

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL



**GUATEMALA FRENTE A LA NUEVA SUMISIÓN
DENTRO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN**

**LICENCIADA
ANA LUISA GATICA PALACIOS**

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2020

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

**GUATEMALA FRENTE A LA FIGURA DE NUEVA SUMISIÓN
DENTRO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

ANA LUISA GATICA PALACIOS

Previo a conferírsele el grado académico de

**MAESTRA EN DERECHO INTERNACIONAL
(Magíster Scientiae)**

Guatemala, septiembre de 2020

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Luis Renato Pineda

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

PRESIDENTE: Dr. Jorge Raúl Arroyave Reyes
VOCAL: M. Sc. Francisco José Lemus Miranda
SECRETARIO: M. Sc. Elsie Jannette Sierra Belches

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de ciencias jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).



Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
DOCTORA EN DERECHO • ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, 30 de octubre de 2019

Doctor
Luis Ernesto Cáceres
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Ciudad de Guatemala.

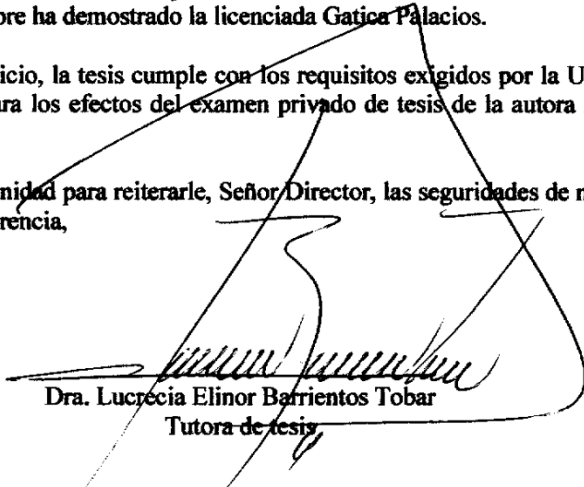
Estimado Dr. Cáceres:

Tengo el agrado de informarle que he procedido a revisar la tesis titulada **"GUATEMALA FRENTE A LA NUEVA SUMISIÓN DENTRO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN"** elaborada por la licenciada **Ana Luisa Gatica Palacios**.

Al respecto me permito informarle que he tenido varias reuniones con la licenciada Gatica Palacios para analizar el trabajo realizado y discutir algunos puntos relacionados con su tesis, formulándole algunas sugerencias, todo lo cual la licenciada Gatica Palacios aceptó, e hizo los arreglos necesarios en su trabajo de investigación; y siendo que el tema es sumamente interesante, de mucha actualidad y utilidad para Guatemala he procedido a aprobar dicho trabajo, el cual ha sido realizado con los índices de excelencia que siempre ha demostrado la licenciada Gatica Palacios.

Por lo tanto, a mi juicio, la tesis cumple con los requisitos exigidos por la Universidad para ser aceptada para los efectos del examen privado de tesis de la autora Ana Luisa Gatica Palacios.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle, Señor Director, las seguridades de mi especial consideración y deferencia,



Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
Tutora de tesis

Guatemala, 01 de julio de 2020

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

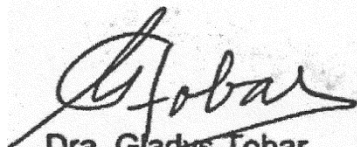
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

**GUATEMALA FRENTE A LA NUEVA SUMISIÓN
DENTRO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN**

Esta tesis fue presentada por la Licda. Ana Luisa Gatica Palacios, estudiante de la Maestría en Derecho Internacional de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras.
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 1 de septiembre del dos mil veinte.-----

En vista de que la Licda. Ana Luisa Gatica Palacios aprobó examen privado de tesis en la Maestría en Derecho Internacional lo cual consta en el acta número 10-2020 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“GUATEMALA FRENTE A LA NUEVA SUMISIÓN DENTRO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

- A DIOS Y A LA VIRGEN:** Por bendecir mi vida y a los míos de manera ilimitada y misericordiosa; por nunca desampararme y permitirme alcanzar cada uno de mis sueños.
- A MI MAMÁ:** Por acompañarme en cada paso que doy y por creer sin límites en mí, en mis sueños y en mis capacidades. Siempre has sido y serás mi heroína y mi inspiración. ¡Te adoro mami linda!
- A MI ESPOSO:** Por empujarme a conseguir todo lo que me propongo, por amarme sin condición y por iluminar cada uno de mis días con su sonrisa. Te agradezco sobre todo a ti, la paciencia que tuviste en este proceso, ¡te amo!
- A MI ABUELITA:** Por enseñarme que sin importar nada, todos los días existen motivos para sonreír, ser agradecido con la vida y ser feliz.
- A MIS HERMANOS:** Por amarme sin importar nada y por ser uno de los motores más grandes de mi vida.
- A MI MEJOR AMIGA:** Por apoyarme en cada etapa de este proyecto y por soñar siempre conmigo en las grandes metas que aún nos faltan por construir y alcanzar juntas.
- A MIS SUEGROS:** Por hacerme sentir como una hija, por hacer tuyas mis metas y logros, por impulsarme a cerrar este ciclo y por darme un segundo hogar, que siempre atesoraré.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** En especial a los evaluadores, tutores y profesores de la Escuela de estudios de posgrado de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A TODOS LOS QUE HICIERON ESTO POSIBLE:** ¡Infinitas gracias!



ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	
1. Solución pacífica de controversias internacionales	1
1.1. Controversia	1
1.2. Controversia internacional	3
1.3. Solución o arreglo pacífico de controversias internacionales	5
1.3.1. Antecedentes	6
1.3.2. Derecho internacional contemporáneo	9
1.3.2.1. Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, 1899 -Primera Conferencia de la Paz-	9
1.3.2.2. Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, 1907 -Segunda Conferencia de la Paz-	11
1.3.2.3. Tratado de Versalles, 1919	12
1.3.2.4. Tratado sobre Renuncia a la Guerra, 1928 -Pacto Briand Kellog o Pacto de París-	13
1.3.2.5. Carta de San Francisco, 1945 -Carta de las Naciones Unidas-	14
1.3.2.6. Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de Controversias, 1948 -Pacto de Bogotá o Carta de la Organización de Estados Americanos-	17
1.3.2.7. Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas	18
1.3.2.8. Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales	23
1.3.3. Clasificación de los medios pacíficos de arreglo de controversias internacionales	24
1.3.3.1. Medios políticos o diplomáticos	24
1.3.3.2. Medios jurídicos	37



CAPÍTULO II

2. Responsabilidad internacional de los Estados como antecedente del derecho de las inversiones extranjeras	67
2.1. Responsabilidad Internacional	67
2.1.1. Historia	69
2.1.2. Contenido	70
2.1.2.1. Efectos	73
2.1.3. Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional	76
2.2. Protección diplomática	77
2.2.1. Historia	79
2.2.1.1. Casos de protección diplomática convertida en intervención	81
2.2.1.2. Doctrinas contra el intervencionismo	84
2.2.2. Naturaleza jurídica	89
2.2.3. Condiciones del ejercicio	91
2.3. Responsabilidad internacional en las inversiones extranjeras	93

CAPÍTULO III

3. Derecho de las inversiones extranjeras y el arbitraje internacional	95
3.1. Historia	95
3.2. Inversión extranjera	97
3.2.1. Sujetos de la inversión	98
3.2.2. Clasificación	99
3.2.2.1. Títulos o propiedad	99
3.2.2.2. Deuda o patrimonio neto	99
3.2.2.3. Bajo o alto riesgo	100
3.2.2.4. Corto o largo plazo	100
3.2.2.5. Directa o indirecta	100
3.2.2.6. Interna o extranjera	100
3.2.3. Normativa	103
3.2.3.1. Internacional	103
3.2.3.2. Nacional	152



3.2.4. Estándares mínimos de protección de las inversiones	160
3.2.4.1. Trato mínimo	161
3.2.4.2. Trato justo y equitativo	162
3.2.4.3. No discriminación	166
3.2.4.4. Plena protección y seguridad	170
3.2.4.5. Expropiación e indemnización	171
3.2.4.6. Libre transferencia de fondos	174
3.2.4.7. Subrogación	175

CAPÍTULO IV

4. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el arbitraje de inversión	177
4.1. Formulación del Convenio CIADI	179
4.1.1. Creación y objetivo	182
4.1.2. Estructura	183
4.1.3. Consejo Administrativo	183
4.1.4. Secretariado	185
4.1.5. Jurisdicción	186
4.2. Arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados	187
4.3. Procedimientos ante el CIADI	189
4.3.1. La conciliación	189
4.3.1.1. Procedimiento	190
4.3.2. Arbitraje de inversión	195
4.3.2.1. Regulación del arbitraje	195
4.3.2.2. Procedimiento de arbitraje	198
4.3.2.3. Impugnaciones	207
4.3.2.4. Nueva Sumisión	217
4.3.2.5. Reconocimiento y ejecución de laudos	222
4.3.2.6. Formas alternativas de finalizar el arbitraje	222
4.3.2.7. Particularidades del arbitraje de inversión	226
4.3.2.8. Críticas al arbitraje de inversiones	227

4.3.2.9. Proceso de enmiendas a las reglas procesales de arbitraje

230

CAPÍTULO V

5. Guatemala y el límite a la nueva sumisión	233
5.1. Guatemala como demanda en casos administrados por el CIADI	233
5.1.1. Caso CIADI No. ARB/07/23 Railroad Development Corporation c. República de Guatemala	234
5.1.2. Caso CIADI No. ARB/09/5 Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala	241
5.1.2.1. Antecedentes	241
5.1.2.2. APPRI España-Guatemala	244
5.1.2.3. Arbitraje de inversión CIADI	245
5.1.3. Caso CIADI No. ARB/10/23 TGH c. República de Guatemala	246
5.1.4. Caso CIADI No. ARB/18/43 Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala	250
5.2. La figura de nueva sumisión del Convenio CIADI	253
5.2.1. Casos de nueva sumisión (resubmission) registrados ante CIADI	259
5.2.1.1. Caso CIADI No. ARB/81/2 Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República de Camerún y la Sociedad de Fertilizantes de Camerún	259
5.2.1.2. Caso CIADI No. ARB/81/1 Amco Asia Corporation y otros c. Republica de Indonesia	260
5.2.1.3. Caso CIADI No. ARB/84/4 Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea	260
5.2.1.4. Caso CIADI No. ARB/97/3 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina	261
5.2.1.5. Caso CIADI No. ARB/02/16 Sempra Energy International c. República de Argentina	262
5.2.1.6. Caso CIADI No. ARB/01/3 Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina	263



5.2.1.7. Caso CIADI No. ARB/98/2 Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile	264
5.2.1.8. Caso CIADI No. ARB/07/27 Venezuela Holdings B.V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela	264
5.2.1.9. Caso CIADI No. ARB/10/23 TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala	266
5.3. Guatemala frente a la nueva sumisión	266
5.3.1. Ausencia de número de veces para solicitar la nueva sumisión	270
5.3.2. Ausencia de plazo para solicitar la nueva sumisión de un asunto	273
5.3.2.1. Incorporación de plazo para la solicitud de la nueva sumisión de un asunto a la normativa CIADI	275
5.3.3. Guatemala y el proceso de enmiendas a las reglas de arbitraje del CIADI	277
5.3.4. Propuesta de enmienda a la Regla 55 aplicable a Procedimientos de Arbitraje	283
5.3.4.1. Sistema de enmienda al Convenio CIADI inviable, enmienda al Convenio requiere aprobación de la totalidad de Estados Contratantes	284
5.3.4.2. Necesidad de determinación de plazo para solicitar nueva sumisión	285
CONCLUSIÓN	291
RECOMENDACIÓN	295
REFERENCIAS	297
ANEXO 1: Cuestionario para entrevista	
ANEXO 2: Observaciones de Guatemala a la propuesta de enmiendas a las reglas del CIADI	
ANEXO 3: Segundas observaciones de Guatemala a la propuesta de enmiendas a las reglas del CIADI	





INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se refiere a la figura jurídica de la nueva sumisión dentro del arbitraje de inversión. Este tipo de arbitraje constituye un mecanismo de solución pacífica y alternativa de los conflictos suscitados entre inversionistas extranjeros y un Estado receptor de inversión.

Dentro de ese arbitraje de inversión, se encuentra la nueva sumisión como un proceso propio o exclusivo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estado y Nacionales de Otros Estados, que fue definido dentro del proceso de investigación, como el procedimiento en virtud del cual, ante la existencia de un laudo que ha sido anulado total o parcialmente, la o las partes interesadas, vuelven a presentar su controversia sobre la totalidad o la parte del laudo que ha sido previamente declarado nulo.

Desde que se registró el primer caso ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI-, en 1972, únicamente nueve casos han derivado en nueva sumisión. No obstante, Guatemala forma parte de ese listado, por lo que es un tema de interés académico y profesional para los abogados nacionales dedicados al arbitraje internacional, específicamente al arbitraje de inversión, para la adecuada defensa de los intereses del Estado.

El problema radica principalmente en que la resolución de anulación dentro del propio arbitraje, conlleva una declaración de invalidez de la resolución original, el asunto -en la proporción que corresponda- es así despojado del carácter de definitividad, por lo que la nueva sumisión permite a las partes interesadas, acudir nuevamente a la justicia arbitral para que esta, a través de un nuevo tribunal, resuelva la controversia que aún no ha podido ser resuelta y de esta manera llene el vacío que la resolución de nulidad ha dejado.



Sin embargo, debido a que las reglas aplicables a un procedimiento de arbitraje, bajo las normas del CIADI, aplican *mutatis mutandis* a un proceso de nueva sumisión, de conformidad con la Regla 55 (4), el CIADI omitió hacer referencia al plazo dentro del cual la parte interesada debe requerir el conocimiento del asunto anulado por un segundo Tribunal arbitral, lo que impide para los usuarios del sistema, especialmente para los Estados, tener plena certeza al respecto, en virtud que, luego de una anulación de laudo, en cualquier momento, sin importar el tiempo transcurrido, cualquiera de las partes puede solicitar al secretario general del CIADI la nueva sumisión del asunto, sin que este pueda negar el registro de esta por extemporaneidad.

La investigación sobre el tema de la nueva sumisión surge de un interés por determinar cuáles son los efectos de esta figura, sus implicaciones dentro del arbitraje, su procedencia, y la necesidad de regularizarla y, en ese sentido, a qué órgano del Convenio I corresponde su reforma, o si es una facultad de todos los Estados Parte, subsanar la deficiencia procesal señalada, así como la vía adecuada para el efecto.

De tal manera, la investigación se realizó con base en el método científico, aplicando la deducción e inducción, así como una serie de análisis documentales y comparativos, auxiliados por la observación y entrevistas realizadas a expertos internacionales del arbitraje de inversión.

En la conversación con los expertos, se formularon treinta y cuatro (34) preguntas, perfilando la experiencia de estos, su conocimiento sobre arbitraje internacional y nueva sumisión, específicamente sobre la naturaleza de esta, así como sus virtudes y debilidades. Sobre la deficiencia procesal referente a la ausencia de plazo para la interposición de la figura en mención, coincidieron con la proponente en cuanto a la necesidad de subsanar la misma a través del establecimiento de un plazo razonable, la cual debía ser promovida mediante enmiendas a las Reglas de Arbitraje del CIADI.



Durante la investigación documental, así como la investigación de campo, uno de los obstáculos principales fue la ausencia de estudio específico sobre la nueva sumisión, a esta únicamente se le configura como consecuencia inmediata del proceso de anulación, mas no se ha profundizado en la naturaleza, efectos, virtudes y dificultades que dicha figura presenta.

En consecuencia, para poder abordar, por un lado, la experiencia que Guatemala ha tenido dentro del mundo del arbitraje de inversión, específicamente con la figura de la nueva sumisión; y, por el otro, determinar la conveniencia de la propuesta de reformar la figura de la nueva sumisión, la presente investigación ha sido organizada de la siguiente manera:

En el capítulo 1, se trata la importancia que los mecanismos de solución pacífica de controversias tienen en el ámbito del derecho internacional, especialmente el arbitraje.

En el capítulo 2, se aborda la figura de la responsabilidad internacional de los Estados, como antecedente del derecho de las inversiones.

En el capítulo 3, se hace referencia al derecho de las inversiones, así como los estándares mínimos de protección garantizados a través de los acuerdos internacionales sobre inversiones y, en el ámbito nacional, la normativa alrededor de dicha temática.

En el capítulo 4, se hace referencia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, el Convenio y las normas procesales, así como el proceso actual de enmiendas a estas; los procedimientos que este administra, específicamente el proceso de arbitraje de inversión en todas sus etapas, hasta llegar a la nueva sumisión.

Finalmente, en el capítulo 5, el lector encontrará los casos en los que Guatemala ha sido demanda ante el CIADI, así como los efectos que esto ha conllevado para el Estado en los últimos años y la alternativa sugerida para reforzar la enmienda propuesta,



para contribuir a subsanar la falencia procesal, de la cual carece la nueva sumisión, lo cual contribuirá al fortalecimiento del sistema de protección de las inversiones internacionales.



CAPÍTULO I

1. Solución pacífica de controversias internacionales

En el presente capítulo se desarrollará el origen de los mecanismos de solución pacífica de controversias en el ámbito del derecho internacional. La importancia del nacimiento de dichos métodos ha sido fundamental para la civilización humana, dado que estos significan esfuerzos importantes que limitan el uso de la fuerza y violencia como medios de solución de disputas y, en su lugar, dan paso -al menos en su mayoría- a soluciones racionales y pacíficas.

En ese sentido, a lo largo de la historia, especialmente en la época contemporánea, los Estados han acordado en diversos instrumentos internacionales, específicamente en la Carta de las Naciones Unidas y a nivel regional, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, abstenerse del uso de la fuerza y amenaza para la solución de conflictos, en pro del mantenimiento de la paz, armonía y seguridad internacionales.

1.1. Controversia

La expresión controversia, como muchas otras, no tienen acepción precisa. En sentido general, puede ser entendida como un “desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho, una oposición de puntos de vista legales o de interés entre las partes”. En sentido restringido, por otro lado, puede decirse que surge una controversia cuando una parte presenta a otra una reclamación basada sobre una presunta violación de la ley, y esta la rechaza. (Sorensen, 2017, pág. 628)

Una diferencia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o, de hecho, una contradicción de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas. (Ortíz Ahlf, 1993)



Por su parte, Orlando Greco, en su Diccionario de Diplomacia, establece que las controversias en sentido jurídico “son aquellas en las cuales las partes basan sus respectivas pretensiones y puntos de vista en motivos reconocidos por el derecho internacional”. (Grecco, 2014, pág. 28)

En suma, es posible precisar que una controversia, disputa, diferencia o conflicto es la exteriorización de discordancias entre dos o más sujetos de derecho, los cuales devienen de situaciones en común, en las cuales las partes tienen intereses distintos.

Particularmente, el artículo 34 de la Carta de San Francisco distingue entre “controversia” y “situación”, indicando que:

El Consejo de Seguridad podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

En ese sentido, puede afirmarse que una controversia implica un grado mayor de complejidad que una situación. Una situación sería entendida entonces, como el preámbulo o el origen que puede conducir a una controversia.

De tal cuenta, el término situación hace referencia a un estado de afectación sobre determinados sujetos. Dependiendo de la manera en la que esta se aborde, puede desaparecer o escalar y convertirse en una controversia; materializándose en la exteriorización de desacuerdos y pretensiones contrapuestas entre distintos sujetos de derecho.

De acuerdo con Marco Gerardo Monroy Cabra, las controversias pueden ser políticas y jurídicas. Las controversias jurídicas se refieren a la forma de aplicación del derecho vigente, mientras que las políticas son aquellas en las que la pretensión no deviene de una regla de derecho. (Monroy Cabra, 2002)



Por su parte, Max Sorensen, se refiere a controversias “legales” y “políticas” o controversias “justiciables” o “no justiciables”. Se sostiene que las controversias políticas no son susceptibles de arreglo por adjudicación. Este punto de vista surgió desde la época en que la aceptación del arbitraje como método obligatorio de solución empezó a ser propuesta por los hombres de estado y juristas. La distinción ha sido reconocida y aplicada en una serie de tratados de la Corte Internacional de Justicia, que limita la aplicación del alcance de la Cláusula Opcional a la categoría específica de conflictos legales. (Sorensen, 2017, pág. 630)

Lo anterior quiere decir que en las controversias jurídicas las partes están en desacuerdo acerca de la aplicación de la norma a un caso concreto, ocurren cuando un sujeto de derecho internacional no ajusta -a consideración de la contraparte- su comportamiento a la norma y se estima que ha ocasionado una ruptura del orden, por lo que se resuelven aplicando el mismo derecho, sin necesidad de crear nuevas reglas. Por el contrario, las controversias políticas requieren la modificación del derecho vigente y con ello, la participación del órgano legislativo interno.

1.2. Controversia internacional

Respecto a la conceptualización de controversia internacional, en 1924, en el asunto Concesiones Mavrommatis en Palestina, la Corte Permanente de Justicia Internacional –CPJI– estableció que: “una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos o más sujetos de derecho internacional, que se exterioriza mediante la formulación de una pretensión por una parte y su rechazo por la otra.”. (Corte Internacional de Justicia, 1924)

Para el Tribunal, las diferencias internacionales tienen una existencia objetiva, independiente del reconocimiento formal de las partes. Existe una diferencia desde el momento en que una de las partes comprueba que la actitud de la otra es contraria a la suya. (Corte Internacional de Justicia, 1924)



Más recientemente, en 1998, la Corte Internacional de Justicia –CIJ–, en la sentencia sobre el asunto de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria declaró:

Para establecer la existencia de una controversia, ha de demostrarse que la reclamación de una de las partes es impugnada positivamente por la otra y, además, la existencia o inexistencia de una controversia internacional es un asunto que exige determinación objetiva. [...]. (Corte Internacional de Justicia, 1998)

En su libro *The ICSID Convention: A Commentary*, Christoph H. Schreuer, establece que la existencia de una controversia jurídica presupone una diferencia de opinión concreta, que permite un mínimo de comunicación entre las partes correspondientes, siendo susceptible de ser resuelta por conciliación o arbitraje. (Schreuer, 2001)

Asimismo, encontramos en la *Enciclopedia Jurídica* una conceptualización de conflicto en el ámbito de derecho internacional público, indicando que se trata de una:

Situación que opone a uno o varios Estados con otro y otros, o con grupos de individuos o también con individuos protegidos por el derecho de gentes. Con el fin de sustituir en lo posible las soluciones violentas por las pacíficas, la Organización de las Naciones Unidas (Consejo de Seguridad) ha perfeccionado mecanismos procesales con ese objeto. (Enciclopedia Jurídica, 2014)

En consecuencia, una controversia o conflicto internacional puede ser comprendida como la existencia de desacuerdos de derecho o de hecho entre sujetos de derecho internacional, materializados a través de pretensiones y posiciones contrapuestas.



Lo anterior no debe significar el rompimiento de relaciones entre las partes, por el contrario, debe¹ buscarse su solución de acuerdo con lo previsto en el derecho vigente aplicable, ya sea en un contrato, convenio o tratado internacional.

1.3. Solución o arreglo pacífico de controversias internacionales

De acuerdo con el *Diccionario del Español Jurídico* de la Real Academia Española, el arreglo pacífico de controversias es un “principio estructural del derecho internacional, según el cual los Estados deben solucionar sus controversias internacionales exclusivamente por medios pacíficos, acudiendo a procedimientos libremente aceptados.” (Real Academia Española, 2020)

El artículo 1 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales establece: “Con el objetivo de prevenir, tanto cuanto sea posible, el recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados, los Potencias signatarias acuerdan emplear todos sus esfuerzos para asegurar la resolución pacífica de las diferencias internacionales.”.

En congruencia con los objetivos de la comunidad internacional, la Declaración sobre los Principios del derecho internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas contempla como principio fundamental del derecho internacional contemporáneo, el principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales.

En general, en la época contemporánea, en todos los rincones del mundo se ha dejado huella del esfuerzo que la comunidad internacional ha realizado por el mantenimiento de la paz internacional, para lo cual se ha instituido como piedra angular

¹ A través del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados se comprometieron a buscar soluciones pacíficas a sus controversias.



de las buenas relaciones internacionales el principio de arreglo pacífico de controversias, el cual consiste en que los sujetos de derecho internacional deben realizar sus mejores esfuerzos y procurar por todos los medios posibles la resolución amigable de sus controversias entre sí, evitando a toda costa el recurso de la fuerza, considerándose como violación de la paz el recurso de la guerra.

1.3.1. Antecedentes

De acuerdo con la publicación de Amnistía Internacional sobre la historia de los derechos humanos, en la antigüedad los conflictos eran resueltos, en su mayoría, a través de la venganza privada -en el plano particular- y mediante guerras y luchas -en el ámbito interestatal- en las que el vencedor no siempre era quien tenía la razón, prevaleciendo la fuerza y la violencia como factores de solución, tal y como lo demuestran las primeras recopilaciones de normas sistematizadas orientadas a organizar la vida en sociedad, como el Código de Hammurabi², que contenía, entre otras, la Ley del Talión³, denominación con la que se conoce al principio jurídico de justicia retributiva, en el que la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido. (Amnistía Internacional, s.f.)

Sin embargo, para Carlos Amigo Román, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, algunas controversias se solucionaban por medios pacíficos, siendo conocido incluso un caso de arbitraje entre Ciudades-Estado de Babilonia alrededor del año 3,000 a.C. (Amigo Román, 1995)

Asimismo, Roberto Valdés Sánchez señala en su obra *La transacción*, que en Grecia ya se regulaban en la ley algunos métodos de solución pacífica de conflictos,

² Tanto el Código de Urukagina, que data del año 2350 a.C. y el Código de Ur-Nammu del año 2050 a.C., aparecidos en Mesopotamia, antecedieron al Código de Hammurabi, que corresponde al año 1700 a. C.

³ El término *talión* deriva de la palabra latina tallos o tale, que significa *idéntico* o *semejante*, de modo que no se refiere a una pena equivalente, sino a una pena idéntica. La expresión más conocida de la ley del talión es la contenida en el Antiguo Testamento de La Santa Biblia, específicamente en el Éxodo 21:24 “*ojo por ojo, diente por diente*”.



como la conciliación, siendo los llamados Tesmotetes o Tesmótetas, quienes analizaban los hechos que originaban el conflicto y trataban de convencer a las partes para llegar a un acuerdo transaccional, ya que los griegos les otorgaban a estos acuerdos la fuerza de ley. Posteriormente, con el imperio romano, las XII tablas⁴ plasman el respeto de las autoridades romanas por los acuerdos alcanzados por las partes controvertidas. (Sánchez, 1998)

Así, las Tablas I, II y III regulaban lo concerniente al derecho procesal privado. Específicamente, se encuentra en la primera Tabla la siguiente regla: “[...] Cuando haya pacto sobre la cosa (litigiosa) proclámese. [...]”. Por su parte, la Tabla III establecía, entre otros, la posibilidad de pactar, incluso luego de dictada una sentencia. Además, sobre la figura del juez, que era la persona encargada de dictar sentencia, esta regulaba que fuese un ciudadano elegido de común acuerdo por las partes. (Derecho Romano, 2015)

Para Amnistía Internacional, el siguiente referente histórico relevante es el del mundo helénico, dado que una de sus mayores innovaciones es la introducción de la democracia como forma de organización social de sus ciudades, la cual se basaba en un nuevo concepto de dignidad humana para el hombre libre, el ciudadano (el título de ciudadano estaba reservado para unos pocos, siendo excluidos de este las mujeres, los extranjeros y evidentemente, los esclavos), lo cual trajo consigo el interés de la época por regular la administración de justicia, tema del cual se escribió en abundancia, destacando el Código de Dracón y el de Solón (el segundo fue una versión un tanto más sutil que el primero), estableciéndose en ambos que exclusivamente el Estado tenía la potestad de castigar a las personas acusadas; asimismo, estos textos contienen pasajes en los que se instaba a olvidar la violencia y obedecer la justicia, motivados por la creencia de que al que acataba lo justo, Dios le daba riquezas, por el contrario, al que no, lo hería sin piedad. (Amnistía Internacional, s.f.)

⁴ Lex Duodecim Tabularum, es el más antiguo código de Derecho romano. Fue redactado entre los años 451 y 450 a.C., y tomó como fuente el Derecho oral existente en aquel momento, tenía como fin regular la convivencia del pueblo romano.



Con la llegada del cristianismo, la solución pacífica de conflictos, vinculada a la idea de justicia divina y dignidad humana, encontró asidero moral en las sagradas escrituras, especialmente el evangelio de San Mateo contiene pasajes que invitan a los cristianos a practicar la paz entre sus semejantes, verbigracia:

- 5:38 Oísteis que fue dicho: Ojo por ojo, y diente por diente.
- 5:39 Pero yo os digo: No resistáis al que es malo; antes, a cualquiera que te hiera en la mejilla derecha, vuélvele también la otra;
- 5:40 y al que quiera ponerte a pleito y quitarte la túnica, déjale también la capa;
- 5:41 y a cualquiera que te obligue a llevar carga por una milla, ve con él dos.
- 5:42 Al que te pida, dale; y al que quiera tomar de ti prestado, no se lo rehúses.
- 5:43 Oísteis que fue dicho: Amarás a tu prójimo, y aborrecerás a tu enemigo.
- 5:44 Pero yo os digo: Amad a vuestros enemigos, bendecid a los que os maldicen, haced bien a los que os aborrecen, y orad por los que os ultrajan y os persiguen;

Durante la segunda mitad del siglo XVIII, en la que también fue materia de desarrollo la solución de controversias prevalecía el criterio que distinguía las controversias jurídicas de las políticas por el grado de importancia que tenían para las partes. Así, las controversias jurídicas tenían menos importancia que las políticas.

Por fuerza de este criterio, –impulsado por Emer De Vattel en 1758– se consideraba político todo conflicto, aunque demandase una cuestión de derecho, que pusiera en entredicho la independencia, los intereses o la honra nacional de los Estados en litigio; lo que significaba que los Estados no tenían obligación de resolver esas controversias de manera pacífica. Dicha obligación, según el razonamiento de De Vattel, únicamente aplicaba cuando las causas eran jurídicas. (Amigo Román, 1995)

Asimismo, es importante mencionar que la región latinoamericana también contribuyó al desarrollo en esta materia. El Primer Congreso Panamericano reunido en Panamá en 1826, concluyó con la firma del Tratado de Unión, Liga y Confederación



perpetua del 15 de julio de 1826, que establecía la solución pacífica de las controversias entre los Estados Americanos, disponiendo en su artículo 16: “Las partes contratantes se obligan y comprometen solemnemente, a transigir amigablemente entre sí, todas las diferencias que en el día existen o puedan existir entre algunas de ellas [...]”. (Villalta Vizcarra, 2014, pág. 24)

1.3.2. Derecho internacional contemporáneo

Es al final del siglo XIX e inicios del siglo XX cuando el arreglo pacífico de controversias alcanza su máximo desarrollo y se institucionaliza alrededor del mundo. Para el efecto, fueron suscritos un sin número de instrumentos internacionales, mediante los cuales los Estados se comprometían a abandonar la fuerza para sustituirla por mecanismos racionales y pacíficos que contribuyeran a las relaciones de amistad entre las naciones.

1.3.2.1. Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, 1899 -Primera Conferencia de la Paz-

El artículo 1 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales establece: “Con el objetivo de prevenir, tanto cuanto sea posible, el recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados, los Potencias signatarias acuerdan emplear todos sus esfuerzos para asegurar la resolución pacífica de las diferencias internacionales.”.

Por su parte, el artículo 2 indica:

En caso de grave disentimiento o de conflicto, antes de convocar a las armas, las Potencias signatarias acuerdan recurrir, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o a la mediación de una o de varias Potencias amigas.



Según información oficial de la Corte Permanente de Arbitraje, en 1898, el Conde Mouraviéff, Ministro de Asuntos Exteriores de Rusia, por instrucciones del Zar Nicolás II, realizó invitación a diversos países, a la Primera Conferencia de la Paz. Dicha invitación se fundamentó en la necesaria discusión de la carrera armamentista y la amenaza que representaba para la humanidad. A nivel internacional, era necesario discutir de qué manera la inversión, la tecnología y la ciencia utilizada para la creación de armas podía afectar la paz de las naciones. (Corte Permanente, s.f.)

De acuerdo con la misma fuente, la Primera Conferencia de la Paz se realizó en la Haya, Países Bajos, del 15 de mayo al 31 de julio de 1899, realizándose sesiones que desembocaron en las siguientes comisiones de trabajo:

- a. La Comisión para el desarme y la prohibición del empleo de determinadas armas;
- b. La Comisión para la adopción en las guerras marítimas de las estipulaciones de la Convención de Ginebra de 1864 y la revisión de la declaración concerniente a Bruselas de 1874 y;
- c. La Comisión para los buenos oficios, la mediación, el arbitraje y otros medios destinados a prevenir los conflictos armados entre las naciones. (Corte Permanente, s.f.)

De esta última comisión derivó la creación de la más antigua institución global dedicada a la resolución de controversias internacionales, a través del arbitraje y otros medios pacíficos, la Corte Permanente de Arbitraje. El artículo 20 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 establece:

Con el objetivo de facilitar el recurso inmediato al arbitraje para las diferencias internacionales que no se hayan resuelto por la vía diplomática, las Potencias signatarias, se comprometen a organizar una Corte Permanente de Arbitraje, accesible en todo momento y que funcione, salvo estipulación contraria de las Partes, conforme al Reglamento de Procedimiento incluido en la presente Convención.



En síntesis, la Convención en mención, consagra a la mediación, los buenos oficios, y el arbitraje como mecanismos para prevenir y solucionar pacíficamente conflictos armados entre naciones.

1.3.2.2. Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, 1907 -Segunda Conferencia de la Paz-

En 1907, en la Segunda Conferencia de la Paz, un grupo mayor de dignatarios de todas partes del mundo -incluyendo Guatemala- animados por la voluntad de cooperar para el mantenimiento de la paz y el arreglo amistoso de las controversias internacionales, consideraron necesario revisar ciertos puntos y completar la obra de la Primera Conferencia de la Paz para la resolución pacífica de controversias internacionales, por lo que suscribieron una nueva Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales.

De tal cuenta, en esta segunda versión de la Convención, se amplían las disposiciones sobre las Comisiones de Investigación relativas a dotar a esta de los principios de debido proceso y transparencia, incluye también la figura de testigos y expertos, así como del interrogatorio de estos por parte de la Comisión y de la facultad de esta de poder realizar verificaciones *in situ*.⁵

A diferencia de la versión de 1899, en la que únicamente se establecía que la Oficina Internacional en La Haya serviría de Secretaría de la Corte⁶, en la Convención de 1907 queda instituido que la Sede de la Corte Permanente de Arbitraje sería La Haya.⁷

⁵ Ver artículo s 10, 19, 21 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907.

⁶ Ver artículo 22 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899.

⁷ Ver artículo 43 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907.



Además, introduce reglas específicas de la forma de proceder de los Estados en caso de someter una controversia a la Corte.⁸ En lo que respecta a arbitraje, introduce un procedimiento sumario.⁹

Sobre el *quorum* para las deliberaciones en las reuniones del Consejo Administrativo de la Corte -compuesto por representantes diplomáticos de las Potencias contratantes acreditados en la Haya y el Ministro de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos, quien preside-, aumenta de 5¹⁰ que contemplaba la primera convención a 9 miembros.¹¹

1.3.2.3. Tratado de Versalles, 1919

El Tratado de Versalles, fue firmado en 1919 entre los Países Aliados y Alemania, con este se puso fin oficialmente a la Primera Guerra Mundial y se creó la Sociedad o Liga de Naciones. Respecto a la solución pacífica de conflictos, el artículo 13 establece:

Los miembros de la Liga convienen en que cuando surja entre ellos una disputa que reconozcan como propia para la sumisión a arbitraje y la cual no pueda ser satisfactoriamente arreglada por la diplomacia, someterán toda la cuestión a arbitraje. [...] Los miembros de la Liga convienen en que cumplirán con toda buena fe el fallo que se pronuncie y que no recurrirán a la guerra contra un miembro de Liga que cumpla el fallo.

Para el efecto, mediante el artículo 14 del mismo Tratado se creó la Corte Permanente de Justicia Internacional, la cual tenía competencia para “oír y decidir cualquier disputa de carácter internacional que las partes le sometieran”, tenía también facultad de emitir opinión consultiva sobre cualquier disputa o cuestión que le fuera referida por el Consejo o la Asamblea de la Liga de Naciones.

⁸ Ver artículo 45 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907.

⁹ Ver Capítulo IV de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907.

¹⁰ Ver artículo 28 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899.

¹¹ Ver artículo 49 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907.



Sobre el recurso de la guerra, el artículo 16 establecía:

En el caso de que un miembro de la Liga recurra a la guerra contra los compromisos contraídos en los artículos 12, 13 o 15 se le considerará ipso facto como habiendo cometido un acto de guerra contra todos los otros miembros de la Liga, los que se comprometen a someterlo inmediatamente a la ruptura de toda relación comercial y financiera, a la prohibición de todo tráfico entre sus nacionales y los del Estado que ha roto el pacto, y a la prohibición de toda relación financiera, comercial o personal entre los nacionales del Estado que ha roto el pacto y los de cualquier otro Estado, ya sea miembro de la Liga o no.

Pese a que a lo largo de la historia se realizaban esfuerzos por encontrar alternativas a la guerra para solucionar los conflictos sociales e incluso, aunque estos, eventualmente eran utilizados para casos concretos, la guerra no dejaba de ser un recurso para imponer voluntades, lo cual se denota en el Tratado de Versalles que, aunque establecía sanciones financieras contundentes a los Estados que recurrieran a ella, no la prohibía expresamente.

1.3.2.4. Tratado sobre Renuncia a la Guerra, 1928 -Pacto Briand Kellog o Pacto de París-

De acuerdo con el profesor Romualdo Bermejo en su obra *El uso de la fuerza, la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellogg*, la importancia del Pacto para el derecho internacional fue enorme, ya que no solo colmaba las lagunas existentes referentes a la guerra, sino que al mismo tiempo socavaba los fundamentos de la legitimidad del recurso a la guerra.

El Tratado sobre Renuncia a la Guerra fue suscrito por 15 Estados el 27 de agosto de 1928 en París, por iniciativa del ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Aristide Briand, y del secretario de Estado de los Estados Unidos Frank B. Kellogg, con la finalidad que los signatarios se comprometieran a no usar la guerra como mecanismo para la solución de las controversias internacionales.



Dicha proscripción a la guerra se encuentra contenida en el artículo 1 del Tratado, estableciendo que las partes declaran que condenan el que se recurra a la guerra para solucionar controversias internacionales, así como que renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones entre sí.

En concordancia, en el artículo 2 las partes se comprometen a que jamás procurarán buscar el arreglo de toda diferencia que surgiera entre ellas, sin importar su naturaleza u origen, por medios que nos sean pacíficos.

Pese a que el Tratado fue inicialmente suscrito únicamente por 15 Estados, entrando en vigor en julio de 1929, para 1930 ya contaba con 57 firmas o adhesiones, así “en 1939 el Tratado obtuvo una casi completa universalidad, aplicándose a 63 Estados.”. (Bermejo, 2015)

Sin embargo, la historia fue testigo de una segunda Guerra Mundial, por lo que, pese a que muchos países “renunciaron” al recurso de la guerra para la solución de conflictos en el Tratado en mención, pocos años después fue incumplido ampliamente por sus primeros suscriptores.

1.3.2.5. Carta de San Francisco, 1945 -Carta de las Naciones Unidas-

Al concluirse oficialmente la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de San Francisco en 1945, fue creada la Organización de las Naciones Unidas –ONU– en sustitución de la Sociedad o Liga de Naciones, cuya finalidad principal es -a la fecha- lograr por medios pacíficos, el arreglo de controversias internacionales, a través de medidas colectivas para la prevención y eliminación de amenazas a la paz.

Mediante la Carta de la ONU, se determinó la obligación por parte de los Estados miembros a resolver cualquier controversia a través de medios pacíficos, debiendo abstenerse del uso de la amenazas, fuerza y violencia.

En ese sentido, el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas establece que los propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebramientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.

Por su parte, el artículo 2 de la referida Carta, establece lo siguiente:

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Pese a lo expuesto, aunque el derecho internacional vigente obliga a las partes a no emplear la fuerza para la solución de controversias, las Naciones Unidas, por medio del Consejo de Seguridad¹², tiene la facultad de autorizar el empleo de fuerza armada en legítima defensa y policía internacional. Así, el artículo 51 de la Carta establece que, emplea lícitamente la fuerza armada, el Estado que se defiende de ataque armado, hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

¹² El artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas establece que “el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas (...)”. Además, el artículo 44 establece: “Cuando el Consejo de Seguridad haya decidido hacer uso de la fuerza (...)”; en el mismo sentido el artículo 45 indica: “A fin de que la Organización pueda tomar medidas militares urgentes, sus Miembros mantendrán contingentes de fuerzas aéreas nacionales inmediatamente disponibles para la ejecución combinada de una acción coercitiva internacional. (...)”. Finalmente, el artículo 46 señala: “Los planes para el empleo de la fuerza armada serán hechos por el Consejo de Seguridad con la ayuda del Comité de Estado Mayor. (...)”.



Sobre el uso de la fuerza como último recurso, el artículo 33 faculta al Consejo de Seguridad, si lo estima necesario, a instar a las partes a que arreglen sus controversias por medios pacíficos.

No obstante, si lo anterior fracasa, el Capítulo VII otorga a dicho órgano las facultades para emplear las medidas que estime necesarias para mantener o restablecer la paz, sin que ello implique el uso de la fuerza armada. Para el efecto, el artículo 41 establece las opciones coercitivas a las que puede recurrir, las cuales incluyen: “interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.”

Solamente si las medidas mencionadas no dieran los resultados esperados -mantenimiento o restablecimiento de la paz y seguridad internacional- el artículo 42 facultad al Consejo de Seguridad a hacer uso de fuerzas aéreas, navales o terrestres, para realizar las acciones necesarias.

Sin embargo, el Consejo de Seguridad debe o puede intervenir únicamente cuando los Estados no han logrado solucionar pacíficamente sus diferencias entre sí. Para el efecto, el primer párrafo del artículo 33 de la misma Carta de las Naciones Unidas presenta una variedad de medios pacíficos de solución de controversias:

Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.



1.3.2.6. Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de Controversias, 1948 - Pacto de Bogotá o Carta de la Organización de Estados Americanos-

En congruencia con los fines, principios y propósitos de las Naciones Unidas, en 1948, con la firma de la Carta de la Organización de los Estados Americanos en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, fue creada como organismo regional, la Organización de los Estados Americanos -OEA-¹³ (Organización de Estados Americanos, s/f.)

En ese sentido, el artículo 1 establece:

Las Altas Partes Contratantes, reafirmando solemnemente sus compromisos contraídos por anteriores convenciones y declaraciones internacionales, así como por la Carta de las Naciones Unidas, convienen en abstenerse de la amenaza, del uso de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción para el arreglo de sus controversias y en recurrir en todo tiempo a procedimientos pacíficos.

Por su parte, el artículo 2 de la citada Carta, prescribe lo siguiente:

Las Altas Partes Contratantes reconocen la obligación de resolver las controversias internacionales por los procedimientos pacíficos regionales antes de llevarlas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En consecuencia, en caso de que entre dos o más Estados signatarios se suscite una controversia que, en opinión de las partes, no pueda ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales, las partes se comprometen a hacer uso de los procedimientos establecidos en este Tratado en la forma y condiciones previstas en los artículos siguientes, o bien de los procedimientos especiales que, a su juicio, les permitan llegar a una solución.

¹³ Pese a que la OEA fue creada como se le conoce hoy en día en 1948, la página oficial de la organización establece que La Organización de los Estados Americanos es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como "sistema interamericano", el más antiguo sistema institucional internacional.



De tal cuenta, el artículo 25 de la norma citada, indica que son procedimientos pacíficos: “la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las Partes.”

Sobre la prelación y elección entre los procedimientos mencionados, el artículo 3 indica que el orden establecido en el Tratado no significa que las partes no puedan recurrir al que consideren más apropiado en cada caso ni que deban seguirlos todos ni que exista prelación entre ellos.

1.3.2.7. Declaración sobre los Principios del derecho internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas

Previo a desarrollar la Declaración sobre los Principios del derecho internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, es preciso destacar que el artículo 2 de la misma Carta, establece que la Organización y sus Miembros se regirán bajo los siguientes principios:

- a. Igualdad soberana de todos los Estados Miembros de la Organización;
- b. Cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas;
- c. Arreglo pacífico de controversias internacionales;
- d. Abstención de amenazas y/o uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de cualquier Estado
- e. Ayuda a la Organización en toda acción que ejerza de conformidad con la Carta, así como abstención de ayudar a Estados contra los que se ejerza acción preventiva o coercitiva.
- f. Esfuerzos por parte de la ONU para que los Estados no Miembros se conduzcan de acuerdo con los principios enumerados, en la medida necesaria para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional.



- g. No injerencia en asuntos de jurisdicción interna de los Estados, así como sometimiento voluntario de controversias a los procedimientos establecidos en la Carta.

En congruencia, mediante Resolución 2625 (XXV) la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 24 de octubre de 1970, la Declaración sobre los Principios del derecho internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

A través de dicha Declaración, la ONU proclamó los siguientes principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados:

a. Abstención de amenaza o uso de la fuerza

El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, significa que cualquier amenaza o uso de la fuerza constituye una violación del derecho internacional y de la Carta de la ONU, así como que una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, lo cual implica deducción de responsabilidades a los responsables.

b. Arreglo Pacífico de controversias internacionales

El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia implica que:

- Los Estados deben procurar llegar a un arreglo pronto y justo de sus controversias internacionales mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a



los organismos o sistemas regionales u otros medios pacíficos que ellos mismos elijan.

- Las partes en una controversia tienen el deber, en caso de que no se logre una solución por uno de los medios pacíficos mencionados, de seguir tratando de arreglar la controversia por otros medios pacíficos acordados por ellas.
- Los Estados parte en una controversia internacional, así como los demás Estados, deben abstenerse de toda medida que pueda agravar la situación de modo que ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
- El arreglo de las controversias internacionales se basa en la igualdad soberana de los Estados y en el principio de libre elección de los medios.

c. No intervención

La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta, conlleva que cualquier intervención armada o cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, son consideradas violaciones del derecho internacional.

Además, el uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención.

d. Cooperación recíproca

Los Estados tienen la obligación de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta, para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, así como el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, además de la eliminación de todas las formas de discriminación.



e. Libre determinación de los pueblos

El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos significa que todos los pueblos tienen el derecho de determinar su condición política, su ordenamiento y desarrollo económico, social, jurídico y cultural, debiendo los demás Estados el deber de respetar este derecho.

Dicho principio persigue fomentar las relaciones de amistad y cooperación entre Estados, así como eliminar el sometimiento, dominación y explotación extranjeras, lo cual constituye una violación de dicho principio y de los derechos humanos.

f. Igualdad soberana

El principio de igualdad soberana de los Estado comprende, entre otros, que los Estados son iguales jurídicamente, que cada uno goza de derechos inherentes a la soberanía, que cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados y que la integridad territorial e independencia política son inviolables

g. Buena fe

El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta significa que debe observar los principios, y normas del derecho internacional.

Los siete principios mencionados, de conformidad con la misma Declaración, son interdependientes parParPara efectos de su interpretación y tienen como finalidad complementar los estipulados en la Carta de las Naciones Unidas, así como desarrollar cada uno de modo que no quede lugar a duda de los alcances y compromisos que estos entrañan.

Adicionalmente, en relación con el principio de arreglo pacífico de controversias internacionales, en su obra *Soberanía del Estado y derecho internacional*, el profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, establece que existen dos principios fundamentales: (Carrillo Salcedo, 1976)



- a. Libertad de elección de los Estados interesados entre los diversos procedimientos de arreglo pacífico que el derecho internacional ofrece.

En congruencia con dicho principio, del contenido final del artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas se desprende que, los Estados tienen libre disposición respecto de la elección de medios pacíficos de solución de controversias internacionales. La parte conducente de dicha disposición establece que “las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante [...] medios pacíficos a su elección.”.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos por su parte, establece que los Estados Miembro podrán elegir entre los procedimientos pacíficos establecidos en el artículo 25 y “los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las partes”.

Lo anterior permite colegir que, tanto el Sistema Universal como el Interamericano, facultan a las partes en litigio a elegir cualquiera de las opciones que expresamente brindan para resolver sus controversias de manera pacífica. Además, si ninguna de las alternativas les resulta de utilidad o interés, tienen la libertad de elegir entre otras que no estén contempladas en ambas cartas, siempre que haya acuerdo entre estas sobre el mecanismo a utilizar.

- b. La prioridad en la negociación directa entre los Estados sobre cualquier otro procedimiento de arreglo pacífico de controversias.

Sobre este principio, en los instrumentos analizados, no existe una disposición expresa que indique tal preeminencia; sin embargo, tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en la Carta de la Organización de Estados Americanos, la negociación encabeza los listados, denotándose, como dicta la lógica, que la negociación directa debe ser el primer recurso del que las partes controvertidas deben hacer uso; luego y solo si esta fracasa, puede recurrirse a cualquiera de los otros métodos pacíficos



establecidos por dichas organizaciones o en su defecto, por el que las partes acuerden o hayan acordado previamente.

1.3.2.8. Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales

En concordancia con los principios y fines plasmados en la Carta de las Naciones Unidas, así como con la Declaración sobre los Principios del derecho internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, el 15 de noviembre de 1982, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 37/10, aprobó la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales.

Además de reiterar el compromiso de los Estados de arreglar sus controversias internacionales por medio de la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a acuerdos u organismos regionales u otros medios pacíficos que ellos mismos elijan, incluidos los buenos oficios, la Declaración de Manila reafirma las funciones de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia en la esfera del arreglo pacífico de controversias, por ende, establece, entre otros, que:

- La Asamblea General puede discutir cualquier situación que, a su juicio, pueda perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, recomendando medidas para su arreglo pacífico. Asimismo, recuerda a los Estados la posibilidad de llevar a la atención de la Asamblea General toda controversia o situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia.
- Sobre el Consejo de Seguridad, subraya la importancia y necesidad de fortalecer el papel que este ejerce en el arreglo pacífico de controversias, de acuerdo con el artículo 33 de la Carta.

- Respecto de la Corte Internacional de Justicia, indica que los Estados deberían tener presente que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la esta, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte. Por tal motivo, la declaración señala la necesidad de incluir en los tratados cláusulas en las que se disponga la presentación a la Corte de las controversias que puedan surgir de la interpretación o aplicación de mismos; así como la posibilidad de que los Estados reconozcan la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.

1.3.3. Clasificación de los medios pacíficos de arreglo de controversias internacionales

1.3.3.1. Medios políticos o diplomáticos

En congruencia con la clasificación de controversias internacionales (políticas o diplomáticas y jurídicas), la costumbre internacional ha clasificado los medios de solución pacífica de controversias internacionales en políticos o diplomáticos y jurídicos.

De acuerdo con Carlos Amigo Román, en su artículo *La solución de controversias internacionales y sus mecanismos*, los medios diplomáticos tienen por finalidad componer a las partes y sus diferentes intereses, sin buscar saber quién tiene la razón en el conflicto o a quién le asiste el derecho, pretendiéndose evitar acudir a la vía de la justicia pública o arbitral, dado que en estas la resolución será dictada por un tercero, a través de un laudo o sentencia. (Amigo Román, 1995)

Al decir de Loretta Ortíz, los medios diplomáticos para resolver los conflictos: son la negociación, los buenos oficios, la mediación, la encuesta o investigación y la conciliación. (Ortíz Ahlf, 1993)



Para Manuel Diez de Velasco, los medios diplomáticos son aquellos en que intervienen los órganos normales de las relaciones internacionales, como los agentes diplomáticos, ministros de Asuntos Exteriores. (Diez de Velasco, 2007)

Los medios pacíficos o diplomáticos han adquirido fuerza en el ámbito del derecho internacional a través de diferentes convenciones, dentro de las cuales pueden mencionarse a la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales -Convención de la Haya, 1907-; La Carta de las Naciones Unidas; La Carta de la Organización de Estados Americanos.

En los métodos pacíficos el resultado pretendido no es una solución en su acepción elemental, sino el entendimiento entre las partes, a través del cual se acomoden voluntariamente las pretensiones e intereses en juego.

a. La negociación

En el contexto del arreglo pacífico de controversias, el Diccionario del Español Jurídico, define a la negociación como un “procedimiento no jurisdiccional de arreglo pacífico de controversias internacionales basado en conversaciones directas entre las partes.” (Real Academia Española, 2020)

Desde una perspectiva histórica, Benjamín Schettini, diplomático de Ecuador, califica a la negociación como el “medio más antiguo y tradicional para el entendimiento entre individuos y pueblos”, indica que es inherente a la humanidad, en virtud que desde sus inicios ha estado presente y ha sido la piedra angular de la que surgieron los otros mecanismos de arreglo de controversias. Señala que se le considera como el método de solución de conflictos por excelencia. (Villacís Schettini, 2015, pág. 22)

Por su parte, Francisco J. Treviño Moreno, del Banco Interamericano de Desarrollo, define la negociación como “un mecanismo de solución de conflictos *inter partes* cuyo fin es obtener un acuerdo o solución sin la participación de terceros; suele



ser una etapa necesaria, que previene el crecimiento del conflicto y debe tender a su inmediata resolución.” (Treviño Moreno, 2019, pág. 5)

Igualmente, el doctor Armando Pesantes, concibe la negociación como “la presentación oral o escrita del caso, que motiva la divergencia [...] a la parte contraria, con la esperanza de llegar a un acuerdo satisfactorio [...]”. (Pesantes García, 1977, pág. 299)

El mismo autor destaca que la negociación puede tener las siguientes consecuencias:

- a) aquiescencia: una de las partes acepta las reclamaciones de la otra; b) desistimiento: renuncia de una de las partes a las pretensiones materia de la negociación; c) transacción entendimiento mutuo como producto de concesiones recíprocas; y d) ruptura: por desacuerdo total entre las partes. (Pesantes García, 1977, pág. 299)

Además, desde un enfoque diplomático, se concibe la negociación diplomática como “la relación entre dos o más Estados que es iniciada y dirigida con el propósito de lograr un entendimiento entre ellos sobre asuntos de interés.” (Diccionario del Español Jurídico, 2020)

Significa entonces que los esfuerzos por alcanzar acuerdos entre partes pueden devenir de la existencia o no de conflictos; es decir, pueden tener el propósito de solventar diferencias o simplemente de satisfacer necesidades e intereses particulares o colectivos.

En consecuencia, negociación es el procedimiento de arreglo pacífico de controversias al que pueden recurrir, voluntariamente, sujetos de derecho para que, a través del diálogo y bajo su propia acción y decisión, alcancen acuerdos y soluciones que satisfagan los intereses de ambas partes.



En armonía con lo indicado por Schettini, se considera que, si bien no existe prelación entre uno y otro procedimiento de arreglo pacífico de controversias, es natural concebir a la negociación como la primera opción para la solución de disputas, dado que es la forma más inmediata y sencilla de limar asperezas o disipar desacuerdos, incluso de evitar que una situación trascienda al carácter de controversia. Lo anterior debido a que, si existe buena fe y voluntad entre las partes, y, claro está, si la materia controvertida lo permite, no debería ser necesario el involucramiento de terceros que tendrán que educarse en el litigio para poder coadyuvar en la gestión de este, así como en la búsqueda de una solución.

De hecho, parece ser que lo más sano al prever conflictos en un contrato o convenio, es incluir en la cláusula de solución de disputas, como primera alternativa a la negociación y, solo si esta fracasa, dejar la opción a cualquier otro mecanismo o mecanismos que las partes establezcan para darle solución al conflicto.

b. Los buenos oficios

Fernando Pardo Segovia establece que la finalidad de los buenos oficios es “poner en contacto a las partes que se encuentran distanciadas, facilitando su acercamiento para hacer visibles las negociaciones directas, sin que por ello el tercero participe en estas. [...]”. (Pardo Segovia, 1991, pág. 52)

En el mismo sentido, Carlos Amigo Román opina que, a través de este mecanismo, un tercero busca lograr un acercamiento de las partes, poniéndolas en contacto y ofreciendo una sede. Coincide, además, en que, el tercero no participa directamente en la búsqueda de la solución ni se involucra en las negociaciones, así como en que el tercero no ofrece soluciones y tampoco tiene poder de decisión. (Amigo Román, 1995)

En armonía con los criterios anteriores, los buenos oficios constituyen el procedimiento o mecanismo de arreglo pacífico de controversias en el que un tercero



con cierta relación con las partes en conflicto, busca -de manera exclusiva- el acercamiento, como dice Sorensen, ya sea para la iniciación o reanudación de las negociaciones entre las partes. Una vez que esto sucede, su gestión y colaboración finaliza, dando paso a las partes hagan uso de cualquier otro mecanismo de solución de controversias.

Esto significa que los buenos oficios tienen lugar no solo cuando se ha roto la comunicación entre partes, sino como un mecanismo necesario tanto al inicio del conflicto, como para reabrir el puente del diálogo entre ellas.

En congruencia con las posturas expuestas, la Convención de la Haya de 1899, contenía elaboradas disposiciones referentes a los buenos oficios y la mediación, que fueron repetidas en la Convención de la Haya de 1907. (Sorensen, 2017) De esa cuenta el artículo 27 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 establecía que las Potencias signatarias consideraban como un deber, en caso de que un conflicto amenazare con estallar entre dos o varias de ellas, el recordarles la posibilidad de acudir a la Corte Permanente. Dicho recordatorio y consejo de acudir a la Corte, podía solo ser considerado como “buenos oficios”. En el mismo sentido quedó redactado el artículo 48 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907.

Por su parte, el artículo IX del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas establece que el procedimiento de los buenos oficios consiste en la gestión de uno o más gobiernos americanos o de uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado americano, ajenos a la controversia, en el sentido de aproximar a las partes, proporcionándoles la posibilidad de que encuentren directamente una solución adecuada. (Organización de los Estados Americanos, 1948)

Sobre el alcance de los buenos oficios, el artículo 10 del instrumento en mención establece que:



Una vez que se haya logrado el acercamiento de las partes y que estas hayan reanudado las negociaciones directas quedará terminada la gestión del Estado o del ciudadano que hubiere ofrecido sus Buenos Oficios o aceptado la invitación a interponerlos.

Lo anterior, denota que la finalidad de los buenos oficios es solamente restablecer el diálogo entre las partes en controversia, de modo que estas puedan retomar las negociaciones. No se trata de que el ente que brinde sus buenos oficios realice la negociación por ellos o les ayude a alcanzar la solución o les proponga una, sino solamente de lograr que las comunicaciones directas sean retomadas.

c. La mediación

Para González de Cossío, la mediación es el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes colabora guiando las negociaciones, con la finalidad de que ellas mismas logren llegar a un acuerdo que solucione la controversia. (González De Cossío, 2003)

Po su parte, Carlos Amigo Román, sostiene que en la mediación las partes otorgan a uno o varios terceros, denominados mediador o mediadores, el poder para mediar, ya sea por un tratado anterior al conflicto, o por nota que se envía al mediador. (Amigo Román, 1995)

En el *Informe sobre el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución* que presentará el secretario general en el sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, al referirse a la mediación, señaló que se trata de un “proceso por el que un tercero ayuda a dos o más partes, con su consentimiento, a prevenir, gestionar o resolver un conflicto ayudándolos a alcanzar acuerdos mutuamente aceptables.”. (Secretario general de las Naciones Unidas, 2012)



Además, explicó que la mediación se basa en la premisa de que, en el entorno adecuado, las partes en conflicto pueden mejorar sus relaciones y avanzar hacia la cooperación, así como que se trata de un esfuerzo voluntario, en el que el consentimiento de las partes es crítico para que el proceso sea viable y el resultado duradero.

La mediación es pues, el procedimiento de arreglo pacífico de controversias en el que las partes recurren a un tercero ajeno al asunto para que les guíe en el proceso de búsqueda de una solución que satisfaga equitativamente sus intereses. En este, no se pretende que el mediador dé la razón a una u otra, sino por el contrario, su fin debe ser encontrar el justo medio entre las posturas controvertidas. Para tal efecto, las partes educan al mediador en la sustancia del conflicto, de manera que este les dote de insumos que les permitan a las partes, y no al mediador, arribar a la solución más conveniente para todos.

Así, el artículo 4 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899, establece que el papel del mediador consiste en “reconciliar las pretensiones opuestas y apaciguar los resentimientos que puedan haber surgido entre los Estados en controversia.”.

Además, el artículo 6 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899, establece que esta tiene exclusivamente carácter de consejo, y no tiene jamás, fuerza obligatoria. El mediador no es un juez que dicta fallos, sino un facilitador que busca la avenencia de las partes.

Aunque dicha conceptualización pueda ser similar al espíritu de los buenos oficios, debe tenerse presente que en estos el tercero no participa de manera activa en las conversaciones de las partes, mientras que, en la mediación, el mediador tiene un rol importante en las negociaciones, guiando a las partes a la solución para que por sí solas encuentren la fórmula que mejor se adapte a los intereses de ambas.



En lo que respecta a la normativa americana, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas establece que la mediación consiste en someter la controversia a uno o más gobiernos americanos, o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado americano, extraños a la controversia. En uno y otro caso, el mediador o los mediadores serán escogidos de común acuerdo por las partes.

Sobre las funciones del mediador, el artículo XII de la misma normativa indica que consisten en asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable.

d. La investigación

Según el profesor Aníbal Maffeo, la investigación o determinación de hechos,¹⁴ es considerado uno de los métodos diplomáticos del derecho internacional para la resolución de conflictos, tiene por objeto “aclarar las cuestiones de hecho, sin pronunciarse en modo alguno respecto de las responsabilidades que puedan haber a los involucrados.”. Los Estados interesados quedan luego en libertad de deducir las acciones que pudieran corresponder, y de resolver el asunto acudiendo directamente al arbitraje. (Maffeo, 2004, pág. 7)

Por su parte, Carlos Amigo Román, explica que la investigación consiste en “un examen imparcial y objetivo de los hechos que han dado lugar a un conflicto, efectuado por una comisión especial, con el objetivo de aclarar los puntos que separan a las partes. (Amigo Román, 1995, pág. 524)

De las citas anteriores, la Investigación constituye un mecanismo de solución de conflictos que surge por cuestiones de hecho, en la que las partes, de común acuerdo, facultan a una Comisión para esclarecer una divergencia entre las misma, con el objeto

¹⁴ La Corte Permanente de Arbitraje, de acuerdo con su sitio web oficial, denomina indistintamente al procedimiento de investigación como determinación de hechos.



de que esta realice un análisis detallado y meticulado de hechos que han dado lugar a un conflicto.

Este procedimiento se regula desde la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899. En el artículo 9, se explica que en las controversias de orden internacional que no comprometan el honor ni intereses vitales y que surjan de apreciación sobre los hechos, las Potencias signatarias consideran útil que las Partes, que no hayan podido llegar a un acuerdo por la vía diplomática, instituyan una comisión internacional de investigación, para facilitar la solución de estas controversias, dilucidando los hechos mediante una investigación meticulosa e imparcial.

Seguidamente, el artículo 10 indica que estas comisiones deberán constituirse por convenio especial entre las partes controvertidas, así como que deberán definirse los hechos a ser examinados, así como las facultades que se otorgarán a la comisión y el procedimiento a seguir.

Los artículos 13 y 14 explican que la comisión de investigación deberá presentar un informe a las partes, el cual estará limitado a la verificación de los hechos, sin tener carácter vinculante, dejando a las partes en entera libertad en cuanto al efecto que deseen darle a la verificación realizada. Sobre el informe de la Comisión, se establece que carece de efecto vinculante y, -como los métodos anteriores- solo tendrá carácter de recomendación sometida a la consideración de las partes para facilitar el arreglo amistoso de la controversia.

Como se mencionó previamente, en 1907 fue suscrita la segunda versión de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899. En esta segunda versión, fueron ampliadas las disposiciones sobre las Comisiones de Investigación, de tal manera que se incorporaron cuestiones de debido proceso y transparencia, así como se profundizó sobre la figura de testigos y expertos y sobre el interrogatorio de estos por parte de la Comisión y de la facultad de esta de poder realizar verificación *in situ*. En tal sentido merece la pena destacar las siguientes disposiciones:



Respecto a temas procesales, el artículo 10 establece que las Comisiones Internacionales de Investigación, en caso de ser necesario, determinarán el lugar de sesiones de esta, el idioma a utilizar y aquellos cuyo empleo ante sí autorizará, así como la fecha en la cual cada parte deberá presentar su exposición de hechos, y en general, todas las condiciones que las Partes hayan convenido.

En lo que a representación y defensa respecta, el artículo 14 faculta a las partes a designar ante la Comisión de Investigación, agentes especiales con la función de representarlas y de servir de intermediarios entre ellas y la Comisión; asimismo, se autoriza la contratación de consejeros o abogados para defender sus intereses ante la Comisión.

Sobre resguardar el debido proceso y derecho de defensa de las partes, el artículo 19 preceptúa que en la investigación se oirá a ambas partes.

En general, la Convención de 1907 contiene grandes esfuerzos por regular el procedimiento de investigación, para el efecto dedica un Título completo denominado *De las comisiones internacionales de investigación*, el cual se encuentra comprendido del artículo 9 al 36.

Sobre las controversias internacionales en las que se ha hecho uso de este procedimiento, la Corte Permanente de Arbitraje, en su sitio oficial, reporta que desde su creación esta ha administrado cinco comisiones de investigación para la determinación de hechos.

De acuerdo con la misma Corte, la primera comisión de investigación trató el llamado "Incidente en el Mar del Norte", o caso *Dogger Bank*, asunto que involucraba a Gran Bretaña y Rusia. Para el efecto, el 15 de noviembre de 1904, la comisión fue creada mediante acuerdo, tras un incidente en el que la flota rusa del Báltico confundió unas embarcaciones británicas de buques de guerra japoneses, causando la muerte de varios británicos. La comisión de investigación, compuesta por un comité de cinco personas,



investigó los hechos del incidente y otorgó una indemnización a los británicos en su informe de 26 de febrero de 1905. (Corte Permanente, s.f.)

Respecto a la trascendencia de este procedimiento, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 2329 (XXII), de fecha 18 de noviembre de 1967, sobre la cuestión de los métodos para la determinación de los hechos, reafirmó la importancia de este mecanismo para la solución y prevención de controversias. De tal cuenta, invitó a los Estados miembros a que, al elegir los medios para el arreglo pacífico de las controversias, tengan presente la posibilidad de encomendar la verificación de los hechos.

Además, la Declaración sobre la determinación de los hechos en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de la 67° Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1991, en la que se estableció que debe entenderse por determinación de los hechos:

Toda actividad encaminada a obtener un conocimiento detallado de los hechos pertinentes de cualquier controversia o situación que los órganos competentes de las Naciones Unidas necesiten para desempeñar eficazmente sus funciones en relación con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

En suma, esta comisión no tiene facultad de sugerir fórmulas de arreglo entre las partes o deducir responsabilidades, o establecer a quien asiste la razón, su única misión es esclarecer hechos imprecisos y relevantes de los que se tengan dudas que no permitan una solución inmediata, de modo que una vez presentado el informe correspondiente, las partes puedan decidir qué solución procede o a qué mecanismo de solución de controversias recurrirán para la gestión de esta.



e. La conciliación.

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, explica que por este medio de solución pacífica de controversias se constituye, por impulso de una de las partes, una comisión que realiza un examen imparcial de una controversia, con el objeto de definir términos de arreglo susceptibles de ser aceptados por las partes, sin que estos sean obligatorios. Indica, además, que esta comisión puede estar conformada por miembros designados por cada parte y por miembros extranjeros designados de común acuerdo por ambas partes, así como que puede ser establecida con carácter permanente o únicamente para atender un determinado litigio. (Villalta Vizcarra, 2014)

Por otro lado, González de Cossío concibe la conciliación como el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes en esta emite un veredicto carente de fuerza vinculatoria acerca de la solución más justa/adecuada de esta. (González De Cossío, 2003)

Tal como confirma la profesora María Encarna García Jiménez, en sus *Notas sobre la Conciliación: ¿un procedimiento de arreglo pacífico de controversias internacionales con sentido actual y perspectivas de futuro?* esbozar un concepto de conciliación supone un ejercicio académico complejo, en tanto existen líneas doctrinarias diversas sobre su conceptualización. Mientras que en algunos casos aparece con carácter de mero trámite, como fase previa a mecanismos como el arbitraje o el arreglo judicial, en otros se busca indiscutiblemente el avenimiento mediante esta.

Por otro lado, algunos autores y sobre todo las organizaciones internacionales la conciben acompañada de la investigación, mientras que autores como González de Cossío la comprenden como un mecanismo autónomo, que no requiere de otro para poder cumplir con el fin de generar fórmulas de avenimiento para el análisis de las partes.

Tomando en consideración las definiciones anteriores, la conciliación es un procedimiento de arreglo pacífico de controversias por medio del cual las partes en



controversia, de manera voluntaria, someten al conocimiento de un tercero imparcial (que puede ser un sujeto de derecho o una comisión creada de forma permanente o *ah hoc*) el conflicto, con la finalidad que este realice un análisis exhaustivo tanto del litigio como de la postura de las partes, de modo que elabore una propuesta o propuestas de solución, sin que estas tengan carácter vinculante, sino para que las partes decidan la que se acomoda de mejor manera sus intereses.

Para poder realizar la tarea asignada al conciliador, este puede hacer uso de los recursos o procedimientos (como la investigación) que estime necesarios para poder agenciarse de los insumos que le permitan tener un conocimiento adecuado de la situación controvertida.

Al igual que las formas de solución pacífica desarrolladas en este capítulo, la conciliación es de igual forma regulada por la Carta de las Naciones Unidas, en el artículo 33 como un procedimiento de arreglo pacífico de controversias, lo mismo sucede en el artículo 25 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Sin embargo, previo a la suscripción de estos dos instrumentos de derecho internacional contemporáneo, el 05 de enero de 1929 fue suscrita en Washington, la Convención General de Conciliación Interamericana. Mediante esta, los Estados signatarios, incluidos dentro de ellos Guatemala, deseosos de demostrar su desdén por la guerra como instrumento de política nacional, se obligaron a someter al procedimiento de conciliación todas las controversias de cualquier naturaleza que por cualquier causa surgieren entre ellas, y no haya podido ser resuelta por la vía diplomática.

Para el efecto, se estableció la conformación de Comisiones Permanentes de Conciliación, que tendrían obligación de ejercer funciones conciliatorias, a iniciativa propia o cuando hubiese la posibilidad de perturbación de las relaciones pacíficas o, a petición de parte.



Posteriormente, al igual que la Carta de la OEA, en 1948 fue suscrito el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas dedica un capítulo a la conciliación, denominado *Procedimiento de investigación y conciliación*. Este procedimiento, según los artículos XV y XVI, consiste en someter, a petición de parte, una controversia a una comisión de investigación y conciliación, que tendrá que esclarecer puntos controvertidos, procurando llevar a las partes a un acuerdo en condiciones recíprocamente aceptables.

Como podrá notarse, la conceptualización que la Organización de los Estados Americanos realiza en el instrumento en mención combina la investigación con la conciliación, dotando a la comisión de facultades para investigar y con base en sus hallazgos, proponer a las partes fórmulas para procurar un arreglo entre ellas. Como ha quedado plasmado en los mecanismos estudiados, el informe tampoco es obligatorio para las partes.

1.3.3.2. Medios jurídicos

De acuerdo con Ana Elizabeth Villalta Vizcarra en su informe *Solución de Controversias en el derecho internacional*, los medios jurídicos de solución de controversias internacionales son aquellos mediante los cuales se somete el litigio o conflicto a un Tribunal Judicial o Arbitral, para que lo resuelva a través de una solución jurídica, denominada sentencia o laudo. (Villalta Vizcarra, 2014)

Por su parte, Carlos Larios Ochaita, indica que los medio jurídicos o jurisdiccionales son aquellos en los cuales existe un órgano con jurisdicción, con poder para juzgar, al cual se acude para dirimir de forma pacífica los Conflictos Internacionales. (Larios Ochaita, 2010)

También se refiere a los medios quasijurídicos o quasijurisdiccionales, explica que son aquellos que están presididos por personas que no ejercen jurisdicción ni tienen poder para ejecutar o hacer ejecutar o hacer cumplir lo juzgado, pero que gozan del respecto en el ámbito internacional por su alta credibilidad y preparación.



En estos mecanismos, las partes vierten al proceso sus alegatos, pruebas fácticas y el derecho aplicable, así como sus pretensiones, con el objeto de demostrar al órgano judicial o arbitral, a quién le asiste la razón.

Respecto a la conducta de las partes, estas dejan de lado el espíritu colaborativo de los medios políticos/diplomáticos, en los que se pretende una decisión que satisfaga los intereses de ambas partes de manera equitativa, por el contrario, en la solución judicial y el arbitraje, si bien de manera pacífica, lo que se procura es que el tribunal judicial o arbitral otorgue la razón a una sola de las partes. Al establecer a qué parte asiste el derecho, el efecto inmediato es que la otra parte deba asumir consecuencias, las cuales que se traducen en sanciones o indemnizaciones de diferente índole.

Finalmente, y más importante, es que, luego del análisis correspondiente, con base en el derecho, los principios y la costumbre internacional, la resolución emanada del tribunal judicial o arbitral, según corresponda, es de cumplimiento obligatorio para las partes.

a. Solución o arreglo judicial

De acuerdo con Carlos Amigo Román, el arreglo judicial tiene por finalidad “llegar a una decisión jurídica obligatoria para las partes, proferida por personas u órganos independientes [...]”. (Amigo Román, 1995, pág. 528)

Para Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, el arreglo judicial consiste en la “solución de controversias por medio de una sentencia obligatoria pronunciada por un Tribunal Permanente dotado de una estructura legal orgánica; es decir, una Corte permanente preestablecida que funciona de acuerdo con su propio estatuto o tratado constitutivo.” (Villalta Vizcarra, 2014, pág. 19)

A decir de Diez de Velasco, el arreglo judicial se caracteriza por la intervención de órganos compuestos por jueces plenamente independientes de las partes en la



controversia, que ejercen sus competencias normalmente de forma permanente, a través de un procedimiento judicial de carácter contradictorio y que resuelven la diferencia que les es sometida mediante sentencias que tienen siempre carácter obligatorio para las partes en el litigio. (Diez de Velasco, 2007)

De tal cuenta, el arreglo judicial es un mecanismo heterocompositivo¹⁵ de solución de controversias, mediante el cual las partes se someten de manera voluntaria a la jurisdicción de una corte permanente, para que esta (constituida por jueces ajenos al conflicto, imparciales e independientes), conozca disputas futuras o presentes y, luego de escuchar a ambas partes en un proceso contradictorio, emita una sentencia, la cual es de cumplimiento obligatorio.

Dentro de los instrumentos internacionales sobre arreglo pacífico de controversias, destaca como referente histórico fundamental, el Tratado de Versalles. Este contemplaba en el artículo 14 lo siguiente: “El Consejo formulará y someterá a los miembros de la Liga, para su adopción, planes para el establecimiento de una Corte Permanente de Justicia Internacional [...]”

Esta Corte tendría competencia para oír y decidir cualquier disputa de carácter internacional que las partes le sometieran, pudiendo también emitir opinión consultiva sobre cualquier cuestión que le fuera sometida por el Consejo o la Asamblea.

Posteriormente, con la Carta de las Naciones Unidas, fue sustituida la Corte Permanente de Justicia Internacional por la Corte Internacional de Justicia, la cual se estableció en 1946, con la adopción del Estatuto de la Conferencia de San Francisco del 26 de junio de 1945.

¹⁵ La heterocomposición es una forma de solución de conflictos, que implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial para proferir la solución al desacuerdo. Es decir que, a diferencia de la autocomposición -en la que las partes mismas procuran la solución a la controversia-, en la heterocomposición, no son las partes, quienes resuelven o deciden, sino el tercero que estas mismas han designado para el efecto.



De tal cuenta, tanto el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas como el artículo 1 del Estatuto de la Corte, la configuran como el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Además, en el artículo 93 de la Carta, queda establecido que todos los miembros de la ONU son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; asimismo, por el artículo 94, cada miembro de la ONU se compromete a cumplir la decisión de la Corte.

Por su parte, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas establece en el artículo XXXI que:

De conformidad con el inciso 2° del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

- a. La interpretación de un Tratado;
- b. Cualquier cuestión de derecho internacional;
- c. La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;
- d. La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

En el mismo sentido, el artículo 38 del Estatuto de la Corte establece que su función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean cometidas, para lo cual deberá aplicar:

- a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;



- b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho [...]

Además, el mismo artículo establece que la Corte podrá decidir un litigio ex aequo et bono¹⁶, si las partes así lo conviniere.

Finalmente, y previo a desarrollar al arbitraje como procedimiento de arreglo pacífico de controversias internacionales, es preciso tener en cuenta que, en congruencia con lo establecido en el artículo 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en relación con que solamente los Estados pueden ser partes en casos ante dicho órgano jurisdiccional, la mayoría de cortes internacionales -a excepción de casos sobre derechos humanos- conocen controversias sometidas por Estados u Organismos Internacionales, dejando fuera a sujetos de derecho privado. En contraposición, al arbitraje internacional, por regla general, tiene acceso cualquier sujeto de derecho internacional, incluyendo personas individuales y jurídicas de derecho privado.

b. El arbitraje

El profesor Philippe Fouchard, en su obra *L'arbitrage Commercial International*, define el arbitraje como un “método aparentemente rudimentario de dirimir controversias, dado que consiste en su sometimiento a personas comunes que no cuentan con más habilitación que la de haber sido elegidas por las partes.” (Fouchard, 1965, págs. 30,31)

¹⁶ De acuerdo con lo correcto y lo bueno, es decir que la Corte tiene la facultad de resolver disputas mediante la solución que considere más equitativa para el caso de que se trate.



Por su parte, Redfern, Hunter, Blackaby y Paradise, en su libro *Teoría y práctica del arbitraje internacional*, definen al arbitraje como un “método privado de controversias que las mismas partes eligen, como mecanismo efectivo para poner fin a las diferencias surgidas entre ellas, sin recurrir a los tribunales judiciales.”. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 59)

Diez de Velasco concibe el arbitraje como una institución jurídica internacional de gran tradición histórica, explica que se trata de un medio de solución de diferencias entre sujetos internacionales en el que interviene un tercero independiente, ya sea un órgano unipersonal o colegiado, al que las partes de mutuo acuerdo invisten de la facultad de adoptar, después de un procedimiento contradictorio, una decisión basada en derecho y jurídicamente obligatoria para estas. (Diez de Velasco, 2007)

En consecuencia, el arbitraje es un mecanismo de arreglo pacífico de controversias nacionales e internacionales, de carácter heterocompositivo, mediante el cual las partes someten de manera voluntaria la decisión de una controversia a un árbitro o tribunal arbitral, para que este emita una decisión (laudo) sobre la base de los hechos probados, los argumentos esgrimidos y el derecho invocado. El laudo que el tribunal arbitral emita es de cumplimiento obligatorio para las partes, quienes se comprometen a cumplirlo de buena fe.

Como cualquier procedimiento de arreglo pacífico de controversias internacionales, la base del arbitraje es, por un lado, la voluntad de las partes de someter su disputa al conocimiento de un tercero imparcial (convenio arbitral), para que este, por los medios que estime convenientes realice el análisis correspondiente y decida a quién asiste la razón y, por el otro, la buena fe con la que debe ser cumplido el laudo arbitral, el cual tiene fuerza vinculante equivalente a la de una sentencia y puede ser ejecutado de manera forzosa por los órganos judiciales competentes.



Adicionalmente, Pamela Herrarte explica tres teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: la teoría privatista o contractualista, la teoría jurisdiccional o procesal y la teoría mixta o ecléctica. (Herrarte Luttam, Pamela, 2013)

En primer lugar, la teoría contractualista equipara al arbitraje a un contrato privado, como una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, así como de su poder de disposición sobre sus relaciones jurídicas.

En segundo lugar, la teoría jurisdiccional o procesal se fundamenta en el carácter del árbitro, al equiparlo en su función decisoria, al juez, asimilando al laudo con la sentencia. Esta postura sostiene que la función jurisdiccional otorgada a los tribunales judiciales es ejercida de forma excepcional y temporal por los jueces privados que son los árbitros.

Por último, la teoría ecléctica acepta el origen contractualista del arbitraje, por cuanto deviene de la autonomía de la voluntad de las partes, pero establece también su naturaleza procesal, en virtud que la ausencia de facultad coercitiva por parte de los árbitros les obliga a auxiliarse del poder judicial para la ejecución forzosa de laudos, debiendo los jueces homologar estos a sentencias judiciales para que tengan fuerza ejecutoria.

Así pues, el arbitraje internacional tiene una naturaleza híbrida, debido a que este se origina de un acuerdo privado y voluntario entre las partes, continúa mediante un proceso privado en el cual la voluntad también es preponderante y culmina con un laudo que tiene fuerza vinculante y que, de darse las condiciones adecuadas, será susceptible de reconocimiento y ejecución por parte de tribunales judiciales, los cuales son parte del sistema de justicia ordinaria.

En consonancia con las posturas doctrinarias, el artículo 15 de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 establecía sobre el



arbitraje internacional que tenía por objeto “la resolución de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y sobre la base del respeto a la ley.”.

En el mismo sentido, el artículo 37 de la Convención de La Haya sobre Solución Pacífica de los Conflictos Internacionales de 1907, establece que el arbitraje internacional tiene por objeto “la solución de los conflictos entre Estados por jueces de su elección sobre la base del respeto al derecho. El recurso al arbitraje implica la obligación de conformarse de buena fe a la sentencia”.

Para Guatemala, un arbitraje es internacional, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto Número 67-95 del Congreso de la República, cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, en el momento de su celebración, sus domicilios en estados diferentes, o
- b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios: (i) El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje o (ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

b.1. Historia

De acuerdo con Juan Carlos Villalba Cuéllar y Rodrigo Andrés Moscoso Valderrama, eran individuos con autoridad moral, como los sacerdotes, los ancianos o los sabios, los que resolvían las controversias entre ciudadanos. (Villalba Cuéllar, Juan Carlos; Moscoso Valderrama, Rodrigo Andrés, 2008)



De tal cuenta, en el derecho romano, inicialmente era el *pater familias* quien trataba de conciliar a las partes. Posteriormente, esta función fue trasladada a un árbitro, ante quien se planteaban de forma voluntaria las discrepancias. Luego, con las XII Tablas, se reglamentó que fuera un magistrado, quien impusiera pactos entre las partes en forma de sanción pecuniaria, sustituyendo de esa forma la venganza privada.

Posteriormente, en Roma, fue creado un sistema de solución de controversias inspirado en el procedimiento arbitral. De esta manera el derecho romano mantuvo, junto al procedimiento judicial ordinario, el arbitraje privado como un modo extrajudicial para resolver litigios, para lo cual se requerían dos pactos pretorios, protegidos con dos acciones: el compromiso y el *receptum arbitrio*. El primero era un pacto con cláusula penal, mediante el cual las partes en disputa convenían en la solución del conflicto por un tercero que no fuera pretor o magistrado (sistema judicial) y el segundo, consistía en la aceptación del nombramiento como árbitro del tercero imparcial, el cual era realizado por las partes. El árbitro no estaba obligado a aceptar, pero si lo hacía quedaba comprometido con las partes a cumplir con su función, so pena de ser sancionado por el pretor. La sentencia arbitral era irrevocable e inapelable, sin que se pudiera rehusar su cumplimiento, porque a ello se habían obligado las partes. (Villalba Cuéllar, Juan C.; Moscoso Valderrama, Rodrigo A., 2008)

En la Edad Media, el arbitraje tomó impulso de la mano de la evolución del derecho comercial, configurándose como la forma de resolución de conflictos más utilizada, debido a que los comerciantes acudían a este para resolver sus disputas, dado que les ofrecía soluciones seguras y rápidas; con lo cual, la justicia del monarca -llena de laberintos procesales y lenta- fue dejada de lado por los nuevos mercaderes.

En la misma época, la justicia consular se configuró definitivamente como una jurisdicción distinta a la ordinaria gracias al desarrollo que alcanzaron las Corporaciones de Mercaderes en Italia, Francia y España en los siglos XII y XIII. En España el Breviario de Alarico, considerado el primer libro jurídico hispánico, y el posterior *Liber Iudiciorum*, tienen una gran influencia del derecho romano, considerando el arbitraje como una



institución de carácter jurídico privado, equiparando a los árbitros con los jueces en materia de responsabilidad, dándole fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada a la sentencia arbitral. (Villalba Cuéllar, Juan C.; Moscoso Valderrama, Rodrigo A., 2008)

En España, La ley de las Siete Partidas,¹⁷ consolidó la función judicial del arbitraje, asimismo, introdujo la división entre árbitros avenidores y árbitros arbitradores, los primeros decidían en derecho y los segundos decidía como a bien tuvieran.¹⁸ Como en la actualidad, en dicha época, la sentencia arbitral no era ejecutoria por sí misma, sino que la cláusula penal servía para asegurar su ejecución. Asimismo, ya al final de la Edad Media, empieza a practicarse el procedimiento de la homologación ante el juez, quien provee la sentencia arbitral de la fórmula ejecutiva. (Villalba Cuéllar, Juan C.; Moscoso Valderrama, Rodrigo A., 2008)

A partir de la Revolución Francesa y de la aparición de los códigos de comercio nacionales la figura del arbitraje es reglamentada en los diferentes ordenamientos jurídicos. Así, el Edicto de Francisco II, de agosto de 1560 hacía el arbitraje obligatorio en ciertas materias: las diferencias entre mercaderes por asuntos relativos a mercancías, las demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración. Después, las Ordenanzas de Colbert de 1673¹⁹ instituyeron el arbitraje obligatorio para los litigios entre socios de una sociedad comercial. (Villalba Cuéllar, Juan C.; Moscoso Valderrama, Rodrigo A., 2008)

De acuerdo con el sitio oficial de la Corte Internacional de Justicia, en 1794, fue suscrito en Londres el Tratado de Jay, entre Estados Unidos y el Reino Unido, para resolver las controversias relacionadas con la independencia. En este Tratado de Amistad, Comercio y Navegación se estipuló la creación de comisiones mixtas, conformadas por norteamericanos y británicos.

¹⁷ Fue un cuerpo normativo redactado en Castilla en la época de Alfonso X.

¹⁸ Antecedente de los ahora denominados árbitros de derecho y árbitros de equidad.

¹⁹ De acuerdo con Enciclopedia Jurídica, las Ordenanzas de Colbert fueron emitidas al Ministro Colbert de Luis XIV, refiriéndose al derecho mercantil y marítimo, constituyendo una pieza histórica fundamental del derecho comercial continental y fuente principal del código francés de 1807.



Estas comisiones mixtas no podían dictar sentencias, fue a través de estas que se retomó el interés por el proceso de arbitraje como mecanismo pacífico de arreglo de controversias.

Posteriormente, en 1872, en el marco del Tratado de Washington de 1871, el Reino Unido y los Estados Unidos acordaron someter a arbitraje una demanda presentada por Estados Unidos contra el Reino Unido por supuesta violación de la neutralidad durante la guerra civil estadounidense. Los dos Estados establecieron un reglamento sobre las obligaciones que el tribunal debía aplicar para permanecer neutral.(Villalta Vizcarra, 2014)

Así pues, en 1890, en el marco de la Primera Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington D.C., fueron emitidas resoluciones que, además de reconocer al arbitraje como institución del derecho internacional americano, le otorgaban carácter obligatorio. De tal cuenta, el artículo 1 del Tratado de Arbitraje expresaba: “Las Repúblicas del Norte, Centro y Sud América adoptan el Arbitraje como Principio de derecho internacional americano para la solución de las diferencias, disputas o contiendas entre dos o más de ellas”.

Finalmente, en 1945, con la Carta de las Naciones Unidas y luego en 1948, con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el arbitraje es instituido en el derecho internacional contemporáneo como parte del abanico de posibilidades del que disponen, no solo los Estados, sino todo sujeto de derecho internacional, para la solución pacífica de sus controversias.

En la actualidad, como consecuencia de la evolución histórica esbozada en las páginas anteriores, los Estados alrededor del mundo cuentan con normativa sobre arbitraje, lo cual brinda certeza jurídica a prácticamente todo tipo de acciones o transacciones realizadas tanto en el plano nacional como internacional.



b.2. Guatemala

En lo que respecta a Guatemala específicamente, los primeros antecedentes del arbitraje se encuentran en el derecho mercantil español —como consecuencia de las Ordenanzas de Bilbao emitidas por Felipe V en 1737, así como de la creación en 1743, por medio de Real Cédula, de un Consulado español en Guatemala— específicamente en la Ley de Enjuiciamiento del Código de Comercio Español de 1829 (Calderón, 2010) que estuvo vigente hasta la promulgación del Código de Guatemala del 20 de julio de 1877, durante el gobierno de Justo Rufino Barrios. (Molina, 2017)

El título sexto de la ley de enjuiciamiento del Código de 1829 contemplaba que toda contienda sobre negocios mercantiles podía ser sometida al juicio de árbitros. Las facultades de los árbitros alcanzaban la pronunciación de una resolución. (VII, 1829)

Posteriormente, el Código Procesal Civil y Mercantil de 1964, actualmente vigente, contemplaba el proceso arbitral en el Libro Segundo de procesos de conocimiento, Título IV, Capítulo I del artículo 269 al 293.

Sin embargo, en la década de los ochenta Guatemala suscribió importantes acuerdos internacionales que obligaban al Estado a tomar medidas legislativas que armonizaran el ordenamiento jurídico interno con los compromisos internacionales adquiridos en materia de arbitraje internacional.

De tal cuenta, a través del Decreto Ley No. 9-84, del 30 de enero de 1984, y por Acuerdo de Adhesión a través del Acuerdo Gubernativo Número 60-84 emitido por el presidente de la República, se aprobó e incorporó a la legislación interna la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York, del 10 de junio de 1958.

Asimismo, a través de la ratificación por parte del presidente de la República y del Decreto Número 35-86 del Congreso de la República, se aprueba e incorpora al derecho



interno la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o Convención de Panamá de 1975.

Posteriormente, en noviembre de 1995 es emitido y entra en vigor el Decreto Número 67-95 del Congreso de la República, Ley de Arbitraje, la cual tiene como finalidad cumplir con los acuerdos internacionales adquiridos por el Estado en materia de arbitraje, descongestionar el sistema judicial y proveer a la sociedad de una alternativa adicional para la solución de controversias.

En ese sentido, el segundo considerando de dicha ley hace referencia a que esta respondía, además, a la necesidad de modernizar al régimen aplicable en dicha materia, el cual se encontraba contenido en el Código Procesal Civil y Mercantil, cuyas normas habían dejado de ser vigentes y representaban obstáculos para una justicia pronta y eficiente.

De tal manera, la Ley de Arbitraje entró en vigor el 25 de noviembre de 1995, dejando sin efecto los artículos del Código Procesal Civil y Mercantil que abordaban la materia (269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 292 y 293), así como algunos del Código de Comercio, Decreto 2-70; entre otros.

b.3. Tipos de arbitraje

Redfern et al., distinguen el arbitraje nacional del internacional, así como el arbitraje institucional del arbitraje ad hoc y; finalmente, diferencian al arbitraje comercial del arbitraje de inversión.



- Según la nacionalidad

Señalan que el término internacional se utiliza para señalar la diferencia existente entre arbitrajes nacionales de aquellos que trascienden los límites internos y por ello devienen internacionales.

No obstante, no solamente los límites fronterizos determinan el carácter de nacional o internacional de un arbitraje; explican que aspectos como la convergencia de distintas nacionalidades, distintos entornos jurídicos y culturales, distintos ordenamientos jurídicos, y distintos principios son los responsables de la catalogación en uno u otro extremo.

Además, en el contexto del arbitraje comercial, los mismos autores señalan que el arbitraje también puede ser calificado como internacional, examinando, por un lado, el carácter transnacional de la controversia, es decir cuando esta afecta el comercio internacional y; por el otro, la convergencia de distintas nacionalidades en las partes.

Por otro lado, en el caso del arbitraje de inversión, el carácter internacional del proceso se encuentra implícito, en virtud que deviene de controversias en las que las partes son, por un lado, un Estado y por el otro, un nacional de otro Estado.

- Según su administración

A decir de Redfern, et al., el arbitraje puede ser ad hoc o institucional. El arbitraje ad hoc es aquel realizado de conformidad con las normas acordadas por las propias partes o establecidas por el tribunal arbitral. En este, las partes son libres de negociar y establecer las normas procesales aplicables.

Por su parte, el arbitraje institucional, indican los mismos autores que es aquel que es administrado por una institución arbitral especializada con arreglo a su propio reglamento de arbitraje.



Alrededor del mundo existe gran cantidad de instituciones creadas para administrar arbitrajes internacionales, teniendo cada una de ellas su propio reglamento, dentro de las que destacan: la Cámara de Comercio Internacional, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, la Corte Permanente de Arbitraje, entre otras.

- En atención a la materia

Atendiendo a la materia sobre la cual se origina la controversia, el arbitraje puede ser, entre otros, comercial o de inversión.

De acuerdo con Raúl Medina Mora, el arbitraje comercial es “el desarrollo procesal de un convenio privado que, con el apoyo del orden jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles entre las partes que lo han celebrado, a un árbitro o a un tribunal arbitral independientes; [...]”. (Medina Mora, 2000, pág. 15)

Por su parte, Guillermo Aguilar Álvarez, explica que el arbitraje comercial internacional es:

Un medio efectivo para proveer de seguridad jurídica a las operaciones comerciales que de otra forma pueden verse expuestas a la incertidumbre de los tribunales estatales competentes cuando surge una controversia entre las partes. Este método de resolver controversias faculta a las partes a confiar la carga de hacer justicia a un tercero distinto del juez. (Aguilar Álvarez, 2000, pág. 45)

Además, Aguirre, Manasía y Bermudez, explican que:

Bajo la óptica del derecho privado, el arbitraje comercial internacional puede definirse como un procedimiento mediante el cual las partes someten la solución de todas o algunas de sus controversias a la decisión de terceros, por lo cual se ha instituido en el mecanismo alternativo por excelencia para resolver las disputas de



naturaleza privada.(Aguirre Andrade, Manasía Fernández, & Bermúdez Abreu, 2007, pág. 30)

Por otro lado, en lo que respecta al arbitraje internacional comercial, Redfern et al., le denominan, “arbitrajes en los que es parte un Estado o un organismo estatal”. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 125)

Explican que las controversias entre Estados pertenecen al ámbito del derecho internacional público; sin embargo, cuando el Estado ejerce una función comercial, entablado una relación comercial con un particular las controversias que pueden surgir probablemente serán sometidas a tribunales estatales o al arbitraje comercial internacional.

De tal cuenta que el arbitraje comercial internacional tiene por objeto resolver disputas surgidas en ocasión de relaciones comerciales entre sujetos de derecho internacional.

En lo que respecta al arbitraje de inversión, el Diccionario del español jurídico establece que se trata del procedimiento de arreglo de controversias relativo a inversiones entre un Estado receptor y un inversionista de otra nacionalidad. (Real Academia Española, 2020)

Particularmente, en su libro *Arbitraje de Inversión*, Francisco González de Cossío, explica que, dentro del marco de la teoría general del arbitraje, existen tres tipos de arbitraje: Distingue entre el arbitraje público y el privado; el primero es aquel en el que las partes son entes soberanos, mientras que, en el segundo, las partes son sujetos particulares. Añade que el arbitraje mixto es aquel que se presenta entre Entes Soberanos, por un lado, y entes privados, por el otro.

Es en la última categoría en la que se ubica el arbitraje de inversión en el que, un Estado y un particular nacional de otro Estado someten a consideración de un tribunal



arbitral, por lo general, controversias que devienen de inversiones hechas por un sujeto de derecho individual en territorio de un Estado receptor de inversión. Esta relación nace, como se verá más adelante, de acuerdos internacionales de promoción y protección de las inversiones extranjeras.

- En atención a las bases que fundan la decisión

Esta clasificación se centra en la manera como los árbitros fundamentan su decisión para solucionar el conflicto. De tal cuenta, se clasifica el arbitraje como: de derecho o de equidad.

Según Santiago Talero Rueda “el arbitraje en derecho es el de mayor difusión, pues se considera que dicha modalidad asegura el respeto y aplicación, por los árbitros, de las garantías fundamentales del debido proceso durante todo el trámite arbitral.”. (Talero Rueda, 2008, pág. 43)

En el arbitraje en derecho, los árbitros deben resolver el asunto aplicando la normativa jurídica vigente y aplicable.

Respecto al arbitraje de equidad,²⁰ en este, según Juan Francisco González Guarderas, “el tribunal arbitral no aplica ni leyes ni reglamentos para resolver la disputa, sino su entendimiento de lo que es justo y equitativo.”. (González Guarderas, 2014)

El *Diccionario del español jurídico* de la Real Academia Española, define al arbitraje de equidad como un:

procedimiento de arreglo de controversias en el que el árbitro decide de acuerdo con su saber y entender, aunque no puede emitir su fallo a partir de apreciaciones subjetivas ni prescindir de normas jurídicas imperativas que afecten a la materia objeto del arbitraje.

²⁰ Conocido también como o de amigables componedores o ex aequo et bono.



De tal cuenta, en este tipo de arbitraje, el árbitro tiene la facultad para dictar el laudo sin sujeción a las normas jurídicas, aplicando con prudencia únicamente su leal saber y entender y, observando los principios generales del derecho, así como la lógica y el sentido común. Lo que no implica que pueda emitir un laudo contrario a la ley.

b.4. Acuerdo arbitral

De acuerdo con Redfern et al., el acuerdo arbitral es aquel que las partes celebran para someter a arbitraje toda controversia o diferencia suscitada entre ellas. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006)

Así pues, aseguran que “para que haya arbitraje válido, debe existir primero un acuerdo válido de arbitraje”. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 65) Además, indican que, para los efectos de la ejecución en el ámbito internacional, debe existir prueba escrita de dicho acuerdo. Al respecto, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras establece en el artículo II:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

En consonancia, la Convención citada establece en el artículo IV que, para obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo “la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda: [...] b) El original del acuerdo a



que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.”.

Por su parte, Díez de Velasco, al explicar el consentimiento al arbitraje como base de este, indica que la sumisión al arbitraje se contiene:

Bien en un acuerdo internacional único, denominado compromiso arbitral, que será posterior al nacimiento del litigio y destinado a resolverlo; bien en una cláusula compromisoria contenida en un tratado en la que se establece la obligación de recurrir al arbitraje para la solución de las diferencias que puedan surgir respecto a la interpretación o aplicación de dicho tratado; o bien, finalmente, en un tratado de arbitraje, en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir al arbitraje para la solución de todas las diferencias entre ellos o las de determinada naturaleza. (Díez de Velasco, 2007, pág. 930)

En la misma línea de pensamiento, Redfern et al. refieren que existen dos tipos básicos de acuerdo arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Así, la primera legisla a futuro, acordando las partes someter a arbitraje las eventuales controversias que pudiesen surgir; mientras que el segundo se refiere al acuerdo de sujeción de controversias existentes a arbitraje.

En tal virtud, el acuerdo arbitral es aquel por el cual las partes, por escrito, convienen someter cualquier controversia, presente o futura, surgida de una relación jurídica, al conocimiento y resolución de un árbitro o tribunal arbitral, aceptando anticipadamente el cumplimiento obligatorio del laudo.

Lo anterior, se confirma con lo dispuesto en el Capítulo II de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-²¹ que establece que el acuerdo de arbitraje es:

²¹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de junio de 1985, mediante Resolución 40/72 y enmendada el 07 de julio de 2006, mediante Resolución 61/33 de la Asamblea General de la ONU.



Un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

Finalmente, el artículo 4 del Decreto Número 67-95 del Congreso de la República, Ley de Arbitraje, define acuerdo de arbitraje como “aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”. Asimismo, el artículo 10 de la misma normativa establece que el acuerdo de arbitraje, independientemente de tratarse de un compromiso arbitral o cláusula compromisoria, deberá constar por escrito.

b.5. Órgano arbitral

A diferencia de los tribunales judiciales, que son órganos permanentes a los que las partes pueden acudir en cualquier momento para dirimir cualquier diferencia, los tribunales arbitrales se constituyen para cada caso concreto, a requerimiento de parte. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006)

A decir de Díez de Velasco, el órgano arbitral es, por regla general, un órgano *ad hoc* y temporal, creado para resolver un litigio determinado y llamado a desaparecer una vez dicta la sentencia correspondiente.

Una vez tomada la decisión de recurrir al arbitraje es necesario proceder a la constitución del tribunal arbitral, lo que por lo general va de la mano con el inicio del proceso arbitral.



Las partes tienen el poder de elegir libremente a sus propios árbitros, de manera que la solución de la controversia quede a cargo de jueces de su elección. Esto incluye la cantidad de árbitros que conocerán la controversia. Díez de Velasco califica la designación de los árbitros como “uno de los derechos de las Partes en el Arbitraje.” (Díez de Velasco, 2007, pág. 931)

Al respecto, Redfern et al. explican que, generalmente, la composición del tribunal arbitral o la designación de un solo árbitro deviene de la complejidad y cuantía de la controversia; señalan que la práctica internacional indica que, si se trata de un tribunal arbitral, el número de árbitros sea impar.

Asimismo, dependiendo de lo acordado por las partes y los reglamentos de arbitraje, cuando estas lo logran alcanzar acuerdos en lo que respecta a la constitución del tribunal, y si se trata de un arbitraje institucional, el centro administrador del proceso puede, a través del secretario general y de acuerdo con las normas del centro, nombrar al árbitro o árbitros que hagan falta.

Sobre la jurisdicción del tribunal arbitral, el Chartered Institute of Arbitrators explica que la autoridad de los árbitros para determinar los méritos de una disputa, también conocida como la jurisdicción de los árbitros, surge de un acuerdo de arbitraje válido y exigible, el cual tiene un alcance lo suficientemente amplio como para abarcar a las partes y sus disputas. Una vez que los árbitros han sido designados su jurisdicción durará hasta que otorguen un laudo final que resuelva la controversia. Sin embargo, las partes tienen la facultad de impugnar la jurisdicción de los árbitros. (Chartered Institute of Arbitrators, s/f.)

Lo que quiere decir que los árbitros pueden conocer solamente las materias que las partes hayan acordado mediante un acuerdo arbitral o cláusula compromisoria.

Además, señalan que la mayoría de las leyes nacionales y las reglas de arbitraje estipulan que una parte que desee impugnar la jurisdicción de los árbitros debe hacerlo



al comienzo del arbitraje, o tan pronto como tengan conocimiento de los motivos que lo ameritan, sin que ello signifique que no pueden recusar a los árbitros en cualquier momento durante el arbitraje, incluso después de que se haya emitido un laudo.

Asimismo, Redfern et al., explican que los árbitros solamente están autorizados para resolver controversias que las partes hayan acordado que deben resolver. Esta regla es consecuencia de la naturaleza voluntaria de los procesos de arbitraje, son las partes las que confieren a un tribunal privado la autoridad para resolver las controversias que hayan surgido entre ellas y, por su parte, el tribunal arbitral debe prestar especial atención a mantenerse dentro de los límites del mandato conferido (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006)

En lo que respecta a la jurisdicción en sentido general, Eduardo Couture establece que se trata de

La función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad. (Couture, 1985, pág. 40)

A decir de Hernán Casco Pagano, la jurisdicción es la “función de dirimir conflictos de intereses”. (Casco Pagano, 2004, pág. 30)

En suma, mientras que la función jurisdiccional es ejercida por jueces permanentes, investidos de dicha autoridad por el Estado, la jurisdicción de los árbitros deviene -en exclusiva- de la voluntad de las partes. Dicha función arbitral la ejercen particulares que las partes de un conflicto designan voluntariamente, los cuales preparan su decisión sin el uso de poderes jurisdiccionales.

Además, el laudo debe ser acatado de buena fe por las partes, en virtud del acuerdo arbitral, finalmente, y como se verá delante, en el escenario que alguna de las



partes incumpla lo ordenado mediante el laudo, para que este sea ejecutable, es necesario su reconocimiento y ejecución a través de un órgano jurisdiccional estatal.

b.6. Procedimiento

Las partes en un arbitraje tiene la facultad de acordar las reglas, etapas, plazos y cualquier otra disposición relativa al arbitraje o someterse a las reglas que los centros de arbitraje establecen, por lo que el proceso de arbitraje se adapta a las necesidades de cada caso, y no existe una fórmula idéntica aplicable a todos.

Lo anterior se hace evidente en lo preceptuado por el artículo 24 del Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje en relación con el procedimiento arbitral: “[...] las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. [...]”.

No obstante, el Capítulo III del Convenio de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, recoge el procedimiento arbitral al que las *Potencias Contratantes* han acordado someterse, en tanto que no hayan convenido otras reglas.

En primer término y como se mencionó en el apartado anterior, para que el proceso pueda dar inicio, es necesario que tenga lugar la constitución del tribunal arbitral. Una vez conformado el órgano arbitral, las partes acuerdan las reglas y aspectos procesales particulares del caso, dentro de las cuales se incluye un calendario procesal que establece los plazos en que deberán ser agotadas las fases escrita y oral del procedimiento, así como el tiempo estimado en que el tribunal deberá proseguir con la fase deliberativa y correspondiente emisión del laudo. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006)

Así pues, la fase escrita se conforma de la memoria (demanda), contramemoria (contestación de la demanda), réplica y dúplica. En estas etapas, las partes presentan



al tribunal sus alegatos, fundamentos de hecho y de derechos, pruebas y peticiones.
(Diez de Velasco, 2007)

La fase oral, consiste en las presentaciones orales de los argumentos jurídicos que realizan las partes, así como la presentación de prueba testimonial o pericial.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 43 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece:

1. El procedimiento tendrá dos fases: una escrita y otra oral.
2. El procedimiento escrito comprenderá la comunicación, a la Corte y a las partes, de memorias, contramemorias y, si necesario fuere, de réplicas, así como de toda pieza o documento en apoyo de estas.
5. *El procedimiento oral consistirá en la audiencia que la Corte otorgue a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados.*

En lo que respecta a la fase de deliberaciones, en esta, el tribunal, habiendo tenido a la vista todas las pruebas y posturas de las partes, realiza el análisis correspondiente para la emisión de un laudo debidamente fundamentado en los hechos, como en derecho.

Como en cualquier otro proceso, las incidencias y cuestiones preliminares o posteriores a los escritos y audiencias son frecuentes en el arbitraje.

b.7. Laudo arbitral

De acuerdo con Redfern et al., la tarea del tribunal arbitral es dirimir la controversia presentada ante él por las partes, mediante una decisión pronunciada por escrito en forma de laudo. Al respecto, pese a que el tribunal no goza con las facultades y prerrogativas de uno judicial, cumple una función similar a la de un juez, dado que las



partes le confieren el derecho y deber de alcanzar una decisión por la que quedarán obligadas de buena fe. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006)

En este punto, es preciso subrayar que un distintivo fundamental del arbitraje respecto de los demás mecanismos de solución de controversias internacionales es la facultad del árbitro o del tribunal arbitral de emitir decisiones vinculantes.

Una vez que se ha dictado el laudo, el tribunal arbitral, en virtud de haber cumplido con la misión que le fue encomendada por las partes, deja de existir.

Sobre las formalidades del laudo, el artículo 32 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que “el laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora.”.

Asimismo, el artículo 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece “El fallo será definitivo e inapelable”

A decir de Diez de Velasco, la sentencia arbitral, contiene generalmente una exposición de motivos de hecho y jurídicos y una parte dispositiva. Esta se firma por todos los árbitros o bien por el presidente y el que ejerza las funciones de secretario. El árbitro o árbitros que disientan de la motivación o del fallo, pueden adjuntar su voto particular. Agrega que el valor jurídico del laudo es obligatorio para las partes, siendo válido sin necesidad de aceptación o ratificación por las partes en disputa; y produce entre estas, efecto de cosa juzgada, debiendo ejecutarla de buena fe. (Diez de Velasco, 2007)

Pese a la precisa conceptualización de Diez de Velasco, las normas internacionales sobre arbitraje no contemplan una definición de laudo o sentencia arbitral.



No obstante, es posible afirmar que un laudo arbitral es aquella resolución debidamente fundamentada en derecho que deviene del análisis concienzudo e imparcial que realiza el tribunal arbitral, la cual es de observancia y cumplimiento obligatorio para las partes.

b.8. Impugnación del laudo

De acuerdo con Redfern et al., el objetivo de recurrir el laudo es que este modifique algunos aspectos no favorables a la parte que promueve el medio de impugnación o en su caso, que declare que el laudo debe ser dejado sin efecto en todo o en parte, de modo que sus efectos jurídicos se desvanezcan.

Si el tribunal anula o deja sin efecto el laudo, este se tendrá por nulo y, por lo tanto, no será ejecutable ni por los tribunales del lugar del arbitraje ni por los tribunales nacionales de cualquier otro país. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006)

Lo anterior es posible en virtud que tanto la Convención de Nueva York como la Ley Modelo de la CNUDMI establecen que los tribunales competentes pueden rehusar el reconocimiento y ejecución de un laudo que ha sido dejado sin efectos por el tribunal de la sede del arbitraje.

En ese sentido, el artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI establece que contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad y este solo podrá ser anulado cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

- i. que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

- ii. que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
 - iii. que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas;
 - iv. que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley;
- o

b) el tribunal compruebe:

- i. que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- ii. que el laudo es contrario al orden público de este Estado

Por otro lado, de acuerdo con la Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, las partes tienen la facultad de solicitar que el laudo sea aclarado, revisado o anulado.

El recurso de aclaración tiene por objeto esclarecer pasajes oscuros o ambiguos del laudo.²² Al respecto, el artículo 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece “[...] En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes.”.

²² artículo 50 Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.



Cuando una de las partes, fundada en el descubrimiento de algún hecho que no fue del conocimiento del tribunal en el momento de dictar el laudo y que hubiera podido influir decisivamente en este, puede solicitar la revisión de este.²³

En el mismo sentido, el artículo 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que solamente podrá pedirse la revisión de un fallo cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido por la Corte de la parte que la solicite, siempre que el desconocimiento no se deba a negligencia.

Finalmente, conforme al artículo 52 del Convenio en mención, cuando el tribunal se haya constituido incorrectamente o se hubiera extralimitado manifiestamente en sus funciones o hubiere habido corrupción de algún miembro, o haya habido quebrantamiento grave de una norma de procedimiento o el laudo no hubiere expresado los motivos en los que se funde, cualquiera de las partes tiene la facultad de solicitar la anulación del laudo.

b.9. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales

Como se ha mencionado, el laudo emitido en un proceso arbitral tiene fuerza vinculante para las partes, lo que significa que tiene consecuencias jurídicas permanentes. Según Redfern et al., a pesar de ser el resultado de un acuerdo celebrado entre particulares y ser dictado por un tribunal arbitral privado, el laudo constituye una decisión vinculante respecto de la controversia suscitada entre las partes.

Al respecto, la Convención de Nueva York, previamente mencionada, establece el procedimiento que debe seguirse Para efectos del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, a la vez que determina causales por las cuales Un Estado puede negarse a reconocer y ejecutar estos.

²³ *Ibíd*, artículo 51.



Los mismos autores explican que la sanción por excelencia al incumplimiento de un laudo es la ejecución mediante un proceso sustanciado ante un tribunal nacional.

Explican también la diferencia entre reconocimiento y ejecución, indicando que, de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1927, es posible reconocer una sentencia arbitral sin ordenar su ejecución; sin embargo, es imposible ordenar la ejecución de un laudo sin que esto conlleve el reconocimiento de este.

Así pues, en el reconocimiento, la parte interesada de que se reconozca el laudo arbitral alegará ante un tribunal nacional, que la controversia ya ha sido resuelta, presentando como prueba de ello el laudo, solicitando reconocer su validez y carácter vinculante para las partes. La ejecución de un laudo arbitral no aspira únicamente a que el tribunal reconozca la validez de la resolución, sino que pretende que se garantice su efectivo cumplimiento, con las consecuencias jurídicas que se derivan de su inobservancia.





CAPÍTULO II

2. Responsabilidad internacional de los Estados como antecedente del derecho de las inversiones extranjeras

Para poder comprender el derecho de las inversiones extranjeras es necesaria una breve aproximación a dos importantes instituciones jurídicas; la responsabilidad internacional de los Estados y la protección diplomática. Ello, en razón que la primera es muestra de cómo tradicionalmente, en la medida en que el Estado era considerado como el único sujeto de derecho internacional, las relaciones de responsabilidad internacional se configuraban únicamente entre Estados. En ese sentido, la protección diplomática, como uno de los medios para reclamar la responsabilidad de un Estado, fue por mucho tiempo la única forma que los particulares podían, de manera dificultosa, hacer valer sus reclamos contra un soberano, a través de su propio Estado.

2.1. Responsabilidad Internacional

En lo que respecta a la responsabilidad internacional, desde su acepción común, el *Diccionario de la Real Academia Española* establece que se entiende por *responsabilidad* toda “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.” Asimismo, indica que se refiere al “cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.” Y, finalmente, desde una perspectiva jurídica, indica que dicho vocablo hace referencia a la “capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.”

Por otro lado, desde una posición jurídica, el *Diccionario del español jurídico* de la Real Academia Española, refiere que el término responsabilidad hace alusión a la “obligación de resarcir las consecuencias lesivas para los derechos o intereses de otra



persona, derivadas de la actuación propia o ajena, bien se deriven aquellas del incumplimiento de contratos, o bien de daños producidos por simple culpa o negligencia.”

En consecuencia, se colige que el término responsabilidad se refiere a la obligación jurídica de un sujeto de la relación jurídica de reparar el daño producido, que, por acción u omisión propia o ajena, sea por dolo o bien por imprudencia, negligencia o impericia.

Ahora bien en lo que a responsabilidad internacional atañe, Carlos Larios Ochoa explica que es “una institución por la cual, cuando se produce una violación del derecho internacional, directa o indirectamente, por acción u omisión, el Estado que ha causado esta violación debe reparar el daño material o moral causado a otro u otros Estados.”. (Larios Ochoa, 2010, pág. 358)

Coincidente con la definición anterior, Díez de Velasco, la define como “la consecuencia más normal del hecho internacionalmente ilícito [...] y suele concretarse [...] en el deber de reparar.”. (Díez de Velasco, 2007, pág. 849)

Con una definición del concepto un tanto tautológica, Atilio Molteni, en su artículo *La responsabilidad internacional del Estado*, concibe a la responsabilidad internacional del Estado como una institución fundamental dentro del derecho internacional público, pues “de no admitirse una responsabilidad consiguiente a un acto ilícito internacional se suprimiría el deber de los Estados de comportarse de acuerdo con el derecho internacional.”. (Molteni, 1964, pág. 43)

Asimismo, indica que un Estado es responsable internacionalmente cuando viola una obligación jurídica impuesta por una norma de derecho internacional general o del derecho internacional Particular; es decir, por haber cometido un acto ilícito internacional.

Con una perspectiva más reciente y amplia, en el marco de la XXXIII edición del Curso de derecho internacional de la Organización de los Estados Americanos, el



profesor Julio Barboza en su publicación *La responsabilidad internacional*, hace una distinción entre responsabilidad internacional por actos prohibidos por el derecho internacional y responsabilidad por actos no prohibidos, indicando que la diferencia principal radica en que la segunda no nace de la violación de una obligación, como en el caso de la primera, sino que deviene de un daño. (Barboza, 2006)

Al respecto, Díez de Velasco por su parte, aclara que se suele hablar de responsabilidad objetiva para designar aquel tipo de responsabilidad que deviene de la realización de actividades en principio no prohibidas, aunque potencialmente generadoras de daños, debido a los excepcionales riesgos que comportan.

Consecuentemente, se colige que la responsabilidad internacional es primero, una figura de derecho internacional que consiste en determinar la existencia de una acción u omisión violatoria de la norma internacional por parte de un sujeto de derecho internacional, que, generalmente, es un Estado y; segundo, que tiene por finalidad primordial, la reparación integral del daño producido por la transgresión de la norma.

2.1.1. Historia

El doctor Francisco Ricardo Bello, explica, en su artículo *La responsabilidad internacional del Estado, Doctrinas Calvo y Drago* que la noción de responsabilidad internacional del Estado aparece en la segunda mitad del siglo XIX, como principio de la solución legal para los numerosos conflictos derivados de reclamaciones pecuniarias de un Estado a otro, o de súbditos de diferentes Estados, que no alcanzaban a resolver sus diferencias bajo las normas establecidas en las leyes ni en las represalias ni en la intervención armada ni aún la protección diplomática. (Bello, 1970).

Según el mismo autor, el desarrollo de la figura de la responsabilidad está ligada al daño causado a los nacionales de otros países, lo cual fue una preocupación de las naciones industrializadas, concretamente de Europa y Estados Unidos de América,



quienes demandaban un estándar mínimo de justicia y civilización en el trato de sus nacionales y sus propiedades.

Como consecuencia del incumplimiento de este estándar mínimo de trato, apareció la práctica de la protección diplomática, mediante la cual las grandes potencias acudían a proteger a sus nacionales por supuestos daños causados a sus personas y su patrimonio. De no prosperar esta, le seguía una intervención armada.

De acuerdo con la explicación de Bello, el proteccionismo de las grandes potencias para con sus nacionales derivó en un abuso por parte de los últimos del estándar de justicia y civilización, acudiendo innecesariamente a la protección diplomática. Los extranjeros preferían acudir a la protección de sus países antes que, a la justicia local, colocándolos en casos de excepción frente a los nacionales del país en el que se encontraban. Igualmente, las grandes potencias utilizaron estos nuevos estándares como excusas para intervenir en los asuntos de otra nación mediante la fuerza, tal como el caso de México, Venezuela, Argentina²⁴ y otros.

La responsabilidad internacional de un Estado tiene una génesis u origen que sirve de fundamento legal para cualquier Estado, y esta reside en el simple hecho de formar parte de una comunidad internacional, con derechos y obligaciones recíprocas. (Bello, 1970)

2.1.2. Contenido

En 2001 fue aprobado por la Comisión de derecho internacional de la Organización de las Naciones Unidas el Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts). A decir de Diez de Velasco, los esfuerzos para la

²⁴ Intervención armada de Francia en el Río de la Plata, en 1845 y 1850, durante el gobierno del General Rosas.



aprobación de dicho cuerpo normativo iniciaron bajo los auspicios de la desaparecida Sociedad de Naciones, a través de la Conferencia de Codificación de la Haya de 1930, cuando la Comisión sobre responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros preparó un proyecto de diez artículos, tarea que culminó la Organización de las Naciones Unidas. (Diez de Velasco, 2007)

El Capítulo I del referido cuerpo normativo, establece los principios generales de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Así, el artículo 1 preceptúa: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.”. Además, el artículo 2, indica que: “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a. Es atribuible al Estado, según el derecho internacional; y b. Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.”.

Sobre la atribución de la acción u omisión violatoria, la normativa referida, establece que se considera hecho del Estado, según el derecho internacional:

El comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquier que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

En consonancia, Sorensen explica que los Estados actúan a través de sus órganos, de allí que la responsabilidad internacional de los Estados puede surgir como consecuencia de los actos u omisiones de cualquiera de sus órganos, cualesquiera que sean las funciones que desempeñen. (Sorensen, 2017)

En lo que respecta a los organismos del Estado, Larios Ochaita expone que, en primer lugar, puede derivar responsabilidad de la actividad o ausencia de esta en sus actos administrativos, así como en actos de gobierno; en segundo lugar, sobre los actos originarios de responsabilidad por parte del Órgano Legislativo, indica que pueden ser la



adopción de leyes o emisión de resoluciones contrarias a los compromisos y obligaciones internacionales asumidas por el Estado; finalmente, muestra especial énfasis en los actos u omisiones que derivan del Organismo Judicial, indicando que la responsabilidad se incurre especialmente por denegación de justicia, que se manifiesta en, al menos:

- a. Una negativa a permitir que los extranjeros hagan valer sus derechos ante los tribunales ordinarios;
- b. En que un fallo no pueda obtenerse en un tiempo razonable y se acude a demoras indebidas e inexcusables;
- c. Cuando los tribunales no ofrecen a los extranjeros las garantías indispensables para la buena administración de justicia;
- d. En que se ponen al extranjero obstáculos injustificados por el solo hecho de ser extranjero;
- e. En que un tribunal se niega, después de un debido proceso, a dictar una sentencia; [...] (Larios Ochaita, 2010, pág. 362)

Por su parte, Francisco González Cossío y Francisco Bello son de la opinión que la responsabilidad del Estado surge mayormente como consecuencia de actos y omisiones del Poder Ejecutivo, por ser comúnmente el encargado de su representación a nivel internacional; no obstante, aceptan que, en menor frecuencia, un Estado puede ser también responsable por los actos u omisiones cometidos por el Poder Legislativo y Judicial.

Al respecto, se considera que en general, los actos de los funcionarios del Estado son susceptibles de generar responsabilidad internacional para el Estado, en virtud que, a los efectos del derecho internacional, el Estado es uno solo sujeto de derecho internacional. Muestra de ello, son los laudos emanados de procesos de arbitrajes de inversión, en los que los actos estatales que han generado reclamaciones de naturaleza internacional devienen indistintamente del Organismo Ejecutivo o Judicial y quizá en menor medida, del Organismo Legislativo.



2.1.2.1. Efectos

Díez de Velasco afirma que la consecuencia normal del hecho internacionalmente ilícito es, la responsabilidad internacional de su autor, quedando este obligado frente a otro sujeto de derecho. Lo anterior implica la noción de daño y perjuicio, la que da lugar a la obligación de reparar.

Sobre la naturaleza reparadora de la responsabilidad internacional, el referente principal se encuentra en la sentencia sobre el fondo que profiriera en septiembre de 1928 la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la Fábrica de Chorzow, mediante la cual Alemania exigía a Polonia una indemnización por el perjuicio sufrido por las sociedades anónimas Oberschlesische y Bayerische, debido la expropiación que el gobierno polaco hiciera de la fábrica de Chorzow.

De acuerdo con el análisis que realiza *Zoraida Lucia Becerra Becerra* sobre la referida sentencia, en el artículo *La obligación de reparar como principio del derecho internacional* de la Revista Jurídica de la Universidad de León (Becerra, 2016) este fallo establece la obligación de reparar como un principio de derecho internacional.

Por primera vez se establece que, declarada la responsabilidad internacional de un Estado, este tiene la obligación de restaurar el daño ocasionado a través de la reparación, incluyendo, además, la obligación de restituir las cosas a las circunstancias que deberían existir si no hubiesen ocurrido los hechos contrarios al derecho internacional.

En esta sentencia, la Corte refiriéndose a la reparación, afirma que debe concebirse como “un principio de derecho internacional e incluso una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso implica la obligación de reparar en forma adecuada” así como que “la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido [...]”



Por su parte, el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, numeral dos, literal d., establece que los Estados parte podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre “*d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.*”

En consonancia, el artículo 31 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos establece que el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado, agregando que el perjuicio comprende todo daño material o moral.

No obstante, el Estado no solamente tiene la obligación de reparar el daño causado, sino que debe, en primer término, ponerle fin al hecho internacionalmente ilícito, en caso de tratarse de un hecho continuado, tal como establece el artículo 30 del Proyecto en mención.

El mismo artículo establece, además, que el responsable debe, en caso de ser necesario, ofrecer seguridades y garantías de no repetición.

Según Larios Ochaita, la reparación no debe ser menor ni mayor al perjuicio o daño causado; debe tomar en cuenta el lucro cesante y el pago de intereses; conlleva, además, el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. De tal cuenta, el artículo 34 del referido Proyecto establece que la reparación íntegra del perjuicio causado adoptará la forma de restitución, indemnización o satisfacción.

Al respecto, Díez de Velasco, refiere que la restitución es la “forma más perfecta de reparación, en la medida en que apunta a restablecer el *statu quo ante*”. Esta forma de reparación tiene la finalidad de borrar -en lo posible- todas las consecuencias del hecho ilícito. (Diez de Velasco, 2007, pág. 854)



Por su parte, Francisco Cossío, en armonía con el artículo 35 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos, indica que para que regresar las cosas a su estado anterior, “debe ser materialmente posible, y no implicar una carga desproporcionada, en comparación con la compensación.” (González de Cossío, 2009, pág. 77)

Como segunda modalidad de reparación, la indemnización tiende a cubrir cuantitativamente el resarcimiento de los daños sufridos. Según el artículo 36.1 del Proyecto de artículos de la Comisión de derecho internacional, el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.

Francisco Cossío explica que, en la medida en que la restitución no repare el daño, el responsable debe compensarlo mediante el otorgamiento de dinero, en concepto de daños y ganancias perdidas.

Adicionalmente, en la medida en que el daño ocasionado no puede ser reparado mediante restitución o indemnización, el artículo 37 del Proyecto de artículos contempla la satisfacción, como medio de reparación moral.

Para Díez de Velasco, la satisfacción es una forma de “enjuagar los daños morales” ocasionados. Sobre el mismo extremo, Francisco Cossío refiere que este modo de reparación versa sobre el “daño inmaterial” sobre el cual el valor monetario solo puede establecerse con cierto grado de proximidad.

De manera complementaria, los artículos de Responsabilidad (Artículo 38) contemplan el pago de intereses como una forma accesoria a la reparación, de tal cuenta que el sujeto de derecho que ha sufrido el daño tiene derecho a los intereses sobre la suma principal que cuantifique la pérdida.

1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adecuada [...], en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra.
2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

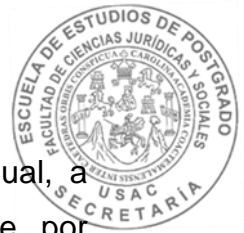
En suma, la reparación es parte integrante y consecuencia indiscutible de la responsabilidad internacional, toda vez que, al establecerse la existencia de una acción u omisión contraria a una obligación o compromiso de derecho internacional, nace la obligación de reparar, lo que implica además de indemnizar por el daño o perjuicio causado, el deber de encaminar esfuerzos por devolver las cosas a su estado anterior o natural.

2.1.3. Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional

Larios Ochaita, afirma que cuando se trata de intereses del Estado, este puede formular reclamos por sí mismo; no obstante, cuando se trata de intereses de un particular nacional de otro Estado, el interesado tendrá que acudir a su Estado para que haga los reclamos correspondientes a través de la protección diplomática.

El artículo 42 del Proyecto de artículos establece que un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe: “a. En relación con ese Estado individualmente; o b. En relación con un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o En relación con la comunidad internacional en su conjunto”.

En ese sentido, un Estado puede invocar la responsabilidad de otro Estado, por sí mismo, bajo dos supuestos jurídicos: en primer lugar, cuando la obligación violada existe En relación con ese Estado considerado individualmente; y, en segundo lugar, cuando la obligación violada existe en relación con un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o bien En relación con la comunidad internacional en su conjunto.



En ese contexto, cuando se trata de intereses de una persona individual, a diferencia del Estado, el particular depende del Estado al que pertenece por nacionalidad, para que por su conducto se formule el reclamo correspondiente al Estado infractor.

2.2. Protección diplomática

Como se expuso al inicio del Capítulo, en la actualidad el derecho internacional no solamente reconoce a los Estados como sujetos del derecho internacional, hoy, el particular puede acceder a la justicia internacional, por sí mismo para reclamar los agravios frente a un Estado, sea el propio o un tercero.

La personalidad jurídica del individuo todavía se encuentra bastante limitada en el derecho internacional. Por ello, cuando un Estado realiza un hecho generador de responsabilidad internacional del que es víctima directa un particular, este tiene como principal vía de reclamación el ordenamiento jurídico interno del Estado autor del hecho. Solo si esta vía no es efectiva, excepcionalmente, el particular puede acudir a una instancia internacional para reclamar la responsabilidad del Estado autor del hecho que le afecta en sus derechos. (Diez de Velasco, 2007) Ello, me atrevería a decir que es lo que conocemos en el derecho internacional como el “Principio del previo agotamiento de los recursos internos”.

En lo que respecta a lo que debe entenderse por protección diplomática, el Diccionario del español jurídico la define como:

La acción que un Estado ejerce para invocar la responsabilidad internacional de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado, con miras a hacer efectiva esa responsabilidad. (Real Academia Española, 2020)



El profesor Luis Alberto Varela Quirós explica que la protección diplomática se trata del acto por medio del cual un Estado ampara o defiende a uno de sus nacionales cuando este sufre perjuicio en sus derechos o en su patrimonio, a consecuencia de una acción u omisión de otro Estado violatorio de las normas internacionales. (Varela Quirós, 2014)

Diez de Velasco refiere que esta institución de derecho internacional ha sido definida por los estudiosos como “la acción de un Gobierno ante otro Gobierno extranjero para reclamar respecto de sus nacionales o, excepcionalmente de otras personas, el respeto al derecho internacional [...]”. (Diez de Velasco, 2007, pág. 896) Agrega que Siorat en su obra *Protection diplomatique* la concibe como “la puesta en movimiento por el Estado de la acción diplomática o de la acción judicial internacional debido a los daños sufridos por sus nacionales en el extranjero.”. Sin embargo, añade el citado autor, que estas definiciones no recogen la evolución en materia de subjetividad internacional, por lo que dichas conceptualizaciones tuvieron que actualizarse y ampliarse, de modo que Kiss A Ch. en su obra *La protection diplomatique* la entiende como la acción que ejerce un sujeto de derecho internacional respecto a otro sujeto de derecho internacional en favor de ciertos individuos que tienen ligámenes determinados.

La Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció por primera vez en relación con la protección diplomática en el célebre caso *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, estableciendo que la protección diplomática “es un principio elemental de derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al derecho internacional y cometidos por otro Estado, del que no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. [...]”. (Corte Internacional de Justicia, 1924)

Como puede advertirse de los conceptos vertidos y del extracto de la resolución citada, la protección diplomática es una institución de derecho internacional que consiste en la facultad del Estado de defender los derechos de sus ciudadanos ante violaciones



que estos hayan sufrido por causa de acciones u omisiones violatorias del derecho internacional realizadas por otro Estado.

2.2.1. Historia

De acuerdo con el profesor John Dugard, es posible remontar los orígenes de la protección diplomática a la exposición que hizo en 1758 el jurista suizo Emmerich De Vattel, en su libro “The law of nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns”:

Cualquiera que trate mal a un ciudadano, indirectamente ofende al Estado que debe protegerlo, debiendo el soberano de este último vengarlo, castigar al agresor y, si es posible, obligarlo a reparar íntegramente, ya que de lo contrario, el ciudadano no obtendría el fin de la asociación al Estado, que es la seguridad (De Vattel, 1758, pág. 161).

Posteriormente, durante el Siglo XX se convirtió en una característica típica de las relaciones entre Estados de Europa Occidental (que fueron los colonizadores de América y de los cuales este continente se había independizado recientemente).

Esta figura surge como solución jurídica ante el rechazo de la comunidad internacional a la práctica de intervención o desembarco protector, que utilizaron las potencias europeas, luego de la independencia de América, para solucionar conflictos sobre derechos de particulares, sobre todo en el ámbito comercial, de propiedad y crediticio. (Dugard, 2013)

Precisamente, la denominación de protección diplomática, según Varela Quirós, obedece a que esta se ejerce por funcionarios y acciones diplomáticas, recurriendo como primer recurso a la vía de las soluciones amistosas y, solamente en el caso de que las estas fracasen, se recurre a acciones de carácter judicial.



Así pues, el contexto histórico muestra que los Estados europeos, efectivamente, dirigían misivas diplomáticas a los jóvenes Estados latinoamericanos con la finalidad de resolver las controversias surgidas entre estos últimos y ciudadanos europeos, lo cual tenía como resultado comisiones de arbitraje, con soluciones pacíficas, por un lado y por el otro, intervenciones armadas a territorio americano.

De tal cuenta, el viejo continente, que aún no terminaba de asimilar la emancipación de América, desvirtuó el principio de protección diplomática, olvidando por completo, además, los esfuerzos que para entonces ya se venían gestando para la solución pacífica de controversias.

De acuerdo con Redfern et al., este comportamiento coercitivo, ampliamente utilizado por las potencias imperialistas en el siglo XIX y principios del XX, es conocido por varios autores como la “diplomacia de las cañoneras” (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 643), el cual consistía en emplear una fuerza naval limitada para amenazar a un país más débil con su empleo, o incluso haciendo uso restringido de este hasta lograr que el amenazado cediera a los intereses de la potencia poderosa, una vez que las negociaciones habían fracasado en detrimento de los intereses de los grandes colonialistas. (Baños Bajo, 2018).

Dicha fuerza naval se fundaba en la presencia de una o varias cañoneras en los puertos de los países oprimidos, lo que en ocasiones culminaba en intervenciones armadas. (Bello, 1970).

Como se ha mencionado, las grandes potencias utilizaron las peticiones de sus nacionales como excusas para intervenir en los asuntos de otra nación mediante la fuerza, como en el caso de México, Venezuela, Argentina²⁵ y otros.

²⁵ Intervención armada de Francia en el Río de la Plata, en 1845 y 1850, durante el gobierno del General Rosas.

2.2.1.1. Casos de protección diplomática convertida en intervención

a. Segunda intervención francesa a México, 1862.

Sucedió durante el gobierno de facto mexicano presidido por Miguel Miramón²⁶, que un banquero suizo otorgó un préstamo a México, el cual fue garantizado por bonos del gobierno, constituyendo estos el principal haber de la casa comercial del prestamista, que posteriormente se declaró en quiebra. (Bello, 1970).

Mientras se tramitaba la quiebra de este, Benito Juárez derrotó al gobierno de facto y anuló la operación crediticia, con la cual los bonos quedaron sin valor y sin posibilidad de cobrar los acreedores del prestamista suizo, que eran nacionales ingleses, franceses y españoles.

Razón por la cual, de acuerdo con su facultad de protección diplomática, representantes de esas tres naciones se reunieron con el objeto de lograr una indemnización para sus súbditos, perjudicados por la resolución de Juárez. Tras dicha reunión se suscribió la Convención de Londres de 1861²⁷, mediante la cual se dispuso la intervención armada a México, por parte de Francia, España e Inglaterra.

Francisco Bello explica que ese caso particular, estuvo rodeado de varias causas que hacían ilegítima la intervención, dentro de las que destacan que:

- a. El prestamista era suizo y los intereses suizos estaban representados en México por Estados Unidos de América, quien no planteó reclamo alguno;

²⁶ Miguel Miramón fue nombrado presidente interino de México en 1859, por el Partido Conservador, en oposición al presidente liberal Benito Juárez, quien había accedido al poder siendo presidente de la Suprema Corte de Justicia.

²⁷ Al concluir la Guerra de Reforma y quedar instaurado el gobierno republicano de Benito Juárez, la deuda externa de México ascendía a más de 82 millones de pesos. En julio de 1861, el presidente Benito Juárez decretó la suspensión del pago de dicha deuda por dos años; esta fue una de las causas por las que Reino Unido, Francia y España rompieron sus relaciones diplomáticas con México, dando lugar por un lado a la Convención de Londres y por el otro a la intervención militar de Francia.

- b. A sabiendas de lo anterior, el prestamista adquirió la ciudadanía francesa para salvar la evidente deficiencia legal;
- c. Además, este había realizado la transacción teniendo pleno conocimiento que el prestatario era un gobierno de facto, lo que inevitablemente implicaba el riesgo de que, en caso de ser derrocado, el nuevo gobierno dejara sin efecto dicha operación.

No obstante, en 1862 Napoleón III inició la segunda intervención francesa a México en nombre de Francia, exigiendo, mediante un memorándum, el pago de la deuda externa.

Como se apuntó, dicha intervención había sido acordada por Francia e Inglaterra; no obstante, ante la actitud francesa, Inglaterra se retiró manifestando que jamás el gobierno inglés había tomado ni tomaría medidas para obligar a México a satisfacer créditos de particulares que facilitaran capitales a gobiernos ilegítimos de la República y que la falta del pago de estos no podía considerarse como motivo de guerra. Posteriormente España siguió los pasos de Inglaterra. (Bello, 1970).

b. Intervención alemana, inglesa e italiana a Venezuela, 1902

En 1899 Cipriano Castro²⁸ se apoderó del gobierno de Caracas, tras una campaña revolucionaria, que dejó como saldo graves desastres en las poblaciones del occidente venezolano. (Bello, 1970).

En consecuencia, súbditos alemanes, ingleses e italianos, residentes de las zonas afectadas, formularon reclamaciones al nuevo gobierno por los daños que les había ocasionado la guerra, en su persona y en sus intereses.

²⁸ José Cipriano Castro Ruiz fue un militar y político venezolano que se convirtió en jefe de Estado entre 1899 y 1908. Fue el primer presidente de facto de ese país, tras el triunfo de una guerra civil, convirtiéndose en 1901 en presidente constitucional de Venezuela.



De tal cuenta, en uso de su derecho de protección diplomática, el representante diplomático de Alemania en Venezuela formuló intensas reclamaciones por la demora del gobierno local en satisfacer las indemnizaciones que exigían los residentes alemanes. Tal fue el caso que, en el año 1900 dicho representante remitió un Memorándum a la Secretaría de Estado de Washington, Estados Unidos de América, anunciando que contaba con motivos para iniciar una acción coactiva contra Venezuela, por falta de atención a las reclamaciones de sus súbditos y porque dudaba de la seriedad de los tribunales venezolanos.

Consecuentemente, Venezuela respondió mediante un memorial dirigido al gobierno de Washington, indicando que:

Legislar solo para los naturales y dejar abierta para los extranjeros la práctica de un derecho especial sería exponer a los países que están llamados a crecer por efecto de la inmigración, a degenerar en simples factorías con mengua de la propia calidad de Estados políticos que ocupan en el concierto internacional. (Bello, 1970, pág. 15)

Meses después, Alemania incorporó un nuevo capítulo a sus reclamaciones: el pago de bonos de la deuda pública venezolana a tenedores alemanes que los habían comprado. Ese mismo día, el ministro inglés, de acuerdo con el representante alemán, presentó una queja por el daño sufrido por súbditos británicos, exigiendo también un arreglo de la deuda externa, añadiendo que dicha comunicación debía ser considerada a la luz de un ultimátum. (Bello, 1970)

Posteriormente, Alemania y Gran Bretaña se unieron para intervenir Venezuela, agregándose posteriormente Italia. La intervención tuvo lugar mediante una expedición naval, desde diciembre de 1902 hasta marzo de 1903. Las fuerzas navales europeas se apoderaron de cuatro cañoneras venezolanas y hundieron tres de ellas. Gran Bretaña ordenó el bloqueo de los cinco puertos más importantes de Venezuela y de la desembocadura del Orinoco, bloqueo al que se unió Italia con dos cruceros. (Bello, 1970)

Mientras se desarrollaba el conflicto armado Venezuela pidió la mediación norteamericana, mediación que aceptó Roosevelt y que culminó con la firma en Washington, en 1903, de un Protocolo, según el cual se establecían comisiones mixtas para fijar el monto de las indemnizaciones.

El Congreso venezolano aprobó el Protocolo con su formal protesta de que se trataba del resultado de una coacción que no significaba, en manera alguna, la voluntad soberana de la nación y de su pueblo. De los 147 millones reclamados como indemnización por los países europeos, y por los Estados Unidos, que se incorporó a ellos, las comisiones mixtas determinaron que Venezuela debía pagar únicamente 19 millones de bolívares. (Bello, 1970)

2.2.1.2. Doctrinas contra el intervencionismo

En respuesta a las arbitrariedades del imperialismo europeo, surgieron importantes doctrinas que buscaban detener la extralimitación de la protección diplomática por parte de las potencias europeas en América, que había derivado en un sin número de intervenciones.

a. Doctrina Monroe

En el contexto de las intervenciones europeas en América, así como del poderío que para la época habían alcanzado los Estados Unidos de América, el 2 de diciembre de 1823, el presidente James Monroe, manifestó algunos puntos de política internacional norteamericana, dentro de los que destacan:

- a. Consideramos sin esperanza que España recupere sus pérdidas coloniales;
- b. Veríamos como una disposición no amistosa el intento de cualquier potencia europea para oprimir a los pueblos que han alcanzado su independencia, o para controlar su destino;



- c. Consideramos como un acto inamistoso que cualquier potencia europea pretenda extender su sistema político a este hemisferio; y
- d. El continente americano, por la libre condición que ha asumido y que mantiene, no está abierto por más tiempo a la colonización europea. (Sepúlveda, 1993, pág. 39)

Sustancialmente, la manifestación de Monroe se reduce a dos ejes fundamentales:

- Una declaración contra ulteriores colonizadores europeos en América, y
- Una declaración enfática al considerar actos no amistosos para los Estados Unidos todos aquellos que afecten su seguridad, así como los intentos de las potencias europeas de extender su sistema a este hemisferio, o de sojuzgar o dirigir el destino político de cualquiera de las repúblicas americanas. (Sepúlveda, 1993, pág. 40).

b. Doctrina Calvo

La doctrina Calvo, desarrollada por el jurista y diplomático argentino Carlos Calvo (1824-1906), postula que los Estados no pueden intervenir diplomáticamente en protección de sus nacionales por posibles daños causados a sus personas o patrimonio, más allá de lo que señalen los medios locales, sobre una base de igualdad con la población nativa.

Calvo defendió el derecho de los Estados recientemente independizados a no someterse a la injerencia de potencias extranjeras.

De acuerdo con Francisco Bello, Carlos Calvo afirma, en su libro *Le Droit International Theorique et Pratique*, publicado en París, en 1868:

En derecho internacional estricto, el cobro de créditos no justifica de plano la intervención armada de los gobiernos, y como los Estados europeos siguen



invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas, no hay ningún motivo para que a ellos no se les imponga también en sus relaciones con los Estados del nuevo mundo. (Bello, 1970, pág. 11)

En la edición de 1896, del mismo libro, Calvo amplía el concepto, refiriéndose tanto al cobro de créditos y a reclamaciones privadas. Lo que significa que ni el cobro de créditos ni las reclamaciones privadas de los gobiernos o de los particulares europeos, justifican de modo alguno la intervención de los gobiernos americanos.

Dicho principio fue aceptado por la comunidad internacional, a través de la Convención relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, aprobada en la Haya en 1907, la cual en su artículo 1 establece: “Con el objeto de prevenir, tanto cuanto sea posible, el recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados, las Potencias Contratantes acuerdan emplear todos sus esfuerzos para asegurar la resolución pacífica de las diferencias internacionales.”.

Su doctrina establece que los inversores extranjeros no deben gozar de una situación más favorable que los inversores locales y sus derechos y obligaciones deben ser determinados bajo la jurisdicción exclusiva de los tribunales de ese Estado.

Su tesis fue adoptada por la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos en 1889, cuya Comisión *ad hoc* de derecho internacional concluyó:

Los extranjeros gozarán de los mismos derechos civiles de los que gozan los nacionales y se les otorgarán todos los beneficios derivados de tales derechos, tanto en lo sustancial como en la forma o el procedimiento, y se les concederán los mismos recursos para su defensa otorgados a los nacionales. Una nación no tiene ni reconoce en favor de extranjeros, más obligaciones o responsabilidades que las establecidas en favor de los nacionales por la Constitución y las leyes en las mismas circunstancias. (Americana, 1889)



La Doctrina Calvo descansa sobre el principio de la absoluta igualdad de los Estados soberanos. Algunos gobiernos latinoamericanos han incorporado este principio, bajo la denominación de “Cláusula Calvo”, en los contratos con ciudadanos extranjeros, estipulando que en caso de surgir dudas o disputas al interpretar el contrato de que se trate, la parte contratante extranjera conviene en que dichas dificultades se zanjarán ante los tribunales del país, y renuncia a la facultad de apelar a su propio gobierno para la defensa de su derecho, es decir a la protección diplomática o a cualquier otra clase de protección oficial.

En suma, lo que pretendía Calvo con su doctrina, no era otra cosa más que erradicar la desigualdad evidente entre los Estados de América Latina y las potencias europeas, porque en aquella época los primeros eran considerados inferiores por los segundos. Ello, en virtud que no había pasado mucho tiempo desde que las Américas habían logrado su independencia de Europa y el viejo continente buscaba en los actos de los recién emancipados, pretextos para recuperar el dominio de estos territorios.

c. Doctrina Drago

Por su parte, la doctrina Drago, formulada por el ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, (1859-1921), en 1902, constituye una extensión de la doctrina Calvo. Fundamentalmente, pretendía prohibir el uso de la fuerza por un Estado para proteger la seguridad de sus nacionales.

Fue durante el bloqueo naval a Venezuela que el doctor Drago sometió a los Estados Unidos su proposición de que “las deudas públicas no pueden ser motivo de intervención armada ni menos aún de ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea”. (Bello, 1970, pág. 18).

Agrega que el capitalista tiene siempre en cuenta cuáles son los recursos del país y la mayor o menor posibilidad de pago. Por ello, los gobiernos tienen diferente crédito y las condiciones de los empréstitos son más o menos onerosas. El acreedor sabe que



contrata con una entidad soberana y es condición inherente de toda soberanía que no pueda iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella, ya que ese modo de cobro comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia del respectivo gobierno. (Bello, 1970).

El cobro excesivo traería la absorción de los débiles por los fuertes y sería contrario al principio de igualdad de los Estados.

La Doctrina Drago no pretendía por ningún motivo amparar la mala fe o la insolvencia deliberada, sino amparar el decoro que debe imperar entre las naciones, en su tratamiento recíproco.

Para Drago el hecho de que la deuda pública justificara el uso de la fuerza era nefasto, puesto que si ello sentaba precedente significaría un grave peligro para la seguridad y la paz de las naciones de Latinoamérica, sobre todo, porque los europeos veían en la región americana, (con excepción de Estados Unidos de Norteamérica, que había dejado clara su postura desde 1823, con la declaración del presidente James Monroe) potencial para futuras expansiones territoriales.

d. Doctrina Porter

En la Conferencia de la paz de la Haya de 1907, en la que la doctrina Drago fue discutida, fue confrontada por un postulado de la delegación de Estados Unidos, específicamente por el jefe de la delegación, el General Horace Porter. (Vandeveld, 2010).

El general proponía que la intervención militar para exigir el pago de deudas debía ser prohibida, a menos que el Estado deudor se negase a someter la disputa al arbitraje o que habiéndola sometido, se negase a cumplir con el laudo arbitral.



Al proponerse el arbitraje como método de solución de controversias, la doctrina Porter confrontaba también con el postulado de Calvo que precisamente se basaba en el hecho de que las únicas cortes competentes para estos casos eran las cortes nacionales.

Al final de la Conferencia de la Paz, se impuso una limitación al uso de la fuerza para el cobro de deudas, pero no radical, como proponía Drago, sino como Estados Unidos propuso.

Las doctrinas citadas tuvieron gran impacto en la solución pacífica de controversias entre los Estados, dando paso a principios recogidos en Conferencias y Convenciones Internacionales, promoviendo la erradicación del uso de la fuerza entre Estados por controversias surgidas entre particulares extranjeros y Estados, así como por cuestiones de créditos públicos y, en general, para que el uso de la fuerza fuera considerado el último, y no el primer recurso para solventar cualquier clase de conflicto.

2.2.2. Naturaleza jurídica

Varela Quirós señala, sobre lo expuesto por Carlos Calvo en relación con la renuncia sobre la protección diplomática por parte de ciudadanos extranjeros, que pareciera que dicha dimisión no es válida, pues la protección diplomática no es un derecho del individuo, sino una potestad del Estado, lo que consecuentemente significa que el primero no podría renunciar un derecho que no le asiste.

Dicha aseveración, tiene cabida a la luz de las discusiones en torno a las posturas sobre la naturaleza jurídica de la protección diplomática. Sobre estas, expone el mismo autor que los publicistas se encuentran divididos; por un lado, unos afirman que se trata de una facultad del Estado y por el otro, que es un derecho del ciudadano.



Sobre este tema, Díez de Velasco refiere que, mediante la protección diplomática “el Estado ejercita un derecho propio, y no un derecho del ciudadano o nacional suyo”. Agrega que sobre esta afirmación está de acuerdo, con contadas excepciones, toda la doctrina está de acuerdo. (Díez de Velasco, 2007, pág. 897)

Según esta postura, una vez que el Estado inicia la protección, la persona física o jurídica no está legitimada para renunciar a la protección diplomática o para hacer desistir al Estado de una acción emprendida.

Retomando la sentencia de fondo sobre caso Concesiones Mavrommatis en Palestina, la Corte Permanente de Justicia Internacional dijo:

Al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial, este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional. (Corte Internacional de Justicia, 1924)

En consonancia, el artículo 2 del Proyecto sobre la protección diplomática, aprobado en el 58° período de sesiones de la Comisión de derecho internacional de la Organización de las Naciones Unidas, establece que “Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos.”.

Al respecto y pese a lo expuesto, se colige que la naturaleza jurídica de la protección diplomática es la de una facultad o derecho que asiste, tanto al ciudadano como al Estado; no obstante, pese a tener el individuo el derecho de acudir a su Estado para requerirle hacer valer sus derechos frente a otro Estado, no existe sustento doctrinario o jurídico que determine la obligatoriedad por parte del Estado de hacer lo que se le solicita.



Por ende, tal como refiere Diez de Velasco, se trata de una competencia discrecional. Lo que significa que el Estado tiene plena libertad para decidir si ejerce o no la protección diplomática.

Lo anterior tiene sentido, en virtud que si del derecho del ciudadano de solicitar la protección diplomática de su Estado, derivara automáticamente una obligación para el soberano, no habría lugar para el examen objetivo que este debe realizar de la situación, lo que conlleva consideraciones respecto a las implicaciones de estas acciones. Además, daría pauta a que los ciudadanos hicieran requerimientos caprichosos y sin fundamento, lo que bajo ninguna perspectiva sería positivo para las relaciones internacionales de los Estados, por el contrario, sería fuente inagotable de tensiones internacionales.

En consonancia, en el asunto *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia señaló:

Dentro de los límites establecidos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que el Estado está haciendo valer [...] El Estado debe ser considerado como el único juez facultado para decidir si concederá su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, en particular, de orden público, ajenas al asunto concreto. (Corte Internacional de Justicia, 1970)

2.2.3. Condiciones del ejercicio

Diez de Velasco expone que para que la protección diplomática pueda ser ejercida se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: “a) nacionalidad de la reclamación; b) agotamiento de los recursos internos, y c) conducta correcta de la persona en favor de la que se actúa [...]”. (Diez de Velasco, 2007, pág. 902)



En ese orden de ideas, Larios Ochaita refiere que la protección diplomática está sujeta a las siguientes condiciones: “a) Existencia de un vínculo llamado “nacionalidad” [...]; b) Agotamiento de los recursos locales [...], y c) Que el reclamante no haya observado una conducta manifiestamente ilegal o violado los principios del derecho internacional.”. (Larios Ochaita, 2010, pág. 365)

A decir de Varela Quirós, la nacionalidad es un vínculo jurídico que une a una persona a un determinado Estado.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia estableció en 1955 en el caso *Nottebohm contra Guatemala* que la nacionalidad es:

Un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectiva solidaridad de existencia, de intereses y de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes. Puede decirse que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al cual se le confiere [...] Está de hecho más estrechamente vinculado a la población del estado que se le ha conferido que a al de cualquier otro.

La sentencia del caso *Nottebohm* surge a causa de que un ciudadano alemán que residía en Guatemala, pocos años antes de que estallase la Segunda Guerra Mundial, decidió renunciar a su ciudadanía alemana y adoptar la ciudadanía de Liechtensein, por ser este último un Estado neutral. Posteriormente, luego de que Guatemala declarara la Guerra oficialmente a Alemania, las propiedades de *Nottebohm* fueron incautadas y se le prohibió el ingreso al país por ser considerado ciudadano de un Estado enemigo.

Luego de que la guerra terminara, el señor *Friederich Nottebohm* solicitó a Liechtensein protección diplomática, a la cual dicho Estado aceptó e inició gestiones con Guatemala, las cuales fueron rechazadas por considerar que se trataba de una nacionalidad de conveniencia que no podía ser reconocida por Guatemala. La



controversia fue elevada a la Corte Internacional de Justicia, la cual en su resolución del 6 de abril de 1955 profirió:

Ejercer la protección, dirigirse a la Corte, es colocarse en el plano del derecho internacional. Es el derecho internacional el que determina si un Estado tiene personería para ejercer su protección y recurrir ante la Corte [...] Estos hechos demuestran por una parte, la ausencia de toda vinculación entre Nottebohm y Liechtenstein, y por otra la existencia de una antigua y estrecha vinculación con Guatemala; [...] Esta naturalización fue solicitada no para obtener la consagración en el derecho de la integración real de Nottebohm a la población de Liechtenstein, sino que se la buscó como un medio para lograr la sustitución de su cualidad de nacional de un Estado beligerante por la de nacional de un Estado neutral, con el único objeto de colocarse así bajo la protección de Liechtenstein [...] Guatemala no está obligada a reconocer una nacionalidad así adquirida. En consecuencia, Liechtenstein no puede legalmente proteger diplomáticamente a Nottebohm con respecto a Guatemala y por este motivo se declara inadmisibles sus demandas.

Dicha sentencia es uno de los principales referentes en lo que a nacionalidad respecta en el derecho internacional, en virtud que mediante esta la Corte Internacional de Justicia sentó el principio fundamental de que la nacionalidad debe ser real y efectiva para que los Estados puedan proteger a sus nacionales.

2.3. Responsabilidad internacional en las inversiones extranjeras

Como se mencionó, la protección diplomática ha sido tradicionalmente considerada como un derecho del Estado para reclamar en favor de sus súbditos la responsabilidad internacional de otro Estado que a través de acciones u omisiones ha vulnerado el derecho internacional que asiste a estos. A decir de John Dugard, esta explicación tenía por base la idea (ya desactualizada) de que el derecho internacional no reconocía derechos a los individuos.



No obstante, luego de la Segunda Guerra Mundial, el orden internacional se transformó radicalmente, al punto que actualmente, existe una amplia gama de sujetos de derecho internacional, dentro de los que se incluye al individuo.²⁹ Con dicha evolución, en el seno del ahora Banco Mundial, se elaboró el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965, creando con ello el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - Convenio CIADI-, al cual los inversionistas extranjeros pueden llevar sus controversias internacionales en materia de inversión con Estados anfitriones o receptores de la inversión. Asimismo, una gran cantidad de tratados bilaterales de promoción y protección de las inversiones extranjeras fueron suscritos alrededor del mundo. (Dugard, 2013)

En consecuencia, como se verá en el Capítulo siguiente, actualmente, además de la protección diplomática, existen otros instrumentos de derecho internacional de los que el individuo puede hacer uso de manera directa para hacer valer sus derechos frente a cualquier otro sujeto de derecho internacional, destacando para los efectos de la presente investigación el Convenio CIADI y los acuerdos internacionales sobre inversiones.

En materia de derecho de inversiones, un inversionista extranjero puede reclamar directamente a un Estado receptor, su responsabilidad internacional por la vulneración de obligaciones contenidas en los compromisos asumidos en acuerdos internacionales sobre inversiones, con el objeto de obtener una indemnización (compensación económica) por el daño causado a su inversión.

Al respecto, el artículo 26 del Convenio CIADI, establece que los particulares únicamente ejercerán la protección diplomática cuando el Estado al que se reclame no acate la sentencia arbitral.

²⁹ Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos las personas físicas pueden ejercerlos directamente, no solo respecto a su propio Estado, sino también en relación con otros Estados, sin la intervención del suyo.



CAPÍTULO III

3. Derecho de las inversiones extranjeras y el arbitraje internacional

El derecho internacional de inversión extranjera es una de las áreas del derecho que mayor estudio y evolución ha experimentado en los últimos años, específicamente desde la segunda mitad del siglo XX.

Lo anterior, como consecuencia innegable del fenómeno de la globalización y el desmesurado incremento de inversiones transfronterizas, propias de las relaciones comerciales contemporáneas.

3.1. Historia

No obstante, los recientes avances jurídicos, la noción de inversión extranjera no es nueva, esta rama tiene aproximadamente 500 años de historia. (González de Cossío, 2009). Sus orígenes son tan antiguos como la conquista europea de otros continentes. A mediados del siglo pasado, muchos Estados poderosos intentaron definir e imponer su soberanía para regular las actividades económicas que se desarrollaban dentro de sus territorios. (Morales Vela, 2007).

El antagonismo a la inversión extranjera, que caracterizó a la época post-colonialista, cedió a la racionalización del tema. Esta nueva actitud surgió como resultado de percatarse que existían aspectos positivos de la inversión extranjera. En forma paralela, se dio un cambio de percepción de la compañía multinacional para considerarla como un promotor del desarrollo, y no como una herramienta de opresión. Por consiguiente, las predisposiciones ideológicas y el nacionalismo económico fueron perdiendo terreno. (González de Cossío, 2009).



Lo anterior, provocó que la inversión extranjera adquiriera relevancia en el escenario económico internacional, al mismo tiempo, los inversionistas extranjeros advirtieron que el derecho internacional no les otorgaba la protección necesaria para garantizar y promover sus actividades económicas.

Por ende, en la década de 1950, Estados Unidos de América diseñó un programa de Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación que no obtuvo el éxito deseado. (Morales Vela, 2007). Alrededor de la misma época, varios Estados europeos promovieron negociaciones que culminaron en la suscripción y ratificación de una serie de exitosos tratados bilaterales de inversión. Al respecto, el Investment Promotion and Protection Treaties, Cronological Index del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Índice cronológico de Tratados de Promoción y Protección de Inversiones) sitúa en 1959 la suscripción del primer Acuerdo de Promoción y Promoción Recíproca de las Inversiones entre la República Federal de Alemania y la República Islámica de Pakistán.

Tal como puede observarse, Alemania impulsó este tipo de acuerdos, puesto que después del mencionado en el párrafo anterior, suscribió otros con países como Malasia en 1960, Grecia, Togo, Marruecos, Liberia y Tailandia en 1961. Asimismo, Suiza suscribió tratados de la misma naturaleza con Tunesia en 1961, con Togo en 1964 y con Malta en 1965, entre otros. Además, es notorio que los primeros acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, además de ser bilaterales, fueron suscritos por países europeos con países africanos o asiáticos. Es hasta en 1965 que los primeros países latinoamericanos comienzan a figurar en este tipo de tratados; así, ese mismo año Colombia y Ecuador suscriben un acuerdo de inversión con Alemania; por su parte, Costa Rica suscribe uno con Suiza. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones , 2016)

Como es posible visualizar en el documento en mención, la curva de crecimiento de estos acuerdos se incrementó a lo largo de las siguientes décadas. De tal cuenta, Francisco González de Cossío refiere que, a partir de la celebración del primer tratado



bilateral de inversión, miles de acuerdos de inversión han sido firmados entre múltiples Estados., y no solo eso, el ritmo de ratificación ha crecido en forma exponencial, sumando aproximadamente 385 a finales de los años 80, a más de 2000 en 2003 y 2676 en 2008. (González de Cossío, 2009)

En consecuencia, es posible aseverar que la tendencia surgida en la segunda mitad del siglo pasado fue de fomento de la inversión extranjera, lo cual resultó como respuesta a varios factores sociológicos y económicos, dentro de los que destacan:

- a. La asociación de la inversión extranjera como promotor del desarrollo de países jóvenes y pobres;
- b. Los efectos de la recesión económica que Estados Unidos de América y Europa atravesaron;
- c. Los cambios en el orden económico global que dejó la Segunda Guerra Mundial; y
- d. La industrialización

Estos fenómenos tuvieron entre otros, tres resultados a subrayar:

- a. La concepción de un mundo multipolar;
- b. En consecuencia, el interés por la liberalización transfronteriza de capital; y
- c. Por ende, la operativización de dicha liberalización a través de numerosos acuerdos internacionales de inversión.

3.2. Inversión extranjera

En su libro *Fundamentos de Inversiones* Gitman y Joehnk afirman que: “Una inversión es esencialmente cualquier instrumento en el que se depositan fondos con la expectativa de que genere ingresos positivos y/o conserve o aumente su valor”. (Gitman & Joehnk, 2009, pág. 3).



Por su parte, Marcela Astudillo Moya concibe a la inversión como: “el gasto destinado a la adquisición de bienes que servirán para producir otros bienes; es decir, participan en el proceso productivo o prestación de servicios [...]” (Astudillo Moya, 2012, pág. 110).

En ese sentido, Veblen (como se citó en Astudillo, 2005) asegura que la inversión es: “una transacción pecuniaria, cuyo objetivo es la ganancia pecuniaria, en términos de valor y propiedad” (p. 233).

Por su parte, José De Gregorio afirma que “La diferencia clave entre la inversión y el consumo es que la inversión consiste en bienes que se mantienen para el futuro y, por lo tanto, no son consumidos”. (De Gregorio, 2012, pág. 17)

Tomando en consideración las definiciones de los autores citados, la inversión no es más que el instrumento económico que permite la adquisición de bienes lícitos, por parte de cualquier persona sea esta individual o jurídica, nacional o extranjera, con el objeto de incrementar, a futuro, el monto invertido en un plazo determinado.

La inversión es el desembolso o disposición de capital por parte de un sujeto o sujetos de naturaleza física o jurídica, pública o privada, nacional o internacional, en una actividad económica, cuya finalidad es incrementar el monto inicial aportado en un plazo determinado; es decir, obtener ganancias pecuniarias, bajo un riesgo aceptable.

3.2.1. Sujetos de la inversión

De acuerdo con Gitman y Joehnk, los sujetos que participan en la inversión extranjera son, por un lado, los proveedores que tienen fondos adicionales, y por el otro, demandantes que necesitan fondos, vinculándose estos mediante un mercado financiero. (Gitman & Joehnk, 2009)

De tal cuenta, es posible establecer que en una inversión los sujetos de inversión son aquellos que participan en el proceso económico de aportación de recursos, que han visualizado que un bien o participación, adquirida a un precio determinado, puede incrementar su patrimonio a futuro, realizando una actividad lícita de carácter comercial.

3.2.2. Clasificación

En su libro *Fundamentos de inversiones*, Gitman y Joehnk distinguen varios tipos de inversión: (Gitman & Joehnk, 2009, págs. 3,4)

3.2.2.1. Títulos o propiedad

Las inversiones título, representan deuda o propiedad, o el derecho legal a adquirir o vender una participación en propiedad. Los tipos más comunes títulos son las acciones y los bonos.

Por otro lado, las inversiones propiedad, consisten en aquellas que se realizan sobre bienes raíces o personal tangible; las primeras se refieren a inmuebles en general, mientras que las segundas, incluyen objetos de valor como oro, arte, antigüedades, entre otros.

3.2.2.2. Deuda o patrimonio neto

Una inversión en deuda representa fondos prestados a cambio de recibir ingresos por intereses y el reembolso prometido del préstamo en una fecha futura específica. Por su parte, una inversión de patrimonio neto representa la participación continua en la propiedad de una empresa o posesión.



3.2.2.3. Bajo o alto riesgo

Señalan Gitman y Joehnk que el riesgo es la posibilidad de que los rendimientos reales de una inversión difieran de los esperados. Las inversiones de bajo riesgo son aquellas que se consideran seguras con respecto a un rendimiento positivo. Por el contrario, las inversiones de alto riesgo conllevan niveles de rendimiento muy inciertos; como consecuencia de este riesgo más alto, se espera que los rendimientos sean mayores.

3.2.2.4. Corto o largo plazo

La vida de una inversión se describe como de corto o largo plazo. Las inversiones a corto plazo vencen comúnmente en un año; por su parte, las inversiones a largo plazo son las que tienen vencimientos mayores o, al igual que las acciones ordinarias, no tienen ningún vencimiento en absoluto.

3.2.2.5. Directa o indirecta

Una inversión directa es aquella en la que un inversionista adquiere directamente un derecho sobre un título o propiedad, mientras que una inversión indirecta es una inversión en un grupo de títulos o propiedades, creada comúnmente para satisfacer una o más metas de inversión. En lugar de invertir directamente en determinado título o propiedad, se invierte de manera indirecta al adquirir un interés en un grupo de títulos o propiedades administrados profesionalmente.

3.2.2.6. Interna o extranjera

Una inversión interna es aquella que se realiza en el mismo país del cual es nacional el inversionista, mientras que una deuda extranjera será aquella que el proveedor de fondos adicionales realiza en actividades económicas fuera de sus fronteras territoriales.



Se entiende por inversión extranjera a todos aquellos activos de cualquier tipo adquiridos de acuerdo con la legislación del país donde se efectúa la inversión. Se trata de operaciones en las que el inversor pretende conseguir un control o influencia a largo plazo en la administración y dirección de una empresa con operaciones fuera del territorio en el que reside. (Real Academia Española, 2020)

La inversión extranjera involucra la transferencia de activos de un país a otro, sean tangibles o intangibles, con la finalidad de utilizarlos en el Estado anfitrión para generar riqueza bajo el control total o parcial del propietario de los activos. De tal cuenta, la inversión extranjera puede clasificarse como:

a. Directa

Las inversiones extranjeras directas son definidas como aquellas operaciones transfronterizas en las que existe una relación a largo plazo entre el inversionista directo y la empresa y, además, un grado significativo de influencia que confiere a aquel una participación efectiva en la dirección de dicha empresa. (Real Academia Española, 2020)

Por su parte, Francisco Cossío, señala que la inversión directa es aquella que establece unidades de producción. Se materializa en bienes físicos y es controlada por su propietario. Las características con frecuencia no son absolutas, sino relativas, pero en la medida en que estén presentes se considerará que la inversión es directa. (González de Cossío, 2009).

La inversión extranjera directa es aquella realizada directamente por el inversionista con la finalidad de estar presente en la gestión de las operaciones que esta conlleve, Para efecto de incrementar el monto inicial aportado en un plazo determinado, bajo un riesgo aceptable para este.



b. Indirecta

Este tipo de inversión transfronteriza comprende la gestión de los activos reales en que se basan, como la adquisición de participaciones en concesiones, de derechos contractuales, de intereses de deudas y de participaciones en propiedad de bienes tangibles e intangibles. (Real Academia Española, 2020)

En lugar de invertir directamente en una propiedad o en un título, se invierte indirectamente al adquirir un interés en un grupo de estos, administrados profesionalmente. (Gitman & Joehnk, 2009)

La inversión indirecta o de portafolio es aquella donde existe divorcio entre su administración y su propiedad. Se trata de una inversión pasiva, por cuanto no pretende administrar el negocio, sino recibir beneficios económicos. (González de Cossío, 2009).

Mientras que la inversión directa requiere la estancia física del inversionista en el Estado anfitrión o receptor, la inversión de portafolio o de cartera, no.

Un criterio de distinción es el control, que tiende a ser importante para transnacionales que buscan implementar una estrategia global en el momento de canalizar recursos en forma de inversión extranjera directa, lo cual no sucede en las inversiones de portafolio.

Dado que la inversión indirecta puede ser realizada en mercados de valores de cualquier parte del mundo, no hay una relación concreta ente la inversión y su propietario que dé seguridad y pueda motivar responsabilidad.



3.2.3. Normativa

Toda transacción realizada en el ámbito de la inversión extranjera entraña una relación trilateral entre el Estado receptor, el inversor extranjero y el Estado de origen de este último. (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2003).

El principio de la soberanía del Estado lleva implícita la noción de que la autoridad soberana que tiene el Estado puede ser limitada a través de un Acuerdo Internacional de Inversión -All-, para promover la inversión de extranjeros en su territorio, así como para proteger a sus nacionales que se encuentren en el extranjero de los actos contrarios al derecho internacional y, finalmente, para regular los mecanismos aplicables en caso del surgimiento de controversias entre Estados e inversores extranjeros.

Dunker Morales Vela refiere que, con el nacimiento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -CIADI-, sobre el cual se profundizará en el próximo capítulo, se desarrolló una política en favor de los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones, la cual perseguía tres objetivos (Morales Vela, 2007):

- a. Proporcionar protección adecuada a los inversionistas en países en los cuales sus derechos aún no estaban cubiertos por acuerdos existentes;
- b. Persuadir a otros Estados a implementar y ejecutar políticas de mercado que otorgaran trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros; y
- c. Contribuir al incremento de normas de derecho internacional consistentes con los dos propósitos anteriores.

3.2.3.1. Internacional

Francisco Villagrán Kramer en su obra *Derecho de los tratados*, explica que el concepto actualizado de tratados permite precisar que se trata de acuerdos entre sujetos de derecho internacional que los vincula o liga, por lo que el vínculo produce efectos jurídicos, rigiéndose este por el derecho internacional. (Villagrán Kramer, 2002)



Por su parte, la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, establece que por tratado debe entenderse, cualquiera que sea su denominación, “el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional”.

Un tratado es una manifestación de voluntades concordantes, imputables a dos o más sujetos de derecho internacional, y destinada a producir efectos jurídicos en conformidad con las normas del derecho internacional. (Reuter, 1999)

En suma, un tratado internacional es un acuerdo voluntario celebrado por escrito entre sujetos de derecho internacional, por medio del cual estos se vinculan en derechos y obligaciones recíprocos que se rigen por el derecho internacional.

Por su parte, los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones -AII- establecen compromisos y obligaciones contraídas por los Estados parte, los cuales determinan el ámbito, alcances y forma de su participación en las actividades transfronterizas de inversión realizadas por sus nacionales. (UNCTAD, 2003).

En el ámbito del derecho de los tratados, estos cuentan con una clasificación, atendiendo al número de partes, como bilaterales, multilaterales, tratados-leyes, tratados-contratos, esta última ya no utilizada, etc., por lo que, para los efectos de este trabajo, se hará referencia únicamente a los tratados de inversión y la clasificación que en este ámbito se realizan.

Según el CIADI, los tratados de inversión son acuerdos relativos al trato que un Estado se compromete a brindar a las inversiones realizadas por individuos o compañías provenientes de otro Estado. Se negocian en forma bilateral, multilateral y sectorial, y puede tratarse de un tratado autónomo o formar parte de un tratado de libre comercio. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, s.f.).



La mayoría de estos instrumentos contienen disposiciones que permiten el arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados con el auspicio del CIADI u otros mecanismos de resolución alternativa de controversias.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -OCDE-, el propósito general de los acuerdos internacionales de inversión es la promoción y protección de las inversiones de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante.

En ellos se establecen, con variaciones en cuanto a su alcance y contenido, normas de tratamiento de los inversores y sus inversiones, incluyendo: el trato nacional, garantías contra la expropiación sin indemnización, garantías de trato justo y equitativo o la norma mínima internacional de tratamiento, protección y seguridad plenas; además incluyen los mecanismos que las partes eligen para la solución de controversias entre inversores y Estados, que permite a los inversores extranjeros protegidos llevar a arbitraje reclamaciones contra los gobiernos anfitriones cuando consideren que las garantías del tratado han sido violadas. (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2015, pág. 27)

En consecuencia, un acuerdo internacional de inversión puede ser entendido como un tratado internacional celebrado entre dos (Tratado Bilateral de Inversión) o más Estados (Tratados de Libre Comercio con capítulos de inversión) para promover, proteger y regular la inversión extranjera, a través de estándares mínimos de trato y mecanismos de solución de controversias entre el Estado receptor de la inversión y el extranjero inversor.

Específicamente los Tratados Bilaterales de Inversión -TBI- o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones -APPRI- son acuerdos internacionales de Inversión que establecen un conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados receptores de inversiones e inversionistas extranjeros. Tienen como objeto garantizar la certeza jurídica en las relaciones que en virtud de estos se materialicen.

Asimismo, los APPRI pueden entenderse como acuerdos de carácter bilateral que imponen una serie de obligaciones recíprocas a los Estados Contratantes, con el objeto de fomentar y proteger a los inversores extranjeros y sus inversiones, generalmente consagran un mecanismo de arbitraje internacional entre los inversionistas y los Estados, a fin de que estos puedan resolver las controversias derivadas de la aplicación del instrumento internacional en un foro neutral.

En Guatemala, como se muestra a continuación, los TBI tuvieron su auge de negociación, suscripción y entrada en vigor entre los años 90 y 2000, como mecanismos de los países en desarrollo para atraer inversión extranjera.

Además de sus disposiciones complementarias y particulares, dichos instrumentos establecen su alcance, definiendo:

- Qué deben entender las partes por inversión;
- Quién puede ser considerado inversionista;
- Qué estándares mínimos de protección garantizan las partes; y
- Los mecanismos y foros neutrales a través de los cuales podrán dirimirse las controversias resultantes de las inversiones.

De acuerdo con la información disponible en la página web del Ministerio de Economía, a la fecha, Guatemala cuenta con 19 Tratados Bilaterales de Inversión vigentes: (Ministerio de Economía, 2019)

a. Acuerdo entre la República de Guatemala y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

Este Tratado bilateral de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República de Chile el 08 de noviembre de 1996, entrando en vigor el 13 de octubre de 2001.



Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con ella, siempre que se hayan efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente: derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales; acciones cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades o empresas; derechos de crédito o cualquier otra prestación con valor económico; derechos de propiedad intelectual, derechos de propiedad industrial, derechos de autor; y concesiones.

Asimismo, determina que, para las partes, serán *inversionistas*, quienes hayan efectuado inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante y que sean:

- Personas naturales o individuales que, de acuerdo con la legislación de esa Parte Contratante, sean consideradas nacionales de esta.
- Las entidades o personas jurídicas, incluyendo sociedades, corporaciones, asociaciones comerciales o cualesquiera otras, constituidas o debidamente organizadas de otra manera, según la legislación de esa Parte Contratante, que tengan su sede, así como sus actividades económicas efectivas, en el territorio de dicha Parte Contratante.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Expropiación e indemnización
- Libre transferencia
- Subrogación

Finalmente, sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo VIII que, al no haberse llegado a un entendimiento



por medio de consultas amistosas entre las Partes Contratantes dentro de un plazo de 3 meses contados a partir de la fecha de solicitud de arreglo, la controversia podrá dirimirse ante cualquiera de los siguientes foros:

- Los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.
- Arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

b. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

Dicho instrumento fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República de Francia el 26 de mayo de 1998, entrando en vigor el 28 de octubre de 2001.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* se refiere a toda clase de activos tales como bienes, derechos e intereses de toda naturaleza y comprende, en particular, aunque no exclusivamente: los bienes muebles e inmuebles, así como todos los otros derechos reales; acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación; derechos de crédito o a cualquier prestación que tenga valor económico; derechos de propiedad intelectual, comercial e industrial; y concesiones.

Asimismo, determina que, para las partes, serán *inversionistas*:

- Toda persona individual que, de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante, es considerada nacional de esta.
- Toda persona jurídica constituida en una de las Partes Contratantes, conforme a la legislación de esta y que tiene allí su sede social, o controladas directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en una de las Partes contratantes y constituidos conforme a su legislación.



En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Promoción y protección de las inversiones
- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Protección y seguridad plena
- Expropiación e indemnización
- Libre transferencia
- Garantía y subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 9 que, si la controversia no es solucionada por medio de consultas amistosas en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de la solicitud de arreglo, esta podrá ser resuelta mediante cualquiera de las siguientes vías:

- Los tribunales competentes de la Parte Contratante.
- Arbitraje nacional de la Parte Contratante.
- Arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

c. Convenio entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República China para la Promoción y Protección de las Inversiones

El presente acuerdo bilateral de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República de China el 12 de noviembre de 1999, entrando en vigor el 01 de diciembre de 2001.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* significa cualquier tipo de activo, en bienes o derechos, que sea propiedad de un inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes del último e incluye, en particular, aunque no

exclusivamente: bienes muebles e inmuebles y cualquier otro derecho real; acciones, títulos y obligaciones de sociedad y cualesquiera otras formas de participación en una sociedad; créditos o reclamos que tengan valor económico y que estén directamente relacionados con una inversión; derechos de propiedad intelectual; derechos conferidos por la ley o por contrato para emprender cualquier actividad económica comercial.

Asimismo, determina que, para las partes, serán inversionistas:

- Cualquier persona natural que posea la nacionalidad de una de las Partes Contratantes de conformidad con su legislación y que realice inversiones como se indican en el párrafo 1 del artículo citado.
- Cualquier persona jurídica, debidamente constituida de conformidad con las leyes de una de las Partes Contratantes y que realice inversiones como se indica en el párrafo 1 del artículo citado.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Promoción y protección de las inversiones
- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Expropiación y compensación
- Protección y seguridad plenas
- Compensación por pérdidas
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 8 del Convenio que, si el conflicto no es resuelto mediante arreglo amistoso en un plazo de 3 meses desde la fecha de inicio de este, la única vía para la resolución de esta es el arbitraje internacional de inversión de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.



d. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República de Corea para la Promoción y Protección de las Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República de Corea el 01 de agosto de 2000, entrando en vigor el 17 de agosto de 2002.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* significa cualquier clase de activos o derechos invertidos por los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con la legislación de la otra Parte Contratante y en particular, aunque no exclusivamente, incluye: bienes muebles e inmuebles y derechos relacionados; acciones, bonos y cooperaciones y cualquier otra forma de participación en una compañía o empresa y los derechos o intereses derivados de estas; títulos de crédito o cualquier otra prestación que tenga un valor económico; derechos de propiedad intelectual; cualquier derecho otorgado por ley o por contrato y por cualquier licencia y permisos legales, incluyendo concesiones.

Asimismo, determina que, para las partes, será *inversionista* toda persona natural o jurídica que invierte en el territorio de la otra Parte Contratante.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Promoción y protección de las inversiones
- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Compensación en caso de pérdidas
- Expropiación
- Libre transferencia
- Subrogación



Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 8 del Acuerdo que la controversia podrá resolverse en cualquiera de las siguientes vías:

- Ante los procedimientos de solución locales bajo las leyes y procedimientos de una Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión.
- Mediante un arbitraje internacional ante Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

e. Acuerdo entre la República de Guatemala y la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

Este acuerdo fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República de Cuba el 20 de agosto de 1999, entrando en vigor el 23 de agosto de 2002.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término inversión se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con ella, siempre que se haya efectuado, de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente: derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales; acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades o empresas; derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico asociado a la inversión; derecho de propiedad intelectual e industrial; y concesiones.

Asimismo, determina que, para las partes, serán *inversionistas* todas las personas que hayan realizado inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Trato nacional

- Trato de nación más favorecida
- Libre transferencia
- Expropiación e indemnización
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo VIII que, si la controversia no puede finalizarse mediante consultas amistosas en un plazo de tres meses, el inversionista podrá optar por cualquiera de las siguientes vías para la resolución:

- Procedimiento judicial ante los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión.
- Procedimiento administrativo ante un Tribunal ad hoc, de conformidad con las Reglas de la CNUDMI.
- Procedimiento arbitral de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

f. Acuerdo entre la República de Guatemala y el Reino de los Países Bajos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

El presente tratado bilateral de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y el Reino de los Países Bajos el 18 de mayo de 2001, entrando en vigor el 01 de septiembre de 2002.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversiones* significa toda clase de activos y particularmente, pero no exclusivamente: bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales sobre cualquier clase de activos; derechos derivados de acciones, bonos y cualquier otra clase de participación en empresas y sociedades conjuntas; derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico; derechos sobre propiedad intelectual, procesos técnicos, derechos de llave y know-how.

Asimismo, determina que el término *inversionista* comprende:

- Personas naturales que, de acuerdo con la ley de la Parte Contratante, sean consideradas como nacionales.
- Personas legales constituidas de conformidad con la ley de esa Parte Contratante, o personas legales directa o indirectamente controladas por nacionales de esa Parte Contratante o por personas legales constituidas de conformidad con las leyes de esa Parte Contratante.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Libre transferencia
- Expropiación
- Compensación por pérdidas
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 10 del Acuerdo que la controversia podrá resolverse mediante cualquiera de las siguientes vías:

- Arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- Conciliación ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- Procedimiento ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, bajo las Reglas que Gobiernan la Facilidad Adicional para la Administración de Procedimientos por la Secretaría del Centro, si una de las partes no es miembro de la Convención sobre Disputas de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965.

g. Acuerdo entre la República de Guatemala y la República de Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República de Argentina el 21 de abril de 1998, entrando en vigor el 07 de diciembre de 2002.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el concepto *inversión* designa, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país receptor, todo tipo de bienes que el inversor de una Parte Contratante invierte en el territorio de la otra Parte Contratante y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra parte, de acuerdo con la legislación de esta, en particular, pero no exclusivamente: la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda; acciones, derecho de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades, obligaciones; créditos, préstamos; derechos de propiedad intelectual; y concesiones.

Asimismo, determina que, para las partes, será *inversor* toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes, de conformidad con su legislación, así como toda persona jurídica, incluyendo sociedades, corporaciones, asociaciones comerciales o cualesquiera otras constituidas de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede, así como sus actividades económicas efectivas, en el territorio de dicha Parte Contratante.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Protección plena
- Trato Nacional
- Trato de Nación más Favorecida
- Expropiación e indemnización

- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo IX del Acuerdo que, al no resolverse la controversia mediante consultas amistosas dentro de un plazo de tres meses, el inversor tiene la facultad para optar a cualquiera de las siguientes vías:

- Procedimiento judicial ante los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya efectuado la inversión.
- Arbitraje Internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

h. Acuerdo entre la República de Guatemala y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y el Reino de España el 09 de diciembre de 2002, entrando en vigor el 21 de mayo de 2004.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que por *inversiones* se designa todo tipo de activos que hayan sido invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, incluyendo en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales; acciones, títulos, obligaciones y cualquier tipo de participación en sociedades; derechos a aportaciones monetarios y cualquier prestación contractual que tenga valor económico y esté vinculado con la inversión; derechos de propiedad intelectual, know how, así como fondos de comercio y derecho de llave; derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgadas por ley o contratado, incluidas las concesiones.



Asimismo, determina que, para las partes, será *inversor* o *inversionista* cualquier nacional o sociedad de una de las Partes Contratantes que realice inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Protección y seguridad plenas
- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Nacionalización y expropiación
- Compensación por pérdidas
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 11 del Acuerdo que, si la controversia no es resuelta mediante acuerdo amistoso en un plazo de 6 meses contados a partir de la notificación de la controversia, esta podrá ser sometida a cualquiera de los siguientes foros:

- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o
 - A un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones para el Derecho Comercial Internacional o;
 - Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- i. Acuerdo entre la República de Guatemala y la República Checa para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República Checa el 08 de julio de 2003, entrando en vigor el 29 de abril de 2005.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversiones* comprenderá toda clase de activos invertidos en relación con las actividades económicas de un inversionista de una Parte Contratante de acuerdo con las leyes y regulaciones de esta última e incluirá en particular, pero no exclusivamente: bienes muebles e inmuebles, así como cualquier otros derechos de propiedad; acciones, bonos y obligaciones de empresas o cualquier otra forma de participación en empresas; reclamo de dinero o cualquier otro rendimiento bajo contrato que tenga un valor financiero asociado con un inversión; derechos de propiedad intelectual; cualquier derecho conferido por la legislación o por un contrato y cualquier licencia y permiso.

Asimismo, determina que, para las partes, será inversionista cualquier persona, natural o jurídica, que invierta en el territorio de la otra Parte Contratante.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Protección y seguridad
- Medidas no razonables ni discriminatorias
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Compensación por pérdidas
- Expropiación
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 8.2. del Acuerdo que, si la controversia no puede ser solucionada mediante consultas o negociaciones en un plazo de seis meses contados a partir de la notificación, esta podrá ser resuelta en cualquiera de las siguientes vías:

- Procedimiento ante una Corte competente (tribunal administrativo) de la Parte Contratante que es parte de la controversia.



- Arbitraje internacional de inversiones ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas.
 - Arbitraje internacional de Inversiones ante el CIADI de conformidad con el Reglamento para Facilidades Adicionales del CIADI, en el caso de que solamente una de las Partes Contratantes sea parte del Convenio del CIADI.
 - Arbitraje Internacional de inversiones ad hoc de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- j. Acuerdo entre la República de Guatemala y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la Confederación Suiza el 09 de septiembre de 2002, entrando en vigor el 03 de mayo de 2005.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* significa toda clase de activos e incluyendo en particular, pero no exclusivamente: bienes muebles e inmuebles, así como derechos reales; acciones, cuotas y cualquier otra clase de participación de empresas; títulos de crédito y cualquier otra obligación que tenga valor económico; derechos de autor, de propiedad industrial; concesiones o derechos similares conferidos por ley o contrato.

Asimismo, determina que, para las partes, el término *inversionista* comprende:

- Personas físicas o individuales que, de acuerdo con las leyes de esa Parte Contratante, son consideradas nacionales.
- Personas jurídicas constituidas de conformidad con las leyes de esa Parte Contratante que tenga su sede en el territorio de esta, o personas jurídicas directa o indirectamente controladas por nacionales de esa Parte



Contratante o por personas jurídicas constituidas de conformidad con las leyes de esa Parte Contratante y que tengan su sede en el territorio de esta.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Protección de las inversiones
- Trato justo y equitativo
- Libre transferencia
- Expropiación
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 8 del Acuerdo que, si la controversia no es resuelta por medio de consultas en un plazo de 6 meses contados a partir de la solicitud de consultas, el inversionista podrá someterla a cualquiera de las siguientes vías:

- Procedimiento ante los Tribunales competentes de la Parte Contratante en el territorio en el cual la inversión ha sido realizada.
- Arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- Arbitraje internacional ante un Tribunal ad hoc establecido (salvo acuerdo entre las partes) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

k. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno del Reino de Suecia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y el Gobierno del Reino de Suecia el 12 de febrero de 2004, entrando en vigor el 01 de julio de 2005.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* significa cualquier clase de activo ya sea de propiedad o controlada

directamente o indirectamente por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, siempre que dicha inversión haya sido hecha de acuerdo con la legislación de la otra Parte Contratante e incluirá en particular, aunque no exclusivamente: bienes muebles e inmuebles, así como derechos de propiedad; una compañía o empresa, acciones o valores de cualquier forma de participación en una compañía o empresa; reclamos de dinero o cualquier prestación económica; derechos de propiedad intelectual; concesiones comerciales conferidas por la ley, decisiones administrativas o por contrato.

Asimismo, determina que, para las partes, se entiende por *inversionista*:

- Cualquier persona natural que sea nacional de esa Parte Contratante de acuerdo con su legislación.
- Cualquier persona jurídica u otra organización constituida de acuerdo con la legislación aplicable en esa Parte Contratante.
- Cualquier persona jurídica no organizada bajo la legislación de esa Parte Contratante, pero contratado por un inversionista de conformidad con los primeros supuestos.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Expropiación
- Compensación
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 8 del Acuerdo que, si la controversia no es solucionada amigablemente en un plazo de 6 meses contados a partir de la notificación de la

controversia a la Parte Contratante, la vía para su resolución es el arbitraje internacional, ante cualquiera de los siguientes foros:

- El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, de acuerdo con la Convención de Washington de 1965.
- Las Facilidades Adicionales del Centro, si el Centro no está disponible de acuerdo con la Convención.
- Un tribunal Ad-Hoc establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

I. Tratado entre la República de Guatemala y la República Federal de Alemania para la Promoción Recíproca de Inversiones de Capital

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República Federal de Alemania, el 17 de octubre de 2003, entrando en vigor el 29 de octubre de 2006.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el concepto *inversiones de capital* comprende toda clase de bienes, en particular, aunque no exclusivamente: la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales; acciones y otros derechos de participación en sociedades o empresas; derechos a fondos de empleados para crear valor económico o a prestaciones con valor económico; derechos de propiedad intelectual; y concesiones.

Asimismo, determina que, para las partes, el concepto *inversionista* designa:

- Con referencia a la República Federal de Alemania, los alemanes en el sentido de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.
- Con referencia a la República de Guatemala, los guatemaltecos conforme a lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Con referencia a ambas Partes Contratantes, todas las personas jurídicas, así como todas las sociedades comerciales y demás sociedades o asociaciones con o sin personalidad jurídica, constituidas de conformidad con su legislación,



que tengan su sede en el territorio de cualquiera de las Partes Contratantes, independientemente de que su actividad tenga o no fines lucrativos

- Además, se considerará como nacional de una Parte Contratante a toda persona que posea un pasaporte nacional extendido por las autoridades competentes de la respectiva Parte Contratante.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Trato Nacional
- Trato de Nación Más Favorecida
- Expropiación e indemnización
- Libre Transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 10 del Acuerdo que, la controversia que surja entre una Parte contratante y un inversionista de la otra Parte contratante, en lo posible, deberá ser resuelta amigablemente. Si esta no pudiera ser resuelta dentro de un plazo de seis meses desde la fecha en que una de las partes la haya hecho valer, será sometida a un procedimiento arbitral ad hoc. No obstante, si ambas partes son contratantes del Convenio CIADI, las controversias se someterán a un procedimiento arbitral conforme a dicho Convenio.

m. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República de Finlandia para la Promoción y Protección recíproca de las Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República de Finlandia el 12 de abril de 2005, entrando en vigor el 06 de enero de 2007.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* se refiere a cualquier tipo de activo establecido o adquirido por un inversionista de una parte contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentos de la última Parte Contratante, incluyendo en particular, pero no exclusivamente: bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos de propiedad; arrendamientos; rentas invertidas; acciones, títulos, debentures y cualquier forma de participación en una sociedad o empresa; reclamos en dinero u otros derechos con valor económico; derechos de propiedad intelectual; y concesiones.

Asimismo, determina que, para las partes, serán *inversionistas* toda persona individual o legal que invierte en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con su legislación y las disposiciones del Acuerdo.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Protección y seguridad plenas
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Expropiación y nacionalización
- Compensación por pérdidas
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 9, del Acuerdo que, si la controversia no es solucionada de forma amigable entre las partes dentro de un plazo de tres meses, esta puede ser solucionada mediante cualquiera de las siguientes vías:

- Procedimiento judicial ante los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.
- Arbitraje ante el CIADI

- Arbitraje de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, si solo una de las Partes Contratante.
- Arbitraje Ad-Hoc de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.
- Arbitraje Ad-Hoc, siempre que sea previamente aceptado por las partes.

Independientemente de la vía elegida, el inversor en cualquier momento del proceso puede desistir de su reclamación y elegir otro procedimiento, siempre que no se haya dictado sentencia o laudo arbitral definitivo.

n. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unión Económica de Bélgica - Luxemburgo para la Promoción y protección recíproca de las inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la Unión Económica de Bélgica-Luxemburgo el 14 de abril de 2005, entrando en vigor el 01 de septiembre de 2007.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* se refiere a cualquier tipo de activo y cualquier contribución directa o indirecta, en efectivo, en especie o en servicios, invertida o reinvertida en cualquier sector de una actividad económica, en particular, aunque no exclusivamente: derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, así como cualquier derecho *in rem*³⁰; acciones, derecho de crédito y cualquier otra prestación que tenga valor económico; derechos de autor, derechos de propiedad industrial, procesos técnicos, nombres comerciales y prestigio; y concesiones otorgadas por la ley o por contrato.

Asimismo, determina que, para las partes, serán *inversionistas*:

- En relación con los nacionales: cualquier persona física que, de conformidad con la legislación de la República de Guatemala, el Reino de Bélgica o del Gran Ducado de Luxemburgo, sea considerada como nacional de la República

³⁰ En derecho romano, derecho *in rem* significa derecho de la cosa o derecho a la cosa.



de Guatemala, del Reino de Bélgica o del Gran Ducado de Luxemburgo, respectivamente.

- En relación con las empresas: cualquier persona jurídica incorporada o constituida de conformidad con la legislación de la República de Guatemala, del Reino de Bélgica o del Gran Ducado de Luxemburgo, tenga o no fines de lucro y que tenga su domicilio fiscal en la República de Guatemala, el Reino de Bélgica o el Gran Ducado de Luxemburgo, respectivamente.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Trato de nación más favorecida
- Trato nacional
- Expropiación e indemnización
- Compensación por pérdidas
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 10 del Acuerdo que, habiéndose notificado la controversia y transcurridos seis meses a partir de esta sin llegar a un acuerdo, la vía para la resolución de dicha controversia es el arbitraje de inversión, el cual podrá tramitarse ante cualquiera de los siguientes foros:

- Un tribunal ad-hoc constituido de conformidad con las reglas de arbitraje de la Comisión de la CNUDMI.
- El CIADI, cuando cada Estado Parte del Acuerdo también lo sea de dicho Convenio. En caso contrario, el arbitraje deberá tramitarse de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.
- La Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París.
- El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.



o. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República Italiana para la Promoción y Protección de las Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y el Gobierno de la República Italiana el 08 de septiembre de 2003, entrando en vigor el 03 de marzo de 2008.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* significa cualquier clase de propiedad invertida, ya sea antes o después de la entrada en vigor del acuerdo, por una persona individual o jurídica de la Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y regulaciones de esa Parte, independientemente de la forma o el marco legal adoptado.

Sin limitar la generalidad de la definición anterior, inversión comprenderá en particular, pero no exclusivamente: derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cualquier derecho real; acciones, bonos, participación de capital y cualquier otro instrumento de crédito, incluyendo títulos públicos; derechos de crédito en dinero o cualquier otra prestación con valor económico relacionado con la inversión; derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual e industria; cualquier derecho económico obtenido por ley o contrato; y cualquier aumento de valor de la inversión originaria.

Asimismo, determina que, para las partes, se entiende por *inversionista* toda persona individual o jurídica de una Parte Contratante que invierta en el territorio de la otra Parte Contratante, incluyendo subsidiarias extranjeras, afiliadas y sucursales controladas por las personas individuales y jurídicas antes mencionadas.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Trato nacional

- Trato de nación más favorecida
- Compensación por daños o pérdidas
- Expropiación
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 8 del Acuerdo que, en caso de que la controversia no pueda ser resuelta en forma amigable en un plazo de 6 meses contados a partir de la fecha de la solicitud, esta podrá ser solucionada mediante cualquier de las siguientes vías:

- Ante la Corte de la Parte Contratante que tenga jurisdicción territorial.
- Ante un Tribunal Arbitral ad hoc, de conformidad con las regulaciones de arbitraje de la CNUDMI.
- Ante el CIADI.

p. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno del Estado de Israel para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y el Gobierno del Estado de Israel el 07 de noviembre de 2006, entrando en vigor el 15 de enero de 2009.

Para los propósitos de dicho Acuerdo, el artículo 1 de este establece que el término *inversiones* significa cualquier tipo de activos invertidos de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión, incluyendo pero no limitado a: propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho real respecto de todo tipo de activo; derechos derivados de valores, acciones, bonos, debentures y otra clase de intereses en entidades legales; reclamos en dinero y otros activos y cualquier reclamo con valor económico; derechos de propiedad intelectual; y concesiones económicas conferidas por ley o por contrato.



Asimismo, determina que, para las partes, *inversionista* significa:

- Con respecto al Estado de Israel: una persona natural que sea nacional o residente permanente del Estado de Israel, que no sea también, nacional de la República de Guatemala.
- Con respecto a la República de Guatemala: una persona natural que sea nacional de la República de Guatemala, que no sea también, nacional o residente permanente del Estado de Israel.
- Con respecto a ambas partes, se considera inversionista a toda persona jurídica que:
 - Sea incorporada, constituida o debidamente organizada de otra forma, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante Inversionista;
 - Que esté controlada, directa o indirectamente por personas nacionales o residentes

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Compensación por pérdidas
- Expropiación
- Libre transferencia
- Seguro o garantía
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 8 del Acuerdo que, si la controversia no es resuelta mediante negociaciones dentro de un plazo de 6 meses contados a partir de la notificación del escrito de la controversia, esta podrá ser solucionada mediante cualquiera de las siguientes vías:

- Por un tribunal competente de la Parte Contratante Receptora.



- Por medio de conciliación.
- Por arbitraje en el CIADI.
- Por arbitraje de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que solamente una de las Partes Contratantes sea Estado Contratante del Convenio del CIADI.
- Por un tribunal de arbitraje ad hoc, establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

q. Acuerdo entre la República de Guatemala y la República de Austria para la Promoción y Protección de las Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República de Austria el 16 de enero de 2006, entrando en vigor el 01 de abril de 2012.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* se refiere a toda clase de activos en el territorio de una Parte Contratante que sea propiedad o esté controlada, directa o indirectamente, por un inversionista de la otra Parte Contratante, incluyendo: una empresa; acciones, valores, y otras formas de participación en el capital de una empresa; bonos, obligaciones de empresa, préstamos, préstamos y cualquier otra forma de deuda y derechos derivados de estas; cualquier derecho obtenido por la legislación o contrato; reclamos en dinero; derechos de propiedad intelectual; muebles o inmuebles u otros derechos de propiedad tangibles o intangibles.

Asimismo, determina que, para las partes, se entenderá por *inversionista de una Parte Contratante* cualquier persona natural que lleve la nacionalidad de una de las Partes Contratantes de acuerdo con su legislación o cualquier empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de una de las Partes Contratantes que haga o haya hecho una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante.



En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Protección de las inversiones
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Expropiación
- Compensación por pérdidas
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 12 del Acuerdo que, si la controversia no es resuelta por medio de negociaciones o consultas dentro de un plazo de 60 días contados a partir de que se haya informado a la Parte Contratante que es parte de la controversia, esta podrá ser sometida a cualquier de las siguientes vías:

- Procedimiento ante los tribunales competentes o administrativos de la Parte Contratante en la controversia.
- De acuerdo con cualquier procedimiento de solución de controversias que sea previamente acordado.
- Procedimiento ante el CIADI, si las partes son parte de dicha Convención.
- Procedimiento ante el CIADI de conformidad con las reglas que rigen el mecanismo complementario, si las partes no son parte de la Convención del CIADI.
- Procedimiento ante un árbitro único o un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de conformidad con las reglas de arbitraje de la CNUDMI.
- Procedimiento ante un árbitro único o un tribunal arbitral ad hoc de conformidad con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.



r. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca para las Inversiones entre el Gobierno de Guatemala y el Gobierno de Trinidad y Tobago

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y el Gobierno de Trinidad y Tobago el 06 de febrero de 2015, entrando en vigor el 23 de junio de 2016.

Para efectos de dicho instrumento, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* significa los activos establecidos o adquiridos por un inversionista que involucren la aportación de capital, la expectativa de ganancia o la asunción de riesgo, incluyendo en particular, pero no exclusivamente: propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos de propiedad; acciones, títulos, bonos y cualquier forma de participación en el capital de una compañía; reclamaciones pecuniarias o cualquier otra prestación contractual que tenga un valor económico, cuando estén directamente vinculados con la inversión; instrumentos de deuda de una compañía, cuando sea una filial del inversionista; derecho de propiedad intelectual; y concesiones otorgadas por ley o contrato.

Además, este Tratado establece que no se considerarán inversiones: instrumentos de deuda de una Parte Contratante, independientemente del plazo de vencimiento ni las reclamaciones pecuniarias derivadas de contratos comerciales para la venta de bienes y servicios por un inversionista de una Parte Contratante, en el territorio de la otra Parte Contratante, el otorgamiento de un crédito en relación con una transacción comercial; cualquier activo tangible u otras reclamaciones pecuniarias que no impliquen al menos uno de los tipos de inversión.

Asimismo, determina que, para las partes, será *inversionista de una Parte Contratante* cualquier persona natural o jurídica de una Parte Contratante que invierta en el territorio de la otra Parte Contratante, y que tenga operaciones comerciales substanciales en el territorio de dicha Parte Contratante.



En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Nivel mínimo de trato
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Compensación por pérdidas
- Expropiación
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 10 del Acuerdo que, si la controversia no es solucionada amigablemente en un plazo de 6 meses contados a partir de la notificación de intención de arbitraje, la vía para su resolución es el arbitraje internacional, ante cualquier de los siguientes foros:

- Ante el CIADI.
 - De conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.
 - De conformidad con el Reglamento de la CNUDMI.
 - De conformidad con cualquier otra regla de arbitraje, si así es acordado por las Partes Contratantes.
- s. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República de Turquía sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

Este acuerdo de inversión fue suscrito entre el Estado de Guatemala y la República de Turquía el 21 de diciembre de 2015, entrando en vigor el 19 de octubre de 2017.



Para efectos de dicho Tratado, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* significa todo tipo de activos, relacionados con actividades de negocio, adquiridas con el fin de establecer relaciones económicas de larga duración en el territorio de una Parte Contratante, de conformidad con sus leyes y reglamentos, que tiene características de una inversión, incluyendo características como el compromiso de capital y otros recursos, expectativa de ganancia o beneficio, asunción de riesgos, e incluirá, en particular, pero no exclusivamente: bienes muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho real; reinversión de rendimientos, reclamos de dinero o cualquier derecho con valor financiero relacionados a una inversión; acciones o cualquier otra forma de participación en empresas; derechos de propiedad intelectual; *goodwill*³¹; y concesiones.

Además, dicho instrumento establece que inversión no significa reclamos de dinero que surgen exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en el territorio de una de las Partes Contratantes a una empresa en el territorio de la otra Parte Contratante ni del otorgamiento de crédito en conexión con una transacción comercial, a menos que se trate de un préstamo que tenga las características de una inversión.

Asimismo, determina que, para las partes, serán *inversionistas*:

- Las personas naturales que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes.
- Las empresas, corporaciones, firmas, asociaciones de negocios incorporadas o constituidas bajo las leyes de una de las Partes Contratantes, y que el domicilio de sus oficinas, así como actividades de negocios sustanciales sea en el territorio de dicha Parte Contratante; que hayan hecho una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante.

³¹ Conocido en español como *fondo de comercio*, de acuerdo con Andrés Sevilla de Economipedia, es un activo intangible capaz de generar beneficios futuros para las empresas, se corresponde con su valor de marca, lo que a su vez incluye: cartera de clientes, prestigio, entre otros.



En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato justo y equitativo
- Plena protección y seguridad
- Nivel mínimo de trato
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- No discriminación
- Compensación por pérdidas
- Expropiación
- Libre transferencia
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 10 del acuerdo que, si la disputa no puede resolverse de forma amistosa dentro de los seis meses siguientes a la fecha en la que esta haya sido notificada por escrito, podrá ser sometida, a elección del inversionista, a cualquiera de los siguientes foros:

- El tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión, o
- Al centro internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
- Arbitraje según lo previsto en las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI
- Un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- Cualquier otra norma de arbitraje, si las partes contendientes así lo acuerdan.

Como se mencionó, los tratados bilaterales de inversión no son los únicos instrumentos jurídicos que regulan la inversión extranjera, existe una gran cantidad de



acuerdos multilaterales de inversión, así como tratados de libre comercio que cuentan con capítulos de inversión.

En ese sentido, de acuerdo con la información disponible en la página web del Ministerio de Economía, a la fecha, Guatemala cuenta con 7 Tratados de Libre Comercio con capítulos de inversión vigentes:

a. Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana

Este instrumento entró en vigor el 15 de octubre de 2001, destinando el Capítulo IX para regular lo relativo a inversión entre las Partes Contratantes y nacionales de las Partes Contratantes.

Para efectos de dicho Tratado, el artículo 9.01 de este establece que el término *inversión* significa toda clase de bienes o derechos de cualquier naturaleza definidos de acuerdo con el ordenamiento jurídico del país receptor, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales, adquiridos con recursos transferidos al territorio de una Parte, o reinvertidos en este, por parte de inversionistas de otra Parte, siempre que la inversión se haya efectuado de conformidad con las leyes de la Parte en cuyo territorio se realizó, y comprenderá en particular aunque no exclusivamente: acciones, cuotas societarias y cualquier forma de participación económica en sociedades constituidas de conformidad con la legislación de la otra Parte; derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico directamente vinculada con una inversión; bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales; derechos de propiedad intelectual; derechos derivados de concesiones o similares.

Además, establece que la definición de inversión no comprende una obligación de pago ni el otorgamiento de un crédito al Estado o a una empresa del Estado; reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un inversionista de una Parte en territorio de esa Parte a



un inversionista en territorio de otra Parte; o el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, cuya fecha de vencimiento sea menor a un año, como el financiamiento al comercio.

Asimismo, determina que, para las partes, será *inversionista* una parte, o empresa propiedad de esta, un nacional de acuerdo con la legislación de cada una de las Partes, o una empresa constituida en una de las Partes, que lleve a cabo los actos jurídicos tendientes a materializar una inversión y esté en vías de comprometer capital, o en su caso, realice o haya realizado una inversión en el territorio de la otra Parte.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Nivel mínimo de trato
- Trato justo y equitativo
- Protección y seguridad plenas
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Trato en caso de pérdidas
- Libre transferencia
- Expropiación-indemnización
- Promoción de inversiones e intercambio de información
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 9.20 establece que, si la controversia no es solucionada mediante consultas amistosas en un plazo de 5 meses contados a partir de la fecha de solicitud de arreglo, esta podrá ser resuelta mediante cualquiera de las siguientes vías:

- Procedimiento ante los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.
- Arbitraje nacional de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.



- Arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, cuando ambas partes sean miembros de este.
 - Arbitraje internacional de conformidad con las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, si ninguna de las Partes es miembro del CIADI.
- b. Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América

Este instrumento entró en vigor el 01 de julio de 2006, destinando el Capítulo Diez para regular lo relativo a inversión entre las Partes Contratantes y nacionales de las Partes Contratantes.

Para efectos de dicho Tratado, el artículo 10.28 de este establece que el término *inversión* comprende todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por este, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo.

Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: una empresa; acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y similares; derechos de propiedad intelectual; licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares; otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados.

Asimismo, distingue dos clases de inversionistas:

- Inversionista de un país que no sea Parte: un inversionista que intenta realizar, que está realizando o que ha realizado una inversión en el territorio de esa Parte, que no es inversionista de una Parte.

- Inversionista de una Parte: una Parte o una empresa del Estado de esta, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, está realizando ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando; sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Nivel mínimo de trato
- Trato justo y equitativo
- Protección y seguridad plenas
- Compensación por pérdidas
- Expropiación e indemnización
- Libre transferencia

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en los artículos 10.15 y 10.16 que, si transcurrido un plazo de 90 días contados a partir de la notificación de intención de arbitraje, una parte contendiente considera que la controversia no puede resolverse mediante consultas o negociación, o bien, mediante conciliación o mediación, esta podrá ser resuelta mediante cualquiera de las siguientes vías:

- Arbitraje de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte demandante sean parte del convenio del CIADI.
- Arbitraje de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI".
- Arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.



Además, el artículo 10.18 establece que ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje si han transcurrido más de 3 años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió a ver tenido conocimiento de la violación alegada.

c. Tratado de Libre Comercio entre la República de Guatemala y la República de China (Taiwán)

Este instrumento entró en vigor el 01 de julio de 2006, destinando el Capítulo 10 para regular lo relativo a la inversión entre las Partes Contratantes y nacionales de las Partes Contratantes.

Para efectos de dicho Tratado, el artículo 1 de este establece que el término *inversión* significa toda clase de mercancías o derechos de cualquier naturaleza, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico, adquiridos con recursos transferidos o reinvertidos por un inversionista, comprendiendo: empresas, acciones y participaciones en empresas que permitan al propietario participar en los riesgos o en las utilidades de esta; bienes y raíces y otras propiedades tangibles o intangibles; participación o beneficio que resulte de destinar capital u otros recursos comprometidos para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de una Parte.

Por el contrario, las partes acuerdan que inversión no significa una obligación de pago o crédito concedido al Estado o una empresa estatal; ni reclamaciones pecuniarias derivadas de contratos comerciales u otorgamiento de créditos en relación con una transacción comercial cuyo vencimiento sea menor a tres años.

Asimismo, distingue tres clases de inversionistas:

- Inversionista contendiente: un inversionista que formula una reclamación en los términos de la Sección C del Capítulo.

- Inversionista de una Parte: una Parte o una empresa del Estado de esta, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretende realizar o, en su caso, realice o haya realizado una inversión en el territorio de la otra Parte.
- Inversionista de una No-Parte: un inversionista que intenta realizar que está realizando o que ha realizado una inversión en el territorio de esa Parte, que no es un inversionista de una Parte.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Trato justo y equitativo
- Compensación por pérdidas
- Libre transferencia
- Expropiación e indemnización

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en los artículos 10.19, 10.20 y 10.21 que, si la controversia no es resuelta por medio de consultas o negociaciones en un plazo de 90 días contados a partir de la notificación de intención de arbitraje, la vía para la resolución de esta es el arbitraje internacional, mediante cualquiera de las siguientes vías:

- Convenio del CIADI, siempre que la Parte contendiente y la Parte del inversionista sean Parte de la Convención.
- Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista no sean ambas Partes del Convenio del CIADI.
- Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.
- Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.



d. Tratado de Libre Comercio entre Centro América y Panamá

Este instrumento entró en vigor el 20 de junio de 2009, destinando el Capítulo 10, Sección A, para regular lo relativo a inversión entre las Partes Contratantes y nacionales de las Partes Contratantes.

Para efectos de dicho Tratado, el artículo 10.40 de este establece que el término *inversión* comprende toda clase de bienes o derechos de cualquier naturaleza, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico u otros fines empresariales, adquiridos con recursos transferidos o reinvertidos por un inversionista.

Lo anterior comprende: una empresa, acciones de una empresa, participaciones en el capital social esta, Instrumentos de deuda de una empresa y préstamos a una empresa; participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social, siempre que este no derive de un instrumento de deuda o un préstamo excluidos; bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos con la expectativa de, o utilizados con el propósito de, obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y la participación o beneficio que resulte de destinar capital u otros recursos comprometidos para el desarrollo de una actividad económica en territorio de una Parte, entre otros.

Por el contrario, establece que no se entenderá como inversión una obligación de pago del Estado o una empresa estatal ni reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales ni el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, cuya fecha de vencimiento sea menor a tres años.

Asimismo, determina que, distingue dos clases de inversionistas:

- Inversionista de una Parte: una Parte o una empresa de esta, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretende realizar o, en su caso, realice o haya realizado una inversión en territorio de la otra Parte. La intención de pretender realizar una inversión podrá manifestarse, entre otras formas, mediante actos

jurídicos tendientes a materializar la inversión, o estando en vías de comprometer los recursos necesarios para realizarla.

- Inversionista contendiente: Todo inversionista que formula una reclamación en los términos de la sección B ("Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte") del Capítulo 10.

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Trato en caso de pérdidas
- Nivel mínimo de trato
- Trato justo y equitativo
- Protección y seguridad plenas
- Libre transferencia
- Expropiación e indemnización

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en los artículos 10.19, 10.20 y 10.21 que, si la controversia no es resuelta por medio vía de consultas o negociaciones en un plazo de 90 días contados a partir de la notificación de la controversia, esta podrá ser dirimida ante cualquiera de los siguientes foros:

- Arbitraje de conformidad con el Convenio CIADI, siempre que ambas Partes contendientes sean partes de este.
- Arbitraje de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando una de las Partes contendientes, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI.
- Arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.



e. Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras

Este instrumento entró en vigor el 12 de noviembre de 2009 destinando el Capítulo 12, para regular lo relativo a inversión entre las Partes Contratantes y nacionales de las Partes Contratantes.

Para efectos de dicho Tratado, el artículo 12.1 de este establece que el término *inversión* significa todo tipo de activo de carácter económico de propiedad de un inversionista, o controlada por este, directa o indirectamente, incluyendo en particular, aunque no exclusivamente: bienes muebles e inmuebles, así como todos los derechos reales sobre estos; acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades; reclamaciones en dinero o cualquier otra reclamación que tenga valore económico; derechos de propiedad intelectual; concesiones; y toda operación de crédito externo.

Por el contrario, determina que no se considerará inversión toda operación de deuda pública o reclamación pecuniaria derivada exclusivamente de contratos comerciales o el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial.

Asimismo, determina que, para las partes, será *inversionista de una Parte*:

- Una persona natural de una Parte que es considerada nacional de esta.
- Una empresa, que consiste en cualquier entidad o persona que tenga o no fines de lucro, y sea de propiedad privada o gubernamental, debidamente organizadas bajo la ley de esa Parte, y que tengan su domicilio y actividades económicas en el territorio de la misma Parte.
- Una empresa no establecida bajo la ley de esa Parte, pero efectivamente controlada, de acuerdo con la legislación de la Parte en que se realiza la inversión, por una o varias personas naturales o empresas, tal como se definen en los párrafos anteriores.



En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Protección de inversiones
- Trato justo y equitativo
- Protección y seguridad plenas
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Libre transferencia
- Expropiación e indemnización
- Compensación por daños o pérdidas
- Subrogación

Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 12.18 que, si la controversia no es resuelta mediante acuerdo amistoso en un plazo de 9 meses, contados a partir de la fecha de la comunicación escrita de esta, podrá ser sometida ante cualquiera de los siguientes foros:

- Arbitraje ad hoc de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.
- Arbitraje de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, siempre que ambos contendientes sean partes del Convenio del CIADI.
- Arbitraje de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que una de las Partes, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI.
- Arbitraje de conformidad con la institución de arbitraje u otras reglas de arbitraje, acordados por las partes.
- Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.



f. Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile

Este instrumento entró en vigor el 23 de marzo de 2010, destinando el Capítulo 10 para regular lo relativo a inversión entre las Partes Contratantes y nacionales de las Partes Contratantes.

De conformidad con el Anexo 10.01, se incorpora a este Tratado el Acuerdo entre la República de Chile y la República de Guatemala para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 8 de noviembre de 1996, por lo que son aplicables las disposiciones del Acuerdo Bilateral de Inversión respectivo.

g. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua

Este instrumento entró en vigor el 01 de septiembre de 2013, destinando el Capítulo XI para regular lo relativo a inversión entre las Partes Contratantes y nacionales de las Partes Contratantes.

Para efectos de dicho Tratado, el artículo 11.1 de este establece que el término *inversión* significa todo activo propiedad de un inversionista de una Parte o controlado por este, directa o indirectamente, establecido o adquirido de conformidad con la legislación y reglamentaciones nacionales de la otra Parte en cuyo territorio se efectúa la inversión, que tenga las características de una inversión, como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo.

Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: empresa, acciones, capital y otras formas de participación de capital en el patrimonio de una empresa; instrumentos de deuda de una empresa; préstamo a una empresa; otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad; participación que resulte del capital y otros recursos destinados para el

desarrollo de una actividad económica de la otra Parte; derechos de propiedad intelectual; licencias, autorizaciones, permisos o similares.

Por el contrario, la misma disposición señala que no se entenderán como inversiones las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales o el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial ni una orden o sentencia dentro de un proceso judicial o administrativo.

Asimismo, distingue entre dos tipos de inversionistas:

- Inversionista de una Parte: cualquier Parte o empresa del Estado, o un nacional o una empresa de dicha Parte, que pretende realizar, está realizando o ha realizado una inversión dentro del territorio de la otra Parte. Si se trata de una persona con doble nacionalidad será considerada exclusivamente nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.
- Inversionista de un Estado no Parte: cualquier inversionista que no sea inversionista de una Parte que pretende realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de una Parte.
- En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

En lo que respecta al tratamiento de las inversiones, las Partes Contratantes se comprometieron a brindar los siguientes estándares mínimos de protección:

- Nivel mínimo de trato
- Trato justo y equitativo
- Protección y seguridad plenas
- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida
- Trato en caso de pérdidas
- Libre transferencia
- Expropiación e indemnización



Sobre la solución de controversias que pudiesen surgir entre las partes, estas acordaron en el artículo 11.20 del Tratado que, un demandante por cuenta propia o en representación de una empresa constituida de conformidad con la legislación nacional del demandado podrá someter una controversia relativa a una inversión a un arbitraje por violación de una obligación contenida en la Sección B del Capítulo XI del Tratado.

Como resultado del ejercicio anterior, es posible determinar los aspectos las similitudes entre Tratados Bilaterales de Inversión y Capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio vigentes para Guatemala:

- a. Ambas tipologías de acuerdos internacionales de inversión contemplan definiciones fundamentales que adoptan las partes para los efectos del acuerdo en concreto, con la finalidad de evitar dificultades de interpretación posteriores. Dentro de los términos que todos los tratados analizados recogen destacan: inversión, inversionista, así como las reglas de nacionalidad y de operaciones efectivas dentro del territorio del Estado receptor de la inversión que deben ser observadas por estos.
- b. La definición de inversión utilizada en los tratados de inversión es, en definitiva, amplia. Lo anterior, contribuye a generar un ambiente atractivo para los inversionistas extranjeros, de modo que, sin importar la modalidad de su inversión, esta se encuentre protegida de arbitrariedades por parte del Estado anfitrión.
- c. Todos los instrumentos estudiados aspiran a que las partes solucionen las diferencias surgidas entre sí, amigablemente. Para el efecto, disponen que, al surgir una controversia, la Parte que lo estima necesario, debe remitir una comunicación escrita a la otra, informando sobre su percepción de la situación e invitando a una amigable composición. La mayoría de los tratados contempla alrededor de seis meses para las conversaciones amistosas, si estas fracasan, la parte que se considere afectada en su inversión queda facultada para iniciar

el proceso acordado en el tratado, el cual, generalmente, se trata de arbitraje de inversión.³²

- d. Si bien, algunos tratados contemplan la mediación para la solución de controversias surgidas con ocasión de inversiones de capital extranjero, el mecanismo alternativo de resolución de controversias en materia de inversiones por excelencia es el arbitraje internacional, puesto que todos los tratados lo invocan para la solución de disputas.
- e. Aunque no todos lo contemplan expresamente, tiene importante presencia el principio de agotamiento de los recursos internos previo a iniciar un procedimiento internacional. De tal cuenta, la mayoría de los acuerdos de inversión contempla, dentro de las vías para la solución de disputas, los tribunales del lugar en que tiene lugar la inversión.
- f. El foro más invocado en tratados de inversión extranjera para administrar los procesos tendientes a dilucidar las controversias sobrevenidas entre una Parte Contratante y un nacional de otra Parte Contratante, es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; sin embargo, también se contempla recurrir a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI–, generalmente, ante la Corte Permanente de Arbitraje.
- g. Respecto a los estándares de protección de las inversiones que estos instrumentos recogen, existe una tendencia a disgregar en protecciones

³² Las cláusulas escalonadas de arbitraje, de acuerdo con las Directrices de la International Bar Association -IBA- para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, son comunes en instrumentos internacionales de inversión. Estos contemplan por lo general, la negociación, mediación u otro mecanismo alternativo de solución de disputas antes que al arbitraje. “La cláusula debe señalar un período de tiempo para la negociación o mediación (...) después cualquier parte puede acudir a arbitraje.” Para minimizar el riesgo de que un parte use estos mecanismos previos para demorar el proceso, la cláusula debe especificar un periodo de tiempo después del cual la controversia puede ser sometida a arbitraje, dicho periodo generalmente debe ser corto. “El período de tiempo previsto para la negociación o mediación debe ser desencadenado por un hecho definido e indiscutible, como una invitación escrita para negociar (...).”



específicas las garantías contenidas en ciertos estándares mínimos de tratamiento para las inversiones. Son estas disposiciones las que facultan a los inversionistas extranjeros a iniciar, años más tarde, procesos de arbitraje en contra del Estado.

- h. Todos los Acuerdos Internacionales de Inversión tienen un patrón normativo, son muy similares en cuanto a fondo y forma.
- i. Guatemala inició la suscripción de acuerdos de esta naturaleza a finales de los años noventa; no obstante, estos entraron en vigor hasta después del año 2000, pareciera que la República iba una década atrás de la fiebre de los acuerdos de inversión.
- j. Es preciso destacar que, si bien los acuerdos internacionales sobre inversiones extranjeras contemplan compromisos recíprocos entre las Partes Contratantes en relación con que inversionistas nacionales de una y otra Parte quedan facultados para accionar contra uno de estos, por norma general, estos instrumentos no contemplan facultades para los Estados, sino que están diseñados exclusivamente para proteger las inversiones extranjeras.
- k. Finalmente, por regla general, los acuerdos internacionales de inversión tienen una duración de diez años, prorrogables a solicitud de cualquiera de las partes con la suficiente antelación. La terminación de uno de estos tratados no significa que los compromisos adquiridos durante la vigencia de estos queden sin efecto.

Es complejo establecer diferencias entre Tratados Bilaterales de Inversión y Capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio vigentes para Guatemala en virtud que, como se apuntó arriba, estos instrumentos tienen las mismas bases estructurales, sin importar si se trata de tratados bilaterales o capítulos de inversión de tratados de libre comercio; sin embargo, pueden mencionarse las siguientes:

- a. La cantidad de Partes Contratantes. En los tratados bilaterales de inversión únicamente concurren dos Estados, mientras que en los tratados de libre comercio participan varios países.
- b. Especificidad del instrumento. Mientras que los tratados bilaterales de inversión o acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones están diseñados específicamente para brindar garantías a las inversiones extranjeras, los tratados de libre comercio con capítulos de inversión recogen una diversidad de temáticas comerciales, económicas, ambientales, entre otras, además de la inversión.
- c. Extensión. Como es evidente, al recoger más materias los tratados de libre comercio son más extensos que los tratados bilaterales de promoción de las inversiones. Sin embargo, al examinar únicamente los capítulos de inversión, la extensión de estos continúa siendo mayor, ello en virtud que son más específicos en sus disposiciones y porque participan una pluralidad de sujetos que incluso, están facultados para dejar plasmadas las reservas a cada una de las disposiciones. Mientras que un TBI puede estar contenido en alrededor de doce artículos, un capítulo de inversión de un TLC alcanza un estimado de cuarenta sub-artículos.
- d. Profundidad. La extensión de los capítulos en los TLC se debe a que en estos se desarrolla con detenimiento y detalle las definiciones básicas que regirán las inversiones, cada estándar mínimo de protección, incluyen disposiciones relacionadas al medio ambiente, así como la vinculación y relación del capítulo de inversión con el resto del tratado, finalmente, las disposiciones procesales son minuciosas. Por su parte, los tratados bilaterales de promoción y protección de las inversiones regulan lo anterior a groso modo.
- e. Finalmente, merece la pena destacar que, debido a los vacíos que el lacónico desarrollo de temas en los TBI deja, cuando se acude a procesos de arbitraje

de inversión, estos deben ser llenados por las reglas procesales de las instituciones de administración de procesos arbitrales, así como por el tribunal arbitral; mientras que, cuando se trata de procesos que se amparan bajo tratados de libre comercio, las disposiciones son tan específicas que la intervención de las reglas específicas del centro de administración de arbitraje quedan un tanto relegadas.

3.2.3.2. Nacional

a. Constitución Política de la República de Guatemala

El artículo 119, literales k y n, de la Constitución Política de la República de Guatemala establece, dentro de las obligaciones del Estado, el deber de proteger la formación de capital, ahorro e inversión, así como crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

En consecuencia, respecto al arbitraje como método de solución de conflictos internacionales, dado que se trata de una institución complementaria de la justicia ordinaria, cuya finalidad es coadyuvar al efectivo acceso a la justicia en favor de la sociedad como derecho constitucional, encuentra su principal asidero legal en la Constitución, específicamente en el artículo 203, el cual establece que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Es a través de la última parte de la norma en mención que el constituyente abre la puerta a la justicia alternativa, la cual se encuentra encabezada por el arbitraje.

Adicionalmente, la norma constitucional establece en el artículo 171, literal I, como otras atribuciones del Congreso de la República: “[aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: [...] 4. Constituyen compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales.



5. Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional; [...]”.

b. Ley de Arbitraje

De conformidad con el artículo 1 del Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, el ámbito de aplicación de dicha norma es el arbitraje nacional e internacional, sin perjuicio de los tratados multilaterales y bilaterales vigentes para Guatemala.

La parte considerativa de dicha norma establece que su fin primordial es cumplir con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en materia de arbitraje, lo que incluye acuerdos internacionales de inversiones, convenios y reglamentos en los que el Estado reconoce la jurisdicción de foros y cortes internacionales para el sometimiento de controversias a arbitraje internacional; asimismo, tiene como objetivo descongestionar el sistema judicial y proveer a la sociedad de una alternativa adicional para la solución de controversias.

De tal cuenta, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje establece que esta aplicable tanto a procesos de arbitraje nacional como internacional, ello sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales vigentes.

En lo que respecta al arbitraje internacional, el artículo 2 establece que un arbitraje es internacional cuando:

- a. Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, en el momento de su celebración, sus domicilios en estados diferentes, o
- b. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - i. El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.

- ii. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha; o
- c. Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

En consonancia con lo estipulado en la literal c. del artículo 2 previamente citado, en asuntos de inversión extranjera, no es necesariamente relevante si el inversionista tiene o no su domicilio fuera del país receptor de la inversión o si el lugar de cumplimiento de las obligaciones se realiza en o fuera del domicilio de las partes, debido a que el arbitraje es internacional en razón que las partes han consensuado previamente que cualquier controversia que surja entre ellas será resuelto mediante procesos de arbitraje internacional, tal como se vio en el apartado anterior.

Respecto a los asuntos que pueden ser sometidos a procedimientos de arbitraje, el artículo 3 establece los siguientes:

1. [...] todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.
2. Todos aquellos casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.
3. No podrán ser objeto de arbitraje:
 - a. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
 - b. Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.
 - c. Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.
4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.



El artículo citado delimita el alcance del arbitraje, debido a que por su naturaleza complementaria no puede interferir en materias exclusivas de la justicia ordinaria. Asimismo, destaca el principio de autonomía de la voluntad, puesto que el arbitraje tiene lugar exclusivamente en aquellos casos en los que las partes puedan disponer someter sus diferencias a una vía alterna a la judicial, lo cual deben realizarse de manera expresa, mediante acuerdo arbitral.

En suma, salvo cuestiones con sentencia firme, asuntos sobre los cuales las partes no tengan libre disposición, materias sobre las cuales exista prohibición legal expresa o exista procedimiento especial preestablecido, cualquier controversia es susceptible de ser resuelta por la vía del arbitraje.

Sobre el acuerdo de arbitraje, el artículo 10 establece que este deberá constar por escrito, mediante la fórmula de un compromiso o de una cláusula compromisoria, así como que este podrá ser incluido en un contrato o en un acuerdo independiente.

Como se apuntó en el Capítulo I, en cuanto a la distinción entre cláusula compromisoria y de compromiso arbitral, la primera legisla a futuro, acordando las partes someter a arbitraje las eventuales controversias que pudiesen surgir; mientras que el segundo se refiere al acuerdo de sujeción de controversias existentes a arbitraje.

En lo que respecta al procedimiento arbitral, el artículo 24 de la ley en mención establece: “[...] las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. [...]”. Lo anterior confirma la importancia de la voluntad de las partes dentro del procedimiento arbitral, dado que son las mismas partes, de mutuo acuerdo, las que pueden diseñar las reglas procesales aplicables al cada caso en particular.

Finalmente, del análisis de la normativa en mención, se colige que esta deviene de un esfuerzo de Guatemala de adecuar su marco jurídico interno sobre arbitraje a la



normativa internacional, puesto que su estructura y contenido es similar al de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Lo anterior tiene sentido si se examina la recomendación que hiciera la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 40/72 y el tercer Considerando de la Ley de Arbitraje. En primer lugar, la CNUDMI “*Recomienda* que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.” Y, en segundo lugar, el tercer Considerando de la Ley de Arbitraje establece:

Que la sustitución del régimen legal aplicable en Guatemala al arbitraje, [...] se hace también una necesidad a la luz de los tratados y convenciones internacionales en materia de arbitraje que la República de Guatemala ha suscrito y ratificado y que sí recogen las tendencias modernas en esta materia, haciéndose por ende imperioso lograr la adecuación de las normas internas con las de origen internacional, para obtener un sistema armónico y progresista en materia de arbitraje.

Sobre la influencia de la referida Ley Modelo en América Latina, señala Cristián Conejero Roos, que los países latinoamericanos empezaron a ver como un tema de interés el arbitraje internacional a partir de la gradual ratificación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 19587 (Convención de Nueva York) y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional de 1975, (Convención de Panamá). Pero, con la ratificación de dichas convenciones los países asumieron compromisos internacionales que hacían imperativa la actualización y adecuación de sus ordenamientos jurídicos internos sobre la materia, por lo que consciente de ese escenario, la CNUDMI elaboró la referida Ley Modelo, que facilitó la adecuación mencionada a los Estados. (Conejero Roos, 2005)

c. Ley de Inversión Extranjera

Con la finalidad de sistematizar en un solo cuerpo legal los preceptos relacionados con las inversiones extranjeras, así como crear un régimen más favorable para lograr la atracción de capitales extranjeros que coadyuvaran con el desarrollo del país, en 1998, fue aprobado el Decreto Número 9-98 del Congreso de la República, Ley de Inversión Extranjera, la cual regula la inversión nacional y extranjera dentro del territorio nacional.

En tal sentido, el artículo 1 recoge las siguientes definiciones:

1. Inversión:

Cualquier actividad destinada a la producción, intermediación o transformación de bienes, así como la prestación e intermediación de servicios mediante toda clase de bienes o derechos, siempre que esta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente:

- a. Acciones y cuotas sociales y cualquier otra forma de participación, en cualquier proporción, en sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación nacional;
- b. Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico;
- c. Bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales;
- d. Derechos de propiedad intelectual e industrial;
- e. Concesiones o derechos similares otorgados por ley o en virtud de un contrato, para realizar actividades económicas o comerciales.

2. Inversión Extranjera:

Cualquier clase de inversión que implique toda clase de transferencia de capital a la República de Guatemala proveniente del exterior, efectuada por un inversionista extranjero.

3. Inversionista Extranjero:

Persona individual o jurídica extranjera, así como entidades extranjeras sin personalidad jurídica, legalmente organizadas de conformidad con la ley del país



de su constitución, que realicen una inversión extranjera en el territorio guatemalteco, ya sea directamente o mediante cualquier forma de asociación o contratación con personas individuales o jurídicas guatemaltecas.

4. Capital:

Toda clase de derechos, bienes y otros activos que tengan un valor económico para el inversionista extranjero.

El artículo 2 de la ley citada, establece que el inversionista extranjero y su inversión se regulan principalmente por lo preceptuado en dicha ley; no obstante, hace la salvedad respecto a que, si la inversión extranjera se realiza en un sector de la economía nacional en la que exista una ley especial, el inversionista extranjero debe observar también los preceptos de esta.

Este mismo artículo hace imperativo que el inversionista extranjero se sujete al ordenamiento jurídico guatemalteco, permitiéndole gozar de los mismos derechos que las leyes otorgan a los inversionistas guatemaltecos.

De esa cuenta y de manera congruente con el artículo citado, es en el artículo 3 de la ley citada, que se reconoce a los inversionistas extranjeros con el mismo trato que el otorgado a los inversionistas nacionales en el desarrollo de sus actividades económicas; prohibiendo, por ende, cualquier acto discriminatorio en contra de los primeros; estableciendo, además, que dicha normativa es aplicable a todo inversionista extranjero, sin distinción del país del que provenga.

En, el Capítulo III de la multicitada ley, se desarrollan las garantías y derechos que Guatemala como Estado, reconoce a los inversionistas extranjeros, dentro de los que destacan las siguientes:

- El derecho de propiedad privada sobre su inversión

- Prohibición al Estado de expropiar directa o indirectamente una inversión extranjera ni de adoptar medidas equivalentes, salvo causa colectiva o interés social, caso en el cual debe mediar indemnización previa y efectiva.
- Libertad de comercio, siempre que se trate de bienes y servicios de lícito comercio.
- Acceso a divisas
- Seguros a la inversión
- Protección contra la doble tributación

Finalmente, el artículo 11 de la ley en mención establece que:

Si un tratado o convenio internacional debidamente suscrito, aprobado y ratificado por el Estado de Guatemala así lo permitiere, las diferencias que pudieren surgir en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado de Guatemala sus dependencias y otras entidades estatales, podrán someterse a arbitraje internacional u otros mecanismos alternos de solución de controversias, según sea el caso, de acuerdo con lo previsto en dicho tratado o convenio y las leyes nacionales aplicables.

Con dicha norma, así como lo establecido en el artículo 171, literal I, numerales 4 y 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado queda facultado a someter a arbitraje o a cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias, cualquier diferencia que tenga lugar en el contexto de las inversiones extranjeras.

Resulta preciso señalar que a pesar de que, en el momento de emitirse la Ley de Inversión Extranjera, Guatemala, como Estado ya era parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el legislador comete el error de incorporar en el texto las palabras “Tratado” o “convenio”, olvidándose que para los efectos del derecho internacional es indistinto el término. Por otro lado, es de reiterar, como se mencionó al inicio del presente apartado, que la finalidad de la Ley de Inversión Extranjera es atraer capitales extranjeros, por lo que sus disposiciones fueron diseñadas para extender el trato que Guatemala brinda a los inversionistas nacionales a los extranjeros, así como



para garantizar un ordenamiento jurídico estable y previsible, sin arbitrariedades estatales que puedan poner en riesgo la inversión realizada, para lo cual contempla una serie de estándares mínimos de trato a las inversiones.

3.2.4. Estándares mínimos de protección de las inversiones

El *Diccionario de la Real Academia Española* define estándar como un modelo, norma, nivel, patrón o referencia. (Real Academia Española, 2019).

A decir de Katia Montes de Oca, un estándar es una herramienta que recoge las circunstancias variables de una sociedad, preservando la seguridad que el derecho debe brindar, comportándose como un ideal al que debe aspirarse. (Montes de Oca Milán, 2011)

Al afirmar que no existe una definición uniforme en la doctrina sobre el término estándar, Gustavo Prieto lo define como “una técnica jurídica que busca proveer de un umbral o un campo en el que se evalúe el comportamiento de distintos sujetos de derecho [...]”. (Prieto, 2013, pág. 23)

Por su parte, el reconocido árbitro, Eduardo Zuleta, se refiere a estos como “obligaciones internacionales que buscan garantizar un nivel de seguridad a la inversión y sus rendimientos.”. (Mantilla-Serrano & Zuleta Jaramillo., 2007, pág. 129)

Estándar, en el contexto del derecho de inversiones internacionales, se refiere al parámetro mínimo de trato o comportamiento que deben observar los Estados Contratantes de acuerdos internacionales sobre inversiones en sus relaciones con inversores de la otra Parte Contratante, con la finalidad de garantizar la protección y estabilidad de las inversiones extranjeras.



De tal cuenta, los Estados regulan de manera específica la protección que pueden ofrecer a las inversiones extranjeras que se den en su territorio, a través de estándares contenidos en acuerdos internacionales de inversión, dentro de los que destacan los siguientes:

3.2.4.1. Trato mínimo

El trato mínimo, como tal, fue definido dentro de la resolución del conflicto entre la entidad Siemens contra Argentina, litigio que fue conocido por un Tribunal arbitral³³ constituido conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. El Tribunal indicó que el término *trato* significa conducta con respecto a una entidad o persona. (Siemens contra Argentina, 2004).

En ese sentido, en el derecho internacional ya existe jurisprudencia en cuanto a lo que debe entenderse por trato, por lo que dicho término comprende cualquier acción u omisión respecto de cualquier persona física o jurídica.

Asimismo, en el derecho internacional, generalmente es entendido que este requisito proporciona un estándar básico y general desligado de este derecho local del Estado anfitrión. Mientras que el contenido exacto del estándar no es claro, el Tribunal entiende que requiere un estándar mínimo internacional separado del derecho local, pero que sea un verdadero estándar mínimo. (Genin, Eastern Credit Limited, Inc. & A.S. Baltoil contra República de Estonia, 2001)

Para Gustavo Prieto, el estándar de trato mínimo “engloba la necesidad de tener una base de condiciones elementales para el trato que un extranjero debe recibir en otro Estado.” Señala, además, que el incumplimiento de estas condiciones básicas de trato,

³³ Integrado por el doctor Andrés Rigo Sureda (presidente), juez Charles N. Brower y el profesor Domingo Bello Janeiro.



constituyen ilícito internacional y generan responsabilidad para el Estado. (Prieto, 2013, pág. 26)

El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua establece, en el artículo 11.3.1.: “Cada Parte otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte, un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas dentro de su territorio.”

En el mismo sentido, a través del artículo 10.5.1. del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América, los Estados Contratantes se comprometen a otorgar a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario³⁴.

En consecuencia, por medio del estándar de trato mínimo, los Estados se comprometen a brindar a las inversiones extranjeras un tratamiento concordante con el derecho internacional, lo que conlleva que el Estado anfitrión de la inversión debe observar, como mínimo, para con esta, la costumbre, principios, jurisprudencia, doctrina y tratados que conforman el derecho internacional.

3.2.4.2. Trato justo y equitativo

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo -UNCTAD- establece que el estándar de trato justo y equitativo tiene por objetivo proporcionar al inversor una norma básica desvinculada de la legislación del país anfitrión. Sobre su contenido preciso y alcances, señala que dependen de los juicios que se hagan en casos concretos, ya sea por terceros encargados de adoptar decisiones o por las partes en sus consultas. (United Nations Conference on Trade and Development, 1996)

³⁴ Son las normas jurídicas no escritas que se cumplen en el ámbito internacional por costumbre. Para que exista costumbre internacional es preciso que concorra un uso repetitivo y generalizado, conciencia de obligatoriedad y práctica por prolongada a través del tiempo.



El uso actual en materia de inversiones del trato justo y equitativo se originó con su inclusión en la Convención de 1967 sobre la Protección de la Propiedad Extranjera preparado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo -OCDE-, “aunque esa Convención nunca fue abierta a la firma, la norma se incluyó posteriormente en los TBI y, más recientemente, en acuerdos regionales e interregionales [...]. Una comprensión más definida del contenido de esa última norma aún se está desarrollando.”. (United Nations Conference on Trade and Development, 1996)

Para Francisco González de Cossío, el objetivo principal de la cláusula de trato justo y equitativo es doble:

Primero, establecer un mínimo de trato sin el cual otros estándares podrían fácilmente convertirse en vacuos. Segundo, llenar huecos propiciados por estándares más específicos con la finalidad de darle un nivel de trato buscado por los tratados de inversión al inversionista. (González de Cossío, 2009, pág. 141)

En una publicación más reciente, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo señala que el principio de trato justo y equitativo proporciona una norma básica, independiente de la legislación del país receptor, que sirve de referencia para evaluar la conducta del país receptor frente a las inversiones extranjeras. (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo , 2008)

Prácticamente todos los tratados de inversión exigen a los Estados receptores otorgar un tratamiento justo y equitativo a los inversores del otro Estado contratante. Con el fin de enfatizar su importancia, este estándar se encuentra con frecuencia al principio de las cláusulas generales relativas al tratamiento de la inversión. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006).

Precisar los términos de tratamiento justo y equitativo a provisiones legales es una tarea compleja, por lo que al aplicar este estándar los tribunales gozan de un alto grado de discrecionalidad al analizar la justicia y la equidad de los actos de gobierno, a la luz



de los hechos y las circunstancias de cada caso en particular, debiendo estos decidir objetivamente, conforme a un enfoque del significado corriente de justicia y equidad.

En ese sentido, los tribunales deben analizar el impacto que las medidas realizadas por los Estados tienen sobre las legítimas expectativas del inversor³⁵, así como determinar si el Estado intenta eludir tales expectativas, que fueron inicialmente promovidas por el mismo Estado o reforzadas a través de sus actos. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006).

Esto implica que a todo inversor se le debe garantizar el poder de ejercer sus inversiones en el Estado receptor, libre de toda injerencia de los órganos del Estado o de terceros que puedan implicar acciones discriminatorias o abusivas, y que, a su vez, impliquen una desventaja frente a otros sujetos públicos o privados. (Sommer, 2013).

Se exige así la garantía, por parte del Estado receptor, de un nivel mínimo de trato hacia el inversor que no se puede transgredir y que posibilite la consecución de los compromisos acordados, a la vez que, frente a toda diferencia o inconveniente de trato entre el inversor y el Estado, este último actúe de manera justa, razonada y equitativa. (Sommer, 2013).

El inversionista aspira que el Estado receptor de la inversión actúe de una manera estable, transparente y sin ambigüedades en sus relaciones con el primero. Finalmente, el objetivo es que este último, conozca, antes de realizar la inversión, el marco jurídico al que se somete, de modo que planifique su inversión con certeza y seguridad jurídica.

³⁵ Las expectativas legítimas han figurado como un elemento clave del trato justo y equitativo, debiendo ser entendidas estas, en palabras simples como las condiciones ofrecidas por el Estado al inversionista extranjero al momento de la inversión. Estas son utilizadas en la práctica de tres formas: 1. Para aludir a compromisos del Estado con respecto a la inversión; 2. Como la obligación de mantener un marco estable y predecible, incluyendo consistencia y transparencia en el proceso de toma de decisiones; Y 3. En el sentido que la conducta estatal, una vez realizada la inversión, será justa y equitativa. (González de Cossío, 2009).



Lo anterior se evidencia en el laudo que emitido en el caso Teco Guatemala Holdings contra Guatemala, en el cual, el tribunal arbitral consideró que el Estado violó el estándar de trato justo y equitativo: (Teco Guatemala Holdings, LLC c. la República de Guatemala, 2013)

448. [...], el artículo 10.5 2) establece que, en el marco del CAFTA-RD, el trato justo y equitativo no requiere un tratamiento adicional o más allá del que exige el nivel mínimo de trato aplicable en el derecho internacional consuetudinario. El artículo 10.5 también estipula que el estándar mínimo “incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles y contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”.

454. El Tribunal Arbitral considera que el estándar mínimo de trato justo y equitativo conforme a lo establecido en el artículo 10.5 del CAFTA-RD se ve quebrantado por una conducta atribuida al Estado y resulta perjudicial para el inversor si la conducta es arbitraria, notoriamente injusta o idiosincrática, es discriminatoria o involucra la ausencia del debido proceso y lleva así a un resultado que atenta contra la discrecionalidad jurídica.

711. El Tribunal Arbitral concluye que el incumplimiento de los dos principios fundamentales del marco regulatorio aplicables al proceso de revisión tarifaria es arbitrario y viola los principios básicos del debido proceso en cuestiones administrativas. Dicho comportamiento, por ende, constituye una violación de la obligación de Guatemala de conferir un trato justo y equitativo en virtud del artículo 10.5 del CAFTA-RD. Como se verá en las siguientes secciones de este laudo, el Tribunal Arbitral considera que esta violación ha causado daños al Demandante, respecto de los cuales el Demandante tiene derecho a ser compensado.

De tal cuenta, el estándar de trato justo y equitativo tiene por fin otorgar a los inversores extranjeros amplias protecciones objetivas, incluido un marco jurídico estable y predecible para sus inversiones. Además, el trato justo y equitativo incluye la obligación



de no denegar al inversionista el acceso a la justicia administrativa, civil o criminal, así como de garantizarle el respeto al debido proceso.

3.2.4.3. No discriminación

A decir de Gustavo Prieto, las disposiciones de no discriminación garantizan trato nacional y/o trato NMF³⁶ para las inversiones. (Prieto, 2013)

Las cláusulas de no discriminación pretenden crear un mecanismo de igualdad en el trato que los inversionistas reciban por los Estados receptores de la inversión, de modo que todos reciban las mismas ventajas, sin importar el país del que sean originarios.

a. Trato nacional

El trato nacional se refiere al principio, según el cual un Estado concede a nacionales de otros Estados el mismo trato que a brinda a los suyos. (Real Academia Española, 2020)

En ese sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo establece que el estándar de trato nacional es aquel, según el cual el inversionista extranjero debe ser tratado de una manera no menos favorable que aquel en el que se trata a los nacionales locales. (United Nations Conference on Trade and Development, 1996)

De conformidad con la Organización Mundial del Comercio, el trato nacional se refiere a ofrecer un tratamiento igual a nacionales y extranjeros. Específicamente establece: “Trato igualitario para las mercancías importadas y las producidas en el país aplicándose también a los servicios extranjeros y a los nacionales, y a las marcas de fábrica o de comercio, el derecho de autor y las patentes extranjeras y nacionales” (Organización Mundial del Comercio, 1947)

³⁶ Nación más Favorecida.



A decir de Francisco González de Cossío, el estándar de trato nacional se refiere al “deber de extender un trato nacional a extranjeros [...] Constituye el deber más básico en las relaciones comerciales internacionales. Sin este, el resultado sería discriminación, que es universalmente rechazada.”. (González de Cossío, 2009, pág. 119)

En consecuencia, a través de este estándar de tratamiento, el Estado anfitrión se compromete a otorgar a los inversionistas extranjeros un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

De tal cuenta, el artículo 3 del Decreto Número 9-98 del Congreso de la República, Ley de Inversión Extranjera, establece que el Estado de Guatemala reconoce al inversionista extranjero el mismo tratamiento que el otorgado a los inversionistas nacionales en el desarrollo de sus actividades económicas y, por ende, goza de igualdad de condiciones frente a los inversionistas nacionales, prohibiendo todo acto discriminatorio en contra de un inversionista extranjero o su inversión.

b. Trato de nación más favorecida

Se trata del principio que establece la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte de este modo a todas las demás partes en acuerdo internacional. (Real Academia Española, 2020)

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo establece que el estándar de Nación Más Favorecida es aquel, según el cual los inversores extranjeros deben ser tratados de una manera no menos favorable que con la que se trata a otros inversores extranjeros. (United Nations Conference on Trade and Development, 1996)



Por su parte, la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el artículo 1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, establece que “[...] cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante [...] de otro país [...] será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes a ellos destinado”.

De acuerdo con el Relator Especial, Endre Ustor de la Comisión de derecho internacional, por medio de la cláusula de Nación Más Favorecida:

El Estado concedente contrae la obligación con respecto a otros Estado [...] De tratar a ese Estado, a sus nacionales, sus mercancías, etc., en condiciones que no sean inferiores al tercer Estado más favorecido, en virtud de un tratado independiente o por alguna otra causa” (Ustor, 1968, pág. 162)

La cláusula de nación más favorecida es en esencia, parte del principio de no discriminación. (González de Cossío, 2009).

En el caso de derechos de nacionales de Estados Unidos de América en Marruecos en 1952, la Corte Internacional de Justicia indicó que el propósito de las cláusulas de nación más favorecida es establecer y mantener en todo momento una igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países involucrados. (Francia contra Estados Unidos de América, 1952)

En palabras sencillas, el estándar en mención implica que, si un Estado otorga un trato favorable a otro Estado, el beneficiario de la cláusula de nación más favorecida (el inversionista extranjero), inmediatamente acrecerá en este.

El fin último del principio de no discriminación es lograr que los inversionistas extranjeros compitan en igualdad de condiciones con los inversionistas nacionales. Para ello, el Estado anfitrión debe otorgar un trato no menos favorable al brindando a la nación más favorecida y sus nacionales a otros en igualdad de condiciones.



Finalmente, como referente fundamental de la invocación de cláusula más favorecida, es imperativo recordar la célebre decisión sobre jurisdicción que dictara el tribunal arbitral en el caso Maffezini (inversionista argentino) contra el Reino de España. Mediante la referida resolución, el tribunal aceptó la jurisdicción sobre la disputa entre las partes, no por lo dispuesto en el tratado bilateral entre España y Argentina, sino al tenor de otra cláusula arbitral más amplia contenida en otro tratado entre España y otro Estado.

Señala Kenneth Juan Figueroa que esta fue la primera vez que un tribunal arbitral permitió la invocación de la cláusula de nación más favorecida para aplicar cláusulas arbitrales más amplias contenidas en otros acuerdos internacionales de inversión extranjera. (Figueroa, 2013) El análisis del Tribunal puede visualizarse en los siguientes extractos de la resolución: (Emilio Agustín Maffezini y El Reino de España, 2000)

38. el artículo IV del ABI entre Argentina y España, [...] dispone lo siguiente en el párrafo 2: “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.

40. El Demandante argumenta que, en consecuencia, los inversionistas chilenos en España reciben un trato más favorable que los argentinos en el mismo país. Argumenta el Demandante que, por consiguiente, la cláusula de la nación más favorecida contenida en el ABI Argentina-España le otorga la opción de someter la controversia al arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales nacionales.

56. De lo expuesto puede concluirse que, si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis.

64. A la luz de las consideraciones expuestas, el Tribunal es de la opinión que el Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles.

3.2.4.4. Plena protección y seguridad

Al igual que el trato justo y equitativo, definir la plena protección y seguridad es una labor compleja, que no se encuentra unificada por los estudiosos de la materia. Sin embargo, este tiene como objetivo proteger los derechos del inversionista, específicamente salvaguardando su inversión contra cualquier tipo de violencia.

A decir de Francisco González de Cossío, la razón principal del estándar es la necesidad de proteger al inversionista contra cualquier tipo de violencia física, incluyendo la invasión de las instalaciones que forman parte de la inversión. Dicha protección alanza incluso, la protección a los derechos del inversionista. (González de Cossío, 2009)

Por su parte, los tribunales arbitrales han concluido que se viola la obligación de otorgar plena protección y seguridad en los casos en que la destrucción física de los bienes es el resultado de la falta de adopción de medidas por el Estado receptor que pertenecen al ejercicio de las funciones estatales de policía y mantenimiento del orden. (Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka, 1990).

En el asunto R.S. contra República Checa el tribunal arbitral estableció que el estándar en mención, además de otorgar protección contra actos de violencia, consiste



en la comprobación del cumplimiento, en circunstancias normales, del derecho a la tutela judicial efectiva. (Ronald S. Lauder contra República Checa, 2001)

En consecuencia, dicho estándar impone la obligación al Estado receptor de la inversión de brindar protección al inversionista extranjero en forma constante y plena. Sin embargo, se ha dicho que esta protección tiene sus límites y que el Estado receptor no puede ser considerado responsable de todos los perjuicios que puede sufrir una inversión en su territorio. (Kundmüller, 2006).

En tal sentido, el Estado receptor de la inversión debe brindar a las inversiones cubiertas por este estándar, protección física contra cualquier clase de violencia física, y a los inversionistas extranjeros, tutela efectiva.

Por ende, tal como los autores citados indican, únicamente puede un Estado solo puede ser considerado responsable cuando no cumple diligentemente con brindar al inversionista extranjero la protección mínima correspondiente, la cual debe realizar en el ejercicio de su función administrativa.

3.2.4.5. Expropiación e indemnización

El *Diccionario de la Real Academia Española* señala que el acto de expropiar consiste en “privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes.”.

En el contexto del derecho de las inversiones extranjeras, se entiende por expropiación la transferencia forzada de la propiedad privada del inversionista al Estado. (González de Cossío, 2009, pág. 204).

Desde una perspectiva constitucional, el artículo 40 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que, en casos concretos, la propiedad privada



podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas. Señala, además, que la indemnización deberá ser previa y en moneda efectiva de curso legal. Finalmente, indica que solo en casos de guerra, calamidad pública o grave perturbación de la paz puede expropiarse la propiedad sin previa indemnización.

Conforme a la norma constitucional citada, la expropiación no es, en primer término, ilegal. Se convierte en ilegal cuando no se funde en causas de interés y beneficio público o no medie indemnización previa. En otras palabras, solamente si el Estado incumple con los procesos y condiciones reguladas en la Constitución y la la ley específica se transforma en ilegal y constituye un abuso de poderes por parte del órgano estatal.

En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad dentro del expedientes acumulados números 254-90 y 284-90, en sentencia de fecha 27 de junio de 1991, argumentó lo siguiente:

El derecho a la propiedad privada; el cual; sin embargo, no es absoluto, pues está limitado por causas de conveniencia social; y por este motivo, se admite la posibilidad de la expropiación forzosa, que en nuestro sistema es regida por ciertos principios generales tales como: i) la causa de expropiación, ii) la indemnización y iii) la legalidad. Tal como se analizó anteriormente, la causa *expropiandi* consiste en aquella declaración del órgano competente para establecer la conveniencia social, que en el artículo 40 de la Constitución se especifica como 'razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas.

En el marco del derecho internacional, la expropiación tampoco es considerada ilegal, dado que es de conocimiento general que un Estado soberano tiene el poder y el derecho de expropiar bienes de particulares, nacionales o extranjeros. No obstante, para



que una expropiación sea lícita en la esfera internacional, tal como se anotó en el marco del ordenamiento jurídico guatemalteco, debe: (González de Cossío, 2009)

- a. Ser por causa de interés y utilidad pública;
- b. Ser realizada en forma no discriminatoria;
- c. Apegada al debido proceso; y
- d. Mediar indemnización pronta, adecuada y efectiva.

El artículo 10.7 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América establece que ninguna parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalente a expropiación, salvo una serie de causales similares a las mencionadas.

De tal cuenta, se colige la existencia de distinción entre expropiación directa e indirecta. La expropiación directa consiste en una apropiación formal directa y deliberada, mientras que la expropiación indirecta toma lugar a través de la adopción de medidas que tienen como resultado la privación sustancial del uso y el valor de la inversión, sin que el inversor sea despojado de la titularidad formal del bien. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006)

Alan Redfern, et al., explican que el estándar para determinar si las medidas gubernamentales constituyen expropiación es el efecto real que tiene las medidas sobre la propiedad del inversor:

Aquellas medidas que indirecta pero efectivamente, privan a un inversor del uso y goce de su inversión, incluida la privación, total o parcial, de los beneficios económicos producidos por dichos bienes, pueden constituir expropiación, tal como si se tratara de la privación de la titularidad formal del inversor sobre sus bienes. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 668)



En consecuencia, el estándar de expropiación e indemnización o prohibición de expropiación sin compensación tiene como finalidad proteger la inversión extranjera de arbitrariedades estatales que le priven de la propiedad formal de esta o que, de manera indirecta le impidan gozar del valor de la inversión.

3.2.4.6. Libre transferencia de fondos

Sobre la transferencia de fondos, el Diccionario de la Real Academia establece que se trata de una operación por la que se transfiere una cantidad de dinero de una cuenta bancaria a otra.

Por medio de este estándar, el Estado anfitrión autoriza al inversionista extranjero a repatriar las capitales y activos vinculados a la inversión. (Riquelme, s/f.)

A decir, de Leonardo Granato y Carlos Nahuel Oddone, los acuerdos de protección y promoción recíproca de las inversiones prevén, en general, que los inversionistas extranjeros cuenten con la posibilidad de transferir libremente y sin restricciones, “los pagos relacionados con sus inversiones, incluida la ganancia del capital invertido y el producido de la liquidación total o parcial de la inversión.”. (Granato & Oddone, 2007, pág. 37)

Esta obligación del Estado receptor de la inversión otorga al inversor extranjero el derecho de recibir una compensación en el caso de que de manera sorpresiva se vea afectado por regulaciones de control cambiario u otro tipo de medidas adoptadas por el Estado receptor que bloqueen el capital del inversor en dicho Estado. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006).

El artículo 11.10 del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua permite analizar una típica cláusula de libre transferencia de fondos:



Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de la otra Parte en su territorio se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio. Dichas transferencias incluyen: (a) ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos de administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión; (b) productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión; (c) pagos realizados de conformidad con un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados de conformidad con un convenio de préstamo; (d) pagos efectuados de conformidad con el artículo 11.11; y (e) pagos que provengan de la aplicación de las disposiciones relativas al mecanismo de solución de controversias contenido en la Sección C.

2. Para los efectos de este Capítulo, una transferencia se considera realizada sin demora cuando se ha efectuado dentro del plazo normalmente necesario para el cumplimiento de las formalidades de transferencia.

Consecuentemente, por medio de este estándar de protección el Estado se compromete a garantizar al inversionista extranjero la facultad de repatriar los fondos relacionados con su inversión o los que surjan como resultado de esta, independientemente de la modalidad que estos.

3.2.4.7. Subrogación

Se entiende por subrogación el acto por medio del cual una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica. (Real Academia Española, 2020)

En opinión de Grant y Oddone, la cláusula de subrogación, incorporada en los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones, garantiza al Estado que hubiera asegurado al inversor en el exterior la efectiva transferencia de los derechos de este en virtud del acuerdo internacional de inversión, con la finalidad de proseguir



contra el Estado infractor (anfitrión de la inversión) las acciones correspondientes. (Granato & Oddone, 2007)

Sobre el estándar de subrogación, el artículo 9.17 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana establece:

1. Cuando una Parte u organismo autorizado hubiere otorgado un contrato de seguro o alguna otra garantía financiera contra riesgos no comerciales, con respecto a alguna inversión de uno de los inversionistas en el territorio de la otra Parte, esta última deberá reconocer los derechos de la primera Parte de subrogarse en los derechos del inversionista, cuando hubiere efectuado un pago en virtud de dicho contrato o garantía.

En consecuencia, este estándar, a diferencia de los analizados, garantiza, no al inversor extranjero, sino a un órgano del otro Estado Contratante que hubiere garantizado de alguna manera la inversión extranjera contra riesgos no comerciales, a sustituir al inversionista en los derechos protegidos y derivados del acuerdo internacional de inversión.



CAPÍTULO IV

4. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el arbitraje de inversión

La diplomacia de las cañoneras³⁷ fue abandonada en la Segunda Conferencia Internacional de la Paz de la Haya en 1907, con la firma de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales. La cual estableció el marco para la celebración de acuerdos internacionales de inversión.

De conformidad con estos tratados, en caso de controversia entre dos Estados, derivada de los intereses particulares de un nacional de un Estado, se conformaría un tribunal arbitral independiente. En efecto, como se expuso en el capítulo II, un Estado podía defender la reclamación de un nacional (protección diplomática) a través de un procedimiento horizontal entre Estados. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006).

No existía acción inmediata contra el Estado infractor, susceptible de ser interpuesta directamente por el nacional extranjero cuyos derechos habían sido conculcados, por el contrario, obligadamente, tenía que realizar dicha reclamación a través del Estado con el que le unía el vínculo jurídico-político (nacionalidad).

El fundamento legal del derecho de protección diplomática en las palabras del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso Panevezys-Saldutsikis Railway, respondía al siguiente razonamiento:

Al involucrarse en un caso en representación de uno de sus nacionales a través de una acción diplomática o de procedimientos judiciales internacionales, el

³⁷ Como se conoce en derecho internacional al comportamiento coercitivo, utilizado por las potencias imperialistas en el siglo XIX y principios del XX que consistía en el empleo de fuerza naval para amenazar a un país débil cuando las negociaciones habían fracasado en detrimento de los intereses de los grandes colonialistas. Era generalmente utilizada para el cobro de deuda externa a países recién independizados.



Estado en realidad está velando por su propio derecho; es decir, el derecho de garantizar en la persona de sus súbditos, el respeto por las normas de derecho internacional. Este derecho está necesariamente limitado a la intervención en nombre de sus propios nacionales dado que, a falta de acuerdo especial, el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y sus súbditos por sí sola confiere al Estado el derecho a la protección diplomática y, por lo tanto, es como parte de la función de protección diplomática que se debe entender el derecho a iniciar una reclamación para garantizar el respeto por las normas de derecho internacional. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 644).

En tal sentido, el procedimiento no era satisfactorio desde el punto de vista del individuo demandante:

[El individuo] No tiene recursos propios y es posible que su Estado de origen no desee ocuparse de su caso por razones que no guardan relación alguna con la cuestión de fondo; e incluso si el Estado está dispuesto a ocuparse de su causa, puede haber demoras interminables antes de que el Estado decida someter la controversia a arbitraje, si es que decide finalmente hacerlo. La demora, además de ser injusta para la Demandante, dificulta la obtención de pruebas concluyentes y, a menudo, desvirtúa el reclamo original hasta el punto de que este se vuelve irreconocible. Se ha propuesto que una solución podría encontrarse en la posibilidad de que los individuos accedan por derecho propio a algún tribunal internacional, implementando salvaguardas a fin de evitar la presentación de reclamos frívolos o insultantes; esta propuesta de reforma debería ser considerada. Sin embargo, por el momento, no hay muchas probabilidades de que los Estados acepten dicha modificación. (Brierley, 1963, pág. 277)

Dado que lo expuesto por Brierley era una realidad, puesto que los particulares no podían acceder a los mecanismos de solución de controversias de aquella época en virtud que estos estaban circunscritos a los Estados, se hizo evidente la necesidad de



realizar una reforma drástica y de gran impacto para los mecanismos de solución pacífica de controversias.

En 1965 se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. -CIADI- o -el Centro- o ICSID, por sus siglas en inglés, a través del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, con el objetivo principal de crear un nuevo foro arbitral para la resolución de controversias entre inversores y Estados, mediante la inclusión de cláusulas de arbitraje en acuerdos internacionales de inversión entre los Estados.

Una vez implementado el Convenio CIADI, los redactores de los tratados de los Estados signatarios incluyeron este foro para resolver controversias entre Estados e inversores, incorporando la posibilidad de acudir a este mediante una cláusula en la cual se establecía su consentimiento para tal efecto. Como pudo observarse en el Capítulo III, los Estados, incluyendo a Guatemala, plasmaron el consentimiento referido, no solo en tratados bilaterales entre Estados, sino en tratados multilaterales e incluso, en contratos entre estos e inversionistas extranjeros.

4.1. Formulación del Convenio CIADI

Desde principios del primer decenio para el desarrollo, que comprende los años 60, resultaba evidente que, para lograr la ejecución de los planes adoptados para fomentar el crecimiento de las economías de los países en desarrollo, sería necesario complementar los recursos que afluirían a estos, procedentes de fuentes oficiales bilaterales y multilaterales, mediante inversiones adicionales del sector privado. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 1970).

A fin de ofrecer alicientes a esas inversiones, los organismos internacionales competentes consideraron varios planes encaminados a eliminar algunas de las incertidumbres y obstáculos que afrontaban los inversionistas en países extranjeros y,



en particular, en muchos Estados que recién habían obtenido su independencia y autonomía y cuya necesidad de capital externo era mayor. (CIADI, 1970).

Las primeras propuestas relacionadas directamente con la formulación del Convenio fueron preparadas por personal del Banco Mundial, a cuyo presidente se le había solicitado en algunas ocasiones de sus buenos oficios para resolver diversas clases de diferencias financieras, incluidas algunas entre gobiernos e inversionistas extranjeros. (CIADI, 1970).

En junio de 1961 el Consejero Jurídico General presentó a los directores ejecutivos del Banco Mundial el Proyecto de Convenio sobre el Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de Otros Estados, constituyéndose este en el proyecto preliminar del futuro tratado. (CIADI, 1970).

Entre diciembre de 1962 y junio de 1963 los directores ejecutivos del Banco Mundial, reunidos en calidad de Comité Plenario sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones constituido a ese efecto, examinaron el Documento de Trabajo, considerando, por una parte, la conveniencia general de adoptar dicho plan y, por otra, la forma en que el Banco Mundial podría participar en las medidas de carácter institucional que se adoptasen con el fin de poner en práctica la propuesta. (CIADI, 1970).

Entre diciembre de 1963 y mayo de 1964 se convocaron cuatro Reuniones Consultivas de Juristas a los países miembros del Banco a que enviasen juristas a cada una de estas reuniones. (CIADI, 1970).

El Comité Legal sobre Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones se reunió en Washington y celebró veintidós sesiones entre el 23 de noviembre y el 11 de diciembre de 1964, con la participación de representantes de 61 gobiernos. La labor del Comité Legal culminó con la publicación, el 11 de diciembre, de un proyecto revisado del convenio. (CIADI, 1970).



Los directores ejecutivos, reunidos nuevamente en calidad de Comité Plenario, consideraron primero el proyecto de Convenio en el curso de siete reuniones celebradas entre el 16 de febrero y el 4 de marzo de 1965; posteriormente, el Comité examinó el proyecto de informe a ser sometido a los gobiernos en la presentación del Convenio. (CIADI, 1970).

El 18 de marzo de 1965 los directores ejecutivos, en reunión oficial, adoptaron una resolución en virtud de la cual aprobaron el texto del Convenio y su Informe sobre este, solicitaron al presidente del Banco Mundial transmitir un ejemplar de dicho Convenio e Informe a todos los gobiernos miembros del Banco; además, dispusieron que un ejemplar del Convenio fuera firmado en nombre del Banco para dejar constancia de que estaba dispuesto a cumplir las diversas funciones que se le atribuían en dicho instrumento. (CIADI, 1970).

En consecuencia, el 23 de marzo del mismo año, el presidente del Banco envió un ejemplar del Convenio y del Informe Adjunto a todos los Gobernadores y Gobernadores Suplentes de los países miembros del Banco. (CIADI, 1970).

El Convenio pronto fue firmado por varios Estados, y el vigésimo instrumento de ratificación fue depositado el 14 de septiembre de 1966, con lo cual, conforme a lo dispuesto en su artículo 68(2), entró en vigor treinta días después, el 14 de octubre de 1966. (CIADI, 1970).

A la fecha, el Convenio del CIADI es un tratado ratificado por 163 Estados Contratantes, del cual Guatemala es parte desde el 20 de febrero de 2003, puesto que depositó el instrumento de ratificación hasta el 21 de enero de 2003. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019).



4.1.1. Creación y objetivo

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones nace del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados -Convenio CIADI- o -el Convenio-.

El preámbulo de dicho convenio reza:

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

Teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones;

Reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución;

Atribuyendo particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias; [...]

Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales.

Con la puesta en marcha del CIADI, por primera vez se implementó un sistema en virtud del cual personas particulares y/o jurídicas pudieran exigir directamente a un Estado extranjero resarcimiento por las afectaciones causadas en su patrimonio en razón de sus inversiones.



El artículo 1 del Convenio establece:

- (1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro).
- (2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

El cumplimiento de este objetivo reconoce la importancia de la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la necesidad de la inversión extranjera privada en los países en desarrollo.

El CIADI proporciona el mecanismo institucional y las reglas procesales para las comisiones de conciliación y los tribunales de arbitraje independientes que se constituyen en cada caso.

4.1.2. Estructura

Para el cumplimiento de las funciones establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, el CIADI se organiza de la siguiente manera:

4.1.3. Consejo Administrativo

De acuerdo con el artículo 4 del Convenio, el Consejo Administrativo se compone por un representante de cada uno de los Estados Contratantes, quienes deben designar a un suplente para actuar en ausencia del titular.



En lo que respecta a la presidencia del Consejo, el presidente del Banco Mundial, es de oficio, presidente del Consejo de Administración del CIADI.³⁸

Este órgano se reúne ordinariamente una vez al año; no obstante, de ser necesario, se reúne las veces que el Consejo acuerde o por convocatoria del presidente o cuando a cinco miembros del Consejo soliciten al secretario general convocar a reunión.³⁹

Cada Estado tiene derecho a un voto y la mayoría de las decisiones del Consejo se toman por mayoría simple, a excepción de las reglas de procedimiento y la aprobación del presupuesto anual, las cuales requieren una aprobación de dos tercios de los miembros del Consejo.⁴⁰ Asimismo, el artículo 66 del Convenio establece que las enmiendas al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados requerirán de la aprobación total de los Estados miembros.

Finalmente, respecto a las funciones que atañen al Consejo, destacan las siguientes:⁴¹

- a. Adoptar reglamentos administrativos y financieros del Centro.
- b. Adoptar reglas de procedimiento de iniciación de arbitraje y conciliación.
- c. Adoptar reglas procesales de arbitraje y conciliación.
- d. Establecer las condiciones del desempeño de las funciones del secretario general y secretarios generales adjuntos.
- e. Adoptar el presupuesto anual de ingresos y egresos del Centro.
- f. Aprobar el informe anual de actividades del CIADI.

³⁸ Ver artículo 5 del Convenio CIADI.

³⁹ Ver artículo 7 del Convenio CIADI.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Ver artículo 6 del Convenio CIADI.



De acuerdo con el artículo 8 del Convenio, los miembros del Consejo Administrativo y el presidente no reciben remuneración desempeñan sus funciones sin remuneración alguna.

En suma, el Consejo Administrativo es el órgano de gobierno del CIADI, ejerce funciones eminentemente organizacionales, y no tiene relación alguna con la administración de los casos administrados por el Centro.

4.1.4. Secretariado

De conformidad con el artículo 10 del Convenio, el secretario general y los Secretarios Generales Adjuntos son propuestos por el presidente del Consejo y elegidos por la mayoría de dos tercios del Consejo Administrativo, por un período no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos.

Seguidamente, el artículo del instrumento internacional en mención, señala que el secretario general es el representante legal y el funcionario principal del Centro, siendo responsable de su administración.

El rol principal del Secretariado consiste en brindar apoyo en el arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados. Participa en todos los aspectos del proceso, desempeñando, entre otras, las siguientes funciones: (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, s/f.)

- a. Registrar los procedimientos;
- b. Prestar asistencia en la constitución de Comisiones de Conciliación, Tribunales de Arbitraje y Comités ad hoc;
- c. Coadyuvar a las partes y a las Comisiones, los Tribunales y los Comités con todos los aspectos procesales de los casos;
- d. Organizar audiencias y prestar asistencia durante su celebración;

- e. Administrar las finanzas de cada caso; y
- f. Brindar el apoyo administrativo que soliciten las Comisiones, los Tribunales y los Comités.

4.1.5. Jurisdicción

La jurisdicción y competencia del Centro no es amplia, está circunscrita a las inversiones internacionales que se suscitan entre inversionistas de otros Estados y el Estado receptor de la inversión.

De acuerdo con el artículo 25 del Convenio, la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

Respecto al consentimiento de arbitraje, el artículo 26 de dicha normativa establece que, salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme al Convenio CIADI se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso.

Además, señala que un Estado Contratante puede exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento. Al respecto, de acuerdo con información del sitio oficial del CIADI, en 2003, Guatemala notificó al Centro que “la República de Guatemala exigirá el agotamiento previo de la vía administrativa, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio”. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, s/f.)

Lo anterior quiere decir que la posición del Guatemala es que previo a poder iniciar cualquier arbitraje de inversión, debe agotarse la vía interna. No obstante, la observancia



de esta salvedad depende en gran medida de lo acordado por los Estados Contratantes en los acuerdos internacionales de inversión (tal como reza el artículo en mención “salvo estipulación en contrario”). Ello en virtud que las disposiciones del Convenio y las Reglas Procesales de Arbitraje del CIADI son complementarias a las contenidas en los acuerdos internacionales sobre inversiones.

Asimismo, la base del consentimiento de las partes para establecer la jurisdicción del CIADI puede encontrarse en una serie de fuentes, tales como leyes de inversiones, contratos y tratados bilaterales o multilaterales.

De acuerdo con el informe anual presentado en agosto de 2018 por CIADI, el 60% de los casos registrados por dicho Centro en 2018 invocaron la jurisdicción del CIADI con base en un Tratado Bilateral de Inversión, lo que pone a la cabeza a este tipo de instrumentos internacionales, seguidos de contratos de inversión entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión y de los Acuerdos de Libre Comercio.

En congruencia con lo propuesto por Carlos Calvo a finales del Siglo XVIII, el artículo 27 de la Convención del CIADI establece que ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

4.2. Arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados

El arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados es un sistema de resolución pacífica y alternativa de conflictos suscitados entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor de la inversión. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2018).



Generalmente, los inversionistas no muestran confianza en la imparcialidad de los tribunales del país receptor; asimismo, los Estados se manifiestan renuentes a renunciar a la inmunidad que les asiste en cortes extranjeras. (Morales Vela, 2007).

Por tales razones, los acuerdos internacionales de inversión norman aspectos procesales como los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados receptores, acudiendo, generalmente, a mecanismos alternos de solución de controversias, dentro de los que se ha destacado el arbitraje de inversiones como un foro internacional neutral para la resolución de controversias surgidas en ocasión de la inversión extranjera.

En ese orden de ideas, Francisco González de Cossío afirma que “El arbitraje de inversión reduce el riesgo-país al brindar un foro neutral donde se canalicen jurídicamente (no políticamente) las disputas sobre inversión”. (González de Cossío, 2009, pág. 7).

Distinto de una decisión judicial, el arbitraje resuelve la disputa presentada por un inversionista, a través de un tribunal, cuya decisión es final, única e irrecurrible, salvo causales determinadas por nulidad.⁴² (Procuraduría General del Estado del Ecuador, 2016).

A la luz de este mecanismo se han resuelto una gran cantidad de controversias inversionista-Estado, un número que cada año crece de manera importante. En su informe anual correspondiente al año 2018, el CIADI reportó que durante el ejercicio fiscal 2018 registró 57 casos nuevos, habiendo administrado durante ese año 279 casos, el número más alto de su historia. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2018).

⁴² El artículo 52 del Convenio del CIADI establece como causales para solicitar la nulidad de un laudo: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o que no se hubiere expresado en el laudo los motivos en que se funde.



Según la Secretaria General del CIADI, Meg Kinnear, durante más de cinco décadas, el CIADI se ha posicionado firmemente como la institución de preferencia para el arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados, tras haber administrado más del 70% de todos los casos conocidos. (CIADI, 2018).

4.3. Procedimientos ante el CIADI

El CIADI pone al alcance de los particulares, mecanismos que posibilitaran resolver diferencias surgidas entre estos y otros Estados, mediante:

- a. Conciliación, y
- b. Arbitraje

El artículo 25.1 del Convenio, establece que, para poder acceder, tanto al arbitraje como a la conciliación, deben cumplirse las siguientes condiciones:

- a. Las partes deben haber acordado someter la diferencia al CIADI;
- b. Debe tratarse de una controversia suscitada entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante;
- c. La diferencia debe ser una controversia jurídica; y
- d. La controversia debe devenir directamente de una inversión. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006)

4.3.1. La conciliación

Tal como se hizo referencia en el Capítulo I, la conciliación es un procedimiento de arreglo pacífico de controversias por medio del cual las partes en controversia, de manera voluntaria, someten al conocimiento de un tercero imparcial (que puede ser un sujeto de derecho o una comisión creada de forma permanente o *ah hoc*) el conflicto, con la finalidad que este realice un análisis exhaustivo tanto del litigio como de la postura



de las partes, de modo que elabore una propuesta o propuestas de solución, sin que estas tengan carácter vinculante, sino para que las partes decidan la que se acomoda de mejor manera sus intereses.

La conciliación del CIADI es un proceso de resolución de controversias cooperativo, y no contencioso. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, s.f.).

El objetivo de esta Comisión de Conciliación es dilucidar los puntos controvertidos por las partes y esforzarse por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, s.f.).

4.3.1.1. Procedimiento

El procedimiento de conciliación en virtud del Convenio del CIADI se rige por las normas contenidas en el Convenio del CIADI, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje; las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación; y el Reglamento Administrativo y Financiero.

a. Solicitud de conciliación

El artículo 28 del Convenio CIADI establece que cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de conciliación, dirigirá una solicitud escrita al secretario general del Centro, quien deberá enviar copia de esta a la otra parte.



b. Evaluación y registro por parte del CIADI

La solicitud deberá contener los datos referentes a la disputa, la identificación de las partes, así como del consentimiento de estas a la conciliación. El secretario general registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en esta, halle que la diferencia se encuentra fuera de la jurisdicción del Centro.⁴³

Al respecto, la Regla 6 de las Reglas Procesales de Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje -Reglas de Iniciación-, establece que, cuando la solicitud cumpla con los requisitos mencionados, el secretario general, deberá proceder con el registro de esta en el Registro de Conciliación, debiendo notificar ese mismo día a las partes el acto de registro.

El cumplimiento por parte del secretario general de la disposición citada es fundamental, en virtud que todo proceso de conciliación se tiene por instituido en la fecha de registro de la solicitud.⁴⁴

c. Constitución de la Comisión Conciliadora

De conformidad con el artículo 29 del Convenio CIADI, la Comisión se compondrá de un conciliador único o de un número impar de conciliadores, nombrados, según lo acuerden las partes. Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de conciliadores y el modo de nombrarlos, la Comisión se constituirá con tres conciliadores designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá la Comisión, de común acuerdo.

Asimismo, el artículo 30 del Convenio CIADI establece que, si la Comisión no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro o de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el

⁴³ Ver artículo 28 del Convenio CIADI.

⁴⁴ Ver Regla 6 de las Reglas de Iniciación.



presidente del Consejo Administrativo, a petición de cualquiera de estas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el conciliador o los conciliadores que aún no hubieren sido designados.

d. Funcionamiento de la Comisión

El artículo 34 del Convenio CIADI establece que la Comisión de Conciliación deberá dilucidar los puntos controvertidos por las partes y esforzarse por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas. “A este fin, la Comisión podrá, en cualquier estado del procedimiento y tantas veces como sea oportuno, proponer a las partes fórmulas de avenencia.”.

De tal cuenta, la Regla 13 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación -Reglas de Conciliación- señala que la Comisión celebrará su primera sesión dentro de los 60 días después de constituida, salvo que las partes acuerden plazo distinto.

e. Consulta procesal preliminar

La Regla 20 de Conciliación establece que, tan pronto como sea posible después de la constitución de una Comisión, el presidente de esta tratará de determinar el parecer de las partes con respecto a cuestiones procedimentales, entre los que destacan:

- Número de miembros de la Comisión necesario para constituir quórum en sus reuniones
- Idiomas de procedimiento
- Pruebas
- Alegatos escritos y plazos de presentación de estos



f. Actuaciones escritas y orales

De conformidad con la Regla 22 de Conciliación, la Comisión tiene el deber de escuchar a las partes y tratar de obtener toda la información que pueda ser útil al respecto. Para el efecto, las partes deben participar activamente y de buena fe,

Acorde a la naturaleza del procedimiento de conciliación, y con el fin de avenir a las partes, la Regla 22 de Conciliación establece que, la Comisión podrá formular a estas recomendaciones periódicamente y en cualquier etapa del proceso, de manera oral o por escrito. Para el efecto, podrá fijar plazos dentro de los cuales cada parte deberá informarle su decisión concerniente a las recomendaciones formuladas.

Asimismo, la Comisión tiene la facultad de solicitar a cualquiera de las partes, explicaciones orales, documentos y otra clase de información.

Específicamente sobre los escritos, la Regla 25 señala que, después de constituida la Comisión, el presidente invitará a cada parte a presentar, dentro de 30 días u otro plazo mayor que él fijare, una declaración escrita de su posición. Asimismo, indica que, en cualquier etapa del procedimiento, dentro de los plazos que fije la Comisión, cualquiera de las partes podrá presentar las demás declaraciones escritas que estime útiles y pertinentes.

Finalmente, en lo que respecta a las audiencias, tal como establece la Regla 27, generalmente, las audiencias de la Comisión se realizarán en privado y en secreto, a menos que las partes dispongan lo contrario.

g. Conclusión del procedimiento

Sobre la conclusión del procedimiento la Regla 30 contempla varias formas para que este tenga lugar:

- Por avenimiento de las partes, la Comisión declarará la conclusión del proceso y rendirá su informe.
- Si en cualquier fase del procedimiento la Comisión estima que no hay probabilidad de acuerdo entre las partes, luego de informarles, declarará concluido el proceso, debiendo rendir el informe correspondiente.
- Si una de las partes no participa del proceso, luego de notificar a las partes, la Comisión podrá declarar concluido el procedimiento y rendirá su informe.

h. Emisión de informe de conciliación

De conformidad con la Regla 15 de conciliación, las deliberaciones de la Comisión de conciliación serán privadas y secretas. Las decisiones de esta se adoptarán por mayoría de votos de todos sus miembros.⁴⁵

En ese orden de ideas, la Regla 31 establece que la Comisión deberá rendir su informe dentro de los 60 días después de la declaración de conclusión del procedimiento, el cual deberá contemplar:

- La identificación de las partes
- Declaración del establecimiento de la Comisión de acuerdo con el convenio
- Identificación de los miembros de la Comisión
- Identificación de los representantes de las partes
- Fechas y lugares de las reuniones de la Comisión
- Resumen del procedimiento
- Constancia de cualquier acuerdo alcanzado por las partes en relación con la invocación de cualquier otro procedimiento de las consideraciones o declaraciones hechas en el procedimiento de conciliación
- Firmas de los miembros de la Comisión, debiendo dejar constancia de la fecha de suscripción de cada conciliador.

⁴⁵ Ver Regla 16 de Conciliación.



Finalmente, conforme a la Regla 33 de Conciliación, después de la última firma de conciliadores, el informe será autenticado y depositado en los archivos del CIADI; además, se enviará copia certificada de este a cada parte, dejando constancia de la fecha del despacho.

4.3.2. Arbitraje de inversión

La figura del arbitraje fue desarrollada en el Capítulo I de este trabajo de investigación, habiendo determinado que se trata de un mecanismo de arreglo pacífico de controversias nacionales e internacionales, de carácter heterocompositivo, mediante el cual las partes someten de manera voluntaria la decisión de una controversia a un árbitro o tribunal arbitral, para que este emita un laudo sobre la base de los hechos probados, los argumentos esgrimidos y el derecho invocado.

En el caso del I arbitraje de inversión, este constituye un mecanismo de solución pacífica y alternativa de conflictos suscitados entre inversionistas extranjeros y un Estado receptor de inversión, esta relación nace de acuerdos internacionales sobre inversión extranjera.

Este mecanismo, debidamente consagrado, por regla general, en acuerdos de inversión entre Estado, faculta a los inversores extranjeros a formular reclamaciones contra los Estados anfitriones de inversión de manera directa, sin tener que acudir a su propio Estado para que realice una reclamación internacional entre Estados.

4.3.2.1. Regulación del arbitraje

El procedimiento de arbitraje en virtud del Convenio del CIADI es regulado por diversas disposiciones que le son aplicables, siendo estas en su orden las siguientes:



a. El Convenio CIADI

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados establece el marco para el desarrollo de los procesos de arbitraje.

Las disposiciones procesales principales se encuentran contenidas en los Capítulos IV a VII del Convenio. Estas disposiciones incluyen referencias cruzadas a otras disposiciones, tales como el artículo 14(1) del Convenio relativo a las cualidades requeridas en un árbitro. Las condiciones para que exista jurisdicción se encuentran contenidas en el Capítulo II. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, s.f.).

Todas las disposiciones de la normativa en mención son obligatorias, excepto cuando el Convenio autoriza a las partes a acordar lo contrario.

Tal como establece el artículo 44, cualquier cuestión de procedimiento no prevista en el Convenio o en las Reglas de Arbitraje aplicables será resuelta por el Tribunal a su entera discrecionalidad.

b. Las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje

Las Reglas de Iniciación explican cómo iniciar un procedimiento de arbitraje, incluidos la forma y el contenido de la solicitud de arbitraje.

Son aplicables a las fases que tengan lugar entre la presentación de una solicitud de arbitraje y el envío de la notificación del acto de registro.

En promedio, los casos se registran dentro de las tres semanas posteriores a la recepción por parte del Centro de la solicitud de arbitraje, acompañada de materiales



justificativos y del derecho de registro de la solicitud. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, s.f.).

c. Las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje

Las Reglas de Arbitraje rigen el procedimiento de arbitraje una vez que se ha registrado la solicitud correspondiente.

Estas complementan las disposiciones procesales del Convenio del CIADI, incluidas las relativas a los recursos posteriores al laudo.

El artículo 44 del Convenio del CIADI dispone que los arbitrajes deberán tramitarse de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron consentimiento a arbitraje, salvo acuerdo en contrario de las partes.

En ese sentido, es preciso destacar que las reglas actuales entraron en vigor el día 10 de abril de 2006, en virtud de la última enmienda a las Reglas de Arbitraje. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, s.f.).

d. El Reglamento Administrativo y Financiero

El Reglamento Administrativo y Financiero contiene disposiciones relativas a:

- Los costos del procedimiento
- La publicación de información relativa a los casos
- Funciones con respecto a cada procedimiento, incluidos los servicios del Secretariado del CIADI
- El cálculo de plazos y la presentación de documentación justificativa
- Inmunidades y privilegios
- Idiomas oficiales.



4.3.2.2. Procedimiento de arbitraje

De acuerdo con la regulación del CIADI, el procedimiento de arbitraje se compone de las siguientes fases:

a. Fase previa - Notificación de intención y el cooling-off period

Generalmente, los instrumentos internacionales que contemplan al arbitraje de inversión como mecanismos de solución de controversias, establecen que antes de iniciar el proceso de arbitraje debe notificarse al Estado la intención del inversionista de iniciar un proceso en contra de este, de modo que una vez que el Estado tenga conocimiento de tal circunstancia, las partes procuren consensos.

Para tal efecto, la mayoría de acuerdos internacionales de inversión contemplan un plazo específico, que puede variar significativamente, dependiendo del instrumento de que se trate (como se advirtió en el Capítulo anterior, este periodo oscila en aproximadamente 90 días a 6 meses). A esta pausa se le denomina, tanto por los estudiosos de la materia como por quienes ejercen el derecho de inversión, *cooling-off period* (Ganesh, 2017, pág. 2).

El *cooling-off period*, (período de avenimiento o de negociación previa), tiene como objetivo, tal como su nombre lo indica, permitir a las partes actuar con serenidad para procurar que la diferencia que ha dado lugar a dicha notificación arribe a un final pronto y beneficioso para ambas partes, a fin de evitar una controversia de carácter internacional. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, s/f.)



b. Fase inicial

b.1. Solicitud

El procedimiento inicia mediante una solicitud dirigida al secretario general del CIADI. El artículo 36 del Convenio CIADI establece que cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá una solicitud escrita al secretario general del Centro, quien deberá enviar copia de esta a la otra parte.

b.2. Evaluación y registro

La solicitud deberá contener los datos referentes a la disputa, la identificación de las partes, así como del consentimiento de estas a arbitraje. El secretario general registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en esta, considere que la diferencia se encuentra fuera de la jurisdicción del Centro.⁴⁶

Al respecto, la Regla 6 de las Reglas Procesales de Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje -Reglas de Iniciación-, establece que, cuando la solicitud cumpla con los requisitos mencionados, el secretario general, deberá proceder con el registro de esta en el Registro de Arbitraje, debiendo notificar ese mismo día a las partes el acto de registro.

El cumplimiento por parte del secretario general de la disposición citada es fundamental, en virtud que todo proceso de arbitraje se tiene por instituido en la fecha de registro de la solicitud.⁴⁷

⁴⁶ Ver artículo 36 del Convenio CIADI.

⁴⁷ Ver Regla 6 de las Reglas de Iniciación.



b.3. Constitución del Tribunal

De acuerdo con la Regla 1 de Arbitraje, las partes, en cuanto se les notifique el acto de registro de la solicitud de arbitraje, procederán a constituir el Tribunal.

A menos que la solicitud contenga la información, las partes comunicarán al secretario general cualquier estipulación que hubieren convenido respecto al número de árbitros y al método de su nombramiento.

De conformidad con la Regla 2 de Arbitraje, si en el momento del registro de la solicitud, las partes no hubieren acordado el número de árbitros ni el método de su nombramiento, el solicitante, a más tardar 10 días después del registro de la solicitud, propondrá a la otra parte el nombramiento de un árbitro único o de un número cierto impar de árbitros y especificará el método que propone para su nombramiento.

Asimismo, la Regla 4 dispone que, si el Tribunal no se constituyere a más tardar 90 días después de que el secretario general haya enviado la notificación del registro, o dentro de otro plazo que las partes hubieren convenido, cualquiera de estas podrá dirigir una solicitud escrita al presidente del Consejo Administrativo, a través del secretario general, para que nombre el árbitro o los árbitros que aún no hayan sido nombrados y para que designe a un árbitro como presidente del Tribunal.

Conforme lo dispuesto en la Regla 5, tan pronto el secretario general haya sido informado del nombramiento de un árbitro, solicitará la aceptación de la persona nombrada.

Así pues, la Regla 6 dispone que se tendrá por constituido el Tribunal y que el procedimiento ha iniciado, en la fecha en que el secretario general notifique a las partes que todos los árbitros han aceptado su nombramiento. En consecuencia, la Regla 13 de Arbitraje establece que el Tribunal celebrará su primera sesión a más tardar 60 días después de constituirse, salvo que las partes acuerden otro plazo. Las fechas de esa



sesión será fijada por el presidente del Tribunal después de consultar a sus miembros y al secretario general.

En cumplimiento de la Regla 20 de Arbitraje, después de la constitución del Tribunal, el presidente consultará a las partes sobre los siguientes aspectos procedimentales:

- Número de miembros de miembros del tribunal necesario para constituir quórum en sus reuniones
- Idiomas de procedimiento
- Número y orden de escritos y plazos de presentación de estos
- Manera de prorratear las costas procesales
- La forma en la que se levantará acta de las audiencias
-

De tal cuenta, el presidente del Tribunal podrá celebrar una audiencia preliminar entre el Tribunal y las Partes, con la finalidad de intercambiar información y estipular los hechos no controvertidos, a fin de que el procedimiento pueda conducirse de manera célere.⁴⁸

Como resultado de la consulta preliminar, la cual por lo general tiene lugar mediante una audiencia, el Tribunal emite la primera orden procesal, que recoge los lineamientos procesales que serán aplicados a lo largo del proceso arbitral.

Dicho en otras palabras, es a través de la consulta preliminar que las partes dejan saber al Tribunal sus preferencias en cuanto a los aspectos procesales como idioma, plazos, extensión de escritos, rondas de escritos, sede, cronograma procesal, entre otros. Idealmente, las partes alcanzan consensos en la mayoría de aspectos; sin embargo, en aquellos en los que no hay acuerdo la decisión queda en manos del Tribunal, quien que recoge la totalidad de disposiciones procesales en una primera orden procesal.

⁴⁸ Ver Regla 21 de las Reglas de Arbitraje.



c. Fase escrita⁴⁹

De acuerdo con la Regla 29 de Arbitraje y salvo acuerdo distinto entre las partes, el procedimiento comprenderá dos etapas distintas: una de actuaciones escritas y otra de actuaciones orales.

De tal cuenta, la Regla 31 establece que, además de la solicitud de arbitraje, las actuaciones escritas comprenderán las siguientes:

c.1. Demanda

La Demandante deberá presentar dentro del plazo establecido por el Tribunal Arbitral, su memorial de demanda.

Según el párrafo (3) de la Regla 31, los memoriales deberán contener: una relación de los hechos pertinentes, una declaración del derecho aplicable, y las peticiones.

Asimismo, la Regla 24 establece que la documentación justificativa deberá acompañar al escrito con el que se relaciona. Para el efecto, la Primera Orden Procesal establece los plazos correspondientes.

c.2. Contestación de la demanda

A través de ella, la Demandada deberá refutar los argumentos de la contraparte. El párrafo (3) de la Regla 31, establece que:

Los memoriales de contestación, la réplica o la dúplica contendrán la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado; cualesquiera hechos adicionales, en caso necesario; las observaciones concernientes a la

⁴⁹ Reglas 29 y 31 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos del CIADI



declaración del derecho aplicable contenida en el último escrito presentado; una declaración de derecho en respuesta al mismo; y las peticiones.

c.3. Exhibición de documentos

En esta fase del proceso, las partes se solicitarán en forma recíproca documentos que obren o puedan obrar en su poder, los cuales serán necesarios para sustentar los argumentos dentro de las actuaciones posteriores del arbitraje.⁵⁰

c.4. Réplica

De conformidad con la Regla 31(1)(c), si las partes así lo convinieron, la demandante remitirá su contestación a los argumentos esgrimidos por la Demandada en su escrito de Contestación de Demanda, en la forma y tiempo establecidos en la primera orden procesal.

c.5. Dúplica:

Conforme la Regla 31(1)(d), la parte demandada contestará los argumentos presentados por la contraparte en su Escrito de Réplica, en la forma y tiempo establecidos en la primera orden procesal.

d. Fase oral

Según lo dispuesto en la Regla 32 de las Reglas de Arbitraje, las actuaciones orales comprenderán las audiencias del Tribunal para oír a las partes, sus representantes, y a los testigos y peritos.

Los miembros del Tribunal podrán, durante las audiencias, interrogar a las partes, sus apoderados, consejeros y abogados y solicitarles explicaciones.

⁵⁰ Ver artículo 43 del Convenio CIADI y Reglas 24, 33 y 34 de las Reglas de Arbitraje.



d.1. Audiencia Procesal

De acuerdo con lo establecido en la primera orden procesal, esta se llevará a cabo entre el Tribunal y las partes, con el objeto de discutir y acordar los aspectos logísticos relativos al desarrollo de la audiencia de fondo. Por regla general, esta audiencia tiene lugar a través de teleconferencia.

d.2. Audiencia de fondo

Generalmente, esta tiene lugar de manera presencial, en el lugar, fecha y horario que las Partes y el Tribunal hayan establecido en la Primera Orden Procesal.

Dentro de esta, las partes exponen oralmente los argumentos de hecho y derecho vertidos en la fase escrita, así como diligencian prueba testimonial y pericial.

Sobre la participación de los testigos y peritos, estos serán interrogados por las partes ante el Tribunal, bajo el control de su presidente. También podrá formularles preguntas cualquier miembro del Tribunal.⁵¹

Luego de dicha Audiencia, y si el Tribunal lo considera necesario, puede ordenar con fundamento en el artículo 44 del Convenio del CIADI, la presentación de escritos posteriores a la audiencia, con el objeto de aclarar o ampliar puntos abordados dentro de la audiencia y sobre los cuales no exista suficiente claridad.

Asimismo, dentro de un plazo que fije el Tribunal luego del cierre del procedimiento, cada parte presentará al Tribunal una declaración sobre los costos incurridos o soportados en el marco del procedimiento arbitral.⁵²

⁵¹ Ver Regla 35 de Arbitraje.

⁵² Regla 28(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.



e. Fase final⁵³

e.1. Cierre del procedimiento

De conformidad con lo dispuesto en la Regla 38 de Arbitraje, una vez hayan terminado las partes de hacer sus presentaciones, se declarará cerrado el procedimiento.

e.2. Preparación del laudo

Según lo dispuesto en la Regla 46 de Arbitraje, el laudo deberá ser formulado y firmado dentro de los 120 días después del cierre del procedimiento; sin embargo, el Tribunal podrá ampliar este plazo por 60 días más.

Para el efecto, la Regla 15 establece que las deliberaciones del Tribunal se realizarán en privado y permanecerán secretas. Asimismo, el artículo 48 del Convenio CIADI señala que el Tribunal arbitral decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.

Es en esta fase que el Tribunal examina los argumentos de hecho y derecho de las partes, así como las pruebas presentadas por estas, para proceder con la elaboración del laudo.

El laudo será escrito y, de acuerdo con la Regla 47, deberá contener:

- Identificación precisa de cada parte
- Declaración de que el Tribunal fue constituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, así como una descripción del del método de su constitución
- Identificación de los miembros del Tribunal, así como indicación de la parte o persona que designó a cada uno
- Identificación de los representantes de cada parte
- Fechas y lugares de las reuniones del Tribunal

⁵³ artículo 48 del Convenio del CIADI; Reglas 46, 47 y 48 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.



- Resumen del procedimiento
- Resumen de los hechos
- Pretensiones de las partes
- Decisión sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión
- Decisión sobre costas procesales.

El laudo debe ser firmado por los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor, indicando la fecha de firma de cada uno. En caso de opinión distinta por parte de un miembro del Tribunal, podrá adjuntarla al laudo.

Finalmente, la Regla 48 dispone que cuando el último árbitro haya firmado, el secretario general lo autenticará el laudo original y depositará en los archivos del CIADI; además, deberá remitir copia certificada de este a cada parte, dejando constancia de la fecha del despacho.

El laudo se considerará dictado en la fecha en que se hayan despachado las copias certificadas.⁵⁴

Finalmente, el artículo 54 del Convenio CIADI establece:

Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.

Lo que quiere decir que el laudo CIADI tiene carácter definitivo y ha de ser observado y acatado por las Partes como si se tratara de una sentencia emanada de un tribunal judicial nacional. En palabras sencillas, un laudo arbitral CIADI, para las partes, ostenta la misma fuerza vinculante que una sentencia nacional.

⁵⁴ Ver Regla de Arbitraje 48 (2)



Lo anterior tiene como consecuencia que un laudo CIADI sea directamente ejecutable ante los tribunales nacionales de cualquier país signatario del Convenio CIADI, sin trámite adicional al que tendría una sentencia no apelable proferida por otro tribunal de ese mismo Estado. (Tawil & Zuleta, 2008)

En consecuencia, los laudos CIADI no están sujetos al procedimiento de reconocimiento y ejecución al que se someten los laudos emanados de un centro de arbitraje internacional distinto del CIADI. Una vez emitido el laudo CIADI, la parte interesada queda facultada para solicitar al juez nacional competente la ejecución de la decisión. (Lozada Pimiento, 2016)

4.3.2.3. Impugnaciones

Como se apuntó en el apartado anterior, el sistema del CIADI, al ser independiente, impide la revisión de decisiones o laudos por parte de los tribunales locales. En consecuencia, el artículo 53 del Convenio CIADI establece que el laudo será obligatorio para las partes, y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto los siguientes:

a. Rectificación

Procedimiento de revisión de errores es aquel en virtud del cual un órgano judicial o administrativo puede “rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, los errores materiales, de hecho o aritméticos, que se hayan padecido en los actos y resoluciones [...] siempre que no hubiere transcurrido el plazo de prescripción.”. (Real Academia Española, 2020)

De acuerdo con el artículo art. 49.2 del Convenio, la rectificación es procedente cuando el tribunal ha omitido resolver una cuestión y/o se pretende rectificar errores materiales o aritméticos.

La rectificación puede ser realizada únicamente por el Tribunal dictó el laudo, pasando a ser parte de este, la decisión de rectificación. En ese sentido, el remedio debe ser interpuesto en un plazo que no exceda los 45 días luego de la fecha en que se dictó el laudo.

Consecuentemente, la rectificación dentro del proceso de arbitraje del CIADI, es el recurso por medio del cual la parte que se considere afectada puede requerir al mismo Tribunal que dictó el laudo, que rectifique errores materiales o aritméticos o que resuelva lo que omitió resolver y que fue incluido en las peticiones de las partes.

b. Aclaración

Por el recurso de aclaración se la “solicitud de que los tribunales, una vez firmadas las sentencias, aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o rectifiquen alguna equivocación importante, siempre que se respete el sentido y espíritu del fallo.”. (Real Academia Española, 2020)

El artículo 50 del Convenio establece que procede recurso de interpretación cuando surge una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo. La decisión de interpretación se convierte en parte integral del laudo.

Para la interposición de este recurso ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje contemplan un plazo determinado para realizar la solicitud de aclaración.

Al igual que la rectificación, el mismo Tribunal que dictó el laudo debe resolverla; no obstante, si por imposibilidad de alguno de los árbitros no logra ser constituido nuevamente el Tribunal, podrá constituirse uno nuevo para resolver la solicitud.

En la tramitación del recurso de aclaración, el Tribunal tiene la facultad de suspender la ejecución del laudo durante la tramitación del primero.



De tal cuenta, el recurso de aclaración que contemplan las normas del CIADI, tiene lugar cuando existen diferencias de interpretación entre las partes sobre el sentido y alcance del laudo; una vez resuelta dicha solicitud, la decisión sobre interpretación pasa a ser parte integrante del laudo arbitral.

c. Revisión

El recurso de revisión es aquel que se interpone “contra los actos firmes de la administración cuando aparezcan nuevos documentos de valor esencial [...]”. (Real Academia Española, 2020)

El artículo 51 del Convenio CIADI regula lo referente al recurso de revisión, el cual procede a partir del momento en que las partes descubren algún hecho de naturaleza tal que hubiere podido influir decisivamente en el laudo, si hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte solicitante, siempre que el desconocimiento no se deba a su propia negligencia.

Este debe solicitarse dentro de los 90 días siguientes al día del descubrimiento del hecho o dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se dictó el laudo.

El mismo Tribunal que dictó el laudo debe decidir o un nuevo Tribunal, en el caso de que el primero no pueda ser constituido, pudiendo suspender la ejecución del laudo durante el procedimiento de revisión.

Como los anteriores, la decisión de este recurso se convierte en parte del laudo arbitral.

En suma, la revisión de un laudo CIADI tiene lugar cuando una de las partes tiene conocimiento de un hecho de tal relevancia que hubiese podido influir significativamente en el análisis que realizara el Tribunal en el momento de emitir su decisión. Para que esta



solicitud proceda, el desconocimiento del hecho en el momento procesal oportuno debe estar exento de negligencia del solicitante.

d. Anulación

En el derecho civil, la nulidad y la anulabilidad tienen como finalidad expresar las situaciones en las que se encuentran los actos que infringen el ordenamiento jurídico. (Beladiez Rojo, 1994)

De acuerdo con la profesora Beladiez, el acto nulo “no es otra cosa que el acto inválido”. De este modo, el acto nulo de pleno derecho es aquel que carece de valor para el derecho por incurrir en una grave infracción del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el acto anulable “es un acto que no es inválido, pero puede llegar a serlo si el perjudicado por el vicio así lo exige; en estos casos el derecho condiciona su invalidez a que la parte dañada por el vicio lo consienta”. (Beladiez Rojo, 1994, pág. 158)

Por otro lado, Araceli Miramón, indica que, conforme a la teoría clásica de las nulidades, en el acto nulo se dan los elementos de existencia del acto jurídico de modo imperfecto, por lo que este no produce efectos legales o los producirá de manera provisional, pues estos serán destruidos de manera retroactiva, cuando se determine la nulidad del acto por la autoridad judicial.

Según esta tesis, los actos nulos son absolutos o de pleno derecho, y relativos o anulables:

- La nulidad absoluta o de pleno derecho se origina con el nacimiento del acto, cuando este va en contra de una norma que integra el orden público. El acto nulo absoluto es asimilado al inexistente, por ello, se sostiene que no produce ningún efecto legal.



- En la nulidad relativa o anulabilidad, al igual que en la absoluta, el acto nace viciado, pero produce plenamente sus efectos jurídicos, los cuales se anularán una vez que el juez declare la nulidad. (Miramón Parra, 2011, pág. 76)

La nulidad es un vicio o defecto de fondo y de forma que deja sin valor o eficacia a un acto o contrato. La ley señala ciertos requisitos y formalidades para la celebración de dichos actos jurídicos, con la finalidad de rodearlos de garantías que aseguren su seriedad. Si no se cumplen estos requisitos la misma ley sanciona al acto o contrato con su nulidad. (Escobar Fornos, 1996)

En consecuencia, un acto jurídico es susceptible de ser nulo de pleno derecho o de ser anulado por una autoridad competente. En el caso de la nulidad absoluta, esta surge como resultado de la falta de requisitos de validez del acto o por ser este contrario al orden público; mientras que la anulabilidad deviene de un acto jurídico válido, pero que adolece de vicios que deben ser analizados por la autoridad competente para que esta determine su validez o la anulabilidad de este, dejándolo sin efectos jurídicos.

En lo que respecta a laudos arbitrales, Allan Redfern expone que el objetivo de recurrir un laudo es que el tribunal que conozca el recurso modifique alguno de sus aspectos o que declare que debe ser dejado sin efecto (es decir “anulado”) en todo o en parte. Si el Tribunal en cuestión anula o deja sin efecto el laudo, por lo general, este se tendrá por nulo y, por lo tanto, no será ejecutable ni por los tribunales del lugar de arbitraje ni por los tribunales nacionales de cualquier otro país. (Redfern A. , Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006)

La anulación dentro del proceso de arbitraje del CIADI es un recurso de carácter excepcional que opera como salvaguarda contra la violación de principios fundamentales del derecho relacionados con el proceso. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, s/f.)



El artículo 52 del Convenio CIADI contempla cinco causales por las cuales las partes pueden solicitar la anulación total o parcial de un laudo:

- Constitución incorrecta del Tribunal
- Extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades
- Corrupción de algún miembro del Tribunal
- Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento
- Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Al respecto, Lozada Pimiento indica que las causales de anulación no se refieren a los méritos de la controversia, sino a la integridad del tribunal, a determinar si las garantías procesales básicas fueron observadas por este o no. En ese sentido, Lucy Reed explica que, “el sistema de anulación está diseñado para salvaguardar la integridad, no el resultado del procedimiento arbitral CIADI” (Reed, Paulsson, & Blackaby, 2011, pág. 162)

En consecuencia, con el recurso de anulación no se pretende modificar o confirmar el laudo arbitral, sino determinar si el tribunal incurrió o no en causales de anulación, no se trata de una revisión de fondo, sino de forma de las actuaciones del tribunal arbitral, exclusivamente. Si se tratara de una revisión de fondo, la definitividad que se pretende con el laudo CIADI se desvanecería.

La solicitud de anulación debe ser realizada dentro de los 120 días de dictado el laudo. En el caso de que la causa fuera corrupción, el numeral (2) del mismo Artículo , dispone que el plazo se extenderá 120 días desde el descubrimiento del hecho y 3 años siguientes a la fecha en que se dictó el laudo.

Al igual que los procesos anteriores, durante la tramitación del proceso de anulación, la ejecución del laudo podrá ser suspendida. Si el Comité Ad hoc ya ha sido constituido, será este quien declare la suspensión; de lo contrario, deberá realizarlo, provisionalmente, el secretario general.



De conformidad con la Regla 55 de Arbitraje, si el Comité Ad hoc considera que existen motivos de anulación, podrá anular total o parcialmente el laudo.

En consecuencia, el recurso de anulación de laudos arbitrales CIADI pretende que un tribunal competente analice dicha resolución y determine si adolece o no de vicios que ameriten la declaración de anulación total o parcial.

La impugnación del laudo no permite que el tribunal revise el fondo de la disputa o la aplicación del derecho realizada por el tribunal arbitral. En ese sentido se pronunció un tribunal de justicia español:

La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones [...]. (Recurso de casación , 2009)

El recurso de anulación fue diseñado con el propósito de dotar al sistema de un alcance limitado de revisión, para que lo salvaguardara de una violación a los principios fundamentales del derecho que gobiernan los procedimientos del Tribunal. Este se ha caracterizado por referirse a errores procesales cometidos en la resolución del caso, en lugar de un examen sobre el fondo del laudo. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2016)



Respecto a las limitaciones del recurso de anulación y del Comité *ad hoc* del CIADI, estos han establecido que:

(1) las causales enumeradas en el artículo 52(1) son las únicas causales por las cuales puede anularse un laudo; (2) la anulación es un recurso excepcional y restringido, y el papel de un Comité *ad hoc* es limitado; (3) los Comités *ad hoc* no son tribunales de apelación, la anulación no es un recurso contra una decisión incorrecta, y un Comité *ad hoc* no puede remplazar la decisión del Tribunal sobre el fondo de la cuestión con su propia decisión; (4) los Comités *ad hoc* deben emplear su discreción para no frustrar el objeto y propósito del recurso ni erosionar la fuerza vinculante y el carácter definitivo de los laudos; (5) el artículo 52 debe interpretarse de conformidad con su objeto y propósito, es decir ni de forma restringida ni de forma amplia; y (6) la autoridad de un Comité *ad hoc* de anular un laudo se circunscribe a las causales del artículo 52 especificadas en la solicitud de anulación, aunque un Comité *ad hoc* tiene discrecionalidad En relación con la extensión de la anulación; es decir, que sea total o parcial. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2016)

En suma, el recurso de anulación, de conformidad con la normativa CIADI, tiene como propósito que la o las partes interesadas soliciten que un órgano colegiado distinto, del mismo nivel que el tribunal arbitral, revise las actuaciones de este, en virtud que la validez del laudo es dudosa por casusa de: incorrecta constitución del Tribunal, extralimitación del Tribunal en sus funciones, corrupción de algún miembro del Tribunal, violación de grave de una norma procesal o que el Tribunal no fundamento los motivos de su resolución.

El Comité *ad hoc* no tiene facultades para conocer el fondo del asunto y corregir la resolución original, su función se circunscribe a denegar la solicitud de anulación o a declararla con lugar, anular total o parcialmente el laudo, lo que significa que la parte del laudo que fuere anulada pierde todos sus efectos jurídicos, incluyendo el de cosa juzgada

y el asunto anulado puede ser sometido nuevamente al conocimiento de un nuevo Tribunal arbitral.

De tal cuenta, en la medida en la que el laudo anulado es remitido para su decisión a un nuevo Tribunal, el proceder de la Comisión en este sentido se asemeja a sistemas de reenvío como el de la Cour de Cassation francesa⁵⁵, en el que el caso a ser resuelto es enviado a un juez distinto del mismo nivel y especialidad, quien toma la decisión definitiva sobre el asunto. La Comisión ad hoc de anulación invalida la actuación del tribunal original y abre la puerta a que un tribunal distinto decida ex novo⁵⁶ sobre las cuestiones que han sido anuladas. (Lozada Pimiento, 2016)

En el caso de Guatemala, el recurso de anulación se asemeja al de casación. Tal como explica el juez Pedro Amílcar López Cano, la casación es un recurso extraordinario contra las sentencias o autos definitivos de segunda instancia no consentidos expresamente por las partes que terminen los juicios ordinarios de mayor cuantía, dictadas contra la ley o doctrina admitida por la jurisprudencia, o faltando a los tramites substanciales y necesarios de los juicios; para que, declarándolas nulas y de ningún valor jurídico, vuelvan a dictarse, aplicando o interpretando la ley o doctrina legal quebrantada, o bien, observando los trámites omitidos en el juicio. “El más alto tribunal no juzga el litigio, sino la sentencia [...]” (López Cano, 2016, pág. 1)

Agrega que la Corte de Casación no puede revisar la sentencia del tribunal, sino por los motivos que el recurrente invoque y por las razones que exponga, aun cuando la encuentre por otros aspectos reñida con la ley o la justicia o el procedimiento ni puede modificar la apreciación de los hechos a pesar de que considere que la del Tribunal no es la mejor ni más lógica y que, como juez de instancia, podría proferir otra sentencia que cambiara las conclusiones del fallo.

⁵⁵ . Código de Procedimiento Civil francés, art. 626: “En caso de casación, el asunto será reenviado, salvo disposición en contrario, ante otra jurisdicción de la misma naturaleza que aquella de quien emanó la sentencia o decisión casada o ante la misma jurisdicción compuesta por otros magistrados.” [Traducción. libre].

⁵⁶ En español: “de nuevo”.



A diferencia de la casación, el Comité Ad hoc en el recurso de anulación del laudo no es de mayor jerarquía que el Tribunal Arbitral, sino de esta. Además, el Comité Ad hoc, al declarar la nulidad del laudo no procede también a fallar conforme a derecho, como sí sucede en la casación de fondo, de conformidad con el artículo 630 del Decreto Ley Número 107, Código Procesal Civil y Mercantil sobre los efectos de la casación de fondo. El Comité Ad hoc únicamente tiene la facultad de declarar improcedente el recurso de anulación o, por el contrario, resolver con lugar la nulidad total o parcial del laudo, conforme a las causales alegadas por la parte interesada.

Más bien, los efectos del recurso de anulación del CIADI son semejantes a los de la casación de forma. El artículo 631 del Código Procesal Civil y Mercantil establece sobre los efectos de la casación de forma que, una vez declarada la infracción por el Tribunal, este casará la resolución y anulará lo actuado desde que se cometió la falta, remitiendo los autos a donde corresponda para que se sustancien y resuelvan con arreglo a la ley. De igual forma, en el recurso de anulación el Comité Ad hoc únicamente está facultado para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causales determinadas en el artículo 52 del Convenio del CIADI.

Consecuentemente, la anulación es similar a la casación de forma por cuanto se trata de un proceso extraordinario que pretende salvaguardar la seguridad jurídica en la aplicación de justicia en casos concretos, así como porque busca reparar errores cometidos por el Tribunal Arbitral en la resolución precedente, pero no resolviendo o juzgando el fondo del asunto, sino determinando si es procedente o no la declaración de nulidad del laudo.

En caso de una declaración de nulidad el laudo pierde en todo o en parte su validez y efectos jurídicos, lo cual faculta, como se verá en el siguiente apartado, a cualquiera de las partes controvertidas a requerir que un nuevo tribunal, del mismo nivel y especialidad que el anterior, analice de nuevo la totalidad o parte del conflicto.



4.3.2.4. Nueva sumisión

El *Diccionario de la Real Academia Española*, define sumisión como el sometimiento de alguien a otra u otras personas. La misma fuente refiere que someter significa encomendar a alguien la resolución de un negocio o litigio.

Desde un enfoque jurídico, la sumisión de un asunto es concebida como el acuerdo de voluntades, según el cual las partes deciden qué órgano es territorialmente competente para dirimir su controversia. (Real Academia Española, 2020)

Por su parte, Guillermo Cabanellas define el término sumisión como el acatamiento, subordinación y aceptación de una autoridad, orden o situación. Así también indica que, por el acto de sumisión, se admite la jurisdicción o poder de una persona que, de acuerdo con derecho, ejerce tal potestad.

De tal cuenta, la sumisión de un asunto puede ser comprendida como al acto por medio del cual las partes de una controversia confían la resolución de esta al juicio de una autoridad judicial, administrativa o alternativa.

En lo que respecta al proceso de arbitraje, tal como se apuntó en el Capítulo I del presente documento, el sometimiento a este se encuentra contenido en el acuerdo arbitral. Así, el artículo 4, del Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, define acuerdo de arbitraje como “aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”

Sobre el alcance del arbitraje bajo las normas del CIADI, el artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados establece que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un



Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante, siempre que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

En consecuencia, la sumisión de un asunto ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones significa que las partes; es decir, un inversionista extranjero y un Estado anfitrión, acuerdan por escrito, confiar la resolución de una controversia jurídica, presente o futura, sobre una inversión extranjera protegida por un acuerdo internacional de inversión, a la decisión de un tribunal arbitral constituido bajo las normas CIADI.

Derivado del sometimiento referido, las controversias sobre inversiones son resueltas mediante el proceso de arbitraje contenido en el Convenio y Reglas de Arbitraje del CIADI. Como se anotó, una vez emitido el laudo arbitral, las partes quedan facultadas para interponer los recursos que el Convenio contempla, incluyendo el de anulación, el cual puede derivar en la declaración de nulidad total o parcial del laudo.

Como consecuencia inmediata del proceso de anulación, el artículo 52.6 del Convenio CIADI establece que cualquiera de las partes del proceso puede solicitar que el laudo (cuando se trata de una anulación total) o la porción de este que ha quedado sin validez (cuando se trata de una anulación parcial), sea conocido y resuelto por un nuevo tribunal arbitral. Es decir que, cuando un laudo es anulado total o parcialmente, las partes tienen derecho de que este sea conocido por un nuevo tribunal arbitral, a lo que CIADI denomina “nueva sumisión”.

Pese a la inexistencia de definición o estudios sobre la nueva sumisión en mención, en el contexto de las consecuencias del recurso de anulación el CIADI ha establecido lo siguiente:

El efecto que produce la anulación es que el laudo o la parte anulada del laudo pasa a ser inválido, lo cual implica que se pierde el carácter vinculante de la parte



anulada del laudo. Sin embargo, la decisión sobre la anulación no reemplaza al laudo ni sustituye ninguno de los motivos en que se funde el laudo. Una de las partes puede solicitar que se someta la diferencia ante un nuevo Tribunal, a fin de obtener un nuevo laudo relativo a la misma diferencia luego de la anulación del laudo original. Cualquiera de las partes podrá iniciar este procedimiento mediante la presentación de una solicitud a tal efecto que identifique el laudo de que se trata y explique en detalle qué aspectos de la diferencia han de someterse al nuevo Tribunal. El nuevo Tribunal se constituirá con el mismo método que el Tribunal original, y no está sujeto al razonamiento del Comité ad hoc. Sí lo está; sin embargo, para aquellas porciones del laudo original que no fueron anuladas, en los casos de anulaciones parciales. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2016)

Asimismo, José Carlos Fernández Rozas, indica:

Ante una decisión de anulación positiva, no cabe otra opción que recurrir a un nuevo arbitraje y comenzar desde el principio, ya que la decisión de anulación jamás supone revisión ni reforma del contenido dispositivo del laudo, solo su desaparición total o parcial. (Fernández Rozas, 2011, pág. 44)

En consecuencia, la nueva sumisión, es el procedimiento en virtud del cual, ante la existencia de un laudo que ha sido anulado total o parcialmente, la o las partes, vuelven a presentar su controversia sobre la totalidad o la parte del laudo que ha sido previamente declarado nulo. En virtud que la resolución de anulación conlleva una declaración de invalidez de la resolución original, el asunto -en la proporción que corresponda- ha sido despojado del carácter de definitividad, por lo que la nueva sumisión permite a las partes interesadas, acudir nuevamente a la justicia arbitral para que esta, a través de un nuevo tribunal, resuelva la controversia que aún no ha podido ser resuelta y de esta manera llene el vacío que la resolución de nulidad ha dejado sin resolver.



El Convenio CIADI establece que, de someterse la decisión anulada a un nuevo tribunal, este deberá ser constituido de la misma manera que un Tribunal arbitral que conocería un caso nuevo. Es decir que, al iniciarse una nueva sumisión, deben observarse todas las reglas procesales aplicables, como si se tratará de un caso que será conocido por primera vez.

Lo anterior quiere decir que con la nueva sumisión de un asunto se pretende que este sea analizado y resuelto por segunda vez por un tribunal arbitral distinto al que emitió el laudo que adolece de nulidad, en virtud de haber perdido definitividad por lo resuelto en anulación.

Dicha solicitud no está sujeta a plazo alguno ni en el Convenio ni en las Reglas de Arbitraje; tampoco contempla ningún límite de veces en las que un mismo caso puede volverse a someter a arbitraje.

Esta falta de regulación, en cuanto al plazo para su presentación, provoca de manera indubitable que las controversias resulten en un círculo vicioso sin fin, disminuyendo así la confianza de los Estados sobre el sistema que ofrece el CIADI, para la resolución de controversias relativas a inversiones.

Aunado a lo anterior, Fernández Rozas explica que, en la práctica ha habido casos en los que después de la decisión del Comité ad hoc se ha instituido un segundo tribunal arbitral cuyo laudo también ha sido sometido a un segundo Comité ad hoc. Ello ha generado preocupación sobre el efecto negativo que puede ocasionar el uso habitual del recurso de anulación en la efectividad del sistema del CIADI, pudiendo llegar a afectar incluso a la legitimidad sistémica de la Convención del CIADI. (Fernández Rozas, 2011)

Como se mencionó, la nueva sumisión de un asunto es consecuencia directa de la nulidad total o parcial de un laudo, por lo que es parte de la problemática referida por Fernández Rozas, a lo que se suma la carencia del requisito temporal para que las partes soliciten al CIADI que el asunto anulado sea analizado por un segundo tribunal arbitral.



No obstante, y pese a que los laudos CIADO son “definitivos”, si luego de haber sido interpuesto el recurso “extraordinario” de anulación, así como de la declaración de nulidad de un laudo, las partes no tuvieran la oportunidad de someter a conocimiento de un nuevo tribunal arbitral el asunto, quedaría un vacío en la administración de justicia que, sin lugar a duda, significaría una vulneración al debido proceso y justicia.

Por ende, la nueva sumisión o el sometimiento de un asunto anulado al examen de un nuevo Tribunal arbitral es necesaria para completar el proceso de administración de justicia que la declaración de nulidad del asunto interrumpe para subsanar errores graves de procedimiento que afectan a las partes de la disputa, de modo que la legitimidad del laudo no sea puesta en duda al culminar el ejercicio de conocimiento del asunto.

Sin embargo, debido a que las reglas aplicables a un procedimiento de arbitraje bajo las normas CIADI aplican *mutatis mutandis* a un proceso de nueva sumisión, de conformidad con la Regla 55 (4), el CIADI omitió hacer referencia al plazo dentro del cual la parte interesada debe requerir al Secretario el conocimiento del asunto anulado por un segundo Tribunal arbitral, lo que impide para los usuarios del sistema, especialmente para los Estados, tener plena certeza al respecto, en virtud que, luego de una anulación de laudo, en cualquier momento, sin importar el tiempo transcurrido, cualquiera de las partes puede solicitar al Secretario del CIADI la nueva sumisión del asunto, sin que este pueda negar el registro de esta por extemporaneidad.

En consecuencia, como se expondrá en el siguiente Capítulo, existe una necesidad evidente de subsanar dicha falencia, estableciendo un plazo o un mecanismo para la determinación del plazo dentro del cual las partes pueden solicitar la nueva sumisión de un asunto que sufrió anulación total o parcial del laudo respectivo.



4.3.2.5. Reconocimiento y ejecución de laudos

Los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI establecen el tratamiento que los Estados Contratantes deben brindar a los laudos dictados por los tribunales arbitrales.

En ese sentido, un laudo será de carácter obligatorio para las partes, debiendo estas cumplirlos de buena fe. Lo anterior significa que dichas resoluciones arbitrales recibirán el tratamiento que recibiría cualquier sentencia firme emanada de tribunales locales.

Asimismo, los Estados contratantes del Convenio CIADI reconocen que las obligaciones pecuniarias impuestas por medio laudos dictados por tribunales arbitrales constituidos conforme las Normas CIADI pueden ser ejecutados en cualquiera de los Estados Contratantes.

En ese sentido, los tribunales locales procederán para la ejecución de los laudos, con base en una copia certificada del laudo, y no podrán revisar el fondo.

Finalmente, los Estados Contratantes reconocen que el incumplimiento del laudo arbitral constituye una violación del Convenio del CIADI y puede dar lugar a una diferencia entre Estados ante la Corte Internacional de Justicia.

4.3.2.6. Formas alternativas de finalizar el arbitraje

La forma tradicional de finalizar un proceso arbitral es por medio de la emisión de un laudo; sin embargo, dicho procedimiento también puede culminar por las siguientes razones:

a. Objeciones preliminares

Mediante estas, la parte demandada puede oponerse a la jurisdicción del tribunal arbitral, así como a la admisibilidad de las reclamaciones presentadas por la demandante, de modo que el caso sea desechado de inicio, sin entrar a conocer el fondo de este.

De tal cuenta, el artículo 41 del Convenio CIADI establece que:

Toda alegación de una parte de que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

De acuerdo con la Regla 41 de Arbitraje, la parte que oponga la excepción deberá presentársela al secretario general a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación.

En cuanto se oponga formalmente una excepción relativa a la diferencia, el Tribunal podrá decidir suspender el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. Además, podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar (bifurcando el proceso) o juntamente con el fondo de la diferencia (con la emisión del laudo). Si el Tribunal decidiera rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales.

Finalmente, la misma norma establece que, si el Tribunal decidiera que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto.



b. Acuerdos entre las partes

Las reglas de arbitraje de CIADI facultan a las partes para que, en forma paralela al proceso o suspendiendo este, puedan sostener una negociación que les permita llegar a un acuerdo y finalizar la controversia por mutuo acuerdo.

En ese sentido, específicamente la Regla 43 de Arbitraje establece que, si las partes alcanzan un acuerdo sobre la controversia o deciden poner fin al procedimiento, antes de que se dicte el laudo, el Tribunal arbitral, a solicitud escrita de las partes, dejará constancia en una resolución de la terminación del procedimiento.

Lo anterior significa que la amigable composición continúa estando disponible para las partes en disputa en cualquier momento del procedimiento arbitral, siempre que sea antes de la emisión del laudo.

c. Rebeldía

De conformidad con la Regla 42 de Arbitraje, si una de las partes no comparece al proceso o deja de ejercer sus derechos en cualquier etapa de este, la otra parte puede requerir que el proceso siga su curso y dicte el laudo. Sin embargo, previo a emitir su resolución final el Tribunal podrá conceder a quien no haya comparecido, un periodo de gracia para que se pronuncie. El periodo en mención no excederá de 60 días, sin el consentimiento de la otra parte.

Como en cualquier proceso contencioso la rebeldía de una parte no implica aceptación de los hechos ni allanamiento a las pretensiones de la otra parte, pero sí que el proceso se sustente exclusivamente de los argumentos y pruebas de la parte activa dentro del proceso, sin que el rebelde ejercite su derecho de defensa.

d. Terminación a solicitud de una de las partes

Cualquiera de las partes posee la facultad de solicitar que se finalice el arbitraje, en ese sentido el Tribunal o autoridad nominadora otorga a la otra parte la posibilidad que se pronuncie al respecto.

Al respecto, la Regla 44 de Arbitraje establece que, si una de las partes solicita que se ponga término al procedimiento, el Tribunal fijará mediante resolución, el plazo dentro del cual la otra parte podrá oponerse a la terminación. Si no se formula objeción alguna por escrito dentro del plazo fijado, se presumirá que la otra parte ha consentido en la terminación y el Tribunal dejará constancia, en una resolución, de la terminación del procedimiento. Si se formula una objeción se continuará el procedimiento.

e. Terminación por abandono de la instancia

Si en el transcurso del tiempo establecido en el instrumento o reglas de arbitraje las partes dejaran de actuar, el Tribunal o autoridad nominadora puede dar por finalizado el proceso, brindando la oportunidad a las partes para que se pronuncien.

Este escenario se encuentra previsto en la Regla 44 de Arbitraje, la cual dispone que, si las partes dejan de intervenir en el procedimiento durante seis meses consecutivos u otro plazo que puedan acordar, con aprobación del Tribunal, se entenderá que las partes han puesto término al procedimiento, y el Tribunal, previa notificación a las partes, dejará constancia en una resolución de dicha terminación.

f. Terminación por falta de pago

Si en el plazo establecido para realizar el pago una de las partes dejare de realizar el pago se puede dar por finalizado el arbitraje, brindando la oportunidad a que la otra parte se manifieste.



El Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI establece en la Regla 14 lo relativo a los costos de cada procedimiento, indicando que cada parte del procedimiento (demandante y demandado) abonará la mitad de cada pago adelantado o suplementario al Centro, sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de costas que emita el Tribunal arbitral. Todos los adelantos y cargos deberán pagarse en el lugar y en las monedas especificadas por el secretario general, tan pronto él lo requiera.

Sin embargo, en caso de incumplimiento en los pagos, la misma norma establece que, si las cantidades solicitadas no se pagasen en su totalidad dentro de 30 días siguientes a la solicitud, el secretario general informará acerca de la omisión a ambas partes y dará a cada una de ellas una oportunidad para que efectúe el pago requerido. En cualquier momento después de 15 días de que se haya enviado tal información, el secretario general podrá proponer al Tribunal la suspensión del procedimiento.

Si por falta de pago un procedimiento se suspendiera por un período de más de seis meses consecutivos, el secretario general después de notificar a las partes y, en lo posible, de consultar con ellas, podrá proponer que el organismo competente ponga fin al procedimiento.

4.3.2.7. Particularidades del arbitraje de inversión

El arbitraje de inversión reviste una serie de peculiaridades que merece la pena mencionar:

- a. Muchlinski y Sornarajah (como se citó en Procuraduría General del Estado del Ecuador, 2016) afirman que, en una controversia entre un inversor y un Estado, sea el propio gobierno central o entidades subnacionales, este participa en calidad de Estado soberano demandado. (Procuraduría General del Estado del Ecuador, 2016)

Lo cual quiere decir que la controversia puede surgir a causa de medidas o actos adoptados en niveles inferiores del gobierno o por organismos públicos que, aunque no hayan suscrito los Acuerdos Internacionales de Inversión, deben respetar sus disposiciones.

- b. Las partes son distintas a las de otros tipos de arbitraje en que ambas son entidades mercantiles, como en el arbitraje comercial; o en el que ambas partes son Estados, como en las controversias Estado-Estado.

En el arbitraje de inversión necesariamente una parte es un inversionista nacional de un Estado que suscribió con la otra parte, un Estado receptor de inversión extranjera, alguna modalidad de acuerdo internacional de inversión.

- c. El derecho aplicable es específico, ya que la controversia se rige por el derecho internacional y se basa en la violación de un instrumento internacional; es decir, un acuerdo internacional de inversión, en la modalidad de que se trate.
- d. Las sumas reclamadas por daños en estas controversias son multimillonarias, por lo que constituyen una carga considerable para el Estado receptor de la inversión.

4.3.2.8. Críticas al arbitraje de inversiones

En 2014, el Subcomité de Arbitraje del Tratado de Inversión de la International Bar Association -IBA- realizó una encuesta para comprender el aumento a las críticas relacionadas con el arbitraje de tratados de inversión y la medida en que tales críticas estaban justificadas y justificaban una reforma. (International Bar Association, 2018).

La encuesta contenía 51 preguntas, cubriendo una amplia variedad de temas, reflejando la práctica y experiencia de los usuarios de arbitraje inversor-Estado.



En consecuencia, en mayo de 2016 la IBA publicó los resultados de la encuesta, la cual recibió aportes de 109 individuos del medio del arbitraje de inversión (árbitros, secretarios de Tribunal, abogados, expertos, académicos, entre otros). (International Bar Association, 2016).

Los principales hallazgos de la encuesta, que se resumen en el Informe 2016, se exponen a continuación:

- a. Más de la mitad de los encuestados expresaron cierta preocupación con respecto a la inconsistencia entre las decisiones arbitrales en el arbitraje de tratados de inversión, considerando que un mecanismo de apelación para el tratado de inversión podría abordar esa preocupación.
- b. La mayoría expresó cierta preocupación por la desconfianza que las partes pueden sentir en la capacidad de las instituciones arbitrales para nombrar buenos árbitros. Esta desconfianza puede ser aumentada por la ausencia de prácticas de divulgación en todo el sistema y las variaciones entre instituciones políticas de nombramiento.
- c. Una proporción abrumadora de los encuestados consideró el hecho de que ciertos árbitros que habían sido nombrados previamente por la misma parte o el mismo bufete de abogados en una disputa particular debería ser reportado a los otros miembros del tribunal y las contrapartes en un tratado de arbitraje de inversión.
- d. La mayoría de los encuestados consideraron que el CIADI necesita realizar reformas respecto de las impugnaciones contra los árbitros, lo que no sucedió respecto a la Comisión de las Naciones Unidas para Reglamento de la Ley de Comercio.

- e. Un número abrumador de encuestados apoyó un código de conducta para los árbitros en el arbitraje de tratados de inversión.
- f. La mayoría de los encuestados expresó significativa preocupación por los honorarios de abogados y honorarios de expertos, y en menor medida, se expresó preocupación acerca de Honorarios del árbitro.
- g. La mayoría de los encuestados indicaron alguna preocupación sobre el tribunal paralelo y procedimientos de arbitraje de la misma parte contra el mismo Estado, o de partes relacionadas contra el mismo Estado.
- h. La mayoría de los encuestados estaban significativamente preocupados con la evaluación de daños. La mayoría pensó que los tribunales están razonablemente equipados para cuantificar los daños, pero hubo un fuerte apoyo para el uso de expertos en daños designados por el tribunal.
- i. Poco menos de la mitad de los encuestados pensó que la financiación de terceros era una preocupación en un Tratado de inversión arbitral.
- j. La mayoría de los encuestados consideró que la seguridad de los costos debe estar disponible para las partes ante reclamaciones financiadas por terceros.

Respecto de las críticas al arbitraje de inversión y la necesidad de reforma evidente, no debe olvidarse que el derecho internacional de inversiones surgió en su forma actual en 1959, cuando Alemania y Pakistán adoptaron un acuerdo bilateral, que entró en vigor en 1962; el CIADI no se estableció hasta 1965; y la jurisprudencia en la materia de derecho internacional de las inversiones no comenzó a tomar forma hasta principios de la década de 1990. Si bien puede parecer que la ley de inversiones ofrece menos certeza que muchas áreas, esto es, en parte, un producto del hecho de que esta rama del derecho aún se encuentra en proceso de formación. (International Bar Association, 2018).



No obstante, un sistema legal es consistente cuando produce soluciones coherentes. La consistencia engendra previsibilidad, contribuyendo así a la credibilidad y legitimidad del sistema. A la inversa, un sistema de disputas donde los casos comparables producen resultados contradictorios que son impredecibles, aumenta las disputas y sus costos asociados.

Por ende, los principales centros de administración de arbitraje de inversión iniciaron un proceso de reformas estructurales, así en 2016, por ejemplo, CIADI dio inicio al proceso de reformas de sus reglas y reglamentos.

4.3.2.9. Proceso de enmiendas a las reglas procesales de arbitraje

Las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, o como comúnmente se les conoce, las Reglas de Arbitraje, han sufrido a la fecha 4 procedimientos de reforma y el quinto que se encuentra actualmente desarrollándose.

Fue en 1984 que las Reglas y Reglamentos del CIADI se enmendaron por primera vez, luego fueron reformadas en 2002, para volver a sufrir modificaciones en 2006 y 2010.

En octubre de 2016, el CIADI dio inicio al actual proceso de enmienda mediante una invitación a los Estados Miembros para que enviaran sus sugerencias sobre temas o asuntos que ameritaran consideración.

En enero de 2017, el CIADI envió una invitación similar al público en general para que formulara sugerencias relativas a las enmiendas de las reglas.

Tras los comentarios recibidos, el 3 de agosto de 2018, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones publicó una serie de propuestas de cambio con el fin de modernizar sus reglas para la resolución de diferencias entre inversionistas extranjeros y Estados.



Asimismo, invitó a los inversionistas y a los Estados Contratantes a remitir sus comentarios respecto de las modificaciones propuestas, así como a participar en septiembre de 2018, de la primera ronda de reuniones de representantes de Estados Miembros sobre las referidas enmiendas.

Tras finalizar dicha reunión, se acordó que los Estados enviarían sus observaciones por escrito antes del 28 de diciembre de 2018, de modo que la Secretaría General condensara las observaciones de todos y sobre estas trabajara en una segunda propuesta de enmiendas, la cual fue presentada en una segunda ronda de reuniones en abril de 2019.

Tal como dispone el artículo 66 del Convenio CIADI, las enmiendas a las reglas del Centro requieren de la aprobación de dos tercios de los Estados Miembros, por lo que una vez culminado el proceso de elaboración del documento de enmiendas corresponderá la votación por parte de los Estados.

a. Principales reglamentos en proceso de reforma

a.1. Reglamento Administrativo y Financiero

Instrumento mediante el cual se regulan los procedimientos del órgano de gobierno del CIADI, el Consejo Administrativo; las funciones del Secretariado del CIADI; y los aspectos financieros del Centro y de los casos que este administra. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2018).

a.2. Reglas de Iniciación

Estas reglas regulan la iniciación del arbitraje y la conciliación al amparo del Convenio del CIADI. Son aplicables al período comprendido entre la presentación de una solicitud de arbitraje o conciliación y el envío de la notificación de registro.



a.3. Reglas de Arbitraje y Conciliación al amparo del Convenio del CIADI

Las reglas procesales aplicables al arbitraje y la conciliación al amparo del Convenio del CIADI pueden ser utilizadas para el arreglo de diferencias entre un Estado Contratante del CIADI y nacionales de otro Estado Contratante.

a.4. Arbitraje y Conciliación al amparo del Mecanismo Complementario del CIADI

Las reglas del Mecanismo Complementario para el arbitraje y conciliación son en muchos sentidos las mismas que aquellas del Convenio del CIADI, aunque presentan requisitos jurisdiccionales diferentes.

En la actualidad, pueden ser utilizadas entre un Estado Contratante del CIADI o un nacional de dicho Estado, y un Estado no Contratante.

b. Principales propuestas de modificación

Los objetivos primordiales de las enmiendas son modernizar, simplificar y agilizar las Reglas, utilizando la tecnología de la información para reducir la huella ambiental de los procedimientos del CIADI. Entre las principales propuestas de modificación que se proponen, destacan:

- Adopción de medidas amigables con el medio ambiente
- Revelación de financiamiento por terceros
- Inclusión del capítulo V, actuaciones iniciales e inclusión de garantía
- Limitación del alcance de los escritos de réplica y dúplica
- Inclusión de la posibilidad de que la solicitud de arbitraje pueda ser utilizado como memorial de demanda y
- Posibilidad de que el árbitro recusado pueda seguir conocimiento el proceso y que exista la posibilidad de retrotraer el procedimiento al ser este recusado finalmente.



CAPÍTULO V

5. Guatemala y el límite a la nueva sumisión

Derivado de la política de atracción de inversión extranjera adoptada por Guatemala a partir de la suscripción de acuerdos internacionales de inversión, a finales de los años 90, los cuales fueron referidos en el Capítulo III de este trabajo, el Estado se adentró en el mundo del derecho en cuanto a las inversiones extranjeras, dando como resultado que inversionistas extranjeros invirtieran su capital en el país.

Guatemala suscribió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados el 9 de noviembre de 1995 y depositó el instrumento de ratificación el 21 de enero de 2003, por lo que este entró en vigor para el Estado de Guatemala a partir del 20 de febrero de 2003. (CIADI, 2019).

5.1. Guatemala como demandada en casos administrados por el CIADI

En el Capítulo III, quedó apuntado que las relaciones entre Estados receptores e inversionistas extranjeros se encuentran reguladas por acuerdos internacionales de inversión que contemplan estándares de protección a las inversiones, así como los procesos a los cuales las partes se someten para la resolución de sus disputas, dentro de los cuales ha destacado el arbitraje de inversión.

De tal cuenta, en el año 2007, Guatemala enfrentó por primera vez el hecho de que un inversionista extranjero hiciera uso del derecho que le otorgaba el Acuerdo de Inversión Internacional, contenido en el capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América, al iniciar un proceso de arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.



A la fecha, CIADI ha registrado 4 procesos de arbitraje de los que Guatemala ha sido y es parte, además de 1 rectificación y decisión suplementaria, 2 anulaciones y 1 solicitud de nueva sumisión: (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019, s/f.)

5.1.1. Caso CIADI No. ARB/07/23 Railroad Development Corporation c. República de Guatemala

En 1996, con la finalidad de restablecer el funcionamiento del sistema ferroviario nacional, Guatemala inició un proceso de privatización de los activos de Ferrocarriles de Guatemala -FEGUA-⁵⁷, por lo que en febrero del siguiente año fue publicada la invitación para participar en el proceso de licitación pública internacional del contrato de usufructo oneroso de transporte ferroviario en Guatemala. De tal cuenta y luego de ser analizadas las ofertas recibidas, en junio de 1997 la Junta de Licitación resolvió adjudicar el contrato referido a la Compañía Ferroviaria, S.A., -Ferroviás-⁵⁸, filial de Railroad Development Corporation -RDC-⁵⁹, decisión que posteriormente fue aprobada por el Interventor de Ferrocarriles de Guatemala, mediante Acuerdo de Intervención Número 007-97, de fecha 13 de junio de 1997, por lo que se convocó a la compañía ganadora a negociar y suscribir el contrato correspondiente. (Gantenbein, 2015)

De tal cuenta, fue suscrita la Escritura Pública Número 402, autorizada por el Escribano de Cámara y de Gobierno, el día 25 de noviembre de 1997, que contenía el contrato de usufructo oneroso de bienes de utilidad ferroviario propiedad de -FEGUA- para la prestación del transporte ferroviario, por el plazo de 50 años, suscrito entre el

⁵⁷ En virtud de la cancelación de la concesión otorgada a la entidad International Railways of Central America -IRCA-, el presidente Julio César Méndez Montenegro, mediante Acuerdo Gubernativo de fecha 27 de diciembre de 1968, acordó que los servicios públicos de transporte ferroviario, muellaje y demás operaciones portuarias que estuvieron a cargo de la Empresa de los Ferrocarriles Internacionales de Centro América funcionaran en lo sucesivo con el nombre Ferrocarriles de Guatemala -FEGUA-, bajo la administración directa de un gerente nombrado por el Presidente de la República. **Fuente especificada no válida.**

⁵⁸ Entidad constituida bajo las leyes de la República de Guatemala

⁵⁹ Entidad constituida bajo las leyes del Estado de Pennsylvania, Estados Unidos de Norteamérica, propietaria del 82% de acciones de Ferroviás.



Interventor de la Entidad Ferrocarriles de Guatemala y la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima. Dicho documento fue sometido a conocimiento del Congreso de la República de Guatemala, en virtud que el artículo 183 literal k) de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el presidente de la República debe someter a “consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional y los contratos y concesiones sobre servicios públicos”. El Congreso aprobó el contrato mediante Decreto Número 27-98. (Gantenbein, 2015, pág. 184)

En dicho instrumento, Ferrovías se comprometió a realizar un pago en concepto de canon anual del 5% de la facturación durante los primeros cinco años del contrato; a partir del sexto año y hasta finalizar el usufructo un porcentaje el 10% anual sobre la facturación de la usufructuaria. Además, pagaría el 10% sobre los ingresos brutos derivados de contratos realizados por otras actividades económicas de la usufructuaria en el derecho de vía, inmueble e instalaciones a su cargo como contratos de uso o arrendamiento. Por su parte, FEGUA se comprometió a depositar a favor de la concesionaria todos los ingresos derivados de uso, usufructo, servidumbres o arrendamiento de contratos vigentes. (Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, 2012).

Para materializar dicho compromiso FEGUA se obligó a constituir un fideicomiso cuyos fondos serían utilizados por la usufructuaria durante la vigencia del contrato; se utilizarían exclusivamente para la rehabilitación y modernización de la vía del sistema ferroviario, siempre y cuando no excedieran de 500 mil dólares de los Estado Unidos de Norte América. (Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, 2012).

Adicionalmente, en dicho contrato, la entidad Ferrocarriles de Guatemala se comprometió a desalojar a los invasores del derecho de vía del ferrocarril, Para efecto de que la entidad usufructuaria pudiera trabajar sin obstáculos en la rehabilitación del



sistema ferroviario en Guatemala.

Derivado de dichos compromisos, fue necesario suscribir dos contratos más. En diciembre de 1999, mediante Escritura Pública 820, autorizada por el notario Eduardo Cabrera, fue celebrado el contrato de fideicomiso de administración y pago entre Compañía Desarrolladora Ferroviaria y el Banco Agrícola Mercantil, Sociedad Anónima.

Por medio de dicho instrumento FEGUA se obligaba a transferir anualmente al fideicomiso el equivalente a 500 mil dólares por el plazo de 25 años. Como se verá adelante, tiempo después Ferrovías alegó en arbitraje que dicho contrato fue incumplido por FEGUA, en virtud de no realizar los depósitos a los cuales se comprometió. (Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, 2012).

Además de los anteriores, tras un segundo proceso de licitación adjudicado a la filial de RDC, en marzo de 1999 se suscribió el contrato de usufructo oneroso de equipo ferroviario entre FEGUA y Ferrovías de Guatemala. Dicho contrato fue autorizado por el notario Marco Cornejo, mediante Escritura Pública Número 41, a través del cual FEGUA, se obligaba a entregar el uso, reparación y mantenimiento del equipo ferroviario. Para su entrada en vigor, la cláusula 6.4 de este contemplaba la obligación de ser aprobado por el presidente de la República mediante Acuerdo Gubernativo, lo cual no sucedió, por lo que nunca entró en vigor. (Gantenbein, 2015)

En virtud de lo anterior, las mismas partes celebraron un nuevo contrato, el cual quedó plasmado en Escritura Pública Número 143⁶⁰, autorizada por la notaria Claudia Marroquín Luther, el cual fue modificado mediante Escritura Pública Número 158,

⁶⁰ Los numerales romanos IV y V De la cláusula primera de este contrato se establecen: “que mediante escritura pública número cuarenta y uno (41) (...) se celebró CONTRATO DE USUFRUCTO ONEROSO DEL EQUIPO FERROVIARIO PROPIEDAD DE FERROCARRILES DE GUATEMALA (...) V. Dicho contrato si bien fue suscrito por las partes de este, es decir Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima y Ferrocarriles de Guatemala, y, por lo tanto, tuvo plena validez, no llegó a entrar en vigencia en virtud de no haber sido aprobado por el Presidente de la República, no obstante, ser un requisito innecesario pues el Interventor de Ferrocarriles de Guatemala tiene las facultades necesarias para la suscripción de este contrato.”



autorizada por la misma notaria, el 7 de octubre del 2003. (Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, 2012).

De tal cuenta, Ferrovías restableció el servicio comercial ferroviario en 1999; no obstante, en 2005 Ferrovías inició dos arbitrajes nacionales en contra de FEGUA por incumplimiento de contrato. (Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, 2012) Así, el 17 junio de 2005, Ferrovías, amparada en la cláusula arbitral del contrato de fideicomiso referido, promovió proceso de arbitraje ante CENAC, alegando que FEGUA incumplió con las obligaciones contraídas en el contrato de fideicomiso y que a esa fecha adeudaba alrededor de dos millones y medio de dólares al fideicomiso. (Orellana, 2013)

Asimismo, la cláusula décima séptima de la Escritura 143 establecía, respecto a la solución de controversias:

I. Tanto FEGUA como la USUFRUCTUARIA conviene que todos los conflictos que surjan del presente contrato, tanto durante su vigencia como a la terminación de este, por cualquier causa, deberán ser resueltos a través del proceso de conciliación, por un conciliador nombrado por la Fundación CENAC, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIAIÓN (en adelante denominado “CENAC”); transcurridos treinta días sin llegar a un acuerdo, la controversia será resuelta mediante arbitraje de equidad. Tanto la conciliación como el arbitraje acordado en esta cláusula, serán administrados por CENAC y se llevarán a cabo de conformidad con su Reglamento de Arbitraje y Conciliación, el cual las partes contratantes aceptan desde ya en forma irrevocable. II. LA USUFRUCTUARIA manifiesta que renuncia al fuero de su domicilio, acogiéndose a lo establecido en las leyes de la República de Guatemala.

En consecuencia, el 25 de julio del mismo año, Ferrovías inició proceso de arbitraje contra FEGUA exigiendo que esta última cumpliera con las obligaciones contenidas en el contrato de usufructo oneroso de bienes de utilidad ferroviaria propiedad



de Ferrocarriles de Guatemala, aduciendo que Guatemala, a través de FEGUA, no retiró a los ocupantes ilegales del derecho de paso de las vías férreas. (Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, 2012).

Posteriormente, a requerimiento del Interventor de FEGUA, mediante Dictamen Número 205-2005 de fecha el 1 de agosto de 2005, la Procuraduría General de la Nación consideró que el contrato de usufructo oneroso de bienes de utilidad ferroviaria propiedad de Ferrocarriles de Guatemala era lesivo a los intereses del Estado y que debía buscarse dejarlo sin efecto, mediante declaratoria de lesividad u otros mecanismos adecuados.

Conforme declaración testimonial presentada en el arbitraje de inversión por Ivonne Ponce, asesora jurídica de la Procuraduría General de la Nación en el momento de suscitarse los hechos controvertidos:

El dictamen señaló, entre otras cosas, lo siguiente: (a) Que el contrato suscrito entre FEGUA y Ferrovías mediante escritura pública 41 del 23 de marzo de 1999, nunca entró en vigor por no haber sido aprobado por el Ejecutivo, y por lo tanto, no surtió efecto alguno, hecho que consta en el mismo Contrato de Usufructo; (b) Que no podía pretenderse usar la misma licitación para adjudicar contratos (el Contrato de Usufructo) entre los cuales mediaban 4 años de diferencia, debido a que las condiciones para la supuesta contratación no eran las mismas; (c) Que el proceso de licitación y el contrato derivado de este no surtieron ningún efecto; (d) Que el Contrato de Usufructo no se podía basar en la licitación anterior utilizada para el Contrato de Usufructo Oneroso celebrado entre FEGUA y Ferrovías, mediante escritura pública número 41 del 23 de marzo de 1999. (Gantenbein, 2015, pág. 191)

Según la declaración testimonial presentada por el Interventor de FEGUA en el momento de ocurridos los hechos que dieron origen a la controversia internacional, el 13 de enero del año 2006, posteriormente, al pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación, solicitó al presidente de la República declarar la lesividad del contrato de



usufructo oneroso de equipo ferroviario suscrito entre FEGUA y Ferrovías. (Gantenbein, 2015)

Acto seguido, el presidente creó una comisión de alto nivel para tratar de encontrar soluciones al conflicto; sin embargo, después de 3 meses sin alcanzar acuerdos, esta quedó disuelta. Seguidamente, el 11 de agosto de 2006, el presidente de la República, Óscar Berger, mediante Acuerdo Gubernativo 433-2006, resolvió declarar lesivo para los intereses del Estado el contrato de usufructo oneroso del equipo ferroviario contenido en la escritura pública 143, ampliada con la número 158. Dicho Acuerdo Gubernativo fue publicado el 25 de agosto de 2006. (Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, 2012)

En consecuencia, el 14 de junio de 2007, Railroad Development Corporation, presentó, al amparo del Capítulo Diez del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (con vigencia a partir del 01 de agosto de 2006), solicitud de arbitraje ante el CIADI, en su propio nombre y en nombre de la entidad Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima, propiedad mayoritaria de RDC, alegando que la declaratoria de lesividad tuvo un impacto devastador en su inversión.

Luego de dos rondas de objeciones a la jurisdicción, de las rondas de intercambios de escritos y de haberse llevado a cabo una audiencia de fondo, el Tribunal Arbitral emitió el laudo arbitral correspondiente el 29 de junio de 2012. Sin embargo, el 20 de agosto del mismo año, RDC solicitó rectificar este. Por ende, el 18 de enero de 2013, el Tribunal arbitral emitió resolución rectificando parcialmente el laudo. (Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, 2012).

Mediante este laudo, luego de un proceso de seis años, el Tribunal resolvió que el Estado de Guatemala incumplió el estándar de trato mínimo referente a la inversión de RDC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.5 del CAFTA-DR, condenándolo a pagar a la Reclamante:



a) \$6,576, 861 por sus inversiones en las Fases I y II; b) \$1,350,429 por el funcionamiento del servicio ferroviario durante un año más tras la Declaratoria de Lesividad, que permitió el cierre ordenado del servicio ferroviario; y c) el 82% (el porcentaje de las acciones en [FERROVÍAS] propiedad del Reclamante) de \$6,818,865 (\$5,591,469.30) –el [Valor Presente Neto] de los arrendamientos inmobiliarios existentes calculados en función de su restante vida útil en la fecha de la Declaratoria de Lesividad- menos el 82% de los alquileres pagados a [FERROVÍAS] en el marco de dichos arrendamientos con posterioridad a la Declaratoria de Lesividad y hasta la fecha de pago por la Demandada de la compensación aquí prevista. Dado que en este momento el Tribunal no puede determinar cuándo la Demanda satisfará el laudo, habrá necesidad de realizar un cálculo final de dicho importe. 3. Que, contra el pago de la compensación establecida en este laudo, el Reclamante perderá y renunciará a todos sus derechos en los Contratos de Usufructo y transmitirá a la Demandada las acciones de las que el Reclamante es titular en [FERROVÍAS]. 4. Que el importe de la compensación prevista en este laudo devengará un interés compuesto a una tasa equivalente a seis meses LIBOR más dos puntos porcentuales calculados desde la fecha de la Declaratoria de Lesividad y hasta la fecha de pago. (Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, 2012).

En consecuencia, con el fin de dar cumplimiento al laudo respecto al cálculo final del importe a pagar a RDC, así como de establecer el momento y términos de la transferencia de las acciones que RDC tenía en Ferrovías, en 2013 las partes suscribieron Acuerdo de Transacción y Finiquito, mediante el cual, además, renunciaban a los procesos arbitrales y judiciales pendientes entre sí. Finalmente, tras el cumplimiento de los compromisos contenidos en el documento en mención, en 2014 fue suscrito Contrato de Ratificación del Acuerdo de Transacción y Finiquito, con este, las partes dieron por cumplido en su totalidad el laudo arbitral, lo que incluyó la devolución del 82.19% de las acciones de Ferrovías por parte de RDC a Guatemala.



5.1.2. Caso CIADI No. ARB/09/5 Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala

5.1.2.1. Antecedentes

Como antecedentes, tanto del caso Iberdrola Energía, Sociedad Anónima - Iberdrola- como Teco Guatemala Holdings, LLC. -TGH- contra Guatemala, destacan los siguientes:

a. Fijación de tarifas de distribución

En 1996 entró en vigor la Ley General de Electricidad -LGE-, Decreto Número 93-96 del Congreso de la República de Guatemala, con la cual se creó la Comisión Nacional de Energía Eléctrica -CNEE- como un órgano técnico del Ministerio de Energía y Minas, la cual tiene dentro de sus funciones, la fijación de tarifas de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como la metodología para el cálculo de estas.

La CNEE Implementa para el procedimiento de fijación de tarifas el modelo de empresa eficiente, permitiendo al distribuidor una retribución que corresponde al costo medio de capital y operación de una empresa considerada eficiente, utilizada como modelo teórico de referencia. La Ley General de Electricidad -LGE- establece que las tarifas deben ser revisadas cada cinco años. (Ley General de Electricidad, 1996)

En el procedimiento de fijación de tarifas interviene la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, el distribuidor y una firma de ingenieros consultora que lo asiste, la cual se nombra entre empresas precalificadas por la CNEE.

El consultor elegido por el distribuidor con base en los términos de referencia dados por la CNEE debe realizar un estudio para la determinación del Valor Agregado de Distribución -VAD-, siendo la principal retribución que recibe el distribuidor.

Si durante el proceso surgieran desacuerdos entre el estudio del distribuidor y la opinión técnica de la CNEE, la Ley General de Electricidad y su reglamento establecen la integración de una Comisión Pericial, la cual se limita a pronunciarse sobre tales desacuerdos.

Al finalizar el proceso, con la aprobación del estudio del consultor, la CNEE debe publicar el pliego tarifario para el quinquenio respectivo. Sin embargo, la LGE señala que en caso de que el distribuidor no presente el estudio o no realice las correcciones ordenadas, entrará en vigor un pliego tarifario preparado por la CNEE. (Ley General de Electricidad, 1996)

b. Privatización Empresa Eléctrica de Guatemala -EEGSA-

El 13 de febrero de 1997, el Gobierno de Guatemala anunció su intención de privatizar EEGSA y, el 17 de diciembre del mismo año, el presidente Álvaro Arzú emitió el Acuerdo Gubernativo 865-97, en el que se autorizó la privatización a través de la oferta y subasta pública a nivel nacional e internacional, de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, del 96% del capital social de EEGSA perteneciente al Estado. (Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, 2010)

Teco Energy, a través de su sociedad filial Teco Power Service Corporation de Ultramar Guatemala S.A. –TPS–, Iberdrola Energía, S.A. -Iberdrola- y Empresas de Portugal, S.A. -EDP- conformaron un consorcio para poder participar en la oferta pública.

Según lo previsto por el artículo 3.2 de los términos de referencia para la oferta pública, el Consorcio constituyó una sociedad inversora guatemalteca, denominada Distribución Eléctrica Centroamericana S.A. –DECA I–, para adquirir las acciones de EEGSA. La participación de los miembros del Consorcio en DECA I se distribuyó de la siguiente manera: un 49% correspondía a Iberdrola, un 30% a TPS y un 21% a EDP. (Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, 2010)



El 30 de julio de 1998, luego de haber quedado precalificado, el Consorcio presentó una oferta de US\$520 millones por el 80% de las acciones de EEGSA, y fue declarado ganador de la licitación. El cierre de la compra se produjo el 11 de septiembre de 1998.

DECA I se fusionó en 1999 con EEGSA, mientras que Iberdrola, TPS y EDP constituyeron una nueva sociedad guatemalteca, denominada Distribución Eléctrica Centroamericana Dos S.A. -DECA II-, para la tenencia de sus acciones.

c. Hechos

De conformidad con el procedimiento establecido en la Ley General de Electricidad y su Reglamento, en abril de 2007 la Comisión Nacional de Energía Eléctrica -CNEE- transmitió a Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, los términos de referencia para la revisión tarifaria del periodo 2008-2013.

EEGSA los impugnó administrativa y judicialmente mediante un recurso de amparo, por considerar que ciertos aspectos de estos no se conformaban con los lineamientos de la LGE. Si bien, inicialmente, el juzgado que conoció la acción de amparo lo concedió de manera provisional, la cuestión fue luego resuelta por acuerdo entre las partes, lo que motivó que EEGSA desistiese de su amparo sin que se llegara a dictar una resolución judicial de fondo al respecto. (Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, 2010)

Fijados los Términos de Referencia, la consultora de EEGSA, Bates White, procedió a preparar el estudio tarifario. Una vez cumplida la entrega de informes de etapa por el consultor y los comentarios respectivos por la CNEE, en marzo de 2008, EEGSA presentó la primera versión de su estudio tarifario completo. Dicho estudio resultaba en un VNR poco razonable, a criterio de la CNEE, además de adolecer de graves errores y de no ser auditable, ya que carecía del soporte técnico y documental necesario para permitir una revisión objetiva por el Regulador de las tarifas propuestas.



De tal cuenta, en mayo de 2008, la CNEE dispuso la constitución de una comisión pericial, para que esta se pronunciara sobre las discrepancias entre la CNEE y EEGSA respecto del estudio tarifario a dicha entidad. Fue así que, en julio de 2008, la Comisión entregó su informe pericial, tres días hábiles antes de la fecha en que debían entrar en vigor las nuevas tarifas.

La Comisión Pericial se pronunció a favor de la CNEE en la mayoría de las discrepancias que le fueron presentadas. De tal cuenta, el 28 de julio de 2008, amparándose en el marco legal vigente, la CNEE notificó a EEGSA su la resolución por medio de la cual disolvía la Comisión Pericial. En la misma fecha, EEGSA envió a la CNEE su estudio tarifario revisado que supuestamente incorporaba el pronunciamiento de la Comisión Pericial.

Finalmente, el 29 de julio de 2008 la CNEE emitió una resolución mediante la cual explicaba que la Comisión Pericial había confirmado que el Estudio de Bates White había omitido incorporar la totalidad de las observaciones de la CNEE. Por lo tanto, la Resolución disponía que CNEE tenía la facultad para fijar las tarifas sobre la base del estudio del VAD preparado para la CNEE por la consultora independiente, y precalificada, Sigla, por lo que procedía con la fijación de las tarifas de distribución de energía eléctrica para el quinquenio 2008-2013. (Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, 2010)

5.1.2.2. APPRI España-Guatemala

Como se anotó en el Capítulo III, el 09 de diciembre de 2002, fue suscrito el Acuerdo entre la República de Guatemala y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, el cual entró en vigor el 21 de mayo de 2004.



5.1.2.3. Arbitraje de inversión CIADI

Amparada en el artículo 11 del APPRI mencionado, Iberdrola presentó solicitud de arbitraje ante el CIADI, por lo que el 17 de abril del año 2009, la Secretaría General del Centro registró esta.

Iberdrola alegó que la decisión de la CNEE de adoptar el Estudio Sigla y rechazar el Estudio de Bates White, sin verificar la incorporación del pronunciamiento de la Comisión Pericial en este, dañó su inversión; por ende, solicitó al Tribunal Arbitral condenar a la República de Guatemala a indemnizarle.

De tal cuenta, el 25 de enero de 2010, Guatemala interpuso excepciones a la jurisdicción y admisibilidad, afirmando que la disputa presentada por Iberdrola se encontraba fuera de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal. (Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, 2012).

El 24 de marzo de 2010, el Tribunal dictó su Decisión sobre la Bifurcación del Procedimiento Arbitral, resolviendo que no procedía la bifurcación del procedimiento y que decidiría las cuestiones jurisdiccionales juntamente con las de mérito.

Mediante comunicación de 22 de octubre de 2010, Iberdrola informó al Tribunal que había tomado la decisión de proceder a la completa desinversión de sus activos en Guatemala mediante su venta a un tercero, y que, en consecuencia, el 21 de octubre procedió junto con sus socios TECO y EDP, a la venta a Empresas Públicas de Medellín, E.S.P. de sus acciones en Deca II, lo que incluía la totalidad de las acciones que dicha sociedad detentaba en EEGSA. Adicionalmente, manifestó que la reclamación internacional formulada en el arbitraje no había sido transferida al comprador. (Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, 2012).



Luego de ello, surgieron pronunciamientos por las partes y órdenes procesales al respecto, así como solicitudes de exhibición de documentos, además de la fase escrita del proceso, la audiencia tuvo lugar en julio de 2011, en Washington D.C., luego de la cual el Tribunal arbitral determinó la necesidad de que las partes presentaran escritos posteriores a la audiencia.

Mediante comunicación de 12 de julio de 2012, el Tribunal, de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje, declaró cerrado el procedimiento.

Finalmente, el 17 de agosto del año 2012 el Tribunal resolvió aceptar la excepción a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal presentada por la República de Guatemala, rechazando en consecuencia el reclamo de Iberdrola. (Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, 2012)

De tal cuenta, el 11 de diciembre del año 2012, Iberdrola presentó a CIADI solicitud de anulación en relación con el laudo arbitral; no obstante, el requerimiento fue rechazado en todas sus partes por el Comité ad hoc. (Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, 2015).

5.1.3. Caso CIADI No. ARB/10/23 TGH c. República de Guatemala

El caso CIADI No. ARB/10/23 nace por exactamente las mismas razones caso CIADI No. ARB/09/5, la conducta de Guatemala durante la fijación de las tarifas de distribución de energía eléctrica para el quinquenio 2008-2013.

La entidad demandante de este caso no fue TPS, que había formado parte del consorcio al cual fueron transmitidas las acciones de EEGSA, sino Teco Guatemala Holdings, LLC. Ello en virtud que, en mayo de 2004 fue creada una compañía intermediaria entre Teco Energy y TPS, llamada TWG Non-Merchant Inc.⁸⁷ (la cual seguidamente pasaría a denominarse Teco Guatemala Inc.), siéndole transferidas las



acciones de TPS en DECA II. Asimismo, el 26 de abril de 2005 fue constituida Teco Guatemala Holdings, LLC -TGH-, la Demandante, transmitiéndosele a esta última las acciones de TPS en DECA II.

La decisión de la CNEE de adoptar el Estudio Sigla y rechazar el Estudio de Bates White, sin verificar la incorporación del pronunciamiento de la Comisión Pericial en este, fue el único aspecto de la conducta de la CNEE en la revisión tarifaria de EEGSA en 2008 la que el Tribunal Original consideró contrario al Tratado, porque la CNEE no dio adecuada justificación para estas medidas. (Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, 2013)

En julio de 2008, la CNEE emitió las Resoluciones CNEE Nos. 145-2008 y 146-2008, en las que fijó las tarifas de EEGSA sobre la base del Estudio Sigla. Para la CNEE, EEGSA no entregó información contable y financiera sobre la depreciación de la base de activos de parte de EEGSA, por lo que adoptó la fórmula del FRC, según fuera establecida en los Términos de Referencia, incluido el factor de depreciación de la base de capital equivalente a un 50 por ciento. (Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, 2013)

De tal cuenta, el 13 de enero de 2009, Teco Guatemala Holdings, LLC -TGH- presentó a Guatemala una carta de intención de arbitraje, según lo dispuesto en el artículo 10.16.2 del DR-CAFTA.

Los artículos 10.15 y 10.16 del Tratado facultaban al inversionista a que, si transcurridos 90 días contados a partir de la notificación de intención de arbitraje, consideraba que la controversia no podría resolverse mediante consultas o negociación, o bien, mediante conciliación o mediación, podía recurrir, entre otras vías, al arbitraje de inversión, bajo las reglas CIADI. En consecuencia, el 20 de octubre de 2010, TGH presentó la solicitud de arbitraje ante la Secretaría del CIADI, de acuerdo con el artículo 36 del Convenio del CIADI.



Paralelamente, a mediados de 2010, la sociedad colombiana Empresas Públicas de Medellín –EPM– manifestó a Iberdrola su interés en comprar EEGSA. Teco y sus socios entraron en negociaciones para vender DECA II a EPM y, luego de algunas semanas de negociaciones, el 21 de octubre de 2010, el Consorcio y EPM cerraron la venta de DECA II.

Pese a la venta realizada, el 23 de noviembre de 2010, la Secretaría General del CIADI registró la Solicitud de arbitraje presentada por TGH en contra de la República de Guatemala. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019, s/f.)

TGH argumentaba que Guatemala había violado el estándar de nivel mínimo de trato, el cual conlleva el trato justo y equitativo, contenido el artículo 10.5 del DR-CAFTA, por lo que además de solicitar al Tribunal se declarará tal violación por parte del Estado, requería que este le indemnizará por daños de tipo histórico por US \$21.100.552 y por pérdida de valor o daños futuros por US \$222.484.783. (Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, 2013).

Luego de la Constitución del Tribunal, así como de la fase escrita del proceso, la audiencia de prueba se llevó a cabo los días 21 y 22 de enero de 2013 en la ciudad de Nueva York, y 8 y 9 de marzo de 2013, en Washington, DC.

El 22 de marzo de 2013, el Tribunal Arbitral decidió que las Partes presentarían dos rondas simultáneas de escritos posteriores a la audiencia. El 24 de julio de 2013, las Partes presentaron simultáneamente sus reclamaciones sobre gastos y costas de arbitraje.

El 12 de noviembre de 2013, el Tribunal Arbitral declaró la clausura del procedimiento de acuerdo con el artículo 38 de las Reglas de Arbitraje.



El laudo fue emitido el 19 de diciembre de 2013, resolviendo el Tribunal Arbitral que tenía jurisdicción para tomar una decisión respecto de las reclamaciones de TGH a la luz del DR-CAFTA; que Guatemala violó la obligación de conferir a la inversión de TGH un trato justo y equitativo, en virtud del artículo 10.5 del DR-CAFTA. Por tales motivos condenó al Estado de Guatemala a pagar US \$21,100,552 en concepto de daños históricos más intereses, descartando el resto de los reclamos. (Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, 2013).

De conformidad con el artículo 52 del Convenio del CIADI y el artículo 50 de las Reglas del CIADI, el 18 de abril del año 2014, el Estado de Guatemala presentó solicitud de anulación total de dicho Laudo; en esa misma fecha TGH presentó una solicitud de anulación parcial. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019, s/f.)

En consecuencia, el 5 de abril de 2016 el Comité ad hoc que revisó el caso anuló lo referente a: (i) la decisión sobre daños del Laudo por la reclamación de pérdida de valor; (ii) la decisión sobre intereses respecto de daños históricos del Laudo para el período entre el 1 de agosto de 2009 y el 21 de octubre de 2010; y (iii) la decisión sobre costos del Laudo. (Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, 2016).

Sin embargo, debido a que el artículo 52 (6) del Convenio del CIADI establece: “Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal [...]”, el 23 de septiembre del año 2016, TGH notificó a Guatemala su intención de ir a arbitraje.

Como resultado de dicha solicitud, el 3 de octubre del mismo año, la Secretaría General del CIADI registró la solicitud de nueva sumisión (resubmission, en inglés) planteada por TGH en contra de la República de Guatemala.

El 01 de septiembre del año 2017, de conformidad con la Orden Procesal Número 01, TGH presentó su demanda, mediante la cual solicita que el Tribunal Arbitral ordene



al Estado de Guatemala a pagar una compensación al reclamante por un valor de US \$222.484.783 más intereses, con una tasa de interés preferencial en Estados Unidos de América del 2% ponderada anualmente, a partir del 21 de octubre de 2010, hasta que se realice el pago en su totalidad. Además, requiere que se ordene al Estado pagar intereses compuestos previos a la venta, cuyo monto en el momento de presentación de la demanda era de US \$1.200.509. Por último, solicita que el demandado absorba los honorarios y gastos de los abogados del reclamante incurridos en el arbitraje original y en el actual. (Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, 2017).

El 02 de febrero del año 2018 el Estado de Guatemala procedió, de acuerdo con el calendario procesal, a la entrega del Memorial de Contestación de Demanda, acompañado del informe de experto, la declaración testimonial y demás documentos probatorios. Las traducciones de dicha documentación fueron formalmente presentadas el día 16 del mismo mes.

Asimismo, el 30 de mayo de 2018, TECO presentó su escrito de Réplica; Guatemala por su parte, presentó su escrito de Dúplica el 26 de septiembre de 2018.

La audiencia de fondo tuvo lugar del 11 al 14 de marzo de 2019 en las instalaciones de CIADI en Washington, D.C., Estados Unidos.

Tras haber agotado todas las etapas e incluso haber presentado certificaciones de costas procesales, las partes se encuentran a la expectativa de que el Tribunal emita el laudo correspondiente.

5.1.4. Caso CIADI No. ARB/18/43 Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala

En 2012, el Sr. Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates, ambos de nacionalidad estadounidense, dueños de Minerales KC, adquirieron mediante esta última



entidad 41 acciones de Exmingua y, por su parte, el Sr. Kappes adquirió las 42 acciones restantes. A consecuencia de ese negocio adquirieron los derechos legales, el título y el interés sobre dos proyectos mineros ubicados en el Cinturón Regional de Oro (“El Tambor”), siendo estos Progreso VII Derivada y Santa Margarita, ubicados en las municipalidades de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc. (Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala, 2018)

El 30 de septiembre de 2011, el Ministerio de Energía y Minas concedió una Licencia de Explotación del Proyecto VII Derivada por 25 años, iniciando en febrero de 2012 Exmingua el desarrollo de este. Sin embargo, meses después iniciaron protestas y bloqueos por parte de miembros de comunidades aledañas que impidieron el acceso a los proyectos.

El 28 de agosto de 2014 la organización no gubernamental CALAS interpuso una acción de amparo en contra del Ministerio de Energía y Minas, alegando que la licencia de explotación del Proyecto Progreso VII fue otorgada sin cumplimiento de las disposiciones de Convenio 169 de la OIT sobre consulta comunitaria. El 11 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia concedió el amparo provisional, suspendiendo la concesión de la licencia. Dicha resolución fue impugnada por Exmingua el 23 de febrero de 2016. La Corte de Constitucionalidad confirmó el amparo provisional el 5 de mayo de 2016. (Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala, 2018)

La Corte Suprema de Justicia concedió el amparo definitivo a CALAS el 28 de junio de 2016, suspendiendo definitivamente la licencia de explotación. Tal resolución fue apelada por Exmingua el 30 de junio de 2016; sin embargo, a la fecha no se ha dictado resolución.

Por tales motivos, con fecha 16 de mayo de 2018, Daniel W. Kappes y la entidad Kappes, Cassidy & Associates -KCA-, presentaron al Gobierno de la República de Guatemala una notificación de intención de conformidad con el Tratado de Libre



Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América. (Castañeda Hernandez, 2018).

Por medio de esta, se puso de conocimiento al Estado de Guatemala la existencia de una supuesta controversia En relación conl otorgamiento de las licencias de exploración, explotación y exportación con respecto a los proyectos mineros denominados Progreso VII Derivada y Santa Margarita, ubicados en los municipios de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, del departamento de Guatemala.

En dicha Notificación, se atribuyó a la República de Guatemala una violación del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América, específicamente en lo relativo al Trato Nacional, Nivel Mínimo de Trato y Expropiación e Indemnización, en virtud de la suspensión de las actividades mineras, por no haberse realizado el procedimiento previo de consultas a los pueblos indígenas de las Comunidades de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- sobre Pueblos Indígenas y Tribales..

Además, se alegó que el Estado de Guatemala falló en otorgar protección y seguridad plenas a la entidad Exploraciones Mineras de Guatemala, Sociedad Anónima -EXMINGUA- (propiedad de Daniel Kappes y KCA, según lo enunciado en su notificación de intención) En relación con facilitar el acceso a los sitios mineros Progreso VII Derivada y Santa Margarita, en virtud de los bloqueos a dichos sitios por pobladores de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc.

En consecuencia, en virtud que los artículos 10.15 y 10.16 del Tratado facultan al inversionista a que, si transcurridos 90 días contados a partir de la notificación de intención de arbitraje, considera que la controversia no podrá resolverse mediante consultas o negociación, o bien, mediante conciliación o mediación, puede recurrir, entre otras vías, al arbitraje de inversión, bajo las reglas CIADI, el 11 de diciembre de 2018, la



Secretaría General del CIADI registró la solicitud de arbitraje planteada por. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019, s/f.)

El 16 de agosto de 2019, Guatemala presentó objeciones preliminares por la vía expedita de acuerdo con el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA. Asimismo, el 10 de septiembre de 2019, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 1 relacionada con aspectos procesales.

Seguidamente, el 27 de septiembre de 2019, los Demandantes presentaron contestación a las objeciones preliminares presentadas por Guatemala. Por su parte, la demandada, presentó su réplica sobre objeciones preliminares el 25 de octubre de 2019. (Daniel W. Kappes and Kapes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala, 2018)

Actualmente, el proceso se encuentra en fase de objeciones preliminares, dependerá de la decisión que sobre estas emita el Tribunal, si se conocerá el fondo de la controversia en su totalidad o se dejarán fuera algunas reclamaciones.

5.2. La figura de nueva sumisión del Convenio CIADI

Como se apuntó en el Capítulo IV, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, establece en su artículo 52 (6) que “Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal [...]”.

Asimismo, el artículo 55 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje preceptúa que:

- (1) Si un Comité anulare parte o todo de un laudo, cada parte podrá requerir que se someta la diferencia a un nuevo Tribunal. Dicha solicitud deberá serle presentada por escrito al secretario general, y en ella se deberá:



- (a) identificar el laudo de que se trata;
- (b) indicar la fecha de la solicitud;
- (c) explicar en detalle qué aspecto de la diferencia ha de someterse al Tribunal; e
- (d) ir acompañada del derecho de registro de la solicitud.

(2) Inmediatamente después de que reciba la solicitud y el derecho de registro, el secretario general, de inmediato:

- (a) la registrará en el Registro de Arbitrajes;
- (b) notificará el acto de registro a ambas partes;
- (c) enviará a la otra parte una copia de la solicitud y de los documentos que la acompañen; e
- (d) invitará a las partes a que procedan, lo antes posible, a constituir un nuevo Tribunal, incluyendo la misma cantidad de árbitros, y nombrados con el mismo método, como el Tribunal original.

(3) Si se hubiere anulado el laudo original solo en parte, el nuevo Tribunal no reconsiderará parte alguna del laudo que no hubiere sido anulada. Sin embargo, podrá, de conformidad con el procedimiento establecido en la Regla 54, suspender o mantener la suspensión de la ejecución de la parte no anulada del laudo hasta la fecha en que dicte su propio laudo.

(4) Salvo en cuanto los párrafos (1)-(3) dispongan otra cosa, estas Reglas se aplicarán al procedimiento de la nueva sumisión de una diferencia a arbitraje de la misma manera que si dicha diferencia hubiera sido sometida de conformidad con las Reglas de Iniciación.

Desde que se registró el primer caso CIADI en 1972, el Centro elabora y pone a disposición del público semestralmente, las estadísticas de los casos registrados. Al 30 de junio de 2019, el CIADI había registrado 728 casos bajo el Convenio CIADI, de los cuales el 98.3% corresponde a arbitrajes de inversión. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019)



De los 716 casos que forman el 98.3% referido, a la fecha, tras más de 50 años de vigencia del Convenio, únicamente 9 casos han derivado en nueva sumisión; no obstante, Guatemala forma parte de ese listado, porque es un asunto al que debe prestársele la atención necesaria y promover las acciones correspondientes.

Dado que tan solo el 1.25% de arbitrajes han debido ser nuevamente conocidos por un nuevo tribunal ni el CIADI ni los estudiosos de la materia han prestado atención a los riesgos que esta figura —tal como se encuentra regulada— representa, por lo que no existe bibliografía que la desarrolle ni artículos o informes que hayan generado impacto o a los que se les haya prestado atención. Para corroborar tal afirmación se entrevistó a 3 reconocidos abogados del arbitraje de inversión, quienes coinciden con la Proponente.⁶¹

Derivado de la inexistencia de literatura que desarrolle la figura de la nueva sumisión, el presente apartado se nutre de la experiencia de expertos internacionales, a quienes, como parte del proceso de investigación, se les realizó entrevistas a través de teleconferencias unas, y otra de manera presencial en París, Francia, lo cual quedó documentado como parte de los métodos auxiliares de investigación.⁶²

De tal cuenta, sobre la naturaleza jurídica y objeto de la nueva sumisión, el profesor Eduardo Silva Romero⁶³ considera que:

Es una figura que proviene del derecho anglosajón, también del derecho francés, que consiste en que, si una decisión de un juez se invalida, el asunto se vuelve a trasladar a un juez de la misma jerarquía para que vuelva a ser examinado.

⁶¹ Anexo I, pregunta 11. ¿Conoce usted de la existencia de bibliografía que aborde la nueva sumisión?

1. *No recuerdo haber visto o leído ningún análisis sobre el tema en particular.*
2. *No, no conozco bibliografía específica, no tengo conocimiento de su existencia.*
3. *En un tema procesal bastante específico y complejo. La respuesta corta es no, no conozco literatura específica. No ha habido muchas resubmissions.*

⁶² Anexo I “Cuestionario para entrevista”

⁶³ Abogado con más de 25 años de experiencia en arbitraje internacional y profesor de derecho internacional y filosofía del derecho. Ha participado en más de 40 arbitrajes de inversión representando Estados, en alrededor de 12 ocasiones ha actuado como árbitro y en aproximadamente 6 oportunidades ha sido parte de Comités Ad hoc.

A mi modo de ver, dice el citado profesor, los sistemas de proceso civil interno ha inspirado la figura del re-sometimiento, de la re-sumisión, porque uno podría pensar que si se anula a un laudo se le devuelva al mismo tribunal, pero la idea en la nueva sumisión es que se le dé a otro tribunal, lo que nos lleva a preguntarnos ¿por qué a otro tribunal? A mí me parece que esa solución es sana, en la medida en la que el primer tribunal ya tiene una idea y quizá no quiera cambiar de opinión y si un laudo está siendo anulado es por un error grave y resulta más justo darle el expediente a otro tribunal que pueda ver el asunto con ojos más frescos, de una manera más imparcial, más desapasionada; es decir que no les han anulado su propio trabajo, por lo que creo que es una figura que tiende a garantizar una mejor administración de justicia.

Por otro lado, en respuesta a la misma interrogante⁶⁴, el reconocido Abogado del arbitraje de inversiones, *Nigel Blackaby*⁶⁵, manifestó:

La nueva sumisión ejerce una función que deriva del papel limitado que juega un comité de anulación, como una corte de casación, que no tiene capacidad de tumbar y decidir ella misma, por lo que debe devolverlo a la instancia de la que viene. Es una consecuencia de los límites del alcance de la anulación que solo puede anular, pero no decidir. Si se tratara de un tribunal de apelación sería distinto, tendría una jurisdicción más amplia para llenar los huecos que deja la anulación, lo que haría que la necesidad de re-sumisión fuera mucho menor.

Finalmente, otro destacado experto del arbitraje de inversiones⁶⁶ opina que la nueva sumisión es:

⁶⁴ Anexo I, pregunta 12

⁶⁵ Abogado con más de 28 años de experiencia en arbitraje internacional, ha participado en alrededor de 40 arbitrajes de inversión, generalmente, en representación de inversionistas.

⁶⁶ Abogado con más de 15 años de experiencia en arbitraje internacional, ha participado en alrededor de 40 arbitrajes de inversión.



Una figura procesal que permite a la parte que ha sido exitosa en su solicitud de anulación de un laudo o de partes de un laudo volver a someter las cuestiones anuladas a un tribunal arbitral, como si se tratara de una sumisión original.

De tal cuenta, es adecuado afirmar, tal como se mencionó en el capítulo anterior, que la nueva sumisión es el paso que sigue -por voluntad de una o ambas partes- si el recurso de anulación prospera y el Comité Ad hoc resuelva anular parcial o totalmente el laudo.

Al respecto, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones ha establecido que:

El efecto que produce la anulación es que el laudo o la parte anulada del laudo pasa a ser inválido, lo cual implica que se pierde el carácter vinculante de la parte anulada del laudo. Sin embargo, la decisión sobre la anulación no reemplaza al laudo ni sustituye ninguno de los motivos en que se funde el laudo. Una de las partes puede solicitar que se someta la diferencia ante un nuevo tribunal, a fin de obtener un nuevo laudo relativo a la misma diferencia luego de la anulación del laudo original. Cualquiera de las partes podrá iniciar este procedimiento mediante la presentación de una solicitud a tal efecto que identifique el laudo de que se trata y explique en detalle qué aspectos de la diferencia han de someterse al nuevo tribunal. El nuevo tribunal se constituirá con el mismo método que el tribunal original, y no está sujeto al razonamiento del comité ad hoc. Sí lo está; sin embargo, para aquellas porciones del laudo original que no fueron anuladas, en los casos de anulaciones parciales. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2016, pág. 36)

En ese sentido, el inicio de una nueva sumisión se encuentra condicionado por la anulación del laudo original y motivada por la consideración de una de las partes o de ambas, de que lo anulado debe ser nuevamente examinado por un nuevo tribunal.

En relación con la constitución de un nuevo tribunal para el conocimiento, por segunda ocasión, de un mismo asunto⁶⁷, pueden existir opiniones diversas, al respecto, el doctor Silva Romero opina:

Es una solución sana, en la medida en la que el primer tribunal ya tiene una idea y quizá no quiera cambiar de opinión y si un laudo está siendo anulado es por un error grave y resulta más justo darle el expediente otro tribunal que pueda ver el asunto con ojos más frescos, de una manera más imparcial, más desapasionada; es decir que no les han anulado su propio trabajo, por lo que creo que es una figura que tiende a garantizar una mejor administración de justicia.

En contraposición, Nigel Blackaby considera que:

Uno de los problemas y falta de eficacia de la nueva sumisión es el nuevo tribunal, se debe educar al nuevo tribunal sobre todos los temas, mientras que en el sistema nacional normalmente devuelven el tema al tribunal de instancia original, por lo que surge la pregunta de si sería mejor que, una vez recibido el control por parte del comité de anulación el tribunal original volviera a decidir, tomando en cuenta lo resuelto por el comité de anulación, porque ese tribunal ya conoce toda la historia de la disputa, lo que evitaría el proceso de volver a educar a un nuevo tribunal sobre el caso.

De tal cuenta, la proponente considera que, aunque conlleva mayor tiempo y esfuerzo para las partes, es más sano y conveniente para el conocimiento del asunto que se constituya un nuevo tribunal, en virtud que ello reduce las posibilidades de vicios de criterio derivados de la predisposición del Tribunal que ya conoce el caso y ya cuenta con una idea preconcebida de este. Un nuevo grupo de árbitros tendrá que estudiar desde el inicio el caso para formarse una idea de este.

⁶⁷ Anexo I, pregunta 13



5.2.1. Casos de nueva sumisión (resubmission) registrados ante CIADI

Como se mencionó en el apartado anterior, a la fecha, CIADI ha registrado únicamente 9 casos de nueva sumisión:

5.2.1.1. Caso CIADI No. ARB/81/2 Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República de Camerún y la Sociedad de Fertilizantes de Camerún

Este caso dio inició el 03 de julio de 1985, con el registro realizado por parte de la Secretaría General del CIADI, de la solicitud de arbitraje presentada el 14 de abril de 1981 por Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros en contra de la República de Camerún.

El objeto de la controversia fue la construcción y operación de una empresa de fertilizantes.

Luego de la emisión del laudo el 20 de noviembre de 1984, siguió un proceso de anulación, promovido por la demandada.

Finalizada la anulación, la demandante presentó una solicitud de nueva sumisión del caso, la cual fue resuelta el 5 de junio de 1990; le siguió una decisión suplementaria y una rectificación, así como el rechazo de la solicitud de una segunda anulación presentada por las partes. (Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República de Camerún y la Sociedad de Fertilizantes de Camerún, 1981).

En virtud que la información sobre el caso no es pública, únicamente se tuvo acceso a la historia procesal de este.



5.2.1.2. Caso CIADI No. ARB/81/1 Amco Asia Corporation y otros c. Republica de Indonesia

El presente caso fue registrado por CIADI el 27 de febrero de 1981. De la misma manera que el caso anterior, la información sustantiva de este no es pública; no obstante, el historial procedimental indica que se trató de una controversia cuyo objeto fue la construcción y operación de un hotel.

El laudo original fue emitido el 20 de noviembre de 1984, al año siguiente la demandada solicitó iniciar un proceso de anulación, el cual culminó en 1986. No obstante, el caso no concluyó, en 1987 se presentó solicitud de nueva sumisión, rindiéndose el segundo laudo en 1990. (Amco Asia Corporation y otros c. Republica de Indonesia, 1981).

Al igual que el caso anterior, se dictó una decisión suplementaria y de rectificación; también fue presentada una segunda solicitud de anulación, la cual fue rechazada.

5.2.1.3. Caso CIADI No. ARB/84/4 Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea

El presente caso fue registrado por CIADI el 18 de septiembre de 1984, el objeto de la controversia fue un contrato de join venture de transporte de bauxita, por lo que se le clasifica como un caso perteneciente al sector minero.

Al igual que los anteriores, la información disponible es limitada, circunscribiéndose al historial procesal, del que se desprende que el laudo original fue emitido el 06 de enero de 1998, a este le siguió un proceso de anulación y luego uno de nueva sumisión. (Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea, 1984).



5.2.1.4. Caso CIADI No. ARB/97/3 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina

Este caso surge de una controversia relacionada con un Contrato de Concesión de 1995, que una sociedad francesa, Compagnie Générale des Eaux, y su filial argentina, Compañía de Aguas del Aconquija, S.A., celebraron con la provincia argentina de Tucumán, y con la inversión en Tucumán derivada de dicho acuerdo. Merece la pena destacar que la República Argentina no era parte del Contrato de Concesión ni de las negociaciones que llevaron a su celebración.

En cuanto a los hechos y circunstancias que dieron lugar a estas diferencias, las demandantes alegaban que, desde los comienzos de la concesión, se hizo aparente que, en lugar de apoyar la concesión, varias ramas del gobierno provincial buscaron destruir esta.

Con fecha 19 de febrero de 1997, el secretario general interino del CIADI registró la solicitud de arbitraje.

Este caso en particular ha sido tan extenso que experimentó todas las etapas previstas en el Convenio CIADI. De acuerdo con la información disponible, ha sido el único caso que ha sufrido un segundo proceso de anulación.

En noviembre del 2000 fue dictado el laudo original, al que siguió un proceso de anulación, el cual fue resuelto en 2002; posteriormente se ventiló el proceso de nueva sumisión, concluyendo en 2007; y, finalmente, en diciembre de 2007, el CIADI registró la segunda solicitud de anulación, proceso que fue declarado cerrado por el Comité ad hoc en 2010. (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina, 1997)



5.2.1.5 Caso CIADI No. ARB/02/16 Sempra Energy International c. República de Argentina

El 11 de septiembre de 2002, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones recibió de Sempra una Solicitud de Arbitraje contra Argentina, bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

La Solicitud se refería a la inversión de Sempra en dos compañías de distribución de gas natural que, conjuntamente, servían a siete provincias argentinas; y a ciertas medidas adoptadas por la República Argentina que, en opinión de la Demandante, modificaron el marco regulatorio general establecido para los inversionistas extranjeros, dentro del cual Sempra hizo su inversión. La solicitud fue registrada el 06 de diciembre de 2002.

El laudo original fue dictado el 28 de septiembre de 2007, resolviendo el tribunal que la demandada había incumplido sus obligaciones de otorgar al inversionista el trato justo y equitativo garantizado en el TBI, ordenándole pagar a la demandante la indemnización correspondiente.

Por tal razón, en enero de 2008, la demandada presentó solicitud de anulación, culminando dicho proceso con la resolución del Comité Ad hoc del 29 de junio de 2010, mediante la cual resolvió anular totalmente el laudo, debido a la extralimitación manifiesta de facultades del tribunal original.

En consecuencia, en noviembre de 2010 la Secretaría General del CIADI registró la solicitud de nueva sumisión presentada por la demandante, según los registros del CIADI, en abril de 2015 el Tribunal emitió una orden procesal en la que tomaba nota de la interrupción del procedimiento de conformidad con la Regla 44 de Arbitraje del CIADI, la cual establece que, si una de las partes solicita que se ponga término al procedimiento, el Tribunal, fijará plazo a la otra parte para que pueda oponerse. De no formularse alguna



objeción, se presumirá que la otra parte ha consentido en la terminación y el Tribunal dejará constancia en una resolución, de la terminación del procedimiento. (Sempra Energy International c. República de Argentina, 2002).

5.2.1.6 Caso CIADI No. ARB/01/3 Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina

El presente caso fue registrado por el CIADI el 11 de abril de 2001 por una primera solicitud relacionada a supuestas violaciones relativas a sobre la aplicación de impuestos de sellos que algunas provincias argentinas aplicaron a la sociedad transportadora de gas en donde las Demandantes tienen su inversión.

Posteriormente, en de marzo de 2003, Enron Corporation y Ponderosa Assets L.P. presentaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones una solicitud adicional en contra de la República Argentina por supuestas violaciones a las disposiciones del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección de Inversiones de 1991.

La solicitud se refería a la adopción por parte del Gobierno de Argentina de ciertas medidas que supuestamente afectaron la inversión que las demandantes tenían en una sociedad transportadora de gas. El caso fue registrado por el CIADI el 11 de abril de 2001.

El laudo original fue dictado el 22 de mayo de 2007, al cual le siguió una solicitud de rectificación y decisión suplementaria interpuesta por la demandante. Asimismo, se llevó a cabo un proceso de anulación promovido por la demandada, el cual concluyó en julio de 2010.

Finalmente, en julio de 2018, fue emitida la orden procesal del Tribunal arbitral del proceso de nueva sumisión iniciado en 2010, mediante la cual se dejaba constancia de



la discontinuación del proceso, de conformidad con la Regla de arbitraje No. 43 (1); es decir, por avenimiento de las partes. (Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina, 2001).

5.2.1.7 Caso CIADI No. ARB/98/2 Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile

El 20 de abril de 1998 el CIADI registró la solicitud de arbitraje planteada por Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende contra Chile, debido a la confiscación de los bienes del señor Pey entre 1973 y 1975, luego de que el presidente Allende fuera derrocado por un golpe militar liderado por el General Augusto Pinochet.

El laudo original fue dictado el 8 de mayo de 2008, sufrió una revisión en noviembre de 2009; seguido de una anulación que culminó en diciembre de 2012. Además de una decisión suplementaria en 2013, un proceso de nueva sumisión de 2013 a 2016; una solicitud de interpretación, una de rectificación y, finalmente, una solicitud de segunda anulación, la cual fue registrada el 25 de diciembre de 2017.

A la fecha, el proceso se encuentra pendiente de resolver. (Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile, 1998).

5.2.1.8 Caso CIADI No. ARB/07/27 Venezuela Holdings B.V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela

El 6 de septiembre de 2007, el Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones recibió una solicitud de Arbitraje contra la República Bolivariana de Venezuela por parte de: (i) tres sociedades constituidas en los Estados Unidos de América: Mobil Corporation, Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc.; (ii) dos sociedades constituidas en las Bahamas: Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc.; y (iii) una sociedad constituida en los Países Bajos: Venezuela Holdings, B.V.



Las Demandantes señalaban que las medidas ilícitas controvertidas en el proceso fueron tomadas después de que Hugo Chávez Frías fue elegido presidente de la República de Venezuela en el mes de diciembre de 1998. En orden cronológico aproximado, las supuestas medidas adversas de la Demandada, por las que las Demandantes solicitan indemnización, incluyen:

- a. La terminación unilateral del Convenio de Reducción de Regalía Cerro Negro y el Convenio de Procedimientos de Regalía Cerro Negro;
- b. El incremento de la tasa de regalía mediante la imposición del impuesto de extracción;
- c. El aumento de la tasa del impuesto sobre la renta aplicable a las participantes en proyectos de la Faja Petrolífera del Orinoco;
- d. La reducción de la producción y las exportaciones del Proyecto Cerro Negro;
- e. La expropiación directa de todos los intereses de Mobil Cerro Negro y Mobil venezolana en las actividades de la Sociedad en Participación Cerro Negro y la Sociedad en Participación La Ceiba, así como activos relacionados.

Respecto a la historia procesal del caso, el laudo original fue dictado el 09 de noviembre de 2014, siendo desfavorable para Venezuela. Fue presentada una solicitud de revisión del laudo por la demandada, la cual fue registrada el 24 de octubre de 2014, siendo resuelta el 12 de junio de 2015, desestimando la solicitud de revisión por considerarla inadmisibles, levantando la suspensión de ejecución del laudo que se había decretado mientras se desarrollaba la revisión requerida.

La demandada solicitó anulación del laudo, la cual fue resuelta en marzo de 2017, rechazando el requerimiento a causa de la asunción de jurisdicción del laudo, así como la de negativa del Tribunal de ordenar la producción de documentos. No obstante, se otorgó, en parte, la solicitud de anulación sobre la compensación por expropiación del Proyecto Cerro Negro.



El 24 de octubre de 2018, la Secretaría General del CIADI registró la solicitud de nueva sumisión presentada por la demandante. El proceso se encuentra en curso. (Venezuela Holdings B.V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela, 2007).

5.2.1.9 Caso CIADI No. ARB/10/23 TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala

Como se anotó al inicio del presente Capítulo, este caso se encuentra actualmente en curso, a la espera de la emisión del laudo de nueva sumisión, la cual fue solicitada y registrada en 2016.

Finalmente, de los casos resometidos en el sistema CIADI, prácticamente la mitad han derivado en segundas anulaciones: Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina; Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República de Camerún y la Sociedad de Fertilizantes de Camerún; Amco Asia Corporation y otros c. Republica de Indonesia; y Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile.

Lo anterior implica que los Estados demandados no han podido cerrar los ciclos con los recursos que el Convenio CIADI y sus reglamentos contemplan, sino que han debido reiniciarse los procesos, total o parcialmente.

5.3 Guatemala frente a la nueva sumisión

Actualmente Guatemala se encuentra dilucidando la nueva sumisión interpuesta en el Caso CIADI No. ARB/10/23 TECO Guatemala Holdings, LLC -TGH- contra la República de Guatemala. Como se mencionó, con este, suman 09 casos de nueva sumisión registrados por CIADI desde su creación.



El proceso original dio inicio en 2010 y sigue vigente a la fecha, lo que significa que ha transcurrido una década desde su inicio y, en lugar de finalizar en 2013 con el laudo, CIADI registró solicitud de nueva sumisión de este (presentada por la demandante) menos de 6 meses después de haberse dictado la resolución del comité de anulación.

El caso tiene su origen en la determinación de tarifas de energía eléctrica para el periodo 2008-2013. De tal cuenta, el 20 de octubre de 2010 la demandante presentó ante CIADI solicitud de arbitraje en contra de Guatemala, la cual fue registrada por la Secretaría General el 23 de noviembre de 2010.

TGH reclamaba que el actuar de la República en el proceso de revisión y fijación de tarifas de distribución de energía eléctrica de la Empresa Eléctrica de Guatemala para el periodo del año 2008-2013 había tenido efectos nocivos en su inversión, obligándole a vender su participación accionaria en EEGSA.

El instrumento a través del cual el demandante invocó la jurisdicción del CIADI fue el capítulo 10 del DR-CAFTA.

El laudo correspondiente fue emitido el 19 de diciembre de 2013, resolviendo el Tribunal Arbitral que tenía jurisdicción para tomar una decisión respecto de las reclamaciones de TGH, así como que, a la luz del DR-CAFTA, Guatemala violó la obligación de conferir a la inversión de TGH un trato justo y equitativo.

El 18 de abril del año 2014, el Estado de Guatemala presentó solicitud de anulación total de dicho Laudo; asimismo, TGH presentó una solicitud de anulación parcial. El 5 de abril de 2016 el Comité ad hoc que revisó el caso anuló lo referente a sufragar a TGH US \$7.520.695,39 en concepto de gastos y costos legales, así como la parte del Laudo que rechazaba todos los reclamos de TGH, incluyendo los daños futuros.

En consecuencia, el 23 de septiembre del año 2016, TGH notificó a Guatemala su intención de ir a arbitraje nuevamente, siendo registrada la solicitud de nueva sumisión el 3 de octubre del mismo año.

En marzo de 2019, tuvo lugar la audiencia de fondo de la nueva sumisión del caso. A la fecha, las partes han presentado todos los documentos referentes a costas, por lo que se espera que el tribunal emita el laudo correspondiente durante el año 2020.

La nueva sumisión en el caso referido constituye la primera de esta naturaleza en contra Guatemala; no obstante, el número de demandas de arbitraje de inversión en contra del Estado ha incrementado exponencialmente en los últimos 3 años, es preciso prestar atención a las reglas y condiciones que rigen dichos procesos, de modo que puedan preverse y contenerse los efectos que estos puedan tener en el país.

Para Guatemala particularmente, siendo uno de los países con las tasas de pobreza más altas de la región latinoamericana. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2017), enfrentar este tipo de procedimientos representa, desde una articulación interinstitucional de gran magnitud hasta importantes erogaciones en concepto de honorarios de abogados defensores, expertos de daños, administración del centro, entre otros, que tienen repercusiones de gran impacto económico y financiero para el país.

Al respecto, el doctor Silva Romero opina que dentro de los retos⁶⁸ más importantes con los que se enfrentan los Estados demandados en arbitrajes de inversión se encuentran:

Hay 2 que me parecen los principales: el primero que obedece a naturaleza del sector público y el segundo a la naturaleza del sistema del arbitraje de inversiones.

En cuanto a la naturaleza del sector público, quizá la mejor manera de describirlo es la falta de recursos económicos y humanos; es decir que las

⁶⁸ Anexo I, pregunta 6



unidades que se encargan de manejar los casos no tienen todas las facilidades que necesitan y entonces lo que yo veo es que los encargados deben hacer esfuerzos descomunales para trabajar con los asesores externos, y no existe ni un solo Estado donde ese problema no exista, porque actualmente todos los estados tienen una política de austeridad; con la transparencia el manejo de las finanzas públicas se ha vuelto mucho más complicado, lo que hace que justificar gastarse mucha plata en ciertos servicios es mucho más difícil que en otros; por ejemplo, en educación o salud, la gente lo acepta mucho más, pero para defenderse el Estado de procesos internacionales, eso el público no lo comprende de la misma manera, por lo que en la escogencia de donde asignar el dinero, los estados no les asignan recursos a esas unidades.

Tiene otro elemento esa falta de recursos y es que, en las entidades en las que se ha causado el litigio, tampoco hay recursos. Y debo decir, que eso es algo que los inversionistas saben, los inversionistas son empresas sofisticadas y muy organizadas y se aprovechan de eso, por lo que en el arbitraje van a presionar para que los plazos sean más cortos, para que la defensa del Estado no sea lo mejor posible, lo que me parece de mala fe.

El segundo problema es el que tiene que ver con la naturaleza del sistema y es que, a mi modo de ver, el arbitraje de inversiones es un sistema que fue creado para proteger las inversiones de los inversionistas y claro, es un sistema que fue pensado para darle derechos a una de las partes del arbitraje y, prácticamente ningún derecho a la otra parte que es el Estado receptor de la inversión.

Pero para mí, el mayor problema es un elemento jurídico del sistema, que es la distinción entre *treaty claims* y *contract claims*. Me explico: en la mayoría de las inversiones hay un contrato que celebra el Estado o una entidad pública con el inversionista o una filial del inversionista y en ese contrato, por lo general hay una cláusula de resolución de litigios que dice que serán las cortes locales o una corte CCI o un arbitraje local, etc., quienes serán competentes para dirimir el litigio. Cuando surge un litigio, lo normal sería que todo se decidiera allí, sin tener que acudir a un tratado, pero esos tratados, de alguna manera le han dado una nueva opción a los inversionistas que disfrazan el litigio de internacional para irse a la



vía del tratado, que es más favorable, porque si se escoge el contrato, este tiene unas cláusulas muy precisas, además que ese contrato generalmente se somete al derecho del Estado receptor de la inversión y eso puede ser desfavorable para el inversionista; en cambio, si se elige la vía del tratado, este tiene protecciones muy amplias, como el trato justo y equitativo a la inversión, por lo que es mucho más fácil tener éxito en ese arbitraje.

Me parece que la distinción entre treaty claims y contract claims le ha dado a los inversionistas la oportunidad de escaparse de las obligaciones contractuales, por lo que al no utilizar la cláusula de resolución de litigios del contrato y escoger el tratado, se está incumpliendo este, lo que para mí, constituye el peor de los problemas del sistema.

En ese sentido, es preocupante que países como Guatemala en su esfuerzo por atraer capital externo que coadyuve con el desarrollo económico de su población, se sujeten a normas incompletas como la nueva sumisión que contempla el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI.

De tal cuenta, la nueva sumisión, como se regula actualmente, conlleva al menos dos defectos que afectan la estabilidad del sistema de resolución de controversias en materia de inversiones:

5.3.1 Ausencia de número de veces para solicitar la nueva sumisión

Tal como lo muestran los casos: (i) Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República de Camerún y la Sociedad de Fertilizantes de Camerún; (ii) Amco Asia Corporation y otros c. Republica de Indonesia; (iii) Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina; y (iv) Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, un caso puede culminar en un laudo, este a su vez puede ser objeto de anulación, lo que puede derivar en una nueva sumisión, la que a su vez, puede concluir y nuevamente estar sujeta a todos los recursos que

pueden someterse contra un laudo CIADI, dentro de los que se encuentra la anulación, lo que implica necesariamente que puede volver a ser declarado nulo total o parcialmente y reiteradamente dar pie a una nueva sumisión.

Lo anterior evidentemente implica para las partes, pero especialmente para los Estados, que por regla general son los demandados:

- Incertidumbre respecto al límite y alcances del proceso.
- Incertidumbre respecto de los tiempos estimados necesarios para concluir los procesos, lo que en el caso de los Estados es grave, en virtud de la planificación presupuestaria que deben realizar anualmente.
- Impacto económico grave para los usuarios del sistema de inversiones, pero especialmente para los Estados que, contrario a muchos inversionistas, no tienen financistas que coadyuven al sostenimiento económico del caso.

El no contar con un número de veces límite en el que la nueva sumisión puede plantearse, genera el riesgo de caer en ciclos procesales interminables, al respecto, Nigel Blackaby indica⁶⁹:

Es un riesgo que existe, precisamente porque hay una nueva decisión, si al inversionista no le gusta, intentará anular, y si tienen éxito podría suceder que se dé una segunda re-sumisión. Cuando hay una anulación parcial, el segundo tribunal es muy consciente del error del primer tribunal, por lo que quieren evitar caer en la misma trampa. En general, los tribunales que oyen las re-sumisiones son muy conscientes de los riesgos de incumplir con los requisitos del artículo 52.

Existe el riesgo, pero como los requisitos de anulación son más de naturaleza procesal pueden blindar su decisión para evitar un segundo ataque, eso no quiere decir que una parte perdedora no lo intente, y no hay nada que bloquee la posibilidad de intentarlo, pero que sea exitoso es menos probable, por lo que los riesgos disminuyen, pero no se excluyen.

⁶⁹ Anexo I, pregunta 25

En ese sentido, inicialmente podría interpretarse que, brindar oportunidades ilimitadas para que, especialmente los inversionistas, puedan re-someter una y otra vez sus reclamaciones sobre un mismo caso, afecta la confianza en el arbitraje de inversiones como un sistema justo y eficaz de resolución de disputas.

No obstante, al consultar al doctor Silva si considera necesario limitar el número de veces que podría recurrirse a la nueva sumisión⁷⁰, respondió: “No, porque no puedes limitar el derecho de solicitar anulación y por ende la re-sumisión, lo que no sería positivo para la administración de justicia.”.

Por su parte, Nigel Blackaby señaló que: “El problema sería la anulación, habría que llenar el hueco que genera la necesidad de una decisión en nueva sumisión.”.

Finalmente, en opinión de un tercer experto, “[...] Sería peligroso, porque podría afectarse derechos de parte.”.

En consecuencia, contrario a la apreciación inicial, la solución no radica en limitar el número de veces que la nueva sumisión pueda tener lugar, al parecer lo mejor sería rediseñar los efectos, naturaleza y alcance del recurso de anulación.

Al respecto, Nigel Blackaby considera que una enmienda⁷¹ interesante sería: “[...] Modificar el sistema de casación [de la anulación] al de apelación, pero esto sería más a nivel de negociación de los tratados de inversiones.” Explica que, como las cortes de casación en derecho civil, los comités de anulación en el CIADI:

No tiene[n] capacidad de tumbar y decidir ell[os] mism[os], por lo que debe[n]devolverlo a la instancia de la que viene. [...]. Si se tratara de un tribunal de apelación sería distinto, tendría una jurisdicción más amplia para llenar los huecos que deja la anulación, lo que haría que la necesidad de re-sumisión fuera mucho menor.

⁷⁰ Anexo I, pregunta 28

⁷¹ Anexo I, preguntas 30 y 34



No obstante, el sistema fue diseñado con la intención de no tener dos instancias, lo que, a criterio de la Proponente, no necesariamente ha sido lo más eficiente o conveniente, sobre todo para los Estados demandados.

En suma, dicha solución, al ser más delicada y de fondo, seguramente alteraría la configuración completa del sistema CIADI tal como se conoce actualmente, y tampoco parece muy viable o realista negociar Acuerdos de Inversión o renegociar los existentes indicando las partes que al someterse a la jurisdicción del CIADI y en el momento de llegarse a una resolución de un comité de anulación, este pueda actuar como tribunal de apelación, puesto que sería contrario al espíritu del Convenio.

Además, es preciso destacar que, luego de la investigación realizada no se encontró que alguno de los casos de nueva sumisión registrados en CIADI hayan tenido un segundo resometimiento. Es decir, luego del laudo de nueva sumisión si se utilizaron remedios procesales como la interpretación o rectificación, incluso, como se mencionó, cuatro casos fueron objeto de segunda anulación, pero ninguna de esas segundas anulaciones ha prosperado, a la fecha, y al no prosperar la anulación, al no haber una anulación total o parcial, es imposible que pueda iniciarse una nueva sumisión.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, en casos de anulaciones parciales, la parte no anulada del laudo se convierte en cosa juzgada, por lo que los ciclos interminables en todo caso aplican sobre las partes anuladas y las partes no pueden regresar en sus argumentos a lo que ha cobrado firmeza, puesto que ello sí podría ser calificado por el tribunal como mala fe o abuso del procedimiento y vulneración del principio de cosa juzgada.

5.3.2 Ausencia de plazo para solicitar la nueva sumisión de un asunto

El Convenio CIADI establece que, de someterse la decisión anulada a un nuevo tribunal, este deberá ser constituido de la misma manera que un Tribunal arbitral que



conocería un caso nuevo. Es decir que, al iniciarse una nueva sumisión, deben observarse todas las reglas procesales aplicables, como si se tratará de un caso que será conocido por primera vez.

Dicha solicitud no está sujeta a plazo alguno ni en el Convenio ni en las Reglas de Arbitraje; tampoco contempla ningún límite de veces en las que un mismo caso puede volverse a someter a arbitraje.

Esta falta de regulación en cuanto al plazo para su presentación disminuye, de manera indubitable, la confianza de los Estados sobre el sistema que ofrece el CIADI para la resolución de controversias relativas a inversiones.

Pese a que los laudos CIADI son “definitivos”, si luego de haber sido interpuesto el recurso “extraordinario” de anulación, así como de la declaración de nulidad de un laudo, las partes no tuvieran la oportunidad de someter a conocimiento de un nuevo tribunal arbitral el asunto, quedaría un vacío en la administración de justicia que, sin lugar a duda, significaría una vulneración al debido proceso y justicia.

Por ende, la nueva sumisión o el sometimiento de un asunto anulado al examen de un nuevo Tribunal arbitral es necesaria para completar el proceso de administración de justicia que la declaración de nulidad del asunto interrumpe para subsanar errores graves de procedimiento que afectan a las partes de la disputa, de modo que la legitimidad del laudo no sea puesta en duda al culminar el ejercicio de conocimiento del asunto.

Sin embargo, debido a que las reglas aplicables a un procedimiento de arbitraje bajo las normas CIADI aplican *mutatis mutandis* a un proceso de nueva sumisión, de conformidad con la Regla 55 (4), el CIADI omitió hacer referencia al plazo dentro del cual la parte interesada debe requerir al Secretario el conocimiento del asunto anulado por un segundo Tribunal arbitral, lo que impide para los usuarios del sistema, especialmente para los Estados, tener plena certeza al respecto, en virtud que, luego de una anulación

de laudo, en cualquier momento, sin importar el tiempo transcurrido, cualquiera de las partes puede solicitar al Secretario del CIADI la nueva sumisión del asunto, sin que este pueda negar el registro de esta por extemporaneidad.

En otras palabras, para solicitar a CIADI el registro de una nueva sumisión o *resubmission* ni el Convenio del CIADI ni las Reglas de Arbitraje contemplan el plazo que debe observarse para el efecto⁷². Lo que implica, tal como exponen Christoph H. Schreuer, Et al. en *The Icsid Convention: A Commentary*, que el secretario general carezca de autoridad para rechazar el registro de una solicitud de esta naturaleza por extemporánea, así como que tampoco tenga facultad para devolver o reenviar el proceso al tribunal original, la norma es rígida al determinar que un nuevo tribunal deberá conocer el caso.

El hecho de no contar con un plazo para la interposición de esta figura aleja al proceso de cualquier esbozo de certeza jurídica. El que quede abierta la puerta a que, en cualquier momento, cualquiera de las partes pueda iniciar nuevamente el proceso rodea al proceso de incertidumbre y ambigüedad, quebrantando el espíritu de seguridad, paz y justicia, así como pone en peligro el principio de buena diligencia procesal.

De tal cuenta, me resulta imperativo indicar que es necesario subsanar dicha falencia, incorporando a las normas aplicables, un plazo o un mecanismo para la determinación del plazo dentro del cual las partes pueden solicitar la nueva sumisión de un asunto cuyo laudo fue declarado nulo total o parcialmente por un Comité Ad hoc.

5.3.2.1 Incorporación de plazo para la solicitud de la nueva sumisión de un asunto a la normativa CIADI

Al plantear la posibilidad de incorporar un plazo o un mecanismo para la determinación del plazo dentro del cual las partes pueden solicitar la nueva sumisión de

⁷² Anexo I, pregunta 22



un asunto,⁷³ el profesor Eduardo Silva respondió: “¡Sí! Me parece importante para garantizar seguridad jurídica y paz social (que los litigios no duren por siempre).”; asimismo, Nigel Blackaby dijo: “Si, sería bueno. Se podría regular en los tratados internacionales sobre inversiones que el Estado suscribe”.

En ese sentido, la pregunta obligada sería ¿cuál es la vía o la forma para incorporar el plazo?⁷⁴ Una postura legalista y rígida, podría sostener que dicha reforma debe realizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, en relación con que todo Estado Contratante puede proponer enmiendas al Convenio; no obstante, ese sería un proceso político, tardado, impráctico e irreal en virtud que el artículo 66 del Convenio establece que, para que una enmienda al Convenio entre en vigor, deben haberla ratificado, aceptado o aprobado todos los Estados Contratantes, que como se anotó en el Capítulo III, según información oficial del CIADI, actualmente son 163 los Estados Contratantes.

Al respecto, Nigel Blackaby señala:

Es imposible renegociar el convenio CIADI, porque debería haber unanimidad de más de 160 países, por lo que tendría que negociarse a nivel de las Reglas, pero estas no pueden contradecir el Convenio. Tendría que ser un plazo razonable.

Es algo que se podría plantear, ¡absolutamente! Por dos vías: a través de las Reglas CIADI y la otra vía sería que los Estados negocien o renegocien esto en los tratados.

Sin embargo, el renegociar acuerdos internacionales de inversión implica el mismo problema de modificar el Convenio, requiere de la voluntad política de los Estados.

⁷³ Anexo I, pregunta 23

⁷⁴ Anexo I, pregunta 24



En consecuencia, pareciera que la alternativa práctica y realista se encuentra en las enmiendas a las reglas que, tal como se mencionó en el Capítulo anterior, se encuentra en curso desde dos mil dieciséis. La razón de ser de los reglamentos es operativizar la norma madre; por ende, debería ser suficiente una enmienda a las Reglas, en virtud que todos los Estados miembros del CIADI forman parte activa del proceso, teniendo oportunidad todos y cada uno de manifestar sus posturas al respecto, sin la burocracia que las otras opciones representan.

Guatemala podría entonces, proponer una reforma dentro del proceso actual de reforma de las reglas; es decir, una enmienda al artículo 55 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, que preceptúa que: “(1) Si un Comité anulare parte o todo de un laudo, cada parte podrá requerir que se someta la diferencia a un nuevo Tribunal. [...]”.

5.3.3 Guatemala y el proceso de enmiendas a las reglas de arbitraje del CIADI

En octubre de 2016 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones dio inicio al cuarto (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2018) proceso de enmiendas de las Reglas del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de Otros Estados, mediante una invitación a los Estados Miembro para participar en los trabajos de actualización y modernización de estas, requiriendo a estos enviar sugerencias sobre temas o asuntos que ameritaran consideración.

Durante 2017 y la primera mitad de 2018 el CIADI recopiló los comentarios y sugerencias recibidas, dando como resultado documentos de trabajo sobre los temas identificados para posibles enmiendas a las Reglas, los cuales fueron publicados el 03 agosto de 2018. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2018).



Con esta iniciativa se pretende simplificar el procedimiento de resolución de las controversias para aumentar su eficacia en términos de tiempo y costos, garantizando el debido proceso y la igualdad de trato de las partes, así como ampliar las opciones para la solución de controversias. (CIADI 2018).

En ese orden de ideas, del 26 al 27 de septiembre de 2018 se sostuvo la primera Reunión de Representantes de Estados Miembros para analizar el documento de trabajo de enmiendas. 164 delegados, de 76 Estados, incluyendo Guatemala, -dentro de cuya delegación tuve el honor y responsabilidad de participar-, se reunieron en Washington para conversar a profundidad sobre las formas de modernizar las normas del CIADI. (Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana, 2018).

Entre otros, los delegados discutieron sobre los siguientes temas:⁷⁵

- a. Nombramiento y recusación de árbitros
- b. Financiamiento por terceros
- c. Garantía por costos
- d. Acumulación de procesos
- e. Transparencia;
- f. Participación de partes no contendientes
- g. Declaración de independencia e imparcialidad de los árbitros
- h. Nueva sumisión

Cabe destacar que, en la referida reunión, -como delegada de Guatemala-, expuse la importancia de realizar enmiendas a la figura de la Nueva Sumisión, que tanto el Convenio como las Reglas de Arbitraje contemplan. Ello, en virtud que la experiencia de Guatemala ha demostrado que la existencia de dicha figura, tal como actualmente se encuentra regulada, elimina la certeza jurídica pretendida con la suscripción del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

⁷⁵ Participación personal en la reunión de Delegados de Estados Miembro del Convenio CIADI, del 26 al 27 de septiembre de 2018.



Al finalizar dicha actividad, el CIADI, a través del Secretariado estableció como plazo para que, tanto los Estados Miembro como el público en general, remitiera por escrito observaciones a las propuestas de enmienda, el 28 de diciembre de 2018.

En ese sentido, en mi calidad de Jefe de la Unidad de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de la Nación, elaboré y remití el 21 de diciembre de 2018, entre otras, las siguientes observaciones a las Reglas de Arbitraje del CIADI⁷⁶:

En relación con la Regla 13, Escrito y Observaciones, “[...] (2) La parte solicitante podrá elegir que la solicitud de arbitraje se considere como el memorial. [...]”, se manifestó preocupación por la inconveniencia que dicha enmienda representa para la parte demandada, recordando que, generalmente, los demandados son los Estados y que los procesos de estos son largos y burocráticos. En consecuencia, se dejó constancia de la oposición rotunda a la inclusión de dicha disposición.

Respecto de la Regla 29, Recusación de árbitros y vacantes, la cual en el texto original fue consignada como sigue:

(3) A menos que el procedimiento sea suspendido, total o parcialmente, de común acuerdo por las partes, este continuará mientras la propuesta de recusación se encuentre en curso. Si la propuesta tiene como consecuencia la recusación del o de la árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar que el Tribunal, una vez que sea reconstituido, reconsidere cualquier resolución o decisión emitida por el Tribunal mientras la propuesta de recusación se encontraba en curso.

Se sugirió eliminar la posibilidad de que el árbitro recusado continúe conociendo el proceso, debido a que, si efectivamente se recusa al árbitro, la posibilidad que las partes puedan solicitar al Tribunal reconsiderar lo que el árbitro recusado resolvió, no corresponde con la eficiencia que pretenden estas propuestas de enmienda. Esto haría que el costo y tiempo del proceso se incremente.

⁷⁶ Ver Anexo II “Observaciones de Guatemala a la Propuesta de enmiendas a las reglas del CIADI”.



Seguidamente, sobre la Regla 41, Testigos y Peritos (as):

(2) Un o una testigo que haya presentado una declaración escrita podrá ser interrogado(a) durante una audiencia. [...] (4) Un o una testigo será interrogado(a) por las partes ante el Tribunal, bajo el control del o de la presidente(a). Cualquier miembro del Tribunal podrá formularle preguntas al o a la testigo. [...]”. (5) Un o una testigo podrá ser interrogado(a) en persona salvo que el Tribunal determine que otro medio para conducir el interrogatorio es apropiado en las circunstancias del caso.

Se hizo la observación de que, debido a que la palabra testigo hacía referencia tanto a testigos factuales como expertos, era importante incluir la palabra perito en todas las referencias a testigos, de modo que no quedara lugar a dudas del alcance de dicha disposición.

Sobre las enmiendas realizadas a las Reglas 44 y 45, Publicación, acceso al procedimiento y presentaciones de partes no contendientes y Publicación de resoluciones y decisiones, respectivamente, se indicó que, tanto la regla 44 como la 45 abordan la publicación de laudos, decisiones y resoluciones, motivo por el cual sugirió condensar el contenido de ambas reglas en una sola, mejorando la redacción y orden de las ideas, pues la propuesta actual es confusa y desordenada.

En relación con la avenencia y discontinuación, contenidas en la Regla 55 de las enmiendas a las reglas de arbitraje:

(2) Si las partes acordaran avenirse respecto de la diferencia antes de que se dicte el laudo, el Tribunal: (a) deberá emitir una resolución que deje constancia de la discontinuación del procedimiento, si las partes así lo solicitaran; o (b) podrá plasmar la avenencia en la forma de un laudo, si las partes presentan el texto completo y firmado de su avenimiento y solicitan al Tribunal que incorpore dicho avenimiento en un laudo.



Cuestioné, en primer lugar, el sentido de la literal a de dicha disposición, en virtud que la redacción de esta no permitía clara comprensión respecto a si la solicitud podía ser realizas por separado por cada una de las partes o si debía realizarse conjuntamente.

Siguiendo con la discontinuación, se sugirió al Secretariado del CIADI incluir en la Regla 56, causales que justifiquen la discontinuación a solicitud de una de las partes, además se señaló la necesidad de establecer el alcance de la discontinuación, pues no queda claro y puede mal utilizarse en su aplicación. Finalmente, se trasladó la interrogante sobre la posibilidad de que luego de la discontinuación sea posible volver a presentar o reabrir el caso, no tendría sentido la inclusión de dicha figura -además de descargar al Centro-.

En lo que respecta al contenido del laudo, regulado en la Regla 60 de las enmiendas, la Procuraduría General de la Nación, a través de mi postura jurídica, como Jefe de la Unidad de Asuntos Internacionales, hizo énfasis en que es preciso que el laudo contemple las justificaciones debidas y detalladas sobre la valoración de la prueba. Ello, en virtud de la experiencia de Guatemala en casos en los que el Tribunal ha determinado que la prueba no fue suficientemente analizada, la contraparte ha utilizado la falta de justificación del tribunal para anular el laudo.

Asimismo, se enfatizó en la necesidad de contar con laudos coherentes, sobre todo que la parte considerativa y la resolutive sea congruente entre sí, haciendo alusión a experiencias del Estado en que las inconsistencias del laudo han tenido como consecuencia el inicio de otro tipo de procesos en contra de este, simplemente porque la parte considerativa y la resolutive no guardan concordancia. En ese sentido, se solicitó considerar incorporar alguna disposición de sanción para los miembros de los Tribunales por deficiencias en los laudos.

En el mismo orden de ideas, se sugirió contemplar la posibilidad que los Tribunales arbitrales sancionen a las partes que presenten demandas, recursos o

cualquier otra herramienta frívola o que demore el proceso y aumente los costos e implicaciones del proceso de manera innecesaria.

Además, se señaló que consentir que la nueva sumisión se siga utilizando como hasta ahora, sería ignorar, con conocimiento de causa y consecuencia, el abuso que usuarios de mala fe han realizado del sistema CIADI, el cual merece la pena recordar, ha sido sumamente criticado en los últimos tiempos.

Finalmente, es las consideraciones finales, se hizo énfasis especial, sobre la preocupación de los siguientes temas:

- a. Inclusión de la posibilidad de que la solicitud de arbitraje pueda ser utilizado como memorial de demanda.
- b. Posibilidad de que el árbitro recusado pueda seguir conocimiento el proceso y que exista la posibilidad de retrotraer el procedimiento al ser este recusado finalmente.
- c. Que no se limite la figura de nueva sumisión, sobre todo que se obvie la posibilidad de al menos establecer un plazo para solicitarla.

En la página oficial del CIADI, se encuentra disponible, en el apartado de Proceso de Enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI, la recopilación de todas las observaciones vertidas al primer y segundo documento de trabajo de enmiendas. (Procuraduría General de la Nación, 2018)

La segunda ronda de reuniones de los Estados miembro se llevó a cabo en abril de 2019, de tal cuenta, en fecha 10 de junio de 2019 se remitieron las observaciones⁷⁷ correspondientes al segundo documento de trabajo⁷⁸, destacando lo siguiente:

⁷⁷ Ver Anexo III “Segundas observaciones de Guatemala a la Propuesta de enmiendas a las reglas del CIADI”.

⁷⁸ Documento firmado por Lilian Nájera, Profesional de la Procuraduría General de la Nación y la Proponente, Jefe de la Unidad de Asuntos Internacionales.



- a. En primer lugar, se agradeció por la adopción de algunas de las observaciones realizadas por Guatemala, especialmente la referente a la eliminación de la posibilidad de que la solicitud de arbitraje pueda ser utilizado como memorial de demanda.

- b. En segundo lugar, se reiteró especial preocupación sobre los siguientes temas:
 - Inclusión de la posibilidad de presentar la solicitud de bifurcación y/o excepciones preliminares previo a la primera sesión.
 - Ausencia de propuesta para limitar la figura de nueva sumisión, sobre todo
 - en lo referente al establecimiento de un plazo para solicitarla.

- c. Finalmente, se reiteraron las observaciones y solicitudes remitidas en diciembre de 2018.

Finalmente, la tercera ronda de reuniones sobre enmiendas tuvo lugar en noviembre de 2019, con el fin de analizar las propuestas junto con las observaciones realizadas, de modo que durante el 2020 los Estados miembros realicen la votación correspondiente sobre estas.⁷⁹

5.3.4 Propuesta de enmienda a la Regla 55 aplicable a Procedimientos de Arbitraje

En virtud del artículo 65 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Guatemala, tiene la facultad para proponer enmiendas a las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje. De tal cuenta, en 2018 y 2019, correspondientemente, a requerimiento de CIADI, remitió observaciones a las propuestas de enmiendas a las Reglas de Arbitraje,

⁷⁹ De acuerdo con el artículo 6 del Convenio del CIADI, se requiere de la aprobación de dos tercios de los Estados Miembros del CIADI.



incluyendo la solicitud expresa de establecer un plazo razonable para solicitar la nueva sumisión de un asunto como resultado de la resolución de anulación total o parcial de un laudo CIADI, disposición que en el Reglamento vigente es la Regla 55.

Dicha solicitud se considera procedente y necesaria en virtud que la experiencia en el Caso CIADI ARB/10/23, así como los otros 8 casos de nueva sumisión, denotan la necesidad, sobre todo para los Estados anfitriones de inversiones extranjeras, del establecimiento de un plazo cierto y razonable para que una parte interesada presente la solicitud de someter a un nuevo tribunal nuevamente un asunto en virtud de su anulación total o parcial.

La reforma en mención, dentro del proceso de enmiendas CIADI en curso, resulta ser la opción más viable, inmediata y práctica para el Estado de Guatemala, en virtud de las siguientes razones:

5.3.4.1 Sistema de enmienda al Convenio CIADI inviable, enmienda al Convenio requiere aprobación de la totalidad de Estados Contratantes

En un documento de debate de 2004 titulado “Posible mejora del marco para el arbitraje del CIADI”, la Secretaría del CIADI sugirió el establecimiento de un mecanismo de apelación para el CIADI; sin embargo, la propuesta, no fue adoptada, ya que un documento posterior señaló que "la mayoría de los miembros del Consejo de Administración del CIADI consideró que sería prematuro tratar de establecer tal mecanismo. (International Bar Association, 2018).

En la actualidad, la situación sigue siendo la misma, sin un consenso político palpable entre los Estados para emprender los esfuerzos a gran escala que serían necesarios para establecer un sistema de apelación universal. (International Bar Association, 2018).



Lo mismo sucedería con cualquier otra propuesta de solicitud al Convenio, en los más de 50 años de vigencia de este, nunca ha sido reformado o actualizado, únicamente sus reglamentos han sido enmendados. Ello se debe a que es sumamente complejo que 163 Estados coincidan en criterios, tiempos, intereses, entre otros.

Por otro lado, el agregar un plazo a una disposición no es una modificación que amerite alterar al Convenio, en virtud de ser vía reglamentaria su solución. En este caso, tanto el Convenio como las Reglas adolecen del plazo en mención, por lo que derivado de tratarse de una adición que permitiría complementar la disposición, es lógico considerar que debe ser incluido en un Reglamento, y no en un Convenio entre Estados.

La modificación por enmienda a las Reglas, y no al Convenio conlleva también agilidad de trámite; por un lado, las enmiendas implican que una vez el secretario general de CIADI culmine con el ejercicio actual, este lo someterá al Consejo Administrativo para su aprobación; mientras si se tratara de modificación al Convenio, los Estados deberían, cada uno, hacer el ejercicio de aprobación interna, así como de la ratificación o depósito que conlleva cualquier tratado internacional.

Además, el proceso de enmiendas se encuentra activo, lo que quiere decir que el Centro tiene la apertura de escuchar las solicitudes de mejora del sistema por parte de los usuarios y las formalidades de presentación de la propuesta resultan ser menores, así como que son analizadas por un equipo dedicado al análisis de mejorar en forma global el sistema.

5.3.4.2. Necesidad de determinación de plazo para solicitar nueva sumisión

La enmienda en mención, aunque se trata de una modificación leve, tendría un impacto positivo en el sistema CIADI, sobre todo para los Estados Contratantes, en virtud que proveería al procedimiento en mención de certeza y seguridad jurídica.



Al respecto y pese a los avances por parte de Procuraduría General de la Nación, en su condición de Representante Legal del Estado, en cuanto a la propuesta y solicitud de inclusión de plazo en la Regla 55, relativa a la Nueva Sumisión, el planteamiento se ha realizado parcialmente, para que este completo, es preciso concretar la propuesta respecto a la determinación del ese plazo *razonable*.

Pero ¿cuál es el plazo *razonable* que debería proponerse? Para responder dicha interrogante hay que tener presentes las siguientes consideraciones:

- a. Tal como se apuntó en el Capítulo I, el sometimiento a arbitraje se encuentra contenido en el acuerdo arbitral.
- b. El artículo 25 del Convenio CIADI establece que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante, siempre que las partes hayan consentido por escrito el sometimiento de esta al Centro.
- c. En consecuencia, la sumisión de un asunto ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones significa que las partes acuerdan por escrito, confiar la resolución de una controversia jurídica sobre una inversión extranjera protegida por un acuerdo internacional de inversión, a la decisión de un tribunal arbitral constituido bajo las normas CIADI.
- d. Derivado del sometimiento referido, las controversias sobre inversiones son resueltas mediante el proceso de arbitraje contenido en el Convenio y Reglas de Arbitraje del CIADI.
- e. Una vez emitido el laudo arbitral, las partes quedan facultadas para interponer los recursos que el Convenio contempla, incluyendo el de anulación, el cual puede derivar en la declaración de nulidad total o parcial del laudo.



- f. Como consecuencia inmediata del proceso de anulación, el artículo 52.6 del Convenio CIADI establece que cualquiera de las partes del proceso puede solicitar que el laudo (cuando se trata de una anulación total) o la porción de este que ha quedado sin validez (cuando se trata de una anulación parcial), sea conocido y resuelto por un nuevo tribunal arbitral.

Lo anterior quiere decir que, con la nueva sumisión de un asunto se pretende que este sea analizado y resuelto por segunda vez por un tribunal arbitral distinto al que emitió el laudo que adolece de nulidad, en virtud de haber perdido definitividad por lo resuelto en anulación.

En tal sentido, la Regla 55(4) establece que al procedimiento de nueva sumisión de una diferencia deberán aplicar las mismas reglas que corresponderían si dicha diferencia hubiera sido sometida de conformidad con las Reglas de Iniciación.

Ello significa que, a un proceso de nueva sumisión, deben aplicarse las mismas reglas que aplicarían a un proceso que es conocido por primera vez en CIADI; por ende, respecto la propuesta de inclusión de un plazo para la presentación de la solicitud de nueva sumisión, este debería ser el mismo que la parte interesada observaría para someter al conocimiento de un tribunal arbitral una controversia en materia de inversión, lo cual sería determinado, nuevamente por lo dispuesto en el acuerdo arbitral, el cual generalmente se encuentra contenido, en el derecho de inversiones, en un acuerdo internacional de inversión.

Por ejemplo, el artículo 10 del Capítulo Diez del DR-CAFTA establece:

10.16.2.: Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”).

10.16.3.: Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1⁸⁰ [...]

10.18.: Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada.

De tal cuenta, la propuesta para el establecimiento de un plazo para la presentación de la solicitud de nueva sumisión sería que, en un caso sometido a arbitraje de inversión en virtud del DR-CAFTA cuyo laudo fue anulado, la solicitud de nueva sumisión debería ser presentada a CIADI de la siguiente manera:

- a. Al menos 6 meses después de notificada la resolución de anulación;
- b. Por lo menos 90 días antes de la presentación de la solicitud de nueva sumisión, la parte interesada tendría que hacer llegar a la otra parte una notificación de intención; y
- c. La solicitud de re-sometimiento no podría tener lugar luego del transcurso 3 años de la emisión de la resolución de anulación.

Esta opción resulta práctica, en virtud que los Estados ya cuentan con la norma aplicable, no hay que volver a negociar los tratados para establecer un nuevo plazo a la nueva sumisión; sino que ya está estipulado; lo que implica que las reglas del juego siguen siendo las previstas, solamente que revestidas de certeza y de seguridad jurídica. Además, con dicha modificación a la Regla de nueva sumisión de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el secretario general ya no carecería de autoridad para rechazar el registro de una solicitud de esta naturaleza por extemporánea.

Finalmente, la nueva sumisión es necesaria en el proceso de arbitraje CIADI, debido a las consecuencias del recurso de anulación; por ende, no sería recomendable

⁸⁰ Párrafo 1: En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación. (...).



una propuesta de remoción de esta; no obstante, es necesaria la inclusión de plazo determinado para la solicitud de dicho procedimiento.

Para el efecto, es preciso que Guatemala, complemente la propuesta realizada a CIADI en 2018 y 2020 respecto a la inclusión de un plazo razonable para la presentación de solicitud de nueva sumisión. En consecuencia, derivado del análisis y estudio realizado en este trabajo, considero que es necesario plantear en la siguiente ronda de observaciones del proceso de enmiendas a las Reglas CIADI, la siguiente adición a la Regla 55 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, actualmente vigente:

Regla 55 Nueva sumisión de una diferencia después de la anulación: (5) Para los efectos del párrafo (1) la parte interesada deberá observar los plazos establecidos en el acuerdo de arbitraje para el sometimiento de una controversia a arbitraje de inversión.





CONCLUSIÓN

El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas contiene los medios pacíficos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje.

Como cualquier procedimiento de arreglo pacífico de controversias internacionales, la base del arbitraje es, por un lado, la voluntad de las partes de someter su disputa al conocimiento de un tercero imparcial para que este realice el análisis correspondiente y decida a quién asiste la razón y, por el otro lado, la buena fe con la que debe ser cumplido el laudo arbitral, el cual tiene fuerza vinculante equivalente a la de una sentencia y puede ser ejecutado de manera forzosa por los órganos judiciales competentes de cada Estado.

Específicamente, el arbitraje de inversión faculta a los inversores extranjeros a formular reclamaciones contra los Estados anfitriones de manera directa, sin tener que acudir a su propio Estado para que realice una reclamación internacional en su nombre.

No obstante, como cualquier sistema en formación el arbitraje y el derecho de inversiones, tiene fallas que es preciso corregir, como es el caso del proceso de nueva sumisión que contempla el Convenio del CIADI, de la cual Guatemala ha visto sus efectos.

Es así como al plantearse la Postulante la interrogante “¿Es necesaria la figura de la nueva sumisión dentro del proceso de arbitraje de inversión que contempla el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI o únicamente requiere límites?” surgió la siguiente hipótesis:

La figura de la nueva sumisión, tal como se encuentra regulada actualmente, atenta contra la certeza jurídica del sistema de solución pacífica de controversias en materia de inversiones y pone en desventaja e indefensión a los Estados frente



a los inversionistas, debido a no existir ni plazo determinado ni número de veces límite para su interposición, dando lugar a procesos interminables y abuso por parte de los inversionistas extranjeros.

Al finalizar el presente documento, puedo afirmar que la hipótesis planteada fue comprobada de manera parcial, en virtud que:

En primer lugar, respecto a la eliminación de la nueva sumisión del arbitraje del CIADI, se determinó que el proceso de nueva sumisión no puede ser eliminado debido a que es vital para el proceso de arbitraje de inversiones diseñado por el CIADI, en razón que la anulación, que es requisito indispensable para que pueda darse la re-sumisión de un caso, no permite al Comité Ad hoc revisar lo actuado por el tribunal original, de modo que, en caso de existir anulación, es la nueva sumisión la que culmina el ejercicio de administración de justicia que persigue el arbitraje.

En segundo lugar y por las razones expuestas, la propuesta de limitar el número de veces en las que puede solicitarse el re-sometimiento de un caso, tampoco encuentra cabida, debido a que siempre que haya una anulación, debe dictarse una resolución que decida sobre el fondo del asunto.

En tercer lugar, respecto a la necesidad de establecer un plazo razonable para solicitar a la Secretaría General del CIADI la nueva sumisión de una controversia en materia de inversión, tras la resolución de anulación total o parcial de un laudo, resulta viable, por cuestiones de certeza jurídica, eficiencia, celeridad y economía procesal.

Lo anterior en virtud que, la ausencia de plazo para dicha solicitud impide a las partes prever escenarios, contingencias y estrategias procesales, lo que se traduce en seguridad y certeza jurídica; inclusive, dicho vacío provoca que el mismo secretario general del CIADI carezca de autoridad para rechazar el registro de una solicitud de esta naturaleza por extemporánea.



En tal sentido, la Regla 55(4) establece que al procedimiento de nueva sumisión de una diferencia deberán aplicar las mismas reglas que corresponderían si dicha diferencia hubiera sido sometida de conformidad con las Reglas de Iniciación.

Lo anterior significa que, a un proceso de nueva sumisión, deben aplicarse las mismas reglas que aplicarían a un proceso que es conocido por primera vez en CIADI; por ende, respecto la propuesta de inclusión de un plazo para la presentación de la solicitud de nueva sumisión, este debería ser el mismo que la parte interesada observaría para someter al conocimiento de un tribunal arbitral una controversia en materia de inversión, lo cual sería determinado por lo dispuesto en el acuerdo arbitral, el cual generalmente se encuentra contenido, en el derecho de inversiones, en un acuerdo internacional de inversión.





RECOMENDACIÓN

Para efecto de complementar la propuesta realizada en 2018 y 2019 por la Procuraduría General de la Nación, a través de la Proponente, en ocasión del proceso de enmiendas a las Reglas del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de Otros Estados, se sugiere a las autoridades guatemaltecas plantear en la siguiente ronda de observaciones del proceso de enmiendas a las Reglas CIADI, la siguiente adición a la Regla 55 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, actualmente vigente:

Regla 55 Nueva sumisión de una diferencia después de la anulación: (5) Para los efectos del párrafo (1) la parte interesada deberá observar los plazos establecidos en el acuerdo de arbitraje para el sometimiento de una controversia a arbitraje de inversión.

Modificación que resulta práctica, en virtud que los Estados ya cuentan con la norma aplicable, no es necesario volver a negociar los tratados para establecer un nuevo plazo a la nueva sumisión; sino que ya se encuentra estipulado; lo que implica que las reglas del juego siguen siendo las previstas, solamente que revestidas de certeza y de seguridad jurídica.

Además, con dicha modificación a la Regla de nueva sumisión de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el secretario general ya no carecería de autoridad para rechazar el registro de una solicitud de esta naturaleza por extemporánea.





REFERENCIAS

- Aguilar Álvarez, G. (2000). *La recusación de árbitros, arbitraje comercial internacional* (Primera ed.). México, D.F.
- Aguirre Andrade, A., Manasía Fernández, N., & Bermúdez Abreu, Y. (2007). Sinergia natural en las relaciones privadas internacionales: comercio y arbitraje internacional. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 13-50.
- Amco Asia Corporation y otros c. Republica de Indonesia, CSID Case No. ARB/81/1 (1981). Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/81/1>
- Americana, P. C. (1889). Primera Conferencia Internacional Americana . *Reclamaciones e intervención diplomática*.
- Amigo Román, C. (1995). La solución de controversias internacionales y sus mecanismos. *Boletín de la Facultad de Derecho*, núms. 8-9, 1995, 511-531. Obtenido de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-1995-8-9-52fe1c19/pdf>
- Amnistía Internacional. (s.f.). *Amnistía Internacional*. Recuperado el agosto de 2019, de Amnistía Internacional: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-orig.html>
- Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka, ARB/87/3 (Tribunal arbitral 27 de junio de 1990).
- Astudillo Moya, M. (2012). *Fundamentos de economía* (Primera edición ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Baños Bajo, P. (21 de mayo de 2018). *Instituto Español de Estudios Estratégicos*. Obtenido de http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2018/DIEEEO60-2018_Geopolitica_Diplomacia_Pedro_Banos.pdf
- Barboza, J. (2006). La responsabilidad internacional. *XXXIII Curso de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos*, 32.
- Becerra, Z. L. (2016). La obligación de reparar como principio del derecho internacional. *Revista Jurídica de la Universidad de León*(3), 83-91. doi:5016-17569-1-PB.pdf



- Beladiez Rojo, M. (1994). La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación. *Revista de administración pública*(133), 155-187. doi:17208
- Bello, F. R. (1970). La responsabilidad internacional del Estado, Doctrinas Calvo y Drago. *Revista del Instituto de Derecho Internacional*(16), 7-19. Obtenido de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16742/16236>
- Bermejo, R. (2015). El uso de la fuerza, la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellogg. En C. F. Yolanda Gamarra, *Los orígenes del derecho internacional contemporáneo: estudios conmemorativos del centenario de la Primera Guerra Mundial* (pág. 396). Zaragoza: Institución Fernando El Católico.
- Brierley, J. (1963). *The Law of Nations* (6° ed.). Oxford University.
- Carillo Salcedo, J. A. (1976). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos. Obtenido de <file:///C:/Users/Luisa%20Gatica/Documents/TESIS%20FINAL/CORRECCIONES/VERSI%3%93N%20SEPT.%202019%20FINAL%20APROBADA%20POR%20TUTORA%20DE%20TESIS/CAPITULOS%20ABRIL%202020/324148204-Carrillo-Salcedo-La-soberania-de-los-Estados-Derechos-Humanos-en-el-Derecho->
- Casco Pagano, H. A. (2004). *Código Procesal Civil Comentado y Concordado* (Quinta edición ed., Vol. 1). La Asunción, Paraguay: La Ley Paraguaya, S.A. . Obtenido de <file:///C:/Users/Luisa%20Gatica/Documents/TESIS%20FINAL/CORRECCIONES/VERSI%3%93N%20SEPT.%202019%20FINAL%20APROBADA%20POR%20TUTORA%20DE%20TESIS/CAPITULOS%20ABRIL%202020/280310121-Codigo-Procesal-Civil-Comentado-y-Concordado-Tomo-i-Hernan-Casco-Pagano.pdf>
- Castañeda Hernandez, J. M. (17 de mayo de 2018). *ISSUU*. Obtenido de Carta de inversionistas de mina El Tambor al Ministro de Economía: issuu.com/jmch123/docs/notice_of_intent_dr-cafta__courtesy
- Centro Intenacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (s/f.). Obtenido de Recursos posteriores al laudo - Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI:



<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Post-Award-Remedies-Convention-Arbitration.aspx>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones . (diciembre de 2016). *Investmen Promotion and Protection Treaties, Chronological Index*. New York, Estados Unidos de Norteamérica: Oceana.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (1970). *History of the ICSID Convention*. ICSID, Washington, D.C. Recuperado el 12 de enero de 2019, de <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2016). *Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI*. Washington D.C. USA: CIADI. Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20SPA.pdf>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018). *Informe Anual*. Washington, D.C. Recuperado el 12 de enero de 2019, de ICSID World Bank Group: https://icsid.worldbank.org/sp/Documents/ICSID_Primer_SPANISH%201.16.19.pdf

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018). *Informe Anual*. Washington, D.C. Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.SP.A.pdf>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018). *Proceso de enmienda de las reglas y el reglameto del CIADI*. Obtenido de icsid.worldbank.org/sp/amendments

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018). *Resumen Preliminar sobre las Propuestas de Enmiendas de las Reglas del CIADI*. Washington, D.C.



Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (26 de enero de 2019). *Estados miembros del CIADI*. Obtenido de icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST57

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2019). *The ICSID Caseload Statics Issue 2019-2*. Recuperado el 02 de septiembre de 2019, de [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(English).pdf)

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (s.f.). *Panorama general de un arbitraje de conformidad con el Convenio del CIADI*. Recuperado el 18 de enero de 2019, de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Arbitration.aspx>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (s.f.). *Panorama general del procedimiento de Conciliación en virtud del Convenio CIADI*. Recuperado el 18 de enero de 2019, de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/ICSID-Convention-Conciliation.aspx>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (s/f.). Obtenido de Secretariado: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Secretariat.aspx>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (s/f.). Obtenido de Search ICSID Membership: Guatemala: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST57>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (s/f.). *Mediación entre inversionistas y Estados*. Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/adr-mechanisms--mediation.aspx>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (s.f.). *Tratados de inversión*. Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/Investment-Treaties.aspx>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2019. (s/f.). Obtenido de Cases Advanced Search: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>



- Chartered Institute of Arbitrators. (s/f.). *International arbitration practice guideline: Jurisdictional Challenges*. Londres: Chartered Institute of Arbitrators.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2017). *Panorama Social de América Latina*.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3 (1997). Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/3>
- Conejero Roos, C. (2005). La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un análisis comparativo. (P. U. Chile, Ed.) *Revista Chilena de Derecho*, 32(1), 89-138. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021316005>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2003). *Solución de Controversias entre Estados. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión*. Nueva York y Ginebra.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo . (2008). *Determinación de los elementos básicos de los acuerdos de inversión de la región del APEC*. Nueva York y Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- Corte Internacional de Justicia. (1924). Caso Concesiones Mavrommatis en Palestina, Grecia vs. Reino Unido. *Sentencia de fondo* .
- Corte Internacional de Justicia. (1970). Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited, España vs. Bélgica. *Sentencia de Fondo* .
- Corte Internacional de Justicia. (1998). Camerún vs. Nigeria. *Fallo sobre excepciones preliminares presentadas por Nigeria*.
- Corte Permanente, d. A. (s.f.). *Corte Permanente de Arbitraje*. Recuperado el 9 de septiembre de 2018, de <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/history/>
- Couture, E. (1985). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires. Obtenido de <http://ipjge.com/fundamentos-del-derecho-procesal-civil-eduardo-couture.pdf>
- Daniel W. Kappes and Kapes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/18/43 (11 de diciembre de 2018). Obtenido de icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/18/43



- Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala, ARB/18/43 (09 de noviembre de 2018).
- De Gregorio, J. (2012). *Macroeconomía, teoría y políticas* (1ra edición ed.). Santiago de Chile.
- De Vattel, E. (1758). *The law of nations; or principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigins*. (E. Joseph Chitty, Ed., & 1844, Trad.)
- Derecho Romano. (3 de junio de 2015). *Derecho Romano*. Recuperado el agosto de 2019, de <https://www.derechoromano.es/2015/06/ley-xii-tablas.html>
- Diez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de derecho internacional público* (16° ed.). España.
- Dugard, J. (2013). *Artículos sobre protección diplomática*. Países Bajos: Universidad de Leiden. Obtenido de https://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_s.pdf
- Emilio Agustín Maffezini y El Reino de España, Caso CIADI No. ARB/97/7 (Tribunal Arbitral 25 de enero de 2000).
- Enciclopedia Jurídica*. (2014). Recuperado el 21 de marzo de 2020, de Diccionario de Derecho : <https://portal.lexglobal.com.gt/diccionario-juridico?campo=palabra&valor=conflicto&pagina=1>
- Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina, CSID Case No. ARB/01/3 (2001). Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/01/3>
- Escobar Fornos, I. (1996). *Derecho de obligaciones*. Colombia: Hispamer.
- Fernández Rozas, J. C. (2011). Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI. En C. A. Coaguila, *Anuario latinoamericano de arbitraje* (pág. 312). Lima, Perú: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Figuroa, K. (2013). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México -UNAM-*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/11.pdf>
- Fouchard, P. (1965). *L'arbitrage Commercial International*. París: Dalloz.



- Francia contra Estados Unidos de América, Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (Corte Internacional de Justicia 1952).
- Ganesh, A. (2017). Cooling Off Period (Investment Arbitration). *MPEiPro*, 15. Recuperado el 27 de abril de 2019, de https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/MPEiPro/Cooling_Off_Periods__EiPro_Sample_Entry.pdf
- Gantenbein, A. (2015). *El ferrocarril en Guatemala: el caso de Ferrovías. Tesis doctoral*. Madrid: Universidad Pontificia de Salamanca. Obtenido de <file:///C:/Users/Luisa%20Gatica/Documents/TESIS%20FINAL/CORRECCIONES/VERSI%3%93N%20SEPT.%202019%20FINAL%20APROBADA%20POR%20TUTORA%20DE%20TESIS/CAPITULOS%20ABRIL%202020/EI-ferrocarril-en-Guatemala-el-caso-de-Ferrov%3%ADas.pdf>
- Genin, Eastern Credit Limited, Inc. & A.S. Baltoil contra República de Estonia, Caso CIADI No. ARB/99/2 (Tribunal Arbitral 25 de junio de 2001). Obtenido de <https://www.italaw.com/cases/484>
- Gitman, L., & Joehnk, M. (2009). *Fundamentos de inversiones* (Décima edición ed.). México: Pearson Educación.
- González de Cossío, F. (2009). *Arbitraje de inversión*. México: Porrúa.
- González Guarderas, J. F. (20 de julio de 2014). *Pérez, Bustamante & Ponce*. Obtenido de <https://www.pbplaw.com/es/arbitraje-en-derecho/>
- Granato, L., & Oddone, C. (2007). Derecho internacional protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis? *Revista Universidad EAFIT*, 43(148), 25-41. Obtenido de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/view/687/613>
- Grecco, O. (2014). *Diccionario de Diplomacia*. Buenos Aires: Valleta Ediciones .
- Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/09/5 (Tribunal Arbitral 26 de julio de 2010).
- Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/09/5 (Tribunal arbitral 17 de Agosto de 2012).
- Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/09/5 (Tribunal arbitral 13 de enero de 2015).



- International Bar Association, S. o. (2016). *Report on the Subcommittee's Investment Treaty Arbitration Surve*. International Bar Association.
- International Bar Association, S. o. (2018). *Consistency, Efficiency and Transparency in Investment Treaty Arbitration*. International Bar Association.
- Klößner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República de Camerún y la Sociedad de Fertilizantes de Camerún, ICSID Case No. ARB/81/2 (1981). Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/81/2>
- Kundmüller, F. y. (2006). El arbitraje del CIADI y el derecho internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte. *Lima Arbitration N°1*, 44.
- Larios Ochaíta, C. (2010). *Derecho Internacional Privado* (8° ed.). Guatemala: Maya Wuj.
- Ley General de Electricidad (1996).
- López Cano, P. A. (2016). La Casación. *Revista Jurídica 2016-2017(06)*, 1-6. Obtenido de <http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20revista%20juridica/Revista%20Juridica%2016-17/articulos/06%20La%20Casacion.pdf>
- Lozada Pimiento, N. E. (2016). El mecanismo de anulación de los laudos arbitrales del CIADI: qué es y para dónde va. *Revista de Derecho Privado(55)*, 1-29. doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.07>
- Maffeo, A. (2004). La Guerra Ruso Japonesa de 1904-1905. *Revista Relaciones Internacionales N° 26 Segmento Digital*, 1-13.
- Mantilla-Serrano, F., & Zuleta Jaramillo., E. (2007). *El arbitraje de inversión en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos*. Bogotá, D.C.: Legis.
- Medina Mora, R. (2000). *Cláusula y acuerdo arbitrales, arbitraje comercial internacional*. México, D.F.
- Ministerio de Economía. (19 de enero de 2019). *Ministerio de Economía*. Obtenido de DACE, Acuerdos de Inversión vigentes: <https://www.mineco.gob.gt/node/294>
- Miramón Parra, A. (2011). Teoría de las nulidades e ineficacias del acto jurídico. En C. d. UNAM, *Cien años de derecho civil en México 1910-2010* (págs. 75-82). México: UNAM.



- Molteni, A. (1964). La responsabilidad internacional del Estado. *Lecciones y Ensayos* 26, 43-63. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/26/la-responsabilidad-internacional-del-estado.pdf>
- Monroy Cabra, M. G. (2002). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis, S.A.
- Montes de Oca Milán, K. (2011). *La figura del trato justo y equitativo en el derecho internacional público. Aproximaciones teóricas*. Instituto de Relaciones Internacionales Raúl Roa García, La Habana. Obtenido de La figura del trato justo y equitativo en el derecho internacional públic. Aproximaciones teóricas
- Morales Vela, D. (2007). Arbitraje internacional de inversiones: Conflictos en la aplicación de cláusulas paraguas. *Iuris Dictio*, 7(11), 48-61. doi:<https://doi.org/10.18272/iu.v7i11.673>
- Orellana, M. (septiembre de 2013). Juicio de arbitraje en contra de la República de Guatemala a través del sistema de resolución de conflictos entre inversionistas y el Estado. Caso: Ferrocarriles de Guatemala-FEGUA-. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. (2015). *Policy Framework for Investment*. París: OECD Publishing. Obtenido de <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264208667-en.pdf?expires=1587960564&id=id&accname=guest&checksum=3562026E059EDC46C86B050DB76F1C43>
- Organización de Estados Americanos. (s/f.). OEA. Obtenido de Quiénes Somos: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp
- Organización Mundial del Comercio. (1947). Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947).
- Ortíz Ahlf, L. (1993). *Derecho Internacional Público* (Segunda edición ed.). México,: HARLA, S.A. de C.V.
- Pardo Segovia, F. (1991). *Los buenos oficios y la mediación... algunas precisiones*. Lima, Perú. Obtenido de <file:///C:/Users/Luisa%20Gatica/Documents/TESIS%20FINAL/CORRECCIONES/VERSI%3%93N%20SEPT.%202019%20FINAL%20APROBADA%20POR%20>



TUTORA%20DE%20TESIS/CAPITULOS%20ABRIL%202020/Dialnet-
LosBuenosOficiosYLaMediacionAlgunasPrecisiones-5109901.pdf

- Pesantes García, A. (1977). *Las Relaciones Internacionales*. México: Cajica.
- Prieto, G. (2013). *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones* (Vol. 139). Quito, Ecuador: Corporación Editorial Nacional.
- Procuraduría General de la Nación. (21 de diciembre de 2018). *Rule Amendment Project - Member State & Public Comments on Working Paper of August 3, 2018*. Guatemala. Obtenido de icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Guatemala_Observaciones_12.21.18.docx.pdf
- Procuraduría General del Estado del Ecuador. (2016). *Visión crítica del arbitraje de inversiones desde la experiencia del Ecuador*. Quito: Procuraduría General del Estado Ecuador.
- Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/43 (Andrés Rigo, Stuart Eizenstat y James Crawford 29 de junio de 2012).
- Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la Lengua Española* (23.ª ed. ed.). Recuperado el 19 de marzo de 2020, de <https://dle.rae.es/controversia?m=form>
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario del Español Jurídico*. Obtenido de <https://dej.rae.es/>
- Recurso de casación , 62/2005 (Sala Primera del Tribunal Supremo de lo Civil, Girona, Cataluña, España 22 de junio de 2009). Obtenido de <https://supremo.vlex.es/vid/-231830214>
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N. y., & Partasides, C. (2006). *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra, España: Aranzi, S.A.
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., & Partasides, C. (2006). *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra, España: Aranzi, S.A.
- Reed, L., Paulsson, J., & Blackaby, N. (2011). *Guide to ICSID Arbitration*. Nueva York : Wolters Kluwer.
- Reuter, P. (1999). *El derecho de los tratados*. México: Fondo de Cultura Económica.



- Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana. (01 de octubre de 2018). *CIAR GLOBAL*. Recuperado el 02 de febrero de 2019, de <http://ciarglobal.com/estados-miembros-ciadi-debaten-modernizacion-de-normas-del-arbitraje-de-inversiones/>
- Riquelme, C. (s/f.). *La cláusula de transferencia de fondos en los tratados internacionales de inversión en Chile*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Ronald S. Lauder contra República Checa (tribunal arbitral 3 de septiembre de 2001).
- Sánchez, R. V. (1998). *La Transacción : solución alternativa de conflictos*. Santafé de Bogotá, Colombia: Legis editores.
- Schreuer, C. (2001). *The ICSID Convention: A Commentary*. United Kingdom: Cambridge University.
- Sempra Energy International c. República de Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16 (2002). Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/16>
- Sepúlveda, C. (1993). *Terminología usual en las relaciones internacionales, Derecho Internacional Público* (Vol. 2). México: Secretaría de Relaciones Exteriores.
- Siemens contra Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8 (Tribunal Arbitral CIADI 3 de agosto de 2004). Obtenido de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0789.pdf>
- Sommer, C. G. (2013). *La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos*. Córdoba, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba. Obtenido de <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/SOMMER-La-aplicacion-de-estandares-de-proteccion-de-inversiones-extranjeras.-Una-mirada-desde-los-casos-argentinos.pdf>
- Sorensen, M. (2017). *Manual de derecho internacional público* (2017 ed.). (M. Sorensen, Ed., & D. C. Internacional, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Sorensen, M. (2017). *Manual de derecho internacional público* (2017 ed.). (M. Sorensen, Ed., & D. C. Internacional, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Talero Rueda, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional: instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá: Temis.



- Tawil, G., & Zuleta, E. (2008). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Universidad del Rosario, Facultad de Derecho: Abeledo Perrot.
- Teco Guatemala Holdings, LLC c. la República de Guatemala, Caso CIADI ARB/10/23 (Tribunal Arbitral 19 de diciembre de 2013).
- Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, Caso CIADI ARB/10/23 (Tribunal Arbitral 19 de diciembre de 2013).
- Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/10/23 (Bernard Hanotiau, Tinuade Oyekunle y Klaus Sachs 5 de abril de 2016).
- Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/10/23 (2017). Obtenido de https://www.mineco.gob.gt/sites/default/files/02_claimants_memorial_spanish_redacted_1.pdf
- Treviño Moreno, F. J. (2019). *Medios alternativos para la solución de controversias*. Banco Internacional de Desarrollo.
- United Nations Conference on Trade and Development. (1996). *World Investment Report 1996 Investment, Trade and International Policy Arrangments*. New York and Geneva: United Nations.
- Ustor, E. (1968). *Cláusula de la nación más favorecida*. Nueva York y Ginebra: Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.
- Vandeveldt, K. J. (2010). *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*. New York: Oxford University.
- Varela Quirós, L. A. (2014). La protección diplomática y la nacionalidad de las personas. *Revista costarricense de derecho internacional*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32528.pdf>
- Venezuela Holdings B.V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27 (2007). Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/27>
- Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile, ICSID Case No. ARB/98/2 (1998). Obtenido de <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/98/2>



- Villacís Schettini, B. (2015). Los medios de solución pacífica de controversias y el arbitraje internacional. *Revista Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano*(60), 20-38. Obtenido de <https://afese.com/img/revistas/revista60/AFESE60.pdf>
- Villagrán Kramer, F. (2002). *Derecho de los Tratados*. Guatemala: F&G Editores.
- Villalba Cuéllar, Juan C.; Moscoso Valderrama, Rodrigo A. (diciembre de 2008). Orígenes y panorama actual del arbitraje. *Red de revistas científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal*, 31. Recuperado el agosto de 2019, de <https://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>
- Villalta Vizcarra, A. E. (2014). *Solución de controversias en el derecho internacional*. Recuperado el agosto de 2019, de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xli_curso_derecho_internacional_2014_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf





ANEXO I



CUESTIONARIO PARA ENTREVISTA

Objetivo:

En el marco de la elaboración de la tesis intitulada "Guatemala frente a la nueva sumisión dentro del arbitraje de inversión", profundizar sobre la figura de la nueva sumisión contenida en el artículo 52 (6) del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados y en el artículo 55 de las Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje.

Preguntas:

1. ¿Cuál es su profesión?
2. ¿Cuántos años de ejercicio profesional tiene?
3. ¿En qué rama del derecho se ha especializado?
4. ¿Ha participado en casos de arbitraje Inversionista-Estado? De ser así, ¿en aproximadamente cuántos?
5. ¿Ha defendido Estados dentro de arbitrajes de inversión? De ser así, ¿a aproximadamente cuántos?
6. Según su experiencia ¿cuáles son los retos que los Estados enfrentan en procesos de arbitraje de inversión?
7. ¿Ha participado en arbitrajes bajo las reglas del CIADI? De ser así, ¿en aproximadamente cuántos?
8. ¿Qué ventajas para los Estados considera contiene el Convenio CIADI y sus reglas, especialmente las de arbitraje?

9. ¿Qué desventajas para los Estados considera contiene el Convenio CIADI y sus reglas, especialmente las de arbitraje?
10. ¿Conoce la figura de la Nueva Sumisión?
11. ¿Conoce usted de la existencia de bibliografía que aborde la nueva sumisión?
12. En su opinión, ¿cuál es la naturaleza y objeto de la nueva sumisión?
13. ¿Qué opinión le merece la figura de la nueva sumisión?
14. ¿Ha llevado procesos de nueva sumisión? De ser así, ¿aproximadamente cuántos? ¿Cuál fue su rol dentro del proceso?
15. ¿Considera usted que la figura de la nueva sumisión es necesaria dentro del arbitraje de Inversión?
16. ¿Considera usted que la existencia de dicha figura aumenta los costos y tiempos de los procesos de arbitraje?
17. ¿Cuáles, en su opinión son las ventajas de la figura de nueva sumisión?
18. ¿Cuáles, en su opinión son las desventajas de la figura de nueva sumisión?
19. ¿Considera usted que la figura de nueva sumisión contribuye o no a la certeza jurídica y celeridad de los procesos de arbitraje que propugna el CIADI?
20. ¿Considera usted, que las partes podrían hacer uso abusivo de la figura de la nueva sumisión actualmente?

21. ¿Qué impactos considera que tiene para un Estado un proceso de nueva sumisión?
22. ¿Tiene conocimiento de la existencia de un plazo determinado en el Convenio o en las Reglas de Arbitraje para hacer uso de la nueva sumisión?
23. ¿Estima necesario el establecimiento de un plazo para la interposición de la nueva sumisión?
24. ¿Estima que dicho plazo debe ser incluido en el Convenio o en las Reglas de Arbitraje?
25. ¿Considera usted que el uso de la figura de nueva sumisión puede dar paso a ciclos procesales interminables? En ese caso, ¿cuáles podrían ser los efectos?
26. ¿Tiene conocimiento de la existencia de casos en curso en el CIADI que se encuentran en proceso de un segundo proceso de anulación derivado de un proceso de nueva sumisión?
27. ¿El Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje establecen un número de veces límite para hacer uso de la nueva sumisión?
28. ¿Considera que sería positivo para el arbitraje de inversión establecer un número de veces límite en que puede iniciarse una nueva sumisión dentro de un mismo caso?
29. ¿Tiene conocimiento del actual proceso de enmiendas a las Reglas del CIADI?
30. ¿Qué enmiendas sugeriría a las Reglas de Arbitraje del CIADI?

31. ¿En virtud que las enmiendas a las Reglas del Convenio CIADI se encuentran en proceso, sugeriría a la Secretaría General del CIADI realizar dicha enmienda?
32. ¿En el caso de los Estados parte del Convenio CIADI, cuál considera que sería la vía idónea para proponer dicha enmienda?
33. Finalmente, si estuviera en sus manos la decisión, ¿eliminaría la figura de nueva sumisión del proceso de arbitraje o únicamente realizaría enmiendas para solventar sus deficiencias actuales? Favor justificar su respuesta.
34. ¿De considerar que la figura de la nueva sumisión debe mantenerse, y que únicamente necesita enmiendas, cuáles sugeriría? ¿por qué?



ANEXO II



OBSERVACIONES DE GUATEMALA A LA PROPUESTA DE ENMIENDAS A LAS REGLAS DEL CIADI

1. ANTECEDENTES

En lo que respecta a la promoción y desarrollo de la inversión extranjera, los intereses de los involucrados generalmente van en direcciones opuestas. Para el inversionista, la inversión es una forma de maximizar ganancias, expandir mercados, consolidar alianzas estratégicas, desarrollar etapas del proceso productivo o cualquier otra de índole empresarial. Para los Estados destinatarios de la inversión, la inversión extranjera se traduce en un dispositivo de financiamiento para el desarrollo.¹

Esa diferencia de intereses ha sido históricamente una fuente de disputas para las cuales se han empleado diferentes instrumentos legales, algunos a nivel de doctrinas o teorías, otros a nivel de textos legales. Así, por ejemplo, los Estados han usado instrumentos como la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados postulada por las Naciones Unidas; la doctrina Calvo, formulada por el Argentino Carlos Calvo, según la cual los Estados no pueden intervenir diplomáticamente en la protección de sus nacionales por posibles daños causados a sus personas o patrimonio, más allá de lo que señalen los medios locales sobre una base de igualdad con la población nativa; y la doctrina Drago, formulada en 1902 por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis Drago, que no es más que la extensión de la doctrina Calvo, prohibiendo el uso de la fuerza por un Estado para proteger la seguridad de sus nacionales. Ambas doctrinas se encuentran íntimamente ligadas al principio de derecho internacional de no intervención en los asuntos internos de los estados y, en consecuencia, son obligatorias para todos los Estados. Asimismo, tienen por objeto no conceder a los extranjeros más derechos que los que el Estado otorga a sus nacionales y remitirlos a la solución de sus controversias a nivel interno. Los inversionistas han usado doctrinas tales como la de responsabilidad de los Estados por lesiones a los extranjeros, y fórmulas de compensación total en casos de expropiaciones directas o indirectas.²

Hasta 1959, las relaciones entre los inversionistas extranjeros se regían única y exclusivamente por el derecho internacional público. De tal cuenta, ante algún maltrato al inversionista extranjero por parte del Estado anfitrión, el inversionista tenía dos opciones: la primera, demandar al Estado ante los tribunales locales; la segunda opción disponible al inversionista extranjero era, solicitar al Estado de su nacionalidad, protección diplomática,

¹ GARCÍA-BOLIVAR, Omar E. *Doctrinas básicas del arbitraje internacional de inversiones*. Disponible en línea: <http://www.bo-consejillo.com/tesis.pdf>. Fecha de consulta: 21 octubre 2017.

² *Ibid.*

por lo cual el Estado de nacionalidad y el anfitrión podían negociar y, eventualmente, encontrarse como partes de una acción ante la Corte Internacional de Justicia o su antecesora la Corte Permanente Internacional de Justicia³.

En consecuencia, en 1959 se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán, instrumento que significó la evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación. Aunque no contenía muchas de las protecciones que hoy día se observan en los tratados en cuestión, creó el paradigma de lo que después se convertiría en un sistema integrado de protección al inversionista y a la inversión extranjera.⁴

Hoy, existen más de 2800 tratados de esa naturaleza, así como capítulos de inversiones en tratados de libre comercio, siendo que la mayoría de estos tratados están suscritos entre países desarrollados y países en desarrollo o entre países en desarrollo, con pocos tratados suscritos entre países desarrollados.

En 1966 se suscribió la Convención que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), naciendo con ella un mecanismo de solución de controversias entre estados parte de la Convención e inversionistas de otro Estado contratante, mediante conciliación o arbitraje. Dicho sistema fue ignorado por décadas, hasta que en los años 90 los inversionistas comenzaron a hacer uso de él. A partir de esos años se empezaron a presentar en promedio cerca de 2 casos por año, hoy en día se presentan aproximadamente 8 casos por mes.⁵ Al 15 de noviembre de 2016 el CIADI había administrado un total de 527 casos de arbitraje.

Durante 2017 CIADI administró 258 casos, de acuerdo a su Informe anual. Tal circunstancia lo confirma como líder mundial en solución de controversias de inversión, abarcando más del 70% de casos.⁶

2. GUATEMALA Y EL DERECHO DE INVERSIONES

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 119, literales k y n, establece que es obligación del Estado proteger la formación de capital, ahorro e inversión, así como crear las condiciones

³ Op. Cit.

⁴ Op. Cit.

⁵ Op. Cit.

⁶ CIADI, Informe Anual 2017, Pág. 3 Consulta en línea: <https://oiaid.worldbank.org/en/Documents/annualdocs/CIADI%20AN%202017.pdf> Fecha de consulta: 24 de febrero de 2018.

adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros, entre las obligaciones fundamentales del Estado se encuentran el de proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión y el de crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

Con la finalidad de sistematizar en un solo cuerpo legal los preceptos relacionados con las inversiones extranjeras, así como crear un régimen más favorable para lograr la atracción de capitales extranjeros que coadyuven con el desarrollo del país, en 1998, fue emitida por el Congreso de la República de Guatemala la Ley de Inversión Extranjera, Decreto No. 9-98, misma que regula la inversión nacional y extranjera dentro del territorio nacional.

Gracias a la política de atracción de inversión extranjera adoptada por Guatemala, a partir de los años 2000, Guatemala optó por la tendencia de suscribir acuerdos bilaterales de promoción de inversiones, así como empezó a incluir capítulos de inversión en los acuerdos multilaterales de libre comercio.

Así pues, el Estado de Guatemala, a través del Ministerio de Economía, ha suscrito 21 Acuerdos Bilaterales de Inversión, de los cuales 18 se encuentran vigentes, 1 terminado, 2 pendientes de iniciar su vigencia, y 12 Tratados que contienen previsiones o capítulos de inversión.⁷

En el año 2009 se creó, de conformidad con el Acuerdo Gubernativo No. 128-2009, la Comisión Interinstitucional de Apoyo a Procesos de Arbitraje, con el objeto apoyar y dar seguimiento a 2 arbitrajes interpuestos por inversionistas del sector eléctrico del país.

El referido Acuerdo sufrió reformas en agosto del año 2017 y mayo 2018, mediante las cuales se amplió el objeto y vigencia de la Comisión, para que ésta funcionara hasta la finalización de los procesos arbitrales y emisión de los laudos arbitrales respectivos o cuando se llegase a un acuerdo satisfactorio para las partes, dándole seguimiento a los procesos judiciales, como consecuencia de los laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales en los arbitrajes internacionales de inversionistas. Asimismo, como parte de la reforma se ampliaron las atribuciones de la Comisión para que pudiera conocer un caso concreto más, así como para otras controversias que surjan en contra del Estado, relacionadas con el sector eléctrico; finalmente se incorporó a a otras instituciones estatales como miembros titulares.

⁷ Ministerio de Economía, Dirección de Administración del Comercio Exterior, Tratados vigentes, Acuerdos de inversión, <https://www.mineco.gub.gh/bo/264> [Consulta en línea] Fecha de consulta: 18 de julio de 2017.

En virtud del aumento exponencial de los casos de arbitraje de Inversión Interpuestos en contra del Estado de Guatemala durante 2017 y 2018, así como de la variedad de sectores productivos de los que éstos proceden, se estableció en el seno de la referida Comisión, la necesidad de crear una que abarcara la totalidad de controversias en materia de Inversión extranjera Interpuestas en contra del Estado de Guatemala.

En consecuencia, a la fecha, Guatemala se encuentra realizando los esfuerzos necesarios para la creación de un órgano colegiado que pueda conocer de la totalidad de las controversias planteadas y futuras en contra del Estado en materia de Inversiones.

3. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA DEFENSA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Antes de la creación de la Unidad de Asuntos Internacionales -UAI- de la Procuraduría General de la Nación -PGN-, Guatemala no contaba con capacidad instalada en materia de defensa de Intereses del Estado en el ámbito de derecho Internacional.

En 2016, la entonces Procuradora General de la Nación, tuvo la visión de conformar un equipo estatal que atendiera las controversias Internacionales Incoadas en contra del Estado, dejando de lado las asesorías nacionales externas.

Siguiendo la tendencia regional actual, la PGN, en salvaguarda de los Intereses del Estado, a través de la UAI, como coordinadora de la Comisión Interinstitucional de Apoyo a Procesos de Arbitraje, trabaja de la mano con asesores Internacionales en la defensa conjunta de los casos de arbitraje de Inversión Interpuestos en contra del Estado de Guatemala, con la firme convicción que, a corto-mediano plazo, el Estado de Guatemala podrá llevar en solitario su defensa en casos de tal trascendencia.

4. GUATEMALA Y EL CIADI

Guatemala firmó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados el 9 de noviembre de 1995 y depositó el instrumento de ratificación el 21 de enero de 2003, por lo que el 20 de febrero de 2003 entró en vigencia para la República el mismo.

A la fecha, CIADI ha registrado 4 procesos de arbitraje de los que Guatemala ha sido parte, además de 1 rectificación y decisión suplementaria, 2 anulaciones y 1 solicitud de nueva sumisión:

CASOS REGISTRADOS EN CIADI EN LOS QUE GUATEMALA ES PARTE	
Demandante	Año de registro
Railroad Development Corporation	2007
Iberdrola Energía, Sociedad Anónima	2009
Teco Guatemala Holdings, LLC	2010 y 2016 (nueva sumisión)
Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates	2018

3. INVITACIÓN DE CIADI A LOS ESTADOS PARA EMITIR OBSERVACIONES A LA PROPUESTA DE ENMIENDAS A LAS REGLAS DEL CIADI

En noviembre de 2016 Guatemala, en su calidad de Estado Miembro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones-CIADI, fue invitado por dicho Centro a participar en los trabajos de la nueva actualización y modernización del Reglamento y Reglas del CIADI, mediante la cual se busca simplificar el procedimiento de resolución de las controversias para aumentar su eficacia en términos de tiempo y costos, garantizando el debido proceso y la igualdad de trato de las partes.

Como parte de ese ejercicio, Guatemala trasladó a CIADI con fecha 01 de febrero de 2017, su Proyecto de Propuestas de Enmiendas a través del Ministerio de Finanzas Públicas, Autoridad Central designada por parte del Gobierno ante ese ente.

En ese orden de ideas, a inicios de 2018 CIADI trasladó a todos sus miembros un Documento de Trabajo, el cual condensa las propuestas exhaustivas para la actualización del Reglamento y Reglas CIADI, se sostuvo en septiembre pasado la primera Reunión de Representantes de Estados Miembros para discutir el relacionado instrumento. Asimismo, en reiteradas ocasiones CIADI ha indicado que la fecha límite para remitir las observaciones a las propuestas realizadas es el próximo 28 de diciembre, razón por la cual se remiten a continuación las realizadas por Guatemala, a través de la Procuraduría General de la Nación.

4. OBSERVACIONES DE GUATEMALA A LA PROPUESTA DE ENMIENDAS A LAS REGLAS DEL CIADI

En virtud de la invitación realizada, la Procuraduría General de la Nación remite a continuación, las observaciones realizadas a la Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI:

REGLAMENTO ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO		
Número de Regla	Disposición	Observación
Regla 7 Votación	“(…) (4) Si todos los Estados Contratantes no están representados en una reunión del Consejo Administrativo y no se obtuvieren los votos necesarios para tomar una decisión propuesta por la mayoría de los dos tercios de los miembros del Consejo, el Consejo, con la ausencia del o de la Presidente(s), podrá decidir que se deje constancia de los votos de los miembros del Consejo representados en la reunión y que se solicite a los miembros ausentes que voten de acuerdo con el párrafo (3). Los votos emitidos en dicha reunión podrán ser modificados por un miembro antes de que venza el plazo de votación establecido de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (3).”	Se sugiere suprimir la última parte del párrafo, dado que dejar abierta esta posibilidad es peligrosa, pues puede abrir la puerta a cambios constantes en las votaciones, haciendo más difícil alcanzar consensos.
Regla 8 Secretario (a) General Interino (a)	“(1) Si ha y más de un o una Secretario(a) General Adjunto(a), el o la Presidente(s) del Consejo Administrativo podrá proponer al Consejo Administrativo el orden en que dichos Secretarios(as) Adjuntos(as) actuarán como Secretario(a) General de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 10(3) del Convenio. A falta de decisión del Consejo Administrativo sobre el particular, el o la Secretario(a) General determinará el orden cual/ cual de los o las Secretarios(as) Generales Adjuntos(as) actuará como Secretario(a) General. (...)”.	Se sugiere mantener la disposición vigente, dado que designar a una sola persona puede generar apuros en caso de ausencia de ésta, mientras que el orden de prelación resuelve el problema.
Regla 27 Plazos	“Los plazos especificados en los Artículos 65 y 66 del Convenio y las Reglas 2, 3 y 7 se calcularán desde la fecha en la cual el o la	¿Qué sucede con el tema de los plazos? Quedó supremamente escueto en la Regla 27 propuesta.

	<p>Secretario(a) General transmita o reciba el documento pertinente. Se excluirá de dicho cálculo la fecha de transmisión o recepción.⁴</p>	<p>¿Esto deberá ser un acuerdo incluido en la primera orden procesal? Imaginamos que esa es la intención, dado que en la práctica las partes lo acuerdan en la primera sesión.</p>
--	--	--

Nota: Las reglas que no se enlistan son acogidas con agrado por Guatemala.

REGLAS DE INICIACIÓN – PROCEDIMIENTOS EN VIRTUD DEL CONVENIO DEL CIADI		
Número de Regla	Disposición	Observación
<p>Regla 8 Información Adicional Recomendada</p>	<p>⁴Se recomienda que la solicitud también contenga: (a) una estimación del monto de la compensación pecuniaria pretendida, si la hubiera; (b) una propuesta relativa al número y método de nombramiento de los o las árbitros o conciliadores(as); (c) el o los idiomas(s) del procedimiento propuesto(s); (d) cualquier otra propuesta procesal; y (e) cualquier acuerdo procesal alcanzado por las partes.⁴</p>	<p>Debería exigirse propuestas de todos los aspectos procesales, de modo que al conocer la demanda estos aspectos pueda pronunciarse o contraproponer a la brevedad, haciendo más eficiente esta fase preliminar.</p>
<p>Regla 7 Notificación del Registro</p>	<p>⁴La notificación del registro de la solicitud deberá: (a) dejar constancia de que la solicitud ha sido registrada e indicar la fecha del registro (y del envío de la notificación); (...)⁴.</p>	<p>Se sugiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mantener la fase contenida en la regla 6 vigente, respecto a la aclaración de que ⁴Todo procedimiento previsto en el Convenio se tendrá por instituido en la fecha en que se registre la solicitud. Hace poco Guatemala tuvo una experiencia en la que esa aclaración fue vital para el proceso. 2. No coincidimos con la decisión de eliminar en esta propuesta la terminación de la literal (a) de la regla 7 vigente, por tal motivo

		<p>sugerimos se mantenga que la notificación del registro de la solicitud debe dejar constancia de la que la solicitud ha sido registrada e indicar la fecha del registro y del envío de la notificación. Ello debido a que de no suceder por alguna razón la notificación del registro a la parte demandada, puede perjudicar a esta última en el cómputo de los plazos.</p>
--	--	---

Nota: Las reglas que no se enlistan son acogidas con agrado por Guatemala.

REGLAS PROCESALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE (REGLAS DE ARBITRAJE)		
Número de Regla	Disposición	Observación
<p>Regla 13 Escrito y Observaciones</p>	<p>“(…) (2) La parte solicitante podrá elegir que la solicitud de arbitraje se considere como el memorial. (...)”.</p>	<p>No es conveniente para la parte demandada, recordar que generalmente los demandados son los Estados y que los procesos de éstos son largos y burocráticos.</p> <p>En tal virtud, Guatemala se opone rotundamente a la inclusión de esta disposición.</p>
<p>Regla 29 Recusación de árbitros y voantes</p>	<p>“(…) (3) A menos que el procedimiento sea suspendido, total o parcialmente, de común acuerdo por las partes, esta continuará mientras la propuesta de recusación se encuentre en curso. Si la propuesta tiene como consecuencia la recusación del o de la árbitro, existencia de las partes podrá solicitar que el Tribunal, una vez que sea reconstituido, reconsidere cualquier resolución o decisión emitido por el Tribunal mientras la propuesta de recusación se encontraba en curso.”.</p>	<p>Se sugiere la eliminación de la posibilidad de que árbitro recusado continúe conociendo el proceso, debido a que, si efectivamente se recusa al árbitro, la posibilidad que las partes puedan solicitar al Tribunal reconsiderar lo que el árbitro recusado resolvió, no corresponde con la eficiencia que pretenden estas propuestas de enmienda. Esto haría que el costo y tiempo del proceso se incremente.</p>
<p>Regla 41 Testigos y Peritos (as)</p>	<p>“(…) (2) Un o una testigo (o perito) que haya presentado una declaración escrita podrá ser interrogado(a) durante una audiencia. (...)”</p>	<p>Debido a que la regla abarca tanto a testigos como a peritos, es preciso</p>

	<p>(4) Un o una testigo /o perito/ será interrogado(a) por las partes ante el Tribunal, bajo el control del o de la Presidente(s). Cualquier miembro del Tribunal podrá formularle preguntas al o a la testigo. (...)P.</p> <p>(5) Un o una testigo /o perito/ podrá ser interrogado(a) en persona salvo que el Tribunal determine que otro medio para conducir el interrogatorio es apropiado en las circunstancias del caso. (...)P.</p>	<p>Incluir la palabra perito de la manera que se indica en la casilla izquierda.</p>
<p>Regla 44 Publicación, acceso al procedimiento y presentaciones de partes no contendientes</p> <p>y</p> <p>Regla 45 Publicación de resoluciones y decisiones</p>	<p>¶(1) El Centro publicará todo laudo, decisión suplementaria sobre un laudo, rectificación, aclaración, y revisión de un laudo y decisión sobre anulación, con el consentimiento de las partes. (...)P.</p> <p>¶(1) El Centro publicará resoluciones y decisiones dentro de los 60 días siguientes a su emisión, con cualquier supresión de texto que haya sido acordada por las partes y notificada conjuntamente al Centro dentro del plazo de 60 días. (...)P.</p>	<p>Tanto la regla 44 como la 45 abordan la publicación de laudos, decisiones y resoluciones, motivo por el cual se sugiere condensar el contenido de ambas reglas en una sola, mejorando la redacción y orden de las ideas, pues la propuesta actual es confusa y desordenada.</p>
<p>Regla 48 Participación de una parte no contendiente del tratado</p>	<p>¶(1) El Tribunal permitirá que una parte de un tratado que no sea parte en la diferencia (parte no contendiente del tratado) presente un escrito sobre la aplicación o interpretación de un tratado objeto de la diferencia. (...)P.</p>	<p>No queda clara la función de esta figura, ni la diferencia con una parte no contendiente.</p>
<p>Regla 65 Avenencia y discontinuación</p>	<p>¶(...) (2) Si las partes acordaran avenirse respecto de la diferencia antes de que se dicte el laudo, el Tribunal:</p> <p>(a) deberá emitir una resolución que deje constancia de la discontinuación del procedimiento, si las partes así lo solicitaran; o</p> <p>(b) podrá plasmar la avenencia en la forma de un laudo, si las partes presentan el texto completo y firmado de su avenimiento y solicitan al Tribunal que incorpore dicho avenimiento en un laudo. (...)P.</p>	<p>Respecto a la literal (a), ¿es necesario que sea de manera conjunta o puede una sola parte solicitarlo? Se sugiere mejorar la redacción de modo que no surjan dudas al momento de aplicar la disposición.</p> <p>Respecto de las dos opciones que brinda el numeral (2), no se considera prudente ni oportuno dar dejarlo facultativo debido a que genera ambigüedad, debería en</p>

		<p>cambio, operarse de manera automática la inclusión en el laudo.</p>
<p>Regla 68 Discontinuación a solicitud de una de las partes</p>	<p>“(1) Si una de las partes solicita la discontinuación del procedimiento, el Tribunal fijará el plazo dentro del cual la otra parte podrá oponerse a la discontinuación. Si no se formula objeción alguna por escrito dentro del plazo fijado, se entenderá que la otra parte ha consentido a la discontinuación y el Tribunal emitirá una resolución que deje constancia de la discontinuación del procedimiento. Si se formula alguna objeción escrita dentro del plazo fijado, el procedimiento continuará. (...)”.</p>	<p>Se sugiere traer a esta regla la relación de las causales que justifiquen la discontinuación.</p> <p>Es necesario establecer el alcance de la discontinuación, pues no queda claro y puede mal utilizarse en su aplicación.</p> <p>¿Luego de una discontinuación, queda abierta la posibilidad a volverse a presentar o reabrir el caso? De ser así, entonces ¿cuál es el sentido de la figura -además de descargar el centro- cuál es el beneficio para las partes?</p>
<p>Regla 60 Contenido del Laudo</p>	<p>“(1) El laudo deberá dictarse por escrito y deberá incluir: (...)”.</p>	<p>Es preciso que el laudo contemple las justificaciones debidas y detalladas sobre la valoración de la prueba, debido a que en casos en los que se ha resuelto por el Tribunal arbitral que la prueba no fue “suficiente”, la contraparte ha utilizado la falta de justificación del tribunal para anular el laudo.</p> <p>Asimismo, es fundamental que el laudo sea coherente, sobre todo que la parte considerativa y la resolutive sea congruente entre sí. Hemos visto laudos inconsistentes que desembocan en otros procesos, simplemente por no guardar concordancia la parte considerativa y la resolutive. De tal cuenta, sería bueno que se considerase sancionar a los Tribunales por descuidos tan básicos como éstos, que si tienen consecuencias nefastas para las partes.</p>

		<p>En el mismo orden, se sugiere contemplar la posibilidad que los Tribunales arbitrales sancionen a las partes que presenten demandas, recursos o cualquier otra herramienta fivola o que demore el proceso y aumente los costos e implicaciones del proceso de manera innecesaria. Nos referimos, en pocas palabras a que se castigue la mala fe de las partes.</p>
<p>Regla 64 Aclaración o Revisión: Reconstitución del Tribunal</p>	<p>“(…) (3) Si el Tribunal no pudiera reconstituirse de conformidad con el párrafo (2), el o la Secretario(a) General instará a las partes a que constituyan un nuevo Tribunal sin demora. El nuevo Tribunal tendrá el mismo número de árbitros y será constituido siguiendo el mismo método que el Tribunal original.”.</p>	<p>¿Uno nuevo quiere decir que se cambia a todos los miembros?</p> <p>¿por un árbitro que no pueda participar en la consideración de la solicitud se debe sustituir también a los otros dos árbitros?</p>
<p>Regla 68 Nueva sumisión de una diferencia después de la anulación</p>	<p>“(1) Si un Comité anulara total o parcialmente un laudo, cada parte podrá presentar al o a la Secretario(a) General una solicitud para que se someta la diferencia a un nuevo Tribunal, junto con cualquier documento de respaldo y pagar el derecho de presentación publicado en el arancel de derechos. (...)”.</p>	<p>Se solicita expresamente evaluar la posibilidad de incluir en las enmiendas la posibilidad de:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Incluir un plazo para el planteamiento o solicitud de una nueva sumisión. 2. Así como la viabilidad y conveniencia de conservar esta figura del proceso, en relación a los principios de celeridad, eficiencia procesal y, sobre todo, certeza jurídica, ¿ayuda o perjudica la confianza de los usuarios del sistema? <p>El hecho de que la convención no regule plazo para la nueva sumisión no es limitante para incluir un plazo en las reglas o para que las partes puedan acordarlo en la primera orden procesal, tal como se hace con otros plazos en la práctica. Cabe destacar que el sentido y fin de cualquier reglamento es operativizar el instrumento matriz.</p>

		<p>Consentir que la nueva sumisión se siga utilizando como hasta ahora, sería consentir con conocimiento de causa y consecuencia, el abuso que usuarios de mala fe han realizado del sistema, mismo que, merece la pena recordar, ha sido sumamente criticado en los últimos tiempos.</p>
<p>Regla 73 Aceptación del nombramiento en el arbitraje expedito</p>	<p>“Un o una árbitro nombrado(a) en un arbitraje expedito deberá aceptar el nombramiento y proporcionar una declaración de conformidad con lo dispuesto en la Regla 26(3) dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la solicitud de aceptación.”.</p>	<p>Esta regla es innecesaria, esta misma disposición se contempla en varias reglas anteriores.</p>
<p>Regla 76 El calendario procesal en el arbitraje expedito</p>	<p>“1) El siguiente calendario será aplicable para la presentación de los escritos y para la audiencia en el arbitraje expedito: (a) la parte solicitante presentará un memorial dentro de los 60 días siguientes a la primera sesión, salvo que la solicitud de arbitraje haya de considerarse como el memorial de conformidad con lo dispuesto en la Regla 12(2); (b) la otra parte presentará un memorial de contestación dentro de los 60 días siguientes a la fecha de presentación del memorial, o dentro de los 60 días siguientes a la primera sesión si la parte solicitante ha elegido utilizar la solicitud de arbitraje como su memorial de conformidad con lo dispuesto en la Regla 12(2); (c) el memorial y el memorial de contestación a los que se hace referencia en el párrafo (1)(a) y (b) tendrán una extensión de no más de 1150/600 páginas; (...) (2) Cualquier excepción preliminar, reconvencción, demanda incidental o adicional se incorporará al calendario principal al que se hace referencia en el párrafo (1). El Tribunal deberá adaptar el calendario si una de las partes plantea cualquiera de estas cuestiones, teniendo en cuenta la naturaleza expedita del proceso. (...)”.</p>	<p>Se reitera la oposición de Guatemala con la posibilidad de que el memorial de solicitud de arbitraje pueda ser utilizado por el demandante como memorial de demanda, sería un gran perjuicio para los Estados demandados, por las razones explicadas previamente.</p> <p>Asimismo, se considera que, al tratarse de un arbitraje expedito, el número de páginas de la primera ronda de escritos debería ser menor, tal como se demuestra en la casilla izquierda.</p> <p>Finalmente, se considera que los plazos podrían reducirse aún más y limitar con mayor firmeza las prórogas, con la finalidad de no perder la naturaleza expedita de esta propuesta.</p> <p>El numeral dos de la regla 75 contempla la posibilidad de modificar los plazos establecidos por el convenio al calendario procesal que las partes acuerden, lo que confirma que no debería haber</p>

		<p>problema para incorporar un plazo a la solicitud de nueva sumisión, sobre todo porque se estaría modificando, sino incorporando un plazo.</p> <p>En ese sentido, puede contemplarse en la regla 34 y 75 de la propuesta, incluir la facultad de que las partes puedan establecer el plazo para plantear una nueva sumisión en la 1ª orden procesal. Si es posible en el arbitraje expedito, debe ser posible en el normal.</p>
<p>Regla 78 Nueva sumisión de una diferencia después de la anulación en el arbitraje expedito</p>	<p>“El consentimiento otorgado por las partes de conformidad con lo dispuesto en la Regla 69 no será aplicable a la nueva sumisión de la diferencia.”¹</p>	<p>Debe entenderse entonces que se acordará un nuevo calendario, que no aplica automáticamente el arbitraje expedito; pero, ¿qué pasa si las partes si lo desean así? ¿Debe haber acuerdo expreso nuevamente? ¿Por qué no preverse (igual que los demás procesos derivados? Se deja mucha libertad a la nueva sumisión, es preciso limitar de alguna manera esta posibilidad, de modo que no sea una figura tendenciosa a abusar del procedimiento.</p>

Notas:

1. Las reglas que no se enlistan son acogidas con agrado por Guatemala.
2. Debido a la enorme similitud, las mismas observaciones, en lo que sean aplicables, son emitidas por la República de Guatemala para:
 - a. Las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación).
 - b. Reglamento que regula la administración de procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones en virtud del Mecanismo Complementario (Reglamento del Mecanismo Complementario).
 - c. Anexo A: Reglamento Administrativo y Financiero (Mecanismo Complementario).
 - d. Anexo B: Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del mecanismo complementario (Reglas de arbitraje (Mecanismo Complementario)).
 - e. ANEXO C: Reglas procesales aplicables a los procedimientos de conciliación del mecanismo complementario (Reglamento de Conciliación (Mecanismo Complementario)).

- f. ANEXO D: Reglas procesales aplicables a los procedimientos de comprobación de hechos (Mecanismo Complementario) (Reglas de Comprobación (Mecanismo Complementario)).
- g. ANEXO E: Reglas procesales aplicables a los procedimientos de mediación del Mecanismo Complementario (Reglas de Mediación (Mecanismo Complementario)).

5. CONSIDERACIONES FINALES

1. En la versión vigente de las Reglas de Arbitraje existen muchos errores de traducción al español, por lo que se sugiere y solicita ser muy exigentes con estas enmiendas sobre ese tema.
2. No obstante, no se abordó regla por regla, Guatemala no puede dejar pasar la oportunidad de aplaudir las siguientes novedades incluidas en la propuesta de enmiendas a las reglas CIADI:
 - a. Adopción de medidas amigables con el medio ambiente;
 - b. Revelación de financiamiento por terceros, tanto de las partes como de los árbitros y partes no contendientes;
 - c. Inclusión del capítulo V, actuaciones iniciales;
 - d. Inclusión de garantía y;
 - e. Limitación del alcance de los escritos de réplica y dúplica.
3. Finalmente, la República manifiesta especial preocupación sobre los siguientes temas (mismos que fueron detallados en el cuadro de observaciones):
 - a. Inclusión de la posibilidad de que la solicitud de arbitraje pueda ser utilizado como memorial de demanda;
 - b. La posibilidad de que el árbitro recusado pueda seguir conociendo el proceso y que exista la posibilidad de retrotraer el procedimiento al ser éste recusado finalmente y;
 - c. Que no se limite la figura de nueva sumisión, sobre todo que se obvие la posibilidad de al menos establecer un plazo para solicitarla.

Esperamos que las observaciones vertidas en el presente documento sean de utilidad para el Centro y que puedan ser tomadas en cuenta para la elaboración del siguiente documento de trabajo.

Deferentemente,

Licenciada Ana Luisa Gatica Palacios
Jefe de Unidad de Asuntos Internacionales
Procuraduría General de la Nación



ANEXOS III



SEGUNDAS OBSERVACIONES DE GUATEMALA A LA PROPUESTA DE ENMIENDAS A LAS REGLAS DEL CIADI

I. INVITACIÓN DE CIADI A LOS ESTADOS PARA EMITIR OBSERVACIONES A LA PROPUESTA DE ENMIENDAS A LAS REGLAS DEL CIADI

En noviembre de 2016 Guatemala, en su calidad de Estado Miembro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones-CIADI-, fue invitado por dicho Centro a participar en los trabajos de la nueva actualización y modernización del Reglamento y Reglas del CIADI, mediante la cual se busca simplificar el procedimiento de resolución de las controversias para aumentar su eficacia en términos de tiempo y costos, garantizando el debido proceso y la igualdad de trato de las partes.

Como parte de ese ejercicio, Guatemala trasladó a CIADI con fecha 01 de febrero de 2017, su Proyecto de Propuestas de Enmiendas a través del Ministerio de Finanzas Públicas, Autoridad Central designada por parte del Gobierno ante ese ente.

En ese orden de ideas, a inicios de 2018 CIADI trasladó a todos sus miembros un Documento de Trabajo, el cual condensa las propuestas exhaustivas para la actualización del Reglamento y Reglas CIADI, se sostuvo en septiembre pasado la primera Reunión de Representantes de Estados Miembros para discutir el relacionado instrumento. Asimismo, en reiteradas ocasiones CIADI ha indicado que la fecha límite para remitir las observaciones a las propuestas realizadas es el próximo 28 de diciembre de 2018, razón por la cual el 21 de diciembre se remitieron las primeras observaciones.

Posteriormente, el 12 de abril del presente CIADI solicitó nuevamente a los Estados para abordar un segundo documento de trabajo que en el que se incorporaron las primeras absorciones vertidas por los Estados y demás entidades, por consiguiente, a continuación se remiten las segundas observaciones realizadas por Guatemala, a través de la Procuraduría General de la Nación.

II. OBSERVACIONES DE GUATEMALA A LA SEGUNDA PROPUESTA DE ENMIENDAS A LAS REGLAS DEL CIADI

En virtud de la invitación realizada, la Procuraduría General de la Nación remite a continuación, las observaciones realizadas a la segunda Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI:

REGLAMENTO ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO		
Número de Regla	Disposición	Observación
Regla 7 Votación	"(...) (4) Si todos los Estados Contratantes no están representados en una reunión del Consejo Administrativo y no se obtuvieren los votos necesarios para tomar una decisión propuesta por la mayoría de los dos tercios de los miembros del Consejo, el Consejo, con la anuencia del o de la	Se reitera la sugerencia suprimir la última parte del párrafo, dado que dejar abierta esta posibilidad es peligrosa, pues puede abrir la puerta a cambios constantes en las votaciones, haciendo más difícil alcanzar consensos.

	<p>Presidente(a), podrá decidir que se deje constancia de los votos de los miembros del Consejo representados en la reunión y que se solicite a los miembros ausentes que voten de acuerdo con el párrafo (3). Los votos emitidos en dicha reunión podrán ser modificados por un miembro antes de que venga el plazo de votación establecido de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (2).².</p>	
--	---	--

Nota: Las reglas que no se enlistan son aceptadas con agrado por Guatemala.

REGLAS DE INICIACIÓN – PROCEDIMIENTOS EN VIRTUD DEL CONVENIO DEL CIADI		
Número de Regla	Disposición	Observación
<p>Regla 8 Información Adicional Recomendada</p>	<p>⁴Se recomienda que la solicitud también contenga: (a) una estimación del monto de la compensación pecuniaria pretendida, si la hubiera; (b) una propuesta relativa al número y método de nombramiento de los o las árbitros o conciliadores(as); (c) el o los idiomas(s) del procedimiento propuesto(s); (d) cualquier otra propuesta procesal; y (e) cualquier acuerdo procesal alcanzado por las partes.²</p>	<p>Se reitera que debería exigirse propuestas de todos los aspectos procesales, de modo que al conocer la demandada estos aspectos pueda pronunciarse o contraproponer a la brevedad, haciendo más eficiente esta fase preliminar.</p> <p>Es importante destacar que Francia comparte lo manifestado por Guatemala, enfatizándolo en el apartado de cuantificación de daños.</p>
<p>Regla 7 Notificación del Registro</p>	<p>⁴La notificación del registro de la solicitud deberá: (a) dejar constancia de que la solicitud ha sido registrada e indicar la fecha del registro /y del envío de la notificación); (...)².</p>	<p>Nuevamente se sugiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mantener la frase contenida en la regla 6 vigente, respecto a la aclaración de que ⁴Todo procedimiento previsto en el Convenio se tendrá por instituido en la fecha en que se registre la solicitud.² A finales de 0218 Guatemala tuvo una experiencia en la que esa aclaración fue vital para el proceso. 2. No coincidimos con la decisión de eliminar en esta propuesta la

		<p>terminación de la literal (a) de la regla 7 vigente, por tal motivo sugerimos se mantenga que la notificación del registro de la solicitud debe dejar constancia de que la solicitud ha sido registrada e indicar la fecha del registro y del envío de la notificación. Ello debido a que de no suceder por alguna razón la notificación del registro a la parte demandada, puede perjudicar a esta última en el cómputo de los plazos de respuesta.</p>
--	--	---

Nota: Las reglas que no se emitan son acogidas con agrado por Guatemala.

REGLAS PROCESALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE (REGLAS DE ARBITRAJE)		
Número de Regla	Disposición	Observación
<p>Regla 4-11 Plazos Fijados por el Aplicable al Tribunal</p>	<p>{(...) (2) Si surgen circunstancias especiales que impliquen al Tribunal cumplir con un plazo, este notificará a las partes el motivo de la demora y la fecha en la que prevé que se emitirá la resolución, decisión o el laudo.</p> <p>(3) El Tribunal únicamente podrá incumplir con el plazo establecido, en una ocasión.</p>	<p>Al igual que Colombia y Canadá se sugiere establecer en el texto una indicación de que se considere como "circunstancias especiales".</p> <p>Adicionalmente, en razón a la eficiencia y celeridad del proceso se considere necesario establecer que el Tribunal únicamente podrá demorarse en una ocasión.</p>
<p>Regla 34-13 Notificación Revelación de Financiamiento por Terceros</p>	<p>{(1) A efecto de completar la declaración del árbitro requerida por la Regla 18(3)(b), una parte presentará una notificación por escrito revelando el nombre de cualquier tercero de quien dicha parte, su afiliada o su representante haya recibido fondos o un cualquier apoyo "equivalente" para la interposición de o defensa en un procedimiento ("financiamiento por terceros") [...]}.</p> <p>(4) Dentro de los aspectos a considerar al</p>	<p>Se considera oportuno eliminar la palabra "equivalente" de la nueva definición de financiamiento por terceros. Así como, incluir una redacción similar a la propuesta, de modo que destaque la importancia de la revelación de financiamiento por tercero como muestra de buena fe por parte de la demandante.</p>

	enfir el laudo, deberá tenerse en cuenta la revelación voluntaria del financiamiento por terceros, como factor determinante de buena fe.	
Regla 43-14 Método de Constitución del Tribunal	“(…) (2) Las partes procurarán acordar cualquier número impar de árbitros y el método de su nombramiento. Si las partes no informan al o a la Secretario(a) General de un acuerdo dentro de los 60 46 60 días siguientes a la fecha de registro, el Tribunal será constituido de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 37(2)(b) del Convenio.”	Pese a que un Estado y varias firmas realizaron la observación en el sentido de disminuir el plazo de 60 días, a 30 o 45 días, es fundamental mantener el plazo original debido a que los Estados deben realizar procesos administrativos necesarios para la toma de decisiones importantes, como es la constitución del tribunal arbitral.
Regla 43-29 Escritos y Observaciones	“(…) (2) (4) El memorial sobre el fondo o el memorial sobre excepciones preliminares podrán ser presentados en cualquier momento antes de la primera sesión (…).”	Fue un acierto suprimir el siguiente apartado “(…) (2) La parte solicitante podrá elegir que la solicitud de arbitraje se considere como el memorial. (...)”. No obstante, el nuevo numeral, resulta contradictorio a la Regla anterior sobre las cuestiones procesales que se discutirán en la primera sesión, siendo una de ellas las reglas de arbitraje aplicables, idioma y formato de los escritos, por consiguiente, ES IMPRESCINDIBLE que sea suprimido; el no hacerlo dejaría completamente desprotegidos a los Estados demandados, constituyéndose en una clara violación al derecho de defensa. Además, limita el tiempo de respuesta para el peticionario.
Regla 44-37 Testigos y Peritos (25)	“(…) (2) Un o una testigo lo perito/ que haya presentado una declaración escrita podrá ser interrogado(a) durante una audiencia. (...)” “(4) Un o una testigo lo perito/ será interrogado(a) por las partes ante el Tribunal, bajo el control del o de la Presidente(a). Cualquier miembro del	Se reitera que debido a que la regla abarca tanto a testigos como a peritos, es preciso incluir la palabra perito de la manera que se indica en la casilla izquierda.

	<p>Tribunal podrá formularle preguntas al o a la testigo. (...)’.</p> <p>(5) Un o una testigo lo perfil/ podrá será interrogado(a) en persona salvo que el Tribunal determine que otro medio para conducir el interrogatorio es apropiado en las circunstancias del caso. (...)’.</p>	
<p>Regla 37-41 Bifurcación</p>	<p>‘(...) (3) Se Se aplicará el siguiente procedimiento a las solicitudes de bifurcación que no sean las referidas en el párrafo (2): (a) si la presentación de la solicitud de bifurcación se discutirá en la primera sesión conforme el cronograma que las partes propongan. se refiere a una excepción preliminar, una parte presentará la solicitud dentro de los 30 días siguientes a la presentación del memorial sobre el fondo o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, dentro de los 30 días siguientes a la presentación del escrito que contenga la demanda subordinada, a menos que la parte no haya tenido conocimiento en el momento pertinente de los hechos en los que se funda la excepción deberá presentarse lo antes posible; (...)’.</p>	<p>La redacción es ambigua, por eso se sugiere la siguiente: ‘la presentación de la solicitud de bifurcación se discutirá en la primera sesión conforme el cronograma que las partes propongan’.</p>
<p>Regla 34-42 Excepciones Preliminares</p>	<p>‘(1) Una parte podrá oponer una excepción preliminar según la cual la diferencia, o una demanda subordinada, no se encuentre dentro de la jurisdicción del Centro o por otras razones es de la competencia del Tribunal (‘excepción preliminar’).</p> <p>(2) Una excepción preliminar deberá oponerse conforme el cronograma que las partes propongan lo antes posible. (...)’.</p>	<p>Mismo comentario.</p>
<p>Regla 42B18 Bifurcación de Excepciones Preliminares</p>	<p>‘(1) Se aplicará el siguiente procedimiento en relación a una solicitud de bifurcación relativa a una excepción preliminar:</p> <p>(a) salvo que las partes acuerden un plazo distinto, la solicitud de bifurcación deberá presentarse dentro:</p> <p>– de los 30 días después de la primera sesión, si el memorial sobre el fondo se presentará antes de la primera sesión;</p>	<p>En atención al comentario sobre la regla 29, se sugiere eliminar el contenido marcado.</p>

	(3) de los 30 días después del memorial sobre el fondo, si éste se presenta después de la primera sesión (...).	
Regla 44-51 Garantía por Costos	“(3) Al determinar si le ordena a una parte que otorgue una garantía por costos, el Tribunal deberá considerar: (a) la capacidad que tiene dicha parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos; (b) y toda otra circunstancia relevante la voluntad de esa parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos (...).”	Se sugiere eliminar el apartado de “la voluntad”, debido que es un elemento subjetivo por lo tanto difícil de determinar.
Regla 44-53 Avenencia y Descontinuación	“(2) Si las partes acordaran avenirse respecto de la diferencia antes de que se dicte el laudo, el Tribunal: (a) deberá emitir una resolución que deje constancia de la discontinuación del procedimiento, si las partes así lo solicitaran; o (b) podrá plasmar la avenencia en la forma de un laudo, si las partes presentan el texto completo y firmado de su avenimiento y solicitan al Tribunal que incorpore dicho avenimiento en un laudo. (...).”	Nuevamente surge la duda respecto a lo literal (a), ¿es necesario que sea de manera conjunta o puede una sola parte solicitarlo? Se sugiere mejorar la redacción de modo que no sufran dudas al momento de aplicar la disposición.
Regla 44-54 Descontinuación a Solicitud de una de las Partes	“(1) Si una de las partes solicita la discontinuación del procedimiento, el Tribunal fijará el plazo dentro del cual la otra parte podrá oponerse a la discontinuación. Si no se formula objeción alguna por escrito dentro del plazo fijado, se entenderá que la otra parte ha consentido a la discontinuación y el Tribunal emitirá una resolución que deje constancia de la discontinuación del procedimiento. Si se formula alguna objeción escrita dentro del plazo fijado, el procedimiento continuará. (...).”	Gracias por la respuesta, no obstante, se reitera que se sugiere traer a esta regla la relación de las causales que justifiquen la discontinuación. Es necesario establecer el alcance de la discontinuación, pues no queda claro y puede mal utilizarse en su aplicación.
Regla 44-58 Contenido del Laudo	“(1) El laudo deberá dictarse por escrito y deberá incluir: (...).”	Gracias por la explicación, sin embargo, en la experiencia de Guatemala debido a que en un caso en el que se resolvió por el Tribunal arbitral que la prueba no

		<p>fue "suficiente", la contraparte utilizó la falta de justificación del tribunal para anular el laudo, por lo expuesto se refiere que es preciso que el laudo contemple las justificaciones debidas y detalladas sobre la valoración de la prueba,</p> <p>De tal cuenta, sería bueno que se considerase sancionar a los Tribunales por descuidos tan básicos como éstos, que sí tienen consecuencias nefastas para las partes.</p> <p>Por lo anterior, se sugiere que nuevamente se incorpore el primer párrafo de la regla 62 según el primer documento de trabajo "(1) El Tribunal podrá rectificar cualquier error de forma, aritmético o similar en el laudo por iniciativa propia dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se haya dictado el laudo".</p> <p>En el mismo orden, se sugiere contemplar la posibilidad que los Tribunales arbitrales sancionen a las partes que presenten demandas, recursos o cualquier otra herramienta trivial o que demore el proceso y aumente los costos e implicaciones del proceso de manera innecesaria. Nos referimos, en pocas palabras a que se castigue la mala fe de las partes.</p>
<p>Regla 44-88 Aclaración o Revisión: Reconstitución del Tribunal</p>	<p>"[...] (3) Si el Tribunal no pudiera reconstituirse de conformidad con el párrafo (2), el o la Secretario(a) General instará a las partes a que constituyan un nuevo Tribunal sin demora. El nuevo Tribunal tendrá el mismo número de árbitros y será constituido siguiendo el mismo método que el Tribunal original".</p>	<p>Gracias por la respuesta a las preguntas. No obstante, la redacción no es clara, por consiguiente se sugiere establecer en forma precisa que las partes puede nombrar nuevamente a los árbitros que participaron en el arbitraje original.</p>
<p>Regla 48-72</p>	<p>"(1) Si un Comité anulara total o</p>	<p>Gracias por la explicación, no obstante,</p>

<p>Nueva sumisión de una diferencia después de la anulación</p>	<p>parcialmente un laudo, cada parte podrá presentar al o a la Secretario(a) General una solicitud para que se someta la diferencia a un nuevo Tribunal, junto con cualquier documento de respaldo y pagar el derecho de presentación publicado en el arancel de derechos. (...).</p>	<p>se refiere la solicitud de incluir en las enmiendas la posibilidad de incluir un plazo para el planteamiento o solicitud de una nueva sumisión.</p> <p>El hecho de que la convención no regule plazo para la nueva sumisión no es limitante para incluir un plazo en las reglas o para que las partes puedan acordarlo en la primera orden procesal, tal como se hace con otros plazos en la práctica.</p> <p>Cabe destacar que el sentido y fin de cualquier reglamento es hacer operativo el instrumento matriz.</p> <p>Consentir que la nueva sumisión se siga utilizando como hasta ahora, sería consentir con conocimiento de causa y consecuencia, el abuso que usuarios de mala fe han realizado del sistema.</p>
<p>Regla 28-72 Aceptación del nombramiento en el arbitraje expedito</p>	<p>“Un o una árbitro nombrado(a) en un arbitraje expedito deberá aceptar el nombramiento y proporcionar una declaración de conformidad con lo dispuesto en la Regla 26(3) dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la solicitud de aceptación.”</p>	<p>Se refiere que esta regla es innecesaria, debido que esta misma disposición se contempla en varias reglas anteriores.</p>
<p>Regla 75 El calendario procesal en el arbitraje expedito</p>	<p>“(…) (c) el memorial y el memorial de contestación a los que se hace referencia en el párrafo (1)(a) y (b) tendrán una extensión de no más de /150/ 300 páginas; (...)</p> <p>(2) Cualquier excepción preliminar, reconvenión, demanda incidental o adicional se incorporará al calendario principal al que se hace referencia en el párrafo (1). El Tribunal deberá adaptar el calendario si una de las partes plantea cualquiera de estas cuestiones, teniendo en cuenta la naturaleza expedita del</p>	<p>Se refiere que se considera que, al tratarse de un arbitraje expedito, el número de páginas de la primera ronda de escritos debería ser menor, tal como se demuestra en la casilla izquierda.</p> <p>Finalmente, se considera que los plazos podrían reducirse aún más y limitar con mayor firmeza las prórrogas, con la finalidad de no perder la naturaleza expedita de esta propuesta.</p> <p>El numeral dos de la regla 75</p>

	proceso. (...)”.	<p>contempla la posibilidad de modificar los plazos establecidos por el convenio al calendario procesal que las partes acuerden, lo que confirma que no debería haber problema para incorporar un plazo a la solicitud de nueva sumisión, sobre todo porque se estaría modificando, sino incorporando un plazo.</p> <p>En ese sentido, puede contemplarse en la regla 34 y 75 de la propuesta, incluir la facultad de que las partes puedan establecer el plazo para plantear una nueva sumisión en la 1ª orden procesal. Si es posible en el arbitraje expedito, debe ser posible en el normal.</p>
<p>Regla 79-83 Nueva sumisión de una diferencia después de la anulación en el arbitraje expedito</p>	<p>“El consentimiento otorgado por las partes de conformidad con lo dispuesto en la Regla 69 no será aplicable a la nueva sumisión de la diferencia.”.</p>	<p>Se reitera que debe entenderse que se acordará un nuevo calendario, que no aplica automáticamente el arbitraje expedito; pero, ¿qué pasa si las partes si lo desean así? ¿Debe haber acuerdo expreso nuevamente? ¿Por qué no preverse igual que los demás procesos derivados? Se deja mucha libertad a la nueva sumisión, es preciso limitar de alguna manera esta posibilidad, de modo que no facilite el abuso del procedimiento.</p>

Notas:

1. Las reglas que no se enlistan son acogidas con agrado por Guatemala.
2. Debido a la enorme similitud, las mismas observaciones, en lo que sean aplicables, son emitidas por la República de Guatemala para:
 - a. Las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación).
 - b. Reglamento que regula la administración de procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones en virtud del Mecanismo Complementario (Reglamento del Mecanismo Complementario).
 - c. Anexo A: Reglamento Administrativo y Financiero (Mecanismo Complementario).
 - d. Anexo B: Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del mecanismo complementario (Reglas de arbitraje (Mecanismo Complementario)).
 - e. ANEXO C: Reglas procesales aplicables a los procedimientos de conciliación del mecanismo complementario (Reglamento de Conciliación (Mecanismo Complementario)).

- f. ANEXO D: Reglas procesales aplicables a los procedimientos de comprobación de hechos (Mecanismo Complementario) (Reglas de Comprobación (Mecanismo Complementario)).
- g. ANEXO E: Reglas procesales aplicables a los procedimientos de mediación del Mecanismo Complementario (Reglas de Mediación (Mecanismo Complementario)).

3. CONSIDERACIONES FINALES

1. En la versión vigente de las Reglas de Arbitraje existen muchos errores de traducción al español, por lo que se sugiere y solicita ser muy exigentes con estas enmiendas sobre ese tema.
2. Una vez más Guatemala reconoce y aplaude el esfuerzo en la labor que se está realizando para la realización de las enmiendas en la propuesta de enmiendas a las reglas CIADI y específicamente lo siguiente:
 - a. Las aclaraciones y respuestas a las Interrogantes que se plantearon en las primeras observaciones.
 - b. La adopción de algunas de las observaciones realizadas por Guatemala, especialmente la referente a la eliminación de la posibilidad de que la solicitud de arbitraje pueda ser utilizado como memorial de demanda.
 - c. La recopilación de los comentarios de los Estados y demás entidades, lo cual facilitó este segundo ejercicio.
3. Finalmente, la República manifiesta especial preocupación sobre los siguientes temas (mismos que fueron detallados en el cuadro de observaciones):
 - a. Inclusión de la posibilidad de presentar la solicitud de bifurcación y/o excepciones preliminares previo a la primera sesión.
 - b. Que no se limite la figura de nueva sumisión, sobre todo que se obvие la posibilidad de al menos establecer un plazo para solicitarla.

Esperamos que las observaciones vertidas en el presente documento sean de utilidad para el Centro y que puedan ser tomadas en cuenta para la elaboración del siguiente documento de trabajo.

Deferentemente,

Licenciada. Lilian Nájera
Unidad de Asuntos Internacionales
Procuraduría General de la Nación

Vo.Bo.

Licenciada Ana Luisa Gabón Palacios
Jefe de Unidad de Asuntos Internacionales
Procuraduría General de la Nación