

Principios UNIDROIT a través de los laudos de arbitraje internacional de inversiones

UNIDROIT principles through international investment arbitration awards

MARÍA CHIARA MALAGUTI

Presidenta de UNIDROIT

Catedrática de Derecho internacional

Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia

Recibido: 14.12.2022 / Aceptado: 16.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7531

Resumen: El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT iniciará en 2023, en colaboración con el ICC Institute of World Business Law, un proyecto que evaluará las normas más adecuadas en los contratos de inversión a la luz de la evolución de los contenidos de estos contratos y el derecho a las inversiones en general. Parte fundamental del análisis será la verificación de la aplicación de los Principios de UNIDROIT a estos contratos. En preparación para este proyecto, la presente contribución describe el uso que se ha hecho hasta ahora de los Principios por los tribunales arbitrales cuyos laudos son públicos, lo que revela cuántas de las reglas de los Principios se aplican a los contratos de inversión, por ejemplo, en relación con el principio de buena fe, situaciones de excesiva onerosidad, renegociación de los términos y el cálculo de los daños. Además, los laudos arbitrales comentados también revelan cómo pueden ser utilizados como ley aplicable no sólo en caso de elección específica de las partes, sino también en caso de falta de indicación de la ley aplicable, así como una herramienta para interpretar la ley nacional. A estos efectos, los laudos descritos son divididos en esta contribución por categoría según la función que se le dé a los Principios en cada laudo. Sin embargo, el mismo análisis puede leerse para verificar a qué reglas se ha hecho referencia y en qué medida en relación con los contratos de inversión analizados (y sin embargo en algunos casos, por ejemplo, cuando se utilizan los Principios para determinar daños, en realidad estos últimos han también sido invocados en relación con un tratado de inversión). El análisis de esta contribución, que esperamos poder ampliar sobre la base del censo de todos los contratos de inversión que han sido objeto de arbitraje a los que podrá tener acceso en el Proyecto, puede ser considerado como uno de los puntos de partida para el ejercicio que se llevará a cabo en los próximos meses.

Palabras clave: Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales; contratos de inversión; arbitraje de inversiones; buena fe; excesiva onerosidad; renegociación de términos contractuales; daños; ley aplicable.

Abstract: The International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT will start in 2023, in collaboration with the ICC Institute of World Business Law, a project that will evaluate the most appropriate rules in investment contracts in the light of the evolution of the contents of these contracts and international investment law in general. A fundamental part of the analysis will be the verification of the application of the UNIDROIT Principles to these contracts. In preparation for this project, this contribution describes the use that has been made so far of the Principles by arbitral tribunals whose awards are public, revealing how many of the Principles' rules apply to investment contracts, for example in relation to the principle of good faith, situations of hardship, renegotiation of terms and the

calculation of damages. In addition, the arbitral awards commented upon, also reveal how they can be used as applicable law not only in case of specific choice of the parties, but also in case of lack of indication of applicable law, as well as a tool for interpreting national law. For these purposes, the awards described are divided in this contribution by category according to the role attributed to the Principles in each award. However, the same analysis can be read to verify, in relation to the investment contracts analyzed, which rules have been referred to and to what extent (and yet in some cases, for example when using the Principles to determine damages, in reality the latter have also been invoked in relation to investment treaties). The analysis provided in this contribution, which hopefully shall be expanded on the basis of the investment contracts subject of arbitration to which we shall be able to have access under the Project, can be considered as one of the starting points for the exercise that will be carried out in the coming months.

Keywords: UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts; investment contracts; investment arbitration; good faith; excessive onerousness; renegotiation of contractual terms; damage; applicable law.

Sumario: I. Introducción. II. Uso “implícito” de los Principios. III. Principios UNIDROIT como ley aplicable: referencia a los principios generales del derecho o la *lex mercatoria*. IV. Principios UNIDROIT para interpretar y complementar el derecho aplicable. V. Para concluir.

I. Introducción

1. Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales¹, instrumento *de soft law* nacido del trabajo de un Grupo de expertos de los principales sistemas jurídicos del mundo y orientado a ofrecer un sistema equilibrado de reglas específicamente concebido de acuerdo con las necesidades del comercio internacional, se proponen, por su propia naturaleza, como una herramienta útil también en la resolución de controversias derivadas de inversiones extranjeras privadas directas y, en particular, en la resolución arbitral directa de controversias entre una empresa extranjera y el Estado receptor, así como en el arbitraje comercial internacional.

2. Los Principios han tenido varias ediciones, la más reciente de las cuales data de 2016. La última revisión también preveía un análisis específico del uso de los Principios en los contratos de inversión. Sin embargo, el Grupo de expertos decidió en ese momento de limitarse al análisis y la modificación de los Principios en relación con los contratos a largo plazo en general. En cambio, en el nuevo programa de trabajo de UNIDROIT 2023-2025 se ha incluido un proyecto, que se llevará a cabo en colaboración con el ICC *Institute of World Business Law*, que considerará las reglas más adecuadas en los contratos de inversión a la luz de la evolución de los contenidos de estos contratos y del derecho de inversiones en general. Una parte fundamental del análisis será la verificación de la aplicación de los Principios a estos contratos.

3. En preparación para este proyecto, es útil también ofrecer un resumen del uso que se ha hecho hasta ahora de los Principios en los laudos arbitrales de inversión que actualmente son públicos. Estos laudos se refieren a contratos de inversión, pero no solo. De hecho, los Principios han encontrado una aplicación mucho más amplia en el derecho de inversión directa.

4. La base de datos Unilex, que recopila, en constante actualización, todas las sentencias y laudos arbitrales que hacen referencia a los Principios UNIDROIT en diversas capacidades, ofrece varios

¹ <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> .

ejemplos de esta forma de aplicación de los Principios en el ámbito internacional.² En la mayoría de los casos, se trata de la aplicación de los Principios dentro del derecho internacional, a los que se hace referencia en los tratados de inversión, pero no faltan decisiones en las que se han utilizado para interpretar e integrar el derecho nacional aplicable. Unilex cuenta a la fecha con 16 laudos arbitrales CIADI, a los que hay que sumar otros 3 laudos emitidos por otras instituciones arbitrales³ y 4 laudos arbitrales ad hoc, los cuales se pueden dividir de la siguiente manera en función del papel que juegan los Principios en la resolución de la controversia: i) casos en los que las partes han invocado los Principios UNIDROIT en apoyo de sus defensas y la Corte ha sostenido estas defensas sin citar expresamente los Principios; ii) casos en los que los Principios UNIDROIT han sido elegidos por las partes como ley aplicable a la controversia de forma expresa o implícita, mediante referencia a los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o similares; iii) casos en los que los Principios UNIDROIT han sido invocados por el Tribunal Arbitral en apoyo de las soluciones alcanzadas conforme al derecho aplicable o incluso para interpretar y complementar este último.

II. Uso “implícito” de los Principios

5. Cada vez es más frecuente que las partes de un arbitraje internacional, en sus defensas, se refieran a los Principios UNIDROIT para demostrar que la solución que proponen está en consonancia con los estándares internacionales y se aplica en el contexto del comercio internacional. Con respecto a esta forma de uso de los Principios, las partes, tanto públicas como privadas, del arbitraje de inversiones no son una excepción.

6. A partir del texto de las decisiones, a menudo es difícil establecer si la referencia a los Principios ha sido aceptada por el Tribunal Arbitral, ya que este último generalmente informa los argumentos de las partes, seguidos de los suyos propios, rechazando o aceptando dichos argumentos sin haciendo referencia expresa a los Principios UNIDROIT. Por ejemplo, en *PSEG Global & others v. Republic of Turkey*, el Tribunal del CIADI, en un primer laudo sobre jurisdicción de fecha 4 de junio de 2004, aunque sin referirse expresamente al art. 2.14 (hoy 2.1.14) de los Principios UNIDROIT invocados por las empresas recurrentes⁴, confirmaba la tesis propuesta por estas últimas según la cual no siempre es necesario llegar a un acuerdo sobre todos los términos esenciales del contrato para que éste sea considerado vinculante, especialmente cuando las partes manifiesten su intención de celebrar el contrato. En particular, en el caso *PSEG* se discutió si un contrato para la construcción y puesta en marcha de una planta eléctrica en Turquía celebrado entre dos empresas estadounidenses y el Ministerio de Energía de Turquía era vinculante en presencia de una cláusula de renegociación de algunos términos del acuerdo. El Tribunal Arbitral afirmó que esta cláusula no afectaba la validez y obligatoriedad del contrato, ya que tanto el lenguaje utilizado por las partes como las circunstancias de hecho posteriores demostraban

² Esta contribución sigue el camino trazado por algunos artículos de doctrina, dedicados al tema del papel asumido por los Principios UNIDROIT de los contratos comerciales internacionales en el contexto del arbitraje de inversiones. Más que un análisis teórico de la relación entre estos principios internacionales y el tema de las inversiones - ya ampliamente tratado por los autores que me han precedido - el presente escrito pretende brindar una actualización y una guía razonada de los casos relacionados presentes en la base de datos UNILEX. Ver. P. BERNARDINI, “UNIDROIT Principles and international investment arbitration”, *Uniform Law Review*, Vol. 19, Número 4, 2014, pp. 561–569; G. CORDERO-MOSS & D. BEHN, “The relevance of the UNIDROIT Principles in investment arbitration”, *Uniform Law Review*, Vol. 19, Número 4, 2014, pp. 570–608; A. REINISH, “The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in International Investment Arbitration”, *Uniform Law Review*, Vol. 19, Número 4, 2014, pp. 609–622; J. HEPBURN, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Investment Treaty Arbitration: a Limited Relationship”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 64, Número 4, 2015, pp. 905–933.

³ Un laudo del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y dos laudos de la Corte Permanente de Arbitraje.

⁴ “Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales [art. 2.14] son invocadas por las Demandantes en apoyo de su opinión de que no siempre es necesario llegar a un acuerdo sobre todos los términos esenciales de un contrato siempre que las partes tengan la intención de celebrar un contrato y la obligación de proceder a negociar los términos pendientes de buena fe” (traducido del inglés por la Autora).

la intención de las partes de considerarse obligadas, aunque algunas cláusulas contractuales debían ser modificadas en un momento posterior⁵. En la fase posterior del fondo (laudo del 19 de enero de 2007), que se decidió en base del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) EE. UU. - Turquía, la defensa del Gobierno turco también invocó los Principios UNIDROIT para justificar su conducta, afirmando que, en falta de prueba en contrario, debe presumirse que las negociaciones se llevan a cabo de buena fe y, a la luz del art. 2.1.15 de los Principios UNIDROIT, no hay obligación de llegar a un acuerdo ni responsabilidad por no llegar a uno. A pesar de tales defensas, el Tribunal del CIADI concluyó que los cambios legislativos en curso en el sector de la energía en Turquía violaban el estándar de trato justo y equitativo (*FET standard*) en virtud del TBI entre EE. UU. y Turquía⁶.

7. En *Azurix Corp. vs. Argentine Republic* (laudo del CIADI del 14 de julio de 2006), en relación con la determinación de los daños recuperables por la violación del estándar de trato justo y equitativo previsto en el TBI EE.UU. - Argentina, mientras que el Gobierno argentino insistió en remitirse al derecho consuetudinario internacional, a falta de una disposición específica sobre el punto en el TBI para violaciones distintas al caso de expropiación, la sociedad recurrente invocó el art. 7.4.3, párrafo 3 de los Principios UNIDROIT, junto con el art. 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM), para afirmar el amplio poder discrecional del Tribunal de Arbitraje en el cálculo de daños y perjuicios. El Tribunal, aunque no repitió la referencia a la CNUCCIM y los Principios UNIDROIT, siguió sustancialmente el argumento del apelante. El laudo, impugnado por el gobierno argentino, fue confirmado en este punto por el Comité *ad hoc* para anulación con decisión del 1 de septiembre de 2009.

8. En el caso *Ioannis Kardassopoulos & others vs. Republic of Georgia* (laudo del CIADI del 3 de marzo de 2010), con el fin de identificar el alcance y la validez de los derechos derivados del contrato de concesión de treinta años celebrado por un inversor privado griego e israelí con el Gobierno de Georgia, en particular en relación con futuros proyectos en el sector del petróleo y el gas, el Estado demandado, en apoyo del uso de pruebas extrínsecas para interpretar el contrato de concesión, se refirió a los Principios UNIDROIT⁷ y afirmó que algunos documentos contemporáneos a la celebración del contrato (por ejemplo, asesoramiento previo de un abogado de Londres) impidió que se interpretara que la concesión otorgaba a los inversores derechos con respecto a futuros gasoductos y oleoductos. El Tribunal Arbitral, sin referirse al art. 4.3 de los Principios UNIDROIT, admitió la prueba de los textos sobre cómo las partes podrían haber entendido las disposiciones relevantes del contrato de concesión y concluyó que las cláusulas deben interpretarse buscando un punto de encuentro entre los significados opuestos que les atribuyen las partes.

9. En el caso *M. Meerapfel Söhne AG vs. Central African Republic* (laudo del CIADI de 12 de mayo de 2011), el demandante invocó los Principios UNIDROIT para respaldar la validez y eficacia de una cláusula compromisoria contenida en un memorando de entendimiento firmado por las partes en disputa, del cual el Gobierno de la República Centroafricana impugnó la validez en ausencia de la autorización previa del Ministerio de Finanzas competente. En particular, el inversor privado citó íntegramente el art. 3.16 de los Principios UNIDROIT (hoy Art. 3.2.13) sobre la nulidad parcial para sustentar la autonomía de la cláusula compromisoria incluso en caso de nulidad del contrato subyacente.

⁵ “En el presente caso, tanto el lenguaje del Contrato como las circunstancias, tal como se analizan a continuación, demuestran la intención de las Partes de vincularse a pesar de que aún debían acordarse ciertos términos en un momento posterior” (traducido del inglés por la Autora).

⁶ El Tribunal Arbitral decidió conceder una indemnización únicamente por los gastos efectivamente incurridos por las empresas recurrentes en relación con la inversión (gastos de asesoría jurídica, estudios técnicos, adquisición de permisos, etc.), mientras que rechazó la solicitud de indemnización por la pérdida de beneficio, principalmente porque este concepto de daño no puede ser compensado cuando el proyecto se encuentra en la fase de “pre-inversión” o “pre-construcción”.

⁷ “La Demandada sostiene que se puede recurrir a tales documentos cuando un contrato es ambiguo, señalando en particular los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, que estipulan expresamente que se debe tener en cuenta la “prueba extrínseca” al interpretar los contratos” (traducido del inglés por la Autora).

El Tribunal Arbitral compartió el argumento del recurrente, agregando otros argumentos a favor (en particular, la referencia al artículo 4 de la Ley Uniforme de arbitraje de la OHADA)⁸.

10. Por último, en el laudo de la Corte Permanente de Arbitraje de 4 de junio de 2014 *European American Investment Bank AG (EURAM) vs. Slovak Republic* ambas partes invocaron los Principios UNIDROIT en relación con la cuestión de si el Tribunal Arbitral tenía jurisdicción sobre el caso. En particular, la empresa austriaca, que había adquirido una participación del 51% en una compañía de seguros de salud eslovaca, se quejó de la violación del TBI entre Austria y Eslovaquia por parte del Gobierno eslovaco, ya que algunas medidas legislativas introducidas por este último habrían constituido una revocación de la liberalización del mercado de los seguros de salud anterior, que había incitado a la recurrente a invertir en dicho sector. El Estado demandado impugnó la competencia jurisdiccional del Tribunal Arbitral sobre la base de dos conjuntos de razones: a) la presencia de un acuerdo implícito entre las partes a favor de la jurisdicción de los tribunales eslovacos, dado que el demandante ya había iniciado un procedimiento ante el tribunal del distrito de Bratislava. En apoyo de la tesis de la conclusión implícita del acuerdo de jurisdicción, el Gobierno eslovaco invocó los artículos 1.2, 2.1.11 y 3.2.12 de los Principios UNIDROIT⁹, mientras que el recurrente afirmó que el recurso interpuesto ante los tribunales nacionales eslovacos no podía considerarse como una propuesta de acuerdo a tal efecto y en apoyo de sus argumentos citó los artículos 2.1.2., 4.1 y 4.2 Principios UNIDROIT¹⁰; b) independientemente de la existencia de un acuerdo entre las partes, la conducta del recurrente constituyó una renuncia a comprometer la controversia en arbitraje. A tal fin, el Estado demandado citó el art. 10.6(1) de los Principios de UNIDROIT para argumentar que el recurrente no podía justificar la incoación del procedimiento ante el tribunal de Bratislava con una supuesta intención conservadora, ya que su derecho, tras la interposición de la demanda, ya no corría el riesgo de prescripción, al menos hasta que el Tribunal se haya pronunciado sobre su competencia¹¹. Por otro lado, el recurrente, al disputar el uso de los Principios UNIDROIT para interpretar y complementar las disposiciones de la ley eslovaca en materia de limitación, invocó a su vez el art. 4.2 de los Principios para contestar la interpretación dada por el demandado, según la cual la interposición de una acción ante los tribunales internos podría ser calificada como una renuncia al derecho de someter el asunto al tribunal arbitral¹². El Tribunal Arbitral, sin referirse a los Principios UNIDROIT, afirmó que las partes no habían celebrado ningún acuerdo sobre la forma de resolver la controversia diferente al contenido en la cláusula compromisoria, pero aceptó la tesis de la renuncia a transigir la controversia en arbitraje, ya que las actividades procesales llevadas a cabo por el solicitante ante los tribunales eslovacos fueron más allá de lo que se consideró necesario para proteger su posición en espera del resultado del procedimiento de arbitraje. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral se declaró incompetente para decidir sobre la controversia.

⁸ “La Demandante también invoca la aplicación del Artículo 3.16 de los Principios UNIDROIT de 2004 sobre los contratos comerciales internacionales que establece que: [...]. La Corte ha identificado en la doctrina otros elementos relativos a la divisibilidad de la cláusula compromisoria. Así, el acuerdo que prevé el arbitraje se considera separado de la propia cláusula compromisoria.” (traducido del francés por la Autora).

⁹ “La Demandada alega además que la noción de que se puede llegar a acuerdos implícitamente (o a través de documentos, declaraciones orales o conducta) forma un principio general de derecho, como lo demuestran los Artículos 1.2, 2.11 y 3.12 de los Principios de UNIDROIT de Derecho Comercial Internacional. Contratos” (traducido del inglés por la Autora).

¹⁰ “La Demandante explica que, según la ley sueca, un acuerdo surge de una “consenso de voluntades” o cuando un destinatario acepta la oferta de un oferente. La ley no define ni “oferta” ni “aceptación”. En cambio, el Artículo 2.1.2 de los Principios UNIDROIT define una oferta como una “propuesta para celebrar un contrato... [que] está suficientemente definida e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”. Según la Demandante, la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2 de los Principios UNIDROIT conduce al mismo resultado. La Petición deja en claro que la Demandante tenía la intención de continuar con el arbitraje de sus reclamos y solo presentó la Petición para evitar que sus reclamos prescribieran. Una interpretación contraria sería irrazonable” (traducido del inglés por la Autora).

¹¹ “La Demandada señala además que la Demandante podría haber invocado el presente arbitraje para ampliar el plazo de prescripción en virtud de la Sección 405(2) del Código de Comercio - o del Artículo 10.6(1) de los Principios UNIDROIT, que pueden utilizarse para interpretar y complementar el Código de Comercio de Eslovaquia, hasta después de que el Tribunal se haya pronunciado sobre su jurisdicción” (traducido del inglés por la Autora).

¹² “[...] el inicio de un litigio no constituye una renuncia al derecho de arbitraje a menos que un análisis del derecho contractual tradicional evidencie un acuerdo entre las Partes a tal efecto. Como tal, una declaración unilateral debe ser clara e inequívoca para que se construya como una renuncia; [...]. Un análisis según principios generales como el artículo 4.2 de los Principios UNIDROIT no diferiría en sustancia” (traducido del inglés por la Autora).

III. Principios UNIDROIT como ley aplicable: referencia a los principios generales del derecho o la *lex mercatoria*

11. La segunda hipótesis de aplicación de los Principios UNIDROIT en el contexto del arbitraje de inversiones está representada por un único pero emblemático caso: *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine*.

12. La escasez de casos se justifica por la ausencia de tratados internacionales de inversión que prevean una elección expresa del derecho aplicable en favor de los Principios UNIDROIT¹³, mientras que es más probable que estos últimos sean elegidos por las partes como derecho aplicable a la disputa, en el caso de arbitraje de inversión basado en un contrato, como sucedió en el caso *Lemire*, una disputa que duró 16 años y que dio lugar a dos procedimientos separados¹⁴.

13. En el momento del primer procedimiento, Ucrania aún no había ratificado el Convenio del CIADI y, por lo tanto, el mismo se estableció en virtud del Mecanismo Complementario del CIADI. Sin embargo, la disputa, que surgió de la violación del TBI entre EE. UU. y Ucrania luego de las promesas hechas y no cumplidas por el Estado ucraniano con respecto a la emisión y operación de ciertas licencias de transmisión de radio, nunca llegó a la etapa de fondo, ya que las partes llegaron a un acuerdo, incorporado en un laudo final vinculante emitido por el Tribunal del CIADI (laudo del 18 de septiembre de 2000). La particularidad de este contrato, en lo que aquí nos concierne, es el hecho de que contiene una sección completa titulada “*Principios para la interpretación y ejecución del contrato*”, cuyas disposiciones, relativas a la interpretación, validez, ejecución y incumplimiento de la transacción se toman literalmente, con algunas pequeñas adaptaciones, de los Principios UNIDROIT, edición de 1994¹⁵.

14. En el segundo procedimiento, regido por el Convenio CIADI - entretanto ratificado por Ucrania - y nuevamente relacionado con la inversión del apelante en el sector de la radio, este último se quejó no solo de la violación del TBI EE. UU.- Ucrania, sino también del laudo arbitral emitido en 2000. En un primer laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 14 de enero de 2010¹⁶, el Tribunal del CIADI se pronunció sobre la cláusula de elección de la ley aplicable contenida en el acuerdo, que se refería al art. 54, párrafo 1 del Mecanismo Complementario del CIADI¹⁷, y consideró que esta cláusula equivalía a una elección negativa implícita de cualquier ordenamiento jurídico nacional, concluyendo en someter el acuerdo de transacción a las normas del derecho internacional y, entre éstas, prestar especial atención a los Principios UNIDROIT¹⁸. En cuanto al fondo, el Tribunal Arbitral examinó en primer lugar la cuestión relativa a la interpretación del contenido del acuerdo transaccional: ello porque, por un lado, la recurrente alegaba la existencia de obligaciones adicionales a las expresamente señaladas en el acuerdo, acordadas por las partes durante las negociaciones, apoyándose en los artículos 4.1 y 4.3 de los Principios UNIDROIT, que establecen que para identificar la intención común de las partes, se debe tener en

¹³ Incluso si la hipótesis no puede ser excluida (ver G. CORDERO MOSS – D. BEHN, “The relevance of the UNIDROIT Principles in investment arbitration”, *supra*, p. 581).

¹⁴ Caso No. ARB(AF)/98/1 y Caso No. ARB/06/18.

¹⁵ Estos son los Artículos 1.7, 3.3(1) [Art. 3.1.3(1) edición de 2016], 4.1, 4.2, 4.3, 4.5, 5.3, 5.4(1) [Artt. 5.1.3 y 5.1.4(1) edición de 2016], 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 7.1.1, 7.1.4 y 7.1.5 (1)(2)(3).

¹⁶ Los artículos 1.8, 4.1 y 4.3 de los Principios UNIDROIT también fueron citados por el Árbitro Dr. Jürgen Voss en la opinión disidente presentada el 1.3.2011.

¹⁷ “El Tribunal aplicará las normas de derecho designadas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. A falta de tal designación por las partes, el Tribunal aplicará (a) la ley determinada por las normas de conflicto de leyes que considere aplicables y (b) las normas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables” (traducido del inglés por la Autora).

¹⁸ “Al negociar el Acuerdo de conciliación, las partes evidentemente pensaron en la cuestión de la ley aplicable y aparentemente no pudieron llegar a un acuerdo para aplicar la ley ucraniana o la estadounidense. En esta situación, lo que hicieron las partes fue incorporar amplias partes de los Principios UNIDROIT en su acuerdo e incluir una cláusula que autoriza al Tribunal a seleccionar un sistema legal interno o a aplicar las reglas de derecho que el Tribunal considere apropiadas. Dada la elección negativa implícita de cualquier sistema legal interno, el Tribunal considera que la decisión más apropiada es someter el Acuerdo de Transacción a las normas del derecho internacional y, dentro de estas, tener especial consideración con los Principios UNIDROIT” (traducido del inglés por la Autora).

cuenta, entre otros, las negociaciones preliminares.¹⁹ Por otro lado, el Estado demandado objetaba la presencia, dentro del acuerdo, de una ‘*entire agreement clause*’²⁰. Según la Corte, de la lectura global de las cláusulas del contrato se desprendía que sólo se consideraría vinculante para las partes la obligación consignada por escrito en el contrato, mientras que no podía valorarse el hecho de que la misma hubiera sido discutida, o incluso acordada, oralmente por las partes durante las negociaciones. Todavía en cuanto al fondo, el Tribunal de Arbitraje sostuvo que Ucrania había violado las disposiciones de trato justo y equitativo contenidas en el TBI, pero no las obligaciones asumidas en virtud del acuerdo de transacción. En apoyo de sus conclusiones, el Tribunal Arbitral citó expresamente el art. 1.8 de los Principios UNIDROIT para concluir que el recurrente se había comportado de manera inconsistente durante la ejecución del acuerdo, generando una confianza razonable en la otra parte, y por lo tanto ya no podía denunciar el incumplimiento del Estado receptor²¹. Además, según la Corte, para poder invocar la violación, por parte del Estado demandado, del deber de diligencia en la ejecución del servicio, previsto en el art. 5.1.4 de los Principios UNIDROIT, no era suficiente probar que para la fecha estipulada no se habían otorgado las licencias de frecuencia de radio, sino que el solicitante tendría que demostrar que Ucrania no había hecho los esfuerzos que razonablemente habría hecho un gobierno en las mismas circunstancias²².

15. Aproximadamente un año después, el Tribunal del CIADI emitió su laudo final en el caso (28 de marzo de 2011) para la cuantificación de los daños recuperables luego de la violación establecida por parte de Ucrania del TBI entre EE. UU. y Ucrania. También en esta decisión hay una referencia a los Principios UNIDROIT: en particular, el Tribunal de Arbitraje citó el ejemplo en el Comentario 2 al art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT para definir el concepto de pérdida de oportunidad y su indemnización, excluyendo luego que esta definición pudiera aplicarse al daño sufrido por el recurrente, que más bien puede calificarse de lucro cesante²³.

IV. Principios UNIDROIT para interpretar y complementar el derecho aplicable.

16. El tercer y último grupo de casos es sin duda el más relevante tanto por el número de decisiones recogidas como por la importancia que tuvo la referencia a los Principios UNIDROIT en la

¹⁹ “La Demandante ha enfatizado las Cláusulas 20 (“buena fe y trato justo en los negocios internacionales”), 22 (“intención común de las Partes”), 23 (especialmente la referencia a “negociaciones preliminares”) y 26 (incumplimiento para incluir “incumplimiento indebido” “cumplimiento tardío”), así como los artículos 1.7 y 4.1 de los Principios UNIDROIT de 1994” (traducido del inglés por la Autora).

²⁰ “La Demandada se ha referido a la Cláusula 27 del Acuerdo de Transacción, según la cual el Acuerdo de Transacción “constituye el acuerdo completo entre las Partes sobre el tema del presente acuerdo y reemplaza toda correspondencia, negociaciones y entendimientos previos entre ellas con respecto a los asuntos cubiertos en el presente”. Ucrania también se basa en el artículo 5.5 de los Principios UNIDROIT de 1994 (“la forma en que se expresa la obligación en el contrato”) como factor principal para determinar el alcance de una obligación” (traducido del inglés por la Autora).

²¹ “El Artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT de 2004 prohíbe comportamientos inconsistentes: [...]. El Sr. Lemire no requirió un segundo examen, y Ucrania comprendió razonablemente que la Demandante se sintió satisfecha con el primer examen y, en consecuencia, no llevó a cabo un segundo examen. El Sr. Lemire ahora no puede dar marcha atrás y argumentar que la Demandada incumplió sus obligaciones contractuales” (traducido del inglés por la Autora).

²² “El artículo 5.1.4 de los Principios UNIDROIT de 2004 define el deber de los mejores esfuerzos en los siguientes términos: [...]. Para que el Demandante establezca una violación de esta obligación de mejores esfuerzos, no es suficiente probar que para el 15 de mayo de 2000 no se habían otorgado las 11 licencias de radiofrecuencia; la prueba requerida es que presente pruebas que demuestren que Ucrania no ha hecho los esfuerzos que haría un gobierno razonable en las mismas circunstancias” (traducido del inglés por la Autora).

²³ “La certeza del Tribunal de que la Demandante efectivamente ha sufrido una pérdida tiene otra implicación importante: excluye la posibilidad de que la lesión del Sr. Lemire se clasifique como una simple pérdida de oportunidad. La compensación por una oportunidad perdida es admisible y normalmente se calcula como la pérdida máxima hipotética, multiplicada por la probabilidad de que la oportunidad se materialice. Para tomar el ejemplo dado en el Comentario Oficial a los Principios UNIDROIT: “[E]l propietario de un caballo que llega demasiado tarde para correr una competición como consecuencia del retraso en su transporte, no puede reclamar una compensación equivalente al primer premio, aun cuando el caballo fuese el favorito”. En este ejemplo, el propietario debe estar satisfecho con una compensación proporcional a la probabilidad de ganar” (traducido del inglés por la Autora).

resolución de la controversia. Como se sabe, de conformidad con el art. 42 del Convenio CIADI, a falta de acuerdo entre las partes sobre la elección de las normas de derecho aplicables a la controversia²⁴, “*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*”. El texto de la regla indica que, si bien las partes de un arbitraje CIADI pueden también elegir instrumentos de *soft law* como los Principios UNIDROIT como la ley aplicable a su disputa, el tribunal arbitral, en ausencia de una elección explícita o implícita por las partes, está obligado a aplicar una determinada ley nacional (la del Estado de acogida o la que se determine aplicable en virtud de las normas sobre conflicto de leyes vigentes en el Estado de acogida). La redacción del artículo parecería sugerir que el derecho internacional tiene un papel secundario respecto del derecho nacional aplicable, que funciona como una suerte de correctivo de este último, pero la práctica arbitral nos muestra que la relación entre ambas fuentes no es tan clara, y del examen de los casos es difícil establecer cuál de los dos tuvo mayor peso a los efectos de decidir la controversia.

17. En este contexto, la referencia a los Principios UNIDROIT fue utilizada por Tribunales de Arbitraje para validar un principio de derecho internacional que se consideró aplicable al caso en disputa, en apoyo o incluso como complemento del derecho nacional aplicable.

18. Por ejemplo, en el caso de *AIG Capital Partner & CJSC Tema Real Estate vs Kazakhstan* (laudo del CIADI del 7 de octubre de 2003), un inversionista estadounidense se quejó de que el gobierno kazajo habría expropiado terrenos adquiridos para un proyecto de desarrollo inmobiliario. Una de las cuestiones abordadas por el Tribunal de Arbitraje fue si, como alegaba Kazajstán, el inversionista estadounidense estaba obligado a aceptar la oferta del Gobierno de tierras alternativas para el proyecto, de conformidad con el principio general de mitigación de daños. Excluyendo que tal obligación pesaba sobre el inversionista estadounidense, el Tribunal Arbitral afirmó que, en el caso, la aplicación del principio de mitigación de daños estaba excluida debido a que tanto la ocupación del terreno originalmente pactado como la oferta posterior de un sitio alternativo violaban la legislación aplicable de Kazajstán y, en este contexto, citó el art. 77 CNUCCIM y art. 7.4.8 de los Principios UNIDROIT²⁵.

19. Nuevamente, en el laudo parcial sobre el fondo, emitido el 30 de marzo de 2010 en un arbitraje *ad hoc* celebrado en La Haya (*Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation vs. Ecuador*), relativo a una serie de acuerdos de exploración y explotación celebrados entre dos empresas petroleras estadounidenses y el Gobierno de Ecuador, el Tribunal de Arbitraje se refirió al Comentario 3 al art. 7.1.7 y los Artículos 6.2.2 y 6.2.3 (3)(b) de los Principios UNIDROIT para interpretar las disposiciones pertinentes del Código Civil ecuatoriano sobre fuerza mayor y para excluir que el Gobierno de Ecuador tuviera derecho a una compensación debido a la reducción de producción de petróleo de las dos empresas durante un período de fuerza mayor (terremoto)²⁶.

²⁴ La elección puede ser explícita o implícita. Según algunos autores (véase, por ejemplo, C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2010 (Art 42, párr. 33–6, 89–95), el hecho de que el apelante invoque la protección en virtud de un tratado de inversión es a menudo considerado por la jurisprudencia de arbitraje como una opción implícita del derecho internacional.

²⁵ “*La mitigación de daños, como principio, es aplicable en una amplia gama de situaciones. Ha sido adoptado en países de common law y de tradición romanista, así como en convenciones y otros instrumentos internacionales, como por ejemplo en el artículo 77 de la Convención de Viena y el artículo 7.4.8 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Los tribunales arbitrales internacionales lo aplican con frecuencia cuando se trata de cuestiones de derecho internacional*” (traducido del inglés por la Autora).

²⁶ “*Además, la doctrina de la fuerza mayor, al igual que la doctrina de hardship y otros conceptos relacionados, está diseñada para “distribuir entre las partes de manera justa y equitativa las pérdidas y ganancias resultantes de” un evento imprevisible [Principios UNIDROIT, art. 7.1.7 comentario 3; id., en los artículos. 6.2.2 y 6.2.3(3)(b)]. De hecho, la interpretación de la Demandada significaría que cualquier efecto negativo de una situación de fuerza mayor tendría que ser soportado exclusivamente por TexPet y de ninguna manera por la Demandada. La Demandada no ha podido demostrar que el Acuerdo de 1973 o la ley ecuatoriana respalden una interpretación tan inusual en casos de fuerza mayor*” (traducido del inglés por la Autora).

20. En el laudo arbitral *ad hoc* del 30 de marzo de 2012 *Carl A. Sax vs. City of Saint Petersburg*, en relación con una serie de acuerdos celebrados entre un inversor estadounidense y la Ciudad de San Petersburgo para el desarrollo de una nueva terminal de pasajeros en el aeropuerto de la ciudad, las partes habían elegido como ley aplicable sobre el fondo de la disputa “*el derecho ruso, los tratados y el derecho internacional*”. El Tribunal Arbitral recordó el art. 7.4.9 de los Principios UNIDROIT, en apoyo del art. 395 del Código Civil ruso, según el cual la tasa de interés aplicable debe determinarse de acuerdo con la jurisdicción en la que reside la parte vencedora²⁷.

21. Por último, en un litigio entre una empresa kuwaití y el Gobierno de Libia por incumplimiento de un contrato de construcción y gestión de un gran complejo turístico en Trípoli, resuelto en arbitraje *ad hoc* con laudo de 22 de marzo de 2013 (*Mohamed Abdulmohsen Al - Kharafi & Sons vs. Libia*), el Tribunal de Arbitraje, llamado a aplicar la ley libia junto con *el Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States* de 1980, se refirió a los Principios UNIDROIT en relación con el tema de la compensación por lucro cesante. En particular, la Corte, al fallar a favor de la sociedad extranjera, interpretó el art. 224 del Código Civil de Libia en el sentido de reconocer también este elemento de daño. En apoyo de su decisión, la Corte se refirió al art. 7.4.2 de los Principios UNIDROIT sobre el derecho a la reparación integral²⁸ y el art. 7.4.3(3) sobre el principio de certeza del daño²⁹.

22. A menudo ocurre que las disposiciones sobre la elección de la ley aplicable están previstas en el propio tratado de inversión: generalmente se trata de fórmulas abiertas que se refieren a una amplia gama de reglas y principios, incluidas “*las disposiciones del tratado*”, “*la ley del Estado contratante parte en la controversia*” y “*las normas (o principios) del derecho internacional*”. Ante la presencia de fórmulas tan amplias, es fácil para los árbitros justificar la referencia a los Principios UNIDROIT como expresión de los principios del derecho internacional aplicables a la controversia.

23. Por ejemplo, en el caso decidido por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo con un laudo del 29 de marzo de 2005, *Petrobart vs. Kyrgyz Republic*, los Árbitros tuvieron que pronunciarse sobre una reclamación de indemnización presentada por una empresa registrada en Gibraltar contra el Gobierno de la República Kirguisa por violar el Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994 y las obligaciones internacionales derivadas del mismo con respecto a los inversores extranjeros³⁰. El Tribunal Arbitral reconoció el derecho de la recurrente a la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante, así como al reembolso de los gastos: los tres conceptos fueron incrementados con intereses, calculados sobre la base del art. 7.4.9 de los Principios UNIDROIT que, sin mayor explicación, se consideró “*una base adecuada para la determinación de intereses*”.

²⁷ “*Los asuntos de tasas de interés a menudo están relacionados con el mercado financiero de la moneda respectiva, en lugar de una lex causae particular (es decir, la ley aplicable al fondo). De hecho, un acreedor impago sufrirá un daño que se mide mejor de acuerdo con el costo de pedir prestada la suma en el mercado relevante para la moneda a las tasas comerciales comúnmente utilizadas para esa moneda en particular. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT de 2004 disponen lo siguiente: [...] Ciertamente, la tasa promedio de los préstamos bancarios a corto plazo para los prestatarios preferenciales de la moneda en cuestión en el lugar del pago es una fórmula utilizada con frecuencia en el arbitraje internacional. La disposición de respaldo en los Principios UNIDROIT sugiere mirar la tasa adecuada fijada por la ley del Estado de la moneda de pago, que en el presente caso será EE. UU. y la UE*” (traducido del inglés por la Autora).

²⁸ “*Considerando que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (edición 2010) del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado establecen, en su artículo 7.4.2, el derecho del acreedor a la reparación integral del daño sufrido como consecuencia del no cumplimiento, incluyendo dicho daño tanto cualquier pérdida que haya sufrido como cualquier ganancia de la que se haya visto privado, el Artículo 7.4.2 dispone lo siguiente: [...]*” (traducido del inglés por la Autora).

²⁹ “*Considerando que el Artículo 7.4.3(3) de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (edición de 2010) establece que cuando el monto de los daños no pueda establecerse con suficiente grado de certeza, la evaluación quedará a discreción del tribunal: Artículo 7.4.3 dispone lo siguiente: [...]*” (traducido del inglés por la Autora).

³⁰ El art. 26, párrafo 6 del Tratado establece que: “*En virtud del apartado 4) se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables*” (en inglés: *A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law*).

24. En el laudo parcial emitido en un arbitraje *ad hoc* con sede en Bruselas el 19 de agosto de 2005, *EUREKO BV vs. Republic of Poland*, relativo a un acuerdo de compra de acciones celebrado entre una empresa holandesa y el Gobierno polaco en el contexto de un proceso de privatización de una compañía de seguros polaca de propiedad totalmente estatal, el Tribunal de Arbitraje aplicó los Principios UNIDROIT al basarse en las disposiciones del TBI Países Bajos-Polonia, que autorizaba expresamente a decidir la disputa también “*sobre la base de las reglas y principios del derecho internacional universalmente reconocidos*”. En este contexto, el Tribunal, para determinar si la empresa holandesa podía invocar un motivo de infracción, se refirió al artículo 7.1.3(1) de los Principios UNIDROIT y afirmó que este motivo solo se aplica a los casos de cumplimiento simultáneo o condicional. En el caso, sin embargo, el incumplimiento por parte del Gobierno polaco, respecto del cual la empresa neerlandesa pretendía formular una objeción, se relacionaba claramente con una obligación separada que debía cumplirse en una etapa posterior³¹.

25. En el laudo del CIADI del 16 de junio de 2010 *Gemplus & Talsud vs. México*, relativo a un contrato de concesión para el desarrollo y mantenimiento de un registro nacional de vehículos celebrado entre dos empresas franco-argentinas y el Gobierno mexicano, el Tribunal de Arbitraje aplicó el TBI Francia - México y el TBI Argentina - México. Ambos requieren que el Tribunal de Arbitraje decida de conformidad con el TBI respectivo y “*las reglas y principios pertinentes del derecho internacional*”. Luego de constatar que México había violado sus obligaciones en materia de expropiación de conformidad con ambos TBI, el Tribunal de Arbitraje abordó el tema de la compensación por pérdida de oportunidad recordando el art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT³² y, para determinar cuáles eran los elementos de prueba necesarios para reconocer esta forma de compensación en el derecho internacional, citó el art. 36 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, redactado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001, que establece que debe existir un nivel razonable de certeza sobre los flujos de ingresos futuros. En apoyo de este principio, la Corte citó nuevamente el art. 7.4.3(1) de los Principios UNIDROIT que requiere un “*grado razonable de certeza*”³³, afirmando que “*estos principios generales podrían examinarse desde el punto de vista de varios otros sistemas jurídicos nacionales (tanto del common law como del derecho civil), pero no es necesario hacerlo aquí porque [...] estos principios están ampliamente reafirmados en los Principios UNIDROIT [...]*”³⁴.

26. En el caso *Suez y otros v. República Argentina* (laudo del CIADI de 30 de julio de 2010), relativo a una concesión por treinta años para la distribución de agua y tratamiento de aguas residuales en Argentina a favor de tres empresas, constituidas de forma diversa en el Reino Unido, Francia y Espa-

³¹ “Sin decidir si la excepción de incumplimiento es una máxima de interpretación o una regla de derecho internacional, el Tribunal opina que la excepción no puede ayudar a la Demandante porque se aplica esencialmente a casos de cumplimiento simultáneo o condicional. Por ejemplo, el Artículo 7.1.3 de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales establece que “Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación” si la otra parte no está dispuesta y no es capaz de cumplir” (traducido del inglés por la Autora).

³² “El concepto de pérdida de oportunidad, o la pérdida de una chance, está reconocido en una serie de sistemas legales nacionales, así como en los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales. Estos últimos disponen en el Artículo 7.4.3(2) que, “[l]a compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza”. Se sugiere que la posibilidad de obtener un beneficio es un activo con valor propio, y que la compensación por la pérdida de una oportunidad es una alternativa a la concesión del lucro cesante propiamente dicho en los casos en que el reclamante no haya podido probar la cantidad del presunto lucro cesante con el grado de certeza requerido, pero cuando el tribunal se convenció de que la pérdida efectivamente ocurrió”. (traducido del inglés por la Autora).

³³ “Cabe señalar que el Artículo 7.4.3(1) de los Principios UNIDROIT requiere un “grado razonable de certeza” para establecer la compensación por daños futuros, lo que confirma aún más que el requisito de certeza para probar el reclamo de compensación de un demandante es relativo y no es incompatible con la concesión de una indemnización por pérdida de oportunidad, ni esta última necesariamente vinculada a la facultad de un árbitro de decidir *ex aequo et bono*” (traducido del inglés por la Autora).

³⁴ “Sería posible ilustrar estos principios generales a partir de varios otros sistemas legales nacionales (tanto de derecho consuetudinario como civil); pero no es necesario hacerlo aquí porque, en primer lugar, dichos principios se reafirman ampliamente en los Principios UNIDROIT; y, en segundo lugar, el Tribunal no tiene ninguna duda de que principios similares forman parte del derecho internacional, tal como se expresa en los Artículos de la CDI. Además, la ley aplicable en este caso no es la inglesa, mexicana, canadiense o cualquier otra ley nacional” (traducido del inglés por la Autora).

ña, que actuaban a través de una subsidiaria argentina, los Principios UNIDROIT fueron mencionados en la opinión separada emitida por el árbitro designado por el Gobierno argentino, quien discrepó de la conclusión mayoritaria de que el Estado anfitrión, al obligar a la subsidiaria argentina a renegociar la concesión durante la crisis financiera, había violado su obligación de tratar a los inversores extranjeros de manera justa y equitativa. En apoyo de su conclusión,³⁵ el Árbitro se refirió a los Artículos 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, en tanto que expresión de un estándar internacional para los contratos a largo plazo, que en caso de dificultades imponen a las partes la obligación de renegociar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

27. También en otro caso CIADI relativo a Argentina, *El Paso Energy International Company vs Argentina*, decidido con un laudo del 31 de octubre de 2011 y relativo a una serie de inversiones en el sector energético argentino realizadas por una empresa estadounidense, se hizo referencia a los Principios UNIDROIT como expresión del derecho internacional a que se refiere el TBI Argentina-EE. UU.³⁶ Según el Tribunal de Arbitraje, en virtud de los Principios UNIDROIT, definidos como “una especie de reafirmación internacional del derecho contractual que refleja las normas y principios aplicados por la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales”, la exención de responsabilidad por incumplimiento u otros tipos de recursos quedan excluidos si la parte que las invoca tuviera el “control” de la situación o en el caso de que fuera “gravemente desleal” permitir tal exención. El Tribunal Arbitral recordó, en particular, el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT, que establece que los hechos causantes la *hardship* deben ser “ajenos a la esfera de control de la parte en desventaja”; el Artículo 7.1.6 que, según el Tribunal, “establece que una parte no puede hacer uso de la exención de responsabilidad si sería manifiestamente injusto hacerlo, habiendo respecto de los fines del contrato”; y finalmente el artículo 7.1.7, según el cual la fuerza mayor justifica el incumplimiento de un contrato si la parte incumplidora “prueba que el incumplimiento se debe a un impedimento que escapa a su esfera de control y que no estaba razonablemente obligada a prever en el momento de la celebración del contrato, ni a evitar o superar el impedimento en sí mismo o en sus consecuencias”³⁷. Sobre la base de estos principios, el Tribunal descartó que el Estado argentino pudiera invocar el estado de necesidad para justificar la ilegalidad de su trato hacia el inversionista extranjero, ya que la propia Argentina había creado esta situación de necesidad o en todo caso había contribuido significativamente a su creación.

28. Más recientemente, en el caso del CIADI *Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl vs. Venezuela*, decidida con laudo de 30 de octubre de 2017, los Principios UNIDROIT han sido invocados reiteradamente, junto con la CNUCCIM, en la opinión disidente emitida por uno de los Árbitros. En particular, el Árbitro designado por el Gobierno de Venezuela cuestionó la cuantificación de los daños que pueden ser indemnizados como consecuencia de la violación, por parte del Estado receptor, del TBI Suiza-Venezuela por falta de indemnización por una expropiación contra una empresa suiza. El

³⁵ Los tres TBI aplicables al presente caso (Argentina-Francia, Argentina-España y Argentina-Reino Unido) contenían una referencia a los “principios generales del derecho internacional” como el derecho aplicable a cualquier controversia que surja en relación con el tratado de inversión individual en conjunto con lo dispuesto en este último.

³⁶ El Tribunal Arbitral decidió evaluar sobre la base del TBI y el derecho internacional la posible responsabilidad del Estado demandado por la violación del tratado de inversión, mientras que el derecho argentino, también mencionado en el tratado, habría servido para identificar los derechos reconocidos por Argentina a el solicitante como inversor extranjero.

³⁷ “Difícilmente se puede dudar de que existe un principio general sobre la exclusión de la ilicitud en ciertas situaciones, como lo confirman los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, una especie de reformulación internacional del derecho de los contratos que refleja reglas y principios aplicados por la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. El Artículo 6(2)(2) de estos Principios, que trata sobre “hardship”, establece que los eventos que causan dificultades “escapan al control de la Parte en desventaja”. El artículo 7(1)(6) sobre “cláusulas de exoneración” prescribe que una parte no puede reclamar la exoneración de responsabilidad “si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”. Finalmente, el Artículo 7(1)(7), relativo a la “fuerza mayor” (*vis maior*) excusa el incumplimiento de un contrato “...si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias”. Por lo tanto, la exención de responsabilidad por incumplimiento u otras formas de compensación quedan excluidas de conformidad con los Principios UNIDROIT si la Parte que los afirma “tiene el control” de la situación o si sería “extremadamente injusto” permitir tal exención” (traducido del inglés por la Autora).

Tribunal afirmó que “*el derecho internacional reconoce la indemnizabilidad únicamente del daño que hubiera podido ser anticipado o previsto por las partes al momento de la celebración del contrato*”, refiriéndose expresamente al art. 7.4.4 Principios UNIDROIT y art. 74 CNUCCIM³⁸. Además, en su opinión, el lucro cesante debía calcularse sobre la base del art. 7.4.5 Principios UNIDROIT y art. 75 CNUCCIM (diferencia entre el precio estipulado en el contrato y el precio pagado por el comprador por los bienes de reemplazo) o de conformidad con el art. 7.4.6 Principios UNIDROIT y art. 76 CNUCCIM (diferencia entre el precio estipulado en el contrato y el precio de mercado en la fecha prevista para la entrega, en caso de falta de adquisición de bienes de reemplazo), considerando también la obligación de las partes de mitigar el daño (Art. 7.4.8 Principios UNIDROIT y Art. 77 CNUCCIM)³⁹. En el caso en cuestión, según el Árbitro, el inversionista extranjero no logró demostrar el precio efectivamente pagado por los bienes adquiridos luego del decreto de expropiación y el perito designado por él ignoró este elemento a efectos del cálculo del daño recuperable.

29. Para concluir, en algunos casos la referencia a los Principios UNIDROIT se produjo sin que los árbitros se sintieran obligados a justificar su relación con el derecho aplicable. Sin embargo, éstos representan la tendencia internacional más moderna en relación con las cuestiones de mérito abordadas por los Tribunales de Arbitraje.

30. En el caso de *African Holding Company of America, Inc. & Société Africaine de Construction au Congo SARL v. Democratic Republic of Congo* (laudo CIADI del 29 de julio de 2008), una empresa congoleña controlada por un holding estadounidense denunció que el Gobierno de la República Democrática del Congo habría violado el TBI que entró en vigor en 1984 entre los Estados Unidos y la República del Congo Zaire (hoy República Democrática del Congo), en relación con un contrato celebrado con su filial. El Estado demandado planteó dos excepciones relativas a la falta de competencia de los árbitros: por un lado, impugnó la celebración válida y efectiva del contrato a falta de prueba escrita; por otro, afirmó que, en el momento del inicio de la disputa, la empresa demandante aún no era de propiedad estadounidense y, por lo tanto, no podía invocar el TBI. En su decisión, el Tribunal Arbitral, sin dar más explicaciones, recordó las siguientes disposiciones de los Principios UNIDROIT: art. 1.2 para afirmar que el contrato en cuestión no necesariamente tenía que celebrarse por escrito⁴⁰; el art. 2.1.1 para argumentar que el comportamiento de las partes demostró con suficiente certeza que se había llegado a un acuerdo⁴¹; el art. 7.1.1 para declarar su incompetencia por cuanto el incumplimiento del contrato (falta de pago del precio en el momento de la finalización de las obras) se había producido cuando la empresa congoleña aún no estaba controlada por la estadounidense y por tanto este último no tenía derecho a demandar en su nombre⁴². Sin embargo, en una opinión disidente del 14 de julio de 2008, uno

³⁸ “*El derecho internacional exige que la pérdida recuperable podría haber sido anticipada o prevista por las partes en el momento de la celebración del contrato (Véase también los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004) (‘Principios UNIDROIT’) Art. 7.4.4; Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) (‘CNUCCIM’), Art. 74*” (traducido del inglés por la Autora).

³⁹ “*El lucro cesante del comprador en el contexto de un contrato para la venta de bienes se calcula como la diferencia entre el precio del contrato y el precio pagado por el comprador por los bienes de reemplazo (ver, por ejemplo, CNUCCIM, Art. 75; Principios UNIDROIT, Art. 7.4.5) o la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado en el momento en que deberían haberse realizado las entregas si no se compraron bienes de reemplazo (Ver, por ejemplo, CNUCCIM, Art. 76; Principios UNIDROIT, Art. 7.4.6. Siempre existe el deber de mitigar la pérdida: CNUCCIM, Art. 77; Principios UNIDROIT, Art. 7.4.8)*” (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁰ “[...] [L]os contratos no tienen que estar por escrito bajo la ley congoleña o la ley internacional. De hecho, el artículo 1.2 de los Principios UNIDROIT [...] establece expresamente que un contrato no necesita celebrarse ni probarse por escrito y que puede probarse por cualquier medio, incluso mediante testigos” (traducido del francés por la Autora).

⁴¹ “*Se llega a la misma conclusión si se examina el caso desde el punto de vista de los Principios UNIDROIT antes mencionados, en particular del hecho de que, según el Artículo 2.1.1, un contrato también puede inferirse del comportamiento de las partes que indica suficientemente su acuerdo, como es el caso aquí, aunque no se ha producido ningún texto escrito*” (traducido del francés por la Autora).

⁴² “*El hecho es que la República Democrática del Congo ha incumplido sus obligaciones en virtud del contrato, lo que por lo tanto se relaciona con una situación de incumplimiento prevista en el Artículo 7.1.1 de los Principios UNIDROIT. En el mismo artículo, el incumplimiento comprende la ejecución defectuosa o extemporánea. Además, el hecho de que la República*

de los tres árbitros recordó, junto con el art. 7.1.1, también los artículos 7.1.5(1) y 7.1.4 de los Principios UNIDROIT para afirmar que las sociedades demandantes habían reaccionado ante el incumplimiento del Gobierno congoleño cuando éste había declarado expresamente que no quería pagar el precio en su totalidad, y por tanto sólo a partir de este momento debe considerarse que la disputa fue establecida⁴³.

31. Esta última decisión también fue retomada en un laudo posterior del CIADI de 1 de junio de 2012, *Pac Rim Cayman vs El Salvador*, relativo a una disputa entre una empresa estadounidense y el Gobierno de la República de El Salvador por la violación por parte de este último del *Tratado de Libre Comercio con Centroamérica* (CAFTA). El Tribunal Arbitral negó su jurisdicción porque, según dicho tratado, la jurisdicción arbitral se refería únicamente a disputas entre ciudadanos de los dos Estados contratantes, mientras que en el caso en cuestión la disputa surgió en un momento en que el demandante aún no era una empresa constituida bajo la ley estadounidense, pero constituida bajo las leyes de las Islas Caimán. Según el Tribunal Arbitral, tratándose de una concesión minera fallida, el inicio de la controversia debía remontarse al momento en que la recurrente solicitó los permisos ambientales y la concesión de explotación, y no al momento en que el Gobierno de El Salvador había declarado expresamente que no quería otorgarlos. Al hacerlo, el Tribunal recordó el laudo dictado en el caso de *African Holding Company of America, Inc. y Société Africaine de Construction au Congo SARL v. Democratic Republic of Congo* y la referencia allí contenida al art. 7.1.1 de los Principios UNIDROIT, según el cual el concepto de incumplimiento incluye también la ejecución incorrecta o tardía.

32. Aún más emblemático de este enfoque “libre” de los árbitros hacia los Principios UNIDROIT es el laudo del CIADI del 18 de abril de 2017, en el caso *Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi v. Romania*, relativo a la inversión de dos ciudadanos italianos (compra del 70 % de las acciones) en una empresa siderúrgica rumana en proceso de privatización: la referencia a los Principios UNIDROIT sirvió a los árbitros para justificar la decisión de conceder a los demandantes, no sólo la restitución del capital invertido (con intereses), sino también la compensación por la “pérdida de oportunidad” de beneficiarse del capital invertido. En particular, el Tribunal Arbitral, invocando el art. 4(4) del TBI Italia-Rumanía, que permite que, en caso de que el valor real y justo de mercado de la inversión no pueda determinarse fácilmente, la indemnización se determine sobre la base de criterios objetivos de equidad, ha decidido tener recurso al derecho internacional⁴⁴, y en particular al art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT con el relativo Comentario, para reconocer y cuantificar este ítem de daño⁴⁵. Además, los

Democrática del Congo ofreciera renegociar las reclamaciones y pagar solo una fracción de su valor no puede equipararse a una negativa oficial. Incluso si la República Democrática del Congo hubiera accedido a pagar y, de hecho, no lo hiciera, la naturaleza de la controversia habría seguido siendo la misma: antes y después de la fecha crítica no se liquidó el monto del trabajo realizado. Se mantiene, pues, esta figura de denegación de competencia” (traducido del francés por la Autora).

⁴³ “Es cierto que, según esta disposición [art. 7.1.1 Principios UNIDROIT], el incumplimiento de una de las partes también incluye el cumplimiento defectuoso o tardío. Pero ese no es el problema. La cuestión es si el incumplimiento puede identificarse como una “disputa”. El Capítulo 7 de los Principios UNIDROIT, ya sea que se lea literalmente o en espíritu, demuestra lo contrario. Por ejemplo, el Artículo 7.1.5(1), dispone: [...]. Otras disposiciones (como el Artículo 7.1.4) indican de manera similar que el incumplimiento no constituye necesaria y automáticamente una disputa. De hecho y desde un punto de vista jurídico, corresponde al acreedor decidir si (y cuándo) opta por transformar en litigio el incumplimiento de su obligación por parte de su deudor” (traducido del francés por la Autora).

⁴⁴ “En el arbitraje internacional de inversiones, donde los árbitros tienen que aplicar los tratados internacionales de inversiones y los principios generales del derecho internacional, debido a la dimensión del derecho internacional y los asuntos en los que el público tiene interés, el principio de iura novit curia tiene incluso un impacto más sustancial que en el arbitraje comercial internacional. Las partes no tienen derecho de veto sobre los principios jurídicos internacionales a aplicar. El Tribunal puede llegar a su razonamiento jurídico sobre el resultado del caso independientemente de las teorías jurídicas defendidas por las partes siempre que haya presentado las teorías jurídicas para comentarios a las Partes de manera justa y adecuada”. (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁵ “El principio de “pérdida de oportunidad” como base para la compensación, en un enfoque comparativo, se ilustra mejor en los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (2004, ya que se revisaron sin importancia). El Artículo 7.4.3 (Certeza del Daño) dispone: [...]. En cuanto al segundo párrafo, el comentario de UNIDROIT dice: “El párrafo (2) incluye además la pérdida de una expectativa o “chance”, obviamente sólo en proporción a la probabilidad de su ocurrencia. Por lo tanto, el propietario de un caballo que llega demasiado tarde para correr una competición como consecuencia del retraso en su transporte no puede reclamar una compensación equivalente al primer premio, aun cuando el caballo

Árbitros citaron el laudo del CIADI del 28 de marzo de 2011 *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine*, que establecía que “*se permite una compensación por pérdida de oportunidad, cuyo monto normalmente se calcula multiplicando la pérdida máxima hipotética debida a la probabilidad que se materialice la oportunidad favorable*” refiriéndose al ejemplo informado en el Comentario Oficial 2 al art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT⁴⁶.

33. Finalmente, en el caso *Bilcon of Delaware et al vs. Government of Canada*, decidido por la Corte Permanente de Arbitraje con laudo de 10 de enero de 2019 y relativo al incumplimiento por parte del Gobierno de Canadá de ciertas obligaciones derivadas del Tratado NAFTA tras la no aprobación de un proyecto para la construcción y operación de una cantera, los Principios UNIDROIT fueron citados por uno de los Árbitros en su opinión concurrente. El Árbitro, si bien estuvo de acuerdo con el Panel sobre el monto de la indemnización reconocida a los recurrentes, quiso precisar su opinión sobre el tipo de daño que puede ser indemnizado y sobre su cuantificación: en particular, consideró que era más correcto hablar de compensación por la pérdida de oportunidad, en lugar de pérdida de ingresos, ya que la pérdida sufrida por los solicitantes debía verse como una pérdida de oportunidad, no de certeza, de obtener la aprobación regulatoria y, por lo tanto, de ejecutar el proyecto de manera rentable. En este contexto, el Árbitro citó el art. 7.4.3(2) de los Principios UNIDROIT⁴⁷, así como el laudo del CIADI en el caso *Gemplus & Talmud vs. Mexico* de 16 de junio de 2010, que había adoptado una solución mediana entre el reembolso de los costos de inversión únicamente y una evaluación basada en los flujos de caja futuros descontados de una empresa exitosa, teniendo en cuenta que no había certeza sobre la rentabilidad del proyecto como se pretendía originalmente, pero aún había una probabilidad razonable de éxito⁴⁸.

V. Para concluir

34. No es posible saber con certeza qué porcentaje representan los laudos publicados respecto al total de laudos emitidos en arbitrajes internacionales de inversión que efectivamente han aplicado los Principios UNIDROIT. Esperamos que se puedan analizar muchos más gracias al nuevo proyecto sobre contratos de inversión entre UNIDROIT y el ICC *Institute of World Business Law*.

35. Sin embargo, a pesar de estas limitaciones, el mero hecho de que se encuentren un número elevado de decisiones y que en algunos casos la referencia a los Principios sea inequívoca e incisiva a los efectos de la decisión, nos fortalece en la creencia de que una cultura jurídica se extiende que no sólo ve favorablemente estos instrumentos jurídicos, pero los considera como la solución más adecuada también para dirimir disputas en circunstancias con un componente innato de carácter ‘público’.

36. Esta me parece la mejor premisa para comenzar a evaluar la aplicación de los Principios a los contratos de inversión.

fuese el favorito”. En lo que respecta al tercer párrafo, el comentario dice: “... cuando el monto del resarcimiento no pueda establecerse con cierto grado de certeza, el tribunal está facultado para cuantificarla equitativamente, en lugar de rechazarla o conceder una suma simbólica”. Por supuesto, el Tribunal es consciente de que sus cálculos de pérdida de oportunidad no pueden ser un ejercicio científico, matemático o forense riguroso. Sin embargo, considerando lo que sugieren las decisiones y los comentarios internacionales y nacionales, incluidos los Principios UNIDROIT, y lo que realmente está ante el Tribunal en este caso como prueba, es un ejercicio difícil pero no imposible” (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁶ “En *Lemire v. Ucrania*, el tribunal del CIADI adoptó un enfoque similar, reconociendo que una pérdida de oportunidad podría valorarse por derecho propio con suficiente certeza a los efectos de evaluar la compensación. Decidió lo siguiente, adoptando la prueba sugerida en los Principios UNIDROIT: [...] La compensación por una oportunidad perdida es admisible, y normalmente se calcula como la pérdida máxima hipotética, multiplicada por la probabilidad de que la oportunidad se materialice. Para tomar el ejemplo dado en el Comentario Oficial a los Principios UNIDROIT: [...]” (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁷ “Algunos ordenamientos jurídicos permiten la recuperación por ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’. El Artículo 7.4.3(2) de los Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales, que se basa en los sistemas legales nacionales, por ejemplo, establece que: [...]” (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁸ Véase más arriba.