

PRIMER INFORME

EL DERECHO APLICABLE A LAS DEMANDAS RELACIONADAS CON INVERSIONES EXTRANJERAS

(presentado por el doctor José Antonio Moreno Rodríguez)

El derecho aplicable es “uno de los aspectos más difíciles, menos analizados y más contenciosos en materia de controversias relacionadas con inversiones”¹. Esta falta de la atención necesaria es sorprendente, considerando la importancia de determinar con precisión el derecho de fondo en los arbitrajes relacionados con inversiones. En efecto, puede determinar el resultado de una controversia y la aplicación de la ley incorrecta puede conducir a la anulación de un laudo².

El arbitraje internacional en materia de inversiones plantea varias interrogantes relacionadas con el tema que a menudo se han desatendido, descuidado o manejado incorrectamente. Por ejemplo, si bien el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ha estado en funcionamiento durante más de cincuenta años y ha dictado un gran número de laudos, se ha observado recientemente que “no se ha avanzado mucho para llegar a un entendimiento más adecuado de su sistema sobre conflicto de leyes” y que, a menudo, “los tribunales arbitrales abordan los problemas sobre conflictos de leyes solo de manera superficial”³ o no aportan razonamiento alguno⁴.

-
- ¹ Bjorklund and Vanhonnaeker, artículo 42, en el Convenio del CIADI, Reglamento y Reglas: Un comentario práctico (Juliet Fouret, Rémy Gerbay y Gloria M. Álvarez, eds.), Edward Elgar, 2019, páginas 347-348. “El método para establecer el contenido del derecho aplicable es uno de los temas más importantes, aunque rara vez se examina en el campo de la teoría y la práctica del arbitraje internacional”. Soterius Loizou, *Establishing the Content of the Applicable Law in International Arbitration, in Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, Franco Ferrari and Stefan Kröll, Editores, Centro de Litigación, Arbitraje y Derecho Comercial Transnacional de la Universidad de Nueva York, Estados Unidos, 2019, pág. 443.
 - ² En el CIADI, esta última situación puede ocurrir por razones de “extralimitación en sus facultades” (artículo 52 del Convenio CIADI). Bjorklund and Vanhonnaeker, artículo 42, en el Convenio del CIADI: Reglamento y Reglas: Un comentario práctico (Juliet Fouret, Rémy Gerbay y Gloria M. Álvarez, eds.), Edward Elgar, 2019, páginas 347-348. En los arbitrajes que se rigen por las soluciones inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI, los laudos pueden anularse debido a las mismas razones (artículo 34 (2) (iii)). De acuerdo con la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York, el hecho de que el tribunal arbitral no se ajuste a la legislación aplicable elegida por las partes constituye un fundamento para denegar el reconocimiento y la ejecución como se contempla en el artículo V(1)(d). Sin embargo, existe incertidumbre con relación a la forma cómo los tribunales podrían decidir en dicha circunstancia y en la jurisprudencia no se encuentra una respuesta uniforme. Véase, George A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The interpretation and application of the New York Convention by National Courts* (2017), páginas 51-52.
 - ³ Jan Asmus Bischoff, *Conflict of Laws and International Investment Arbitration*, página 745. El autor cita casos tales como Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. v. España, Caso CIADI No. ARB13/36, Laudo, párrafos 324-325 (4 de mayo de 2017); y Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. v. España, Caso SCC No. 062/2012, Laudo, párrafos 15, 21 (21 de enero de 2016).
 - ⁴ En Libananco Holding Co. Limited v. Turk., Caso CIADI No. ARB/06/8, Laudo Final, párrafo 113 (2 de septiembre de 2011) y Saba Fakes v. Turk, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, párrafos 125 y siguientes (14 de julio de 2010), los tribunales evaluaron la validez de las acciones por medio de la aplicación del derecho

* * *

Por lo general, la legislación nacional incluye normas específicas relacionadas con las inversiones extranjeras en áreas tales como posesión de propiedad, impuestos, control de divisas, transferencia de tecnología, obligaciones ambientales y gobernanza corporativa⁵.

Por el contrario, los tratados internacionales suelen imponer estándares de textura abierta para regular la conducta del Estado a fin de garantizar la protección de la inversión extranjera⁶. En efecto, los tratados de inversión mitigan el riesgo de sobreprotección de la inversión a lo largo del tiempo, el riesgo relacionado con las demandas a un Estado y, por último, el riesgo de la falta de pago⁷. Además, las garantías y obligaciones de inversión a menudo se negocian dentro de los contratos firmados entre el inversor y el Estado⁸. El derecho internacional consuetudinario y otras fuentes de derecho también pueden manifestar su opinión al respecto.

Si bien en la actualidad existe una enorme red de tratados, leyes nacionales y otras fuentes de derecho para regular la inversión extranjera, todavía existen varias fallas en el sistema actual. Muchos de los problemas en la regulación de las inversiones extranjeras derivan del hecho de que estos instrumentos, y el derecho internacional consuetudinario en general, prevén estándares sustantivos que son esquivos o abstractos, lo que genera incertidumbres con respecto al derecho aplicable a un contrato o controversia. Además, los tratados, los contratos de inversión e incluso las leyes nacionales generalmente prevén la resolución de controversias a través del arbitraje. Sin embargo, por su propia naturaleza, los arbitadores se concentran más en resolver la disputa que en la “forma y dirección” de la legislación sobre inversiones, lo cual a menudo da lugar a laudos contradictorios⁹. Esta falta de

de Turquía, pero no presentaron ningún razonamiento. En el Caso CIADI No. ARB/04/01 de Total S.A. v. Argentina, Responsabilidad, párrafo 39 (27 de diciembre de 2010), el Tribunal aplicó la legislación argentina sin discusión. En *Caratube International Oil Company LLP y Devinci Salah Hourani v. Kaz*, Caso CIADI No. ARB/13&13, Laudo (27 de septiembre de 2017), el tribunal aplicó el derecho contractual, la legislación sobre protección de inversiones nacionales y el derecho consuetudinario sin un razonamiento amplio.

5. “...varios países receptores de inversiones han realizado arreglos e introducido leyes municipales concebidas para crear una mejor sensación de seguridad y alentar la inversión extranjera. Estas medidas ... pueden reflejar la visión adecuada del derecho internacional ...” Sin embargo, “[a] partir de experiencias desafortunadas en el pasado, los inversionistas extranjeros han mantenido su temor de que las medidas promulgadas unilateralmente y que no forman parte de las leyes fundamentales del país puedan igualmente ser fácilmente revocadas.” Lord Shawcross, Q.C., “The Problems of Foreign Investment in International Law (Volume 102)”, in: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, páginas 360-361. Esta circunstancia explica la proliferación de los tratados sobre el tema.
6. Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, Prefacio, xxii-xxiii. Julian Arato, ‘The Private Law Critique of International Investment Law’ (2019) *American Journal of International Law* 1, página 7.
7. Julian Arato, “The Logic of Contract in the World of Investment Treaties” (2016) 58 *Wm. & Mary L. Rev.* 351, página 366.
8. Pueden surgir situaciones en las que las demandas basadas en fuentes de derecho diferentes se tratan en el mismo proceso arbitral. En *Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador*, la Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, Caso CIADI No. ARB/09/12, párrafo 4.45, el Tribunal “...no encuentra dificultades jurídicas en mantener un procedimiento de arbitraje basado en diferentes reclamos que surgen de protecciones de inversión diferentes y disposiciones de arbitraje idénticas, en este caso CAFTA y la Ley de Inversiones.”
9. Ejemplos de situaciones absurdas surgen de los laudos *Lauder v. República Checa* y *CME v. República Checa*, emitidos con 10 días de diferencia entre sí. Un caso fracasó y el otro fue exitoso y obtuvo un monto de 353 millones de dólares, equivalente al presupuesto total de atención de la salud de la República Checa.

coherencia se agrava aún más por la falta de un corpus que aborde asuntos sustanciales relacionados con el derecho aplicable dentro del derecho internacional de inversiones¹⁰.

Muchos de estos temas han recibido atención en el ámbito internacional, especialmente en la Comisión de la CNUDMI, que incluso analizó la propuesta para crear un Tribunal Multilateral de Inversiones¹¹.

Sin embargo, en la actualidad no existe ninguna iniciativa global para crear un corpus integral que aborde las preocupaciones de fondo del derecho aplicable. A diferencia del comercio de bienes, en materia de inversión extranjera no existe un texto de tratado multilateral definitivo equivalente, por ejemplo, al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) ni una institución global comparable a la Organización Mundial del Comercio (OMC). Como afirma José Álvarez, la situación sigue estancada, pero no por falta de intentos¹². Se promovieron seis proyectos de codificación en materia de inversiones extranjeras entre los años veinte y noventa. Cuatro iniciativas derivaron de Estados y dos de actores privados¹³. Todas ellas resultaron infructuosas. Aunque estos proyectos surgieron a partir de diferentes iniciativas, la noción de propiedad tal como la definen estos proyectos se asemeja a las definiciones de “inversión” contenidas en muchos tratados bilaterales de inversión contemporáneos.

A principios de los años ochenta todavía no se había logrado un gran avance sin el apoyo de los países desarrollados, que mantenían su oposición a este nuevo orden económico. En consecuencia, otros actores internacionales se vieron obligados a actuar o responder, tales como el Banco Mundial, la OCDE y la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁴.

El Banco Mundial ya había establecido el mecanismo de resolución de disputas del CIADI, pero en 1992 adoptó un conjunto de directrices o principios no vinculantes sobre inversiones extranjeras¹⁵. A su vez, la Ronda Uruguay, la misma que condujo a la creación de la Organización Mundial del Comercio, también derivó en la adopción de los Acuerdos sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC), que se aplican a las medidas de inversión que afectan el comercio de mercancías¹⁶.

¹⁰. Sin embargo, los tribunales arbitrales han mostrado generalmente su preocupación con respecto a la forma y dirección del derecho en el futuro, dado que la publicación de sus decisiones y laudos ha expuesto las diferencias sobre cómo los tribunales califican los hechos y entienden la ley. Andrés Rigo Sureda, *Investment Treaty Arbitration Judging Under Uncertainty*, Cambridge University Press, UK, 2012, pág. 139.

¹¹. Véase: www.uncitral.org. Una encuesta reciente publicada por la *School of International Arbitration*, Centro de Estudios de Derecho Comercial, Universidad Queen Mary de Londres (QMUL). Fue preparada con el generoso apoyo del *Corporate Counsel International Arbitration Group* (CCIAG), que señaló, entre otras cosas, lo siguiente: “Si bien los encuestados acogerían la regulación en esta área, ellos creen que la financiación de terceros en el arbitraje de diferencias estado-inversor (ISDS, por sus siglas en inglés) debería permitirse y estar disponible a los inversores como una decisión comercial. Los encuestados expresaron opiniones diversas sobre la introducción de un mecanismo de apelación en el arbitraje de diferencias estado-inversor (ISDS) y nueve de cada diez encuestados se opondrían a una nueva audiencia sobre las conclusiones fácticas y jurídicas del tribunal. En resumen, los encuestados no estuvieron a favor de la creación de un tribunal internacional de inversiones. Véase: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/QM-CCIAG-Survey-ISDS-2020.pdf>, página 5.

¹². Álvarez, p. 213.

¹³. Las convenciones Abs-Shawcross Draft Convention y Harvard Convention fueron iniciativas emprendidas por actores del sector privado. Jean Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, páginas 45-46.

¹⁴. Surya P Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2008, página 28.

¹⁵. Grupo Banco Mundial, *Marco jurídico para el tratamiento de la inversión extranjera* (Volúmenes 1 y 2, Banco Mundial, Washington, 1992). El texto de las directrices fue reproducido en (1992) 31 ILM 1363.

¹⁶. Véase en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/invest_s/trims_s.htm

Por su parte, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) comenzó a redactar un ambicioso Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) en 1995. El objetivo de dicho acuerdo era crear un marco general integral para orientar las inversiones internacionales, también disponible para los países que no pertenecen a la OCDE, con la incorporación de altos estándares de liberalización, protección de las inversiones y procedimientos efectivos para la solución de controversias¹⁷.

El proyecto del texto de negociación del AMI fue un intento internacional de redactar un instrumento global sobre la responsabilidad estatal que también incorporaba reglas generales relacionadas con la ley substancial aplicable¹⁸.

Lamentablemente, las negociaciones para la aprobación formal del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones se interrumpieron en 1998¹⁹.

* * *

Si bien en el pasado el derecho consuetudinario había predominado en el derecho internacional de inversiones, hoy en día los tratados son el principal medio a través del cual los inversores buscan la protección de sus derechos²⁰. La tendencia de las normas de fondo más crudas establecidas en el derecho consuetudinario o en la expresión de principios generales ha cambiado hacia la existencia de un derecho basado mayormente en tratados sobre protección de inversiones. Algunas veces los tratados contemporáneos incorporan las reglas consuetudinarias clásicas y otras veces van más allá de ellas²¹.

Hoy en día existe una red de tratados de inversión bilaterales, regionales y multilaterales que conforma el panorama para la protección de los inversionistas extranjeros que están amparados por sus disposiciones. Estos tratados establecen estándares de protección que, cuando se violan, dan lugar a responsabilidad en virtud del derecho internacional²².

Algunos tratados también confieren protección sobre derechos contractuales, cuyo alcance es sumamente controvertido²³. Los tratados de inversión modernos han dejado un considerable grado de

¹⁷. OECD (1995). *OECD Begins Negotiations On A Multilateral Agreement On Investment*. Paris. Disponible en: [<https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/43389907.pdf>].

¹⁸. Este texto es la versión consolidada del acuerdo considerado en el curso de las negociaciones para el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones hasta el momento en que se suspendieron en abril de 1998. Véase, OECD (1998). *The Multilateral Agreement On Investment: Draft Consolidated Text*. Disponible en: [<http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>].

¹⁹. Jean Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, página 51.

²⁰. David Collins, *An Introduction to International Investment Law*, página 33.

²¹. A veces, los tratados modernos aclaran las ambigüedades clásicas o reemplazan las soluciones poco satisfactorias. Otras veces permiten que existan enfoques diferentes de manera simultánea y otras veces mantienen una ambigüedad constructiva con respecto a la relación precisa entre las distintas normas. Martins Paporinskis, *Investment treaty interpretation and customary investment law: Preliminary remarks, in Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, página 65.

²². Véase, Douglas, páginas 6-7. Los tratados no otorgan carta blanca a los tribunales internacionales; las normas para la presentación de demandas en el campo del arbitraje en los tratados sobre inversiones deben ser justas y el sistema de resolución de controversias en materia de inversión debe ser coherente y sostenible internamente mientras dure el tratado. Prefacio, Douglas, xxiii.

²³. Jean Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, páginas 50-51. La raíz del problema es que los tratados de inversión tienden a no decir nada, o a decir muy poco, sobre cómo se relacionan con los contratos. Los tratados de inversión generalmente no detallan las consecuencias de su aplicación a los contratos para cuestiones relacionadas con obligaciones incumplidas, defensas, selección de foro, cálculo de daños o toda la serie de términos que articulan la vida de cualquier acuerdo contractual. Julian Arato, *The Logic of Contract in the World of Investment Treaties*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 351 (2016), pág. 355.

incertidumbre en lo que respecta a la forma en que las normas del derecho internacional interactúan con los contratos²⁴.

* * *

El acuerdo de 1959 entre Alemania y Pakistán (que entró en vigor en 1962) se considera generalmente como el primer tratado bilateral de inversión moderno²⁵, al que pronto siguieron otros.

Esencialmente, estos tratados bilaterales garantizaron a las inversiones extranjeras un trato no discriminatorio, protección y seguridad, una compensación justa en caso de expropiación y la ausencia de restricciones con respecto a la transferencia del capital y las ganancias. También preveían la solución de controversias mediante arbitraje, pero no abordaban la solución de controversias entre una parte y ciudadanos de la otra parte.²⁶

Si bien no contenían una cláusula sobre la resolución de disputas, estos primeros tratados de inversión modernos abrieron la puerta a otros instrumentos similares y a la propuesta de crear un esquema multilateral para la protección de las inversiones. El tratado bilateral de inversión de 1968 entre Indonesia y los Países Bajos fue el primero que introdujo una cláusula sobre resolución de controversias en sus disposiciones²⁷.

En 1989 había 385 tratados bilaterales de inversión en vigencia. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) informó que, a principios de la década de 1990, existían aproximadamente 900 tratados bilaterales de inversión y que, para fines de la década, el número de tratados había llegado a más de 2.900²⁸. Según la UNCTAD, para fines de diciembre de 2020 había 2.659 acuerdos internacionales de inversión en vigencia, entre ellos tratados bilaterales de inversión y otros acuerdos económicos que incluyen disposiciones relacionadas con las inversiones, denominados tratados con disposiciones sobre inversión o “TIP”²⁹.

Resulta interesante observar que en la década del 2000 se negociaron más de 770 tratados bilaterales de inversión entre Estados en desarrollo, lo que superó el número de tratados negociados entre Estados en desarrollo y desarrollados³⁰.

* * *

Existe un “sorprendente grado de uniformidad” entre la mayoría de los tratados bilaterales de inversión, ya que a menudo se basan en tratados modelo que habían sido redactados por “las principales naciones exportadoras de capital”³¹.

La mayoría de los tratados bilaterales de inversión se dividen en tres partes: alcance, protección sustantiva y solución de controversias³². Por lo general, van precedidos por un preámbulo, seguidos por definiciones de inversión e inversores, y las condiciones para la admisión de un inversor extranjero.

²⁴. Julian Arato, *The Private Law Critique of International Investment Law*, en *The American Journal of International Law*, Vol. 113, página 19.

²⁵. Tratado bilateral de inversión suscrito entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la Promoción y Protección de las Inversiones el 25 de noviembre de 1959. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>

²⁶. Parra, La Historia del CIADI, página 21.

²⁷. Véase en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1987/indonesia---netherlands-bit-1968->

²⁸. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Tercera Edición, Cambridge University Press, 2010, P. 2.

²⁹. UNCTAD Investment Policy Monitor, febrero 2021, publicación 24, páginas 7-8.

³⁰. Dolzer R, Schreuer C, *Principios del derecho internacional de inversiones*, (Oxford University Press, Primera Edición, 2008), página 21.

³¹. Redfern & Hunter, 8.78.

³². Collins, páginas 38-39.

También contienen normas y garantías que los Estados anfitriones deben respetar, seguidas por protecciones diversas con respecto a la transferencia de divisas y la contratación de personal. Por último, los tratados bilaterales de inversión incorporan mecanismos de solución de controversias orientados a resolver problemas entre Estados y, lo que es más importante, entre los inversores y el Estado (generalmente a través del arbitraje como mecanismo predeterminado).

Por lo tanto, los inversores pueden acogerse a las protecciones del tratado tanto en términos de los estándares sobre tratamiento como elección del foro. Además, los tratados bilaterales de inversión generalmente otorgan a los inversores la posibilidad de presentar reclamaciones por su cuenta.

Las normas sustantivas y de procedimiento establecidas en los tratados bilaterales de inversión también han inspirado el contenido de los acuerdos sectoriales y regionales. La incorporación de determinados términos comunes en los tratados bilaterales de inversión en otros acuerdos internacionales ha contribuido a la estandarización de este tipo de cláusulas.

Un estudio reciente indica que en América Latina, la tendencia en la redacción de tratados de inversión y solución de controversias siguen fundamentalmente las tendencias comparables en todo el mundo³³.

* * *

Los derechos y obligaciones sustantivos y procesales que gobiernan el régimen de inversiones extranjeras en un país determinado pueden estar regidos por varios instrumentos.

Las inversiones suelen estar protegidas por la legislación nacional del Estado receptor. Las leyes del Estado receptor son aplicables en general a las reclamaciones legales presentadas en el territorio, como fuente residual de derecho para reclamaciones contractuales en particular, para resolver carencias o con fines interpretativos.

También los tratados internacionales multilaterales o bilaterales pueden ser aplicables e imponer un conjunto de normas internacionales sustantivas, como el trato justo y equitativo. También se puede aplicar el derecho internacional público, el cual aporta salvaguardias adicionales que surgen del derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, la doctrina del estado de necesidad (que solo se aplica en circunstancias excepcionales)³⁴.

Además, muchas de las transacciones de inversión están estipuladas en contratos negociados entre el inversor y el Estado o la entidad gubernamental e incluyen estipulaciones que rigen la relación. Las infracciones del contrato de inversión pueden desencadenar recursos contractuales o, cuando corresponda, responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional público.

A menudo también se producen superposiciones entre todas estas fuentes de derecho que son aplicables a las inversiones internacionales.

* * *

A diferencia de los contratos nacionales, los contratos de inversión extranjera pueden regirse por normas de derecho internacional público³⁵ u otras normas que existan fuera de la legislación del Estado

³³. “No encontramos especificidades importantes que se pueda suponer que existan en arbitrajes que afecten a países de la misma región, algo que en realidad sucede en la elaboración de tratados de inversión regionales”. Rodrigo Polanco Lazo y Anqi Wang, *Intra-Latin America Investor-State Dispute Settlement*, https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-981-13-5744-2_44-1%E2%80%AC

³⁴. Yuval Shany, *Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, *The American Journal of International Law*, Vol. 99:835, página 12.

³⁵. Francisco Orrego Vicuña, *De los contratos y tratados en el mercado global*, Max Planck UNYB (2004), página 349. Aunque no puede afirmarse que este tipo de contrato se rige por el derecho internacional público, fue el derecho internacional público el que dio origen al sistema jurídico que gradualmente comenzó a reconocerse como aplicable a los contratos de inversiones extranjeras. Por ejemplo, el artículo 38 del Estatuto

receptor³⁶. La ley del Estado anfitrión generalmente rige los contratos de inversión extranjera; sin embargo, estos contratos también pueden dar lugar a obligaciones de derecho internacional público con respecto al trato del inversor³⁷.

El derecho internacional público carece de un corpus o de reglas adecuadas aplicables a la regulación de las relaciones contractuales privadas complejas³⁸. En 1950, Wolff afirmó que el derecho internacional público “no tiene respuesta a las preguntas” planteadas en el derecho contractual sobre formación, nulidad e incumplimiento. El derecho de gentes no desarrolló técnicas jurídicas “suficientemente bien equipadas para dar respuesta a las numerosas cuestiones de derecho privado que surgen en un litigio entre el Estado y un particular”.³⁹

Esta afirmación sigue vigente en la actualidad. En 1970, la Comisión de Derecho Internacional eliminó el tema de las infracciones contractuales de su proyecto de codificación sobre la responsabilidad del Estado. En palabras del Relator Especial Roberto Ago, “[l]a violación por un Estado de una obligación asumida por él en un contrato no constituye, como tal, el elemento objetivo de un hecho internacionalmente ilícito y no puede dar lugar a la responsabilidad internacional de dicho Estado; la violación corresponde a un orden jurídico distinto, que poco importa sea nacional o no”⁴⁰.

Según Ho, desde el proyecto de codificación de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado, no ha surgido ningún estudio detallado sobre las leyes relacionadas con la responsabilidad del Estado en infracciones contractuales⁴¹. Si bien se ha realizado una labor sustancial para codificar reglas sobre transacciones internacionales como la venta internacional de mercancías, los créditos documentales internacionales, las letras de cambio y otros, no ha ocurrido lo mismo en materia contractual. Durante las últimas décadas, los escritores han defendido y atacado asuntos relacionados con los contratos de inversión y han prestado poca atención a la elaboración de normas del derecho internacional público que abordan los diversos aspectos de los contratos de inversión extranjera⁴².

Si bien no ha surgido ninguna iniciativa formal de codificación relacionada con la responsabilidad del Estado por incumplimientos contractuales, varias organizaciones internacionales han emprendido una labor parcial de codificación del derecho dispositivo. Por ejemplo, Naciones Unidas publicó el Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales y el Banco Mundial publicó las “Directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa”⁴³. Sin embargo, estas directrices dejan muchos problemas sin abordar y aún falta saber cuál será su efecto en la práctica.

de la Corte Internacional de Justicia deja constancia de una de las principales fuentes de las normas del derecho internacional público. Lord Mc Nair, “Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.” Anuario Británico de Derecho Internacional 33 (1957), p. 7.

³⁶. Sornarajah, p. 85.

³⁷. Peter Muchlinski, Policy Issues, página 7. UNCTAD, State Contracts, NY, Geneva, UN, 2004.

³⁸. Toope, Mixed International Arbitration at p. 78. Toope cita a Battifol, Lipstein y a Verhoven para apoyar la opinión de que no existe un derecho internacional público en materia de contratos de inversión extranjera. Citado en Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, página 253.

³⁹. Wolff M., “Some Observations on the Autonomy of Contracting Parties in Conflict of Laws” (1950) 35 *Grotius Transactions* 143 at p. 152.

⁴⁰. R. Ago, “Quinto Informe sobre la Responsabilidad de los Estados ante la Comisión de Derecho Internacional” (22 de marzo de 1976), UN Doc. A/CN.4/291, páginas 12-13.

⁴¹. Jean Ho, State Responsibility for Breaches of Investment Contracts, página 2.

⁴². A F M Maniruzzaman, *International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: A Prognostic View*, 20 *Wisconsin Int'l L.J.*, No. 1, Winter 2001, página 41.

⁴³. Véase, el Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales, UN Doc. E/1990/94 (1990); Directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa del Banco Mundial, 31 I.L.M. 1363-84 (1992).

La Corte Internacional de Justicia ha intervenido poco para promover legislación en este campo, y perdió la oportunidad de contribuir al tema de la inversión extranjera en dos casos importantes: el caso de la Anglo-Iranian Oil Company de 1952⁴⁴ y el caso de la Barcelona Traction de 1970⁴⁵. Algunos casos de arbitraje de inversión del CIADI, así como otros casos relacionados con la responsabilidad del Estado por incumplimientos de contratos también fueron controvertidos. Un famoso artículo escrito por Stern analiza tres casos importantes (*Texaco v. Libia*, *BP Exploration v. Libia* y *Liamco v. Libia*) que tuvieron su origen en hechos similares, pero se resolvieron de manera diferente⁴⁶.

Quizás el dilema de la responsabilidad del Estado se deba precisamente a la falta de un corpus adecuado que regule el tema de manera integral⁴⁷. De hecho, cualquier búsqueda de normas contractuales integrales apropiadas aplicables a contratos de los Estados dentro del derecho internacional público será inútil⁴⁸.

El énfasis excesivo en el marco del derecho público dentro del derecho de inversión extranjera permitió que una amplia gama de problemas de derecho privado continuara sin abordarse, y es probable que incluso haya contribuido a esos problemas⁴⁹. Por otro lado, el derecho privado y el derecho internacional privado pueden ser herramientas útiles para resolver asuntos relacionados con el derecho sobre inversiones en general, así como cuestiones relacionadas con los contratos de inversión en particular⁵⁰.

⁴⁴. Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido v. Irán), (1952) CIJ, Informe 93. En este caso, la Corte se declaró incompetente. Sin embargo, en el caso ELSI (Estados Unidos v. Italia), 1989, CIJ 15 (20 de julio), la CIJ trató varias cuestiones importantes, tales como: la requisita de una compañía estadounidense en Italia en violación del tratado bilateral FCN entre Estados Unidos e Italia, la interpretación y el estatus del tratado, el agotamiento de los recursos locales y la compensación por daños.

⁴⁵. Barcelona Traction, Light and Power Co (Bélgica v. España), Informes de Fallos, Opiniones Consultivas y Providencias de la CIJ, 1970, 3, 47, disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁴⁶. Brigitte Stern, 'Trois arbitrages, un même problème, trois solutions', *Revue de L'Arbitrage*. La autora hace referencia a los siguientes casos: *Texaco v. Libia*, 53 I.L.R. 389 (1979); *BP Exploration v. Libia*, 53 I.L.R. 297 (1997); *Liamco v. Libia*, 20 I.L.M. 1 (1981).

⁴⁷. Toope, *Mixed International Arbitration*, página 78. Toope cita Battifol, Lipstein y Verhoven, para respaldar la opinión de que no existe el derecho internacional público sobre el tema de los contratos de inversión extranjera. Citado en Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, página 253.

⁴⁸. Como fue señalado por Douglas, el derecho internacional público no contiene un cuerpo único de normas secundarias con respecto a la responsabilidad del Estado por agravios cometidos por un Estado. Ello se hace especialmente evidente en el caso de los tratados internacionales que confieren derechos directamente en actores no estatales, tales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), la Carta de la Energía y el Convenio del CIADI. Estos tratados crean mecanismos para que actores no estatales puedan responsabilizar a los Estados contratantes en el ámbito internacional de una manera que trasciende la dicotomía tradicional entre el derecho internacional público y privado. Las obligaciones secundarias generadas por la responsabilidad del Estado en estos casos tienen un carácter jurídico diferente a las obligaciones secundarias que surgen entre los Estados. Douglas, página 94.

⁴⁹. Julian Arato, 'The Private Law Critique of International Investment Law' (2019) *Am J Intl. L.* 1, p. 6.

⁵⁰. Véase en: Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, páginas 6-7.