

Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a los arbitrajes de inversión derivados de Acuerdos Internacionales de Inversión

Por: *Andrés Cárdenas Muñoz*

Director de la Línea de Investigación de Contratación y Resolución de
Controversias Internacionales - CYRCI

La ley aplicable a una controversia internacional de inversión dependerá fundamentalmente de la voluntad de los estados expresada en el Acuerdo Internacional de Inversión (AII). Así lo establecen todos los reglamentos de arbitraje, que, frecuentemente, se pactan como aplicables en los AII.

Algunos AII guardan silencio con respecto al derecho aplicable, caso en el cual, según sean las reglas de arbitraje de la controversia, podrá suceder que el tribunal arbitral a su discreción aplique la que considere apropiada o podrá suceder que el tribunal tenga que solucionar el vacío a través de un sistema, *prima facie*, de conflictos de leyes.

En el evento que la controversias inversionista-estado sea llevada a cabo, por ejemplo, mediante el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), será el tribunal quien la determine, en este sentido el artículo 35 del Reglamento CNUDMI establece “Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada”; lo mismo sucede con el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que en su artículo 21 establece: “A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.”

Cosa distinta sucede cuando el arbitraje inversionista-estado se conduce con sustento en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI), pues en este se establece una redacción, en el que cierta preponderancia se le ha dado al derecho local del estado parte de la controversia. El artículo 42 del Convenio de Washington de 1965, establece:

- (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.
- (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.
- (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

Este artículo del Convenio CIADI propone, *prima facie*, un sistema de conflicto de leyes. La interpretación del artículo la haremos desde la perspectiva de los arbitrajes derivados de AII, pues son los que nos interesan en este escrito. El artículo 42 del Convenio CIADI en primer lugar reconoce la soberanía de los estados para escoger su propia ley aplicable estableciéndolo en el AII, e incluso, reconoce que los estados pueden pactar que la diferencia se resuelva *ex aequo bono*; si los estados guardan silencio, se aplicará el derecho del estado receptor de la inversión junto con las normas de derecho internacional que sean aplicables.

Pues bien, el reenvío al derecho del estado receptor de la inversión y la referencia al derecho internacional del artículo 42.1 del Convenio CIADI, ha generado distintas

teorías, las cuales siguiendo el trabajo de Gaillard y Banifatemi¹, pueden describirse como sigue:

Una primera teoría, defiende que la aplicación del derecho internacional debe restringirse a los casos en los que existen lagunas en el derecho nacional del estado receptor de la inversión respecto de problemas jurídicos específicos planteados ante el tribunal o cuando este derecho nacional es incompatible con el derecho internacional². Una segunda teoría limita aún más, el papel del derecho internacional, pues de acuerdo con esta solamente será aplicable cuando existan normas del derecho local que colisionen con normas fundamentales del derecho internacional (jus cogens)³. Y una tercera teoría, que sostiene que el artículo 42.1 debe considerarse como un verdadero cuerpo de normas sustantivas de auto-contenido que deben determinarse a partir de la Convención CIADI y no, necesariamente, a través del filtro del derecho del estado receptor de la inversión⁴.

Las dos primeras teorías están motivadas en el deseo de maximizar las posibilidades de aplicación del derecho nacional del estado receptor de la inversión⁵, sin embargo debe decirse que estas son una postura minoritaria y que

¹ Gaillard, Emmanuel. Banifatemi, Yas. “*The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*”. http://www.arbitration-icca.org/media/0/12178520651780/the_meaning_of_and_article_42_1_eg.pdf.

[Consultado el: 19 de mayo de 2015]

² República de Indonesia (Caso CIADI No. ARB/81/1), Decisión de la Solicitud de Anulación. (16 de mayo de 1986). *The proposition that international law has a dual "complementary" and "corrective" role was formulated for the first time by the ad hoc Committee in the Klockner case and has been reiterated by a number of ICSID awards and decisions since 1985. Klockner c. Camerun Comité Ad Hoc. Decision, 3 de mayo de 1985. Pár 117. "One must therefore acknowledge the correctness of the Claimant's position when it says that 'since the SOCAME factory project was located in the eastern part of the country, only that part of Cameroonian law that is based on French law should be applied in the dispute". Amco Asia Corporation y otros. c. Pár 148*

³ Reisman, Michael. (2000). *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of law Provision and the question of its Threshold*. <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/15/2/362.full.pdf+html>. [Consultado 19 de mayo de 2015]

⁴ República Árabe de Egipto (Caso CIADI No. ARB/98/4) Wena Hotels Limited c, Decisión de la Solicitud de Anulación. (5 de febrero de 2002.)

⁵ De cualquier forma Gaillard y Banefatemi aclaran que no existen bases para concluir que el derecho nacional necesariamente favorezca, en todos los casos, la posición del estado demandado, así como, para concluir que la aplicación del derecho internacional, en todos los caso, favorece la posición del inversionista demandante. Op. Cit. p. 380 y 381.

fue abandonada por los tribunales de arbitraje internacional de inversión, por lo que actualmente no puede considerarse como la tesis mayoritaria. En tanto que la tercera teoría, da un margen de interpretación al tribunal, quien determinará cuál derecho debe prevalecer 'caso por caso'. Esta teoría se establece por primera vez en *Wena Hotels Limited c. República de Egipto* (2000)⁶.

En este caso el tribunal estableció que no existía un acuerdo específico de las partes sobre la ley aplicable a la controversia. Sin embargo, los argumentos de las dos partes indicaban, que además del TBI, el tribunal debía aplicar tanto la ley egipcia así como reglas de derecho internacional aplicables. El tribunal advirtió, de cualquier forma, que el TBI serían las primeras reglas a aplicarse, esta conclusión la fundamentó en los compromiso propios del TBI y porque así lo imponían la ley egipcia y el derecho internacional⁷.

La República de Egipto solicitó la anulación del laudo argumentado que el tribunal había errado en la elección de la ley aplicable porque esta ha debido ser el derecho nacional egipcio. El Comité de Anulación (2002) decidió que no procedía la anulación, y específicamente dispuso:

(...) Algunas de estas posturas tienen en común que pretenden restringir el rol del derecho internacional dando preponderancia al derecho nacional del estado receptor de la inversión. En contraste, la postura que proclama una aplicación amplia del derecho internacional pretende restringir la aplicación del derecho nacional del estado receptor de la inversión. No parece existir una respuesta unívoca sobre cuál de estas posturas es la correcta. Las circunstancias de cada caso pueden justificar optar por una u otra de estas posturas. Sin embargo el encargo del Comité de Anulación no es elaborar una conclusión precisa respecto de esta materia, sino que únicamente se trata de decidir si el Tribunal excedió sus poderes con respecto al artículo

⁶ Op. Cit.

⁷ Ibíd. Pág. 101.

42(1) del Convenio CIADI. Es más, el uso de la expresión ‘pudieran’ [refiriéndose a: “...aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”] en la segunda parte de este artículo indica que la Convención no estableció un límite exacto en la distinción del alcance respectivo entre el derecho local y el derecho nacional y, consecuentemente, esto tiene el efecto de conferir al Tribunal cierto margen y autoridad para la interpretación.⁸ (Traducción libre)

En consecuencia, la redacción del artículo 42 (1) del Convenio CIADI que, *prima facie*, parecía sugerir un sistema de conflictos de leyes, actualmente no lo es, pues es considerada una opinión de autoridad, en el sentido que es seguida hoy por todos los tribunales de arbitraje de inversión bajo el auspicio del Convenio CIADI, que en el caso, que los estados no pacten expresamente una ley aplicable, el tribunal, contará con la facultad suficiente para interpretar ‘caso por caso, cuál es el alcance del derecho nacional del estado receptor de inversión. En este propósito los tribunales del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) deberán seguir las reglas de interpretación propias de los tratados internacionales, como lo son, la buena fe, el uso corriente de las palabras, el contexto, objeto y fin del tratado, el texto, el preámbulos, los anexos, así como las prácticas ulteriores de los estados signatario (Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.)

⁸ *Ibíd.* Pár. 39. “Some of these views have in common the fact that they are aimed at restricting the role of international law and highlighting that of the law of the host State. Conversely, the view that calls for a broad application of international law aims at restricting the role of the law of the host State. There seems not to be a single answer as to which of these approaches is the correct one. The circumstances of each case may justify one or another solution. However, this Committee’s task is not to elaborate precise conclusions on this matter, but only to decide whether the Tribunal manifestly exceeded its powers with respect to Article 42(1) of the ICSID Convention. Further, the use of the word ‘may’ in the second sentence of this provision indicates that the Convention does not draw a sharp line for the distinction of the respective scope of international and of domestic law and, correspondingly, that this has the effect to confer on the Tribunal a certain margin and power for interpretation”

Por último, debe hacerse notar que el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI⁹, en cuanto a ley aplicable, sigue la regla, según la cual se aplicará lo que hayan dispuesto las Partes y en caso que nada se diga por estas, no hace referencia al derecho nacional del estado receptor de la inversión. El artículo 54 del mecanismo complementario del CIADI establece:

(1) El Tribunal aplicará las disposiciones legales que las partes determinen que son aplicables al fondo de la diferencia. A falta de tal determinación por las partes, el Tribunal aplicará (a) la ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes que el Tribunal considere aplicables y (b) las normas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables.

(2) El Tribunal podrá decidir ex aequo et bono si las partes le han autorizado expresamente para hacerlo y si la ley aplicable al arbitraje lo permite.

En el caso del mecanismo complementario, la selección de la ley queda claramente a la discreción del tribunal, el cual podrá eventualmente optar por la aplicación de un derecho nacional si esto resultará del conflicto de leyes que éste considerase aplicable, sea como fuere, siempre deberá, al menos considerar, las normas del derecho internacional

La ley aplicable en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) celebrados por Colombia

La regla general, tanto en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), así como en los capítulos de protección de inversiones de los Tratados de Libre Comercio (TLC)

⁹ Reglamento del Mecanismo Complementario. Artículo 2º. El mecanismo complementario del CIADI, opera cuando el estado parte de la controversia o el estado del que es nacional el inversionista no es parte contratante del Convenio CIADI. Es decir, que alguno de los dos estados debe ser contratante del Convenio CIADI y el otro no. Asimismo opera este mecanismo cuando el CIADI va administrar arbitrajes o conciliaciones que no han surgido directamente de una inversión o cuando el CIADI va administrar procedimientos comprobación de hechos

que ha celebrado Colombia es que los estados contratantes establecen expresamente la ley aplicable a las controversias inversionista-estado, y por excepción uno de los trece¹⁰ All vigentes para Colombia, guarda silencio a este respecto.

En cuanto a ley aplicable, debe considerarse que existe una diferencia fundamental, en relación como los estados contratantes pactan la ley aplicable en los TBI y en los capítulos de protección de inversiones de los TLC. En estos últimos, además de la consagración expresa de la ley aplicable por parte de los estados signatarios, es normal que se haga referencia expresa, a que la interpretación que sobre alguna norma del All realice la *Comisión Administradora del Acuerdo* será vinculante para el tribunal arbitral¹¹. Para ilustrar lo dicho se confrontan las disposiciones sobre ley aplicable del capítulo de protección de inversiones del TLC celebrado entre Colombia y México (1995)¹² y el TBI celebrado entre Colombia y China (2012):

Tabla 1 TLC ente Colombia y México – TBI entre Colombia y China

Capítulo de Protección de inversiones del TLC entre Colombia y México (1995)	TBI entre Colombia y China (2012):
---	---

¹⁰ El TBI Colombia- Reino Unido (2014), no hace mención expresa de la ley aplicable aunque por lo demás es un tratado comprensivo de los catálogos de estándares de protección de inversiones y contiene mecanismo de solución de controversias inversionista-estado. Sí la establecen los TBI Colombia y España (2007), Colombia-Suiza (2009), Colombia y Perú (2010), Colombia-China (2012) Colombia-India (2012) y los capítulos de protección de inversiones de Colombia y México (1995), Colombia - Chile (2009), Colombia-Triángulo Norte (2010), Colombia-Canadá (2011) y Colombia-Estados Unidos (2012). No la establecen los capítulos de protección de inversiones de los TLC celebrados ente Colombia-Unión Europea (2013) y Colombia y AELC (2014), por las razones expuestas de su generalidad (*Confr.* Nota al pie 29.*Supra*) y dicho sea, que estos capítulos no contienen mecanismo inversionista-estado.

¹¹ TLC Colombia-Estados Unidos: Art. 10.22: “Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Acuerdo, conforme al artículo 20.1.3 (Comisión de Libre Comercio) será obligatoria para un tribunal y toda decisión o laudo emitido por un tribunal deberá ser compatible con esa decisión”. En sentido parecido: TLC Colombia- Canadá Art. 822. TLC Colombia- Chile Art. 9.22. TLC Triángulo Norte Art. 12.25.

¹² En un principio de este TLC fueron parte Colombia, México y Venezuela y por eso se le denominó a este tratado el Grupo de los 3 ‘G-3’. Venezuela denunció de manera formal el Tratado del Grupo de los Tres (G-3) en mayo del 2006, configurándose su salida el 19 de noviembre de 2006. Así las cosas, de este TLC actualmente son parte solamente Colombia y México.

<p>ARTÍCULO 17-20. DERECHO APLICABLE.</p> <p>1. Cualquier tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.</p> <p>2. <u>La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este tratado, será obligatoria para cualquier tribunal establecido de conformidad con esta sección.</u> (subrayado fuera de texto)</p>	<p>ARTÍCULO 8.11 RESOLUCIÓN DE DISPUTAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN INVERSIONISTA DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE. Los mecanismos para la resolución de disputas establecidos en este Acuerdo, estarán basados en las disposiciones de este Acuerdo, en la legislación nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio ha sido realizada la inversión, incluyendo las reglas relacionadas con conflicto de leyes, en los principios generales de derecho, y en los principios evidenciados por la práctica general de los estados y aceptada como derecho y opinio juris.</p>
---	---

FUENTE: Elaboración propia. Textos tomados del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo “Acuerdos Internacionales de Inversión Vigente <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6126>” [Consultado 10 de junio de 2015]

Así las cosas, en el caso de los capítulos de protección de inversiones de los TLC, existiría un peldaño adicional en la jerarquía normativa de la ley aplicable. Lo descrito, puede apreciarse con claridad en la siguiente tabla:

Tabla 2 Disposiciones en el acuerdo del APPRI y capítulos de protección de inversiones del TLC

Acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI)	Los capítulos de protección de inversiones en los Tratados de Libre Comercio (TLC)
Las disposiciones del Acuerdo del APPRI	La disposiciones capítulo de protección de inversiones del TLC
No existe una comisión administradora del tratado	La interpretación del capítulo de protección de inversiones del TLC por parte de la Comisión Administradora del Tratado

El derecho internacional aplicable	El derecho internacional aplicable
El derecho nacional del Estado receptor de la inversión	El derecho nacional del Estado receptor de la inversión

FUENTE: Elaboración propia

Lo anterior quiere decir, que cuando un arbitraje internacional de inversión se sustenta en el capítulo de protección de inversiones de un TLC las partes en la controversia inversionista-estado cuentan con una opción adicional, que no tienen los TBI, para apoyar los argumentos de su posición procesal. Desde otro punto de vista, los estados cuentan con un mecanismo específico que puede servirles para revisar previamente a una controversia inversionista-estado el alcance de los compromisos del AI, y los resultados de ese procedimiento de consulta a la comisión administradora, será vinculante, una verdadera ley aplicable, para el tribunal de arbitraje internacional de inversión.

En AI vigentes para Colombia, existen tres tendencias claramente definidas. En la primera tendencia se establece como ley aplicable a las controversias inversionista-estado, los derechos y obligaciones establecidas en el tratado y las reglas aplicables del derecho internacional, es decir, no hay referencia alguna al derecho nacional del estado receptor de la inversión; es el caso del TBI celebrado entre Colombia y Suiza (2009) y los capítulos de protección de inversiones de los TLC celebrados entre Colombia y México (1995), Colombia y Chile (2009), Canadá (2011) y Estados Unidos (2012).

En la segunda tendencia se establece como ley aplicable a las controversias inversionista-estados los derechos y obligaciones establecidas en el tratado, el derecho internacional y el derecho nacional del estado receptor de la inversión; es el caso del capítulo de protección de inversiones celebrado entre Colombia y el

Triángulo Norte¹³, los TBI celebrados entre Colombia y España (2007), Colombia y Perú (2010), Colombia e India (2012)

En la tercera tendencia, los estados guardaron silencio sobre la ley aplicable a las controversias inversionista-estado; es el caso de los TBI celebrados entre Colombia y Reino Unido (2014).

Por lo demás, resta decir, que en el TBI –de pre-establecimiento- celebrado entre Colombia y Perú (2009), y en todos los capítulos de protección de inversiones de los TLC vigentes para Colombia se establece que las interpretaciones de la Comisión Administradora del Tratado son ley aplicable a las controversias inversionista-estado.

* * *

¹³ Se le denomina ‘Triángulo Norte’ al TLC celebrado entre Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras, el cual entró en vigencia en 2010, 2009 y 2010, respectivamente.