

Alternativas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones

—Un debate entre la teoría y la práctica—

Nigel Blackaby*

Andrea Camargo García**

Resumen: El cuestionamiento sobre las alternativas de reparación en conflictos derivados de inversiones internacionales resulta de gran interés, toda vez que no siempre un laudo pecuniario resulta ser el remedio apropiado para resolver conflictos entre inversionistas y Estados. Esto es aun más evidente si tenemos en cuenta que los Estados parecen estar cada vez más interesados en optar por diferentes tipos de reparación. Además de ello, no resulta ser del todo preciso afirmar que exista una postura definitiva y reiterada por medio de la cual se pueda verificar que los tribunales arbitrales reconozcan alternativas de reparación.

Este cuestionamiento tiene dos componentes: el primero es identificar si los tribunales tienen la posibilidad de emitir laudos “no pecuniarios”; y el segundo consiste en la posibilidad de ejecutar laudos de naturaleza “no pecuniaria”.

En este artículo se abordan los dos componentes, siempre girando en torno a una preocupación central; el respeto a la soberanía, en el entendido de que es un atributo inherente a la soberanía de cada Estado aceptar o no la ejecución de una decisión de un tribunal arbitral que lo obligue a cesar o realizar un acto en su territorio.

Palabras clave: Alternativas de reparación en arbitraje internacional de inversiones

* Socio de la oficina Freshfields Bruckhaus Deringer y director del equipo de arbitraje para Latinoamérica. Posee títulos de Derecho de las universidades de Exeter (Reino Unido) y d'Aix-Marseille III (Francia). Coautor de *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Sweet & Maxwell, 2004), *Guide to ICSID Arbitration e International Arbitration in Latin America* (Kluwer, 2003). Recientemente, la revista jurídica *Global Arbitration Review* lo destacó como uno de los 45 profesionales en el mundo de menos de 45 años más sobresalientes en arbitraje. nigel.blackaby@freshfields.com, 2/4 Rue Paul Cézanne, 75008, Paris, France.

** Abogada colombiana miembro del equipo de arbitraje internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer. Egresada de la Universidad del Rosario con Master en Derecho de Negocios Internacionales y Europeos (Universidad Paris Dauphine), Maestría en Derecho Internacional Económico (Paris 1 Panthéon Sorbonne), especialización en Derecho de Seguros (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá) y Doctorado en Derecho Privado (Universidad Paris Dauphine), en realización. andreamargog@gmail.com, 43 Rue Descartes, 75005 Paris, France.

Summary An analysis of the alternatives of compensation in relation to international investment disputes is relevant, because a pecuniary award is not always the appropriate remedy to solve disputes arising between investors and States. This is the case because States may be increasingly interested in opting for a different type of compensation. Furthermore, it is still not clear whether arbitral tribunals have recognised alternative types of awarding damages in respect of international investments disputes.

This analysis comprises two principal components, the first, is to identify whether or not the tribunals may render an award that not only demands the payment of a sum of money but also considers some other means of compensation. The second, centres on how compliance with these non-pecuniary awards may be demanded.

Our approach to these two principal components will always revolve around the idea of respecting the sovereignty of the State, bearing in mind that the execution of an arbitral award, which obliges the State to refrain from or to perform an act in its territory, relies precisely on the sovereignty of the State to execute it.

Key words Non pecuniary remedies in international investment arbitration

Introducción

El análisis de las alternativas de reparación en arbitraje de inversiones supone el estudio previo de la manera en que este tema es contemplado en las fuentes de Derecho Internacional.¹ Estudiando con detalle estas fuentes, encontramos fundamentales referencias al tema que nos ocupa en las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas como medio auxiliar para la determinación de la regla del Derecho.

En primer lugar, resulta imperativo hacer referencia al fallo Chorzów², fallo que, sin lugar a dudas, estableció los principios básicos de reparación en el Derecho Internacional.³ A pesar de que más adelante la estudiaremos con detalle, es

1 Como fuentes de Derecho Internacional el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (disponible en www.icj-cij.org) menciona:

“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere.”

Vale la pena indicar que esta enumeración no es taxativa, por ejemplo no se incluyeron los actos unilaterales de los Estados así como los actos de organizaciones internacionales, sin embargo utilizamos como referencia esta enumeración. Para más profundidad ver: Shaw, M., *International Law*, 5ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 66 y ss.

2 Corte Permanente Internacional de Justicia, Caso *Factory of Chorzów*, Serie A, núm. 17, 13 de septiembre de 1928 [en línea], disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, recuperado: 16 de diciembre 2007.

3 Es importante precisar que de acuerdo con Christine Gray: “but arbitral tribunals since 1794 have assumed without question that international law governs judicial remedies and that it allows remedies

importante indicar desde ya que de acuerdo con la Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ), la reparación debe realizarse de forma adecuada y, en lo posible, debería extinguir las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que hubiese existido si el acto no se hubiese cometido. De este modo para la CPIJ, la “restitución” resulta ser el remedio principal en Derecho Internacional. Sin embargo, desde una perspectiva pragmática, fundada en el respeto de la soberanía de los Estados,⁴ se previó la reparación por medio del pago de una suma equivalente, cuando la restitución llegara a ser imposible.⁵

En segundo lugar, se debe hacer referencia a la labor desplegada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁶, al adoptar el borrador de los artículos de Responsabilidad de los Estados el 9 de agosto de 2001,⁷ borrador que en su parte II hizo referencia expresa a la reparación de los daños en Derecho Internacional.⁸

analogous to those of municipal law”: Gray, C., *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 5.

4 Resulta evidente que únicamente depende del Estado “condenado” **restablecer** la situación que hubiese existido si el acto no se hubiese cometido. Lo cual implicaría en términos generales, bien derogar una decisión o cesar una conducta, o bien tomar una decisión o realizar una conducta, circunstancias en las cuales se encuentra implícito el ejercicio de la soberanía. De este modo, exigirle a un Estado el cumplimiento de un fallo que le exija “restituir” puede constituir en algunos casos, una intromisión a la soberanía, razón por la cual, para evitar conflictos, se evalúa desde una perspectiva más práctica y conciliadora, la posibilidad de que el Estado repare por medio del pago de una suma equivalente cuando la restitución sea imposible. Para más claridad, resulta útil hacer referencia a la facultad que tienen los Estados de expropiar la propiedad (vgr. Artículo 58 Constitución Política de la República de Colombia), sin embargo, la expropiación debe suponer una previa compensación. De este modo, un tribunal arbitral tendrá dificultad en exigir que la decisión de expropiación sea derogada, pero no tendrá dificultad en solicitar al Estado que compense a las víctimas de dicha decisión.

5 Más allá del debate del precedente en Derecho Internacional, la alternativa apropiada para reparar el daño dependía de cada tribunal, lo cual de cierto modo generó un evidente caos de decisiones, tal y como lo menciona Christine Gray: “Thus in international arbitral practice the question of the remedies available and the more common question of the methods of quantifications of damage were left to the discretion of the arbitrator. And the immediate impression made by an examination of international arbitral decisions of a chaos of conflicting decisions”: Gray, C., op. cit., p. 10. Posteriormente al fallo Chorzów, y aun a pesar de tratarse de hipótesis factuales similares, los tribunales arbitrales no decidieron de forma homogénea en relación con el remedio apropiado de reparación del daño. Tal es el caso de la nacionalización, en la década de 1970, de algunas compañías petroleras en Libia, *Texaco c. Libia* (1978) *British Petroleum Company Ltd. c. Libia* (1973), *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libia* (1977). Para más profundidad ver: Gray, C., “Is there an International Law of Remedies?”, en *The British Year Book of International Law*, vol. 5, 1985, p. 25, pp. 25 y 47.

6 La Comisión de Derecho Internacional (CDI) fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947, declarando como uno de sus objetivos la promoción del desarrollo del Derecho Internacional, así como su codificación. De este modo la CDI se ocupa de redactar tratados de Derecho Internacional así como preparar reportes y estudios sobre ciertos temas en Derecho Internacional, entre otros.

7 El 9 de agosto de 2001 en la sesión número 52 de la CDI se adoptó el borrador de los artículos de responsabilidad de los Estados. El 12 de diciembre de 2001, por medio de la Resolución 56/83, la Asamblea General de la ONU analizó el borrador y recomendó a los gobiernos su aplicación.

8 Es importante precisar que existe un constante debate sobre la posibilidad de considerar estos artículos como fuente formal de Derecho Internacional teniendo en cuenta la enumeración del artículo 38 de los Estatutos de la CIJ. Sin embargo, se puede coincidir en que se trata de un medio auxiliar para la determinación

De acuerdo con lo anterior, resulta tentador hacer referencia a las previsiones de los artículos de Responsabilidad de los Estados en el caso que nos ocupa. Sin embargo, resulta imperativo preguntarnos si son pertinentes estos artículos a los conflictos entre inversionistas y Estados.

Al respecto, el artículo 33(2) del borrador, haciendo referencia a la parte 2 del mismo, indica: “Article 33. Scope of international obligations set out in this part (...) 2. This part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State”.

Siendo ello así, se podría concluir que esta segunda parte, en la cual se hace referencia a los medios de reparación, no es aplicable a los conflictos inversionista-Estado.⁹

Sin embargo, es evidente que además del fallo Chorzów y el borrador de la CDI, no disponemos de ninguna otra fuente distinta que nos permita tener una idea de las alternativas de reparación en Derecho Internacional. Además, resulta innegable que el núcleo fundamental, tanto en la responsabilidad entre Estados y la responsabilidad inversionista-Estado, es la comisión por parte de

de las reglas de Derecho, y por tanto tienen no sólo el mismo valor que los escritos de los doctrinantes más reconocidos en el área, sino tal vez, un mayor valor en el sentido de que son producto de una comisión de expertos internacionales.

“one might conclude that the ILC should have a particularly high standing among publicists given the representative array of experts who serve as members. Similarly, a higher standing among publicists might be justified in as much as its work is subjected to the review of the Sixth Committee and to periodic thoughtful comment by states”: David C., “The ILC Articles on State Responsibility: The paradoxical relationship between authority and form”, en *UC, Berkeley School of Law Public law and legal theory*, research paper no. 97, 2002, p.16-1.

Vale la pena indicar que estos artículos son de constante referencia por la jurisprudencia, no solo de la CIJ sino de otros tribunales internacionales, de este modo el ex presidente de la CIJ Stephen Schwebel indicó en 1997 en la Asamblea General de las Naciones Unidas que:

“is notable, moreover, because of the breadth and Dep. of the importance given in it to the work product of the International Law Commission. The Court’s Judgement not only draws on treaties concluded pursuant to the Commission’s proceedings: those on the law of treaties, of State succession in respect of treaties, and the law of international watercourses. It gives great weight to some of the Commission’s Draft Articles on State Responsibility, as did both Hungary and Slovakia. This is not wholly exceptional; it rather illustrates the fact that just as the judgments and opinions of the Court have influenced the work of the International Law Commission, so the work of the Commission may influence that of the Court” Para más profundidad ver: Gray, C., “The choice between restitution and compensation”, en *Eur J Int Law*, 10, 1999, pp.413-423.

⁹ De esta forma el Profesor James Crawford precisa en su comentario del artículo 28:

“However, while Part One applies to all the cases in which an internationally wrongful act may be committed by a State, Part Two has a more limited scope. It does not apply to obligations of reparation to the extent that these arise towards or are invoked by a person or entity other than a State. In other words, the provisions of Part Two are without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State, and article 33 makes this clear”. “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries”, en *2001 Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, part two (reflecting the final edited text of the commentaries), 2001. Crawford Commentary, p. 214, disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, recuperado: 16 de diciembre de 2007.

un Estado de un acto dañoso, el cual implica específicamente la violación de una norma de Derecho Internacional¹⁰. Por lo anterior, a nuestro entender no existe impedimento para que los tribunales arbitrales, en conflictos entre inversionistas y Estados, puedan tener como guía o referencia este borrador.

Una vez aclarado lo anterior, debe indicarse que el artículo 31 del borrador consagra que los Estados causantes de un daño estarán obligados a reparar de forma integral,¹¹ lo cual conlleva que, de acuerdo con la jurisprudencia de la CPIJ,¹² dicha reparación sea realizada en forma adecuada. Acto seguido, el artículo 34 del borrador contempla distintas formas de reparación, siendo estas: la restitución, la compensación y la satisfacción, ello de forma independiente o combinada.¹³

Vale la pena precisar que el proyecto prevé la restitución como la primera alternativa de reparación,¹⁴ pero esta restitución será viable cuando “(a) Is not

10 Específicamente en el caso que nos ocupa, el incumplimiento de una obligación estipulada en un Tratado Bilateral o Multilateral de Inversiones.

11 CDI, “Artículo 31” de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* [en línea], disponible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, 2001, recuperado: 16 de diciembre 2007: “Reparation 1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act. 2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State”.

12 Corte Permanente Internacional de Justicia, “Caso Factory of Chorzów”, Serie A, núm. 9, 26 de julio de 1927 (Jurisdiction). Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf, recuperado: 16 de diciembre 2007 y Corte Permanente Internacional de Justicia, “Caso Factory of Chorzów”, Serie A, núm. 17, 13 de septiembre de 1928 (Fondo). Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, recuperado: 16 de diciembre 2007.

13 CDI, “Artículo 34” de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* [en línea], disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, 2001, recuperado: 16 de diciembre de 2007.

14 Resulta evidente que el interés del borrador de los artículos de Responsabilidad de los Estados no es solamente compensar económicamente por el daño causado, sino procurar que las cosas vuelvan a su estado anterior. Desde esta perspectiva resulta más comprensible la previsión del artículo 30(a) del proyecto de codificación de Responsabilidad de los Estados de la CDI, al establecer la posibilidad de que los tribunales o cortes ordenen al Estado que se encuentra realizando el acto “dañoso” que cese dicha conducta. Sobre este punto, es importante tener en cuenta que este mismo principio es aplicable en el contexto de la Organización Mundial de Comercio (OMC), toda vez que de acuerdo con el artículo 19 del Memorando de Solución de Diferendos (i) Los órganos de solución de diferendos de la OMC tienen la obligación de recomendar a los estados miembros de la OMC que no están actuando de conformidad con las reglas de la OMC a que adecuen sus medidas de acuerdo con sus obligaciones internacionales y en segundo lugar, (ii) le da a los órganos de la OMC la oportunidad (sin imponer una obligación legal) de sugerir medios por los cuales los Estados miembros de la OMC podrían hacer que sus medidas estuvieran conforme a sus obligaciones internacionales. Para más detalle ver, Hudec, R. “Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement”, en *Improving WTO Dispute Settlement Procedures* [en línea], disponible en <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecremedies.pdf>, 2000, recuperado: 16 de diciembre 2007: “In cases involving a violation of legal obligation, the first sentence of Article 19 calls for a recommendation “bring the [inconsistent] measure into conformity” with the legal obligation in question 14. The second sentence of Article 19 also authorizes Panels or the Appellate Body to “suggest” specific ways in which the offending member could implement the general recommendation”.

materially impossible; (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation”.¹⁵

Siendo imposible la restitución, el artículo 36 propone entonces, una segunda alternativa, la compensación.¹⁶ De esta forma resulta evidente que el razonamiento de Chorzów es recogido por la CDI, puesto que el remedio más apropiado para reparar el daño es el que permita restablecer a la situación que hubiese existido si no se hubiese cometido la violación al Derecho Internacional.

Ahora bien, el borrador en el evento de que ni la compensación ni la restitución resulten viables, el artículo 37 prevé que: “1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation” (énfasis fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se debe concluir, en primer lugar, que conforme con el Derecho Internacional la reparación debe ser integral en todos los casos. En segundo lugar, teniendo en cuenta que la reparación de los daños debe pretender, en lo posible, el restablecimiento a la situación que se hubiese presentado de no haberse cometido el acto contrario al Derecho Internacional causante del daño, la restitución se presenta como el remedio principal en Derecho Internacional. Sin embargo, en el evento en que ello sea imposible, la compensación será el remedio aplicable.

Ahora bien, los tribunales únicamente pueden optar entre estas alternativas en el evento de que el demandante, en la solicitud de arbitraje, en el memorial, o en la audiencia de méritos, lo solicite. Esto sucede toda vez que el tribunal sólo tiene poderes para actuar en el contexto circunscrito por las partes (“nec ultra petita”).¹⁷

Ya habiendo precisado lo anterior, podemos abordar las dos preguntas centrales de este artículo: ¿los tribunales arbitrales, al decidir disputas de inversiones, pueden utilizar otro tipo de herramienta distinta a dictar un laudo que condene al pago de una suma de dinero? y, en segundo lugar, ¿cuál es el alcance práctico de esta posibilidad, girando en torno al respeto de los atributos inherentes de la soberanía de los Estados, en este caso del Estado “condenado”?

15 CDI, “Artículo 35” de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* [en línea], disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, 2001, recuperado: 16 de diciembre 2007.

16 CDI, “Artículo 36” de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* [en línea], disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, 2001, recuperado: 16 de de diciembre 2007: “1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution. 2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established”.

17 Esto está contemplado igualmente en CDI, “Artículo 43” de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* [en línea], disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, 2001, recuperado: 16 de de diciembre 2007, el cual indica que: “1. An injured State which invokes the responsibility of another State shall give notice of its claim to that State. 2. The injured State may specify in particular: (a) The conduct that the responsible State should take in order to cease the wrongful act, if it is continuing; (b) What form of reparation should take in accordance with the provisions of part two”.

Para ello, evaluaremos en primer lugar si los tratados internacionales que definen las competencias y facultades de los tribunales arbitrales para resolver la disputa entre el inversionista y el Estado receptor contemplan la posibilidad de optar entre diversas alternativas para reparar daños y de ser así, cuál es el alcance a dicha posibilidad.

En segundo lugar, estudiaremos la jurisprudencia en Derecho Internacional, ello con el propósito de evaluar con detalle si de acuerdo con ella hay cabida a la posibilidad de que los tribunales opten entre alternativas de reparación y de ser así, en qué condiciones.

1. ¿Los tribunales pueden optar entre alternativas de reparación de acuerdo con los tratados?

En primer lugar, resulta imperativo evaluar qué contemplan los tratados y convenios aplicables relacionados con el tema de inversiones sobre las alternativas de reparación. Siendo ello así, será necesario evaluar las referencias al tema por parte de (i) algunos Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) (ii) en segundo lugar, en el instrumento central de resolución de disputas de inversiones, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados,¹⁸ (iii) en tercer lugar, en los acuerdos multilaterales que contienen previsiones específicas de inversiones, tales como: el Tratado de la Energía de la Comunidad Europea, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y por último en el borrador del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia.

a. Tratados Bilaterales de Inversiones

En la actualidad existen cerca de 2 100¹⁹ tratados bilaterales de inversiones, los cuales tienen como propósito la promoción y protección de inversiones. En algunos casos dichos tratados pueden establecer las alternativas de reparación a las cuales pueden optar los tribunales en caso de presentarse un conflicto.

1. Teniendo en cuenta el análisis de Martin Endicott,²⁰ la referencia a dichas alternativas es extraña y únicamente se pueden señalar dos referencias; la primera, en el modelo de TBI del año de 2004 de los Estados Unidos,²¹ en el cual se indica que los laudos finales deben limitarse bien a daños pecuniarios e intereses o restitución de la propiedad, pero esta última con

18 El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) es una institución internacional autónoma establecida bajo la Convención sobre el Arreglo de Disputas de Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados compuesta por más de ciento cuarenta países miembros. El propósito primario del CIADI es proporcionar mecanismos que faciliten la conciliación y el arbitraje de disputas de inversión con carácter internacional.

19 Endicott, M., “Non Pecuniary Remedies: The impact of ARISWA in Investor- State Arbitration”, en *New Aspects of International Investment Law* / *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, julio 2007. Serie: Recueil des Cours – Colloques / Workshops - Law Books of the Academy, p. 1072, p. 9.

20 Endicott, M., *ibíd.*, p. 2.

21 “Artículo 34” del *Modelo de BIT de los Estados Unidos* [en línea], disponible en: http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf, noviembre 2004, recuperado: 16 de Diciembre 2007

la opción de pago de daños. Y la segunda, cuya disposición es similar al del modelo del TBI de 2004 de los Estados Unidos, se encuentra en el modelo actual de los TBI de Canadá.²²

b. Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros

En el evento de que el tratado no haya precisado las alternativas de reparación, éstas pueden estar contenidas en el Convenio.²³ Al respecto, en principio podría concluirse que de acuerdo con el artículo 48(3), el Tribunal está obligado, únicamente, a dictar un laudo conforme con las pretensiones de las partes.²⁴ Por tanto, si las partes sometieron pretensiones distintas al pago de una suma de dinero, podría ser válida la posibilidad de optar entre diversas alternativas de reparación.

Sin embargo, vale la pena analizar el artículo 54(1) del Convenio, el cual establece: “Artículo 54 (1) 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” (énfasis fuera del texto).

El aparte subrayado indica que los Estados, además de reconocer el laudo dictado, harán **ejecutar** las “obligaciones pecuniarias” impuestas por él. Ahora bien, nos preguntamos si esta mención implicaría necesariamente que los tribunales arbitrales solo estén facultados para **dictar** laudos de naturaleza pecuniaria, puesto que en principio solo los laudos de esta naturaleza, serán ejecutados por los Estados.

Al respecto coincidimos con el profesor Schreuer al precisar que “It would be wrong to conclude from this provision that an ICSID tribunal may not order non-pecuniary relief such as an injunction or an order of specific performance. The *travaux préparatoires* would not support such a restrictive interpretation”.²⁵

22 “Artículo 44” de *Canadian Model Foreign Investment Protection and Promotion Agreement* repite la misma previsión del modelo de Estados Unidos, disponible en: <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/2004-FIPA-model-en.pdf>, 2004, recuperado: 16 de diciembre 2007.

23 En los auspicios del CIADI se han llevado cerca de 259 casos de los cuales 138 han sido concluidos y 121 aún se encuentran pendientes. Información disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>, recuperado: 16 de diciembre 2007.

24 “Artículo 48 (3)”: “El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado”.

25 Schreuer, C., “Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration”, en *Arbitration International*, vol. 20, núm. 4, pp. 325-332.

Tal y como lo indica el Profesor Schreuer, si analizamos los “*travaux préparatoires*”²⁶, no es posible interpretar restrictivamente el aparte subrayado, toda vez que durante las deliberaciones el análisis del tema no tenía como propósito restringir las alternativas de reparación de los tribunales al dictar un laudo, sino dejar plasmada la preocupación relacionada con la ejecución del laudo. Esto queda plasmado del siguiente modo: “Mr. Broches replied that an award could well order the performance or non-performance of certain acts but all that could be enforced would be the obligation to pay damages if the party did not comply with that order. In the kind of disputes that would come before the Centre payment of damages was all that ultimately the parties would expect in the absence of voluntary compliance”.²⁷

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que conforme con el Convenio CIADI, los tribunales arbitrales pueden optar entre diversas alternativas al **dictar** el laudo, sin embargo sólo podrán ser **ejecutados** los laudos de naturaleza pecuniaria.

De este modo, se perfila desde ya la problemática central del análisis de las alternativas de reparación, por un lado tenemos la posibilidad de que los tribunales puedan **dictar** laudos de naturaleza distinta a un laudo que condene al pago de una suma de dinero y, por el otro, la imposibilidad de **ejecutar** laudos distintos a los que condenan a los Estados al pago de una suma de dinero. Esta dificultad manifiesta se encuentra plenamente justificada en el respeto de la soberanía de cada Estado.

Esta problemática encuentra más fundamento si tenemos en cuenta lo previsto en el artículo 42 (1) del Convenio, el cual indica:

“El Tribunal decidirá el conflicto de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables” (énfasis fuera del texto).

El aparte subrayado podría significar que los tribunales podrían usar las alternativas de reparación del Derecho Nacional, y no necesariamente las de Derecho Internacional. Por tanto, la ejecución del laudo estaría al arbitrio del

26 Estos constituyen el expediente oficial de una negociación, que a veces se publica. Los “*travaux préparatoires*” son útiles para clarificar la intención de las partes al suscribir el tratado u otro instrumento. Ver: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Análisis de los documentos Relativos al origen y a la formulación de la Convención*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington, 1970.

27 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Análisis de los documentos Relativos al origen y a la formulación de la Convención*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington, 1970, vol. II, p. 991. Del mismo modo:

“The CHAIRMAN agreed that awards were not necessarily a mere matter of collecting a sum of money from the loser and that recognition and enforcement were two different aspects. He would give further thought to the res judicata aspect although he was inclined to doubt that the issue of sovereign immunity would arise in that connection”: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones *History of the ICSID Convention. Análisis de los documentos Relativos al origen y a la formulación de la Convención*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington, 1970, vol. II, p. 344.

Estado “condenado”, el cual escogería entre las alternativas previstas en su Derecho local, por esta razón el respeto a la soberanía tiene tanta importancia. Sin embargo, si nos remitimos nuevamente al artículo 32²⁸ del borrador de los artículos de Responsabilidad de los Estados de la CDI, y teniendo en cuenta que lo que está en conflicto es el cumplimiento de una obligación de carácter internacional, deberían aplicarse las alternativas de reparación propias de Derecho Internacional, circunstancia que en la práctica resulta ser más apropiado.

c. Acuerdos Multilaterales de Inversiones

En el contexto actual de globalización existen múltiples referencias a la promoción y protección de inversiones, así como a la forma apropiada para resolver los conflictos que surgen de dichas relaciones, en instrumentos distintos a los TBI, por ejemplo, en los instrumentos de integración regional. Al respecto es importante indicar que para nuestro propósito analizaremos la forma en la que se ha hecho referencia a las alternativas de reparación en el Tratado sobre la Carta de la Energía, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y en el borrador del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia, negociado, en principio, en el contexto de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).²⁹

1. Tratado sobre la Carta de la Energía³⁰

El Tratado sobre la Carta de la Energía tiene como objetivo fundamental crear reglas que permitan fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía. Entre las disposiciones con mayor relevancia se encuentran la protección de las inversiones relacionadas con la energía, así como el comercio de materias y productos energéticos, el tránsito y la solución de controversias. El artículo 26 (8) del tratado, en el aparte relacionado con la solución de controversias entre un inversionista y una parte contratante, establece:

(8) Los laudos arbitrales, que pueden incluir laudos de intereses, serán firmes y vinculantes para las Partes en litigio. Los laudos arbitrales relativos a una medida de un gobierno o autoridad de rango inferior de la Parte Contratante litigante deberán dar a la Parte Contratante litigante la opción de indemnizar pecuniariamente en lugar de cualquier otra

28 “Artículo 32”: “Irrelevance of internal law. The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this part”.

29 En principio las negociaciones de un tratado de libre comercio con Colombia, se encuadraron en la negociación de un tratado de libre comercio con los países andinos, ver: www.tlc.gov.co.

30 El Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados fueron firmados el 17 de diciembre de 1994, en Lisboa. La Comunidad Europea adoptó este Tratado por medio de la Decisión del Consejo y la Comisión del 23 de septiembre de 1997 (98/181/CE, CECA, Euratom), disponible en: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/SP.pdf, recuperado: 16 de diciembre 2007.

reparación. Las Partes Contratantes deberán ejecutar sin demora los laudos y adoptar las medidas necesarias para que se imponga el efectivo cumplimiento de estos en su territorio. (énfasis fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, el tribunal arbitral, al dictar un laudo definitivo puede optar entre cualquiera de las alternativas de reparación, tal y como se desprende del acápite subrayado, pero en todos los casos se “deberá” proveer la posibilidad de que la “parte contratante” tenga la opción de pagar daños monetarios “en lugar de cualquier otra reparación”.

2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte³¹

En el contexto de los acuerdos multilaterales no se puede dejar de hacer referencia al TLCAN,³² al respecto el artículo 1135 precisa:

1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a una Parte, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación: (a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes; (b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución.³³ (énfasis fuera del texto)

Conforme a este artículo, los “laudos arbitrales definitivos” pueden contemplar la restitución como una opción. Es así como la doctrina, específicamente el Profesor Thomas Wälde,³⁴ precisa que existe una limitación cuando se trata del laudo definitivo, caso en el que únicamente la restitución o el pago de una suma de dinero serían posibles y, sin embargo, la alternativa de la restitución dependerá de la elección que haga la parte contendiente, pues tal y como lo indica el artículo, “la parte contendiente podrá pagar daños pecuniarios” en lugar de la restitución.

31 El TLCAN es un acuerdo regional entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para crear una zona de libre comercio. De acuerdo con el artículo 102 del TLCAN es un objetivo el “aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes”.

32 Esta área de libre comercio incluye 406 millones de habitantes que producen más de 11 000 billones de dólares en bienes y servicios. A partir de 1994, el flujo promedio anual de inversión extranjera directa (IED) a México triplicó el promedio captado en los siete años previos al TLCAN, y la IED total se incrementó 72%. Información disponible en: http://www.usembassy-mexico.gov/sNAFTA_figures.htm, recuperado: 16 de diciembre 2007.

33 En http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=678#A1135, recuperado: 16 de diciembre 2007.

34 Wälde, T., “Remedies and Compensation in International Investment Law”, en *Transnational Dispute Management*, vol. 2, Issue 5, November 2005, pp. 26 y 27. De este modo las decisiones “no definitivas”, o provisionales, admiten todo tipo de alternativas diferentes a la compensación.

Es importante precisar que a nuestro juicio, la forma en la que está redactado este artículo, se respeta la soberanía política y regulatoria del Estado, pues es éste el que elige si restituye o compensa.

3. Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Colombia³⁵

Colombia concluyó el 27 de febrero de 2006 las negociaciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos, en el contexto de la negociación de un tratado de libre comercio con los países andinos, tratado que está pendiente de aprobación.

En relación al tema que nos ocupa, el TLC establece específicamente en su artículo 10.26:

Laudos 1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal puede otorgar, por separado o en combinación, únicamente: (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan; y (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado puede pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución. (énfasis fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, resulta similar la provisión del TLC entre Estados Unidos y Colombia con el artículo 1135 del TLCAN, así como el modelo de los TBI de los Estados Unidos y Canadá. Esto significa que existe una limitación en lo que tiene que ver con laudos definitivos, circunstancia en la cual la restitución o el pago de una suma de dinero son alternativas viables de reparación, estando la primera a elección del demandado.

2. ¿Cuál es la posición de la Jurisprudencia?

Tal y como lo precisamos previamente, otra fuente en la cual podemos encontrar algún tipo de referencia sobre las alternativas de reparación en Derecho Internacional de Inversiones está en las decisiones judiciales³⁶ que sirven como medio auxiliar para establecer la regla de Derecho.

De este modo haremos referencia a la jurisprudencia de la CIJ sobre las alternativas de reparación—esto evidentemente en el contexto de responsabilidad entre Estados— para luego analizar la jurisprudencia de ciertos tribunales arbitrales en arbitrajes mixtos.

35 Colombia concluyó el 27 de febrero de 2006 las negociaciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos, en la actualidad el tratado se encuentra pendiente de aprobación en las cámaras legislativas de ambos países.

36 Sobre este punto, resulta necesario precisar que a pesar que el análisis del precedente en Derecho Internacional y especialmente en Derecho Internacional de Inversiones no es objeto de este artículo, consideramos que la jurisprudencia, como medio auxiliar de análisis de la regla del Derecho resulta ser de interesante análisis. Para profundizar más sobre este punto ver: Kaufmann-Kohler, G., “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?”, en *Arbitration Internacional*, vol. 23, núm. 3, 2007; Cheng, T., “Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2007. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=959382>, entre otros.

a. Conflictos entre Estados

1. Posición de la Corte Internacional de Justicia

Tal y como se indicó previamente, uno de los casos más emblemáticos, o bien el caso central sobre la reparación en derecho internacional, es el caso “Caso Chorzów” (Alemania c. Polonia)³⁷. Esta decisión de la CPIJ sentó un principio básico en el Derecho Internacional. En primer lugar, su fallo de jurisdicción de 1927³⁸ indicó lo siguiente:

“It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form”
(énfasis fuera del texto).

No queda la menor duda de que es esta previsión la que recogió el artículo el artículo 31 del borrador de los artículos de responsabilidad de los Estados, al precisar que la reparación debe ser integral y adecuada, pues, tal y como lo afirma el Profesor Crawford, “the obligation placed on the responsible State by article 31 is to make a “full reparation” in the Factory at Chorzów sense”³⁹.

Posteriormente, la CPIJ fue mucho más precisa en el fallo de méritos en 1928,⁴⁰ al indicar en primer lugar que la reparación debe, en lo posible, extinguir las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que hubiese existido si el acto no hubiese sido cometido:

37 Corte Permanente Internacional de Justicia, “Caso Factory of Charzów”, Serie A, núm 9, 26 de julio de 1927 (Jurisdiction). Disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compentence_Arret.pdf, recuperado: 16 de diciembre 2007, y Corte Permanente Internacional de Justicia, “Caso Factory of Charzów”, Serie A, núm. 17, 13 de septiembre de 1928. Disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, recuperado: 16 de diciembre 2007. El caso básicamente trata de un contrato celebrado en 1915 entre Alemania y la compañía Bayrische, con el propósito que esta última construyera, entre otras cosas una fábrica de nitrato en Chorzów (Silesia). Acto seguido, en diciembre de 1919, se creó de una nueva compañía, Oberschleische, a la cual Alemania vendió la fábrica en Chorzów. Una vez terminada la segunda guerra mundial, de acuerdo con el Tratado de Versalles el territorio donde se ubicaba la fábrica pasó a ser de Polonia, posteriormente el 24 de junio de 1922 un decreto ministerial polaco declaró la toma de posesión de la fábrica y el 15 de mayo de 1925 Alemania solicitó a la CIJ que decidiera que la toma de posesión constituía una medida de liquidación de la propiedad, liquidación no conforme a los artículos 92 y 297 del Tratado de Versalles. De igual modo se solicitó a la CIJ decidir cuáles eran las medidas que debería tomar Polonia para reparar el daño.

38 Corte Permanente Internacional de Justicia, “Caso Factory of Charzów”, Serie A, núm. 9, 26 de julio de 1927 (Jurisdiction). Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compentence_Arret.pdf, p. 21, recuperado: 16 de diciembre 2007.

39 Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 202.

40 Corte Permanente Internacional de Justicia, “Caso Factory of Charzów”, Serie A, núm. 17, 13 de septiembre de 1928. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, recuperado: 16 de diciembre 2007.

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.⁴¹ (énfasis fuera del texto)

Acto seguido, la CPIJ indicó que se podrá restablecer a la situación por medio de la restitución en especie y, de no ser posible, por medio del pago de una suma equivalente:

Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award; if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it –such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law. (énfasis fuera del texto)

Por tanto, de acuerdo con Chorzów, de no ser práctica la restitución, la compensación monetaria sería el remedio subsidiario,⁴² pero dejando en claro que la restitución es el remedio principal en Derecho Internacional, básicamente por el concepto mismo de “reparación” del daño.

De este modo se va delineando de modo más profundo la problemática tendiente a evidenciar que en la teoría resultaría más apropiado “restituir”, “reestablecer”, pero que en la práctica lo que resulta viable es “compensar”.

En la misma línea de argumentación del caso Chorzów, resulta pertinente hacer referencia al caso del Templo de Preah Vihear de 1962 (Camboya c. Tailandia),⁴³ en el cual la CIJ decidió que Tailandia debería retirar sus fuerzas armadas del templo así como **restituir**⁴⁴ los objetos removidos del templo por las autoridades tailandesas:

41 Corte Permanente Internacional de Justicia, “Caso Factory of Chorzów”, Serie A, núm. 17, 13 de septiembre de 1928. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf), recuperado: 16 de diciembre 2007.

42 Crawford, J., op. cit., p. 213.

43 Corte Internacional de Justicia, “Caso del Templo de Preah Vihear” (Camboya c. Tailandia), 15 de junio de 1962. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>, recuperado: DÍA 16 de diciembre 2007. Este caso surgió con ocasión de un problema de fronteras entre Camboya y Tailandia, Tailandia ocupó el Templo de Preah Vihear en 1954, de igual modo sustrajo ciertos objetos pertenecientes al Templo.

44 Este caso sirve de ejemplo sobre restitución de propiedad.

that Thailand is under an obligation to withdraw any military or police forces, or other guards or beepers, stationed by her at the Temple, or in vicinity on Cambodian territory... that Thailand is under an obligation to restore to Cambodia any objects of the kind specified in Cambodia's fifth Submission which may, since the date of the occupation of the Temple by Thailand in 1954, have been removed from the Temple or the Temple area by Thai authorities. (énfasis fuera del texto)

De esta forma, la CIJ ordenó el cumplimiento de dos obligaciones específicas; en primer lugar, cesar la ocupación ilegal del territorio y en segundo lugar, la restitución de la propiedad.

Es igualmente relevante el caso de la orden de detención judicial de 2000 (RD del Congo c. Bélgica)⁴⁵ en el cual la CIJ decidió que Bélgica había incumplido sus obligaciones y como reparación solicitó la cancelación de dicha orden de arresto, toda vez que era el remedio apropiado y adecuado:

“finds that the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and so inform the authorities to whom that warrant was circulated” (énfasis fuera del texto).

2. Otros tribunales internacionales

En este contexto, es de imperativa referencia el caso Martini de 1930 (Italia c. Venezuela),⁴⁶ en el cual la Corte Federal de Casación de Venezuela canceló un contrato de concesión de Martini por supuesto incumplimiento y ordenó a la compañía el pago de daños. Italia, ejerciendo protección diplomática, dio inicio al trámite arbitral, en este contexto el tribunal consideró que la decisión de la corte de Venezuela era manifiestamente injusta y como forma de reparación, el gobierno de

45 Judgment ICJ, “Arrest Warrant of 11 April 2000” (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), en *ICJ Reports 2002*, p. 3. Disponible también en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>, 2002, recuperado: 16 de diciembre 2007. En este caso, un magistrado belga emitió una orden de arresto contra el Ministro de Relaciones Exteriores del Congo. El Ministro gozaba de inmunidad en el momento en que fue emitida dicha orden de arresto, así que Bélgica emitió de forma ilegal una orden de arresto. La República Democrática del Congo solicitó la cancelación de la orden de arresto como reparación.

46 *Caso Martini*, (Italia c. Venezuela) 3 May 1930; Reports of International Arbitration Awards, United Nations, 2006, Vol II, pp. 975-1008. Disponible en <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol-II/975-1008.pdf>, recuperado: 16 de diciembre 2007.

Venezuela **debería anular** las obligaciones de pago impuestas a Martini por la decisión de la Corte.

Es también importante traer a colación el caso “Rainbow Warrior” de 1990 (Nueva Zelanda c. Francia),⁴⁷ caso en el que Francia repatrió prematuramente a dos agentes que debían de haber sido detenidos en Nueva Zelanda durante tres años como consecuencia del ataque contra el buque Rainbow Warrior. Nueva Zelanda solicitó como forma de reparación la extradición de los dos agentes. En este caso el tribunal consideró **como inconveniente** hacer volver a los agentes a Nueva Zelanda en el entendido de que el periodo de tres años ya había expirado.⁴⁸

a. Arbitrajes mixtos

1. Casos contra Libia

Tal y como se indicó previamente, durante los años 1973 y 1974 Libia implementó ciertas medidas de nacionalización de los derechos, intereses y propiedad, derivados de un contrato de concesión con Texaco Overseas Petroleum Company y California Asiatic Oil Company (TOPCO).⁴⁹ Como consecuencia de lo anterior, las compañías solicitaron al tribunal, exigir a Libia el cumplimiento específico de obligaciones contractuales.⁵⁰

El árbitro único, René Jean Dupuy, decidió que Libia incumplió sus obligaciones al adoptar las medidas de nacionalización, razón por la cual el gobierno Libio estaba legalmente obligado a ejecutar el contrato de concesión, así como otorgarle pleno efecto y cumplimiento. Para ello el árbitro le otorgó 5 meses de plazo.

El árbitro consideró que “*restitutio in integrum*” es el remedio apropiado, de igual modo precisó que:

because the plaintiffs were convinced that this was the solution accepted and confirmed by general international law. That, in a fair number of awards and judgments (. . .), only the award of damages was envisaged or adjudicated does not

47 “Caso Rainbow Warrior”, (Nueva Zelanda c. Francia), France-New Zealand Arbitration Tribunal, 30 Abril 1990, 20 RIAA 266. Versión en línea disponible en: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XIX/199-221.pdf, recuperado: 16 de diciembre 2007.

48 Sin embargo, recomendó que los gobiernos de Francia y Nueva Zelanda deberían promover la creación de un fondo para promover relaciones amistosas entre los ciudadanos de los dos países, y que el gobierno de la República de Francia debería hacer una contribución inicial de 2 millones de dólares para este fondo.

49 Para más profundidad ver: White, R., “Expropriation of the Libyan Oil Concessions: Two Conflicting International Arbitrations” en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, núm. 1, Jan., 1981.

50 “Texaco Overseas Petroleum Company y the California Asiatic Oil Company (TOPCO) c. Libia”, 19 de enero de 1977, árbitro único: René Jean Dupuy, en *Journal du Droit international*, 1977, pp. 350-389.

detract from the overriding nature of *restitutio in integrum*: if, in such cases, *restitutio in integrum* was not awarded and did not have to be, the reason is that it had not, in view of the circumstances, been requested by the plaintiffs.⁵¹

Pasados 8 meses después del fallo, Libia no cumplió, sin embargo el conflicto se solucionó por acuerdo entre las partes.⁵²

Es importante resaltar que el incumplimiento por parte de Libia refleja la dificultad práctica con la que se enfrentan los fallos no pecuniarios porque no existe ningún medio “efectivo” que permite ejecutar un fallo de esta naturaleza, muy a pesar de que en algunos casos parezca ser el mejor remedio.

Esta dificultad resulta mucho más evidente si tenemos en cuenta otros dos casos emergidos del mismo conflicto, British Petroleum Company c. Libia⁵³ y Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libia.⁵⁴ En el primer caso se estableció que la reparación por vía del cumplimiento de una obligación específica presupone la anulación de la nacionalización y, por tanto, ordenar dicha cancelación podría violar la soberanía del Estado. Una orden de ese tipo no sería aplicable en la práctica.

the principal remedy under public international law in regard of matters of essentially economic significance is damages (...)

It has only been argued doctrinally that, where damages are not an adequate remedy (meaning where the State demonstrably is insolvent or incapable of discharging its proper obligations), *restitutio in integrum* should be considered. (...)

“A rule of reason therefore dictates a result which conforms both to international law, as evidenced by State practice and the law of treaties, and to the governing principle of English and American contract law. This is that, when by the exercise of sovereign power a State has committed a fundamental breach of a concession agreement by repudiating it through a nationalisation of the enterprise and its assets in a manner which implies finality, the concessionaire is not entitled to call for specific performance by the Government of the agreement and reinstatement of his contractual rights, but his sole remedy is an action for damages...⁵⁵

51 Sanders, P. (edit.), *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. IV, 1979, pp. 177-187.

52 Libia debería darle a la compañía 152 millones de dólares en petróleo durante los próximos 15 meses y las compañías deberían dar por terminado el arbitraje.

53 “British Petroleum Company Ltd. (BP) c. Libia”, 10 Octubre 1973, árbitro único: Gunnar Lagergren, en *53 International Law Reports*, 1979, pp. 297-388.

54 “Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libia”, 12 de abril de 1977, árbitro único: Sobhi Mahmassani, en *Revue de l'Arbitrage*, 1980, pp. 132-191.

55 “British Petroleum Company Ltd. c. Libia”, árbitro único: Gunnar Lagergren, en Sanders, P. (edit.), *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. V, 1980, pp. 143-157.

2. Tribunales bajo reglas CIADI

Si tuviéramos que identificar una tendencia en la jurisprudencia de inversiones sobre el tema de las alternativas de reparación, podríamos concluir que pareciera ser que la opción más adoptada ha sido otorgar un remedio de carácter pecuniario. Sin embargo, esto resulta lógico y comprensible si tenemos en cuenta que en la mayoría de casos los demandantes enmarcan sus reclamaciones en términos de daños monetarios.

A pesar de lo anterior, vale la pena evaluar dos casos, (i) *Goetz c. Burundi*⁵⁶ y (ii) *Enron c. Argentina*,⁵⁷ según los cuales, pareciera a primera vista que es válida la posibilidad de que un tribunal arbitral opte entre diversas alternativas de reparación.

a. *Goetz c. Burundi*

Consideramos apropiado evaluar con detalle este caso para poder dejar en claro el alcance del mismo. *Goetz* y otros inversionistas belgas iniciaron el trámite arbitral solicitando la anulación del acto que retiró el certificado de zona franca, así como el reembolso de los impuestos pagados durante dicho periodo o en subsidio, que compense los daños sufridos por los inversionistas.⁵⁸ De este modo, se presentó el siguiente cuestionamiento: ¿el tribunal arbitral puede imponer a la República de Burundi una obligación de hacer?

En una primera etapa, el tribunal, evaluando el cumplimiento de los requisitos de legalidad conforme al Derecho Internacional de la decisión de la República de Burundi, concluyó que tal decisión (i) fue tomada por un interés económico nacional, (ii) conforme a un procedimiento legal,

56 “*Goetz y otros c. Burundi*”, Decisión del 10 de febrero de 1999, Caso CIADI núm. ARB/95/3, IIC 16, 1999. Disponible en: [http://www.investmentclaims.com/IIC%2016%20\(1999\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC%2016%20(1999).pdf), recuperado: 16 de diciembre de 2007.

57 “*Enron Corporation and Ponderosa Assets LP c. Argentina*”, Decisión de Jurisdicción, Caso CIADI núm. ARB/01/3, IIC 93, 2004. Disponible en: [http://www.investmentclaims.com/IIC%2092%20\(2004\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC%2092%20(2004).pdf), recuperado: 16 de diciembre 2007.

58 El 31 de agosto de 1992 Burundi estableció un régimen de zona franca permitiendo a las empresas establecidas en la república beneficiarse de exoneraciones fiscales y aduaneras. El 22 de diciembre de 1992 se creó la sociedad AFFIMET, cuyo capital estaba compuesto por seis accionarios belgas.

El 3 de febrero de 1993 el Ministerio de Comercio y de Industria le otorga a AFFIMET el certificado de zona franca. En julio de 1993 el Ministerio informa que existen conflictos de interpretación en relación con las actividades de la sociedad, y por tanto de la posibilidad que sea beneficiaria del régimen de zona franca. El 20 de agosto de 1993 el certificado de zona franca es suspendido por parte del Ministerio de Comercio y de Industria. El 10 de enero de 1994 el Ministerio informa que levanta la suspensión establecida en agosto de 1993. El 29 de mayo 1995 el Ministerio de Comercio y de Industria retiró el certificado de zona franca. Acto seguido, se abrogó y reemplazó la ordenanza que determinaba que actividades no eran elegibles para el régimen de zona franca, incluyendo como actividades no elegibles para obtener el certificado; la investigación, extracción, afinamiento, compra y venta de minerales (actividad que realizaba AFFIMET).

(iii) y de igual modo no fue discriminatoria ni contraria a un acuerdo particular concluido entre los inversionistas y el Estado receptor.

Sin embargo, de acuerdo con el tribunal resta una última condición para que la medida sea considerada como lícita, y es que debe preverse el pago de una indemnización adecuada y efectiva. De acuerdo con el tribunal, es esta última condición la que no se encuentra acreditada en el caso que nos ocupa, sin embargo el Tribunal optó por considerar que la cuestión de la legalidad de la medida **queda en suspenso**, con tal de que la República de Burundi satisfaga en un término razonable la condición de indemnización adecuada y efectiva, caso en el cual la medida será tenida como lícita. Ahora bien, de no proceder a ello, la República de Burundi habrá violado la obligación internacional de no tomar medidas restrictivas de propiedad.

Al tener en cuenta lo anterior, el tribunal decidió que la República de Burundi deberá: (i) bien pagar una indemnización adecuada y efectiva o, **si la República de Burundi lo prefiere**, (ii) poner fin a la medida discutida, ello bien por medio de la abrogación de la ordenanza que modificó las actividades elegibles para obtener el certificado de zona franca seguida del restablecimiento del certificado, o por el restablecimiento del certificado de la zona franca sin abrogación de la ordenanza.

De esta forma el tribunal le dio un plazo de 4 meses a Burundi para proceder, de lo contrario sus actos serían tenidos como una violación del Derecho Internacional y en este caso las partes volverían ante el tribunal para que sea fijado el monto y la modalidad de reparación.

De lo anterior, se podría concluir que el tribunal consideró que la violación de Derecho Internacional estaba en suspenso, razón por la cual su decisión no puede ser tenida en cuenta como una reparación de un daño, toda vez que no encuentra acreditada aún la violación del Derecho Internacional. De esta forma, el tribunal únicamente le dio al Estado ciertas opciones para ajustar su conducta conforme al Derecho Internacional y de no hacerlo en el término establecido para ello, se tendría que el Estado se encuentra incurso en una violación de Derecho Internacional. En este caso las partes le solicitarán al tribunal que fije el monto para la reparación del daño.

En una segunda instancia del proceso, y cerca de vencerse el plazo que le fue otorgado a la República de Burundi, las partes llegaron a un acuerdo en el cual el Estado se comprometió a reembolsar casi 3 millones de dólares, que representarían los derechos y tasas pagados por la sociedad al Estado durante el periodo de suspensión y retiro del certificado. Una vez que el Estado hubiese cumplido con ello, la sociedad renunciaría a su reclamación ante el CIADI.

De igual modo las partes firmaron una convención especial relativa al funcionamiento de la sociedad AFFIMET, estableciendo un nuevo régimen de zona franca. Estos dos documentos fueron parte de la decisión final del CIADI a petición de las partes.

Si se tienen en cuenta las múltiples particularidades de este caso nos preguntamos si sería válido afirmar en este caso que el Tribunal dictó un laudo ordenando el cumplimiento de una obligación no pecuniaria a la República de Burundi.

A nuestro juicio, no resulta válido afirmar lo anterior, puesto que en primer lugar, a pesar de que es cierto que el tribunal le dio a Burundi la elección entre el pago de daños o el restablecimiento del certificado de zona franca que había sido retirado previamente, dicha elección no fue otorgada como una reparación de los daños causados por un acto ilegal, sino que precisamente dicha elección se dio para que el acto no fuera considerado como ilegal. Por otro lado, la creación del nuevo régimen de zona franca, a pesar de haber sido prescrito en el laudo, fue basado en un acuerdo entre las partes.

En adición, vale la pena destacar que era la República de Burundi la que decidía entre pagar una compensación adecuada o revertir los efectos de la medida interpuesta, circunstancia que deja entrever la preocupación sobre la dificultad de la ejecución de fallos no pecuniarios, en relación con el respeto a la soberanía de los Estados.

b. Enron c. Argentina⁵⁹

En este caso la controversia recayó sobre los impuestos de sellos que algunas provincias argentinas aplicaron a la sociedad transportadora de gas en la cual las demandantes tenían su inversión. Los demandantes solicitaron al tribunal la anulación de la tasación de impuestos, y requirieron al tribunal que ordene a Argentina la recaudación de dichos impuestos.

En el fallo de jurisdicción se indicó en primer lugar que los tribunales tienen alternativas para reparar el daño, conclusión a la que llegó el tribunal evaluando la jurisprudencia de la CPIJ, la CIJ, así como los casos *Martini*, *Goetz c. Burundi*, entre otros: “An examination of the powers of international courts and tribunals to order measures concerning performance or injunction and of the ample practice that is available in this respect, leaves this Tribunal in no doubt about the fact that these powers are indeed available”.⁶⁰

59 “Enron Corporation and Ponderosa Assets LP c. Argentina”, Decisión de Jurisdicción, Caso CIADI núm. ARB/01/3, IIC 93, 2004. Disponible en: [http://www.investmentclaims.com/IIC%2092%20\(2004\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC%2092%20(2004).pdf), recuperado: 16 de diciembre de 2007.

60 “Enron Corporation and Ponderosa Assets LP c. Argentina”, Decisión de Jurisdicción, Caso CIADI núm. ARB/01/3, IIC 93, 2004. Disponible en: [http://www.investmentclaims.com/IIC%2092%20\(2004\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC%2092%20(2004).pdf), recuperado: 16 de diciembre de 2007, p. 79.

De igual manera se estableció que el tribunal, además de las facultades declaratorias, tiene el poder de ordenar medidas que impliquen el cumplimiento o el requerimiento de ciertos actos: “...in addition to declaratory powers, it has the power to order measures involving performance or injunction of certain acts”.⁶¹

Siendo ello así, podría advertirse que por medio de esta decisión, se consideró válido en el Derecho Internacional de inversiones que los tribunales dispongan de otras alternativas de reparación distintas a la compensación, al dar al Estado condenado la opción de “restituir” o compensar.

1. Petrobart c. Kirguistán⁶²

Es relevante traer a colación este laudo precisamente para evaluar el hecho de que, a pesar que para el Estado responsable resulte más práctico y beneficioso optar por un remedio distinto a la compensación y por ello lo proponga, no siempre resulta ser apropiado optar por esta vía, circunstancia que puede ser evaluada por el tribunal. En este caso el Estado demandado por un incumplimiento contractual solicitó en su memorial de contestación que se ordenara el cumplimiento de una obligación específica, en el entendido de que el cumplimiento de una obligación específica es el remedio inicial por el incumplimiento de obligaciones. En este entendido, Petrobart consideró válida dicha apreciación, sin embargo indicó que en el caso específico el contrato no estaba vigente⁶³ y por tanto no era posible solicitar el cumplimiento de una obligación específica.⁶⁴

61 Ídem., p. 81.

62 Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, “Petrobart Ltd v. Kyrgyzstan”, 29 de marzo de 2005, Caso SCC núm. 126/2003, IIC 184, 2005. Disponible en: [http://www.investment-claims.com/IIC%20184%20\(2005\).pdf](http://www.investment-claims.com/IIC%20184%20(2005).pdf), recuperado: 16 de diciembre de 2007.

63 De igual modo, vale la pena indicar que la posibilidad de disponer de dichas alternativas tiene aun más sentido en trámites arbitrales donde los conflictos surjan de contratos vigentes.

64 Ídem., p. 56: “Petrobart agrees that specific performance is in principle a primary remedy in international law but considers that in the circumstances of this case such performance is no longer possible because (i) the Contract has been terminated, (ii) Petrobart’s supply contract with the Uzbek company Uzneftgazdobicha has been terminated, (iii) if Petrobart were to deliver the remaining quantities under the Contract, it would have to re-negotiate the price of the gas at today’s market level, and (iv) the delivery of gas condensate is impossible for practical reasons since Petrobart is no longer engaged in Kyrgyzstan. The Arbitral Tribunal notes Petrobart’s explanation that the company no longer has any activity in the Kyrgyz Republic and that its supply contract with Uzneftgazdobicha is no longer in operation. In such circumstances, the Arbitral Tribunal considers that specific performance is no longer a practical option and finds that also in regard to lost profits monetary compensation would be the only appropriate remedy in this case”.

Conclusión

1. Los tribunales, en principio, tienen alternativas para reparar los daños de acuerdo con los tratados y la jurisprudencia de Derecho Internacional, incluso en los arbitrajes de inversión.
2. Sin embargo, los tribunales se encuentran con que los remedios que elijan pueden alterar o interferir en la soberanía de los Estados, circunstancia que en términos prácticos afectaría la ejecución del laudo.
3. En este contexto, el remedio ordenado por el tribunal debe ser considerado como apropiado y legítimo en el derecho interno del Estado, de lo contrario dicho laudo sería imposible de aplicar.
4. De esta forma no es errado concluir que la restitución, a pesar de ser el remedio principal en Derecho Internacional, puede ser preferible en teoría pero no en la práctica, pues: (i) el Estado demandado puede no querer o no poder restablecer las cosas a su estado anterior, (ii) la restitución puede constituir una interferencia indebida en la soberanía del Estado, (iii) la situación pudo haber evolucionado de tal forma que el restablecimiento a la situación original sea poco práctica si no imposible, tal y como se estableció en *Chorzów*, o en “*TOPCO c. Libia*”,⁶⁵ en el sentido de que en la mayoría de casos, el hecho de que la restitución sea imposible y poco práctica, y que por tanto la compensación pecuniaria sea más frecuente, no altera el hecho de que pueda ser posible optar por este remedio.
5. No cabe la menor duda de que el elemento que hace girar la balanza en el debate derivado de *Chorzów*, entre teoría y práctica, restitución y compensación, resulta ser el respeto de la soberanía, razón por la cual es apropiada la posición que han tomado los tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas CIADI, al dar la opción al Estado demandado para optar entre estas alternativas de reparación.
6. Esto es importante si se tiene en cuenta que el Estado puede preferir cumplir con una obligación de hacer o no hacer, a pagar un laudo extremadamente costoso que puede llegar a afectar sus finanzas públicas.
7. De esta forma el razonamiento inicial de *Chorzów*, enmarcado en el debate entre teoría y práctica, es plenamente vigente y permitiría concluir que en la actualidad si resulta ser **posible y práctico** optar por una alternativa distinta a la compensación nada impide que se adopte el remedio principal en Derecho Internacional, la restitución.
8. Sin embargo, resulta necesario que los tribunales tengan en mente la imposibilidad de aplicar el laudo, razón por la cual los laudos deberán estar siempre acompañados por una alternativa pecuniaria en caso en que el Estado no cumpla.

⁶⁵ Ver arriba páras. 46-49.