

Contratos de estado y arbitraje de inversión

HUGO CARDONA

INVESTIGADOR EN FORMACIÓN DEL PROGRAMA DE DERECHO Y ECONOMÍA DE LA ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO CEU (CEINDO), UNIVERSIDAD CEU SAN PABLO

MCIARB, PROFESOR ASOCIADO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL & ADR, UNIVERSIDAD CEU SAN PABLO

Resumen: El sistema de protección de inversiones extranjeras refleja la preeminencia de los tratados como la principal fuente sustantiva del arbitraje de inversión. Del mismo modo, la doctrina se centra en los tratados y en cierta medida omite la atención que requieren los contratos transnacionales. Sin embargo, las recientes estadísticas del arbitraje CIADI reflejan una tendencia creciente de disputas que se fundamentan en contratos celebrados entre inversores extranjeros y Estados receptores. Ante los actuales debates en torno al sistema de arbitraje basado en tratados, el artículo sostiene que los “contratos de Estado” podrían retomar su histórica relevancia, por cuanto resulta pertinente identificar su tipología, particularidades y la posible responsabilidad internacional emergente de los mismos.

Palabras clave: IED, Contratos de inversión, Arbitraje internacional, CIADI, Responsabilidad del Estado.

Abstract: The system of foreign investment protection reflects a pre-eminence of treaties as the main substantive source of international investment arbitration. Furthermore, legal doctrine focuses on treaties and tend to overlook the attention that transnational contracts require. However, recent ICSID caseload statistics show a growing trend towards investment disputes based on contracts concluded between foreign investors and host States. Considering the current debate around investment-treaty arbitration, the article argues that “state contracts” may regain their historical relevance, making it essential to identify their particularities and the potential international responsibility arising from them.

Keywords: FDI, Investment contracts, International arbitration, ICSID, State responsibility.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. CONTRATOS DE INVERSIÓN COMO FUENTE DE OBLIGACIONES BILATERALES. III. EVOLUCIÓN Y TIPOS DE CONTRATOS DE INVERSIÓN. 1. Concesiones sobre recursos naturales. **2.** Concesiones sobre servicios públicos. **3.** Contratos de construcción, operación y transferencia. **4.** Asociaciones público-privadas. **IV. Matices del Arbitraje Internacional Emergente de Contratos de Inversión. V. ¿RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR VULNERACIÓN A CONTRATOS DE INVERSIÓN? 1.** Distinción entre la responsabilidad internacional en base a tratados y a contratos. **2.** Vulneración de cláusulas de estabilización y cláusulas paraguas. **3.** Aplicabilidad del estándar mínimo de trato a los contratos de estado. **VI. CONCLUSIÓN**

I. Introducción

Durante las últimas décadas, el análisis del derecho internacional de inversiones se ha enfocado en los tratados bilaterales y multilaterales de inversión como principales elementos sustantivos de protección jurídica. Estos acuerdos representan el origen de la mayor cantidad de reclamaciones de arbitraje inversor-Estado¹ y han generado un volumen relevante de decisiones². En este sentido, actualmente existe una prevalencia del estudio del arbitraje basado en tratados, (*investment-treaty arbitration*), y se ha omitido la observación jurídica al arbitraje fundamentado en contratos de inversión, (*contract-based investment arbitration*). Lo anterior, pese a que el mecanismo contractual ha sido la principal fuente para la canalización de inversiones extranjeras directas (IED) y medio a través del cual se concretan los proyectos transnacionales de mayor relevancia³.

¹ UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (Consultado en 29/09/24).

² A la fecha de presentación de este documento se registraron 1.332 casos de arbitraje inversor-Estado, de los cuales 958 se encuentran concluidos. Para obtener datos actualizados consultar: UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Consultado en 12/01/25).

³ UNCTAD., *State Contracts. UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. Nueva York y Ginebra: United Nations Publications, 2004, pp. 3-4.

A partir de la propuesta de Paulsson relativa a que los Estados habrían realizado una oferta pública a arbitrar sus diferencias con inversores extranjeros tras haber otorgado el consentimiento anticipado en los tratados de protección de inversiones⁴, se ha restado importancia a los contratos de Estado y también se ha generado una percepción imprecisa de que el amparo internacional a las inversiones únicamente puede erigirse bajo tratados⁵. Por ello, se evidencia un vacío a partir de los años noventa en lo que respecta al análisis de los contratos transnacionales modernos celebrados entre empresas (de capital privado o mixto) y Estados receptores o subdivisiones del mismo, así como en lo referente al surgimiento de una posible doctrina de responsabilidad internacional del Estado por quebrantamientos de contratos de inversión⁶. Por ello, es necesario explorar la emergencia de un derecho de protección de inversiones extranjeras basado en contratos transnacionales⁷.

Es pertinente, asimismo, considerar un posible incremento de diferencias contractuales relativas a inversiones. Conviene por tanto remontarse a los orígenes del sistema arbitral, desarrollado mediante contratos de Estado, para evaluar sus posibilidades futuras⁸.

⁴ Paulsson, J., "Arbitration Without Privity", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, Issue 2, 1995, pp. 232-257.

⁵ Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*. 5ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 340-347.

⁶ Ho, J., *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020; Anteriormente, los contratos en el derecho de las inversiones fueron objeto de estudio, pero se dejaron de lado a partir del auge del arbitraje centrado en tratados. En esta línea, conviene reabrir este campo de investigación, que ha sido abordado por la monografía de Jean Ho aquí citada. Para estudios previos ver, por ejemplo, Greenwood, C., "State Contracts in International Law-The Libyan Oil Arbitrations". *British Yearbook of International Law*, Vol. 53, Issue 1, 1982, pp. 27-81.

⁷ *Ibidem*. El presente artículo utiliza como sinónimos los términos contratos transnacionales, contratos de Estado y contratos de inversión.

⁸ Brower, C. "ISDS At a Crossroads: How the Settlement of Investor-State Disputes is Being Transformed", *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, Vol. 112, 2018, pp. 191-200. Disponible en <https://itainreview.org/articles/Fall2019/state-parties-in-contract-based-arbitration.html> (Consultado en 12/01/25); Brower hace referencia al término "*investmercial arbitration*", al referirse a que las disputas relativas a inversiones cuentan con elementos públicos y privados, y propone romper con la falsa dicotomía de que el arbitraje comercial, el arbitraje de inversión basado en tratados, y el arbitraje interestatal sobre disputas de inversiones, mantienen fronteras absolutas.

II. Contratos de inversión como fuente de obligaciones bilaterales

Históricamente, los contratos fueron la base legal para la canalización de la IED⁹ hacia grandes proyectos transnacionales de infraestructura, exploración y explotación de recursos naturales, y gestión y desarrollo de servicios públicos¹⁰. En general, estos acuerdos denominados contratos inversión o de Estado¹¹, incorporaron cláusulas de resolución de controversias a través del arbitraje internacional¹².

Al observar las estadísticas de los procedimientos de arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), se evidencia que, desde su creación en 1966, hasta el año 1991¹³, las reclamaciones arbitrales ante esta institución se fundamentaron exclusivamente en contratos de inversión¹⁴.

Si bien el sistema de tratados constituye hoy por hoy el eje central de la protección a las inversiones extranjeras¹⁵, la trascendencia de los mecanismos contractuales inversor-Estado es creciente¹⁶; estos pueden adaptarse a las necesidades de las relaciones jurídicas de largo plazo. Asimismo, es preciso diseñar instrumentos flexibles en las relaciones híbridas; por ejemplo, mecanismos que incorporen

⁹ Sornarajah, M., *op. cit.* (cita 5), p. 340; *ibid.*, (nota 9), p. 110.

¹⁰ *Ibid.*, (cita 9).

¹¹ Zambrana Tevar, N., *La determinación del derecho aplicable en el arbitraje de inversiones*; Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 84-86; Por tratarse de una representación de la globalización de los contratos administrativos.

¹² Arbitraje bajo contrato entre partes, y en este caso, en contraste con Paulsson, “Arbitration with privity” o “privity to arbitration”. Por ejemplo, ver: Magnarelli, M., *Privity of Contract in International Investment Arbitration: Original Sin or Useful Tool?* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020.

¹³ El primer arbitraje ante el CIADI emergente de un tratado bilateral de inversión es el caso *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c República de Sri Lanka* en el año 1990.

¹⁴ ICSID Caseload Statistics 2023-1. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/la-carga-de-casos-del-ciadi-estadisticas> (Consultado en 30/09/2024).

¹⁵ Global Arbitration Review, *Polasek reflects on ICSID's first 1.000 cases*. Report on the 10th Annual European Federation of Investment Law and Arbitration (EFILA) Lecture. Disponible en <https://globalarbitrationreview.com/article/polasek-reflects-icsids-first-1000-cases> (Consultado en 12/01/25).

¹⁶ Collins, D., *An Introduction to International Investment Law*. 2da Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2023, p. 66.

elementos del derecho contractual comparado¹⁷, para viabilizar el cumplimiento de obligaciones dimanantes, tanto del derecho doméstico, como del derecho internacional. Por ejemplo, cuestiones relativas a la regulación internacional en materia de derechos humanos¹⁸ y medio ambiente¹⁹, sin que la observancia a estos principios o normas ulteriores colisione con la protección que requiere la inversión extranjera²⁰ ante un contexto geopolítico y regulatorio cada vez más desafiante.

En consecuencia, es oportuno ampliar el campo de investigación en el derecho de las inversiones, teniendo en cuenta las virtudes y propuestas de mejora del mecanismo arbitral²¹, (sin dejar de lado otros métodos de prevención y resolución de conflictos), pero desde la perspectiva material del derecho contractual transnacional como elemento relevante para el andamiaje jurídico de las inversiones transfronterizas.

Conviene puntualizar que, al referirnos al arbitraje de inversiones emergente de contratos, son las previsiones contractuales las que operan como base del arbitraje, a diferencia de lo que ocurre en los arbitrajes bajo tratados. En estos últimos, la propia “inversión” es la base del arbitraje²²; es decir, los contratos podrían considerarse “activos” o “inversiones” conforme a la definición de “inversión” de algunos tratados. Esta cuestión no es el objeto de este estudio. Se analiza en su lugar el litigio arbitral sobre inversiones no basado en tratados.

¹⁷ Moreno Rodríguez, J., *Private (and Public) International Law and Investment Arbitration*. Recueil des cours, Collected Courses, Tome 429, Leiden: Brill, 2023; Ver Proyecto de investigación conjunto entre UNIDROIT y el Instituto de Derecho Global de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) sobre Principios UNIDROIT y Contratos Internacionales de Inversión. Presentación de Rocco Palma. Disponible en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/07/03.07-IPLD-UNIDROIT-Principles-and-Int-Investment-contracts-UPICC-IICs-R.-Palma.pdf> (Consultado en 12/01/25).

¹⁸ Por ejemplo, el comentario de los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos, No. 9 señala, que “(...) los Estados deben asegurarse de que retienen las facultades normativas y regulatorias para proteger los derechos humanos en el marco de tales acuerdos, sin dejar de ofrecer la necesaria protección a los inversores”. Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf (Consultado en 12/01/2025).

¹⁹ Acuerdo de París sobre el Climático. Disponible en https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf (Consultado en 11/01/2025).

²⁰ Subedi, S, *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 208.

²¹ Ver las actuales propuestas del Grupo de trabajo III de CNUDMI. Disponible en https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state (Consultado en 11/01/2025).

²² En este punto residen los debates iniciales acerca de si se trata o no de una “inversión protegida” por el tratado de inversión invocado conforme este defina el término “inversión”.

Por otra parte, en el arbitraje de inversión existen circunstancias en las que el Estado puede actuar como parte accionante²³. Pese a esta igualdad formal, existen pocos ejemplos en los que el Estado haya iniciado una reclamación arbitral relativa a inversiones. Cabe resaltar que estos casos se fundamentaron en contratos de Estado²⁴, como reflejo de un sistema de obligaciones bilaterales que admite un método de resolución de disputas “de doble vía”²⁵.

III. Evolución y tipos de contratos de inversión

Desde las antiguas comisiones mixtas de resolución de controversias²⁶, la vía contractual se consideró como un mecanismo eficiente para resolver controversias transnacionales. Hoy por hoy, retorna la importancia del análisis sobre la relación entre el derecho contractual transnacional y el derecho internacional público²⁷. De forma previa, se describen las categorías más frecuentes de contratos de inversión²⁸.

Tradicionalmente, en el sector de los recursos naturales y energía, los Estados en vías de desarrollo requerían la exploración y explotación de las materias

²³ Brower, C., *op. cit.*, (cita 8), p. 113; Los redactores del Convenio CIADI habrían contemplado el acceso igualitario al mecanismo de resolución de controversias. En este sentido señalaron: “El Convenio permite la iniciación de procedimientos tanto por los Estados receptores como por los inversores, y los directores ejecutivos han tenido siempre presente que las disposiciones del Convenio deben adaptarse por igual a las exigencias de ambos casos”. (Traducción por el autor). CIADI, Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Convenio CIADI, Art. III (13). Disponible en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_Conv%20Reg%20Rules_EN_2003.pdf (Consultado en 12/01/2025).

²⁴ Por ejemplo, *Perú c. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.* Caso CIADI No. ARB/13/24. Resolución de suspensión de procedimiento (26/12/2013). Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9043.pdf> (Consultado en 12/01/2025).

²⁵ El sistema contractual de inversiones permite tanto a inversores como a Estados iniciar reclamaciones arbitrales, en contraste con el sistema de tratados.

²⁶ Ver, Bottini, G., *Admissibility of Shareholder's Claims under Investment Treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 79 y ss.

²⁷ Lowenfeld, A., *International Economic Law*. 2da Ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 496 y ss.; Ver por ejemplo, Dolzer, R., *Petroleum Contracts and International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2018.

²⁸ Bishop, D., Crawford, J., Reisman, M. *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005.

primas por parte de empresas extranjeras mediante la suscripción de contratos²⁹. Al tratarse de acuerdos con un ente de derecho público, las inversiones privadas en estos sectores se sujetaban a situaciones de riesgo político al considerarse que el Estado podría modificar las obligaciones pactadas ante un posible cambio gubernamental o mediante la modificación normativa³⁰.

En este sentido, los inversores extranjeros con capacidad de negociación y celebración de contratos con el Estado pretendían aislar los contratos mediante la elección del derecho aplicable, con la posibilidad de incorporar el derecho internacional (internacionalizar el contrato); o en su defecto, elegir una combinación del derecho domestico con el derecho trasnacional³¹ para dotar al acuerdo de mayores garantías³².

Asimismo, se pretendía la elección de un foro neutral de resolución de disputas. Finalmente, se incorporaron cláusulas contractuales especiales, como las cláusulas de estabilización³³.

Conforme a lo anterior, los contratos de Estado pueden definirse como aquellos acuerdos transnacionales entre inversores extranjeros (generalmente empresas multinacionales o conglomerado de empresas) y Estados o entidades estatales, que a través de una intención recíproca establecen sus derechos y obligaciones para llevar a cabo proyectos, normalmente a gran escala y largo plazo³⁴, para el cumplimiento de fines públicos que a la vez conllevan una contribución y riesgo distinto al comercial.

²⁹ UNCTAD, *State Contracts. UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2004.

³⁰ Zambrana Tevar, N., *op. cit.*, (cita 11), p. 91 y ss.

³¹ Para un panorama amplio sobre este aspecto ver: Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; Kjos, Hege, E., *Applicable Law in Investor-State Arbitration; The interplay between national and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013; Linares Cantillo, A., *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

³² Ver por ejemplo, Fatouros, A., “International Law and the Internationalized contract”, En *American Journal of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 p. 134 y ss.; Sornarajah, M., *op. cit.*, (cita 5).

³³ Ver, Gjuzi, J., *Stabilization clauses in international investment law, A Sustainable Development Approach*. Cham: Springer, 2018.

³⁴ Lim, C.; Ho, J. y Paporinskis, M., *International Investment Law and Arbitration; Commentary, awards and other materials*. 2ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 52-53.

Inicialmente se estructuraron mediante contratos de concesión y posteriormente adquirieron modelos conforme al sector económico. Como se detallará, se identifican los contratos de i) licencia; ii) servicios; iii) riesgo compartido y iv) operación conjunta³⁵. A efectos de su categorización y de forma meramente indicativa se señalan los siguientes:

- Concesiones sobre recursos naturales.
- Concesiones de servicios públicos.
- Contratos de construcción, explotación y transferencia.
- Asociaciones público-privadas.

1. Concesiones sobre recursos naturales

Bajo la modalidad de los primeros contratos de concesión, el Estado ofrecía al inversor el dominio de los recursos naturales, (por ejemplo, petróleo), dentro de áreas determinadas. En contraprestación, el inversor debía llevar a cabo el proyecto de exploración y explotación, y pagar una prima, más un canon al Estado por barril producido. Este tipo contractual generalmente guardaba silencio respecto a plazos perentorios u obligaciones de exploración o producción en cantidades mínimas³⁶.

A partir de la década de los años sesenta, el modelo fue sustituido por los Acuerdos de Producción Compartida (*Production Sharing Agreements*)³⁷. Esta modalidad enfatiza que los recursos existentes son de propiedad exclusiva del Estado, y que el inversor se compromete a explorar los recursos dentro de un área y plazo determinados, asumiendo el riesgo y coste³⁸. En caso de que el inversor descubriera un yacimiento, podría recuperar los costes en la primera producción y, en adelante, compartiría las utilidades con el Estado³⁹.

Conviene en este punto traer a colación dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que marcaron una etapa en las relaciones económicas entre inversores y Estados, e incidieron en un cambio del modelo contractual de las concesiones tradicionales:

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Bishop, D., Crawford, J., Reisman, *op. cit.* (cita 28), p. 139 y ss.

³⁷ Ver Inocencio, E, *Production Sharing Agreements: A Global Legal Handbook*, Horsell: Globe Law and Business, 2021.

³⁸ *Ibid.*, (cita 34).

³⁹ *Ibid.*, (cita 36).

1. La Resolución 1803 de 1962 sobre “soberanía permanente sobre los recursos naturales” establece que los Estados y las Organizaciones Internacionales respetarán estrictamente la soberanía de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios contemplados en la resolución. Dichos principios tienen relación con la exploración, desarrollo y disposición de recursos naturales, así como en aspectos concernientes a la nacionalización y expropiación, la inversión extranjera y la distribución de utilidades⁴⁰.
2. La Declaración 3201 de 1974 sobre el “establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI)”⁴¹, por su parte, realiza consideraciones en relación con el fomento de un sistema económico que permita a los Estados en desarrollo obtener mayor control material y jurídico sobre sus recursos naturales; mayor cooperación al desarrollo, precios equitativos de materias primas y mejora en el acceso a mercados⁴².

En adelante se utilizaron con frecuencia los acuerdos de infraestructuras y de servicios públicos. En virtud de estos, el inversor se compromete a construir, desarrollar y explotar servicios de interés general, (como la construcción y administración de centrales eléctricas, sistemas de distribución y transporte de energía, agua, telefonía, aeropuertos, instalaciones portuarias, carreteras, peajes, entre otros)⁴³. Los acuerdos difieren en aspectos inherentes al sector, pero contienen un núcleo de disposiciones críticas⁴⁴: Pueden destacarse las cláusulas de: derecho aplicable, fuerza mayor; estabilización, adaptación o renegociación; renuncia a inmunidades, buena fe; doctrina de la imprevisión y resolución de controversias.

⁴⁰ Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1962, de Soberanía permanente sobre los recursos naturales. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/general-assembly-resolution-1803-xvii-14-december-1962-permanent> (Consultado en 12/01/2025).

⁴¹ Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 3201 (S-VI) de 1 de mayo de 1974, sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional. Disponible en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_s.pdf (Consultado en 12/01/2025).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Bishop, D., Crawford, J., Reisman, M. *op. cit.* (cita 28), p. 456.

⁴⁴ *Ibidem*.

En lo que respecta a la resolución de disputas y al arbitraje internacional, varios casos emblemáticos derivaron de concesiones de hidrocarburos, como la nacionalización libia de empresas petroleras BP⁴⁵, TOPCO⁴⁶, TEXACO⁴⁷ y LLAMCO⁴⁸. Estas devinieron del mismo antecedente fáctico y pueden resaltarse los efectos jurídicos del tipo contractual empleado en estas concesiones, de forma paralela al impulso de la declaración del Nuevo Orden Económico Internacional⁴⁹.

2. Concesiones sobre servicios públicos

Este modelo contractual es una variante por la cual el inversor percibe una remuneración a través de tasas de los usuarios. Por ejemplo, los contratos de suministro de agua, gas, electricidad, gestión de residuos o gestión de instituciones, como registros mercantiles⁵⁰. En materia de arbitraje de inversión, se observan numerosas controversias a raíz de concesiones de servicios, como las reclamaciones en contra de la República Argentina ante el CIADI⁵¹.

⁴⁵ *BP Exploration Company (Liba) Limited c. Gobierno de la República Árabe de Libia*, International Law Reports, Vol. 53, 1979, pp. 297-38.

⁴⁶ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Gobierno de la República Árabe de Libia*, 62 International Law Reports, p. 141 y ss.

⁴⁷ *Texaco Overseas Petroleum Company (TOPCO) and California Asiatic Oil Company c. Gobierno de la República Árabe de Libia*, 53 International Law Reports, p. 389 y ss.

⁴⁸ Lowenfeld, A. *op. cit.*, (cita 27), p. 495; Tradicionalmente, los grandes arbitrajes petroleros fueron casos fundacionales en materia de solución de controversias transfronterizas. El profesor Lowenfeld detalla estos casos como catalizadores del nuevo derecho internacional económico.

⁴⁹ Cuando los precios del barril de petróleo se incrementaron en la década de los años ochenta, los países ricos en estos recursos observaron que bajo el tipo contractual el alza de precios favorecía en mayor medida a las compañías inversoras. Estos contratos establecían que el inversor pagaría al Estado un canon nominal a cambio de la retención total de los ingresos por ventas. Ante ello, la intervención del Estado en estas concesiones de alta capacidad lucrativa fue inminente y dio lugar a una serie arbitrajes internacionales que constituyen laudos relevantes en cuanto a la doctrina de internacionalización de los contratos de Estado.

⁵⁰ Lim, C.; Ho, J. y Paporinskas, M., *op. cit.*, (cita 34), pp. 52-53.

⁵¹ Durante la década de los años noventa el Estado Argentino privatizó servicios públicos mediante el otorgamiento de concesiones. Estos acuerdos fueron objeto de revocación o renegociación a raíz de la crisis financiera que el país atravesó a partir del año 2001. Conforme a los tratados de inversiones que el Estado argentino había suscrito, diversas empresas iniciaron reclamaciones de arbitraje internacional argumentando que las medidas del Estado eran equivalentes a expropiaciones ilegales de concesiones de servicios públicos. En este contexto, pudieron observarse reclamaciones paralelas, tanto basadas en tratados, como en contratos. Esta dualidad continúa como un aspecto no resuelto en el derecho de las inversiones.

3. Contratos de construcción, operación y transferencia

Se identifica también los contratos de Construcción, Operación y Transferencia (COT), o “Build, Operate and Transfer”, mediante los cuales la empresa inversora se encarga de la construcción de infraestructura, así como de su explotación durante un plazo, para posteriormente traspasar el dominio al Estado⁵². Por ejemplo, la construcción de autopistas y aeropuertos, en los que el inversor pretende recuperar la inversión con el cobro de peajes o tasas al explotar la infraestructura.

Debido al beneficio público que involucran, estos contratos podrían asemejarse a las concesiones de servicios públicos. Sin embargo, la diferencia radica en que los contratos COT permiten la cesión de la explotación al Estado. Asimismo, en un contrato COT, el inversor no presta un servicio público durante la totalidad de la duración del contrato, cuestión que sí ocurre en el contexto de una concesión⁵³.

Por la dimensión y coste de las infraestructuras, los contratos COT suelen requerir la cooperación de las partes junto a subcontratistas e instituciones del Estado. El tratamiento de este tipo de contratos de largo plazo demanda mecanismos flexibles considerando el principio de la buena fe y la posibilidad de la revisión negociada ante situaciones imprevisibles⁵⁴.

4. Asociaciones público-privadas

Finalmente, las Asociaciones Público-Privadas (APP) son contratos de largo plazo entre una empresa privada y una entidad gubernamental celebrados para proveer bienes o servicios públicos, en los que la parte privada asume la responsabilidad de la gestión y un riesgo significativo, debido a que la remuneración se encuentra vinculada a los resultados⁵⁵.

⁵² Herdegen, M., *Principles of International Economic Law*. 2da. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Ver por ejemplo, Lein, E. *Breathing Space in International Contractual Disputes: Adapting to Global Crises*. Special Course delivered at The Hague Academy of International Law. Summer Course 2024, The Hague, 12-16 Aug. 2024. Para una versión escrita previa consultar https://www.biiicl.org/documents/10695_revised_concept_note_2_on_the_effect_of_the_pandemic_on_commercial_contracts_bd.pdf (Consultado el 10/01/2025).

⁵⁵ Lim, C.; Ho, J. y Papparinkis, M., *op. cit.*, (cita 34), p. 54.

De acuerdo con esta definición, puede inferirse que las APP abarcan a las concesiones de recursos naturales, de servicios públicos e incluso los contratos COT. En este sentido, es evidente que muchos contratos de Estado pueden adoptar esta modalidad, a excepción de los contratos llave en mano (*turnkey contracts*), de los contratos de gestión y de los de arrendamiento financiero, que generalmente tienen una menor duración⁵⁶.

IV. Matices del arbitraje transnacional emergente de contratos de inversión

El arbitraje de inversiones se fundamenta en la necesidad de proteger a la inversión extranjera para fomentar el flujo de capitales hacia los Estados y favorecer su desarrollo⁵⁷. Por ello, la comunidad internacional adoptó el sistema arbitral para superar las diferencias que en el pasado eran resueltos mediante el uso de la fuerza o la reclamación diplomática con la inminente politización de los conflictos⁵⁸. Si el objetivo del sistema es la protección y fomento del flujo de capitales, podrían considerarse vías jurídicas alternativas al sistema de tratados, alternativos a los tratados.

Por su propia naturaleza, los arbitrajes bajo tratados implican procedimientos híbridos⁵⁹ que se fundamentan en el posible daño material o económico a la inversión⁶⁰. El Estado receptor mediante una previsión en su legislación interna o por medio de un tratado bilateral o multilateral de inversiones⁶¹ puede otorgar el consentimiento al arbitraje por adelantado. En esta línea, el consentimiento llegaría a perfeccionarse en el momento en el que un inversor extranjero

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Douglas, Z., *op. cit.*, (cita 31); Ho, J., *op. cit.* (cita 6).

⁵⁸ Moreno, Rodríguez, J., *op. cit.*, (cita 17), pp. 99-101.

⁵⁹ *Ibid.*, (cita 59), p. 394.

⁶⁰ Douglas, Z., "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration". *En British Yearbook of International Law*, 2003, N° 1, vol. 74, p. 195.

⁶¹ UNCTAD, *Course on Dispute Settlement*. Ginebra; United Nations, 2003, pp. 1-16.

presenta la solicitud de arbitraje⁶². La situación es distinta en los arbitrajes de inversión basados en contratos.

En este caso, se tiene presente que la base jurídica del arbitraje es el propio contrato mediante una cláusula de solución de controversias suscrita simultáneamente por las partes. Tanto el inversor como el Estado conocen la relación jurídica y la decisión de someterse a arbitraje conforme a sus necesidades concretas. Por otra parte, el núcleo de la protección son los derechos y obligaciones contractuales; no así los activos (*assets*) comúnmente enumerados en tratados de inversión⁶³.

Las partes pueden elegir libremente el método de solución de conflictos, Por ejemplo, el inversor nacional de un Estado parte del Convenio CIADI podría acordar contractualmente con el Estado receptor el someterse a mediación o arbitraje CIADI (bajo las Reglas y el Convenio de Washington), accediendo a las ventajas inherentes de este sistema, como la inmunidad, conducción del procedimiento y ejecución expedita del laudo arbitral⁶⁴.

Existen otras diferencias notables, entre los arbitrajes bajo tratados y contratos, como ser el derecho aplicable⁶⁵ a las distintas cuestiones jurídicas procesales y sustantivas⁶⁶: En el arbitraje bajo tratados, se tiene presente en primer lugar los requisitos generalmente de orden jurisdiccional, *rationae personae*, *rationae temporis* y en especial la definición de “inversión”⁶⁷. En el caso de los contratos de Estado, la interpretación de la definición de “inversión” no tiene la misma relevancia, lo cual permite centrarse en la resolución del fondo del asunto, en lugar de incidir en debates prolongados sobre jurisdicción.

⁶² Paulsson, J, *op. cit.*, (cita 4).

⁶³ Cardona, H., *Análisis de la evolución interpretativa del término “inversión” en el arbitraje internacional de protección de inversiones extranjeras*. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2024, p. 63.

⁶⁴ Consultar documento emitido por el CIADI, *Spotlight on Contract-based Disputes at ICSID*, Disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/blogs/spotlight-contract-based-disputes-icsid> (Consultado el 30/12/2024).

⁶⁵ Moreno, J., *op. cit.*, (cita 17), p. 394; señala Moreno que los contratos de Estado es un área en la que el derecho privado y público se encuentran y no puede observárselos desde una perspectiva puramente contractual sin tener en cuenta aspectos del derecho público y viceversa.

⁶⁶ Douglas, Z., *op. cit.*, (cita 31); Ver el conjunto de reglas desarrolladas por el autor para determinar el derecho aplicable a distintos aspectos dentro del arbitraje de inversión.

⁶⁷ *Ibidem*.

Por las características intrínsecas y tipología de los contratos de Estado⁶⁸, se marca una diferencia con los negocios jurídicos comerciales con una parte estatal⁶⁹. Lo anterior permite diferenciar el arbitraje de inversión bajo contratos⁷⁰ del arbitraje comercial internacional. Corresponde precisar, sin embargo, que el hecho de que una parte estatal se halle involucrada en una controversia contractual no convierte al litigio en un arbitraje de inversión, si la disputa es ajena a un contrato de Estado⁷¹.

Del mismo modo, no todo contrato celebrado por un inversor extranjero es un contrato de inversión⁷². Como señala Crawford, el ejemplo clásico es un contrato ordinario de compraventa de bienes, que por su propia naturaleza es de carácter estrictamente mercantil y no recaería por tanto dentro del ámbito de los contratos de Estado⁷³. Es indicativo en este sentido considerar los tipos contractuales descritos como ejemplos de contratos de inversión, o como denomina Cremades, “contratos administrativos globalizados”⁷⁴.

En cuanto a los elementos sustantivos, apunta Moreno que, a diferencia de los contratos domésticos de derecho privado, o contratos comerciales con una parte estatal, en los contratos de Estado existen elementos inherentes de derecho público. Por ejemplo, ante la terminación unilateral de un contrato de inversión por parte del Estado en el ejercicio de sus potestades soberanas (como ocurre en los contratos administrativos domésticos), emergerían reglas

⁶⁸ Es oportuno que organismos especializados como CNUDMI o UNIDROIT provean una definición y parámetros para la identificación de contratos de inversión, en favor de su adecuado tratamiento jurídico.

⁶⁹ Sornarajah, M., *op. cit.* (cita 5).

⁷⁰ Como subraya Cremades, el Convenio CIADI de 1965, estaba pensado más bien en inversiones extranjeras en recursos naturales, en la minería, en el petróleo, o en gas natural; Ver: Fernández Rozas, J., (Coord.) *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro Conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, Madrid: Torreblanca Impresiones, 2015, p. 39.

⁷¹ UNCTAD, *op. cit.*, (cita 63).

⁷² Moreno, Rodríguez, *op. cit.*, (cita 60). Indica Moreno que, a diferencia de los contratos domésticos, los contratos internacionales de inversión pueden ser gobernados por reglas del derecho internacional público.

⁷³ Crawford, J., “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Arbitration International*, 2008, Vol. 24, Issue 3, p. 351.

⁷⁴ CREMADES, Bernardo. “El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica”. *En Revista Argentina de Arbitraje*, 2018, n.º 2, p. 28.

del derecho internacional para amparar a las inversiones extranjeras⁷⁵. Pese a la elección del derecho interno como aplicable, el derecho internacional público sostiene que, una vez que un derecho ha entrado en existencia bajo la legislación local, no sería posible abstraer su significancia internacional por las posibles acciones estatales contrarias al derecho internacional⁷⁶. Por ello, las obligaciones derivadas de un contrato transnacional de inversión pueden permear el derecho doméstico, al menos en lo que respecta a la terminación contractual unilateral y a la resolución de disputas⁷⁷.

Tras estas consideraciones, es posible observar la presencia constante de disputas contractuales relativas a inversiones ante el CIADI⁷⁸. En efecto, anualmente se registran nuevos casos bajo contratos⁷⁹ ante esta institución y se pone de manifiesto que el arbitraje se hallaría en una posición central para alcanzar los objetivos de protección y fomento al flujo de capitales, siendo pertinente enfocar el debate desde la perspectiva contractual y las cláusulas críticas, como el derecho aplicable, la resolución de controversias y los efectos de la vulneración contractual para el derecho internacional como posible antecedente de responsabilidad del Estado.

V. ¿Responsabilidad internacional por vulneración a contratos de inversión?

En los procedimientos arbitrales de protección de inversiones de origen contractual la *causa petendi* principal es el posible quebrantamiento contractual de la parte estatal en detrimento del inversor⁸⁰. En el afán de equilibrar la relación jurídica, el Estado receptor normalmente se ampara en el derecho doméstico y el

⁷⁵ Moreno, Rodríguez, J., *op. cit.*, (cita 17), pp. 397-398.

⁷⁶ *Op., cit.*, (cita 75).

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ *Op., cit.*, (cita 66).

⁷⁹ Ver: Estadísticas por sectores CIADI, Disponible en <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics> (Consultado en 16/01/2024).

⁸⁰ Ho, J., *op. cit.*, (cita 6), p. 2.

inversor extranjero en el derecho internacional⁸¹. Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula de derecho aplicable, los tribunales arbitrales tienen la ardua labor de determinar si una vulneración contractual puede en algún caso constituirse como una vulneración del derecho internacional capaz de generar la responsabilidad del Estado⁸².

Hoy por hoy, no existe una doctrina formal que delimite el marco de esta posible atribución al Estado en los contratos de inversión⁸³. Parte de esta interrogante proviene de las miradas contrapuestas alrededor de la “internacionalización de los contratos de Estado”⁸⁴. Los defensores de esta doctrina sostienen que el objetivo de la internacionalización sería transformar las obligaciones contractuales en obligaciones internacionales, convirtiendo así el incumplimiento contractual del Estado en una vulneración al derecho internacional⁸⁵. Por su parte, los detractores sostienen que el derecho aplicable a los contratos de inversión sería el derecho interno estatal, por sus vínculos más próximos a la relación jurídica, y por ende, carecería de pertinencia el dar cabida al derecho internacional para responsabilizar al Estado⁸⁶.

Otro de los argumentos contrarios a esta teoría se refiere a que, al momento de redactarse los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, no se habría incluido dentro de los supuestos a los quebrantamientos contractuales⁸⁷. Sin embargo, Ho identifica que la responsabilidad internacional por vulneración a contratos de Estado no provendría de esta fuente, sino de algunas decisiones arbitrales en las que los tribunales habrían incluido la aplicación del derecho internacional consuetudinario a las disputas contractuales⁸⁸. En definitiva, las cláusulas de derecho aplicable que no incluyen al derecho internacional no serían óbice para que en determinadas circunstancias pueda surgir

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Evans., M., *International Law*, 5ta Ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 420-421.

⁸³ *Ibid.*, (cita 68).

⁸⁴ Zambrana Tevar, N., *op. cit.*, (cita 11), p. 115.

⁸⁵ Zambrana Tevar, N., *op. cit.*, (cita 86).

⁸⁶ Sornarajah, M., *op. cit.* (cita 5).

⁸⁷ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), pp. 1-3; Crawford, J. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007, p. 351; Moreno, Rodríguez, J., *op. cit.*, (cita 17), pp. 401-406.

⁸⁸ Kehinde, O., *Book review on State Responsibility for Breaches of Investment Contracts by Jean Ho*, *Journal of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 294-295.

la responsabilidad internacional del Estado. No obstante, los incumplimientos contractuales no serían, *ipso facto*, vulneraciones al derecho internacional⁸⁹.

A este respecto, para que un contrato de inversión pueda dar lugar a responsabilidad internacional, su quebrantamiento debería ser grave y hallarse cercano a la vulneración de un tratado; cuestión por sí misma compleja, sujeta a evaluación arbitral. Por lo anterior, se tiene presente que solo los quebrantamientos más graves en el uso de la capacidad soberana del Estado (*iure imperii*) y por ende atribuibles al mismo, podrían generar responsabilidad internacional⁹⁰; no así los meros actos *iure gestionis*⁹¹.

A manera de ejemplo, puede citarse la terminación contractual de una concesión por medio de un decreto-ley/decreto legislativo, como un acto soberano, (que ningún actor de derecho privado puede ejercer), por cuanto se trataría de una actuación *iure imperii* con posibles elementos de responsabilidad internacional.

1. Distinción entre la responsabilidad internacional en base a tratados y a contratos

Como afirma Crawford, pocas cuestiones en el ámbito del arbitraje de inversión son tan controvertidas como la distinción entre tratados y contratos⁹². En este punto surge una interrogante relativa a si podría aplicarse el principio *pacta sunt servanda* (dimanante del derecho de los tratados) a los contratos de inversión⁹³.

Sobre la cuestión, Lauterpacht realizó la distinción entre la naturaleza jurídica de los contratos (de derecho privado) y los tratados (del derecho internacional). En su análisis, subraya que, por un lado, el derecho interno sería la base sobre la que se edifica la fuerza jurídica de los contratos y, por otro, el principio *pacta sunt servanda*, el que fundamenta la obligatoriedad de las normas de derecho internacional⁹⁴.

⁸⁹ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), p. 282.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Crawford, J. *op. cit.*, (cita 73) p. 13.

⁹³ Esta interrogante ha sido planteada por Jean Ho, quien profundiza los postulados propuestos por Sornarajah, en su monografía publicada por Cambridge University Press en 2020, titulada "State Responsibilities for Breaches of Investment Contracts".

⁹⁴ Lauterpacht, H. *Private Law Sources and Analogies of International Law. With special reference to international arbitration*. Londres: Longmans, Green, Co, 1927, p. 150.

Al hilo de este razonamiento, Sornarajah argumenta que debido a que el derecho internacional no reconoce la santidad incondicional de los tratados, tampoco reconocería la inmutabilidad absoluta de los contratos de inversión⁹⁵. Por ello, al aplicarse el principio *pacta sunt servanda* del derecho internacional a los contratos de inversión, este sería matizado por principios de derecho contractual, como la imposibilidad sobrevenida, *rebus sic stantibus*, entre otros, que permiten la liberación de obligaciones o la modificación contractual mediante adaptación por acuerdo entre partes⁹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, como se ha expuesto, dentro de los límites reconocidos el derecho internacional tiene cabida en la regulación e interpretación arbitral de los contratos de Estado⁹⁷. El derecho internacional consuetudinario sobre vulneraciones contractuales se vería reflejado en la decisión del Comité de anulación del caso CIADI *Vivendi c. República Argentina*⁹⁸.

En el citado caso, el Comité de Anulación entre otras cuestiones, subrayó que una conducta estatal puede vulnerar un estándar bajo el tratado bilateral aplicable y una disposición contractual, y viceversa. La responsabilidad del Estado por vulnerar el derecho internacional sería, en definitiva, distinta de la responsabilidad por incumplimiento de contratos. No obstante, según el contexto, el quebrantamiento hostil de un contrato podría elevarse de tal manera que puede resultar equiparable a una vulneración del derecho internacional⁹⁹.

2. Vulneración de cláusulas de estabilización y cláusulas paraguas

En primer lugar, las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión consisten en la prohibición al Estado receptor de alterar su régimen jurídico en un área determinada. Como señalan Dolzer y Schreuer, la intención del inversor se centra en la estabilidad del contrato y busca determinar que los

⁹⁵ Sornarajah, M., *op. cit.* (cita 5), p. 344.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), p. 152.

⁹⁸ *Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/19) Decisión de anulación. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8784.pdf> (Consultado en 16/01/2024).

⁹⁹ *Ibidem*.

potenciales cambios en la legislación del Estado receptor no se apliquen al contrato¹⁰⁰. Podría considerarse como un método para “blindar” el sistema jurídico aplicable, de las mutaciones que el Estado pudiera propiciar. Por ejemplo, en ocasiones se pacta el alcance de la cláusula de estabilización a ámbitos específicos, como el régimen impositivo¹⁰¹. Una variante de las cláusulas de estabilización son las (*freezing clauses*), mediante las que se establece como ley aplicable al contrato el derecho nacional del Estado receptor, tal y como se halla en vigor al momento de su suscripción¹⁰².

En segundo lugar, refiriéndonos en esta ocasión a los tratados de inversión, pueden algunos de estos incluir cláusulas paraguas (*umbrella clauses*). Estas exigen la observancia de las obligaciones contraídas por el Estado receptor y su quebrantamiento podría generar su responsabilidad internacional¹⁰³. Resulta difuso no obstante si el incumplimiento de una obligación contractual general por parte del Estado puede infringir una cláusula paraguas. Se advierten escasas decisiones arbitrales que habrían “internacionalizado” las obligaciones generales del contrato para determinar la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. Por ejemplo, los casos CIADI *Noeble Ventures c. Rumanía*¹⁰⁴, *BIVAC c. Paraguay*¹⁰⁵, *Duke Energy c. Ecuador*¹⁰⁶ y *SGS c. Filipinas*¹⁰⁷.

A *contrario sensu*, en la decisión de *El Paso c. Argentina*¹⁰⁸, el tribunal arbitral determinó que solo los actos soberanos son capaces de elevar la cláusula paraguas a un nivel internacional para que se configure la responsabilidad del

¹⁰⁰ Dolzer, R. y Schreuer, C. *Principles of International Investment Law*. 2da Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 82-83.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Dolzer, R. y Schreuer, C. *op. cit.*, (cita 100), pp. 166-169.

¹⁰⁴ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania, Caso CIADI No. ARB/01/11* Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf> (Consultado en 16/01/2024).

¹⁰⁵ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República de Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9. Disponible en <https://www.italaw.com/cases/179> (Consultado en 14/01/2024).

¹⁰⁶ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0257.pdf> (Consultado en 13/01/2024).

¹⁰⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Republica de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6.

¹⁰⁸ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0271.pdf> (Consultado en 14/01/2024).

Estado, y así, la vulneración contractual pueda equipararse a una violación de un tratado. Según este tribunal, la internacionalización del contrato a través de esta cláusula no es absoluta¹⁰⁹. En todo caso, parece ser que la distinción entre vulneraciones *iure imperii/iure gestionis* continúa presente y resulta relevante para dilucidar la existencia o ausencia de responsabilidad internacional en contratos de Estado.

3. Aplicabilidad del estándar mínimo de trato a los contratos de Estado

El estándar mínimo de trato a los extranjeros deviene de periodos que preceden a los tratados de inversión¹¹⁰, por cuanto una evaluación cabal requeriría remontarse a estos periodos, lo que excede el alcance del presente artículo. No obstante, actualmente es posible afirmar la existencia de un estándar de trato mínimo a las inversiones extranjeras en el marco de los contratos transnacionales de Estado. Lo anterior emerge de la adaptación del estándar mínimo de trato a la propiedad extranjera del derecho internacional consuetudinario¹¹¹ que ha sido aplicado por tribunales arbitrales en disputas contractuales relativas a inversiones. A este respecto, la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de un contrato de inversión *iure imperii* puede ser capaz de vulnerar este estándar mínimo¹¹².

Si bien se requiere mayor indagación científica y más bien se trata de una doctrina en desarrollo en esta materia, Ho señala que las circunstancias que colocarían al Estado en una posición de potencial vulneración de este estándar aplicado a los contratos de inversión, sería una combinación de: a) la existencia de una vulneración contractual estatal *iure imperii*; b) el nexo causal entre la existencia del daño material o económico con dicha vulneración y c); la ausencia de compensación¹¹³.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), p. 90 y ss.

¹¹¹ Lim, C.L, Ho, J., Paparinskis, M., *op. cit.*, (nota 34).

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), p. 100.

VI. Conclusión

Los contratos de inversión y el arbitraje internacional históricamente han jugado un rol protagónico para viabilizar y concluir grandes proyectos transnacionales.

Hasta los años noventa, todos los arbitrajes tramitados ante el CIADI se fundamentaron en contratos transnacionales de inversión y hasta la fecha las estadísticas de esta institución reflejan que existe una presencia permanente de disputas relativas a inversiones fundamentadas en contratos. Uno de los nuevos proyectos a cargo del CIADI está relacionado precisamente con la diseminación de su rol institucional en la resolución de disputas contractuales, proveyéndoles de un procedimiento abreviado¹¹⁴.

Como resalta Brower al referirse al término *investomercial arbitration*¹¹⁵, el arbitraje de inversiones basado en contratos continuará siendo un método eficiente de resolución de controversias, e incluso empresas inversoras de cierto volumen podrían en el futuro decantarse por negociar sus propios acuerdos con el Estado, antes de someterse a las interpretaciones de tratados en cuya redacción naturalmente no han participado.

El mecanismo contractual también demuestra la posibilidad de adaptar las condiciones sustantivas y procesales a las necesidades específicas de la relación jurídica inversor-Estado, y asimismo permite un método de solución de conflictos donde ambas partes gozarían de legitimación activa. Desde el punto de vista sustantivo, se requiere reanudar el análisis en la interrelación del derecho contractual transnacional y el derecho internacional público, puesto que los contratos de Estado, por su naturaleza híbrida, cuentan con elementos que en ciertos casos permiten su amparo mediante principios que subyacen al derecho doméstico del Estado, independientemente de la elección del derecho aplicable.

En esta línea, una de las cuestiones centrales que surge al evaluar los procedimientos de arbitraje transnacional de inversiones originados bajo contratos, es si el quebrantamiento de estos por la parte estatal puede generar la posibilidad de atribución de responsabilidad conforme al derecho internacional. Si bien se trata de una cuestión que requiere mayor profundización, puede observarse

¹¹⁴ *Global Arbitration Review, op., cit.*, (cita 15).

¹¹⁵ *Brower, C., op., cit.* (cita 8).

la existencia de una adaptación del estándar mínimo de trato, del derecho internacional consuetudinario, que ha sido aplicado por tribunales arbitrales al tratamiento de las inversiones extranjeras llevadas a cabo mediante contratos de Estado.

Por lo anterior, su transgresión podría dar lugar a presupuestos de responsabilidad internacional del Estado por vulneraciones contractuales graves en el uso de la capacidad soberana. Esto puede representar el surgimiento de un “derecho internacional de protección de inversiones mediante contratos transnacionales”. En consecuencia, se hace necesario analizar esta corriente del derecho de las inversiones manteniendo al arbitraje como el método de resolución de controversias por sus ventajas intrínsecas, como se detrae de la experiencia de los arbitrajes petroleros históricos, pero teniendo como base a los contratos transnacionales que podrían retornar al centro del sistema de protección de inversiones extranjeras.