitraje entre Estados administrados por la CPA fue entre Venezuela y Alemania, Gran Bretaña e Italia. A comienzos del siglo XX, estos tres países europeos impusieron un bloqueo naval a Venezuela con ocasión de su negativa de pagar ciertas deudas a nacionales de Alemania, Gran Bretaña e Italia. Esto concluyó en un acuerdo entre Venezuela, los países que realizaron el bloqueo y otros países con cuyos nacionales Venezuela también tenía deudas, pero no realizaron el bloqueo⁹.

³ Convención de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899. Disponible en: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1899-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>.

⁴ Convención de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907. Disponible en: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1907-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>.

⁵ "Historia", Corte Permanente de Arbitraje, acceso el 24 de julio de 2022, <https://pca-cpa.org/es/about/introduction/history/>.

⁶ Rodrigo Polanco Lazo, "The No of Tokyo Revisited: Or How Developed Countries Learned to Start Worrying and Love the Calvo Doctrine", *ICSID Review* 30, no 1 (2015): 175, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu028>.

⁷ Dámaso Javier Vicente Blanco, "La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje", *Agenda Internacional* 1, no 3 (1995): 114, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7145>.

⁸ José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, 2016), 151. Véase también: María Angélica Burgos-De la Ossa y Nicolás Lozada-Pimiento, "La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no 15 (2009): 248, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420290009>.

⁹ Estos países fueron: Bélgica, Francia, México, Reino de los Países Bajos, España, Suecia y Noruega y Estados Unidos de América.

El arbitraje ocurrió debido a que Alemania, Gran Bretaña e Italia alegaban tener un derecho preferencial frente a los demás países, ya que realizaron el bloqueo, siendo así declarado por el Tribunal Arbitral.

Este caso ilustra un claro ejemplo de cómo se resolvían las controversias entre Estados e inversionistas para la época, siendo que las potencias mundiales podían hacer uso de la fuerza sobre demás países para reclamarles por el trato a sus nacionales. Sin embargo, en 1907 se firmó en La Haya el Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales¹⁰, mediante la cual se acordó no hacer uso de la fuerza contra otro Estado en los casos de cobro de deudas contractuales reclamadas como debidas a sus nacionales, a menos que el Estado deudor (i) se rehusara o no diera respuesta a una oferta de arbitraje; (ii) hiciera imposible el procedimiento arbitral o (iii) no cumpliera con el laudo¹¹.

El primer arbitraje llevado entre un Estado y un particular fue el de Radio Corporation of America (RCA) contra China en 1934¹². Desde ese momento comenzaron a surgir los arbitrajes entre Estados y particulares. Después de la segunda Guerra Mundial, se promovió la creación de acuerdos multilaterales con mecanismos de protección de inversiones, presentándose en 1959 el Proyecto de Convención sobre Inversiones Extranjeras¹³. A pesar de que esta propuesta no prosperó, sirvió como inspiración para los Tratados Bilaterales de Inversión, ya que consagraba la idea de estándares de protección de inversiones y el arbitraje como mecanismo para resolver las controversias entre el Estado y el inversionista¹⁴.

El primer Tratado Bilateral de Inversión fue suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959¹⁵, mientras que el primero en ser ratificado fue el Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y República

¹⁰ Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales. Disponible en: <https://www.dipublico.org/109748/convenio-relativo-a-la-limitacion-del-empleo-de-la-fuerza-para-el-cobro-de-deudas-contractuales-segunda-conferencia-de-la-paz-la-haya-18-de-octubre-de-1907/>.

¹¹ Polanco Lazo, "The No of Tokyo Revisited", 180.

¹² Radio Corporation of America c. China. Caso CPA 1934-01. Disponible en: <https://pca-cpa.org/en/cases/16/>.

¹³ Carlos Pablo Márquez-Escobar y Lorenzo Villegas-Carrasquilla, "Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 7, no 15 (2009): 166, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13855>.

¹⁴ Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, 183.

¹⁵ Tratado Bilateral de Inversiones entre La República Federal de Alemania y Pakistán, suscrito el 25 de noviembre de 1959 y en vigor desde el 28 de abril de 1962. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>.

Dominicana¹⁶. Pocos años más tarde, en 1965, fue firmado el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el cual entró en vigor en 1966¹⁷. Adicional a esto, en 1976, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó su Reglamento de Arbitraje, el cual sirve para solucionar distintos tipos de controversias, incluidas aquellas entre Estados e inversionistas¹⁸.

Cada Tratado Bilateral de Inversión es diferente. Éstos establecen estándares de protección más o menos amplios y las nociones que los inspiran han evolucionado en los últimos 60 años. Sin embargo, el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista contemplado en ellos ha permanecido casi inmutable y ha sido, por excelencia, el arbitraje de inversión. Dicho mecanismo no ha sufrido mayores cambios, aunque en la última década se ha impulsado la creación de TPI y TMI, lo cual podría significar un cambio radical en caso de implementarse.

III. Características del arbitraje de inversión

Antes de indagar en la novedosa propuesta de los TPI y TMI, es necesario conocer al arbitraje de inversión, el cual es el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista con mayor adopción.

El arbitraje de inversión, a diferencia del arbitraje contractual, versa sobre el incumplimiento de estándares consagrados en tratados o en leyes de inversión. En su gran mayoría, los arbitrajes de inversión se basan en Tratados Bilaterales de Inversión. Por esta razón, el arbitraje contractual se limita a disputas derivadas de la relación contractual, aunque sea entre un Estado y un inversionista, mientras que el arbitraje de inversión tiene un alcance más amplio, el cual se basa en la violación de los estándares consagrados en el tratado aplicable¹⁹.

Para poder acudir a arbitraje es necesario que las partes así lo convengan mediante un acuerdo. En el caso de arbitraje de inversión, se entiende que el Estado realiza una oferta unilateral para someter la disputa a arbitraje a través del tratado y

¹⁶ El Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y República Dominicana fue suscrito el 16 de diciembre de 1959 y entró en vigor el 03 de junio de 1960, Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral investment treaties. history policy and interpretation* (New York: Oxford University Press, 2010)

¹⁷ “Acerca del CIADI”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 24 de julio de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/CIADI>.

¹⁸ “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, acceso el 24 de julio de 2022, <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

¹⁹ Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, 135.

el inversionista la acepta²⁰. En ese momento se tiene como perfeccionado dicho acuerdo. En el caso de arbitraje contractual, el acuerdo de arbitraje se realiza entre el Estado o algún ente del Estado y el inversionista directamente²¹.

En cuanto a los temas procedimentales, el arbitraje de inversión y el contractual son muy similares, puesto que sus formas y procedimientos pueden ser los mismos. De hecho, la Reglas de Arbitraje del CIADI aplican tanto para los arbitrajes de inversión como para los arbitrajes contractuales entre Estados e inversionistas²², al igual que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI²³.

De esta forma, temas como la constitución del tribunal arbitral, fases escritas y orales, laudos, procedimiento arbitral, nulidad, reconocimiento y ejecución de los laudos, entre otras serán iguales o similares a las del arbitraje contractual.

Una de las principales características del arbitraje es que las partes escogen a los árbitros que van a resolver su controversia. Es decir, los árbitros no forman parte de una institución permanente de resolución de controversias, sino que son escogidos para cada caso particular²⁴.

Además de eso, el arbitraje se caracteriza por no tener reglas procedimentales rigurosas, por lo cual las partes tienen la posibilidad de realizar acuerdos de cómo van a llevar a cabo el procedimiento. En este sentido, las partes pueden acordar varios aspectos, como el idioma, el lugar del arbitraje, el lugar donde se celebrarán las audiencias, el calendario procedimental, etc. Lo usual es que esto sea acordado al comienzo del procedimiento arbitral, cuando ya esté constituido el Tribunal Arbitral. En los casos en que las partes no acuerden algo, el Tribunal Arbitral tomará la decisión.

²⁰ Yaritza Pérez Pacheco, “Arbitraje CIADI y oferta unilateral”, en *Derecho de las Obligaciones*, ed. Claudia Madrid Martínez (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 368 y ss. Véase también: Hernández G., Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones, 134.

²¹ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 53. Véase también: Hernández G., Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones, 134.

²² “Spotlight on Contract-based Disputes at ICSID”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 25 de julio de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/blogs/spotlight-contract-based-disputes-icsid>.

²³ “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, acceso el 24 de julio de 2022, <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

²⁴ Natalie Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection: Any Options for Preservation?”, en *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration, ICCA Congress Series*, ed. Jean Engelmayr Kalicki y Mohamed Engelmayr Kalicki, vol. 20 (The Hague: International Council for Commercial Arbitration / Kluwer Law International, 2020), 434, <https://www.ssrn.com/abstract=3594997>.

Un último aspecto relevante del arbitraje es que los laudos arbitrales pueden ser ejecutados en casi cualquier lugar del mundo. En el caso de los arbitrajes bajo el Convenio CIADI, los laudos son reconocidos automáticamente por los Estados miembros del Convenio²⁵, mientras que los demás laudos podrán ser reconocidos y ejecutados de conformidad con la Convención de Nueva York²⁶.

IV. Propuestas sobre los tribunales permanentes de inversiones

El arbitraje entre Estado e inversionista ha sufrido una serie de críticas en los últimos años. Entre dichas críticas se encuentra que el procedimiento arbitral es muy costoso, que las decisiones de los tribunales arbitrales son inconsistentes y

hechos similares pueden llevar a soluciones distintas²⁷, que la imparcialidad de los árbitros es dudosa, puesto que son nombrados por las partes²⁸ y hay un grupo reducido de árbitros decidiendo la mayoría de los arbitrajes²⁹, que las decisiones suelen limitar el derecho a regular de los Estados³⁰, la falta de transparencia³¹, que no hay posibilidad de apelar, entre otras.

Si bien el propio sistema ha buscado mejorar estos aspectos, la crítica sigue existiendo y ha llevado a proponer un cambio³², el cual consiste en la creación de TPI y TMI para que resuelvan las controversias entre Estado e inversionista³³.

²⁵ Artículo 54 del Convenio CIADI Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

²⁶ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

²⁷ Seung-Woon Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 87, n° 4 (2021): 486. Agata Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, *Groningen Journal of International Law* 9, n° 1 (2021): 199, <https://doi.org/10.21827/GroJIL.9.1.195-211>.

²⁸ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 434.

²⁹ Margie-Lys Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, en *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, ed. Alan M. Anderson y Ben Beaumont (The Hague: Kluwer Law International, 2022), 138. Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, 489.

³⁰ Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 200.

³¹ Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 201.

³² Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 437. Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 204.

³³ Venetia Argyropoulou, “Chapter 2: ISDS Reform in the EU: Are We There Yet?”, en *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, ed. Alan M. Anderson y Ben Beaumont (The Hague: Kluwer Law International, 2022), 52.

Este cambio ha sido impulsado por la Unión Europea³⁴ y actualmente el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI³⁵ se encuentra analizando dicha propuesta. Además de ello, la Unión Europea ha suscrito tres tratados que contemplan esta figura³⁶: (i) Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA)³⁷; (ii) Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y Singapur³⁸ y (iii) Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y Vietnam³⁹. Si bien, ninguno de estos tratados está en vigencia, son los únicos que contemplan esta figura, por lo cual es importante destacar los elementos más relevantes ahí establecidos.

En líneas generales, los tres tratados contemplan el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e

inversionista de manera muy similar. En cada tratado se contempla la creación de un TPI para las controversias que surjan, en virtud de dicho tratado, entre los inversionistas de un Estado y el otro Estado. De esta forma cada tratado tiene su propio TPI.

Estos tribunales están conformados por miembros prenombrados entre los cuales se rotarán para resolver cada controversia⁴⁰. En los tratados se establecen las normas relativas a la selección de dichos miembros, duración, forma de designación para cada caso, entre otras.

A pesar de que existe un TPI para cada uno de estos tratados, es importante destacar que las demandas se pueden presentar de conformidad con el Convenio CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

³⁴ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 440. Nikos Lavranos y Tania Singla, “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”, *German Arbitration Journal* 16, n° 6 (2018): 354. Kabir A N Duggal y Laurens H van de Ven, “The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves”, *Arbitration International* 35, n° 3 (2019): 356, <https://doi.org/10.1093/arbint/aiz013>.

³⁵ Duggal y van de Ven, “The 2019 Netherlands Model BIT”, 356.

³⁶ Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, 492.

³⁷ Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros (CETA), suscrito el 30 de octubre de 2016, aun no en vigor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3593/download>.

³⁸ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y la República de Singapur, suscrito el 15 de octubre de 2018, aun no en vigor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5714/download>.

³⁹ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y la República Socialista de Vietnam, suscrito el 30 de junio de 2019, aun no en vigor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>.

⁴⁰ Piero Bernardini, “Reforming Investor–State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties’ Interest”, *ICSID Review* 32, n° 1 (2017): 42, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw035>.

o cualquiera que el Estado e inversionista acuerden. De esta forma, las reglas del procedimiento serán las que el inversionista escoja, siendo, *mutatis mutandis*, las mismas reglas que se aplicarían a un arbitraje⁴¹. Adicional a esto, el CIADI juega un papel fundamental, puesto que en los tres tratados se establece que el Secretariado del CIADI actuará como Secretaría del TPI.

Por otro lado, en los tres tratados se contempla la figura del tribunal de apelación, el cual servirá para reconsiderar los laudos cuando: (i) haya errores en la aplicación o interpretación del derecho aplicable; (ii) haya errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluyendo la apreciación de derecho nacional competente o (iii) se configuren alguna de las causales de anulación de laudos CIADI contemplados en el artículo 52(1)(a)-(e) del Convenio CIADI⁴².

Un aspecto importante por destacar es que en los tres tratados se establece la posibilidad de que se constituya un TMI que sustituya al TPI particular creado para cada tratado⁴³. Bajo ese esquema, en cada tratado se establece que se hará una transición entre el TPI contemplado en éste y el TMI que se cree.

La creación de un TMI es algo que la Unión Europea ha estado evaluando y promoviendo⁴⁴. De esta forma sería necesario que una cantidad significativa de países adopten un tratado que cree dicho TMI, el cual resuelva las disputas entre un Estado y un inversionista de otro Estado cuando estos Estados le den jurisdicción a través de sus propios tratados⁴⁵.

V. Diferencias y similitudes entre el arbitraje de inversión y los tribunales permanentes de inversión

Hasta el momento solo podemos comparar al arbitraje de inversión y a los TPI, puesto que no hay ningún TMI

⁴¹ Nikolaus Pitkowit, Alice Fremuth-Wolf, y Anna Katharina Radschek, “Chapter V: The Vienna Innovation Propositions, The Vienna Innovation Propositions: Venturing into New Fields and New Ways of Arbitration – Revisiting Traditional Ways of Arbitration”, en *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019*, ed. Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (Vienna: Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2019), 584. Richard Happ y Sebastian Wuschka, “From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma”, *Indian Journal of Arbitration Law* VI, n° 1 (2017): 120.

⁴² Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, 146. Bernardini, “Reforming Investor–State Dispute Settlement”, 43.

⁴³ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 446. Argyropoulou, “Chapter 2: ISDS Reform in the EU: Are We There Yet?”, 51. N. Jansen Calamita, “The Challenge of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at IC”, *ICSID Review* 32, n° 3 (2017): 615 y 616.

⁴⁴ Colin M. Brown, “A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches”, *ICSID Review* 32, n° 3 (2017): 682. Lavranos y Singla, “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”, 354.

⁴⁵ Lavranos y Singla, “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”, 354.

creado hasta la fecha. Sin embargo, es importante indicar que el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI está en sesiones para evaluar la creación de uno o varios TMI⁴⁶.

En definitiva, los TPI son una respuesta a las críticas hechas al arbitraje de inversión, puesto que, solo cambian aspectos puntuales, aunque muy importantes, de este mecanismo⁴⁷.

Mediante los TPI todavía existe un procedimiento bajo reglas de arbitraje⁴⁸, pues las reglas aplicables al procedimiento son las del Convenio CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI u aquellas que las partes acuerden. Esto quiere decir que el procedimiento será muy similar al que estamos acostumbrados con el arbitraje.

Adicionalmente, la decisión de los TPI tiene carácter de laudo y se entienden como tal bajo lo establecido en la

Convención de Nueva York y en el Convenio CIADI, dependiendo de que reglas aplicables al procedimiento particular. Por más de que los tratados establezcan que son ejecutables de conformidad con la Convención de Nueva York y el Convenio CIADI⁴⁹, hay posturas que establecen que esto no es posible⁵⁰. Esto requiere de un análisis más profundo y no sabremos con exactitud su eficacia hasta que se implemente en la práctica.

Ahora bien, el cambio significativo y radical es que la figura de árbitros desaparece y ahora decidirán tres miembros de los TPI⁵¹. De esta forma, las partes no cuentan con la posibilidad de nombrar a los árbitros que van a resolver su disputa, característica fundamental del arbitraje⁵². La finalidad de esto es garantizar la independencia,

⁴⁶ “Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, acceso el 25 de julio de 2022, https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state.

⁴⁷ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 437. Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?” 204.

⁴⁸ Happ y Wuschka, “From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma”, 122.

⁴⁹ Bernardini, “Reforming Investor–State Dispute Settlement”, 43.

⁵⁰ Happ y Wuschka, “From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma”, 122 y ss. Alvaro Galindo, David L. Attanasio, y Ana Maria Duran, “Chapter 27: The New York Convention’s Concept of Arbitration and the Enforcement of Multilateral Investment Court Decisions”, en *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, ed. Katia Fach Gomez y Ana M. Lopez-Rodriguez (The Hague: Kluwer Law International, 2019), 459 y ss.

⁵¹ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 440 y 441.

⁵² Pitkowitz, Fremuth-Wolf, y Radschek, “Chapter V: The Vienna Innovation Propositions, The Vienna Innovation Propositions: Venturing into New Fields and New Ways of Arbitration – Revisiting Traditional Ways of Arbitration”, 584.

imparcialidad y exactitud⁵³. En definitiva, los miembros de los TPI serían nombrados por los Estados o por comités creados por ellos⁵⁴, eliminando la posibilidad de que los inversionistas tengan posibilidad alguna de elegirlos. Esto podría llevar a considerar que los miembros de los TPI decidirán conforme a los intereses de los Estados⁵⁵.

De hecho, en ninguno de los tratados mencionados de la Unión Europea se denomina a quienes deciden como “árbitros”, lo cual parece ser un ajuste simbólico que responde a las diversas críticas sobre los árbitros nombrados por las partes⁵⁶.

Por otro lado, este esquema plantea la interrogante de si los miembros del TPI decidirán la controversia de una mejor manera a como lo harían unos árbitros nombrados por las partes⁵⁷. Es importante recordar que las partes de un arbitraje buscan que los árbitros sean lo más especializados posible para que puedan resolver la controversia de la

mejor manera. Esto podría verse comprometido y ser una consecuencia negativa de la adopción de TPI.

Adicional a esto, este sistema permite la posibilidad de que las decisiones de los TPI sean consistentes, configurándose así un precedente o jurisprudencia que pueda servir como base para la toma de decisiones⁵⁸. Esto también presenta una diferencia radical con el arbitraje, puesto que, en el sistema arbitral, las decisiones de otros tribunales arbitrales no son vinculantes para su deliberación.

Un último aspecto que también presenta una diferencia importante con el arbitraje es la posibilidad de apelar⁵⁹. El laudo emitido por el tribunal arbitral es inapelable y solo procede el recurso de nulidad, el cual se podrá presentar ante una comisión ad hoc si es un laudo CIADI⁶⁰ o, en caso de no serlo, dependerá de los tribunales de la

⁵³ Brown, “A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches”, 677. Stephan Wilske y Chloë Edworthy, “The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damage”, *Journal of International Arbitration* 33, n° 4 (2016): 344.

⁵⁴ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 446. Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, 489.

⁵⁵ Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, 144.

⁵⁶ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 442.

⁵⁷ Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 442.

⁵⁸ Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, 142. Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 206.

⁵⁹ Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, 142. Wilske y Edworthy, “The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damage”, 344.

⁶⁰ Artículo 52(3) del Convenio CIADI.

jurisdicción del lugar donde fue dictado dicho laudo⁶¹.

De esta forma, los laudos dictados por un TPI serían objeto de apelación⁶², que, como indicamos anteriormente, versaría sobre errores de hecho, derecho y además contemplaría las causales de anulación establecidas en el Convenio CIADI. Este mecanismo de apelación no elimina la posibilidad de que se pueda intentar anular el laudo, lo cual seguramente conllevará a que el trámite del caso sea mucho más extenso y oneroso para las partes.

VI. Consideraciones finales sobre el futuro del sistema de resolución de controversias entre Estado e Inversionista

El futuro del sistema de resolución de controversias entre Estados e inversionistas es incierto, puesto que la figura de TPI aún no se ha materializado, solo existen tres tratados que aún no han entrado en vigor. Si estos tratados entrasen en vigor, aún sería necesario que se conformen los tribunales ahí contemplados y además se sometan disputas ante ellos, lo cual posiblemente no suceda en un futuro cercano.

Con respecto a los TMI, el futuro es aún más incierto, puesto que no existe, hasta ahora, ningún tratado que cree esta

figura, por lo cual no podemos conocer cuáles serán sus similitudes o diferencias con el arbitraje de inversión. Posiblemente estos TMI sean muy similares a los TPI, con la diferencia de que los TPI se crean para resolver las disputas de un tratado en específico, mientras que los TMI se crearán para resolver las disputas derivadas de varios tratados. La razón de ello parece ser la disminución de los costos que genera para los Estados crear múltiples TPI⁶³.

Además de esto, es posible que tanto el arbitraje de inversión como los TPI o los TMI coexistan, pues, para migrar de uno a otro, es necesario que los Estados suscriban nuevos tratados que contemplen este mecanismo o que ocurra un cambio sistemático de los tratados existentes que contemplan arbitraje de inversión a tratados que contemplen TPI o TMI.

Por otro lado, es importante mencionar que este mecanismo sólo ha sido consagrado por la Unión Europea en tres de sus últimos tratados, los cuales, como indicamos anteriormente, no han entrado en vigor. Sobre esto cabe destacar que, según información recabada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en

⁶¹ Artículo V.1(e) de la Convención de Nueva York.

⁶² Zwolankiewicz, "Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?", 202.

⁶³ Morris-Sharma, "The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection", 446. Brown, "A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches", 681.

inglés)⁶⁴, hay 196 acuerdos internacionales de inversión⁶⁵ suscritos con posterioridad al primer tratado de la Unión Europea que consagró TPI o TMI⁶⁶, de los cuales solo los otros dos que hemos indicado han incluido los TPI o los TMI como mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista. En definitiva, esto representa solo el 1,5% de los acuerdos internacionales suscritos a partir del primero que contempló este mecanismo.

De esta forma podemos concluir que este mecanismo no ha sido adoptado masivamente, sino que solo ha sido consagrado por la Unión Europea en sus últimos tratados con disposiciones de inversión. Consideramos que este escenario podría cambiar a partir de los resultados del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. Sin embargo, no creemos que vaya a haber una adopción masiva de este mecanismo, como ocurre con el arbitraje de inversión, hasta que se logren constituir TPI y/o TMI que sean eficientes y se muestren como una alternativa confiable.

VII. Conclusiones

Los TPI y los TMI surgen, en definitiva, como un nuevo mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista que busca satisfacer las

críticas planteadas al arbitraje de inversión. Particularmente, responden a las críticas de independencia e imparcialidad de los árbitros, pues consideran que, al ser nombrados por las partes, tienden a decidir en su favor.

Lo cierto es que ningún mecanismo va a ser aceptado a plenitud por todos los actores y siempre va a tener sus críticas. Es por esto que el arbitraje de inversión ha ido evolucionando con el tiempo e instituciones como el CIADI y la CNUDMI han buscado resolver las inquietudes planteadas.

Es posible que los TPI y los TMI solucionen ciertos problemas e inquietudes que hoy en día arropan al arbitraje de inversión, sin embargo, presentarán otros que no existen bajo el sistema actual. De esta forma es importante seguir impulsando y mejorando el arbitraje de inversión, así como conocer el desarrollo que tengan los TPI y los TMI, para así evaluar cuál mecanismo es más eficiente para la resolución de controversias entre Estados e inversionistas.

Por otro lado, recomendamos no dejar de lado el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista, pues consideramos que ambos pueden coexistir. La eficacia de

⁶⁴ “International Investment Agreements Navigator”, UNCTAD Investment Policy Hub, acceso el 19 de agosto de 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

⁶⁵ Según la terminología de la UNCTAD, los acuerdos internacionales de inversión incluyen tratados bilaterales de inversión y tratados con disposiciones de inversión. “International Investment Agreements Navigator”.

⁶⁶ Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA)

uno u otro mecanismo dependerá de factores como las partes involucradas y la naturaleza de las eventuales disputas que se prevean al momento de escoger un mecanismo.

Por último, consideramos importante analizar los avances y resultados del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, así como la eventual implementación de este novedoso mecanismo. De esta forma podrá determinarse si, en la práctica, es un mecanismo eficiente para la resolución de controversias entre Estado e inversionista.

El reconocimiento y ejecución de laudos en conflicto con la acción de anulación

Pablo Martínez Llorente*

Principia No. 7-2022 pp. 41-57

Resumen: La Convención de Nueva York configura un sistema de “doble control” sobre los laudos arbitrales que subordina el control en la jurisdicción secundaria (reconocimiento y ejecución) frente al control en la jurisdicción primaria (anulación). En la práctica, este sistema de “doble control” puede dar lugar a conflictos y a resultados aberrantes. No obstante, existen mecanismos de armonización que reducen estos conflictos. Además, los tribunales pueden y deben aplicar la Convención dando una respuesta a estos conflictos en atención a los principios en juego y, simultáneamente, procurando respetar este sistema de “doble control”.

Abstract: The New York Convention sets up a system of “double control” over arbitral awards, subordinating control in the secondary jurisdiction (recognition and enforcement) to control in the primary jurisdiction (set aside). In practice, this system of “double control” can lead to conflicts and aberrant results. However, there are harmonization mechanisms that reduce these conflicts. Moreover, the courts can and must apply the Convention while responding to these conflicts in accordance with the principles at stake and, at the same time, endeavoring to respect this system of “double control”.

Palabras Claves: Arbitraje | Reconocimiento | Ejecución | Exequatur | Convención de Nueva York | Acción de anulación | Suspensión

Keywords: Arbitration | Recognition | Enforcement | Exequatur | New York Convention | Set aside action | Suspension

* Pablo Martínez Llorente es socio en Whitewell Legal, S.L.P. Ha sido reconocido como «Future Leader» en arbitraje internacional (Who’s Who Legal, 2020 y 2021) y a lo largo de su carrera ha intervenido en numerosos arbitrajes, tanto nacionales como internacionales, administrados por distintas instituciones. Ha participado también en la ejecución de decisiones arbitrales, en procedimientos de anulación de laudos y en piezas de medidas cautelares en apoyo al arbitraje. Presta asesoramiento de forma regular sobre cuestiones de competencia internacional y ley aplicable y tiene experiencia en la ejecución de resoluciones extranjeras en España.

Sumario: I. Introducción, II. El “doble control” que establece la Convención de Nueva York, III. Las causas de las tensiones que pueden surgir en el “doble control” de los laudos, IV, Mecanismos de armonización del “doble control” (y sus limitaciones), V. La posibilidad de los tribunales de reconocer y ejecutar laudos previamente anulados en la sede, VI. La posibilidad de los tribunales de reconocer un laudo estando pendiente la acción de anulación en la sede, VII. Conclusiones

I. Introducción

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (“Convención de Nueva York” o simplemente la “Convención”) fue impulsada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) con una clara vocación de aplicación universal y con el objetivo declarado de “establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales”¹.

Podemos afirmar que la Convención de Nueva York ha cumplido este objetivo, pues en la actualidad cuenta con 168 Estados firmantes² y ha creado un marco internacional estable y uniforme que dota de seguridad jurídica a la circulación de los laudos arbitrales, posibilitando su reconocimiento y ejecución de forma casi universal, lo que

favorece tremendamente las relaciones comerciales en el ámbito internacional.

En efecto, la amplia aceptación de la Convención de Nueva York permite a las partes confiar en que (casi) cualquier laudo dictado en un procedimiento arbitral será reconocido y ejecutado por los Estados firmantes, siempre que este no incurra en una de las causas previstas en la propia Convención para la denegación del reconocimiento y ejecución.

Las causas por las que los tribunales de un estado pueden rechazar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales aparecen listadas en el Artículo V de la Convención, que dispone:

Artículo V

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

¹ Introducción a la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958.

² Situación actual de los convenios, convenciones y leyes modelo y del funcionamiento del Registro de Transparencia. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 54º período de sesiones, Viena, 29 de junio a 16 de julio de 2021. A/CN.9/1056. pp. 2 y 3.

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

De esta forma, la parte que obtiene un laudo arbitral a su favor tiene la razonable seguridad de que logrará su ejecución en cualquier Estado que sea parte de la Convención, siempre que (en esencia y por simplificar) el convenio arbitral sea válido, la materia objeto de controversia sea arbitrable, se hayan respetado las garantías procesales en el procedimiento y el laudo no sea contrario al orden público.

No obstante, el Artículo V.1.e) de la Convención permite denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral cuando este haya sido “anulad[o] o suspendid[o] por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

El Artículo V.1.e) de la Convención establece así un sistema de “doble control” de los laudos: un primer control en la sede, a través de la acción de anulación, y, un segundo control, en la jurisdicción de reconocimiento y ejecución. Este sistema de “doble control” debe interpretarse en el marco

de la finalidad de la Convención: favorecer que las decisiones arbitrales extranjeras sean reconocidas y puedan ejecutarse, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales³.

Entendemos, no obstante, que una aplicación estricta del Artículo V.1.c) puede llevar a resultados no deseados, contrarios al espíritu y la finalidad de Convención de Nueva York. En efecto, el Artículo V.1.c) de la Convención puede producir situaciones anómalas, pues permite atacar el laudo y, de forma indirecta y en última instancia, impedir su reconocimiento y ejecución en otros Estados por otras causas distintas a las previstas en la Convención o con interpretaciones exorbitantes de determinados conceptos, apartándose del estándar internacional.

Como veremos, los conflictos que pueden generarse en la aplicación de ese “doble control” en el ámbito internacional son, en realidad, mucho más reducidos de lo que podría parecer, gracias a distintos mecanismos de armonización. Esto no evita que, en la práctica, se den resultados aberrantes.

Los tribunales competentes para el reconocimiento y ejecución del laudo han de abordar estas situaciones

procurando respetar el sistema de “doble control” que establece la Convención y, a la vez, garantizando un equilibrio entre los principios de derecho a la defensa, de evitación de dilaciones indebidas y de seguridad jurídica en el ámbito internacional.

II. El “doble control” que establece la Convención de Nueva York

El Convenio de Nueva York supuso la eliminación del doble executur que establecía la Convención para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Ginebra, el 26 de septiembre de 1927⁴. En su lugar, y como hemos explicado en la introducción, la Convención opta por un sistema que podríamos calificar de “doble control”: un control en la sede, a través de la acción de anulación, y otro control en el lugar de reconocimiento y ejecución del laudo, en aplicación de la Convención.

La Convención de Nueva York establece un esquema implícito de reparto de papeles que opera sobre la distinción “jurisdicción primaria” (la sede del arbitraje) y “jurisdicción secundaria” (que, a los efectos que aquí se analizan, sería aquella jurisdicción donde se

³ La introducción de la Convención dispone:

“La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales.”

⁴ Van Den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958*, T.M.C. Asser Institute, 1981, p. 333.

pretende el reconocimiento y la ejecución del laudo)⁵.

Este sistema de “doble control” podría generar distorsiones cuando, al analizar un mismo laudo, resulten resoluciones contradictorias en la jurisdicción primaria y la jurisdicción secundaria. Así, a priori, podría darse el caso de que un laudo arbitral sea anulado en la sede y, sin embargo, sea susceptible de reconocimiento y ejecución en otras jurisdicciones y, al contrario, un laudo arbitral válido (no anulado) en la sede, podría ver denegado su reconocimiento y ejecución en terceros Estados.

No obstante, el Artículo V.1.e) de la Convención determina que el control de la jurisdicción primaria tenga un ámbito universal, de forma que la decisión de los tribunales de la sede de anular el laudo tendría (al menos a priori) efectos erga omnes y conllevaría la imposibilidad de reconocer y ejecutar ese laudo en otras jurisdicciones. Por el contrario, el control de la jurisdicción secundaria tiene un alcance territorial, desplegando efectos únicamente en el Estado en el que se solicita el reconocimiento y la

ejecución del laudo. De esta forma, la denegación del reconocimiento en una jurisdicción concreta no impide a la parte beneficiada por una decisión arbitral el reconocimiento y ejecución de ese laudo en otras jurisdicciones⁶.

Así, atendiendo a la regulación de la Convención, parece que no sería posible el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado en la sede⁷ y, sin embargo, sí sería posible denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo que no haya sido anulado. De esta forma, el control de la jurisdicción secundaria queda subordinado respecto del control de la jurisdicción primaria, en aplicación del Artículo V.1.e) de la Convención.

Esta solución, en nuestra opinión, no es completa, pues pueden darse situaciones en las que la aplicación estricta de este “doble control” lleve a situaciones contrarias al espíritu y finalidad de la Convención de Nueva York e intolerables en el ámbito internacional. Por ejemplo, la aplicación estricta del Artículo V.1.e) de la Convención llevaría a que un laudo anulado en la sede por un defecto formal

⁵ Guía del International Council for Commercial Arbitration (ICCA) para la interpretación de la convención de Nueva York de 1958, 2013, pp. 106 y 107. Virgós Soriano, Miguel, Arbitraje Comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958, en Revista Actualidad Jurídica Número 15, número especial, homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González. 2006, pp. 25 y ss. Garcimartín Allérez, Francisco J. y Sánchez Fernández, Sara, Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el estado de origen. Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 116 y ss.

⁶ Virgós Soriano, Miguel, op. cit., pp. 25 y ss. “[La Convención] reconoce a la jurisdicción primaria y a la jurisdicción secundaria radios de acción muy distintos: universal a la primera y territorial a la segunda. Solo una jurisdicción primaria puede anular un laudo. [La Convención] limita el control que las jurisdicciones secundarias pueden desplegar sobre el arbitraje internacional y este efecto es muy importante.”

⁷ Esta afirmación debe ser matizada, como veremos más adelante.

exigido en la legislación nacional (v.gr., la falta de protocolización en un determinado plazo) no pudiera ser reconocido y ejecutado en otras jurisdicciones. Esta situación parece difícilmente conciliable con el objetivo que persigue la Convención de favorecer el comercio internacional y la circulación de los laudos arbitrales.

No obstante, cualquier desviación en la aplicación de este sistema de “doble control” debe realizarse de forma excepcional y con extraordinaria cautela, pues el Artículo V.1.e) cuenta con la misma fuerza vinculante que el resto de la Convención. Por tanto, parece que los Estados firmantes de la Convención aceptan expresamente establecer este sistema de “doble control” y asumen la posibilidad de que existan tensiones entre las resoluciones de la jurisdicción primaria y las decisiones de las jurisdicciones secundarias.

III. Las causas de las tensiones que pueden surgir en el “doble control” de los laudos

Las tensiones en la aplicación del sistema de “doble control” pueden surgir, en primer lugar, por la existencia en la sede de motivos de anulación sorprendidos o extravagantes. En este sentido, los Estados son libres de regular las causas de anulación de los laudos arbitrales dentro de sus leyes de arbitraje. Por tanto, al menos

teóricamente, los Estados podrían recoger motivos alejados del estándar internacional que conllevaran la anulación de un laudo.

Así, es perfectamente posible que los Estados establezcan un listado de motivos de anulación más amplio, que incluso permitan a los tribunales revisar, en mayor o menor medida, el fondo de la decisión adoptada por los árbitros en el laudo. Estos motivos de anulación no coincidirían, en el fondo, con las causas previstas para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo en el ámbito internacional⁸ y, sin embargo, en aplicación del Artículo V.1.e) de la Convención, podrían (en última instancia y de forma indirecta), impedir que un laudo sea reconocido y ejecutado por los Estados firmantes de la Convención.

De esta forma, nos encontraríamos con un laudo anulado en la sede por causas ajenas al estándar internacional y que, en principio, no podría ser reconocido y ejecutado conforme a la Convención. Cabe en estos casos preguntarse hasta qué punto la Convención pretende proteger estos supuestos que parecen contrarios a su propia finalidad.

Además de lo anterior, los conflictos pueden surgir también como consecuencia de diferentes interpretaciones por los tribunales de aquellos conceptos jurídicos que pueden

⁸ Nos referimos aquí a las causas que prevé la Convención en los numerales a), b), c) y d) del Artículo V por las que se puede denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo.

fundamentar la anulación y la denegación de reconocimiento y ejecución del laudo.

En este sentido, es importante tener en cuenta que los motivos de anulación y las causas para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos descansan en los mismos conceptos (v.gr., la vulneración del derecho de defensa, la imposibilidad de someter determinadas materias a arbitraje o la contravención del orden público). No obstante, el contenido de estos conceptos puede variar en los distintos sistemas jurídicos, dependiendo de la interpretación de los tribunales nacionales. Así, como ejemplo, el concepto de orden público puede tener un contenido y unos límites diferentes en distintas jurisdicciones, y podría darse el caso de que un determinado laudo se considerase contrario al orden público por los tribunales de la sede (y, por tanto, fuese anulado) y, sin embargo, los tribunales de la jurisdicción secundaria, en ese mismo análisis, hubieran llegado a la conclusión de que no existe impedimento para conceder su reconocimiento y ejecución.

De esta forma, en este sistema de “doble control”, las interpretaciones divergentes de determinados conceptos, que a menudo se asumen como universales, pueden dar resultados contradictorios en la jurisdicción primaria y la jurisdicción secundaria.

Parece que cuando la interpretación de estos conceptos es meramente divergente, dentro de márgenes razonables, la interpretación de la jurisdicción primaria habría de prevalecer sobre la interpretación de las jurisdicciones secundarias, en aplicación del Artículo V.1.e) de la Convención. No obstante, cuando la interpretación de la sede sea exorbitante, y contraria al espíritu y la finalidad de la Convención, debemos considerar si es oportuno respetar esa interpretación en el ámbito internacional.

En conclusión, los motivos de anulación sorprendivos o extravagantes y las interpretaciones exorbitantes pueden llevar a que aparezcan distorsiones dentro del sistema de reconocimiento y ejecución de laudos, que, como hemos explicado en la introducción, aspira a la uniformidad en el plano internacional.

IV. Mecanismos de armonización del “doble control” (y sus limitaciones)

Sin perjuicio de lo que hemos expuesto en el anterior apartado, las tensiones que pueden darse en este sistema de “doble control” son mucho más limitadas de lo que podrían parecer a simple vista gracias a la existencia en la práctica de distintos mecanismos de armonización.

Dentro de estos mecanismos de armonización debemos resaltar en primer lugar la progresiva (y amplia) aceptación de la Ley Modelo de la

CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (la “Ley Modelo”). En la actualidad, se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo en 85 Estados (118 jurisdicciones en total)⁹, lo que supone que la mayoría de los Estados tengan una regulación uniforme en lo que respecta a los motivos de impugnación del laudo.

De hecho, las causas de anulación del laudo que recoge la Ley Modelo¹⁰ se corresponden, en esencia, con los motivos para denegar el reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales previstas en la Convención¹¹.

De esta forma, la decisión sobre la potencial anulación de un laudo en la jurisdicción primaria debería ser homogénea con la solución que potencialmente sería adoptada en la jurisdicción secundaria respecto del reconocimiento y ejecución de la resolución arbitral.

Evidentemente, la amplia aceptación de la Ley Modelo reduce el riesgo de que existan motivos de anulación sorprendidos o extravagantes, pero no puede evitar que los tribunales de las distintas jurisdicciones mantengan interpretaciones exorbitantes (o meramente divergentes) sobre los conceptos relevantes a fin de resolver

sobre la anulación o el reconocimiento y ejecución del laudo.

Otro mecanismo de armonización es la creciente convergencia u homogeneidad en la interpretación por los tribunales de los conceptos relevantes a efectos de anulación y reconocimiento y ejecución de laudos, fruto de la globalización y de la creciente formación y familiarización por parte de los jueces y magistrados de los principios que informan el ordenamiento internacional privado, favorecida en gran medida por la sociedad de la información.

Esta convergencia es fruto de un proceso informal e irregular y, a día de hoy, está lejos de ser universal. No obstante, en los ámbitos en los que esta tendencia es más acusada, se restringe notablemente el riesgo de que existan interpretaciones diferentes sobre los conceptos relevantes a la hora de decidir sobre la anulación y el reconocimiento y ejecución de los laudos y, por tanto, reduce las tensiones en el sistema de “doble control”.

En todo caso, las medidas de armonización que hemos analizado reducen la posibilidad de que los distintos tribunales emitan decisiones que impidan el tráfico de los laudos en el

⁹ Situación actual de los convenios, convenciones y leyes modelo y del funcionamiento del Registro de Transparencia. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 54º período de sesiones, Viena, 29 de junio a 16 de julio de 2021. A/CN.9/1056. p. 3.

¹⁰ Artículo 36.1 de la Ley Modelo.

¹¹ La propia CNUDMI lo reconoce así en la nota explicativa a la Ley Modelo, al señalar “La enumeración coincide esencialmente con la del párrafo 1) del artículo 36, tomada del artículo V de la Convención de Nueva York”.

ámbito internacional, pero no lo eliminan completamente.

V. La posibilidad de los tribunales de reconocer y ejecutar laudos previamente anulados en la sede

El conflicto que en la práctica se da con mayor frecuencia en la aplicación de este sistema de “doble control” es la anulación de un laudo por motivos sorprendidos o exóticos o por interpretaciones exorbitantes en la sede de los conceptos relevantes a efectos de anulación, que puede dar lugar a una situación aberrante en la que se prive a la decisión arbitral de todo efecto en el ámbito internacional.

Conforme hemos explicado, en aplicación estricta del Artículo V.1.e) de la Convención, el control de la jurisdicción primaria en la acción de anulación tendría un alcance universal, con prevalencia sobre el control que pudieran llevar a cabo las jurisdicciones secundarias a la hora de decidir sobre el reconocimiento y ejecución del laudo. Así, en principio, un laudo anulado en la

sede no podría ser reconocido y ejecutado en otra jurisdicción, aunque no se diera ninguno de los motivos para denegar su reconocimiento y ejecución conforme al estándar internacional.

Lo anterior se ve matizado por distintos tratados bilaterales y multilaterales o incluso por la regulación interna de los Estados, que pueden establecer limitaciones o matices al alcance del Artículo V.1.e) de la Convención, alterando o excluyendo la relación de subordinación que existe entre el control de la jurisdicción primaria y el control de la jurisdicción secundaria¹².

Entre todos los instrumentos internacionales, cabría destacar el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (el “Convenio de Ginebra” o el “Convenio”) que, en su Artículo 9, limita expresamente los efectos de la anulación del laudo en la jurisdicción primaria, de forma que solo la anulación por determinados motivos tasados resulte relevante a los efectos del

¹² El Artículo VII.1 de la Convención consagra el principio de mayor favorabilidad, de forma que las partes pueden invocar cualquier disposición que les sea favorable para hacer efectivo el derecho reconocido en el laudo, aunque se oponga a lo dispuesto en la Convención.

En relación con la interpretación de este artículo VII.1, la Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras elaborada por la Secretaría de la CNUDMI señala: “La Convención trata de fomentar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales en el mayor número posible de casos. Con tal fin, en el párrafo 1 de su artículo VII se excluye la imposición por el derecho interno de condiciones para su reconocimiento y ejecución que sean más estrictas que las previstas en la Convención, si bien se acepta que continúe aplicándose toda disposición del derecho interno que conceda derechos especiales o más favorables a la parte que pida la ejecución de una sentencia. En dicho artículo se reconoce el derecho de toda parte interesada a hacer valer la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque, incluso cuando tal legislación o tales tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención.”

Ver también Garcimartín Alférez, Francisco J. y Sánchez Fernández, Sara, op. cit., pp. 112.

reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral en otro Estado. En concreto, el párrafo 1º del Artículo 9 del Convenio dispone:

Artículo 9. Declaración como nula de la sentencia arbitral.

1. La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por una de las siguientes razones:

a) las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; o

b) la parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer sus alegaciones o recursos; o

c) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria; o contiene

decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral o de la cláusula compromisoria, entendiéndose, empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje, puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas; o

d) la constitución o composición del tribunal de árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio.

Tal y como hemos señalado ya, lo dispuesto en el párrafo 1º del Artículo 9 del Convenio prevalece sobre la regulación de la Convención de Nueva York¹³, que permite aplicar instrumentos internacionales o leyes nacionales cuando resulten más favorables para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales¹⁴. En todo caso, el propio Convenio se encarga de aclarar en el párrafo 2º del Artículo 9 que, “[e]n las relaciones entre aquellos Estados contratantes que sean al mismo tiempo Partes en [la Convención], el párrafo 1.º del presente artículo viene a restringir la aplicación del artículo [V.1.e) de la Convención de Nueva York] únicamente a los casos de

¹³ En lo que respecta a los Estados que sean parte del Convenio de Ginebra y dentro de su ámbito de aplicación.

¹⁴ Artículo VII.1 de la Convención.

anulación expuestos en dicho párrafo 1”.

De esta forma, en el caso de que un laudo fuera anulado en la jurisdicción primaria por una causa distinta a las previstas en el párrafo 1º del Artículo 9 del Convenio de Ginebra, ello no impediría el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en la jurisdicción secundaria, conforme a la Convención de Nueva York. Simplemente, el artículo V.1.e) de la Convención no sería de aplicación y la anulación de la decisión arbitral en la sede no podría ser invocada en la jurisdicción secundaria como causa para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo.

Hay que señalar que el ámbito del Convenio de Ginebra es mucho más limitado que el de la Convención de Nueva York, con tan solo 31 Estados parte¹⁵ y una aplicación restringida a las disputas de comercio internacional y entre personas físicas o jurídicas que tengan su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes en el momento de celebrar el convenio arbitral¹⁶.

El Convenio conjura totalmente el riesgo de que los motivos de anulación sorprendidos o extravagantes que pudiesen existir en la sede tengan efectos en la jurisdicción secundaria¹⁷,

pero no evita el riesgo de que se produzcan resultados aberrantes como consecuencia de que los distintos tribunales mantengan interpretaciones diferentes sobre los conceptos relevantes a efectos de anulación y reconocimiento y ejecución de laudos. A modo de ejemplo, los tribunales de la jurisdicción primaria podrían acordar la anulación en la sede por considerar que existió indefensión en un procedimiento arbitral debido a la omisión de un trámite procedimental (v.gr., tomar juramento a los testigos); mientras que los tribunales de la jurisdicción secundaria podrían considerar ese trámite como meramente formal y no susceptible de generar indefensión. En este ejemplo, una aplicación estricta del Artículo V.1.e) de la Convención, llevaría a denegar el reconocimiento y ejecución del laudo en la jurisdicción secundaria.

En aquellos casos en los que la normativa interna o los tratados internacionales no den una solución, pueden darse situaciones problemáticas (y muy preocupantes), pues nos encontraríamos ante un laudo que cumpliría con todos los requisitos para su reconocimiento y ejecución de acuerdo con el estándar internacional y, sin embargo, quedaría privado de efectos en aplicación del Artículo V.1.e) de la Convención.

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, Office of Legal Affairs.

¹⁶ Artículo I del Convenio de Ginebra.

¹⁷ Evidentemente, esto supone un gran paso para la seguridad jurídica a la hora de obtener el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en el ámbito internacional.

En este punto, debemos plantearnos qué margen de actuación tienen los tribunales de una jurisdicción secundaria cuando se presenta una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo que ha sido anulado en la sede.

Para dar respuesta a este tipo de situaciones, hay voces que proponen interpretar el Artículo V.1.e) como una facultad del tribunal de la jurisdicción secundaria (y no una obligación), de forma que la autoridad que conoce de la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo anulado en la sede puede denegar esta petición, pero no está obligada. Así, los tribunales pueden reconocer y ejecutar un laudo previamente anulado en la sede, en atención a las circunstancias concretas del caso.

Esta interpretación es defendida, por ejemplo, por el profesor Paulsson en su artículo *Awards set aside at the place of arbitration*¹⁸, donde señala:

One can imagine a situation where the courts of the place of arbitration apply criteria for the annulment of awards which are clearly contrary to the contemporary international consensus, such as allowing review of the merits of awards or invalidating awards for failure to abide by pointless formalities, which neither party had raised during the arbitration. That is bad enough. But one can also imagine

criteria which would be internationally intolerable, such as invalidating awards because all the arbitrators were not of a certain religion, or were not of the male gender.

Under what circumstances should an enforcement judge operating under the Convention disregard the annulment of an award by a foreign court, and enforce the award notwithstanding that annulment?

[...]

I favour a third solution, which goes back to article V and proceeds on the basis that it is discretionary—courts *may* refuse enforcement (and therefore may also accept it) when an award has been annulled in the place where it was rendered. How should this discretion be exercised?

The enforcement judge should determine whether the basis of the annulment by the judge in the place of arbitration was consonant with international standards. If so, it is an International Standard Annulment, and the award should *not* be enforced. If the basis of the annulment was one not recognized in international practice, or if it was based on an intolerable criterion, the judge is faced with a Local Standard Annulment. He should disregard it and enforce the award.

Esta interpretación del Artículo V.1.e) de la Convención permitiría dar solución

¹⁸ Paulsson, Jan, *Awards set aside at the place of arbitration*, en *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention. Experience and Prospects*, United Nations, New York, 1999, pp. 24 y ss. También Paulsson, Jan, *May or Must under the New York Convention: An exercise in Syntax and Linguistic*, *Arb. Int.*, 1998, pp. 227 y ss.

a situaciones complicadas¹⁹, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

Hay también voces en contra de esta interpretación, que consideran que, verificado cualquiera de los supuestos previstos en el Artículo V de la Convención, incluyendo el previsto en el apartado 1.e), entonces la autoridad competente de la jurisdicción secundaria habrá de denegar necesariamente el reconocimiento y ejecución del laudo²⁰.

Lo cierto es que son varios los tribunales que han llegado a la conclusión de que el Artículo V.1.e) de la Convención recoge una facultad y, por ello y tras llevar a cabo su propio análisis, han concedido el reconocimiento y ejecución de laudos que habían sido anulados previamente en la sede²¹.

En nuestra opinión, aunque esta solución puede entenderse admisible dentro de la interpretación de la Convención, solo podría aplicarse de forma restrictiva y cautelosa, debiendo reservarse para aquellos supuestos en los

que la decisión adoptada por la jurisdicción primaria resulte intolerable e inconciliable con el espíritu y finalidad de la Convención.

Por el contrario, considerar que el Artículo V.1.e) de la Convención recoge una facultad meramente discrecional y sujeta al arbitrio de los tribunales de la jurisdicción secundaria supone reducir el efecto de la decisión sobre anulación de los tribunales de la sede a un ámbito territorial y, en la práctica, dismantelar el sistema de “doble control”, lo que entendemos que no resulta conforme con el espíritu de la Convención.

VI. La posibilidad de los tribunales de reconocer un laudo estando pendiente la acción de anulación en la sede

Otro conflicto que se da con relativa frecuencia es el supuesto en el que la acción de anulación frente al laudo se encuentra pendiente en la jurisdicción primaria en el momento en el que debe emitirse la decisión sobre

¹⁹ Es cierto que esta solución abre otros problemas (ver Garcimartín Alférez, Francisco J. y Sánchez Fernández, Sara, op. cit., p. 121). No obstante, estos problemas no son diferentes de los que se generan como consecuencia de tener un laudo anulado en la sede y reconocido y ejecutado en otra jurisdicción como consecuencia de la aplicación de un régimen más favorable (v.gr., la aplicación de lo previsto en el Convenio de Ginebra).

²⁰ Garcimartín Alférez, Francisco J. y Sánchez Fernández, Sara, op. cit., pp. 119 y ss., así como la doctrina que ahí se cita.

²¹ Por ejemplo, la High Court of England and Wales en el asunto Yukos Capital SARL v. OJSC Rosneft Oil Company. [2014] EWHC 2188 (Comm.), o los tribunales norteamericanos en Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt. 939 F. Supp. 907, 912-13 (DDC 1996) y en Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S De RL De CV v. Pemex-Exploración y Producción. No. 13-4022 (2d Cir. Aug. 2, 2016). También los tribunales españoles parecen decantarse por esta opción. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en su auto de 12 de abril de 2019 (Id Cendoj: 30030310012019200002), aunque obiter dicta. A día de hoy no existe ninguna decisión acordando el reconocimiento de un laudo anulado.

reconocimiento y ejecución en la jurisdicción secundaria.

Otorgar el reconocimiento y ejecución de un laudo cuando está pendiente la acción de anulación supone dejar sin efecto el mecanismo de “doble control”. En efecto, una vez otorgado el reconocimiento y ejecución del laudo, la decisión en la sede sobre la anulación no tendría efectos prácticos ni podría privar de efectos al laudo en la jurisdicción secundaria²².

A fin de evitar esta situación, el Artículo VI de la Convención recoge la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución. En concreto, este artículo dispone:

Artículo VI

Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

Esta suspensión del procedimiento de reconocimiento y ejecución en tanto se tramita el procedimiento de anulación en la sede se opone al principio generalmente aceptado por el que los

laudos son inmediatamente exigibles²³. Además, la suspensión automática del procedimiento de reconocimiento y ejecución puede resultar en dilaciones indebidas e incluso fomentar la interposición de acciones de anulación con la única finalidad de retrasar los efectos del laudo a nivel internacional.

En la práctica, la previsión del Artículo VI de la Convención se ve complementada por las normas procesales de cada jurisdicción que, en la mayor parte de los casos, prevén la posibilidad de suspender el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero mientras no se haya resuelto la acción de anulación en la sede y, de forma general, exigen ponderar las circunstancias del caso, los principios generales de aplicación y los intereses en juego. Así ocurre, por ejemplo, en la ley de arbitraje de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte²⁴.

En lo que se refiere a España, entendemos que es posible suspender el procedimiento de reconocimiento y ejecución hasta obtener la resolución en el procedimiento de anulación pendiente en la sede de conformidad con el artículo 40 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que dispone:

²² Esta afirmación debe ser matizada, pues las jurisdicciones pueden articular mecanismos para revisar la decisión sobre reconocimiento y ejecución en el caso de que hubiera una decisión sobrevvenida en la sede por la que se acordase la anulación del laudo.

²³ Artículo 35 de la Ley Modelo.

²⁴ Artículo 103 de Arbitration Act 1996.

Artículo 40. Demandas conexas.

1. Se considerarán conexas a los efectos de este artículo las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones inconciliables.

2. Cuando exista un proceso pendiente ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone ante un órgano jurisdiccional español una demanda conexa, este último podrá, a instancia de parte, y previo informe del Ministerio Fiscal, suspender el proceso siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que sea conveniente oír y resolver conjuntamente las demandas conexas para evitar el riesgo de resoluciones inconciliables.

b) Que sea previsible que el órgano jurisdiccional del Estado extranjero dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España.

c) Y que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del proceso en aras de la buena administración de justicia.

3. El órgano jurisdiccional español podrá continuar con el proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que considere que ya no existe riesgo de resoluciones contradictorias.

b) Que el proceso extranjero sea suspendido o concluido.

c) Que estime poco probable que el proceso extranjero pueda concluirse en un tiempo razonable.

d) Que considere necesaria la continuación del proceso en aras de la buena administración de justicia.

Es importante señalar que la suspensión por conexidad internacional se configura en el ordenamiento español como una facultad, siempre sometida a que el tribunal considere “necesaria la suspensión del proceso en aras de la buena administración de justicia”²⁵.

A pesar de lo anterior, los tribunales españoles han concedido el reconocimiento de laudos extranjeros estando pendiente la acción de anulación en la sede. En concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su auto de 15 de diciembre de 2016²⁶, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su auto de 23 de enero de 2018²⁷, y el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en su auto de 12 de abril de 2019²⁸, otorgaron el exequátur a laudos extranjeros bajo el argumento de que la Convención no recoge la pendencia de una acción de anulación entre sus

²⁵ Artículo 40 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

²⁶ Id Cendoj: 08019310012016200277.

²⁷ Id Cendoj: 28079310012018200006.

²⁸ Id Cendoj: 30030310012019200002.

motivos para denegar el reconocimiento de un laudo extranjero.

No queda claro si en estos supuestos las partes solicitaron a los tribunales la suspensión del procedimiento de reconocimiento y, de ser así, cuáles fueron los argumentos que se presentaron. En todo caso, de la lectura de las sentencias, sí podemos afirmar que los tribunales españoles no consideraron que existiera la posibilidad de suspender el procedimiento de reconocimiento²⁹.

En lo que aquí es relevante, resulta obvio que existe la posibilidad de suspender el procedimiento de reconocimiento del laudo en tanto se tramita la acción de anulación en la sede y solo queda plantearse cuáles deben ser los criterios que deben valorarse a la hora de

determinar si resulta “necesaria la suspensión del proceso en aras de la buena administración de justicia”³⁰.

La doctrina internacional parece decantarse por otorgar la suspensión de forma muy restrictiva, solo en aquellos casos en los que la autoridad competente para el reconocimiento y ejecución pueda apreciar que hay una alta probabilidad de que los tribunales de la sede estimen la acción de anulación y atendiendo a una ponderación de los intereses de ambas partes³¹.

Sin perjuicio de lo anterior, en nuestra opinión, y siempre sujeto a un análisis adecuado de las circunstancias del caso concreto, consideramos que, cuando existan dudas, los tribunales de la jurisdicción secundaria deberían decantarse por la suspensión del

²⁹ De hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su auto de 23 de enero de 2018, llega a afirmar que no puede suspender el procedimiento porque: “[...] no es apreciable una posible litispendencia, ya que en relación a la misma debemos apuntar que como ha declarado el Tribunal Supremo (ATS 20-3-2002, nº 5445/02), fuera de los casos en los que está prevista y regulada en normas internacionales (caso de los Convenios de Bruselas y de Lugano, de 27 de septiembre de 1968 y 16 de noviembre de 1988, respectivamente, y los Reglamentos CE nº 1347/2000y 44/2001), en el ordenamiento procesal interno no se conoce la litispendencia internacional, en su sentido propio, ni se atribuye ningún efecto a la pendencia en otro Estado de un proceso con el que se pueda apreciar una identidad subjetiva, objetiva y causal respecto del que se sigue en el foro.”

El análisis del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es desafortunado porque (i) la Convención sí prevé la posibilidad de suspender el procedimiento de reconocimiento y ejecución y, además, (ii) el ordenamiento procesal español sí reconoce la litispendencia internacional desde la promulgación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

³⁰ Artículo 40 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

³¹ En este sentido, Ghikas, Gerald., A Principled Approach to Adjourning the Decision to Enforce Under the Model Law and the New York Convention, en *Arbitration International*, Vol. 22, N° 1, p. 54.

“The onus of proof on the party resisting enforcement should go beyond showing that its attack on the award in the foreign proceeding is not frivolous. The onus should go so far as to require a showing that there is a real prospect that the award will be set aside, or, in other words, a real risk, not just a theoretical risk, of inconsistent decisions by the two courts. Secondly, there should be a requirement to show that the balance of convenience between the parties favours a deferral of enforcement. The “balance of convenience” is determined by weighing the prejudice to one party of being delayed in enforcing a presumptively valid award against the prejudice to the other party of having the award enforced before its application to set the award aside has been heard and determined”.

procedimiento para respetar el sistema de “doble control” previsto en la Convención.

Aunque pudiera parecer que denegar la suspensión es la opción más respetuosa con los principios de la Convención, en tanto que da efecto al laudo arbitral y evita dilaciones indebidas en el procedimiento de reconocimiento y ejecución, lo cierto es que abusar de esta alternativa supone privar a las partes, por la vía de hecho, de la posibilidad de someter el laudo al mecanismo de control en la jurisdicción primaria; contraviniendo así lo dispuesto en la Convención.

Así, en su análisis, los tribunales deben tener también presente el respeto al mecanismo de “doble control” que prevé la Convención y, en la medida que sea aconsejable a la vista del resto de circunstancias, favorecer su aplicación.

VII. Conclusiones

Como conclusión de este artículo, podemos señalar que la Convención de Nueva York consagra un sistema de “doble control”, en el que, en aplicación del Artículo V.1.e) de la Convención, el control a la hora de resolver sobre el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero se ve subordinado al control en anulación por parte de los tribunales de la sede.

En la aplicación de este sistema de “doble control” pueden existir tensiones y conflictos, algunos de los cuales

pueden dar lugar a resultados aberrantes a la luz del estándar internacional. Sin embargo, distintos mecanismos de armonización y la aplicación de la Convención por los tribunales en la práctica, ponderando distintos principios e intereses, evitan (o al menos reducen) situaciones que parecerían intolerables en atención a la finalidad de la Convención de Nueva York.

En todo caso, no debe perderse de vista que la Convención ha optado por este sistema de “doble control” y, por tanto, las soluciones que adopten los tribunales no pueden simplemente dejar sin efecto este sistema.

Análisis de la doctrina del ‘*clean hands*’ frente a la protección de inversiones internacionales

María Palacios La Manna*

Principia No. 7–2022 pp. 59-69

Resumen: La doctrina del *clean hands*, o manos limpias, se presenta como un argumento utilizado por algunas partes demandadas en procesos de arbitraje de Inversión, en la búsqueda de desestimar el reclamo hecho por la parte demandante. Esta se basa en que no se pueden exigir derechos que fueron adquiridos mediante actos ilícitos. En la actualidad esta doctrina no se encuentra desarrollada a profundidad, por lo que la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión remiten directamente al ordenamiento jurídico interno para la evaluación de si existe o no mérito para poder afirmar esta doctrina en algún caso. Este artículo busca, de forma breve, analizar las posturas no solo que ha tenido Venezuela en sus Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, sino Tribunales Internacionales como el CIADI.

Abstract: The *clean hands* doctrine is presented as an argument used by some defendants in Investment arbitration proceedings, seeking to dismiss the claim made by the plaintiff, this is based on the fact that rights that were acquired through illicit acts cannot be demanded. Currently, this doctrine is not developed in depth, so most of the Bilateral Investment Treaties refer directly to the Internal Legal System for the evaluation of whether or not there is merit to be able to affirm this doctrine in any case. This article briefly seeks to analyze the positions not only that Venezuela has had in its Bilateral Investment Treaties, but also International Courts such as the ICSID.

Palabras Claves: Arbitraje de inversión | Doctrina de las manos limpias | Corrupción | Derecho internacional | Tratados bilaterales de protección de inversiones

Keywords: Investment arbitration | Clean hands doctrine | Corruption | International law | Bilateral investment protection treaties

* María Palacios La Manna, abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela, mención “Cum Laude” en el año 2019; Diploma en Contratos Internacionales y Arbitraje de la Universidad Metropolitana (2020), estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila (2022).

Sumario: I. Introducción, II. Doctrina del clean hands, III. La relación entre la corrupción y la doctrina del clean hands, IV. Contraposición con el Principio de separabilidad de la cláusula arbitral, V. Tratados de Inversión suscritos por Venezuela, VI. Postura del CIADI respecto a la doctrina del clean hands, VII. Conclusiones

I. Introducción

Los Tratados Bilaterales de Inversión buscan ser el régimen jurídico que proteja las inversiones que día a día se fomentan en el comercio internacional. Estos buscan garantizar un mínimo de estándares de protección para aquellos inversionistas extranjeros frente a Estados soberanos que pueden cometer ilícitos contra su capital invertido.

De igual forma, el arbitraje internacional de inversión se ha configurado en la actualidad como una herramienta íntimamente vinculada con las inversiones internacionales debido, en gran medida, a sus característica desnacionalizada y descentralizada del poder del Estado Receptor de la Inversión. A través de este medio, las partes pueden sentirse más cómodas y con mayor seguridad jurídica de cara al procedimiento a seguir en caso de existir cualquier reclamo o conflicto.

A la par, la doctrina del clean hands ha venido evolucionando desde sus orígenes del common law, donde se contemplaba como un elemento para acceder a los tribunales del equity. También cuenta con respaldo en el

derecho continental, específicamente, en el romano-germánico, en el que encontramos premisas como: “ex delicto non oritur actio” – un acto ilegal no puede servir de base a una acción judicial, “ex turpi causa non oritur” – una acción no puede surgir de una reclamación deshonrosa y “nemo auditur propriam turpitudinem allegans” no se pueden alegar los errores propios¹.

Esto puede darse en los conflictos vinculados a inversiones internacionales en los cuales un Estado demandado tienda a cuestionar la probidad del inversionista, planteando como defensa que el actuar de su contraparte se sustentó en una violación al ordenamiento jurídico aplicable a la inversión. De esta forma se cuestionaría la competencia del tribunal arbitral, por lo general CIADI, invocando la aplicación de la teoría del clean hands y denunciando que no estaría presente el requisito rationae materiae, por lo que el tribunal arbitral no contaría con jurisdicción para resolver la controversia. Esto ocurriría debido a que la inversión en cuestión no calificaría como tal, por haberse concretado bajo violaciones a lo estipulado en el Tratado

¹ Marcial Giovanni Gutierrez Lucar, “La Doctrina De Las Manos Limpias O Clean Hands En El Arbitraje De Inversión: Una Herramienta Para Combatir La Corrupción Y Su Aplicación A Una Disputa Peruana”, (Trabajo de investigación para optar por el Grado Académico de Maestro en Derecho Empresarial, Universidad de Lima, 2021), 23.

Bilateral de Inversión que se alegaba originalmente en búsqueda de garantías de protección.

Es importante tomar en cuenta que los Tratados Bilaterales de Inversión no son acuerdos cuya finalidad sea la de regular todos los supuestos normativos para que la inversión se ejecute conforme a la normativa del Estado receptor de la inversión², por lo que su redacción suele contener cláusulas de reenvío a la legislación local los Estados suscriptores. También ocurre que en este tema hay muy poco desarrollo, ya que entra en un espectro muy abierto la subjetividad de quienes administren justicia en cada caso; y por ello se busca con este artículo, intentar analizar los elementos a tomar en cuenta, con especial mención a los acuerdos suscritos por Venezuela.

II. Doctrina del clean hands

La doctrina del Clean Hands, también conocida en español como “manos limpias”, es parte del Derecho Internacional, y su premisa radica en que un tribunal arbitral podría negarse, de manera netamente discrecional, a aplicar la ley por completo a algún caso donde se

considere que hubo una conducta inapropiada con relación directa a la materia arbitrable³.

Lo anterior quiere decir que el tribunal arbitral podría negarse a prestar la debida asistencia a un demandante que pretende proteger un derecho que fue adquirido producto de algún proceso irregular o ilegal⁴, basándose en la doctrina del clean hands como un principio de derecho internacional -no tan- aceptado.

La realidad es que esta clase de argumentos no son nuevos dentro de los procedimientos de arbitraje de inversión. Alguna parte de la doctrina alega que “es normal que sintamos indignación cuando alguien se comporta de forma deshonesto y, luego, reclama a los demás por el mismo comportamiento. Algo de eso está en el origen de la defensa clean hands”⁵, en estos casos, por creer que deba ser rechazada la admisión de demandas cuya materia arbitral se encuentran contaminadas por conductas claramente ilegales, como lo serían actos de corrupción o contrarios a la legislación vigente y aplicable.

² Gutierrez Lucar, “La Doctrina De Las Manos Limpias O Clean Hands En El Arbitraje De Inversión”, .38

³ «Diversion of Water from the Meuse» (n 21) Opinión individual del Juez Hudson; Suprema Corte de EE.UU.: S&E Contractors, Inc. vs. Estados Unidos de América, 92 S. Ct. 1411, 1419 (1972) (EE.UU.) “Patents obtained with unclean hands and contracts that are based on those patents are similarly tainted and will not be enforced”.

⁴ «International News Service vs. The Associated Press», 248 U.S. 215, Suprema Corte de los EE.UU. (1918)

⁵ Uber López Montreuil y Daniel Masnjak Marín, “Manos limpias y arbitraje de inversión: A propósito del Caso Odebrecht”, Ciar Global (blog), 24 de febrero de 2020, <https://ciarglobal.com/manos-limpias-y-arbitraje-de-inversion-a-proposito-del-caso-odebrecht/>.

Los antecedentes de esta doctrina podríamos remontarlos al common law, donde se destaca el concepto de que “no habrá manos contaminadas que puedan tocar las puras fuentes de la justicia”⁶. Esto nos permite concluir que aquellos que deseen alegar ante un Tribunal arbitral la protección de sus derechos deben tomar en cuenta que, al hacerlo, si previamente los adquirieron gracias a violaciones a la ley, pueden quedar sin protección alguna de su inversión.

Premisas romano-germánicas como lo son: “ex delicto non oritur actio” – un acto que es ilegal no puede servir como base de una acción judicial, “ex turpi causa non oritur” – una acción no puede surgir de una reclamación que sea deshonrosa y “nemo auditur propiam turpitudinem allegans” nadie puede alegar su propio error⁷; sirven como fuente histórica de esta doctrina que ha evolucionado y que en la actualidad se observa con frecuencia en el ámbito del derecho internacional comercial.

III. La relación entre la corrupción y la doctrina del clean hands

La corrupción, lamentablemente, se presenta como uno de los delitos más comunes en América Latina, pudiéndose observar con más énfasis en casos de

arbitraje de inversiones, por la estrecha relación que puede tener con las contrataciones públicas.

Autores como Federico Godoy establecen que, para entender su relación,

La corrupción debe ser analizada en la etapa de jurisdicción por aplicación de la «doctrina de las manos limpias»⁸, según la cual un sujeto no puede interponer un reclamo cuando ha cometido actos ilícitos con relación a su materia⁹. En virtud de ello, se considera que el inversor que ha cometido actos de corrupción pierde el derecho a aceptar el consentimiento al arbitraje otorgado anticipadamente por el Estado: Al no poder aceptar dicho consentimiento, no hay acuerdo arbitral ni arbitraje¹⁰.

Podemos destacar como jurisprudencia latinoamericana, cómo la doctrina del clean hands fue aplicada en el caso ICC N° 1110 que se dio en el año 1963, el cual surgió a raíz del reclamo planteado por un ingeniero argentino que exigía el pago de comisiones que se le había acordado con una empresa inglesa que tenía oficinas en Buenos Aires, Argentina, respecto de los contratos que eventualmente se le adjudicarían a ésta para el abastecimiento de los equipos necesarios para el suministro de energía

⁶ Charles Keigwing, Precedentes Procesales en el Derecho Anglosajón, compendio dirigido a los estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional de Washington. (Washington, 1910), 45.

⁷ Gutierrez Lucar, “La Doctrina De Las Manos Limpias O Clean Hands En El Arbitraje De Inversión, 23

⁸ Bernardo Cremades, “Corruption and Investment Arbitration”, en Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, (Paris: ICC Publishing, 2005), 216

⁹ Rahim Moloo, “A comment on the clean hands doctrine in International Law”, TDM 1 (2011): 1

¹⁰ Federico Godoy, “El Tratamiento de las Denuncias de Corrupción en el Marco del Arbitraje de Inversiones Extranjeras, BA Arbitration Review 2 (2013): 10.

eléctrica¹¹. En este caso se demostró en la demanda que el contrato fue celebrado en virtud de conexiones políticas e influencias comerciales y políticas. El árbitro elegido, Gunnar Karl Lagergren, tomó la decisión de evaluar este caso bajo la lupa de su propia jurisdicción sobre la materia, ya que el incumplimiento de contrato que llevó a ese procedimiento arbitral era “contrario a la moral”¹².

Lagergren también declaró respecto al caso lo siguiente:

«El acuerdo celebrado entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con la finalidad de conseguir el negocio deseado», y que las comisiones a pagarse se utilizarían «en su mayor parte para el pago de sobornos.» Adicional a ello, indicó que ningún tribunal –fuera arbitral o judicial– podía entender un caso de estas características, debido a que «los contratos que implican una violación grave a la moral («bonos mores») y al orden público internacional son inválidos o al menos no pueden ejecutarse y, en consecuencia, tampoco pueden ser sancionados por jueces o árbitros»¹³

También es menester señalar que en la actualidad son muchos los laudos donde se precisa que no hay todavía una tendencia única respecto de la doctrina del clean hands, resaltando la falta de jurisprudencia que permita respaldar de la mejor forma posible este estilo de posiciones. Un ejemplo de esto es como la Corte Permanente de Arbitraje en el caso del Estado de Guyana vs. el Estado de Surinam, señaló que no ha sido creada una definición que sea generalmente aceptada respecto a la doctrina de las manos limpias en materia de derecho internacional aún¹⁴.

Es el mismo caso el de la Corte Internacional de Justicia, que, en numerosas ocasiones, ha rechazado la posibilidad de tomar en consideración la aplicación de esta doctrina¹⁵, y jamás se ha basado en ella para denegar la admisibilidad de una demanda.

Aun así, debemos dejar totalmente en claro que la doctrina del clean hands parte de declarar la inarbitrabilidad de alguna materia a partir de delitos de corrupción que hayan sido debidamente

¹¹ Sandro Espinoza Quiñones, Carmen Chunga Flores, *La Arbitrabilidad de la Corrupción: ¿Es Posible Aplicar «Clean Hands Doctrine» en el Arbitraje en Contratación Pública?*, en la Revista Derecho & Sociedad, N° 44, (2015), 285-291.

¹² Gillis J. Wetter, “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case N° 1110”, *Arbitration International* 10, N° 3 (1994),:227.

¹³ Gillis J. Wetter, “Issues of Corruption before...”, 294

¹⁴ Sandro Espinoza Quiñones y Carmen Chunga Flores, “La Arbitrabilidad de la Corrupción: ¿Es Posible Aplicar «Clean Hands Doctrine» en el Arbitraje en Contratación Pública?”, *Derecho & Sociedad* 44 (2015): 285-291.

¹⁵ «Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion», *I.C.J. Reports* (2004), p. 136; «Oil Platforms (República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de America)», *Judgment, I.C.J. Reports* (2003), p. 161; «Legality of Use of Force (Serbia y Montenegro vs. Bélgica)», *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports* (2004), p. 279.

acreditados, y no ante presunciones o investigaciones de que hayan ocurrido¹⁶. Es así como sería tarea del tribunal arbitral comprobar previamente que estén ante casos de corrupción verificada para poder siquiera decidir con base a esta doctrina.

IV. Contraposición con el Principio de separabilidad de la cláusula arbitral

En casos como los señalados en el punto anterior donde el árbitro Gunnar Karl Lagergren no administró justicia de la forma esperada por creer que el incumplimiento de contrato que los llevo a ese procedimiento arbitral, al ser resultado de acciones corruptas, era contrario a la moral; es inevitable debatirse la existencia del principio de separabilidad de la cláusula arbitral, siendo quizás este, uno de los motivos más comunes dentro del sistema de justicia internacional, y más específico, del arbitraje de inversión, por el que la doctrina del clean hands es tan poco utilizada.

Además, pretender que un tribunal arbitral se declare incompetente o declare la no arbitrabilidad de alguna controversia que le sea presentada solo con la base de presunciones de corrupción iría directamente en contra del convenio arbitral, de la voluntad de las partes manifestada en lo acordado previamente. Esto, a su vez, iría en

contra del principio de presunción de inocencia que tienen las partes. Por estos motivos, la doctrina del clean hands debe ser tomada con sumo cuidado para su aplicación y desarrollo¹⁷.

Históricamente, la doctrina del clean hands ha sido aplicada en casos donde son las partes quienes reconocen de cara al tribunal la existencia de corrupción para la obtención del derecho que luego reclaman, por lo que ya no sería tomado como una presunción, sino como un hecho, y es responsabilidad de los árbitros poner en práctica o no esta doctrina.

V. Tratados de Inversión suscritos por Venezuela

Como habíamos mencionado anteriormente, los Tratados de Protección de Inversiones buscan promover y generar garantías mínimas para la inversión extranjera. Esto implica que su redacción por lo general tiende a ser bastante amplia y a no limitar supuestos o situaciones, sino a remitirlos bajo el derecho interno del Estado que recibe la inversión. En el caso de la doctrina del clean hands, por ejemplo, los árbitros deberán considerar que una inversión lo es, en efecto, de cara a lo que el ordenamiento interno pueda indicar como estándar. Si bien esto puede interpretarse como más subjetividad dentro del proceso, también pudiese servir como marco macro ante la

¹⁶ Sandro Espinoza Quiñones y Carmen Chunga Flores, "La Arbitrabilidad de la Corrupción ...", 285-291.

¹⁷ Sandro Espinoza Quiñones y Carmen Chunga Flores, "La Arbitrabilidad de la Corrupción ...", 285-291.

solicitud de que una causa sea declarada como inarbitrable por la doctrina del clean hands.

Las inversiones, por lo general en los diversos tratados suscritos por Venezuela, son definidas en términos similares. Por ejemplo, en el Tratado Bilateral de inversión Celebrado por Venezuela y España¹⁸, son definidas como:

Todo tipo de activos, invertidos por inversores de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante, y, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- a. Acciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en sociedades;
- b. derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin;
- c. bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;
- d. todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual incluyendo expresamente patentes de inversión y marcas de comercio, así como licencias de fabricación,

conocimientos técnicos y fondo de comercio;

- e. derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgadas por la ley o en virtud de un contrato, inclusive los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

Sin embargo, existen casos como en el Tratado Suscrito entre Venezuela y Perú¹⁹, en el cual se plantea un reenvío un poco más directo a la legislación interna del estado receptor en cuanto a la clasificación propia de una inversión, a saber:

“inversión” designa a todo tipo de bien definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión de conformidad con este Convenio (...)

Lo que nos permite analizar que la inversión será entendida como tal de acuerdo con el ordenamiento jurídico local del Estado receptor de la inversión. Cuando evaluamos esto a la luz de la doctrina del clean hands, debemos tomar en cuenta que la mala fe, el fraude, las conductas engañosas o la corrupción deben ser contemplados desde la legislación interna, y será conforme a esta que podremos afirmar o no, su existencia.

Los Tratados Bilaterales de Inversión no han reflejado, hasta la fecha, de manera

¹⁸ Acuerdo entre la Republica de Venezuela y el Reino de España para la promoción y protección reciproca de inversiones, publicado en la gaceta oficial Nro. 36.281 de fecha 1 de septiembre de 1997.

¹⁹ Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Perú sobre Promoción y protección de Inversiones, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 36.266 del 11 de agosto de 1997.

expresa alguna posición respecto al alegato del clean hands. Es por este motivo que esta materia en particular tiende a ser tan subjetiva y amerita tanto cuidado y revisión por parte de los árbitros que se puedan encontrar ante estos casos.

Lo que sí se puede afirmar es que, si bien en las definiciones de inversión no siempre hay una remisión expresa al ordenamiento jurídico del estado receptor, sí lo podremos observar contemplado, al menos en los suscritos por Venezuela, casi siempre en los artículos destinados a la promoción y admisión. Tal es el ejemplo del Tratado con Chile²⁰, el cual establece: “Cada Parte promoverá en su territorio, en la medida e lo posible, las inversiones de inversionistas de la otra parte contratante y admitirá tales inversiones conforme a sus leyes y reglamentos”

VI. Postura del CIADI respecto a la doctrina del clean hands

En reiteradas oportunidades el CIADI se ha pronunciado sobre la admisibilidad o no de ciertos reclamos. Más aún, de ciertos alegatos de incumplimiento de formalidades a nivel interno por parte de la inversión.

En el caso de Gustav F.W. Hamester, GmbH & Co KG v. Republica de Ghana, manejado por el CIADI²¹, establecieron:

No hay duda de que el requisito de la conformidad con la ley es importante con respecto al acceso a las disposiciones sustantivas sobre la protección del inversor bajo el TBI. Este acceso puede ser denegado a través de una decisión en los méritos. Sin embargo, si es manifiesto que la inversión se ha realizado en violación de la ley, está en consonancia con economía judicial no afirmar jurisdicción.

En el mismo se indicó que existen diversos principios generales del derecho que son aplicables, aunque ellos no se desprendan directamente de las citas textuales utilizadas en los Tratados Bilaterales de Inversión²². El CIADI destaca entre ellos la prohibición de brindar protección a las inversiones que puedan violar directa o indirectamente el principio de buena fe, ya sea a través de: (i) fraude, (ii) corrupción o, (iii) conductas engañosas.

Como mencionamos anteriormente, es bastante frecuente encontrarnos con disposiciones en los Tratados Bilaterales de Inversiones que exijan que las inversiones sean realizadas en conformidad con la ley, dándose por ejemplo, una cláusula de reenvío a la

²⁰ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la Republica de Chile sobre promoción y protección de Inversiones, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinario Nro. 4.30 del 29 de diciembre de 1994.

²¹ Gustav F.W. Hamester, GmbH & Co KG v. Republica de Ghana, CIADI 2010, párrafos 123-132

²² Andrés Cervantes Valarezo, “La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Iuris Dictio* 22 (2018): 71-87

legislación local del Estado anfitrión o receptor de la inversión, al respecto:

[Está] claro que los Estados pueden expresamente condicionar el acceso de los inversores a un mecanismo de solución de diferencias, o la disponibilidad de una protección sustantiva. Una de aquellas condiciones más comunes es un requerimiento expreso de que la inversión cumpla con la legislación interna del Estado anfitrión. Esta condición aparece típicamente en el TBI que es el instrumento que contiene el consentimiento del Estado para el arbitraje del CIADI²³.

Por lo general, podremos encontrar estas disposiciones dentro de la definición de Inversión que tienen los Tratados Bilaterales de Inversión, en algunos otros se podrían encontrar incluidas en otras disposiciones o bien como una cláusula general del tratado²⁴.

Observamos entonces como distintos tribunales arbitrales CIADI se han pronunciado alrededor de esta idea, como lo fue en el caso *Fraport v. Republica de Filipinas*²⁵. En este caso, a pesar que el Tratado Bilateral de Inversión se consideró como un instrumento de derecho internacional, se estableció que no hay impedimento de que el mismo pueda hacer un reenvío al derecho local, por lo que el incumplimiento del mismo, de cara a la legislación interna del Estado receptor,

conllevaría también efectos internacionales. Del mismo modo, en el caso *Tokio Tokelés v. Ucrania*²⁶ se indicó que el requerimiento de las inversiones es que cumplan con las leyes y regulaciones del Estado receptor de la inversión, esto como un “requerimiento común” en la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión modernos.

El problema de estos planteamientos se presenta rápidamente al momento en que cada tribunal arbitral debe analizar, sin mayor jurisprudencia ni limitación alguna, que no toda infracción a la legislación interna del Estado receptor implica necesariamente una violación a los principios fundamentales ni del Estado ni del Tratado. Por el contrario, debe analizar que el inversor haya violado principios que no se encuentren típicamente consagrados, por lo que, para estar presente a la doctrina del *clean hands*, se vuelve completamente necesario la prueba de que hubo fraude, corrupción o conductas engañosas, demostrando así la mala fe del inversor.

VII. Conclusiones

La aplicación de la doctrina del *clean hands* puede hacer surgir diferentes resultados, tales como: (i) que el tribunal arbitral rechace su jurisdicción en ese caso; o, (ii) que el tribunal arbitral declare que los reclamos del

²³ Gustav F.W. Hamster, GmbH & Co KG v. Republica de Ghana, CIADI (2010), párrafo 125

²⁴ Andrés Cervantes Valarezo, “La doctrina de las “manos limpias” ...”, 71-87

²⁵ Caso *Fraport v. Republica de Filipinas*, CIADI, (2007), párrafo. 349.

²⁶ Caso *Tokio Tokelés v. Ucrania*, CIADI, (2004), párrafo. 84.

inversionista son improcedentes. En la práctica, esta doctrina resulta aplicable a dos casos: *a)* cuando la inversión no cumple con los requisitos para ser considerada como tal bajo la legislación interna del Estado anfitrión; o, *b)* cuando existen actos de corrupción relacionados con el inicio y desarrollo de la inversión²⁷. Sin embargo, la última opción es la que observamos con más frecuencia en el derecho internacional comercial, y muchas veces el argumento de defensa es la opción a, que no se cumplió con los requisitos mínimos establecidos por ley.

Debemos entender que el clean hands se presenta como una sanción severa para aquel inversionista que haya actuado con mala fe para la materialización o ejecución de una inversión, y por ese motivo no se le permite la protección de la misma bajo los estándares del Tratado Bilateral de Inversión que pretenda alegar.

También, si bien no se ha utilizado de manera textual el clean hands como doctrina en algunos de los casos señalados con anterioridad, sí existe un claro uso de su motivación y de los principios del derecho romano-germánico que guardan una estrecha vinculación con el concepto anglosajón de su origen. Es así como eventualmente los tribunales arbitrales del futuro deberán no solo reconocer la existencia de esta doctrina como una costumbre en

la práctica arbitral sino que, además, establecerán los parámetros que sirvan para definir de una manera clara y sencilla como se aplica a las controversias venideras

Es por este motivo que es responsabilidad de los árbitros el solicitar todas las pruebas posibles cuando crean haber indicios de fraude, corrupción o conductas engañosas y, en caso de que se demuestre la existencia de alguna de estas en la transacción comercial, se recomienda al tribunal arbitral colaborar con la fiscalía correspondiente, ya que esta sería la encargada de investigación y revisión de esta clase de delitos.

En el caso particular de Venezuela y de los tratados que ha suscrito históricamente, no se contempla directamente alguna disposición en relación con la doctrina del clean hands, remitiéndolo todo a la legislación local. Sin embargo, eso no implica que no sea una realidad a la que hay que hacer frente, o de la que el Estado se pueda basar para incumplir con contratos y obligaciones comerciales en general previamente adquiridas.

Si bien el resultado de que un tribunal arbitral se niegue a seguir con alguna causa en virtud de que los derechos reclamados fueron adquiridos de manera ilícita, suena un tanto fuerte cuando se contraponen con una serie larga de principios que regulan la jurisdicción

²⁷ Andrés Cervantes Valarezo, "La doctrina de las "manos limpias" ...", 71-87

arbitral. No es menos cierto que es una situación delicada en la que los árbitros bien pueden decidir no verse implicados y que resulta difícil de defender cuando se evalúa en un contexto de incumplimiento a normas de orden público, tanto a nivel interno como internacional. Por ese motivo, resulta imperante la necesidad de mostrar la existencia de estos hechos ilícitos que pudiesen generar una respuesta tan contundente, como la aplicación de la teoría del clean hands.

Demandas Reconvencionales de Estados frente a Inversionistas: ¿Realidad o Ficción Jurídica?

Fernando Pérez Lozada*

Principia No. 7–2022 pp. 71-86

Resumen: Aunque la reciprocidad ha sido la base del mecanismo de solución de controversias Estado-inversionista, parecen persistir desequilibrios entre los derechos y obligaciones de inversionistas y Estados. Los Acuerdos Internacionales de Inversión permiten a los inversionistas obtener compensación por violaciones a los tratados, sin imponer obligaciones sustantivas a los inversionistas. Tradicionalmente, la defensa de los Estados está limitada a la presentación de objeciones de jurisdicción o alegatos para disminuir la compensación por los daños reclamados. Discutiblemente, no existe un recurso efectivo o foro internacional para que los Estados sede y/o sus nacionales obtengan reparación por daños ambientales o violación de derechos humanos causados por inversionistas extranjeros. Sin embargo, algunos tribunales de inversión han admitido reconvenciones de Estados, mientras que TBIs de nueva generación y algunas legislaciones han comenzado a imponer obligaciones y sanciones a inversionistas, respectivamente, por daños causados en los Estados receptores de la inversión.

Abstract: Although reciprocity has been the foundation of Investor-State Dispute Settlement, imbalances seemed to remain between the rights and obligations of investors and States. International Investment Agreements enable investors to obtain compensation for treaty violations, without imposing substantive obligations on investors. Traditionally, Host States can only defend themselves by raising either jurisdictional objections or allegations to off-set compensation on damages. Arguably, no proper recourse or international forum appears to be available for host States and/or its nationals to obtain redress for environmental damages or human rights violations caused by foreign investors. However, only a handful of investment tribunals have admitted counterclaims submitted by host States, while a new breed of BITs and some legislations have started to impose obligations and extraterritorial sanctions on investors, respectively, for damages caused in the hosts States of the investment.

Palabras Claves: Reconvención | Jurisdicción | Derechos humanos | Daños ambientales

Keywords: Counterclaim | Jurisdiction | Human rights, | Environmental damages

* Abogado en México, Universidad del Pedregal (2001); admitido en la barra de Paris (2019-2020 “omission volontaire”); LL.M. University of Manchester, UK (2007); LL.M. (MIDS), Graduate Institute, University of Geneva (2016); Miembro del Panel de Árbitros del Centro de Arbitraje de México; Asociado en CMS, Hasche Sigle, Munich, Alemania. El presente artículo está inspirado en la ponencia del autor impartida en la conferencia bianual de la International Law Association (Kyoto, 2020).

Sumario:

I. Introducción

Aunque la reciprocidad ha sido la base angular de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs), ciertos Estados han cuestionado la simetría de derechos y obligaciones en dichos Acuerdos y la posible “inmunidad del inversionista” como sujeto obligado para responder por la violación a derechos humanos o daños al medio ambiente como consecuencia directa de la ejecución y operación de una inversión.

Tradicionalmente, la defensa de los Estados en arbitrajes de inversión se ha caracterizado en gran medida, por la adopción de una estrategia defensiva (en vez de ofensiva). En primer lugar, al invocar objeciones sobre jurisdicción del tribunal y/o admisibilidad de la reclamación. Por ejemplo, alegando la ilegalidad de la inversión, el incumplimiento de leyes locales, o incluso actos de corrupción o fraude favorables al proyecto de inversión. En su defecto, otra medida defensiva comúnmente adoptada por los Estados es la presentación de alegaciones subsidiarias para reducir la indemnización de los daños reclamados por el inversionista (v.gr., negligencia contributiva).

La doctrina y práctica actual reflejan en cierta medida la falta de un recurso efectivo o foro internacional idóneo para los Estados sede y/o población afectada (comunidades indígenas) para reclamar

la reparación de daños generados por proyectos de inversión, en particular en sectores de impacto ambiental o social adverso como el energético, petroquímico, minero e inmobiliario, los cuales representan los sectores de mayor incidencia de arbitrajes Estado-Inversionista a nivel mundial.

En efecto, la mayoría de las decisiones arbitrales sobre reconveniones de Estados ha sido denegada en la fase de jurisdicción y sólo en algunos casos en la fase de méritos, sin que a la fecha exista un caso positivo en el que en ambas fases el tribunal arbitral haya resuelto favorablemente.

Las demandas reconventionales que se analizarán en el presente artículo se pueden clasificar en reclamaciones por: i) violaciones contractuales; ii) violaciones de derechos humanos; y iii) violación de normas ambientales.

De manera excepcional, Ecuador ha sido el único Estado que ha obtenido una compensación del inversionista por daños ambientales por la vía reconventional; no obstante, las partes del arbitraje acordaron que ésta fuera dirimida por el tribunal arbitral.

La falta de obligaciones vinculantes a cargo de inversionistas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) representa una limitante legal importante en materia de responsabilidad a nivel internacional. No

obstante, se ha tratado de vincular dichas obligaciones en la “ley aplicable” invocada en el Tratado, ya sea por violación de leyes locales u obligaciones internacionales mediante su interpretación sistémica. Por otro lado, los TBIs de nueva generación prevén obligaciones sustantivas a cargo de inversionistas.

En este artículo se abordará la motivación de demandas reconventionales de Estados (II); y los escenarios de jurisdicción previstos en reglas de arbitraje a la luz de las principales decisiones arbitrales (III). Finalmente, se mencionarán algunas propuestas de reforma, así como los beneficios y obstáculos para su implementación (III).

II. Motivación de la reconvencción

En cierta medida, la interpretación en “sentido amplio” de los estándares de protección de inversión ha sido criticado por interferir con el espacio normativo del Estado para proteger el medio ambiente y la salud pública¹. Algunos autores han sugerido la exclusión de sectores prioritarios del ámbito de protección para blindar las políticas públicas sobre posibles reclamaciones

de inversionistas, al tiempo de evitar el efecto conocido como “regulatory chill”².

Por otro lado, un número creciente de TBIs establece la obligación o el derecho del Estado para regular y adoptar medidas para el cumplimiento de objetivos y principios de desarrollo sustentable, u otros fines legítimos de política social³. Sin embargo, en ciertos casos la prerrogativa del Estado para defender el interés público – en detrimento de intereses privados–, debe asegurar que la medida no sea arbitraria, discriminatoria o injustificada. Algunas decisiones arbitrales han concluido que dicha prerrogativa o grado de maniobra del Estado no impone obligaciones positivas al inversionista⁴.

Con respecto a los estándares de protección, los AII de nueva generación han adoptado ciertas medidas, i) limitado los estándares de protección a ciertos sectores; ii) enfatizado la soberanía del Estado sobre “áreas reservadas” fuera de la protección del Tratado; o iii) subordinado dicha protección a la salvaguarda o cumplimiento de reglas de medio ambiente, salud pública y/o derechos fundamentales.

¹ Tienhaara, K., “Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement”, *Transnational Environmental Law*, 7(2) (2018): 229-250, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C1103F92D8A9386-D33679A649FEF7C84/S2047102517000309a.pdf/regulatory-chill-in-a-warming-world-the-threat-to-climate-policy-posed-by-investor-state-dispute-settlement.pdf>

² Idem.

³ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 23.

⁴ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018.

Un claro ejemplo de estas medidas se refleja en el capítulo de inversión del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (“T-MEC”) que entró en vigor el 1º de Julio de 2020, en remplazó al TLCAN⁵. El nuevo Tratado prevé dos tipos de régimen protección, una amplia y otra limitada.

Por un lado, la protección amplia se otorga a inversiones en cinco “sectores cubiertos” (petróleo y gas natural; generación de energía; suministro de servicios de telecomunicación; servicios de transporte; y propiedad o administración de infraestructura)⁶. Los estándares de protección en los sectores cubiertos no tienen reserva alguna y son equivalentes a los previstos en el anterior TLCAN. Por otro lado, la protección limitada es aplicable a todas las actividades fuera de los sectores cubiertos.

La principal diferencia entre ambas es la exclusión de estándares de protección de i) Nivel Mínimo de Trato (“trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas”)⁷; y ii) Expropiación Indirecta⁸, otorgadas únicamente a las inversiones realizadas en los “sectores cubiertos”⁹.

Cabe señalar que el T-MEC prevé un plazo de 3 años a partir de su entrada en vigor para someter una reclamación de inversión a arbitraje (el sentido amplio antes señalado), bajo las reglas del TLCAN. Los inversionistas deberán tomar en cuenta este plazo, sobre todo los de nacionalidad canadiense ya que Canadá no forma parte del mecanismo de solución de controversias de inversión del T-MEC¹⁰. Durante este periodo transitorio, las denominadas “inversiones legadas” realizadas antes del 1 de Julio de 2020 podrán someter una controversia legada antes del 1 de Julio de 2023¹¹. No obstante, las inversiones realizadas a partir de Julio 2020 (entre México y Estados Unidos) están sujetas a las reglas del T-MEC.

Los Estados Parte del T-MEC también se reservan el derecho de adoptar medidas relacionadas con la inversión en ciertos sectores, por ejemplo, para servicios de entretenimiento (México); televisión por cable (Estados Unidos); e instrumentos de deuda pública (Canadá).¹² En particular, en relación con el estándar de Trato Nacional, los Estados Parte del T-MEC se reservan el derecho de adoptar

⁵ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés).

⁶ T-MEC, Anexo 14-E, párrafo 6(b).

⁷ T-MEC, Artículo 14.6.

⁸ T-MEC, Artículo 14.8; Anexo 14-B (Expropiación), párrafo 3 (“en donde un acto o serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.”).

⁹ Dichas inversiones suponen la celebración de un “contrato de gobierno cubierto” para establecer o adquirir una inversión en el país sede a partir de la entrada en vigor del Tratado.

¹⁰ T-MEC, Anexo 14-D.

¹¹ T-MEC, Anexo 14-C.

¹² T-MEC, Artículo 14.12(2), Anexo II (Lista de México; Lista de los Estados Unidos; Lista de Canadá).

medidas que otorguen derechos a grupos minoritarios social o económicamente en desventaja¹³. Esta reserva podría ser invocada (válidamente o no) por el Estado sede como alegato de defensa en un arbitraje de inversión. Por ejemplo, en contra de una demanda de denegación de autorizaciones o concesiones sobre tierras que puedan afectar los derechos de comunidades indígenas, sujeto a las circunstancias del caso y en consideración a autorizaciones o representaciones previas del Estado.

Del mismo modo, el T-MEC prevé que la interpretación del Tratado no supone un impedimento para adoptar medidas encaminadas a asegurar que la inversión se realice de manera sensible al medio ambiente¹⁴. Esta obligación podría ser analizada por un tribunal arbitral como criterio normativo del Tratado, sujeto a la situación particular del caso y siempre que no se realice de manera discriminatoria, arbitraria o en violación a los estándares de protección de inversión aplicables.

Por otro lado, la presentación de una demanda reconvenional en contra del

inversionista constituye otro mecanismo de defensa del Estado como medida de contrapeso a las posibles limitaciones de su campo de acción bajo el Tratado.

No obstante, sólo un número limitado de reconveniones ha sido admitido por tribunales arbitrales en materia de daños ambientales (*Aven v. Costa Rica*; *Burlington v. Ecuador*; *Perenco v. Ecuador*)¹⁵, violaciones a derechos humanos (*Urbaser v. Argentina*)¹⁶ o fraude (*Al Warraq v. Indonesia*)¹⁷.

De manera notable, sólo Ecuador ha logrado obtener una indemnización por daños ambientales ocasionados por inversionistas en el desarrollo de pozos petroleros. No obstante, los inversionistas en cuestión dieron su consentimiento expreso para que el tribunal se pronunciara al respecto y (paradójicamente) obtuvieron una indemnización de Ecuador diez veces mayor por violación a los estándares de protección de Trato Justo y Equitativo y Expropiación de la inversión¹⁸.

En este sentido, la principal “victoria” para los Estados en la vía reconvenional

¹³ T-MEC, Anexo II, Sector “cuestiones relacionadas con las minorías”, los Estados Parte (Lista de México; Lista de los Estados Unidos; Lista de Canadá).

¹⁴ T-MEC, Artículo 14.16.

¹⁵ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Caso No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafos 742, 745-747; Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decisión sobre reconveniones, 7 Febrero 2017; Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6; Laudo, 27 Septiembre 2019.

¹⁶ Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016.

¹⁷ Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Laudo Final, 15 Diciembre 2014.

¹⁸ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decisión sobre reconveniones, 7 Febrero 2017; Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6; Laudo, 27 Septiembre 2019.

es la desestimación de la demanda interpuesta en su contra, por falta de jurisdicción arbitral. En estos casos la “sanción” del inversionista es la pérdida de los derechos de protección bajo el Tratado. Algunos TBIs prevén de manera directa la pérdida de dicha protección, por incurrir en prácticas de corrupción.

Si bien es cierto que el Estado podría demandar el pago de compensación por los daños generados ante los tribunales del país sede de la inversión, ésta vía podría enfrentar algunos inconvenientes. Por ejemplo, la falta de bienes suficientes del inversionista (en dicho país) podría dificultar la ejecución de sentencias. De igual forma, los tribunales del país sede no siempre son competentes en deferencia a la jurisdicción del país de origen del inversionista, por razón de su domicilio o sede de cuentas bancarias, por ejemplo, en aplicación de la doctrina *forum non conveniens*. En particular, el TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) prevé que Estado sede puede demandar el pago de compensación por daños al medio ambiente, lesiones personales o pérdida de vidas en el Estado receptor de la inversión ante los tribunales del país de origen del inversionista¹⁹.

En otros casos, la ejecución de una sentencia condenatoria para el inversionista podría desencadenar – paradójicamente – una reclamación arbitral del mismo inversionista (“treaty claim”) alegando, por ejemplo, la expropiación judicial de la inversión y/o de las utilidades.

Algunos Estados como Francia prevén reglas de aplicación extraterritorial con el fin de reforzar los deberes empresariales (“*devoir de diligence*”) en materia de derechos humanos, así como minimizar los impactos negativos al medio ambiente. En este caso, las empresas francesas de cierto tipo están sujetas a obligaciones de prevención y detección de riesgos en la materia²⁰. Asimismo, la ley francesa de anticorrupción “*Loi Sapin II pour la transparence de la vie économique*” (conocida como “SAPAN II”), impone obligaciones a las empresas francesas para implementar sistemas internos de detección y prevención de actos de corrupción cometidos en y fuera de Francia. Su incumplimiento da lugar a la responsabilidad penal de sus dirigentes y a la imposición de sanciones que pueden alcanzar hasta el 30% de las utilidades anuales promedio durante los últimos tres años²¹.

¹⁹ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (no en vigor), Artículo 20.

²⁰ La loi française sur le devoir de vigilance, Labor Solutions, <https://www.worker-engagement.com/laws-regulations-and-guidelines/la-loi-francaise-sur-le-devoir-de-vigilance/>

²¹ Law No. 2016-1691, 9 Diciembre 2016, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT-000033558528/>; SAPIN II Law, Anti-Corruption Aspects (CMS), <https://cms.law/en/fra/publication/sapin-ii-law-anti-corruption-aspects>.

III. Jurisdicción arbitral

Las demandas reconventionales en contra de inversionistas suelen estar condicionadas a requisitos de jurisdicción, admisibilidad y méritos. A manera de ejemplo podemos mencionar los siguientes:

1. La vinculación de la reconvencción con la diferencia o demanda original (jurisdicción);
2. El consentimiento de las partes (jurisdicción);
3. La presentación oportuna y suficiencia de la reconvencción (admisibilidad); y
4. La violación de una norma nacional o internacional (méritos).

Es importante señalar que las principales reglas aplicables en materia de arbitraje de inversión (CIADI y CNUDMI) prevén la posibilidad de formular una reconvencción, sujeta – principalmente – a la competencia del tribunal arbitral y, en su caso, a otros criterios de jurisdicción y/o admisibilidad.

El Artículo 46 del Convenio del CIADI establece que el tribunal deberá resolver las demandas reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del CIADI²².

Por su parte, el Artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, dispone que el demandado podrá formular una reconvencción siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas. Asimismo, establece que la reconvencción se deberá formular en la contestación de la demanda (salvo que su demora sea justificada) y contener, entre otros, los datos de hecho, de derecho y las pruebas en que se funde, conforme a lo dispuesto en el Artículo 20 del mismo Reglamento.

A continuación, analizaremos los requisitos principales a la luz de la jurisprudencia arbitral.

A. Vinculación de la reconvencción

El primer requisito de conexión de la reconvencción con la controversia o demanda original (“close connection”), obedece a principios de eficiencia procesal. Efectivamente, la acumulación de ambas pretensiones en un mismo asunto (demanda y reconvencción) evita la duplicación de demandas y favorece la eficiencia del proceso adjudicatorio.

Es debatible que un Estado pueda formular una demanda reconventional sobre una cuestión distinta al reclamo original del inversionista y/o ajena al proyecto de inversión. No obstante, existen visiones opuestas adoptadas por tribunales arbitrales.

²² Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

Por ejemplo, en el caso *Paushok v. Mongolia*, el tribunal desestimó la reconvencción por falta de conexión razonable con la demanda del inversionista, al reclamar del éste el pago de impuestos no relacionados con la inversión en empresas de minería. A juicio del tribunal, el incumplimiento de leyes fiscales de Mongolia es de competencia exclusiva de las cortes del Estado²³. El tribunal incluyó en su razonamiento que el aceptar jurisdicción sobre la reconvencción, sería consentir la extensión extraterritorial de la jurisdicción legislativa de Mongolia sin ninguna base legal en derecho internacional²⁴.

Asimismo, en el arbitraje *Saluka v. República Checa* el tribunal adoptó un criterio de interpretación restrictivo del criterio de conexión (“common origin”), exigiendo el mismo instrumento de obligaciones recíprocas – contrato de inversión – para sustentar tanto la demanda del inversionista como la reconvencción del Estado. En la opinión del tribunal, no es razonable que se formule una reconvencción con base en un contrato distinto al invocado por el inversionista en su demanda original, salvo que ambos contratos sean

interdependientes o se encuentren íntimamente ligados entre sí, “por un origen común, fuentes idénticas y una unidad operativa”²⁵. Esta postura ha sido criticada por limitar la posibilidad de éxito de la reconvencción, al requerir la indivisibilidad e interdependencia de ésta con la demanda original²⁶.

De manera análoga, en el caso *Amco v. Indonesia*, el tribunal CIRDI rechazó la jurisdicción sobre la reconvencción por el presunto fraude fiscal del inversionista para el desarrollo de un hotel y un complejo de oficinas. El tribunal admitió que la obligación de pago de impuestos es una obligación general en Indonesia, el cual no deriva del contrato de inversión celebrado con el Estado, ni “surge directamente de una inversión” *per se*, en términos del Artículo 25(1) de la Convención CIRDI²⁷.

Por el contrario, en el caso *Urbaser v. Argentina*, el tribunal se declaró competente para conocer de la reconvencción de Argentina al concluir que la simple “conexión fáctica” (no jurídica) entre la reclamación original y la accesoria, es suficiente para establecer la jurisdicción sobre las reconvencciones

²³ Sergei Paushok, et al v. Mongolia, UNCITRAL, Laudo, 28 Abril 2011, párrafos 694-699.

²⁴ Idem., párrafo 695.

²⁵ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Decisión sobre la competencia de la demanda reconvenccional de la República Checa, 7 Mayo 2004, párrafos 67, 79.

²⁶ Elena Burova, “Jurisdiction of Investment Tribunals Over Host States’ Counterclaims: Wind of Change?”, Kluwer Arbitration Blog (Marzo 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/06/jurisdiction-of-investment-tribunals-over-host-states-counterclaims-wind-of-change/>

²⁷ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988.

del Estado²⁸. Esta postura más reciente se diferencia de otras decisiones que desestimaron las reconveniones bajo criterios de interpretación restrictivos.

De igual forma, en el caso *Aven v. Costa Rica*²⁹, el tribunal consideró que una reconvenición es una demanda independiente y autónoma con respecto al escrito de contestación del Estado, aunque es habitual que materialmente forme parte de ese escrito.

Estos dos últimos casos representan un cambio de postura sobre el alcance de la jurisdicción arbitral.

B. Consentimiento de las partes

El segundo requisito sobre el “consentimiento” de las partes suele ser uno de los temas más debatidos en arbitrajes de inversión. En efecto, la fuente de competencia arbitral reside en el acuerdo de las partes contratantes para someter a un Estado soberano a la jurisdicción de un tribunal internacional y, en su caso, al inversionista en la vía reconvenional.

En principio, la competencia del tribunal sobre demandas reconvenionales puede emanar del consentimiento a

arbitraje previsto en el TBI; del arreglo entre las partes ya sea en un contrato de inversión, en un “*compromis*” posterior, o incluso del acuerdo pactado después de haber iniciado el arbitraje como ocurrió en los casos *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador*³⁰.

Tratándose de reconveniones por incumplimientos contractuales (“*contractual claims*”), se podría argumentar – sujeto a las circunstancias particulares del caso– que el principio de *pacta sunt servanda* opera en ambos sentidos (cuyo cumplimiento no sólo está a cargo del Estado) y, en consecuencia, no sería razonable que el inversionista fuera totalmente inmune al cumplimiento de sus obligaciones sinalagmáticas frente al Estado.

Al respecto, existen decisiones arbitrales en sentidos opuestos sobre demandas reconvenionales por incumplimiento de obligaciones contractuales. En *Saluka v. República Checa*³¹ el tribunal aceptó, en principio, la existencia del consentimiento de las partes para resolver la reconvenición Estatal, mientras que en el caso *Roussalis v.*

²⁸ Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016; Elena Burova, “Jurisdiction of Investment Tribunals Over Host States’ Counterclaims: Wind of Change?”, Kluwer Arbitration Blog (Marzo 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/06/jurisdiction-of-investment-tribunals-over-host-states-counterclaims-wind-of-change/>

²⁹ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Caso No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 745.

³⁰ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decisión sobre reconveniones, 7 Febrero 2017; Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6; Laudo, 27 Septiembre 2019.

³¹ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Decisión sobre la competencia de la demanda reconvenional de la República Checa, 7 Mayo 2004.

*Romania*³², esta fue rechazada por primera vez por falta de consentimiento.

No obstante, la opinión disidente del árbitro Michael Reisman, en este último caso, ha sido la postura más contundente a favor de los Estados para demandar el pago de compensación por la vía reconvenional en arbitrajes CIRDI, invocada por otros tribunales³³, según la cual:

[I]n my view, when the States Parties to a BIT contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue. It is important to bear in mind that such counterclaim jurisdiction is not only a concession to the State Party: Article 46 works to the benefit of both respondent state and investor. In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims, a neutral tribunal [...] perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor who had sought a forum outside the state apparatus is now constrained to become the defendant. (And if an adverse judgment ensues, that erstwhile defendant might well transform to claimant again, bringing another BIT

claim.) Aside from duplication and inefficiency, the sorts of transaction costs which counter-claim and set-off procedures work to avoid, it is an ironic, if not absurd, outcome, at odds, in my view, with the objectives of international investment law³⁴.

Destaca también la decisión de jurisdicción *prima facie*, adoptada sobre la reconvenión de Costa Rica por daños ambientales. En este arbitraje, el tribunal consideró que el lenguaje del Tratado DR-CAFTA (en sus Artículos 10.15 y 10.16) es lo suficientemente amplio para abarcar las reconveniones. En la opinión del tribunal, el último precepto citado no es aplicable únicamente a controversias interpuestas por el inversionista³⁵, y por lo tanto “[n]o existen motivos sustantivos para eximir a los inversionistas extranjeros del alcance de las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones en virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, en particular, en materia ambiental”³⁶

Por otro lado, la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) fueron concebidos por los Estados para promover la inversión extranjera, ofreciendo garantías y protecciones

³² Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaración de W. Michael Reisman, 28 Noviembre 2011.

³³ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Caso No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 741.

³⁴ Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaración de W. Michael Reisman, 28 Noviembre 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0724.pdf>

³⁵ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 740.

³⁶ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 739.

adicionales a las otorgadas a sus nacionales y/o establecidas en leyes locales. En este sentido, los Tratados prevén el derecho del inversionista a iniciar un arbitraje en caso de incumplimiento de dichas garantías, sujeto en todo caso, a requisitos de admisibilidad (agotamiento de recursos), limitaciones sobre la temporalidad de la reclamación³⁷, y/o cláusulas de denegación de beneficios.

Sin embargo, un número limitado de tribunales arbitrales, han determinado la existencia de consentimiento *prima facie* sobre demandas reconventionales, al considerar que el lenguaje (amplio o neutro) del TBI aplicable a la disputa lo permite, al cubrir, por ejemplo:

- i. “todas las disputas entre una Parte Contratante y un inversionista”³⁸ (*Saluka v. República Checa*);
- ii. “Las controversias que surgieren entre una de las Partes [Contratantes] y un inversor”³⁹ (*Urbaser v. Argentina*); y
- iii. “Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje”⁴⁰ (*Aven v. Costa Rica*).

No obstante, en estos casos las reconversiones fueron desestimadas, la primera de ellas por otras causas de jurisdicción (“falta de vinculación”) y las dos últimas, en la fase de méritos.

En *Urbaser v. Argentina*⁴¹, el tribunal rechazó la reclamación de violación de derechos humanos por falta de evidencia y fundamento legal del “deber de reparación” en derecho internacional, así como por la imposibilidad de atribuir el cumplimiento de derechos humanos a empresas privadas, incluso al tener bajo su cargo la prestación de un servicio público de suministro de agua.

Por otro lado, en *Aven v. Costa Rica*⁴², la reclamación del Estado fue desestimada por no cumplir con reglas del procedimiento arbitral y la inexistencia de una “obligación positiva” del inversionista. Asimismo, el tribunal desestimó la reclamación del inversionista.

De manera alternativa, el análisis del consentimiento para arbitrar reconversiones puede tomar en cuenta el significado ordinario, contexto y finalidad del Tratado, o en su defecto, las normas de derecho internacional aplicable, según las reglas de

³⁷ V. gr. “cooling-off period”; “statute of limitations”.

³⁸ Artículo 8 del TBI Países Bajos-República Checa.

³⁹ Artículo X del TIB España-Argentina.

⁴⁰ Artículos 10.16 y 10.17 del DR-CAFTA.

⁴¹ *Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016.

⁴² *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018.

interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴³.

C. Presentación oportuna y suficiencia de la reconvencción

En otros casos, a pesar de pronunciarse competente sobre la reconvencción, el tribunal arbitral determinó su desestimación por inadmisibilidad procesal, ya sea por su presentación tardía o por insuficiencia de la reconvencción conforme a las reglas de arbitraje aplicables.

Tal es el caso de *Aven v. Costa Rica*, administrado bajo las reglas de arbitraje del CNUDMI. En este caso, a juicio del tribunal, el Estado no cumplió con lo dispuesto en los Artículos 20.2, 20.4 y 21 de dichas reglas, al no presentar de manera completa y oportuna la reconvencción en el escrito de contestación. A juicio del tribunal, a persa del intento de subsanar dicha falla en su escrito posterior a la audiencia, esta situación fue considerada por el tribunal como inoportuna y contraria al debido proceso, afectando la posibilidad del inversionista para presentar una defensa adecuada oportuna⁴⁴. En particular, el tribunal consideró que

Costa Rica sólo hizo una referencia general sobre posibles daños ambientales en sus escritos de contrademanda y dúplica, sin especificar de manera clara y precisa, los hechos y pruebas que respaldaran la reclamación ni la cuantificación de daños, fuera de una referencia a informes de expertos y sin mencionar ningún método de valuación adecuado⁴⁵.

IV. Violación de una obligación sustantiva: ¿inmunidad o responsabilidad?

El problema de fondo sobre demandas reconvenccionales es la falta de obligaciones sustantivas vinculantes a nivel internacional. No obstante, algunos tribunales han considerado que los inversionistas que operan internacionalmente no son “totalmente inmunes” como sujetos del derecho internacional, sobre todo en materia de medio ambiente (*Aven v. Costa Rica*)⁴⁶ y derechos humanos (*Urbaser v. Argentina*)⁴⁷.

La solución a este problema podría ser la referencia a i) instrumentos vinculantes en el TBI, o en su defecto; ii) a obligaciones sustantivas en la ley

⁴³ Artículos 31(1) y 31(3)(c) de la Convención.

⁴⁴ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafos 745-746.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Caso No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 738.

⁴⁷ *Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016, párrafo 1195.

aplicable⁴⁸, ya sea nacional o internacional.

Con respecto a ésta última opción, la violación de leyes locales no siempre equivaldría a una violación del Tratado (como base legal de una reconvencción), sujeto a la interpretación del tribunal arbitral. En *Aven v. Costa Rica*, por ejemplo, el tribunal determinó la ausencia de una obligación positiva del inversionista en el Tratado DR-CAFTA. En su opinión, los Artículos 10.9.3.c y 10.11 del Tratado únicamente conceden al Estado cierto margen de acción para asegurar que la inversión se realice de manera sensible al medio ambiente⁴⁹. En efecto, esta determinación depende del lenguaje particular del Tratado, en materia de alcance y atribución directa de tales obligaciones al inversionista.

Por otra parte, algunos TBIs han comenzado a imponer obligaciones a los inversionistas, incluyendo el TBI entre Marruecos y Nigeria (2016); el TBI entre Irán y Eslovaquia (2016); y el T-MEC (2020).

El TBI entre Marruecos y Nigeria es un modelo innovador en materia de obligaciones sustantivas, no obstante, aún no entra en vigor. Por un lado, la definición de “inversión” del Tratado exige “contribuir al desarrollo sustentable del país receptor de la inversión”⁵⁰, mientras que – en materia de responsabilidad corporativa–, además de cumplir con las leyes locales, los inversionistas deberán esforzarse por realizar la máxima contribución al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y de la comunidad local⁵¹.

Asimismo, una vez realizada la inversión, el Artículo 18(2) y (4) del Tratado, exige al inversionista defender los derechos humanos en el Estado anfitrión, así como no administrar ni operar las inversiones de una manera que eluda las obligaciones ambientales, laborales y de derechos humanos internacionales⁵². En particular, el TBI exige la implementación de un sistema de gestión ambiental y la certificación ISO 14001 (para empresas industriales de alto riesgo); además de cumplir con los estándares de gobernanza empresarial nacional e internacionalmente

⁴⁸ Artículo 42(1) de la Convención CIRDI (“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.”)

⁴⁹ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 743.

⁵⁰ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 1(3).

⁵¹ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 24(1); Tarcisio Gazzini, “El TBI entre Marruecos y Nigeria de 2016: Una Importante Contribución a la Reforma de los Tratados de Inversión” – HSD (Septiembre 2017), <https://www.iisd.org/itm/es/2017/09/26/the-2016-morocco-nigeria-bit-an-important-contribution-to-the-reform-of-investment-treaties-tarcisio-gazzini/>.

⁵² TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 18.

aceptados. Finalmente, en materia de responsabilidad civil, el Tratado circunscribe la sede del proceso judicial al país de origen del inversionista⁵³.

Por otro lado, el T-MEC prevé que los Estados Parte fomentarán que las empresas que operan dentro de su territorio o estén sujetas a su jurisdicción, incorporen voluntariamente estándares de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente, tales como protección del medio ambiente, derechos humanos, derechos de pueblos indígenas y corrupción (v.gr. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales)⁵⁴. Al parecer, no existe una obligación vinculante para los inversionistas.

Asimismo, el TBI entre Irán y Eslovaquia (2016), impone una obligación de mejor esfuerzo (“best efforts”) a los inversionistas y sus inversiones, según la cual deben aplicar normas de gobierno corporativo nacionales e internacionalmente aceptadas, así como esforzarse por hacer la máxima contribución posible al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y la comunidad local⁵⁵.

El modelo de TBI de los Países Bajos (2019) prevé la disminución del monto de indemnización por daños ocasionados por el inversionista, en la medida en que incumpla con sus compromisos en virtud de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁵⁶.

V. Propuestas de reforma

En los últimos años, tanto organizaciones internacionales⁵⁷ como regionales⁵⁸ y académicos⁵⁹, han propuesto “disposiciones modelo” sobre obligaciones sustantivas a cargo de inversionistas (v. gr., Normas Mínimas sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente), así como “clausulas modelo” sobre mecanismos de solución de controversias para arbitrar la conducta de los inversionistas en los Estados receptores de la inversión.

El Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (reforma de la ISDS) estudia propuestas para imponer obligaciones a inversionistas en materia de derechos humanos y medio ambiente, al tiempo de sugerir la conveniencia de interponer

⁵³ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 20.

⁵⁴ T-MEC, Artículo 14.17.

⁵⁵ TBI entre Irán y Eslovaquia, Artículo 10, tercer párrafo.

⁵⁶ Modelo de TBI de Países Bajos (2019), Artículo 23.

⁵⁷ ISDS Model (2018); UNCTAD’s IPFSD (2015); Commonwealth Template for IIAs (2012).

⁵⁸ Pan African Investment Code (2017); Economic Community of Western African States (ECOWAS); East African Community (EAC) – Estos instrumentos no vinculantes tienen como objetivo proporcionar modelos para la negociación de tratados.

⁵⁹ Jose Daniel Amado, et al., “Arbitrating the Conduct of International Investors”, Cambridge University Press (2018).

reconvenciones de los Estados y/o de terceros frente a inversionistas⁶⁰.

Recientemente, la 18^a Comisión del “*Institut de Droit International*” ha incluido en el Artículo 6 de su resolución, la posibilidad de los Estados para interponer reconvenciones contra inversionistas, a fin de garantizar la igualdad procesal de las partes⁶¹. En particular, esta resolución reconoce que la igualdad de las partes es un derecho humano fundamental y un elemento esencial del estado de derecho que garantiza un sistema justo de adjudicación, el cual no es ajeno al ISDS.

Notablemente, la posición de esta Comisión sobre la admisibilidad de las reconvenciones aclara que no es imprescindible que el Estado demandado invoque el mismo instrumento de competencia que el invocado por el demandante, ni que la competencia del tribunal esté limitada por el alcance de la controversia definida por el inversionista en su solicitud de arbitraje. Esta recomendación pudiera resolver algunos de los conflictos de interpretación adoptados por la jurisprudencia arbitral en materia de jurisdicción, con relación al requisito de

“vinculación” de la reconvención analizado anteriormente.

VI. Conclusiones

Actualmente se percibe una asimetría entre los derechos y obligaciones de Estados e inversionistas, enmarcada en la mayoría de los AIIs. Si bien las reconvenciones de Estados frente a inversionistas han sido admitidas por algunos tribunales – por violación de derechos humanos (*Urbaser v Argentina*)⁶², de obligaciones contractuales (*Al Warrak v Indonesia*)⁶³, y por daños ambientales (*Aven v. Costa Rica*)⁶⁴ – éstas han sido rechazadas en su totalidad en la fase de méritos.

La admisibilidad de dichas reclamaciones dentro del mismo procedimiento podría ser benéfico para ambas partes y para el sistema de solución de controversias en general, tal y como lo menciona Michael Reisman en su opinión disidente (*Romania v. Rousalis*). Sin embargo, la definición de criterios de jurisdicción y estándares de responsabilidad a cargo de inversionistas debe asegurar el equilibrio adecuado.

Por un lado, la competencia arbitral sobre reconvenciones podría aumentar los niveles responsabilidad empresarial y

⁶⁰ Report of Working Group III (ISDS Reform) thirty-seventh session (New York, 1-5 Abril 2019).

⁶¹ 18th Commission, Equality of Parties before International Investment Tribunals, Institute of International Law, session of the Hage, 31 August 2019.

⁶² Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016.

⁶³ Hesham T. M. Al Warrak v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Laudo Final, 15 Diciembre 2014.

⁶⁴ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018.

grado de cumplimiento de estándares para mitigar y, en su caso, compensar los daños ocasionados por proyectos de inversión, sobre todo en sectores sensibles al medio ambiente. Al respecto, las controversias en dichos sectores representan casi la mitad de los casos registrados por el CIADI, y es posible que sigan en aumento en proporción directa a los compromisos internacionales (Acuerdo de París) y a las políticas sobre cambio climático que se sigan implementando. La admisión de reconveniones podría también reducir el número de reclamos frívolos de inversionistas en contra de Estados, en la medida en que aquellos puedan ser objeto de demandas reconvenionales.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta la *raison d'être* de los AIs, evitando poner en riesgo la protección efectiva de los inversionistas y de sus inversiones. En este sentido, los negociadores de tratados y árbitros internacionales tienen un importante reto para mantener un equilibrio entre la protección de inversionistas y los bienes jurídicos tutelados del Estado, como el medio ambiente, la salud pública y los derechos humanos. Asimismo, el desarrollo del derecho internacional en el ámbito de solución de controversias puede y debe fomentar la protección del medio ambiente y los derechos fundamentales, a la vez de garantizar y promover los derechos y obligaciones de inversionistas en el plano internacional.

Normas Editoriales de Principia

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Principia Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con le Código de Ética de Principia.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico cierc@uma.edu.ve
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sinteticen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones.
6. Estará prohibido en el texto resaltar en **negritas**, *cursiva*, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
7. Tipo y tamaño de letra:
 - i. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - ii. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
8. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
9. Alineación del texto:
 - i. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
 - ii. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - iii. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

10. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013 o posterior). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:
 - i. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - ii. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en:
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - iii. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - iv. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Principia serán sometidos a arbitraje doble ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.



El Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila, nace de la iniciativa de reconocidos profesores y profesionales venezolanos y extranjeros vinculados a la Universidad Monteávila, la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), con el fin de fomentar la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias como vía efectiva para reducir la conflictividad que caracteriza nuestras relaciones comerciales, familiares y personales e incluso, contribuir activamente a solucionar la crisis de justicia e institucionalidad que enmarca nuestro sistema judicial.

El CIERC presenta así diversas herramientas de investigación y formación académica y profesional, orientadas, ante todo, al desarrollo de una metodología efectiva de gerencia y control de riesgos y conflictos, y a fomentar y promover los medios alternativos al litigio judicial para la resolución de controversias, no sólo invitando a las partes a utilizarlos, sino particularmente promoviendo y participando activamente en la formación de árbitros, mediadores y negociadores.

Como parte de las herramientas de investigación y formación académica que promueve el CIERC, nace la necesidad de realizar una publicación que conjugue diferentes artículos de opinión, académicos y de información acerca del desarrollo de los diferentes mecanismos alternativos de resolución, para seguir fomentando el estudio y el desarrollo intelectual en esta área.