

La guía de la OEA sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones*

The OAS guide on the law applicable to international investment arbitration

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ**

Miembro del Consejo de UNIDROIT

Recibido: 29.05.2024 / Aceptado: 12.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8966

Resumen: Este artículo comenta la nueva Guía de la OEA sobre el Derecho Aplicable al Arbitraje Internacional de Inversiones, una herramienta fundamental que aborda desde una perspectiva interdisciplinaria la complejidad de la problemática. La Guía nace a partir de la inaplazable urgencia de clarificar esta área de práctica. Además de explorar la importancia del tema, la Guía repasa sus orígenes, fuentes, estructura y panorama actual, con miras a una mejor comprensión y la aplicación coherente del derecho sustantivo aplicable en el ámbito de los arbitrajes internacionales de inversión.

Palabras clave: Arbitraje de Inversiones, Derecho internacional, soft Law

Abstract: This article provides insights into the new OAS Guide on the Law Applicable to International Investment Arbitration, a crucial instrument that grapples with the intricacy of the issue from a cross-disciplinary perspective. The Guide is a product of the urgent necessity to bring clarity to this field of practice. It not only highlights the significance of the topic but also delves into its origins, sources, structure, and current developments, all with the aim of fostering a more profound understanding and empowering a consistent application of the applicable substantive law in international investment arbitration.

Keywords: Investment arbitration, international law, soft Law.

Sumario: I. Introducción. II. La labor codificadora de la OEA en el Derecho internacional. III. Génesis de la guía de la OEA sobre el derecho aplicable a los arbitrajes de inversión. IV. Contenido de la Guía. 1. Introducción. 2. Nociones básicas sobre la protección internacional de las inversiones. 3. Fuentes del derecho Internacional Público e inversiones extranjeras. 4. Particularidades de los Contratos Internacionales de Inversión. 5. Evolución y novedades del Derecho Internacional Privado. 6. Derecho Uniforme y los Principios UNIDROIT. 7. Avances del arbitraje Internacional y particularidades del arbitraje de inversiones. 8. El derecho aplicable a los arbitrajes de inversiones. V. Conclusión.

*Con esta contribución el autor comenta, por primera vez, el contenido de la nueva Guía referida en el título. Al efecto, el autor se vale o inspira, en algunos pasajes, en comentarios ya incluidos en monografías anteriores suyas, además del texto en sí de la Guía, cuya relatoría le correspondió en el seno del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA).

**LL.M, Harvard. Ex Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA y relator de sus Guías sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y al arbitraje de inversiones. Miembro de Tribunales del CIADI. Miembro de las Corte de Arbitraje de la ICC, de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS-CAS). Miembro del Consejo de UNIDROIT, y Presidente del Grupo de Trabajo de su guía de inversiones en tierras agrícolas además de Presidente del Comité Consultivo del proyecto de UNIDROIT con el ICC Institute of World Business Law sobre los Principios UNIDROIT y el arbitraje de inversiones. Socio Principal de Altra Legal, firma paraguaya líder en litigación arbitral internacional.

I. Introducción

1. No existió ni probablemente se tenga jamás un cuerpo comprensivo de normas jurídicas de aplicación global o regional que regulen cuestiones sustantivas aplicables a las inversiones extranjeras. A lo que se suma el hecho de que temas centrales relativos a la protección internacional en este ámbito se encuentran disputados en cuanto a sus marcos teóricos y su implementación en la praxis, lo que genera una tremenda sensación de inseguridad jurídica, que no solo complica la resolución de controversias en este ámbito, sino que también puede contribuir a su aparición. Si las partes no tienen claridad con respecto a las normas jurídicas que rigen su vinculación, sin quererlo pueden contribuir al conflicto incumpliendo obligaciones poco claras. O bien, una parte que actúe de mala fe puede –como ocurre no infrecuentemente– aprovecharse de incertidumbres relacionadas con el derecho aplicable e intentar usarla para beneficio propio.

Ante este escenario, no es de extrañar, pues, que el sistema de resolución de disputas relativas a las inversiones extranjeras reciba acerbos críticas a lo ancho del orbe. El régimen comprende diversos “mecanismos”, entre los que prepondera el que habilita la vía arbitral para las reclamaciones que puedan hacer los inversores contra los Estados agraviantes, merced a un entramado de instrumentos internacionales – entre los que proliferan los tratados bilaterales de inversión – a través de los cuales los países aceptan el sistema.

Parte importante de la artillería actual se dirige contra el arbitraje, de voces según las cuales un mejor mecanismo emergería de aceptarse tribunales internacionales de carácter permanente, cuyos jueces sean nombrados por los Estados, a semejanza de lo que ocurre, por ejemplo, con la Corte Internacional de Justicia o, a nivel regional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ante lo quimérico del planteamiento, distintas voces se conformarían con que al menos estos tribunales puedan funcionar como instancia de apelación, asegurándose así –según esgrimen– la integridad del proceso y la uniformidad jurisprudencial dentro de la casuística del sistema, lo cual no se da hoy día en que, antes bien, el escenario se muestra caótico con laudos contradictorios en diversas cuestiones sustantivas de capital importancia relativas a la inversión foránea.¹

2. La integridad del proceso se lograría al contar con juzgadores nombrados por los Estados, y no árbitros comúnmente –al menos en un número importante de casos– nombrados por las partes, en situaciones que no pocas veces han visto aflorar conflictos de intereses, amén de que el propio mecanismo arbitral se encuentra diseñado para concentrarse en la contienda puntual y no así en que las decisiones sean necesariamente armónicas con otras anteriores, como ocurre normalmente en tribunales internacionales de conformación estatal – fundamentalmente porque se centraliza en estos la resolución de controversias sometidas a su consideración–.

Las discusiones sobre integridad del proceso son ricas en matizaciones. Ellas se encuentran discutidas en diversos foros,² y particular atención vienen teniendo los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL según sus siglas en inglés), en la que se está trabajando desde 2019 en el tema de la reforma de la solución de controversias entre los inversores y el Estado, cuyo alcance incluye una propuesta para crear un tribunal internacional de inversiones o al

¹ Un interesante comentario con relación a lo mencionado en este párrafo se encuentra en: J.E. ALVAREZ, “ISDS Reform: The Long View”, *ILLJ Working Paper 2021/6*, de noviembre de 2021.

² Así, la UNCTAD propuso una agenda para modernizar los llamados tratados “de la vieja generación”, a fin de que se tengan en cuenta los derechos humanos, el medio ambiente, la salud y otros temas de interés. Véase UNCTAD, “Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties”, *IIA Issues Note*, junio de 2017; Véase también UNCTAD, “Investment Policy Framework for Sustainable Development”, *UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5*. A su vez, el CIADI aprobó en 2022 una enmienda a sus reglas sobre arbitraje, en un afán de lograr mayor transparencia y ofrecer la opción de acelerar los procesos. CIADI, *Enmiendas al Reglamento y a las Reglas del CIADI*: <<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>>, (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024). El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS) ha tenido también una voz importante en el debate sobre el equilibrio entre la protección de las inversiones y la protección del medio ambiente y ha impulsado un Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, *Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, abril de 2005, <www.iisd.org/investment>, (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024).

menos un mecanismo de apelación de laudos.³ Para sus defensores, la labor realizada por UNCITRAL puede contribuir a establecer mecanismos institucionales que generen mayor previsibilidad.

Este espacio, sin embargo, no se ocupará de los debates generados por estos esfuerzos.⁴ Sí se hará referencia, a continuación, a un esfuerzo reciente en las Américas por abordar una cuestión medular, o la otra de sendas patas del problema, que no ha estado mayormente presente en las discusiones sobre reformas al mecanismo de inversiones extranjeras instalado en el orbe,⁵ a saber: *el derecho sustantivo aplicable a éstas*.

Las controversias se centran fundamentalmente en lo contradictorio de las decisiones en laudos cuestionablemente dictados en contraposición, achacándose su culpa al mecanismo arbitral, con el curso de que ello no ocurriría ante tribunales internacionales que centralicen la resolución de disputas en materia de inversiones extranjeras. Con ello se desatiende, sin embargo, que los juzgadores en estas contiendas se encuentran ante un mecanismo que, inconcebiblemente, no cuenta con un marco normativo apropiado en lo que respecta al derecho aplicable. Es decir, las críticas centran la artillería en el mecanismo de juzgamiento, pero nada o muy poco dicen –u ofrecen como solución– con respecto al derecho sustantivo que debe regir en estas cuestiones. ¿No puede ser, acaso, esta orfandad una causa principal –o al menos importante– de las antinomias en los laudos arbitrales en estos temas?

3. Las páginas que siguen introducen brevemente la labor codificadora internacional de la Organización de Estados Americanos (OEA), para luego brindar un pantallazo histórico y actual de la problemática del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras. En lo medular, esta contribución presentará luego la nueva Guía relativa a este tema, con destaque de algunos de sus aspectos resaltantes, a lo que seguirán unas breves consideraciones finales. Estos esfuerzos de la OEA apuntan a una mayor claridad en la cuestión del derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas, con independencia al problema abordado en otros foros con respecto a la integridad y la existencia misma del mecanismo arbitral como vía válida para resoluciones de conflictos en esta área.

³ Véase, Nota de la Secretaría “Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)” de las Naciones Unidas, A/CN.9/WG.III/WP.166 de 30 de julio de 2019 <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FCN.9%2FWG.III%2FWP.166&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>> (fecha de última consulta el 22 de mayo de 2024). Véase también, Nota de la Secretaría “Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 45° periodo de sesiones de las Naciones Unidas”, A/CN.9/1131 de 14 de abril de 2023 <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state> (fecha de última consulta el 22 de mayo de 2024).

⁴ Ya hace un tiempo, James Crawford escribió un excelente artículo al respecto. Ver: J. CRAWFORD, “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 24, n.º. 3, LCIA, 2008; Ver también: Reporte del grupo de trabajo III de UNCITRAL, de Abril de 2018 (Consideration of the arbitral outcomes. Coherence and Consistency) pp. 5-7. < <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/029/59/PDF/V1802959.pdf?OpenElement>>>; (fecha de última consulta el 12 de mayo de 2022).

⁵ Si bien en la actualidad no existe una iniciativa en el mundo para crear un corpus completo que aborde las cuestiones del derecho sustantivo aplicable, algunos proyectos recientes y prometedores en el ámbito internacional están comenzando a abordar – al menos parcialmente – este tema. Más concretamente, en 2021 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) publicó, junto con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), una guía jurídica que aborda el tema específico de los contratos de inversión agrícola, centrándose en los aspectos contractuales de la relación y su interacción con el derecho público y el marco normativo, titulada “Guía jurídica sobre los contratos de inversión agrícola” (Guía ALIC). UNIDROIT/FIDA, “Guía jurídica sobre los contratos de inversión en tierras agrícolas” (ALIC), septiembre de 2021, <<https://www.unidroit.org/instruments/agriculture/alic/>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Más recientemente, en 2022, la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el Instituto de Derecho Mercantil Mundial y UNIDROIT aunaron fuerzas en un proyecto que explorará la interrelación entre los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT) y las disposiciones comunes en los contratos de inversión internacional. Teniendo en cuenta las transformaciones que se están produciendo en el derecho internacional de las inversiones y de la creciente importancia de los contratos de inversión en los próximos decenios, el proyecto tiene por objeto estudiar cómo podrían modernizarse, armonizarse y normalizarse los contratos entre inversores extranjeros y Estados (o sus entidades de control), especialmente en el contexto de los Principios UNIDROIT y las normas de la ICC, con el propósito de lograr una mayor seguridad jurídica. UNIDROIT, “Contratos Comerciales Internacionales”, Study *L-IIC*. <<https://www.unidroit.org/work-in-progress/investment-contracts-upic/>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

II. La labor codificadora de la OEA en el Derecho Internacional

4. Las Américas han tenido un rol destacado en el desarrollo del derecho internacional luego de los movimientos independentistas del Siglo XIX. De los albores del Siglo XX data la *Comisión Permanente de Jurisconsultos de Río de Janeiro*, creada por la *Tercera Conferencia Internacional Americana de 1906*. La Comisión constituye el órgano jurídico más antiguo del sistema interamericano, e incluso del orbe en el ámbito regional, y sus funciones fueron absorbidas luego por el *Comité Jurídico Interamericano*, erigido en 1967 como órgano principal de la OEA, e indisputablemente uno de sus más prestigiosos. Entre las funciones de dicho Comité, conformado por once juristas de Estados parte de la organización, se encuentran las de "...promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente".⁶

5. El trabajo del referido Comité y su predecesor ha sido notablemente exitoso. Si uno mira el mapa del mundo en 1906, cuando se creó el organismo en Río de Janeiro, y lo compara con el actual, ve el contraste existente entre los límites geográficos en las Américas y el resto del mundo, lo que atestigua uno de los grandes éxitos del derecho internacional público en la región, que ha estado exenta de los enfrentamientos bélicos que marcaron a fuego otros continentes y llevaron incluso a dos guerras mundiales; en tanto que la única contienda armada en estas latitudes la protagonizaron Paraguay y Bolivia en 1932 a 1935, por un diferendo limítrofe finalmente resuelto en arbitraje.

El éxito interamericano no se circunscribió a desarrollos del derecho internacional público y a temas relativos a democracia, derechos humanos y otros de la órbita pública, sino también a la extraordinaria labor en el ámbito del derecho internacional privado,⁷ con varios trabajos de "derecho blando", como guías, recomendaciones, "principios" y otros emanados del referido Comité; entre ellos, textos mayormente discutidos en su seno que luego han sido aprobados como convenciones en conferencias especializadas conocidas como CIDIP (Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado), llevadas adelante de acuerdo al Artículo 122 de la Carta de la OEA desde 1975, en siete ediciones de las que resultaron 26 instrumentos internacionales (incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y una ley modelo) en diversos temas.⁸

En febrero de 2019, el Comité Jurídico Interamericano aprobó una *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas*, elaborada bajo la relatoría del autor de esta monografía,⁹ de la que tomó formalmente nota la Asamblea General de la OEA,¹⁰ máximo órgano deliberativo de la organización. La Guía tuvo pronta acogida favorable por la propia *Conferencia de La Haya*

⁶ Carta de la OEA, Artículo 98, de 30 de abril de 1948. Las normas que rigen al Comité Jurídico Interamericano están contenidas en el capítulo XIV de la Carta de la OEA Artículos 99-105. El Comité Jurídico Interamericano puede también encarar trabajos por iniciativa propia. Ver el excelente trabajo sobre su funcionamiento en: D.M. NEGRO ALVARADO, "Redefiniendo el Rol de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs)", en *Jornadas 130 Aniversario, Tratados de Montevideo de 1889*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2019, p. 724.

⁷ Ver en: J.M. ARRIGHI, "El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas", en *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, 2001; E. VILLALTA, "El Derecho Internacional Privado en el Continente Americano", en *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*, ASADIP y Programa de Pos-Graduação em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, 2014, p. 23 ff.

⁸ Ver en: <http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁹ Ver en: <http://www.oas.org/es/sla/cji/comite_juridico_interamericano.asp>. Puede accederse digitalmente a la versión oficial impresa a través del siguiente vínculo: <http://jmoreno.info/v1/wp-content/uploads/2020/07/publicaciones_digital_Guia_sobre_Derecho_Aplicable_Contratos_Internacionales_Americas_2019_Publicacion_Completa.pdf> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁰ La Asamblea General de la OEA, en su primera sesión plenaria, celebrada el 27 de junio de 2019, resolvió, entre otras cosas, "...1. Agradecer al Comité Jurídico Interamericano (CJI) por la remisión de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas y de la Guía Práctica de Aplicación de la Inmunidad Jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales, tomar nota de las mismas, y exhortarlo a que les dé la más amplia difusión posible por intermedio de su Secretaría Técnica." AG/RES. 2930 (XLIX-O/19). <<http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). En la sesión ulterior, en 2020, la Asamblea General de la OEA recibió con beneplácito la labor de diseminación de la guía por parte de la Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interameri-

de *Derecho Internacional Privado* en su sesión del Consejo de marzo de 2019,¹¹ recibiendo también el beneplácito del *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* (UNIDROIT).¹² Recientemente, estas dos organizaciones trabajaron, además, con la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (UNCITRAL) en un importante instrumento tripartito, en el que se hacen expresas referencias a dicha Guía de la OEA.¹³ El instrumento contó además con un contundente respaldo de la prestigiosa *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado* (ASADIP),¹⁴ que aglutina a reconocidos juristas de la especialidad en el continente.¹⁵ La guía de la OEA viene siendo tenida en cuenta en iniciativas legislativas en *Brasil*,¹⁶ *Uruguay*,¹⁷ *Guatemala*,¹⁸ y otros países,¹⁹ a los que debe sumarse *Paraguay*, cuya ley de contratos internacionales, si bien la precede, se encuentra en plena sintonía con el instrumento interamericano —e incluso la inspiró en cierta forma, pues el autor de estas líneas fue el responsable principal de ambos documentos—.

III. Génesis de la guía de la OEA sobre el derecho aplicable a los arbitrajes de inversión

6. El éxito de la Guía de contratos internacionales motivó al Comité Jurídico Interamericano a avanzar en la elaboración de un instrumento relativo a los arbitrajes de inversión, encomendándose la re-

cano, urgiendo que su contenido se mantenga actualizado para consolidarla como una herramienta para los Estados Miembros de la OEA. Ver en < <http://scm.oas.org/Ag/documentos> > (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹¹ Figura en acta el siguiente texto: “Council noted the publication of the OAS Guide on the Law Applicable to International Contracts in the Americas and welcomed the Permanent Bureau’s cooperation with the OAS in this regard”. Conclusions and Recommendations, Council on General Affairs and Policy, 5-8 de marzo de 2019, p. 8: <<https://assets.hcch.net/docs/c4a-f61a8-d8bf-400e-9deb-afcd87ab4a56.pdf>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹² Figura en acta el siguiente texto: “...18. The Council noted the publication of the OAS Guide in the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas, welcomed UNIDROIT’s cooperation with the OAS in this regard and expressed appreciation for the reference to the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts”. UNIDROIT C.D. (98) Misc. 2, de 8-10 de mayo de 2019, pp. 3-4, <<https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2019session/cd-98-misc02-e.pdf>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Otra referencia es la siguiente: 165. The Council took note of the publication of the OAS Guide and expressed its appreciation for the work undertaken in this regard. UNIDROIT C.D. (98) 17 - Report, de 8-10 de mayo de 2019. Ver en: <<https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2019session/cd-98-17-e.pdf>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹³ Guía jurídica sobre instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales. Ver, al respecto, *inter alia*, en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, A/CN.9/1029, 53er período de sesiones Nueva York, de 6-17 de julio de 2020, <<https://uncitral.un.org/es/commission>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁴ <<http://www.asadip.org/v2/?p=6245>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁵ La guía también contó con el apoyo —mediante comentarios para su elaboración, y la difusión ulterior del instrumento—, de la Sección de Derecho Internacional de la American Bar Association (ABA) Sobre el evento de difusión, ver en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_DDI_American_Bar_Association_OEA_May-2019.html.> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). También el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional se hizo pronto eco de la guía. <<http://ihladi.net/noticias/guia-sobre-el-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Lo propio ocurrió con el prestigioso sitio de Conflict of Laws.net <<https://conflictoflaws.net/2019/guide-on-the-law-applicable-to-international-commercial-contracts-in-the-americas-has-been-approved-by-oas>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024), y otros sitios como el de Kluwer Arbitration <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/02/the-new-oas-guide-on-international-contracts-and-international-arbitration>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024), etcétera. Por demás, un importante libro del prestigioso sello de *Oxford University Press* —que reúne a más de setenta autores de los cinco continentes, entre ellos máximos referentes mundiales en contratos internacionales—, dedica un capítulo especial a la guía de la OEA: D. GIRSBERGER, T. K. GRAZIANO y J. NEELS, *Choice of Law in International Commercial Contracts*, Oxford Private International Law Series, OUP, 2021.

¹⁶ Proyecto de Ley N° 1038/2020 del Senado Federal, “altera o art. 9o do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), para introduzir a adoção integral do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais”. El proyecto se encuentra en el siguiente link: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141234>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Su exposición de motivos alude expresamente a la guía de la OEA.

¹⁷ < <http://www.asadip.org/v2/?p=6496> > (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁸ Ver la noticia en “Valija Diplomática”, Edición de junio de 2020, <<https://www.cacif.org.gt/publicaciones>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁹ He sido consultado sobre el tema, *inter alia*, por la Cámara de Comercio de Bogotá, que se encuentra impulsando un proyecto de reformas para Colombia. También existen conversaciones para un eventual proyecto así para Honduras.

latoria a su proponente y autor de la anterior Guía, e incluyéndose el tema en la agenda en el 97º Periodo Ordinario del organismo en agosto de 2020. Luego de informes de avances y la presentación de dos borradores, el documento fue finalmente aprobado en el 104º Periodo Ordinario del Comité en marzo de 2024.²⁰

En su proceso de elaboración, el documento recibió comentarios de diversos países de la región,²¹ además de los de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y organizaciones internacionales como Unidroit y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

El borrador fue mejorado y enriquecido con apoyo de expertos del Departamento de Derecho Internacional de la OEA liderado por su director Dante Negro, con el importante concurso de Jaime Moreno-Valle y Jeannette Tramhel. La guía contó también con generosos comentarios de numerosos expertos, como Diego Fernández Arroyo, Stephan Schill, Stanimir Alexandrov, Daniel Girsberger,²² y miembros del Comité Jurídico Interamericano,²³ además de valiosos aportes remitidos por la Universidad Externado de Colombia,²⁴ por el grupo costarricense liderado por Dyalá Jiménez Figueres,²⁵ por el grupo académico de la Universidad Francisco Marroquín encabezado por Pedro Mendoza Montano,²⁶ y por los académicos de la Universidad American de Washington DC, Björn Arp, Edwin Nemesio y Juliana Carvajal.

El borrador de la Guía fue presentado en diversos eventos, en los que se discutió su contenido, entre ellos uno organizado por la Universidad de Georgetown y la OEA en Washington DC en el mes de junio de 2023, bajo la conducción de David Stewart, ex miembro del Comité Jurídico Interamericano y también profesor de esa universidad. Ese mismo mes, la Guía fue presentada en el Tecnológico de Monterrey en Ciudad de México, bajo la coordinación del miembro del Comité Jurídico Interamericano, Alejandro Alday. También en el mes de junio, la Guía fue presentada en la ciudad de Panamá, en un panel que contó con la coordinación y participación de Margie-Lys Jaime.²⁷ En abril del mismo año, la Guía fue discutida en la Universidad de Chile, en un panel integrado por Francisco Grob y Mairée Uran Bidegain.²⁸

7. En agosto de 2023, el proyecto fue presentado en Río de Janeiro en el marco de las sesiones del Comité Jurídico Interamericano y el curso organizado anualmente por dicho órgano en esa ciudad, en conjunto con las jornadas anuales de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Ello en un panel moderado por María Laura Capalbo, con la participación de Carmen Turburcio, Lauro Gama, y Ezequiel Vetulli. La Guía fue presentada, además, el 25 de mayo de 2023 en un evento virtual organizado por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, bajo la coordinación de su Secretario Juan Manuel Rivero. Así también, se discutió el documento en un evento virtual organizado en julio de 2023 por el ICC Institute of World Business Law, con la presencia de su Presidente, Eduardo Silva Romero, y otros distinguidos miembros. En setiembre de 2023, la Guía fue presentada en un evento organizado en la Universidad Externado en Bogotá, con la presencia de su Rector Hernando Parra Nieto, y un panel de discusión integrado por la Directora Internacional del Departamento de Defensa del Estado Colombiano, Ana María Ordoñez.²⁹

Asimismo, en setiembre de 2023 fue presentada la Guía en la sede de la Cámara de Comercio Internacional y AMCHAM Perú, en un panel integrado por Francisco Gonzalez de Cossio, Luis Garcia

²⁰ 104º Periodo ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, de 11-15 marzo de 2024, OEA/Ser. Q, CJI/doc.720/24, Ciudad de Panamá, de 13 marzo 2024. Ver en <https://www.oas.org/es/sla/cji/temas_culminados_recientemente_Guia_del_derecho_aplicable_a_la_inversiones_extranjeras.asp> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

²¹ Como Argentina, México, República Dominicana, El Salvador, Paraguay, Colombia.

²² Además de Eduardo Vescovi, Ezequiel Vetulli, Facundo Pérez Aznar, Pablo Parrilla, Roger Rubio, Lenín Navarro Moreno, Fabian Villeda Corona, y la Consejera de la Federación Interamericana de Abogados Milagros Maribel Rojas Blas.

²³ Entre ellos George Galindo Bandeira, Luis García Corrochano, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Eric Rutge, Ramiro Orías, José Luis Moreno Guerra, Mariana Salazar y Alejandro Alday.

²⁴ El grupo liderado por la profesora Diana Correa se hallaba compuesto por Diana María Beltrán, Daniel Rojas, Daniela Corchuelo, David León, Diana Correa, Jorge Ramírez, Sofía Urrea Zuluaga, Tomas Restrepo y Wilfredo Robayo.

²⁵ Compuesto por Adriana González, Esteban Agüero y Ana Alfaro.

²⁶ E integrado por Florencio Gramajo Lucas, Enrique Martínez Guzmán, Diana María Beltrán, Daniel Rojas, Daniela Corchuelo, y David León.

²⁷ Además de Carlos Arrue, Miguel Angel Clare.

²⁸ Además de Macarena Letelier, Maximiliano Escobar y Raimundo Moreno Cox.

²⁹ Moderado por las profesoras Verónica Sandler y Diana Correa, e integrado además de Ricardo Alarcón, y Sergio Diaz Rodríguez, este último Director de la Sección de Tratados de la Cancillería.

Corrochano, Ignacio Torterolla, Roger Rubio y Álvaro Aguilar. En el mismo setiembre de 2023, la Guía fue discutida con destacados miembros de la Cámara Venezolana Americana (Venamcham), bajo la coordinación de su Presidente Ramón Escovar, con la participación de Eloy Anzola y otros destacados juristas venezolanos. Asimismo, en agosto de 2023, la Guía fue presentada a la Asociación Mexicana de Derecho Internacional Privado (Amedip) en un evento virtual bajo la conducción de su presidenta Rosa Elvira Vargas Vaca.

La edición final de la Guía contó con el valioso y detallado apoyo del grupo liderado por Magdalena Bulit Goñi.³⁰

IV. Contenido de la Guía

8. La Guía viene precedida de un resumen ejecutivo y recomendaciones, a lo que siguen lo modular del documento, con 14 partes y luego tres anexos con cuadros de convenciones, con otros textos jurídicos relevantes, más una lista de casos. El resumen ejecutivo al comienzo del documento abrevia el contenido de cada una de las 14 partes de la Guía y formula respectivamente, a cada una de ellas, recomendaciones bien concretas.

1. Introducción

9. La Parte 1 de la Guía introduce el documento, describiendo la situación actual y el problema de la orfandad de debates importantes sobre la problemática de la ausencia de un corpus o instrumento internacional que regule detalladamente el problema del derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas.³¹ Ello resulta particularmente preocupante, considerando que en 1970 la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el famoso caso *Barcelona Traction*, se lamentó que pese a la proliferación de los intereses económicos de los Estados, sorprendía que no se hayan cristalizado en el plano internacional normas generalmente aceptadas en la materia.³²

Sí existen hoy en día múltiples instrumentos, tanto del derecho internacional público y privado, como en materia de arbitraje internacional, que se ocupan puntualmente de diversas cuestiones relacionadas con el tema y que cabalmente aprehendidos, pueden brindar un importante servicio a un mejor manejo del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras. Mucho está ahí, pero falta un mejor entendimiento entre la interacción de las disciplinas.

9. Pues bien, la Guía tiene como finalidad tender puentes para el diálogo interdisciplinario en los ámbitos del derecho internacional público, el derecho internacional privado y el arbitraje internacional. Su propósito es abordar la evolución que se ha producido en estas áreas y así minimizar la incertidumbre sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones, con el objetivo de mejorar así el clima para la inversión extranjera en la región.

La Guía identifica los desarrollos relevantes a este respecto y en particular, los instrumentos internacionales pertinentes, entre ellos, los elaborados por la OEA. Además, explica cómo estos instrumentos se relacionan entre sí o pueden hacerlo. El objetivo principal de la Guía es promover un mayor entendimiento de las soluciones que se ofrecen en la *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, e ilustrar cómo éstas pueden utilizarse para resolver numerosos problemas que pueden surgir en el arbitraje internacional de inversiones.

³⁰ Está integrado por Sofia Vargas, Julio Olortegui, Alejandra Huamán Cabrera, Facundo Marccone, Alejandra Chauvin e Ignacio Tasende.

³¹ Esta ausencia de un «corpus» en la materia ya lo hacían notar en los años 1950, por ejemplo, M. WOLFF, “Some Observations on the Autonomy of Contracting Parties in Conflict of Laws”, en *Transactions of the Grotius Society*, vol. 35, 1949, pp. 143-155; Ver también el muy citado artículo de LORD MCNAIR, “The General Principle of Law Recognized by Civilized Nations”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 33 (1957).

³² ICJ, 5 de febrero de 1970, *Caso relativo a Barcelona Traction, Light and Power Co. [Bélgica c. España]*, p. 47, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024).

10. Se espera que la Guía sea de utilidad para los Estados Miembros de la OEA, sus legisladores, jueces, árbitros y otros órganos decisorios, además de partes contratantes, así como para miembros del mundo académico, estudiantes y abogados en ejercicio, en la búsqueda de una mayor seguridad jurídica de las inversiones internacionales en las Américas.

2. Nociones básicas sobre la protección internacional de las inversiones

11. También tiene un tinte introductorio la Parte 2 de la Guía, que se ocupa de estas cuestiones. Se explica allí la diferencia entre la inversión extranjera directa, en la que los inversionistas buscan establecer una relación a largo plazo con el Estado anfitrión o sus entidades, como distinta de otros tipos de actividades comerciales internacionales relacionadas con transacciones de venta de bienes y servicios. La duración y magnitud de la inversión, así como el riesgo político potencial son factores importantes para que se brinde a la inversión extranjera una protección jurídica especial, normalmente mediante un tratado o un contrato internacional de inversión. El arbitraje internacional de inversiones puede desencadenar la aplicación de normas que emanan también de otras fuentes del derecho, incluido el ordenamiento jurídico nacional, así como el derecho internacional público y privado.

En la Parte 2 de la Guía también se alude a las diversas definiciones del término “inversión” en las legislaciones nacionales, haciéndose notar que incluso algunas ni siquiera lo definen. A su vez, los tratados de inversión suelen referirse a los tipos y formas de inversión en términos amplios, aludiendo a “todo tipo de activos”, y enumerando a continuación las formas de inversión de manera no exhaustiva, como los derechos de propiedad y los intereses de toda naturaleza.³³ La Guía explica distintas peculiaridades a este respecto, destacando que el tema es importante por dos razones: 1) la determinación del alcance y la aplicación de la protección prevista en un tratado de inversión; y, 2) la determinación de la jurisdicción del tribunal arbitral. Por ejemplo, el artículo 25 del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (CIADI) amplía la competencia de los tribunales constituidos según este mecanismo a las controversias sobre “inversiones”. La autonomía de la voluntad de las partes no basta por sí sola para transformar cualquier relación comercial en una “inversión” a efectos del Convenio del CIADI: se requiere una prueba objetiva.

En la Parte 2 de la Guía, se puntualiza además que para determinar si una inversión puede considerarse “extranjera” debe atenderse a la nacionalidad del inversor.³⁴ En este sentido, serán pertinentes las disposiciones vigentes de la legislación nacional y de los tratados de inversión, que suelen hacer referencia a la legislación del Estado en el que se reclama la nacionalidad.³⁵ La Guía resalta peculiaridades del debate a este respecto, como las relativas al problema de los ciudadanos con doble nacionalidad,³⁶ o el debate sobre si el origen del capital y la existencia o no de un movimiento transfronterizo de capital es un componente de la calificación de la inversión como “extranjera”.

Asimismo, la Guía brinda en su Parte 2 antecedentes contextuales, los que resultan muy útiles para entender la problemática actual del derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas. La protección jurídica a inversionistas extranjeros se origina e incluso vincula al nacimiento del derecho internacional público, a su vez un desprendimiento del derecho romano de la antigüedad, merced al trabajo académico de juristas como Grocio, Vitoria, Vattel y Gentili,³⁷ entre otros, que a partir del Siglo XVII

³³ Véase, UNCTAD, *Scope and Definitions (A Sequel)*, Series on Issues in International Investment Agreements II (2011), <<http://unctad.org/>>, (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

³⁴ Para consultar una decisión reciente sobre nacionalidad y jurisdicción *ratione personae*, Véase, Caso PCA 07 de mayo de 2021, *Alberto Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa Gelzis, Enrique Carrizosa Gelzis c. La República de Colombia*, 56/2018.

³⁵ Véase, la decisión en este sentido: CIADI 7 de julio 2004, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Laudo ARB 02/07, § 55.

³⁶ La Comisión de Derecho Internacional abordó el tema en el 58° período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, Ginebra, del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006, Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión de derecho internacional, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, finalizado por M. KOSKENNIEMI, A/CN.4/L.682, <https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf>, (fecha de última consulta 3 de marzo de 2022), § 218 y ss.

³⁷ Ver S.C. NEFF, *Justice Among Nations: A History of International Law*, Harvard University Press, febrero 2014, p. 141;

elucubraron justificativos para que los intereses económicos del occidente de Europa sean protegidos en lo que respecta a las inversiones en las colonias de aquel entonces. Ello a partir de ciertos estándares mínimos que terminaron consolidándose con el tiempo, con su adopción en numerosos tratados “de amistad, navegación y comercio”,³⁸ como se denominaban en la época, y la creación de tribunales internacionales especiales o *Mixed Claims Commissions* que entendían en contiendas al respecto y fueron originando una rudimentaria casuística en consecuencia.³⁹

12. Los tratados, sin embargo, eran pocos con respecto a los estándares mínimos de protección, y ante el vacío, la doctrina del derecho internacional público y los tribunales especiales, recurrían al derecho común de la época; ese derecho privado romano que se había ido sedimentando con los siglos y seguía siendo el hontanar del que se nutrían las distintas nóveles ramas que iban desprendiéndose de él. La doctrina y la jurisprudencia a la sazón se valían entonces recurrentemente de “principios” del derecho romano, como la buena fe, o el enriquecimiento injusto, por citar ejemplos.⁴⁰ Por siglos, este derecho privado influyó, pues, en los contornos que iba adquiriendo el derecho internacional público, históricamente desarrollado en elucubraciones doctrinarias de gabinete y en pronunciamientos pretorianos que se valían, una y otra vez, de ese derecho común.⁴¹ ¿Qué mejor que la *ratio scripta* (o razón escrita) –así se consideraba al derecho romano– para llenar los vacíos de la incipiente disciplina? Ello más aún considerando que en Roma se protegía fuertemente el derecho de propiedad, se reconocía el reclamo por recomposición de daños, y se consagraba la santidad del contrato; vale decir, estaban allí todos los ingredientes deseados por quienes abogaban por una protección jurídica apropiada a favor de los intereses económicos europeos en su expansión hacia las colonias.

Este mecanismo se puso en entredicho en las Américas hacia fines del siglo XIX, luego de los procesos independentistas en la región. Una cuestión era que los Estados europeos impusieran en sus colonias su propio derecho, pero otra distinta que países independizados se vieran obligados a aceptar la imposición. Nace así la llamada “Doctrina Calvo”, que aboga por la aplicación de los derechos nacionales de los países receptores de la inversión foránea y su juzgamiento, no en tribunales internacionales, sino ante jueces locales.⁴² Desde la vereda de enfrente, se considera que esta posición va de contramano con los resguardos necesarios para que la inversión extranjera aflore, puesto que los países receptores podrían así –como lo han hecho en reiteradas ocasiones– alterar, a través de cambios en sus regulaciones locales, estándares de protección y dejar así a estos emprendimientos sujetos a los vaivenes criollos y al juzgamiento ante tribunales autóctonos en los que muchas veces primaba aquello de «en mi patio trasero, bajo mis reglas».⁴³

J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edition), Oxford University Press, septiembre 2012, pp. 3-4, etcétera.

³⁸ Ver en: C. BROWN, “Resolving international investment disputes”, en N. KLEIN (ed.), *Litigating International Law Disputes, Weighing the Balance*, Cambridge University Press, 2014, pp. 401 y ss; Alberto Mazzoni y Maria Chiará Malaguti ponen como ejemplo de esta consolidación el de la «cláusula de la nación más favorecida». A. MAZZONI y M. MALAGUITI, “Derecho del Comercio Internacional: Fundamentos y Perspectivas”, en G. GIAPPICHELLI (ed.), *Tirant Lo Blanch*, 27 de abril de 2021, p. 31.

³⁹ Ver en: J. MERRILLS, “The place of international litigation in international law”, en N. KLEIN (ed.), *Litigating International Law Disputes, Weighing the Options*, Cambridge University Press, 2014; C. ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público* (3rd edición), Editorial Ariel, 1966, p. 90. Sobre la casuística de estos tribunales podemos ver, por ejemplo, en: D.J. BEDERMAN, “The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals”, en M.W. JANIS (ed.), *International Courts for the Twenty-First Century*, 1992, p. 167.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, en: H.C. GUTTERIDGE, “Comparative Law and the Law of Nations”, en *British Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1944, p. 2; H. WALDOCK, “General Course on Public International Law”, *Recueil des cours*, Vol. 106 (1962), p. 55.

⁴¹ Ver, por ejemplo, en: H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, London, Green and Co., 1927, p. 10.

⁴² Sobre la Doctrina Calvo, una obra clásica es la de: D.R. SHEA, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, NED-New edition, University of Minnesota Press, 1955. Sobre esta doctrina y el arbitraje reciente, ver, por ejemplo, en: B. CREMADES, “Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”, en *Dispute Resolution Journal*, Vol. 59, No. 2 (2004), p. 80; Ver también en: A. HERSHEY, “The Calvo and Drago Doctrines”, en *American Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1 (1907), pp. 26-45; O. OLMOS GIUPPONI, “The Protection of Foreign Direct Investment in Latin America: Where Do We Stand on International Arbitration?”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, No. 2, 2015, p. 119.

⁴³ Ver en el siguiente reporte de la Comisión de Derecho Internacional: UNGA, “Diplomatic Protection”, *Report of the International Law Commission Fifty-fourth Session*, 29 de abril al 7 de junio y 22 de julio al 16 agosto de 2002, en concordancia

En la medida en que el yugo colonialista fue cediendo en otras regiones, la tensión se trasladó embrionariamente a la Liga de las Naciones y luego a las Naciones Unidas,⁴⁴ pero no se logró en estos ni en otros espacios que así lo intentaron –como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD)⁴⁵– un consenso sobre cuál debería ser el derrotero del derecho internacional público en estas cuestiones. A lo sumo, las Naciones Unidas consiguió aprobar, no un tratado,⁴⁶ sino un instrumento de «derecho blando»: el documento sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, con «obligaciones secundarias» por incumplimiento, como la reparación de daños y otras sanciones del derecho internacional público.⁴⁷ Vale decir, el documento trata de las consecuencias de incumplir las «obligaciones primarias»,⁴⁸ pero omite referirse a estas, ante la falta absoluta de consenso a su respecto en el ejido de las Naciones Unidas.

No se cuenta, pues, hasta nuestros días, con un *corpus* normativo que se ocupe del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras, imperando –aún hoy– ese derecho consuetudinario internacional desarrollado a través de los siglos en la academia y en los tribunales internacionales, que los embates de la Doctrina Calvo no lograron destronar. Como está visto, ese derecho internacional público fue imbuyéndose, en su conformación, del derecho privado y sus principios, que iban reconociéndose en el tiempo en tribunales internacionales y trabajos académicos. Es cierto que existieron tratados a través de los siglos, como los de «amistad, comercio y navegación», que incluyeron fórmulas mínimas de protección a la inversión foránea como el llamado «estándar mínimo de protección».⁴⁹ Sin embargo, sus fórmulas parcas, en algunos casos, y vacíos en varios otros, requerían una complementación que los tribunales internacionales y la doctrina encontró mayormente en el derecho privado y sus principios.⁵⁰

con la Res. 56/82 de Asamblea General del 12 de diciembre de 2001, GAOR 57th Session Supp. No. 10 (A/57/10) Ch. V, p. 162. Ver también un interesante recuento en W. SHAN, “Is Calvo Dead?”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No. 1 (2007), p. 123-163. Es célebre el siguiente caso declarando la invalidez de la Cláusula Calvo: 20 AJIL 800, 31 de marzo de 1926, *North American Dredging Co. of Texas (United States v. United Mexican States)*.

⁴⁴ En épocas de la Liga de Naciones se propuso primero el llamado “Harvard Draft” sobre “The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners” de 1929. Ver en: C. MCLACHLAN, “Investment Treaties and General International Law”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 2, Abril 2008, pp. 365-366. Luego vino la Carta de La Habana de 1948. Ver en: Havana Charter for an International Trade Organization (Havana Charter, ITO Charter 1948) (United Nations [UN]) UN Doc E/CONF.2/78. En 1959 fue presentado el influyente Proyecto “Abs-Shawcross”. Ver en: H. ABS y H. SHAWCROSS (1960), “Draft Convention on Investments Abroad”, en “The proposed convention to protect private foreign investment: a round table”, en *Journal of Public Law (presently Emory Law Journal)*, Vol. 1 (Spring 1960). En base a él, la OECD publicó un proyecto en 1962. Ver: OECD, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 2 International Legal Materials 241 (1962), <<https://www.oecd.org/investment/international-investmentagreements/39286571.pdf>> (fecha de última consulta el 3 de marzo de 2022). Un poco antes vino otro proyecto, el llamado “Harvard Draft” de 1961. Ver en: J. Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, p. 57.

⁴⁵ Su proyecto de 1962 está en la nota anterior. La OECD volvió a la arremetida en 1995 con su OECD ambicioso proyecto de un “Multilateral Agreement on Investment (MAI)”. Ver en: OECD (1998). *The Multilateral Agreement on Investment: Draft Consolidated Text*. Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>> (fecha de última consulta el 3 de marzo de 2022). El proyecto fue discontinuado en 1998.

⁴⁶ A lo sumo las Naciones Unidas emitieron una serie de resoluciones (626 de 1952; 1803 de 1962; 2158 de 1966; 3171 de 1973; 3201 y 3202 de 1974), referenciadas por ejemplo en: A. LOWENFELD, *International Economic Law* (2nd edition), Oxford University Press, 2008, pp. 484 y siguientes; S. SUBEDI, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2008, pp. 21 y siguientes, etcétera. Dichas resoluciones son analizadas extensamente en el famoso caso *Ad Hoc 19 de enero 1977, Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. Government of Libya, Award on the Merits*, 52 ILR 389 (1977).

⁴⁷ El documento fue aprobado por Resolución 56/83 de 2001. *Yearbook of the International Law Commission 1970*, Vol. II, disponible en: <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1970_v2.pdf> (fecha de última consulta el 11 de marzo de 2022), p. 306, para 66(c).

⁴⁸ El documento goza de un gran prestigio y reconocimiento a este respecto. Ver en: A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 405; Ver también K. HOBÉR, “State Responsibility and Attribution”, en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, y C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 550. Incluso fue citado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *CIJ 25 de septiembre de 1997, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, paras 47, 50, 79, 83.

⁴⁹ K. MILES, *The Origins of International Investment Law Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, p. 16; es famoso el siguiente caso a este respecto: *US-Mexico General Claims Commission 15 de octubre de 1926, L. Fay H. Neer And Pauline Neer (USA) v. United Mexican States*, Decisión.

⁵⁰ M. BOGDAN, “General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations”, en *Nordisk Tidsskrift for*

La celebración de tratados bilaterales y multilaterales de inversión cristalizó en ellos varios de estos estándares amplios de protección desarrollados por el derecho consuetudinario internacional;⁵¹ e incluso fue más allá en algunos casos, como por ejemplo agregando al estándar mínimo de protección el de «trato justo y equitativo» – si bien este tema en particular plantea controversias acerca de si en el fondo se trata de la misma fórmula o son distintas.⁵² Sin embargo, continúa el vacío con respecto al *corpus* que regule o «aterrice» estos estándares amplios en su aplicación, lo que explica en parte importante las controversias generadas en torno a los mismos, e incluso los pronunciamientos contradictorios existentes por parte de tribunales arbitrales.

13. La Parte 2 de la Guía hace notar también que históricamente los inversionistas extranjeros invocaban la protección diplomática de sus Estados para hacer valer sus reclamos⁵³. En la era moderna, el arbitraje se ha convertido en un mecanismo extendido para la resolución de conflictos en esta área.⁵⁴ Si bien los tratados referidos en el párrafo anterior – así como leyes y contratos de inversión de décadas recientes – vienen propiciando de manera creciente la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, la amplitud que ofrece la vía arbitral viene contribuyendo, en lo que respecta al derecho sustantivo aplicable y al desarrollo de principios y precedentes casuísticos que complementan o «aterrizan» los estándares amplios. Hacia mediados del siglo XX,⁵⁵ fue particularmente fecundo el aporte de tribunales arbitrales para la consolidación de principios,⁵⁶ como los reconocidos casos relativos a hidrocarburos en el Medio Oriente;⁵⁷ e incluso se produjo un desarrollo importante de otras fuentes del derecho internacional público en lo que respecta a las inversiones; como la costumbre y la *opinio iuris* u opinión doctrinaria de juristas notables –e incluso un sistema «de facto»⁵⁸ de precedentes-,⁵⁹ cuyos con-

International Ret 46, No. 1 1977, pp. 39-40. Ver también las dos siguientes excelentes contribuciones: J. ARATO, “The Logic of Contract in the World of Investment Treaties” en *William & Mary Law Review*, 2016, pp. 351 y siguientes; J. ARATO, “The Private Law Critique of International Investment Law”, en *American Journal of International Law*, 2019, pp. 1 y ss.

⁵¹ S. SCHILL, “The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press”, 2009, p. 11. Ver también en J.E. ALVAREZ, “The Public International Law Regime Governing International Investment”, *Recueil des cours*, Brill Nijhoff Vol. 344, 2011.

⁵² Ver por ejemplo en T.J. GRIERSON-WEILER y I.A. LAIRD, “Standards of Treatment”, P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, y C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 262.

⁵³ Véase CIJ, 19 de junio de 2012, Caso Relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo), Decisiones del 30 de noviembre de 2010 y de 19 de junio de 2012.

⁵⁴ Véase, UNCTAD Investment Policy Hub, <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> (Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024), Grupo Banco Mundial, Base de datos de casos del CIADI, <<https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>> (Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024); Investment Treaty Arbitration Law, <<https://www.italaw.com/>>, (Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024. Además, existen otras bases de datos que funcionan mediante suscripción.

⁵⁵ El primer precedente moderno (Lena Goldfields) viene, sin embargo, de un par de décadas antes, en 1930. Ver por todos en: V.V. VEEDER, “The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, 2008.

⁵⁶ Véase en: O. SPIERMANN, “Applicable Law”, en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, y C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 93.

⁵⁷ Ad Hoc Septiembre 1951, *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi*, 18 ILR 144, reimpresso en 1 ICLQ 247 (1952); Ad Hoc Abril 1950, *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.*, 20 ILR 534; Ad Hoc 1953, *Sapphire International Petroleum Ltd. (Sapphire) v. National Iranian Oil Co.*, 35 ILR; Ad Hoc 10 de Octubre 1973, *BP Exploration Co. (Libya) Ltd. v. The Government of the Libyan Arab Republic*, publicado en 53 ILR 297 (1979), etcétera.

⁵⁸ Así califican Philip Janig y August Reinisch al sistema de precedentes y su fuerte influencia en esta área. P. JANIG y A. REINISCH, “General Principles and the Coherence of International Investment Law: of Res Judicata, Lis Pendens and the Value of Precedents”, en M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, A. TANZI y J. WOUTERS (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, 2019, p. 296.

⁵⁹ Jean Ho hace notar la notable influencia de los precedentes en las reclamaciones de inversión. J. Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, p. 4. Ello particularmente cuando los precedentes van en una misma dirección; Véase también en: F.Y. BACHAND y F. GÉLINAS, “Legal Certainty and Arbitration”, en T. SCHULTZ y F. ORTINO (eds.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford University Press, 2020, p. 393. Quizás el examen más detallado de la influencia de los precedentes se encuentra en la decisión dictada en el caso: CIADI 26 abril 2005, *AES Corporation v. Argentine Republic Decision on Jurisdiction*, ARB/02/17, pp. 6 y siguientes. Véase también en: C. SCHREUER y M. WEINIGER, “A Doctrine of Precedent”, en P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, pp. 1193-1194; Sobre los precedentes en el ámbito de la Corte Permanente de Arbitraje, véase en: B. DALY y

tornos se enriquecieron, a su vez, con el derecho privado, internacional privado y uniforme.⁶⁰ El derecho comparado y sus diversas técnicas merecieron, particular atención,⁶¹ aunque siguen siendo controversiales los diversos métodos empleados por quienes emprenden la tarea comparatista,⁶² lo que a su vez genera disparidades en las respuestas dadas a problemas planteados en las reclamaciones sobre inversiones foráneas.⁶³ Se impone, pues, una sofisticación en el manejo de estas cuestiones, lo que alarmantemente no suele merecer la atención debida. La reciente Guía de la OEA se ocupa en varios pasajes de diversos problemas a este respecto. También, en su Parte 2, este instrumento hace notar la complementariedad del derecho internacional privado y el derecho internacional público, e incluso la dilución de fronteras a este respecto, según lo reflejado en diversos pronunciamientos.⁶⁴

En concreto, la Recomendación 2.1 de la Guía insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen las leyes internas que rigen el arbitraje internacional de inversiones con miras a: 1) considerar las diversas fuentes de derecho que puedan ser pertinentes en caso de controversia, tomando nota del papel actual del derecho internacional consuetudinario y de los principios generales del derecho internacional, especialmente en ausencia de disposiciones aplicables de tratados; y, 2) asegurar que las garantías para la inversión extranjera prescritas en sus leyes nacionales estén en consonancia con las normas internacionales.

3. Fuentes del derecho Internacional Público e inversiones extranjeras

14. La Parte 3 de la Guía se ocupa particularmente de este tema, haciendo notar que los tratados bilaterales de inversión (TBI) son hoy día el principal método de protección de los inversores. Aun así, el derecho internacional consuetudinario sigue teniendo un papel importante, en particular en ausencia

H. MEIGHEN, *A Guide to the PCA Arbitration Rules*, OUP, United Kingdom, 2014, p. 137. Un caso relevante a este respecto es: Permanent Court of Arbitration 18 julio 2014, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Laudo Final, AA227, para 1362.

⁶⁰ Ver sobre los orígenes en: M. SHAW, *International Law* (6th edition), Cambridge University Press, 2008, p. 112. Con relación a la influencia de la doctrina actual en materia de inversiones, ver en: A. RIGO SUREDA, *Investment Treaty Arbitration Judging Under Uncertainty*, Cambridge University Press, UK, 2012, pp. 132-138. A este respecto, resalta la incidencia que tiene Christoph Schreuer, ampliamente citado por tribunales arbitrales de inversión, particularmente con el siguiente libro que lo tiene como protagonista principal: C. SCHREUER et al, *The ICSID Convention, A Commentary*, Cambridge University Press, 2010.

⁶¹ Ver, por ejemplo, el siguiente reporte a la Comisión de Derecho Internacional: International Law Commission Seventy-second session Geneva, 27 April–5 June and 6 July–7 August 2020 Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, A/CN.4/741: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/093/44/PDF/N2009344.pdf?OpenElement>> (fecha de última consulta 5 de junio de 2022).

⁶² Ver, por ejemplo, en: F.H. LAWSON, *Selected Essays*, Volume II: The Comparison, North-Holland, Amsterdam, 1977; J. GORDLEY, “Is Comparative Law a Distinct Discipline?”, en *American Journal of Comparative Law*, 46 American Journal of Comparative Law 607 (Fall 1998); A.T. VON MEHREN y J. GORDLEY, *The Civil Law System: an introduction to the comparative study of law*, Boston/Toronto, Little, Brown and Company, 1977; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civile comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Librairie Générale de Droit, 1950 (con varias ediciones actualizadas). Un provocativo artículo reciente es el siguiente: L. SALAYMEH y R. MICHAELS, “Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning”, *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 86, 166-188, 2022, p. 170.

⁶³ El derecho comparado vino siendo utilizado por diversos tribunales en temas de inversiones, entre ellos la Corte Internacional de Justicia, como sucedió en: CIJ 24 de julio 1964, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, en p. 38, para 50). Lo propio ocurrió con otros tribunales, entre ellos según el mecanismo del CIADI, como por ejemplo en: CIADI 20 de noviembre de 1984, *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Award, paras 248, 266–267. CIADI 27 de diciembre de 2010, *Total S.A. v. Argentine Republic*, ARB/04/1, Decision on Liability, para 128. Ver también: CIADI 7 de junio de 2012, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ARB/07/12, Award, para 166; CIADI 4 de abril de 2016, *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB(AF)11/2, Award, para 546; y CIADI 22 de septiembre de 2014, *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB(AF)09/1, Award. Ver también en: E. GAILLARD, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arbitration International* 17, pp. 59-72; y A.S. KING, “General Principles and the Search for Legitimacy in International Arbitration: A Comparative Perspective”, en *Ius Comparatum* 1, 2020, pp. 288-318.

⁶⁴ CIADI 19 enero 2009, *PSEG c. Turquía*, Laudo, ARB/02/05, § 194; CIADI 25 septiembre 1983, *República de Indonesia*, ARB/81/1, Rec 1 CIADI Rep. 398. 1983; CIADI 14 abril 1988, *SPP (ME) c. República Árabe de Egipto*, ARB/84/3, Rec 3 CIADI Rep. 142, 1988; CIADI 9 marzo 1998, *Fedax N.V. c. Rep. de Venezuela*, ARB/96/3, § 30; CIADI 13 noviembre 2000, *Maffezini c. Reino de España*, ARB/97/7, Rec 5 CIADI Rep. 419, 2000, § 50-57, 77; CIADI 10 febrero 1999, *Antoine Goetz c. República de Burundi*, ARB/95/3, Rec 6 CIADI Rep. 3. 1999; CIADI 8 diciembre 2000, *Wena Hotel v. República Árabe de Egipto*, ARB/98/4.

de un tratado aplicable o con fines interpretativos, o bien cuando se haga mención específica a él dentro del propio tratado.

La Guía hace notar que la costumbre internacional, como noción, ha creado gran incertidumbre y generado interminables debates, pese a lo cual la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas señala que aún mantiene una importante relevancia.⁶⁵ La Asamblea General de las Naciones Unidas tomó nota en una Resolución de las conclusiones del Informe de dicha Comisión sobre la costumbre internacional,⁶⁶ que puede considerarse la declaración reciente más autorizada para ofrecer una orientación sobre este tema.⁶⁷

La Guía destaca también que, modernamente, existen numerosos precedentes en los que tribunales del CIADI han aplicado la costumbre internacional, como los principios de responsabilidad del Estado,⁶⁸ las consecuencias de un estado de necesidad⁶⁹ o la indemnización por expropiación,⁷⁰ incluida la fórmula para determinar el monto apropiado de una indemnización por expropiación indebida.⁷¹

Por lo demás, la Guía nota que el derecho consuetudinario moderno se encapsula también en instrumentos de derecho blando, como los que contienen las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2003),⁷² los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2011),⁷³ y las influyentes Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (publicadas por primera vez en 1976 y actualizadas en 2011).⁷⁴ En el ámbito regional, la OEA también ha abordado el tema de la “regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos

⁶⁵ En 2012, la CDI incluyó en su programa de trabajo el tema Formación y Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario. La Comisión decidió nombrar al señor Michael Wood como Relator Especial para este tema. Un año más tarde, la Comisión recibió el primer informe y decidió cambiar el título del tema a Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario, https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml, (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024).

⁶⁶ La labor de la Comisión sobre el tema descrito se ha desarrollado de conformidad con las sucesivas resoluciones adoptadas por la Asamblea General, a saber: resolución N.º 67/9 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 2012; Resolución N.º 68/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2013; Resolución N.º 69/118 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 2014; Resolución N.º 70/236 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 23 de diciembre de 2015; Resolución N.º 71/140, de 13 de diciembre de 2016; Resolución N.º 73/203 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 2018.

⁶⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional n.º A/73/10 de las Naciones Unidas, 70º periodo de sesiones, 30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018, p. 123.

⁶⁸ CIADI 17 julio 2003, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, ARB/01/08, § 108; CIADI 14 julio 2006, *Azurix Corporation c. República Argentina*, ARB/01/12, § 50.

⁶⁹ CIADI 12 mayo 2005, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, ARB/01/8, § 304-331; CIADI 3 octubre 2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina*, Sentencia sobre responsabilidad, ARB/02/1, § 245-266; CIADI 22 mayo 2007, *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, ARB/01/03, § 294-313; CIADI 25 septiembre 2007, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Decisión del Comité ad hoc sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, ARB/01/08, §101-150; CIADI 28 septiembre 2007, *Sempra Energy International c. República Argentina*, ARB/02/16, § 333-354, 392-397.

⁷⁰ CIADI 17 febrero 2000, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, ARB/96/1.

⁷¹ CIADI 30 agosto 2007, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre la jurisdicción, ARB/97/3, § 8.2.2-8.2.7; CIADI 27 de abril de 2006, *El Paso Energy International Co. c. República Argentina*, ARB/03/15, § 117-136; CIADI 22 mayo 2007, *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, ARB/01/08, § 396; CIADI 17 julio 2003, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Decisión del Tribunal sobre las objeciones a la jurisdicción, ARB/01/8, § 48; CIADI 11 mayo 2005, *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción, ARB/03/2, § 144, 145; CIADI 11 mayo 2005, *Sempra Energy International c. República Argentina*, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción, ARB/02/16, § 156-157.

⁷² Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 55º periodo de sesiones, 26 de agosto de 2003, <https://digitallibrary.un.org/record/501576#record-files-collapse-header>, (fecha de última consulta: 22 de mayo de 2024).

⁷³ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, abril de 2011, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁷⁴ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, 2011, <https://www.oecd.org/investment/MNEguidelines_RBCmatters_ES.pdf>, (fecha de última consulta: 11 de marzo de 2022). A su vez, la OCDE dispone de un Code of Liberalization of Capital Movements [Código de la OCDE de liberalización de los movimientos de capital](OCDE, 2023), <<http://www.oecd.org/dataoecd/10/62/39664826.pdf>>, (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

humanos”.⁷⁵ La Guía también destaca la existencia de la Guía ALIC relativa a inversión en tierras agrícolas, aprobada no hace mucho por Unidroit.⁷⁶

15. La novel Guía de la OEA se ocupa, además, de los principios generales como fuente, los cuales pueden ser pertinentes en diversos contextos. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el tribunal arbitral examina una reclamación contractual y el amplio lenguaje del tratado aplicable abarca las controversias o las inversiones. En dicho supuesto, para determinar si se ha producido una violación del tratado, puede ser necesario analizar la relación contractual y la conducta de las partes. A tal efecto, la Guía destaca que podrían ser pertinentes los principios generales del derecho mercantil o del derecho uniforme.

16. En cuanto a los tratados internacionales, la Guía resalta que el régimen internacional de inversiones se ha construido en gran medida de forma bilateral, más que multilateral. El acuerdo de 1959 entre Alemania y Pakistán (que entró en vigor en 1962) suele considerarse el primer tratado bilateral de inversión moderno.⁷⁷ La evolución luego fue notable. Para 1989, habían 385 TBI en vigor. La UNCTAD informó de la existencia de unos 900 TBI a principios de la década de los años 90,⁷⁸ en tanto que a finales de julio de 2019 había 2.971 TBI en todo el mundo.⁷⁹

Existe un “sorprendente grado de uniformidad” entre la mayoría de los TBI cuando aluden a estándares amplios como la garantías de que no habrá expropiación ni medidas equivalentes sin indemnización; el trato justo y equitativo; el derecho del inversor extranjero al trato no menos favorable al que dan los Estados a sus propios nacionales; el derecho al trato no discriminatorio; el derecho a la libre transferencia de fondos relacionados con las inversiones y otros.

Asimismo, alude la Guía a varios instrumentos mundiales que abordan aspectos concretos relacionados con las inversiones extranjeras, tales como el Convenio de 1985, por el que se crea el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), que se concibió como un mecanismo adicional para proteger la inversión extranjera y aliviar las preocupaciones relacionadas con los riesgos no comerciales, fomentando así el flujo de recursos hacia los países en desarrollo.⁸⁰ Así también, a instancias del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional se han elaborado Directrices de 1992 sobre el tratamiento de las inversiones extranjeras directas.⁸¹ Por su parte, la Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero (OPIC) de Estados Unidos, conocida actualmente como Corporación Internacional de Financiación del Desarrollo (DFC), también ofrece seguros de riesgo político contra las pérdidas ocasionadas por la inconvertibilidad de la moneda, la interferencia gubernamental y la violencia política, incluido el terrorismo.

El sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no pretende sustituir al marco vigente de tratados bilaterales. Sin embargo, la nueva Guía de la OEA hace notar que la “cuestión de la inversión” se añadió a los Acuerdos de la OMC. Pese a ello, solo unos pocos casos de diferencias remitidos al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, el organismo especializado encargado

⁷⁵ Véanse CJI/RES. 232 (XCI-O/17), CJI/doc.522/17 rev.2, CJI/RES. 205 (LXXXIV-O/14) y AG/RES. 2887 (XLVI-O/16). Véanse también AG/RES. 1786 (XXXI-O/2001), AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) de la Asamblea General de la OEA; y la resolución A/HRC/RES/26/9, <https://www.oas.org/en/sla/iajc/annual_reports.asp>, (fecha de última consulta: 18 de junio de 2022), p. 141 y ss.

⁷⁶ Legal Guide on Agricultural Land Investment Contracts (ALIC) [Guía jurídica sobre los contratos de inversión en tierras agrícolas] de UNIDROIT/IFAD, de septiembre de 2021, <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/10/ALICGuide-hy.pdf>> (fecha de última consulta: 23 de mayo de 2022).

⁷⁷ Tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la promoción y protección de las inversiones, firmado el 25 de noviembre de 1959, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁷⁸ Investment Policy Monitor, de la UNCTAD, número 24, de febrero de 2021, pp. 7-8.

⁷⁹ International Investment Agreement Database de la UNCTAD, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>> (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

⁸⁰ Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Convenio OMGI), 1508 Serie de Tratados de las Naciones Unidas 100, de las Naciones Unidas, firmado el 10 de noviembre de 1985, entró en vigor el 12 de abril de 1988. Véase también: <<https://www.miga.org/about-us>> (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

⁸¹ BANCO MUNDIAL, “Marco Legal para el Tratamiento de la Inversión Extranjera, Informe al Comité de Desarrollo y Directrices sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa”, n° 2, septiembre 1992. <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>> (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

de conocer y resolver las diferencias entre los miembros de la OMC, han tratado asuntos de inversión extranjera. A diferencia de los casos del CIADI, el OSD no se ocupa de cuestiones tradicionales relacionadas con la inversión extranjera. En general, el OSD tiene un papel limitado en la solución de diferencias relacionadas con las inversiones, por ejemplo, en relación con las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio u otros acuerdos pertinentes de la OMC.⁸²

La Guía describe además diversos mecanismos multilaterales de protección a la inversión, como el Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT, por sus siglas en inglés), que entró en vigencia en 1998 y del cual forman parte 50 Estados, además de la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica.⁸³ Entre las iniciativas regionales de inversión, la Guía referencia iniciativas en Asia, África, el Medio Oriente y Europa, además de destacar peculiaridades de los acuerdos en la región, entre los que se encuentran el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre México, Canadá y Estados Unidos que entró en vigor en 1994,⁸⁴ sucedido por el Tratado Comercial entre Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC), firmado en noviembre de 2018.⁸⁵ A su vez, el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana y Centroamérica (CAFTA-DR) de 2006, suscrito entre República Dominicana, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Estados Unidos, es el primer tratado de libre comercio entre este país y las naciones centroamericanas.⁸⁶ En Sudamérica, en 1994, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) elaboró protocolos relativos a la promoción y protección recíproca de las inversiones. Hasta la fecha, el único instrumento en vigor relacionado con la materia es el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR, aprobado por el MERCOSUR mediante la Decisión 3/17⁸⁷ y ratificado por Uruguay, Brasil y Argentina.

17. En cuanto a otras fuentes, la Guía hace notar además el rol de los derechos nacionales y la posibilidad de que se aplique el derecho no estatal, como los Principios UNIDROIT. Así también destaca la Guía que tribunales, – en particular los tribunales arbitrales en arbitrajes de inversiones – citan regularmente escritos doctrinales en sus laudos.⁸⁸ En los arbitrajes del CIADI, por ejemplo, los tribunales citan con frecuencia a escritores expertos y, en especial, el comentario de Christoph H. Schreuer sobre el Convenio del CIADI.⁸⁹ Muchas teorías jurídicas bien arraigadas en el ámbito a las inversiones

⁸² WTO 4 abril 2012, Australia - Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, DS435, 441, 458 y 467. El Grupo Especial (y posteriormente el Órgano de Apelación) analizó si las medidas de empaquetado sencillo adoptadas eran incompatibles con las obligaciones de Australia en virtud del Acuerdo ADPIC, entre otros.

⁸³ Tratado sobre la Carta de la Energía, 2080 *United Nations Treaty Series* 95, firmado el 17 de diciembre de 1994, entró en vigor el 16 de abril de 1998.

⁸⁴ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado el 17 de diciembre de 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994, cap. 11.

⁸⁵ El tratado también lleva otros dos nombres: Canadá lo ha adoptado como *Acuerdo Canadá-Estados Unidos-México* (CUSMA), mientras que México se decidió por el título: “*El Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá* (T-MEC)”.

⁸⁶ Acuerdo TLC (Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América), firmado el 5 de agosto de 2004, entró en vigor el 1 de marzo de 2006; <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁸⁷ El protocolo puede consultarse en: <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=uUEOWR9wE3v91PDIXvnQ=>>. (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Este protocolo de 2017 sustituyó al “Protocolo de Colonia” de 1994, que nunca entró en vigor al no reunir las cuatro ratificaciones requeridas según lo establecido en el Protocolo. <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=QbqmyvQ17CGPrIugK4Iltg%3d%3d?>>, (fecha de última consulta: 25 de julio de 2022). Asimismo, mediante la Decisión 11/94 se aprobó un Protocolo de Promoción de Inversiones de Estados no miembros del MERCOSUR. Sin embargo, este protocolo aún no ha entrado en vigor, ya que establecía un requisito de cuatro ratificaciones y, hasta la fecha, sólo ha sido ratificado por tres Estados Miembros. <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=MzFrhVNTcm7X+Ji9ITDZ0Q%3d%3d>>, (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁸⁸ CIADI 27 agosto 2019, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Laudo, ARB/16/6, (el tribunal citó por su nombre a varios académicos que afirmaron su opinión); CIADI 7 mayo 2021, *América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia*, Laudo, ARB(AF)/16/5; CIADI 9 septiembre 2021, *Eco Oro Minerals Co. c. República de Colombia*, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Directrices sobre Quantum, ARB/16/41.

⁸⁹ S. SCHILL (ed.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, Cambridge University Press, n° 3, septiembre 2002: CPA 7 mayo 2021, 1. *Alberto Carrizosa Gelzis*, 2. *Felipe Carrizosa Gelzis*, 3. *Enrique Carrizosa Gelzis c. República de Colombia*, Laudo, 2018-56, § 131 [FN 24]; CIADI 27 agosto 2019, *Glencore International A. G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Laudo, ARB/16/6.

internacionales tienen su origen en los escritos de los publicistas. Así también, la Guía discute el rol de los precedentes y otras fuentes del derecho, tales como el “subsistema” jurídico del derecho de las instituciones internacionales y diversas normas de *soft law* o derecho blando.

Puntualmente, la Recomendación 3.1 de la nueva Guía de la OEA insta a los legisladores nacionales y a los negociadores de tratados de inversión a que consideren las diversas fuentes del derecho e incluyan, cuando sea posible, referencias a las normas internacionales pertinentes y al derecho uniforme. A su vez, la Recomendación 3.2 insta a los órganos juzgadores – incluidos los tribunales arbitrales y los tribunales nacionales – a que consideren el papel del derecho internacional consuetudinario, en particular cuando no existan disposiciones de tratados aplicables o cuando sea apropiado a efectos interpretativos y también a que consideren los principios generales del derecho internacional, la *jurisprudencia constante* y los escritos académicos con cuidado con vistas a construir un acervo congruente y previsible en el ámbito de las inversiones foráneas.

4. Particularidades de los Contratos Internacionales de Inversión

18. La Parte 4 de la Guía se ocupa de esta problemática. La Guía describe al “contrato internacional de inversión” como el que regula la relación a largo plazo entre el Estado receptor y el inversor extranjero.⁹⁰ Se explica que este tipo de contratos son habituales en los sectores en los que el Estado ejerce un monopolio en virtud de la legislación local,⁹¹ tales como concesiones de servicios públicos, asociaciones público-privadas o trabajos de construcción-explotación-transferencia en el sector de la construcción, entre otros. Las normas sustantivas de estos acuerdos se complementan frecuentemente con una disposición que especifica el derecho aplicable a la relación y suelen incluir, además, una cláusula de arbitraje.

A diferencia de los contratos comerciales ordinarios celebrados con un Estado parte, los elementos de derecho público impregnan la negociación, celebración, funcionamiento y terminación de los acuerdos internacionales de inversión. También, a diferencia de los acuerdos comerciales corrientes, los contratos internacionales de inversión plantean importantes consideraciones de orden público. Así, dado que la rescisión de los contratos de inversión extranjera puede tener efectos en cuanto a los bienes o necesidades públicas, las normas relativas a los daños y perjuicios pueden diferir de las que suelen encontrarse en los acuerdos comerciales corrientes. Los derechos de rescisión también pueden ser diferentes: mientras que los contratos comerciales y los contratos de inversión extranjera pueden terminarse debido a incumplimientos contractuales, los contratos de inversión internacional también pueden terminarse cuando el cumplimiento de las obligaciones contractuales se hace total o parcialmente imposible debido a la acción del Estado.⁹²

19. Por lo demás, los contratos internacionales de inversión pueden estar sujetos a una combinación de derecho internacional privado y público y de derecho interno del Estado receptor, o de otro Estado, o de derecho uniforme. Al no existir un corpus internacional de derecho sustantivo aplicable a los contratos de inversión internacional, esta combinación puede ser aplicable en una o más etapas a lo largo del proceso contractual de negociación, conclusión, operación y terminación de dichos contratos.

En realidad, no todo incumplimiento de contrato genera la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional público. Para el efecto, las acciones del Estado deben haber sido arbitrarias y haber violado un acuerdo en una clara y discriminatoria desviación del derecho aplicable o de los principios generalmente reconocidos en el ámbito internacional. La arbitrariedad del Estado también puede

⁹⁰ La descripción se encuentra en la Parte 2 de la Guía desarrollada más extensamente en la Parte 4.

⁹¹ UNCTAD, “State Contracts (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements)”, Naciones Unidas, noviembre 2004, p. 3 <https://unctad.org/en/Docs/iteiit200411_en.pdf> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁹² UNCTAD, “State Contracts (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements)”, Naciones Unidas, noviembre 2004, p. 5 <<https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit200411en.pdf>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

resultar de una denegación de justicia, como limitar el acceso a sus tribunales, negarse a arbitrar después de haberse comprometido claramente a hacerlo, o no cumplir un laudo judicial o arbitral.⁹³

La Recomendación 4.1 de la Guía establece que, con la finalidad de fomentar una mayor previsibilidad y eficacia, los legisladores que encaren una regulación deben tener en cuenta la ausencia de un corpus internacional de derecho sustantivo aplicable a los contratos internacionales de inversión. Ante dicha ausencia, la Guía insta a que los negociadores de los tratados de inversión incluyan disposiciones claras sobre el alcance y el contenido de sus normas y su aplicación a los contratos de inversión. Se insta también a los negociadores que sean claros en permitir que las partes contratantes puedan excluir la aplicación del tratado, hacer excepciones al mismo o variar sus efectos. Así también, la Guía hace notar esa ausencia de un corpus regulatorio, lo que debe ser tenido en cuenta por las partes en contratos internacionales de inversión y sus asesores en la redacción de dichos acuerdos. Cuanto mayor precisión pueda hacerse en ellos, mejor.

5. Evolución y novedades del Derecho Internacional Privado

20. La Parte 5 de la Guía se ocupa de este tema, de enorme relevancia dada la coyuntura actual. En efecto, el derecho internacional privado viene experimentando una evolución imponente en tiempos recientes, a partir de un sinnúmero de esfuerzos globales, regionales y en ámbitos nacionales, tanto en la órbita pública como privada, que van generando numerosos textos de derecho positivo (como tratados y leyes) y blando (como guías, leyes modelo, principios), que tienden a romper con la ortodoxia «localizadora» de casos internacionales.⁹⁴ Ello a partir de diversos mecanismos, como los que otorgan flexibilidad a juzgadores cuando el mecanismo localizador lleva a resultados injustos o discriminatorios, hasta el avance de textos «de derecho uniforme», como la llamada «Convención de Viena» sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En este último sentido, los llamados «Principios UNIDROIT» en materia de derecho contractual internacional se erigen como una poderosa herramienta de potenciales fecundas consecuencias, no solo en el ámbito comercial sino también en materia de inversiones foráneas,⁹⁵ al brindar fórmulas como las relativas a la fuerza mayor e imprevisión comercial que en diversos contextos pueden asirse en dicho ámbito.

Así también, otros desarrollos de «tinte conflictualista» del derecho internacional privado actual, adecuadamente apprehendidos, brindan formidables recursos para lidiar con problemas recurrentemente suscitados en materia de inversión extranjera, cosa no suficientemente explotada debido a la insuficiencia de un fecundo diálogo interdisciplinario que permita restar provecho de tantas potencialidades.⁹⁶ Las

⁹³ CIJ 5 febrero 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Bélgica c. España)*, Informe CIJ, p. 144 [FN 1]. (En su Opinión Separada, el Juez Tanaka afirma que: “la denegación de justicia se produce en el caso de actos tales como corrupción, amenazas, retraso injustificado, abuso flagrante del procedimiento judicial, una sentencia dictada por el ejecutivo, o tan manifiestamente injusta que ningún tribunal que fuera a la vez competente y honesto podría haberla dictado... Pero ningún fallo meramente erróneo o incluso injusto de un tribunal constituirá denegación de justicia.”).

⁹⁴ J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Contratación y Arbitraje, Intercontinental*, Asunción, Editora-CEDEP 2010; J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho Aplicable y Arbitraje*, Madrid, Editorial Thomson-Aranzadi, 2014, Capítulos IV a VI; Ver también la *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas* de 2019, <https://jmoreno.info/v1/?page_id=975> (fecha de última consulta: 20 de mayo del 2024), y su comentario escrito por el autor de esta contribución en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/1, Madrid, enero-junio 2021, pp. 187-206 y *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/2, Madrid, julio-diciembre 2021, pp. 261-283.

⁹⁵ M.J. BONELL, “International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts?”, Vol. 17, *Uniform Law Review*, Issue 1-2, January 2012; G. CORDERO-MOSS, D. BEHN, “The Relevance of the UNIDROIT Principles in Investment Arbitration”, Vol. 19(4), *Uniform Law Review* 570, November 10, 2014; P. BERNARDINI, “UNIDROIT Principles and international investment arbitration”, Vol. 19, *Uniform Law Review*, 2014; A. REINISCH, “The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international investment arbitration”, Vol. 19, *Uniform Law Review*, 2014.

⁹⁶ El arbitraje plantea desafíos interesantes a este respecto, tanto porque es un terreno de fecunda aplicación del derecho internacional privado con discreción amplia a cargo de los árbitros, como porque facilita la aplicación del derecho uniforme. Con respecto a esto último, ver la siguiente excelente contribución: A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Lex Mercatoria y Arbitraje Privado Internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No. 1 (2020), pp. 66-86, <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/595>>, (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024).

reclamaciones en materia de inversión foránea pueden envolver discusiones «conflictualistas» relativas, por ejemplo, a capacidad,⁹⁷ responsabilidad extracontractual,⁹⁸ derecho de propiedad⁹⁹ e, incluso, complejas cuestiones relativas a instrumentos financieros y garantías.¹⁰⁰ Avances recientes en el derecho internacional privado «conflictualista» en estos temas pueden tener un fuerte impacto en la suerte de muchas de estas contiendas, por lo que su manejo apropiado no puede ser ignorado.

21. Debe tenerse presente que los tratados multilaterales y bilaterales de inversión no suelen incluir normas sobre la elección del derecho aplicable, o incluso si lo hacen, dichas normas podrían no ser exhaustivas, por lo que los tribunales deberían recurrir al derecho internacional privado y a sus principios para subsanar las carencias. En tales casos, los instrumentos de la OEA pueden ser de gran ayuda, como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, conocida como la “Convención de México”, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, que tuvo lugar en Ciudad de México en 1994). Las potencialidades de dicha convención se encuentran explicitadas en la *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas* de 2019, que tiene varios objetivos más allá de apoyar las iniciativas de los Estados Miembros de la OEA para modernizar sus leyes nacionales sobre contratos comerciales internacionales. Entre ellos, se encuentran el de prestar asistencia a las partes contratantes y a sus abogados en la redacción e interpretación de los contratos comerciales internacionales, y ofrecer orientación a jueces y árbitros en la interpretación y complementación de las leyes nacionales, en particular sobre cuestiones relativas a los contratos comerciales internacionales que no se abordan en la legislación nacional.¹⁰¹

Otros instrumentos de la OEA pueden ser relevantes en el ámbito de las inversiones extranjeras, por ejemplo, en materia de capacidad.¹⁰² La *lex societatis* rige la capacidad de una persona jurídica para presentar una demanda ante un tribunal de un tratado de inversión.¹⁰³ Sin embargo, el criterio de

⁹⁷ CIADI 22 de abril de 2005, *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ARB/03/3, Rec (12 ICSID Rep 245); 2005; CIADI 20 de noviembre de 1994, *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ARB/81/1, Rec (1 ICSID Rep 543, 562) 1994; CIADI 10 de enero de 2005, *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria*, ARB/03/8, Rec (38(ii), 39) 2005; y CIADI 28 de julio de 2008, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ARB/05/22, Rec (Merits para. 323).

⁹⁸ IUSCT 30 de marzo de 1983, *Isiah v. Bank Mellat*, Case 35-219-2, Rec, (Iran-US CTR 232)1983; IUSCT 22 de junio de 1984, *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, Case 135-33-1, Rec (6 IranUS CTR 149) 1984. Ver también: Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 90.

⁹⁹ CIADI 30 de marzo de 1983, *AIG v. Kazakhstan*, Merits, Rec(Rep 7, 48/10.1.4) 1983; CIADI 24 de enero 2003, *Zhinvali v. Georgia*, Rec (Rep 3, 69/301) 1983; CIADI 27 de febrero de 2004, *EnCana v. Ecuador*, Rec (427, 476-7/184-8) 2004; SCC 9 de septiembre de 2003, *Nagel v. Czech Republic*, ARB 049/2002; AD HOC 23 de octubre de 2000, *SwemBalt v. Latvia*, Rec (para 35); 2000; PCA 17 de marzo de 2006, *Saluka v. Czech Republic*, ARB 2001-04, Rec (para 204); 2006; CIADI 19 de junio de 2007, *Bayview v. Mexico*, Preliminary Objections, ARB(AF)/05/1, Rec (paras 98, 102, 118); 2007; CIADI 10 de diciembre de 2014, *Fraport v. Philippines*, ARB/11/12 Rec (para 394); 2014; CIADI 1 de noviembre de 1999, *Azinian c. México*, Merits, 5 Rec (Rep 272, 289/96); AD HOC 24 de diciembre de 2007, *BG c. Argentina*, Rec (Rep paras 102, 117) 2007 y ICSID 8 de Mayo de 2008, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ARB/98/2 Rec (paras 179-230) 2008.

¹⁰⁰ Ver el ICC Commission Report, *Financial Institutions and International Arbitration*, International Chamber of Commerce (ICC) 2016, en: <<https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/financial-institutions-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report/>> (fecha de última consulta el 23 de mayo de 2024), p. 6.

¹⁰¹ OEA, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, pp. 21-22. La Guía de Contratos de la OEA comienza con una recopilación de sus dieciocho recomendaciones específicas dirigidas a legisladores, jueces, partes contratantes y sus asesores. Cada una de estas recomendaciones es ampliada por un capítulo específico (dieciocho en total) que aborda los temas de autonomía de la voluntad, ausencia de elección y orden público, entre otros. Los anexos del texto incluyen una tabla comparativa entre la Convención de México y los Principios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en este ámbito, una tabla de legislación, una tabla de casos y una lista de bases de datos y otras fuentes electrónicas.

¹⁰² Las cuestiones de capacidad pueden plantearse técnicamente en el arbitraje de inversiones, aunque rara vez lo hacen en la práctica. En el primero de los casos *Amco c. Indonesia*, el tribunal sostuvo que “se debe aplicar la ley del Estado de constitución para determinar si dicha sociedad, aunque disuelta, sigue siendo una entidad jurídica vigente para algún fin jurídico especificado”. CIADI 10 de mayo de 1983, *Amco Asia Corporation and otros c. República de Indonesia*, ARB/81/1, Rev. (- FILJ 166, § 104) 1983. En este caso, el tribunal eligió el lugar de constitución como factor de conexión.

¹⁰³ CIADI 22 de abril de 2005, *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, ARB/03/3, Rep (§115 - 124) 2005; CIADI 10 de mayo de 1988, *Amco Asia Corporation and otros c. República de Indonesia*, ARB/81/1, rec. (3(1) Rev. - FILJ 166,

vinculación puede variar en las legislaciones nacionales entre el lugar de constitución y la sede de la persona jurídica.¹⁰⁴ Se ocupan de estos temas la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Comerciales de 1979, y la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en Derecho Internacional Privado de 1984.

En materia financiera, puede ser relevante la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, adoptada en la CIDIP-I en 1975, sustituyó con su reglamento las citadas normas de Montevideo y Bustamante para los Estados que ratificaron el instrumento de la OEA.

22. En concreto, la Recomendación 5.1 de la Guía de la OEA insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen y clarifiquen sus normas de derecho internacional privado en lo pertinente al derecho aplicable en el contexto de la inversión internacional. En este sentido, las soluciones ofrecidas por los instrumentos de la OEA en materia de derecho internacional privado, deben considerarse y pueden incorporarse a la legislación nacional. Por su parte, la Recomendación 5.2 insta a los Estados Miembros de la OEA y a sus negociadores de tratados internacionales de inversión y de contratos entre inversores y Estados a que consideren e incluyan disposiciones claras sobre la elección del derecho aplicable en el texto de dichos tratados y acuerdos.

6. Derecho Uniforme y los Principios UNIDROIT

23. La Parte 6 de la nueva Guía de la OEA se ocupa de este tema, destacando que los Principios UNIDROIT ofrecen un enorme potencial de aplicación en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones. Sus disposiciones que reflejan principios generalmente aceptados se califican como expresiones de “principios generales del derecho”, que pueden aplicarse en el contexto contractual y también a los tratados. Además de poder tener virtualidad como derecho aplicable, los Principios UNIDROIT también pueden utilizarse como ayuda interpretativa, como corroboración del derecho nacional y con una función supletoria o correctora.

Resalta la Guía que muchos de los Principios UNIDROIT, en particular los relativos a la formación, validez, cumplimiento e incumplimiento, se adaptan bien a los contratos internacionales de inversión. Las partes pueden elegir los Principios UNIDROIT directa o indirectamente. Cuando se eligen directamente, esta elección se considera el derecho aplicable, independientemente de que la elección se haya hecho antes o después de que surja una controversia. Los tribunales también pueden aplicar los Principios UNIDROIT cuando las partes hayan hecho una referencia genérica al derecho uniforme mediante el uso de términos como *lex mercatoria*, principios generales o términos similares. Así también, estos Principios pueden ser muy útiles en el arbitraje *ex aequo et bono*, en los que, aún si árbitros no se encuentren vinculados a un sistema jurídico específico, deben igualmente actuar de manera disciplinada brindando razones inteligibles y razonables, a cuyo efecto pueden encontrar en ellos una guía fiable sobre cómo actuar.

24. En particular, la Recomendación 6.1 de la Guía insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen sus ordenamientos jurídicos internos sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de inversión y a que reconozcan y clarifiquen la elección del derecho no estatal (o uniforme). A su

104) 1988; CIADI 10 de enero de 2005, *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA c. República Argelina Democrática y Popular*, ARB/03/8; CIADI 24 de julio de 2008, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, ARB/05/22, Rec (323) 2008.

¹⁰⁴ Por ejemplo, en los Países Bajos, el derecho de sociedades determina la facultad de la persona jurídica “para realizar actos y actuar en derecho”, y en Suiza regula la “capacidad para poseer y ejercer derechos y obligaciones”. En Alemania, la doctrina de la “sede real” determina la personalidad jurídica de la empresa y su capacidad procesal, *Überseering B.V. y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, sentencia de 5 de noviembre de 2002, asunto C-I-09919. EU: C: 2002:632, 200. (El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que esta norma de elección de ley es incompatible con la libertad de establecimiento garantizada en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

vez, la Recomendación 6.2 insta a los juzgadores, a las partes en los contratos de inversión internacional y a sus abogados a que, en relación con el derecho no estatal (o uniforme), tengan en cuenta los Principios UNIDROIT y reconozcan la distinción entre la elección del derecho no estatal y el uso del derecho no estatal como herramienta interpretativa.

7. Avances del arbitraje Internacional y particularidades del arbitraje de inversiones

25. La Parte 7 de la nueva Guía se ocupa del arbitraje internacional, que ha tenido un gran desarrollo de la segunda mitad del Siglo XX, con hitos como la llamada Convención de Nueva York de 1958 que se ocupa de la ejecución de laudos extranjeros; el reglamento de 1974 (modificado en 2010 y 2013) y luego la ley modelo de UNCITRAL de 1985 (modificada en 2004), y la modernización generada en base a estos instrumentos a lo ancho del orbe. La Convención de Nueva York cuenta con más de 170 ratificaciones, y un número importante de países de los cinco continentes reformaron sus leyes nacionales para ponerlas en sintonía con el modelo de UNCITRAL.¹⁰⁵ Lo propio ocurre con los reglamentos de las instituciones arbitrales, fuertemente impactados en su contenido por el modelo de esta institución,¹⁰⁶ como ocurre por ejemplo con las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA),¹⁰⁷ que viene registrando un número creciente de casos de arbitrajes de inversiones, como consecuencia de tratados o contratos de inversión que se sujetan a ellas.¹⁰⁸

La Recomendación 7.1 de la Guía, concretamente, insta a los juzgadores a que consideren el derecho internacional privado, tanto en términos de derecho uniforme como de normas de conflicto de leyes, en la resolución de controversias relativas a inversiones internacionales y a que se mantengan al corriente de la evolución del derecho internacional privado.

26. La Parte 8 de la Guía refiere la «revolución» traída por el mecanismo del CIADI a partir de su convención constitutiva de 1965.¹⁰⁹ Con él se sustrae a los arbitrajes de una sede en la cual se apliquen normas estatales arbitrales (*lex arbitri*), y se concibe, en su lugar, un sistema autosuficiente y no sujeto al escrutinio de tribunales nacionales. La revolución viene por esta y otras características del mecanismo, como su peculiar y excepcional instancia de anulación dentro del propio sistema, pero el impacto viene de la recurrencia masiva de inversores extranjeros al arbitraje CIADI, como consecuencia de su referencia en tratados y contratos de inversión. Esto llevó a una explosión de casos, notoria y creciente a partir de los años 1990s, lo que coloca al CIADI en un sitio preponderante como mecanismo para resolución de conflictos en materia de inversiones foráneas.¹¹⁰

¹⁰⁵ Ver, al respecto, en mi libro: J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho Aplicable y Arbitraje*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2014.

¹⁰⁶ J. LEVINE, “Navigating the parallel universe of investor–State arbitrations under the UNCITRAL Rules” en C. BROWN y K. MILES (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2012, p. 372; Ver también, J. DAHLQUIST, *The Use of Commercial Arbitration Rules in Investment Treaty Disputes Domestic Courts, Commercial Arbitration Institutions and Tribunal Jurisdiction*, Brill, 2021.

¹⁰⁷ Ver, en: B.W. DALY, E. GORIATCHEVA y H.A. MEIGHEN, *A Guide to the PCA Arbitration Rules*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014. Ver también en: H. JONKMAN, “The Role of the Permanent Court of Arbitration in International Dispute Resolution (Addresses)”, *Recueil des cours*, Vol. 279, 1999.

¹⁰⁸ Un interesante artículo sobre el impacto del mecanismo en las inversiones en América Latina se encuentra en: M. DOE y J.L. ARAGÓN, “Causas y azares: el renacimiento de la Corte Permanente de Arbitraje en América Latina en el campo de las inversiones extranjeras”, en A. TANZI, A. ASTERITI, R. POLANCO LAZO y P. TURRINI (eds.), *International Investment Law in Latin America, Problems and Prospects*, Brill Nijhoff, 2016, pp. 576-577.

¹⁰⁹ M. KINNEAR, “Foreword”, en J. FOURET, R. GERBAY, y G.M. ALVAREZ (eds.), *The ICSID Convention, Regulations and Rules. A Practical Commentary*, Commentaries, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2019. Ver, en general, un recuento de la historia y el impacto del CIADI en: A. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2012. Ver también en: A. BROCHES, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *Recueil des cours*, Vol. 136, 1972.

¹¹⁰ G. FLORES, “The Forefront of International Investment Law: Modernizing the Rules and Regulations of ICSID”, *Manchester J. Int’l Econ. L.* 94, 2019, p. 94; Ver también en A. REINISCH y L. MALINTOPPI, “Chapter 18 Methods of Dispute Resolution”, en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO y C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 692.

Tanto la normativa del CIADI como la de otros mecanismos arbitrales, si bien contienen más bien normas de tinte procesal o jurisdiccional, incluyen reglas –parcas, pero de gran importancia– sobre el derecho aplicable al fondo de estas controversias,¹¹¹ que se relacionan con su elección o, en su caso, con la ausencia de selección, con criterios para su aplicación flexible cuando así procediera, y con el orden público. También dejan estas reglas la posibilidad de que pueda optarse por el mecanismo de arbitraje de equidad o *ex aequo et bono*. Estas regulaciones sobre el derecho aplicable al fondo, no por escuetas, dejan de implicar la eventual consideración de un sinfín de cuestiones jurídicas del derecho internacional público, derecho internacional privado, derecho uniforme, y derecho privado en general.

Puntuamente, la Recomendación 8.1 de la Guía de la OEA insta a los juzgadores, a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados, a que consideren las peculiaridades de las formas de arbitraje CIADI y “no CIADI” en relación con el derecho sustantivo aplicable.

8. El derecho aplicable a los arbitrajes de inversiones

27. La Parte 9 de la nueva Guía nota que el arbitraje de inversiones conlleva normalmente la interrelación entre el ordenamiento jurídico nacional y el internacional. El derecho aplicable en las reclamaciones de inversión puede implicar una multitud de niveles: el derecho internacional público tiene incidencia especial; sin embargo, el punto de referencia también podría ser el contrato o las relaciones contractuales en las que se basa el emprendimiento.

En los tratados y leyes en materia de inversión o en contratos entre inversores y Estados, las cláusulas de elección del derecho aplicable suelen referirse al derecho del Estado receptor o al derecho de un tercer Estado (como en el caso de los bonos). Además, las cláusulas de elección del derecho aplicable en los contratos entre inversores y Estados suelen referirse al derecho internacional, a los principios generales del derecho o a las normas de protección previstas en el tratado bilateral de inversión.

Algunos tratados se refieren a principios o normas de derecho internacional, pero omiten incluir las leyes nacionales; otros tratados combinan el derecho nacional y el internacional, y otros mencionan el derecho nacional del Estado receptor y los contratos entre las partes litigantes, omitiendo toda referencia al derecho internacional¹¹². Los tratados generalmente señalan las siguientes fuentes, sin ningún orden jerárquico en particular: (a) la legislación del Estado receptor; (b) el propio TBI y otros tratados; (c) cualquier contrato relacionado con la inversión y (d) el derecho internacional general.

La Guía de la OEA orienta sobre cómo proceder para determinar el derecho aplicable en el arbitraje de inversiones. Hace notar que, además de aportar un marco procesal para la realización de arbitrajes internacionales, la normativa arbitral contiene disposiciones sobre el derecho aplicable, como lo hace el artículo 42 del Convenio del CIADI. El artículo 28 de la Ley Modelo de UNCITRAL y el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL¹¹³ son disposiciones análogas al artículo 42 del Convenio del CIADI. Varias instituciones arbitrales basan sus reglamentos en el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL. La CPA lo hizo en su reglamento de 2012, con algunos ajustes que reflejan aspectos de derecho internacional público que pueden surgir en los litigios.

28. A menudo, los tribunales de arbitraje abordan los problemas de conflicto de leyes únicamente de forma superficial y se conforman con remitirse al artículo 42 o a la correspondiente disposición sobre la elección del derecho aplicable en el tratado de inversión. Sin embargo, en determinadas situaciones un análisis más detenido podría conducir a un resultado diferente, lo que justificaría un análisis más profundo sobre el derecho sustantivo aplicable.

¹¹¹ Se ocupan del tema, por ejemplo, el Convenio del CIADI del 4 de octubre de 1966 en su Artículo 42 y la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, en su Artículo 28.

¹¹² Como el Tratado sobre la Carta de la Energía de la Haya de 17 de diciembre de 1994 en su Artículo 6 (o 26).

¹¹³ Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL del 2013, artículo 1, párrafo 4.

En concreto, la Recomendación 9.1 insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión y de contratos entre inversores y Estados a que consideren la inclusión de disposiciones claras sobre la elección del derecho aplicable en el texto de dichos tratados y acuerdos. Por su parte, la Recomendación 9.2 recomienda a los juzgadores que, al determinar el derecho sustantivo aplicable, se remitan a los instrumentos de la OEA para obtener orientación sobre los principios generales del derecho internacional privado

29. A su vez, la Parte 10 de la novel Guía de la OEA se ocupa de la autonomía de la voluntad reconocida tanto en el Convenio del CIADI (artículo 42) como en la Ley Modelo de UNCITRAL (artículo 28). La Recomendación 10.1, allí contenida, insta a los Estados Miembros de la OEA a que tengan en cuenta las recomendaciones de la Guía de Contratos de la OEA de 2019 relativas a la elección del derecho aplicable en el contexto de las inversiones internacionales y a asegurar que su ordenamiento jurídico interno afirme una clara adhesión al principio internacionalmente reconocido de autonomía de las partes. Al respecto, la regulación debe contener normas claras sobre elección expresa y tácita del derecho, y otras como la exclusión del principio de reenvío (*renvoi*) para ofrecer una mayor seguridad en cuanto al derecho aplicable, y la admisión de la “divisibilidad” del derecho (*dépeçage*), por citar ejemplos. La Recomendación 10.2 insta puntualmente a los negociadores de tratados de inversión y a las partes en contratos internacionales de inversión a que tengan en cuenta las recomendaciones anteriores al redactar dichos textos, todo ello con vistas a una mayor claridad en la elección del derecho aplicable a las controversias internacionales en materia de inversión.

Con respecto a la ausencia de elección, hace notar la Guía que muchos tratados de inversión no contienen disposiciones sobre el punto. Del mismo modo, en muchos acuerdos internacionales de inversión, las partes no eligen el derecho aplicable o la elección es ineficaz. Ante cualquiera de estas circunstancias, el derecho aplicable será determinado por el órgano decisorio de conformidad con las normas pertinentes sobre conflicto de leyes. Sin embargo, los tribunales de inversiones tienden a evitar declaraciones claras sobre el derecho sustantivo aplicable y se han propuesto numerosas fórmulas de conflicto de leyes a falta de una opción de derecho (por ejemplo, el lugar de cumplimiento característico, la ley del lugar donde se formó el contrato, etc.). La aplicación de estas diferentes fórmulas depende de la materia de que se trate y del sistema de conflicto de leyes que rijan la relación, que puede ser cualquiera de los siguientes: (i) sistema de conflicto de leyes del Estado receptor, (ii) aplicación acumulativa de las normas de todos los Estados con conexión con el litigio, (iii) normas de conflicto de leyes de otro Estado, (iv) aplicación de los principios generales del derecho internacional privado o del derecho internacional público, (v) aplicación del derecho uniforme (no estatal), y (vi) la vía directa (*voie directe*) en la que los árbitros gozan de gran discreción.

30. La Guía de la OEA de 2024 explica el convenio del CIADI y la Ley Modelo, y conforme a los principios de derecho internacional privado generalmente aceptados en las Américas por la Convención de México de 1994 y por la Guía de contratos de 2019, señala concretamente la Recomendación 11.1 del nuevo instrumento que el régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos de inversión internacional en relación con la ausencia de una elección efectiva del derecho debería incluir el criterio flexible de la “conexión más cercana”. A su vez, la Recomendación 11.2 dispone que los órganos decisores que se enfrenten a la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable deberán recurrir a las normas pertinentes de elección del derecho del mecanismo arbitral aplicable. Si dicho mecanismo no se considera aplicable o no incluye tales normas de elección del derecho, los órganos decisores deberán aplicar el criterio flexible de la “conexión más cercana”, como principio general de derecho internacional privado.

En cuanto al arbitraje *ex aequo et bono* (o amigable componedor), la Parte 12 de la nueva Guía insta a las partes en contratos de inversión internacional y a sus abogados a que consideren las orientaciones sobre el derecho sustantivo aplicable contenidas en la presente Guía también en este contexto (Recomendación 12.1).

31. A su vez, la Parte 13 de la Guía prevé que la función supletoria o correctora del derecho internacional puede reconocerse expresamente en un tratado o las partes contratantes pueden otorgar al derecho

internacional dicha función a través de su elección de derecho o de un mecanismo arbitral.¹¹⁴ Los tribunales utilizan diversas técnicas para suplir las lagunas del derecho aplicable, tales como la convergencia del derecho internacional y el derecho interno, la incorporación del derecho internacional al derecho interno, el *reenvío* al derecho internacional o la consideración de las *lagunas* del derecho interno. Si la aplicación del derecho interno viola las normas internacionales o da lugar a un nivel de protección inferior al mínimo para el inversor, los tribunales aplican el derecho internacional de manera correctiva y, en tales circunstancias, el derecho internacional se aplica directamente y no de manera supletoria. Aunque en el ejercicio de su autonomía las partes pueden optar por la aplicación exclusiva del derecho interno, un tribunal internacional no puede desatender los aspectos de derecho internacional y debe considerar su posible prevalencia.

Puntualmente, la Recomendación 13.1 insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión, y a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados, a que incluyan en las cláusulas pertinentes de elección del derecho aplicable una clara aceptación de la función supletoria y correctora del derecho internacional y se les insta a que consideren el uso del derecho uniforme, cuando proceda. A su vez, la Recomendación 13.2 recuerda a los árbitros que implementen la elección del derecho aplicable o que se enfrenten a la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable en un tratado o contrato de inversión, a la luz de la compleja relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, que existen varias técnicas para aplicar el derecho internacional con fines supletorios o correctivos y se les insta a que consideren el uso del derecho uniforme, cuando proceda.

32. En su Parte 14, la Guía hace notar que el orden público en el arbitraje internacional de inversiones puede plantearse en una serie de aspectos, como en relación con las normas (acceso a la información, protección del medio ambiente), la no arbitrabilidad subjetiva (incapacidad del Estado para arbitrar), no arbitrabilidad objetiva (por ejemplo, temas de interés público, tales como el cambio climático o los recursos naturales) o la inmunidad de jurisdicción. Los Estados receptores no pueden basarse en el orden público nacional para invalidar una norma o principio de orden público internacional o transnacional, o el derecho internacional aplicable en virtud del tratado de inversión pertinente.

La Recomendación 14.1 insta concretamente a los negociadores de tratados internacionales de inversión y a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados a que consideren el orden público internacional o transnacional pertinente y cualquier posible conflicto con la legislación u orden público nacional en relación con la inversión extranjera. Por su parte, la Recomendación 14.2 señala que los árbitros deben considerar y, cuando sea posible, hacer referencia expresa a la aplicación de principios de orden público internacional o transnacional.

V. Conclusión

El Comité Jurídico Interamericano no sólo goza de un enorme prestigio, sino también históricamente materializó hitos regionales tanto en los ámbitos del derecho internacional público internacional privado y arbitraje, por lo que se erige en una instancia propicia para apuntalar un mejor entendimiento en la región americana de la interacción de estas disciplinas, en este caso en el ámbito de las inversiones extranjeras.

34. La nueva Guía no se limita a resaltar esta fertilización, muchas veces no percibida, entre las distintas especialidades, sino brinda, además, recomendaciones bien concretas a negociadores de tratados, legisladores, juzgadores, partes, y otros actores dentro del mundo de la inversión foránea, en la expectativa de que un manejo apropiado de las distintas cuestiones tratadas en el novel documento, las pueden hacer bien más predecibles.

Si bien la Guía no ofrece un corpus de normas sustantivas para la problemática allí tratada, su extendida eventual implementación, de producirse, a no dudarlo contribuirá a una notoria mejoría de la seguridad jurídica deseable para que las inversiones extranjeras puedan desarrollar apropiadamente su enorme potencial en el ámbito interamericano.

¹¹⁴ Por ejemplo, en base al artículo 42 del CIADI y el artículo 28(4) de la Ley Modelo de UNCITRAL.