Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 239-272 [julio 2020]

ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES APLICABLES A LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE ESTABLECIDO EN EL TRATADO INTEGRAL Y PROGRESISTA DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (CPTPP / TPP-11)

SOME NOTES ON APPLICABLE JURISPRUDENTIAL TRENDS TO THE REGULATION OF ARBITRATION ESTABLISHED IN THE COMPREHENSIVE TREATY AND PROGRESSIVE TRANS-PACIFIC ASSOCIATION (CPTPP / TPP-11)

Ricardo Padilla Parot[*]

Resumen

En el presente trabajo se pretende dar cuenta de las tendencias jurisprudenciales de los tribunales internacionales de inversión, en relación con las disposiciones que regulan los mecanismos de resolución de controversias para las contiendas surgidas entre inversionistas y Estados en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico. En particular, estas notas se abocan al arbitraje de inversión, pretendiéndose entregar nociones respecto de sus requisitos previos; la caducidad o el periodo de limitación de las reclamaciones; la renuncia como mecanismo de asegurar la exclusividad del arbitraje y la posibilidad de presentar contrademandas por parte de los Estados anfitriones.

Palabras clave: arbitraje de inversión; TPP 11; periodo de espera; caducidad; renuncia; contrademandas.

Abstract

This paper aims to provide an overview of the case-law trends of international investment tribunals, concerning the provisions governing the dispute

[*] Master of Laws (LL.M) International Dispute Resolution, King's College London, Reino Unido. Profesor *part-time* de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: Avenida Isidora Goyenechea 2800, piso 43, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: ricardo.padilla@mail.udp.cl. Este trabajo ha sido sometido a single blind review y fue recibido el 2 de marzo de 2020 y aceptado para su publicación el 13 de junio de 2020.

resolution mechanisms for conflicts arising between investors and States in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership. In particular, these notes address investment arbitration and are intended to provide notions regarding its preliminary requirements; the period of limitation of claims; waivers as a mechanism to ensure the exclusivity of arbitration; and; the possibility of Host States to file counter-claims.

Keywords: investment arbitration; TPP 11; Cooling off requirement; limitation period; waivers; counterclaims.

I. El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico: Capítulo inversión

El CPTPP o, también, TPP-11, por el número de países originalmente signatarios (Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam)[1], constituye un tratado de integración económica que regula materias de comercio e inversión internacional sobre la base de los acuerdos de la OMC y de los TLC e inversión ya vigentes entre los mismos países[2]. El CPTPP fue firmado el 8 de marzo de 2018, luego de más de un año de nuevas negociaciones realizadas tras la salida de Estados Unidos de su acuerdo antecesor, el TPP[3].

El capítulo 9 del CPTPP, relativo a la inversión extranjera, sigue la estructura propia de los TII[4], al regular en su primera parte (sección A) la protección substantiva de los inversionistas y el derecho a regular de los Estados receptores de la inversión[5] (*i.e.* art. 9.4 "trato nacional"; art. 9.5 "trato de nación

[1] El 30 de diciembre de 2018, el CPTPP entró en vigor en Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur. El 14 de enero de 2019, en Vietnam. Por su parte, Brunéi, Chile, Malasia y Perú, a la fecha de escritura de este trabajo, no han ratificado ni depositado el Tratado. El texto completo del CPTPP, se encuentra disponible en www.subrei.gob.cl/capitulos-del-acuerdo/ [fecha de consulta: 12 de febrero de 2020].

[2] El CPTPP reemplaza los TBI Australia-México (2005) y Australia-Vietnam (1991). Al mismo tiempo, coexistirá con el TLC Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, Australia y Nueva Zelanda (2009); el Protocolo de Inversión entre Nueva Zelanda y Australia (2011); el TBI Japón-Vietnam (2003); el Acuerdo de Cooperación Económica entre Japón y Vietnam (2008); el TLC Australia- Singapur (2003); el Acuerdo de Cooperación Económica entre México y Japón (2004) y el Tratado Integral de Inversión de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (2009).

[3] De acuerdo con el art. 1 del CPTPP, se incorporan las disposiciones del TPP por medio de referencia. Las excepciones a dicha remisión las constituyen los art. 30.4 (adhesión), art. 30.5 (entrada en vigor), art. 30.6 (denuncia) y art. 30.8 (textos auténticos) del TPP.

[4] Newcombe & Paradell (2009), pp. 65-73.

[5] Así, por ejemplo, el Tribunal en CMS Transmission v. Argentina estableció: "the question is certainly not new in international law. Gold standards or reference currencies embodied in financial transactions, stabilization clauses built into contracts and, more recently, the vast network of bilateral investment treaties are all expressions of the search for stability and legal certainty. The right of the host State to adopt its economic policies together with the rights

más favorecida"; art. 9.8 "expropiación e indemnización"; art. 9.16 "inversión y objetivos de medio ambiente, salud y otros objetivos regulatorios"). En su segunda parte (sección B), el TPP-11 establece los mecanismos de resolución de controversias para las contiendas surgidas entre inversionistas y Estados (la consulta, los buenos oficios, la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje).

Los TTI cobran importancia no solo cuando existe la intención de atraer a la inversión extranjera, sino, también, en contextos de crisis económica (y bien lo saben nuestros vecinos argentinos[6]) o crisis sociales (y por ello Chile también debe preparase[7]). Es en dichas circunstancias cuando acontece el mayor número de reformas y cambios a las políticas públicas de un Estado receptor de la inversión ("Estado anfitrión"); modificaciones al ordenamiento jurídico interno de un país que pueden constituir infracciones a los tratados bilaterales de inversión (TBI) o a otros tratados internacionales que contengan disposiciones que regulen la inversión extranjera. Ahora, cuando un conflicto entre inversionistas y Estado anfitrión se presenta, los TTI nor-

of investors under a system of guarantees and protection are at the very heart of this difficult balance, a balance which the Convention was careful to preserve". CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina (2003), paragraph 28. De similar forma, en Parkerings v Lithuania, el Tribunal señaló: "it is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion". Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (2007), paragraph 332.

[6] A partir de la crisis de 2001, la República de Argentina figura como demandada en 56 arbitrajes de inversión registrados públicamente. Disponible en Investment Policy Hub. United Nations (UNCTAD). Investment Dispute Settlement Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina [fecha de consulta: 16 de febrero de 2020].

[7] Los tribunales de inversión suelen establecer el incumplimiento de la obligación de "protección y seguridad plena", cuando el Estado anfitrión no logra prevenir un daño físico a las inversiones, al no tomar las medidas que normalmente se encuentran bajo el ejercicio de su función gubernamental de policía y de mantenedor de la ley y el orden social. Redfern & Hunter (2015), p. 482. Así, entonces, en el contexto de las manifestaciones sociales iniciadas el 18 de octubre de 2019, se han presentado situaciones que, no obstante las medidas tomadas por el Estado para prevenirlas, han resultado en daños a la propiedad privada y al comercio. Dichas circunstancias fácticas, bajo algunos TTI suscritos por Chile, podrían constituir una infracción a los mismos. En particular, y empleado la regulación del CPTPP solo como ejemplo (pues no ha entrado en vigor en el país), podrían intentarse reclamaciones de inversionistas extranjero configurando una infracción al art. 9.6 "mínimo trato", el que establece: "cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, incluyendo (...) la protección y seguridad plenas. (...) La 'protección y seguridad plenas' exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario". En este punto, el tribunal en Wena Hotels Limited. v. Egypt, tuvo por establecido que el 1 de abril de 1991, una gran multitud atacó los hoteles de propiedad de la reclamante, tomando su control e impidiendo su funcionamiento por más de un año. A pesar de que el tribunal determinó que Egipto no participó en la toma de posesión de los hoteles, este habría incumplido igualmente su obligación de protección y seguridad, dado que aquel Estado anfitrión, manteniendo conocimiento de la toma de control de los hoteles, no realizó nada para prevenirla; para proteger la inversión; para prevenir los daños ocasionados en la propiedad de la reclamante; para sancionar a los responsables; o para indemnizar a Wena por sus pérdidas. McLachlan *et al.* (2017), pp. 333-334.

malmente disponen de una serie de mecanismos y foros para la resolución de controversias. Sin embargo, el medio que por lo común es empleado y que termina por zanjar la mayoría de las disputas lo constituye el arbitraje internacional de inversión.

En efecto, el art. 9.19.4 del CPTPP, siguiendo la tradición de los TTI, entrega a los inversionistas la opción de elegir diferentes foros para substanciar el arbitraje, en particular, los siguientes:

1) el CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI;
2) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI;
3) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o;
4) tras un acuerdo entre las partes, la designación de cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje.

En el presente trabajo se pretende reflexionar, observar y dar cuenta de las tendencias jurisprudenciales de los tribunales internacionales de inversión, en relación con diversas disposiciones que el CPTPP dispone en su sección de resolución de controversias Inversionista-Estado. El objetivo, entonces, es entregar ciertas notas que permitan una aproximación a la interpretación y aplicación práctica que aquellas disposiciones podrían tener en Chile de manera previa a su eventual entrada en vigor[8]. En particular, estas reflexiones se abocan al arbitraje de inversión, pretendiéndose entregar nociones respecto de sus requisitos previos

A) el periodo de espera;
B) la notificación de intención;
C) la caducidad o el periodo de limitación de las reclamaciones;
D) la renuncia como mecanismo de asegurar la exclusividad del arbitraje y;
E) la posibilidad de presentar contrademandas por parte de los Estados anfitriones.

Finalmente, resulta importante tener presente para entender el análisis jurisprudencial en materia de inversión que a continuación se realizará, la inexistencia de un sistema de precedente obligatorio en derecho internacional y de un tribunal permanente de apelación que enmiende, revoque o confirme los laudos dictados por los tribunales arbitrales. En efecto, cada Estado es un sujeto de derecho internacional soberano, de modo que no es posible emplear la aplicación o interpretación del derecho de inversión realizada en un laudo en otra disputa iniciada en contra de otro Estado. Esto, incluso en circunstancias en que el mismo TTI o Estado anfitrión se encuentren en cuestión. Manifestaciones de este principio es posible encontrarlas en el art. 53 (1) del Convenio del CIADI, el cual establece que "el laudo será obligatorio para las partes", o en el art. 59 del estatuto de la CIJ, el que de forma más

[8] No obstante, la jurisprudencia de inversión que es analizada en este trabajo también sirve como punto de referencia para la aplicación e interpretación de las disposiciones que contienen a los mecanismos de resolución de controversias en otros TII vigentes en Chile.

explícita señala: "la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido". Cada tribunal arbitral es también soberano de sus decisiones, no existiendo sobre ellos la obligación formal de seguir la doctrina del precedente[9]. Ello explicaría, tal como se verá, la existencia de laudos arbitrales conteniendo diversas y hasta contradictorias decisiones e interpretaciones sobre la misma cuestión debatida por las partes[10].

II. Solución de controversias Inversionista-Estado

1. Prerrequisitos al arbitraje: el periodo de espera o enfriamiento (cooling-off requirement)

La mayoría de los TII establecen un periodo dentro del cual las partes deben intentar resolver amigablemente sus controversias antes de iniciar un procedimiento arbitral. El CPTPP no es una excepción al disponer en su art. 9.18.1:

> "en caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, que puede incluir el uso de procedimientos de carácter no vinculante ante terceros, tales como buenos oficios, conciliación o mediación".

Aquella disposición, junto con lo establecido en el art. 9.19.1 (a) CPTPP[11], prevén lo que se ha denominado en derecho internacional como el "periodo de espera o enfriamiento" de la disputa (*cooling-off requirement*), dado que se exige que, de manera previa al inicio del arbitraje, las partes a través de un mecanismo no adversarial intenten resolver sus controversias.

Cabe hacer presente la evolución de Chile en este punto, puesto que el TPP-11 presenta dos grandes diferencias con el Model BIT, por cuanto amplió

---

[9] En este sentido, el tribunal en AES Corporation v. The Argentine Republic estableció: "an identity of the basis of jurisdiction of these tribunals, even when it meets with very similar if not even identical facts at the origin of the disputes, does not suffice to apply systematically to the present case positions or solutions already adopted in these cases. Each tribunal remains sovereign and may retain, as it is confirmed by ICSID practice, a different solution for resolving the same problem (...)". AES Corporation v. The Argenite Republic (2005), paragraph 30. Véase Newcombe & Paradell (2009), pp. 59-61.

[10] Es lo que ha sido denominado como la "crisis de consistencia" en el arbitraje de inversión, cuestión que ha restado de credibilidad y confianza al sistema debido a la falta de coherencia en las decisiones tomadas en los laudos arbitrales. Así, por ejemplo, los casos CME Czech Republic v. Czech Republic y Lauder v. Czech Republic, fueron arbitrajes paralelos donde sobre la base de los mismos hechos, los tribunales arbitrales arribaron a decisiones contradictorias. Véase International Bar Association (2018), pp. 6-35.

[11] El referido artículo dispone: "si una controversia relativa a una inversión no ha sido resuelta dentro de los seis meses (...) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje (...)".

los mecanismos de resolución de conflictos previos al arbitraje, pues solo se preveía expresamente la consulta y el plazo del periodo de enfriamiento fue aumentado en tres meses[12].

A. Utilización de los mecanismos diplomáticos de resolución de conflictos

La finalidad del periodo de espera o enfriamiento es entregar al Estado anfitrión la oportunidad de solucionar la controversia antes de que la disputa se judicialice y el inversionista la someta a arbitraje. Para ello, el art. 9.18.2 del CPTPP prescribe que el demandante debe enviar al Estado anfitrión una consulta por escrito, incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas que han suscitado la disputa.

No obstante, el CPTPP emplea el término 'consulta', el que constituye un mecanismo específico de solución de controversias internacionales, lo cierto es que la descripción y notificación de los elementos de hecho por los cuales se alegue una eventual infracción al TPP-11, será lo que entregue las bases al Estado anfitrión para aproximarse de manera adecuada a una posible solución de la controversia con el inversionista, por medio de los diversos mecanismos previos al arbitraje que son contemplados en el art. 9.18.1 del CPTPP: la consulta, la mediación, los buenos oficios, la conciliación y la negociación.

Dichos mecanismos de resolución de conflictos han sido establecidos en el art. 33 de la CNU, como algunos de los principales medios para resolver pacíficamente contiendas en el foro internacional. En efecto, aquellos mecanismos han sido clasificados como medios diplomáticos de resolución de conflictos, los que se caracterizan en el hecho de que las partes retienen en sus manos el control de la contienda, y en que las conclusiones obtenidas luego de aquellos procesos no resultan obligatorias para las partes (son medios no adjudicatorios)[13]. Dado que el empleo de estos mecanismos diplomáticos de

[12] De acuerdo con el art. 8 del Model BIT: "with a view to an amicable solution of disputes, which arises within the terms of this Agreement, between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party consultations will take place between the parties concerned (...). If these consultations do not result in a solution within three months from the date of request for settlement, the investor may submit the dispute either; (a) to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made; or (b) to international arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) (...)". Disponible en https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2841/download [fecha de consulta: 12 de febrero de 2020].

[13] El profesor John Merrills ha enseñado que los diversos mecanismos para la resolución pacífica de conflictos internacionales se dividen comúnmente en dos grupos. Por un lado, los "medios diplomáticos" de resolución de conflictos son aquellos en que las partes retienen el control de la controversia y pueden aceptar o rechazar las propuestas de arreglo en la forma que mejor les parezca. Por el otro, los "medios judiciales" de resolución de disputas, implican recurrir a los tribunales internacionales, lugar donde las partes buscarán decisiones obligatorias decididas sobre la base del derecho internacional. Similar a los medios judiciales, se ha establecido al arbitraje como otro mecanismo de resolución de conflictos. En el arbitraje, es necesario que las partes sean quienes establezcan toda la maquinaria para resolver el conflicto

resolución de conflictos por parte del inversionista y del Estado anfitrión, han sido incorporados como un paso previo al inicio de cualquier arbitraje en el contexto del TPP-11, cabe recordar brevemente en qué consisten:

a. Consulta

La consulta es la acción que en derecho internacional toma normalmente un Estado para informar a otro Estado respecto de alguna acción que se quiere o será tomada, y que podría afectar los intereses del último. El particular valor de la consulta es proporcionar información útil en un momento apropiado, *e.g.* antes de que la eventual controversia se judicialice o escale en su gravedad. Por medio de la consulta, el Estado consultado tiene la posibilidad de dar su punto de vista en la acción que se pretende tomar y, para efectos del Estado consultante, se genera la oportunidad de realizar cambios en la etapa de toma de decisión de las medidas a adoptar; cuestión que resulta más fácil y menos gravosa que luego de que aquellas ya han sido implementadas[14].

b. Mediación

La mediación por lo común tendrá lugar cuando las partes de un conflicto internacional no logran resolver sus diferencias a través de la negociación, haciéndose necesaria la intervención de un tercero que puede ayudarles a alcanzar un acuerdo. Si el nombramiento de un mediador es posible entre las partes, entonces la tarea de este tercero es diseñar o promover una solución que resulte satisfactoria para ambas partes[15]. En consecuencia, una solución mediada requerirá que las partes se encuentren dispuestas y consientan en encontrar un arreglo que, normalmente, significará que deban abandonar sus objetivos y expectativas originales[16].

c. Buenos oficios

De acuerdo con la doctrina comparada, la distinción entre mediación y buenos oficios no es del todo clara. En términos generales, los buenos oficios pueden ser caracterizados de manera menos proactiva que la mediación, dado que solo pude envolver que un tercero facilite las negociaciones, en lugar de activamente buscar y proponer una solución. El principal ejemplo lo constituye la función de buenos oficios que desempeña el secretario general de las Naciones Unidas[17].

(*e.g.* composición del tribunal, ley aplicable, etc.). Tanto el arbitraje como los medios judiciales de resolución de conflictos, son considerados conjuntamente "medios legales" de resolución de controversias. Merrills (2017), p. 88.

[14] Merrills (2017), p. 3.

[15] *Op. cit.*, p. 33.

[16] *Op. cit.*, p. 39; Mackenzie (2005), pp. 36-37.

[17] Mackenzie (2005), p. 37.

d. Conciliación

De acuerdo con el art. 1 de la Regulación del Procedimiento Internacional de Conciliación, elaborado en 1961 por el Institut de droit international, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos internacionales de toda naturaleza, en el cual una comisión designada por las partes, ya sea de manera permanente o *ad hoc* para una disputa específica, realiza un análisis imparcial de la controversia e intenta definir los términos de un acuerdo que sea susceptible de ser aceptado por aquellas o, al menos, proporcionar, en vista de un posible acuerdo entre las partes, la ayuda que las mismas hayan requerido[18].

Dado que el conciliador o la comisión conciliadora tiene el deber de examinar la naturaleza y el trasfondo de la disputa, usualmente se encuentra investida por amplios poderes de investigación[19]. La tarea final del conciliador es, entonces, entregar a las partes los términos de un posible arreglo, el cual debe ser considerado con seriedad, no obstante, su no obligatoriedad[20].

e. Negociación

La negociación es un proceso que permite a las partes retener en sus manos el máximo control sobre la disputa. A través de la negociación, las partes discuten las posibles soluciones de manera directa, intercambiando propuestas, puntos de vistas y argumentos, hasta que una solución es alcanzada o, en definitiva, ha quedado de manifiesto que el llegar a un acuerdo será imposible[21].

Se debe tener presente que las partes no siempre utilizan la negociación para arreglar todos los asuntos en disputa. De hecho, la negociación puede tener distintos objetivos: evitar una controversia (a través de consultas previas o coordinación entre las partes); manejar una disputa en curso (por ejemplo, negociar para acordar cual es el mecanismo de resolución de conflictos más adecuado, o definir los parámetros y el objeto de la controversia); implementar una sentencia o laudo arbitral; entre otros[22]. De esta manera, la doctrina comparada ha considerado que la negociación es el principal y más flexible mecanismo internacional de resolución de conflictos[23].

B. Intentar alcanzar un acuerdo previo al arbitraje: obligación de mejores esfuerzos y su cómputo

En Teinver v. Argentina, bajo el TBI Argentina-España (1991), el tribunal sostuvo que la búsqueda de una solución amigable del conflicto –a través del empleo de los medios diplomáticos de resolución de controversias– cons-

[18] Disponible en su versión inglés, "International Conciliation", in www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1961_salz_02_en.pdf [fecha de consulta: 20 de febrero de 2020].

[19] Merrills (2017), p. 70.

[20] Mackenzie (2005), p. 40.

[21] Spain (2013), p. 43.

[22] Mackenzie (2005), p. 32.

[23] Merrills (2017), p. 2; Mackenzie (2005), p. 31.

tituye una obligación de mejores esfuerzos previa al arbitraje. Según el tribunal, aquello implica que las partes, tras el envío de la primera solicitud de consulta a la que se refiere el art. 9.18.2 del CPTPP, no pueden quedarse de brazos cruzados durante el periodo de enfriamiento, a la espera de un eventual acuerdo. Al contrario, deben efectuar todo lo que esté a su alcance para arribar a dicho arreglo:

> "El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que el Artículo X (1) puede interpretarse razonablemente como una obligación de 'mejor esfuerzo' que obliga a las Partes a intentar resolver amigablemente su controversia. No obstante ello, sería demasiado literal interpretar la disposición del Artículo X (2) de que 'no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses' como una simple exigencia de que las Partes deban esperar seis meses desde iniciada la controversia antes de proceder al próximo paso en el proceso de resolución de controversias. La interpretación más natural del Artículo X (1) y (2) leído de forma conjunta es que las Partes deben hacer cuanto esté a su alcance para resolver amigablemente la controversia, y que deben hacerlo durante seis meses antes de proceder a la etapa siguiente"[24].

El mismo tribunal sostuvo que, para dar cuenta del cumplimiento del plazo de seis meses del periodo de espera, su cómputo inicia no desde la supuesta fecha en que el inversionista indica que el Estado anfitrión habría incumplido el TBI, sino desde que ha existido una efectiva comunicación de aquel hecho. En definitiva, el tribunal requirió que al menos las partes hubieran mantenido un intercambio de opiniones respecto de la supuesta infracción del TBI:

> "En la medida en que el requisito de los seis meses tiene por objeto ofrecer al estado receptor la oportunidad de resolver el problema antes de someter la controversia a arbitraje, si se computara el plazo desde la fecha del incumplimiento, este objetivo no se cumpliría. Sin un intercambio de opiniones, la Demandada no podría haber tenido idea de que el inversor consideraba que la Demandada había incurrido en incumplimiento"[25].

Sin embargo, en el caso del TPP-11 el requerimiento es más formal. No basta un intercambio de opiniones, el que desde luego puede ser realizado de forma oral en reuniones entre las partes. Conforme al art. 9.18.2 del CPTPP, el demandante debe efectivamente

> "entregar al demandado una solicitud por escrito para la realización de consultas incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas en cuestión".

---

[24] Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. la República Argentina (2012), párrafo 108.

[25] *Op. cit.*, párrafo 111.

Luego de ello, los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del periodo de enfriamiento, pues, tal como lo establece el art. 9.18.3 del CPTPP, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones (o procesos de conciliación, mediación o buenos oficios) no otorga *per se* jurisdicción al tribunal arbitral que en definitiva resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

C. Tendencia jurisprudencial estricta:
falta de jurisdicción del tribunal de inversión

La jurisprudencia del derecho de inversión ha demostrado la importancia de observar estas exigencias y requerimientos antes de comenzar cualquier procedimiento arbitral, al punto de que algunos tribunales han fallado carecer de jurisdicción ante el incumplimiento del periodo de espera por parte del inversionista, dado que aquellos serían parte de una regla que condicionaría el consentimiento del Estado anfitrión para someter la controversia a arbitraje[26]. En Burlington Resources Inc. v Ecuador, la República del Ecuador, en el contexto de una disputa en el marco del TBI Ecuador-Estados Unidos (1993), argumentó precisamente que el demandante no habría observado la obligación de realizar la consulta y de negociar de manera previa por un periodo de seis meses antes de iniciar el arbitraje. El tribunal de inversión decidió:

> "Al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción"[27].

En sentido similar, el tribunal arbitral en Murphy Exploration and Production Company International v República del Ecuador, también sobre la base del TBI Ecuador-Estados Unidos (1993), estableció que el periodo *cooling-off* no es optativo para el inversionista, quien se encuentran obligado a realizar los procesos de consulta y negociación para poder estar habilitado para iniciar un arbitraje CIADI:

---

[26] Así fue decidido por el tribunal en Guarachi America, INC v. El Estado Plurinacional de Bolivia, al establecer que "la redacción explícita, que exige una notificación escrita y el vencimiento de un período de seis meses desde esa notificación, lleva al Tribunal a considerar que el 'período de negociación previa' limita el consentimiento de las Partes Contratantes al arbitraje internacional". Guarachi America, INC y Rurelec PLC v. El Estado Plurinacional de Bolivia (2014), paragraph 388.

[27] Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador (2010), párrafo 315.

> "A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales 'una regla procesal' o una etapa 'de naturaleza no obligatoria y procesal' que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI"[28].

En un fallo más reciente, el tribunal en Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica, confirmó la jurisprudencia de los tribunales que conocieron las reclamaciones en contra de Ecuador, pero esta vez en el marco del TBI Costa Rica-España (1999), estableciendo que, el no realizar la notificación de la consulta ni efectuar las negociaciones previas al arbitraje, constituye una violación del tratado que implica que cualquier reclamación en infracción a dichos requisitos resultará inadmisible de ser conocida en el arbitraje:

> "The Tribunal would like to remind the importance of proper notice, which is an important element of the State's consent to arbitration. Indeed, proper notice allows the State to examine and possibly resolve the dispute through negotiation. The failure to duly notify the State receiving the investment of the existence of a dispute constitutes a violation of Article XI.1 of the Treaty. This implies that any claim that has not been notified is inadmissible in the respective proceeding, because the prior negotiation process agreed to by the parties has not been exhausted"[29].

D. Tendencia jurisprudencial flexible: no constituye un requisito jurisdiccional

No obstante, en la jurisprudencia de inversión es posible encontrar decisiones más flexibles respecto a la materia. En dichos casos, los tribunales consideraron al periodo de *cooling-off* como una mera formalidad (una regla o directriz procesal), y no un requisito de carácter obligatorio que pueda obstar a la jurisdicción del tribunal ni impactar en el consentimiento de las partes para arbitrar[30]. En efecto, el tribunal en Bayindir Insaat v. Pakistan, sobre la base

[28] Murphy Exploration and Production Company International v República del Ecuador (2010), párrafo 149.

[29] Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica (2017), paragraphs 339-340.

[30] Redfern & Hunter (2015), p. 459. El tribunal en Ronald S. Launder v. The Czech Republic, también acogió esta tendencia jurisprudencial: "However, the Arbitral Tribunal considers that this requirement of a six-month waiting period of Article VI(3)(a) of the Treaty is not a jurisdictional provision, i.e. a limit set to the authority of the Arbitral Tribunal to decide on the merits of the dispute, but a procedural rule that must be satisfied by the Claimant. As stated above, the purpose of this rule is to allow the parties to engage in good-faith negotiations before initiating arbitration (...). To insist that the arbitration proceedings cannot be commenced until

del TBI Pakistán-Turquía (1995), decidió que la notificación de la consulta, para efectos de dar inicio al periodo de espera, no era un requerimiento jurisdiccional:

> "The Tribunal notes that Pakistan has not denied that the main purpose of Article VII of the BIT is to provide for the possibility of a settlement of the dispute. In the Tribunal's view, the purpose of the notice requirement is to allow negotiations between the parties which may lead to a settlement. Significantly, Article VII(2) does not read, if these disputes 'are not settled' within six months but 'cannot be settled' within six months, which wording implies an expectation that attempts at settlement are made (...). The Tribunal agrees with the view that the notice requirement does not constitute a prerequisite to jurisdiction. Contrary to Pakistan's position, the non-fulfilment of this requirement is not 'fatal to the case of the claimant' (Tr. J., 222:34). As Bayindir pointed out, to require a formal notice would simply mean that Bayindir would have to file a new request for arbitration and restart the whole proceeding, which would be to no-one's advantage (Tr. J., 184:18 et seq.)"[31].

En sentido similar, el tribunal en Biwater Gauff v. Tanzania, confirmó, sobre la base del TBI Tanzania-Reino Unido (1994), que el periodo de espera no constituía una fuente de su jurisdicción, sino que simplemente una cláusula de naturaleza procesal no obligatoria:

> "In the Arbitral Tribunal's view, however, properly construed, this six-month period is procedural and directory in nature, rather than jurisdictional and mandatory. Its underlying purpose is to facilitate opportunities for amicable settlement. Its purpose is not to impede or obstruct arbitration proceedings, where such settlement is not possible. Non-compliance with the six-month period, therefore, does not preclude this Arbitral Tribunal from proceeding. If it did so, the provision would have curious effects, including:
>
> – preventing the prosecution of a claim, and forcing the claimant to do nothing until six months have elapsed, even where further negotiations are obviously futile, or settlement obviously impossible for any reason;
>
> – forcing the claimant to recommence an arbitration started too soon, even if the six-month period has elapsed by the time the Arbitral Tribunal considers the matter"[32].

---

6 months after the (...) Notice of Arbitration would, in the circumstances of this case, amount to an unnecessary, overly formalistic approach which would not serve to protect any legitimate interests of the Parties". Ronald S. Launder v. The Czech Republic (2001), párrafos 187 y 190.

[31] Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (2005), paragraphs 98 and 100.

[32] Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania (2008), paragraph 343.

E. Opinión doctrinal ecléctica

Sin embargo, Christoph Schreuer, autoridad en materia de derecho de inversión, es de una opinión práctica, pues lo relevante para él sería determinar sí dentro del periodo de enfriamiento las partes podrían o no arribar a un acuerdo. Por ejemplo, el tribunal en Guarachi America, INC v. El Estado Plurinacional de Bolivia, en el marco de los TBI Bolivia-Reino Unido (1988) y Bolivia-Estados Unidos (1998), dio por asentado que las negociaciones entre las partes serían infructuosas, sin embargo, aquellas eran parte de las exigencias del periodo de espera establecido en el TBI, y no podía ser sorteadas ni modificadas por el tribunal:

> "El Tribunal está consciente de que las circunstancias particulares del presente caso podrían permitir suponer que aplicar el período general de negociación previa previsto por el TBI a los llamados 'Nuevos Reclamos' constituiría una pérdida de tiempo. En efecto, el hecho de que Bolivia haya expropiado las inversiones de las Demandantes lleva al Tribunal a creer que los efectos prácticos del fundamento lógico detrás de la teoría y la regla de la negociación previa habrían sido, al final, inexistentes. Sin embargo, las Demandantes tenían conocimiento absoluto de la regla en juego en este caso y no habría sido difícil cumplir con el período de negociación previa; lo que de hecho no ocurrió. El Tribunal no tiene el mandato de 'reescribir' el TBI"[33].

Entonces, de acuerdo con Christoph Schreurer, si tempranamente es sabido que las partes no podrán alcanzar un acuerdo, resultaría del todo innecesario y sumamente gravoso para las partes que estas sean remitidas por el tribunal arbitral a cumplir con el periodo de espera, en circunstancias que aquel intento resultará en vano:

> "The question of whether a mandatory waiting period is jurisdictional or procedural is of secondary importance. What matters is whether or not there was a promising opportunity for a settlement. There would be little point in declining jurisdiction and sending the parties back to the negotiating table if these negotiations are obviously futile. Negotiation remain possible while the arbitration proceedings are pending. Even if the institution of arbitration was premature, compelling the claimant to start the proceedings a new would be a highly uneconomical solution"[34].

De esta manera, es posible concluir respecto del periodo de enfriamiento o espera que:

---

[33] Guarachi America, INC y Rurelec PLC v. El Estado Plurinacional de Bolivia (2014), párrafo 386.

[34] Schreuer (2008), p. 846.

a. La interpretación más natural de la lectura conjunta de los arts. 9.18.1 y 9.19.1 del CPTPP, es que las partes deben hacer todo lo que esté a su alcance durante el plazo de seis meses para resolver amigablemente la controversia a través de los medios diplomáticos de resolución de conflictos.
b. El cómputo de los seis meses del periodo de enfriamiento, conforme al art. 9.18.2 del CPTPP, comenzará tras la efectiva entrega por parte del inversionista al Estado anfitrión, de una solicitud por escrito para la realización de consultas, incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas que implicarían una infracción al TPP-11.
c. La tendencia jurisprudencial que en la actualidad parece prevalecer, es aquella que a decidido que el cumplimiento del periodo de espera no es una simple "regla procesal" o una etapa de naturaleza no obligatoria para el inversionista, sino que un requisito fundamental que debe ser cumplido a cabalidad, pues, de lo contrario, el tribunal arbitral sentenciará carecer de jurisdicción, dado que el periodo de enfriamiento es considerado como una condición del consentimiento del Estado anfitrión para someter la controversia a arbitraje.
d. Los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del periodo de enfriamiento, ya que, tal como lo establece el art. 9.18.3 del CPTPP, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones (o procesos de conciliación, mediación o buenos oficios) no otorga *per se* jurisdicción al tribunal arbitral que en definitiva resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

2. La notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje debe ser exhaustiva

El TPP-11 establece una segunda limitación para que las partes puedan someter su disputa a arbitraje. En efecto, de acuerdo con el texto del art. 9.19.1 (a) del CPTPP, transcurrido el periodo de enfriamiento sin que se hubiera alcanzado un acuerdo, el demandante, en dichas circunstancias, podrá someter a arbitraje una reclamación. Sin embargo, dicha reclamación o reclamaciones, conforme el art. 9.19.3 del CPTPP, deben ser especificadas y notificadas al Estado anfitrión con noventa días de anticipación al inicio del procedimiento arbitral (la "notificación de intención"). En efecto, esta notificación debe especificar, por cada reclamación a presentar, entre otras cosas:

1) la disposición del CPTPP, autorización de inversión o acuerdo de inversión presuntamente violado, como cualquier otra disposición aplicable;
2) las cuestiones de hecho y de derecho en que se basa cada reclamación y
3) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

De acuerdo con la doctrina internacional, esta notificación pone en conocimiento a la rama del gobierno que deberá defender al Estado anfitrión en contra de la reclamación, de manera que tras ella pueda iniciar la investigación de las circunstancias detrás del caso y ponderar las posibilidades de éxito en el arbitraje[35]. Sin embargo, no todos los tratados de inversión han dispuesto reglas expresas o formalidades a la notificación de intención. En aquellos casos, existen laudos que, ante la falta de una regulación específica, la interpretación de la cláusula ha sido flexibilizada. Así, por ejemplo, en una disputa surgida sobre la base del Acuerdo de Promoción y Protección de la Inversión entre la República Checa, Eslovaquia y la Confederación Suiza (1990), el tribunal en Alps Finance v. The Slovak Republic decidió:

> "The tribunal is of the view that Claimant sufficiently complied with this requirement. It is quite possible that the claimant did not employ the most perfect forms when it firstly notified the State of the outbreak of the dispute and proposed an attempt of pre-arbitral settlement. However, the Tribunal does not see these perfectible defects as a deficiency which renders the State's consent to arbitral jurisdiction ineffective, as alleged by the Respondent, whose objection is excessively severe. (...) Articles 9(1) and 9(2) do not impose specified formalities for the consultations. Nor do they require that the Claimant should at this stage submit a formal and detailed 'notice of claim' or 'notice of arbitration' to respondent. The Claimant unambiguously referred to alleged breaches of the BIT and made reference to a possible BIT arbitration. Slovakia was unquestionably given the opportunity to redress the matter before the start of arbitration. This is precisely the rationale of the BIT requirement, i.e. avoiding that a state be brought before an international investment tribunal all of a sudden, without being given the opportunity to discuss the matter with the other party"[36].

En Enron Corporation v. The Argentinian Republic, en el marco del TBI Argentina-Estados Unidos (1994), el inversionista notificó correctamente a Argentina respecto de algunas de sus reclamaciones sometidas a arbitraje. Sin embargo, el tribunal declaró que a pesar de que el requerimiento del periodo de enfriamiento es un requisito de carácter jurisdiccional, decidió que el cumplimiento de la notificación de intención respecto de la reclamación original o principal, resultaba suficiente para dar cumplido dicho requisito para las reclamaciones adicionales o subsidiarias presentadas en el arbitraje:

> "The Tribunal wishes to note in this matter, however, that the conclusion reached is not because the six-month negotiation period could be a procedural and not a jurisdictional requirement as has been argued

[35] Legum (2010), pp. 91-93.
[36] Alps Finance v. The Slovak Republic (2011), paragraphs 200 and 209.

> by the Claimants and affirmed by other tribunals. Such requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one. A failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction. In the present case, as noted, the requirement was complied with in view of the identical nature and scope of the dispute with the Argentine Provinces; the same holds true if a dispute is ruled to be ancillary or additional to an earlier claim"[37].

Sin embargo, en el caso del TPP-11, la disposición parece ser clara, específica y exhaustiva, debiendo en consecuencia cumplirse acabadamente. De lo contrario, un tribunal de inversión podría considerar que reclamaciones nuevas o no especificadas en la manera prescrita en el art. 9.19.3 del CPTPP, no podrán ser sometidas a su conocimiento. Es lo acontecido en el caso Supervision v. Republic of Costa Rica, en el cual, sobre la base del TBI Costa Rica y España (1997), fue fallada la inadmisibilidad de reclamaciones no contempladas o no relacionada con aquellas descritas en la notificación de intención:

> "In the event that the Investor notifies certain claims to the State, but upon presenting the Request for Arbitration or its Claim Memorial it adds claims different and not directly related to those previously presented, all the claims not notified will be inadmissible. Thus, the proceeding will only address the previously notified claims under the requirement set forth in Article XI.1 of the Treaty"[38].

De este modo, para efectos de que un inversionista pueda iniciar un arbitraje en contra del Estado anfitrión luego de transcurrido el periodo de espera, el CPTPP, conforme a sus arts. 9.19.1 (a) y 9.19.3, requiere que la reclamación o las reclamaciones a entablar sean especificadas y notificadas al Estado anfitrión con noventa días de anticipación al inicio del procedimiento arbitral. Dicho requerimiento del TPP-11 es claro, específico y exhaustivo, debiendo, en consecuencia, cumplirse de manera estricta. De lo contrario, un tribunal de inversión podría considerar que reclamaciones nuevas o no especificadas en la manera prescrita, no podrán ser sometidas a su conocimiento.

3. La caducidad o periodo de limitación de las reclamaciones en sede de arbitraje de inversión

El art. 9.21 del CPTPP, establece las "condiciones y limitaciones al consentimiento de cada parte". El numeral 1. del señalado artículo prevé un periodo

---

[37] Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic (2004), paragraph 88.

[38] Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica (2017), paragraph 341.

de limitación o una especie –y digo especie, porque su naturaleza jurídica no se encuentra zanjada en la jurisprudencia arbitral de inversión– de caducidad de la acción para reclamar en sede arbitral. En efecto, la referida disposición establece:

> "ninguna reclamación se someterá a arbitraje (...), si más de tres años y seis meses han transcurrido desde la fecha en que el demandante tuvo conocimiento por primera vez, o debió haber tenido conocimiento por primera vez, de la presunta violación (...) y conocimiento de que el demandante (...) o la empresa (...) sufrió pérdidas o daños".

En consecuencia, acaecida una supuesta infracción al TPP-11, pero transcurrido el periodo de limitación señalado en el referido artículo, se entenderá que el Estado anfitrión no ha otorgado su consentimiento para arbitrar una reclamación por dicha alegada violación.

El establecimiento de este tipo de cláusula en los TII surgió ya entrada en la década de 1990. Incluso, tras una investigación realizada en 2012 por la OCDE, se concluyó que solo el 7% de los TII establecían algún plazo para deducir acciones arbitrales[39]. De este modo, y por regla general, los TTI no establecen un periodo de limitación o alguna especie de caducidad para reclamar por parte del inversionista, y así también ha sido decidido por los tribunales arbitrales. Esta fue la tesis adoptada recientemente por el tribunal en Salini Impregilio S.p.A v. Argentine Republic, en el marco del TBI Argentina-Italia (1990):

> "Salini Impregilo is not claiming in respect of an Argentine tort or contract but for breach of the autonomous standards of the BIT in respect of Argentina's failure to restore the economic balance of the concession (...). There is no basis in Article 8(7) of the BIT to apply Argentine time limits or the Argentine law of prescription, either directly or by analogy, to Salini Impregilo's international law claims (...). As to limitation of actions, international law lays down no general time limit (...). Some more recent BITs also include time limits (...). This particular BIT is silent about time-limits for bringing a claim. So is the ICSID Convention. No fixed limitation period therefore applies in the present case"[40].

En consecuencia, diversas consideraciones han surgido en la interpretación y aplicación de este tipo de cláusulas, en especial, en las controversias surgidas a raíz del TLC de América del Norte (Nafta, 1990), el cual fue uno de los primeros acuerdos que marcaron su establecimiento en materia de inversión extranjera.

---

[39] Pohl *et al.* (2012), p. 18.

[40] Salini Impregilio S.p.A v. Argentine Republic (2018), paragraphs 82-84.

A. El conocimiento efectivo de la violación al tratado

Recientemente, en Mercer International Inc. v. Canada, el tribunal determinó que, a pesar de que la medida impugnada habría ocurrido ya transcurrido el periodo de caducidad o limitación para deducir las reclamaciones (en este caso de tres años), el demandante, ni con la debida diligencia, hubiera adquirido con antelación el conocimiento respecto de la existencia de la medida impugnada en el arbitraje dentro de dicho periodo. De aquel modo, el conocimiento del fondo de dicha reclamación por parte del tribunal resultaba admisible:

> "Nafta Articles 1116(2) and 1117(2) provide that an investor or enterprise on behalf of which an investor claims, respectively, 'may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor [or enterprise] first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor [or enterprise] has incurred loss or damage (...). As to constructive knowledge of such discriminatory treatment, the Tribunal does not consider that Celgar could have acquired sufficient knowledge before 30 April 2009 with the exercise of reasonable care and diligence. The Tribunal notes that relevant information regarding other pulp mills was not then publicly available. Indeed, as already noted, BC Hydro considered such information (as regards GBLs) confidential to each mill: Mr Dyck (of BC Hydro) testified that at the time in question BC Hydro provided no information at all to Celgar about other entities' GBLs or the details of their EPAs, because it was confidential and so '[shouldn't] have been available' to them"[41].

El tribunal en Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela, en un caso resuelto sobre la base del TBI Canadá-Venezuela (1996), aplicó analógicamente la aproximación que la jurisprudencia de inversión venía empleando en casos relacionados al Tlcan. En este caso, existían diversas reclamaciones deducidas por el inversionista. La tarea del tribunal, por ende, fue determinar cuál de ellas resultaba inadmisible de acuerdo con el periodo de limitación o caducidad de tres años establecido en el tratado. Fue decidido que debía efectuarse un análisis casuístico de las reclamaciones, determinándose en el laudo, que solo algunas de las medidas sobre las cuales el demandante reclamó habrían o podrían haber estado bajo su conocimiento:

> "The Tribunal finds that, in the specific circumstances of this case, the better approach for applying the time bar consists in breaking down each alleged composite claim into individual breaches, each referring to a certain governmental measure, and to apply the time bar to each of such breaches separately (...). Venezuela's argument is contrary to the

[41] Mercer International Inc. v. Canada (2018), paragraphs 6.6 and 6.20.

> plain reading of Art. XII of the Treaty. Art. XII does not forbid that an arbitrable dispute include multiple claims. If a party submits multiple claims to a single arbitration, the time bar established in Art. XII.3 (d) can only apply to those individual claims where knowledge (actual or construed) of the breach and the resulting loss had occurred before the time bar kicked in. The remaining claims cannot be affected. To hold the contrary leads to untenable consequences: a claim which is not time barred cannot become unenforceable because in the same arbitration a separate claim is deemed affected by the time bar"[42].

B. La concurrencia de los requisitos para la aplicación de la caducidad o periodo de limitación

Para que el art. 9.21 del CPTPP sea aplicado debe concurrir:

1) una presunta violación al Tratado,
2) conocimiento de dicha violación por parte del demandante y
3) conocimiento de las pérdidas y daños sufridos por el mismo a causa de la infracción reclamada.

En Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada, el tribunal realizó un análisis a los arts. 1116(2) y 1117(2) del TLCAN, que proporciona directrices para la aplicación e interpretación del art. 9.21 CPTPP:

> "The triggering event is the knowledge, actual or constructive, that an alleged breach has occurred, and that loss or damage has been incurred as a result. The Tribunal agrees with (...) this time limit is strict, not flexible. (...) On the other hand, the specified conditions must be fulfilled: the alleged breach must actually have occurred, the resulting damage must actually have been incurred, and the claimant must know, or be in a position such that it should have known, of these facts.
>
> As to the requirement of breach, one cannot know of a breach until the facts alleged to constitute the breach have actually occurred. It is not enough that a breach is likely to occur (...). In terms of Article 14(2) of the Articles on State Responsibility, 'the breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation'. But the breach nonetheless occurs when the State act is first perfected and can be definitively characterized as a breach of the relevant obligation (...).
>
> On this issue the Disputing Parties agreed that it is not necessary for this purpose that the full extent of losses incurred be known. As the tribunal said in Mondev, 'a claimant may know that it has suffered loss or damage even if the extent or quantification of the loss or damage is still unclear (...). Press speculation and market predictions are no substitute

[42] Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela (2016), paragraphs 231 y 239.

> for evidence of sales volumes and prices, or a clear acknowledgement of present loss (...).
>
> In the Tribunal's view, the Claimant did not know, and could not reasonably have known (...) that it had already incurred loss or damage by reason of the alleged breach. Indeed, it has not been established that it did actually suffer loss in this short period (...). A fortiori it is not enough to trigger the time limit"[43].

De esta manera, es posible concluir respecto de la posibilidad de un Estado anfitrión para alegar la concurrencia del periodo de limitación que:

a. El incumplimiento al CPTPP por parte del Estado anfitrión debe efectivamente haber acaecido. Un potencial incumplimiento no es suficiente para comenzar a computar el periodo de limitación.
b. No es necesario que el inversionista conozca la cuantía total de los daños, sino que basta que dichos daños hayan sido sufridos, independientemente de su cuantificación.
c. El conocimiento del inversionista respecto del incumplimiento al CPTPP y a la existencia de perjuicios ocasionados por el Estado anfitrión, debe ser efectiva y razonablemente esperada.

En consecuencia, acaecida una infracción al TPP-11, mediando un conocimiento efectivo del inversionista y daños ciertos a su inversión, pero ya transcurrido el periodo de limitación señalado en el art. 9.21 CPTPP, se entenderá que el Estado anfitrión no ha otorgado su consentimiento para arbitrar una reclamación por dicha alegada violación.

4. La renuncia como modo de asegurar al arbitraje como el exclusivo mecanismo de resolución de conflictos: electa una vía, non datur recursus ad alteram

Normalmente, los TII ofrecen una serie de alternativas de foro para resolver conflictos. Aquellas opciones incluyen a los tribunales del Estado anfitrión, junto con diversas formas y reglas de arbitraje[44]. Chile, en particular, propone en el art. 8 del Model BIT[45], para el caso en que la consulta previa no haya

---

[43] Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada, Permanent Court of Arbitration (2018), paragraphs 153-178.

[44] De acuerdo con McLachlan *et al.* (2017), p. 48: "this type of dispute settlement clause may thus be described as a 'cafeteria style' approach. It gives the investor a choice between a range of different dispute settlement fora, including the courts of the host State, and a number of arbitral tribunals".

[45] En su versión en inglés, el art. 8 del Model BIT, dispone: "(2) If these consultations do not result in a solution within three months from the date of request for settlement, the investor may submit the dispute either; (a) to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made; or (b) to international arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), created by the Convention for the Settlement of Disputes in respect of Investments occurring between States and Nationals of other States,

servido para resolver la controversia, que el inversionista pueda presentar una reclamación ante el tribunal competente del Estado anfitrión o, substanciar la misma en un arbitraje CIADI.

La elección por uno de dichos foros puede que por disposición del TTI haga precluir la posibilidad de elegir otro bajo el principio denominado "electa una via, non datur recursus ad alteram". Dos técnicas se han utilizado en los más recientes TTI para limitar las opciones de los inversionistas para elegir un mecanismo de resolución de controversias. La primera, requiere que el inversionista elija un mecanismo de resolución de disputas *ab initio*, lo que luego le impide (*estops*) volver a litigar el conflicto en otro foro. La elección de parte del inversionista ha sido denominada en el ámbito comparado bajo el concepto de "fork in the road"[46]. El Model BIT ha previsto esta forma en el numeral (3) de su art. 8:

> "once the investor has submitted the dispute to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made or to international arbitration, that election shall be final".

La segunda técnica no requiere de una elección previa. En su lugar, el inversionista puede emplear todos los mecanismos jurídicos disponibles en los tribunales del Estado anfitrión u en otros foros. Sin embargo, una vez elegido el arbitraje de inversión, renuncia a la posibilidad de buscar una solución a la controversia en un foro diferente. Es lo denominado en derecho internacional como cláusulas *"No-U-turn"* o *"waiver"*[47]. El TTP-11 en su art. 9.21.2, establece esta opción de renuncia a todo otro foro jurisdiccional al prever:

> "ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: la notificación de arbitraje se acompañe: (...) con el escrito de renuncia del demandante y de la empresa, a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al ordenamiento jurídico de una Parte, o cualquier otro procedimiento de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que se alegue como una violación (...)."

De esta manera, el TPP-11 asegura la exclusividad del arbitraje de inversión como el único mecanismo de resolución de eventuales disputas, a través de la renuncia escrita del inversionista, la que cobrara efecto solo una vez que se han comenzado los trámites para iniciar la substanciación del arbitraje mediante la "notificación de arbitraje".

---

signed in Washington on March 18, 1965. (3) Once the investor has submitted the dispute to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made or to international arbitration, that election shall be final".

[46] McLachlan *et al.* (2017), pp. 64 and 112.

[47] *Op. cit.*, p. 113; Unctad (2014), p. 89.

A. Naturaleza jurídica de la renuncia

El tribunal en Waste Management, Inc v. Estados Unidos Mexicanos (I), sobre la base del TLCAN (1990), se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la renuncia, determinándola como un acto unilateral que acarrea la pérdida o extinción del derecho a someter la disputa en otros foros distintos al arbitraje:

> "El acto de renuncia, de por sí, es un acto unilateral, ya que su efecto extintivo se ocasiona únicamente por su voluntad. La exigencia de una renuncia en cualquier contexto implica una dejación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho. Por lo tanto, renunciar supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico. En todo caso, cualquier renuncia debe ser clara, explícita y terminante, sin que sea lícita deducirla de expresiones de dudoso significado. En base a lo expuesto, la renuncia que se solicita a través del artículo 1121(2)(b) del TLCAN debe presentarse clara en todos sus términos a tenor de la petición que se realiza en cuanto a la dejación de determinados derechos de la parte que se propone renunciar"[48].

B. La renuncia no puede estar sujeta a reservas, pues constituye un requisito esencial del consentimiento del Estado anfitrión para arbitrar la disputa

El tribunal en Renco Group Inc. v. Perú, en una disputa mantenida en el marco del TLC Perú-Estados Unidos (2006), se pronunció sobre la validez de la renuncia dada por el inversionista. En el caso, Renco Group presentó una renuncia reservándose el derecho de deducir acciones en otros foros distintos al arbitraje. El tribunal concluyó que dicha renuncia no cumplía con los requisitos establecidos en el tratado –pues debía ser presentada en términos inequívocos y terminantes– lo que obstaba a la configuración del consentimiento del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del tribunal. Finalmente, fue decidido que el tribunal no disponía de la competencia para subsanar el procedimiento ante una renuncia defectuosa:

> "Renco tenía la intención de calificar su renuncia por escrito mediante la reserva de su derecho de incoar reclamaciones en otro foro para su resolución sobre el fondo del litigio en caso de que este Tribunal se rehusara a entender cualquier reclamación por causales jurisdiccionales o de admisibilidad (...). El Tribunal no puede aceptar el argumento de Renco. La carga y el riesgo de multiplicidad de procedimientos surgen independientemente de que los procedimientos sean incoados en paralelo o de forma secuencial.

[48] Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos (I) (2000), paragraph 18.

> El Tribunal ya ha concluido que el Artículo 10.18(2)(b) es una disposición 'sin vuelta atrás', hecho que resulta en que el inversionista no pueda iniciar, subsiguientemente, procedimientos en el foro local en caso de que se desestime la reclamación, ya sea por causales jurisdiccionales o de admisibilidad, o por cuestiones del fondo del litigio. En consecuencia, el hecho de que el principio de *res judicata* no podría impedir la interposición de una reclamación ulterior excede la cuestión que nos ocupa.
>
> La conclusión inevitable, por ende, es que nunca existió ningún acuerdo de arbitraje. En opinión del Tribunal, dado la inequívoca redacción del Art. 10.18(2), este no es un vicio trivial que pueda ser fácilmente descartado: la renuncia viciada afecta la esencia de la jurisdicción del Tribunal (...). Consecuentemente, el Tribunal está obligado a concluir que la presentación de una renuncia que cumple con los requisitos formales (y la obligación sustancial de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos ante un tribunal nacional) es una condición previa al 'consentimiento' del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del Tribunal (...). En consecuencia, el Tribunal determina que no se encuentra facultado para separar la reserva de derechos de la renuncia de Renco ni para subsanar el incumplimiento de Renco del requisito formal establecido en el Artículo 10.18(2)(b)"[49].

En el mismo sentido, el tribunal en Commerce Group v. República de El Salvador, decidió:

> "Se requiere la renuncia como una condición para el consentimiento de la Demandada del CAFTA. Según se ha analizado también más arriba, la renuncia es inválida por la falta de efectividad debido a que las Demandantes no desestimaron los procedimientos ante la Sala en lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Si la renuncia es inválida, no existe el consentimiento. El Tribunal, entonces, no tiene jurisdicción sobre la diferencia relativa al CAFTA entre las partes"[50].

C. La situación particular de reclamaciones deducidas bajo el Convenio del CIADI

Adicionalmente, si las acciones son deducidas bajos lo términos del Convenio del CIADI, estas se encuentran sujetas a la regla general establecida en el art. 26 del Convenio, el que establece la primacía del arbitraje sobre cualquier otro mecanismo de resolución de disputas:

> "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como

[49] The Renco Group Inc. v. La República del Perú (2016), párrafos 80-173.

[50] Commerce Group Corp. y San Sebastián Gold Mines, Inc. v. República de El Salvador (2011), párrafo 115.

> consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio".

La particularidad del art. 26 del Convenio es que al contrario de la protección diplomática (la que también es excluida una vez optado por el arbitraje conforme el art. 27 del Convenio), no exige necesariamente que se hayan agotado todos los remedios disponibles vía judicial o administrativa en el Estado anfitrión, para poder dar comienzo a un arbitraje, salvo existiere disposición en contrario. El tribunal en Helnan International Hotels v. Arab Republic of Egypt, se pronunció sobre el efecto del art. 26 en el arbitraje CIADI:

> "Thus, by Article 26, the Contracting States agreed upon a fundamental reversal of the local remedies rule as it applies in customary international law, unless the relevant State expressly imposed such a condition. Article 26 represents one of the singular progressive advantages of the ICSID Convention. It 'create[s] a rule of priority vis-a-vis other systems of adjudication in order to 'avoid contradictory decisions and to the preserve the principle of ne bis in idem.' Article 26 operates as a key element of the parties' agreement to arbitrate - confirming the exclusivity of ICSID arbitration as the means of dispute resolution, where the parties have agreed to that forum for the resolution of their dispute"[51].

Ahora bien, dado que una reclamación se entenderá sometida a arbitraje solo una vez que sea enviada al secretario general del CIADI la "notificación de arbitraje" de conformidad con el art. 9.19.5 del CPTPP, dicha elección –y, por ende, la renuncia a todo otro recurso– solo se entenderá exclusiva tras aquel hecho. Cualquier otro procedimiento anterior comenzado ya sea en los tribunales del Estado anfitrión o empleando otro mecanismo de resolución de conflicto, será entendido como parte de los hechos de la disputa. Por lo mismo, el derecho de iniciar un arbitraje CIADI por incumplimiento del CPTTP, no es renunciado –conforme con el art. 26 del Convenio– por el solo hecho de que el inversionista haya iniciado acciones en las cortes del Estado anfitrión. Finalmente, la exclusividad del arbitraje CIADI en el caso de reclamaciones sobre la base del CPTTP, sin embargo, solo concierne al objeto y causa de pedir de la disputa e inversión. No operará, entonces, de manera de precluir la reclamación de derechos en contra del Estado anfitrión que no estén relacionados a los establecidos en el TTP-11; pudiendo ser sometidos a otras formas de resolución de conflictos[52].

---

[51] Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt (2014), paragraph 45.
[52] McLachlan *et al.* (2017), pp. 65-66.

En consecuencia, por disposición del art. 9.21.2 del CPTPP, se asegura la exclusividad del arbitraje de inversión como el único mecanismo de resolución de eventuales disputas, a través de la renuncia escrita del inversionista a la utilización de cualquier otro foro o medio judicial de resolución de controversias. Dicha renuncia cobrara efecto solo una vez que se han comenzado los trámites para iniciar la substanciación del arbitraje mediante la "notificación de arbitraje". La renuncia debe realizarse en términos inequívocos, completos y terminantes, de contrario, un tribunal de inversión podría decidir la inexistencia del consentimiento del Estado anfitrión a un arbitraje y a la jurisdicción del tribunal.

5. Demandas reconvencionales o la facultad de contrademandar por parte del Estado anfitrión

A. Dificultades en la interposición de contrademandas

No exento de dificultades se ha encontrado la facultad de los Estados anfitriones de contrademandar a los inversionistas extranjeros que inician un arbitraje en su contra. Lo cierto es que la mayoría de las cláusulas de resolución de controversias inversionista-Estado no establecen el derecho a presentar reconvención. Aún más, los TII no suelen establecer las obligaciones que el inversionista debe observar dentro del ordenamiento jurídico del Estado anfitrión, dado que dichos tratados han sido originalmente concebidos como una manera de regular el comportamiento de los Estados, mediante la imposición de obligaciones para con los inversionistas extranjeros. En efecto, las obligaciones de los inversionistas surgen de la ley interna o de los contratos concluidos con el Estado anfitrión o sus agencias; pero dichas obligaciones escapan de la jurisdicción de los tribunales internacionales de inversión y recaen sobre los tribunales domésticos. Precisamente, en Sergei Paushok v. The Goverment of Mongolia, sobre la base del TBI Mongolia-Federación Rusa (1995), el tribunal se pronunció de esta forma:

> "The first point to note is that the jurisdiction of the Tribunal rests on the Treaty and not on any contractual relationship between the Parties, even though in analyzing whether Treaty breaches have occurred it may be necessary to analyze whether contractual breaches have occurred (...). The Counterclaims arise out of Mongolian public law and exclusively raise issues of non-compliance with Mongolian public law, including the tax laws of Mongolia. All these issues squarely fall within the scope of the exclusive jurisdiction of Mongolian courts, are matters governed by Mongolian public law, and cannot be considered as constituting an indivisible part of the Claimants' claims based on the BIT and international law or as creating a reasonable nexus between the Claimants' claims

> and the Counterclaims justifying their joint consideration by an arbitral tribunal exclusively vested with jurisdiction under the BIT"[53].

En sentido similar, el tribunal en Spyridon Roussalis v. Romania, en el marco del TBI Grecia-Rumania (1997), decidió:

> "The BIT imposes no obligations on investors, only on contracting States. Therefore, where the BIT does specify that the applicable law is the BIT itself, counterclaims fall outside the tribunal's jurisdiction (...). Article 2(6) of the BIT (...) confirms that the host State commits itself to comply with obligations it has entered into with regard to investments of investors. It does not permit that claims be brought about obligations of the investor (...). For all these reasons, by a majority opinion, the Tribunal finds that the Counterclaim is beyond its jurisdiction in the present proceedings"[54].

No obstante, el Convenio del CIADI[55], y otras reglas utilizadas en arbitrajes de inversión (por ejemplo, el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI - 2010[56]), si establecen la posibilidad del Estado anfitrión para presentar contrademandas, siempre que estas hayan otorgado su consentimiento en arbitrarlas. Esto fue reconocido en la decisión del tribunal en Spyridon Roussalis v. Romania:

> "Under these rules [article 46 of the ICSID Convention and Article 40 of the ICSID Arbitration Rules], the Tribunal shall determine any counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the Parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre. Therefore, the first issue which the Tribunal has to determine is whether –and irrespective of the particular counterclaims advanced in these proceedings by the Respondent– the Parties consented to have the State's counterclaims arbitrated (...)"[57].

B. Requisitos generales para la interposición de contrademandas

Del análisis de las reglas arbitrales aplicables a procedimientos entre inversionistas y Estados anfitriones, se han inferido dos requisitos generales para

[53] Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia (2011), paragraphs 685 and 694.

[54] Spyridon Roussalis v. Romania (2011), paragraphs 871, 875 and 876.

[55] Art. 46: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

[56] Art. 21 (3): En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones si el tribunal arbitral decidiese que, dadas las circunstancias, la demora era justificada, el demandado podrá formular una reconvención o hacer valer una demanda a efectos de compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas.

[57] Spyridon Roussalis v. Romania (2011), paragraphs 863 and 864.

efectos de que una contrademanda pueda ser deducida y acogida a tramitación por un tribunal arbitral[58]:

a. Lo reclamado en la demanda reconvencional debe encontrarse dentro de la jurisdicción del tribunal y
b. Lo reclamado en la demanda reconvencional debe estar conectado a lo reclamado en la demanda principal.

Así fue resuelto por el primer tribunal que declaró su competencia para conocer una contrademanda de un Estado anfitrión en Antoine Goetz v. Burundi, el que a pesar de reconocer que el TBI Bélgica/Luxemburgo-Burundi (1989) no hacía referencia a las demandas reconvencionales, determinó su competencia sobre la base del art. 46 del Convenio CIADI; dado que las reclamaciones caían dentro de su jurisdicción, estas se encontraban dentro del consentimiento otorgado por las partes y se relacionaban directamente con la materia en disputa[59]:

> "L'article 46 de la Convention de Washington et l'article 40 du Règlement d'arbitrage exigent en outre que la demande reconventionnelle se rapporte directement à l'objet du différend (...). La demande reconventionnelle concerne le préjudice allégué par le Burundi du fait de ces mêmes manquements. Elle est donc en rapport direct donc avec l'objet du différend et est par suite recevable"[60].

Recientemente, el Tribunal en David Aven y otros v. La República de Costa Rica, en el marco del TLC entre República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (2004), confirmó que los tribunales internacionales de inversión disponen de jurisdicción para conocer y resolver contrademandas. Sin embargo, la decisión fue un paso más allá, estableciendo, de forma adicional, que los inversionistas extranjeros asumen ciertas obligaciones para con el Estado anfitrión por medio de los TBI; debiendo ser considerados sujetos de derecho internacional en algunas materias, como aquellas relativas al ambiente:

> "¿Qué sucede con las obligaciones del inversionista que surgen de la inversión según el derecho internacional? El presente tribunal comparte los criterios del tribunal del caso Urbaser de que no es posible admitir que los inversionistas que operan a nivel internacional tengan inmunidad porque no son sujetos de derecho internacional. Es particularmente convincente cuando se trata de derechos y obligaciones que son de interés de todos los Estados, tal como sucede en la protección del medioambiente (...). En virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, los inversionistas extranjeros tienen la obligación de observar y cumplir las medidas adop-

---

[58] Unctad (2014), p. 116.

[59] No obstante, una vez entrado en el fondo del asunto, el tribunal arbitral rechazó el mérito de la demanda reconvencional deducida por Burundi.

[60] Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v Republique du Burundi (2012), paragraph 285.

tadas por los Estados receptores para proteger el medioambiente (...). No existen motivos sustantivos para eximir a los inversionistas extranjeros del alcance de las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones (...).

Además, la admisión de las reconvenciones tiene numerosas ventajas prácticas en lo que respecta a economía y eficacia procesal, para el beneficio tanto del Estado receptor como del inversionista extranjero (...). En consecuencia, el Tribunal no encuentra ninguna razón de principio para declarar inadmisible una reconvención en la que el Estado Demandado afirma que el inversionista extranjero ha incumplido obligaciones (...)"[61].

C. La regulación de las contrademandas en el CPTPP

El art. 9.19 del CPTPP, sin duda, teniendo en consideración la inconsistencia de los tribunales internacionales de inversión en la materia, dio un paso más allá y estableció expresamente

"cuando el demandante someta una reclamación (...) el demandado podrá contrademandar en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante".

El CPTPP no solo permite la facultad de presentar demandas reconvencionales en contra del inversionista, sino que, además, elimina cualquiera duda respecto de sí el inversionista otorgó su consentimiento para arbitrar contrademandas y, por ende, ser asentada la jurisdicción del tribunal. Aquella discusión surgió recientemente en el marco del TBI de España-Argentina (1991), donde el tribunal en Urbaser S.A. v. La República Argentina, señaló:

"El Tribunal observa que las Demandantes admiten que su aceptación no incluía ninguna exclusión específica de una potencial demanda reconvencional por parte del Estado demandado. Nunca se expresó la más mínima preocupación en ese sentido. Por lo tanto, no es posible asumir que la exclusión de una demanda reconvencional de la República Argentina no había sido uno de los objetivos de la aceptación del proceso arbitral internacional por las Demandantes"[62].

El tribunal de Urbaser S.A., estableció, tras una interpretación de las disposiciones el Tratado, que se encontraba facultado para entrar a conocer y resolver demandas reconvencionales. En cambio, el TPP-11, por disposición expresa, zanja el tema del consentimiento de las partes sobre la arbitrabilidad de las contrademandas.

---

[61] David Aven y otros v. La República de Costa Rica (2018), párrafos 736-742.

[62] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkai, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. La República Argentina (2016), párrafo 1146.

III. Conclusiones

Sobre la base de las disposiciones de la sección B "solución de controversias inversionista-estado" del capítulo 9 "inversión" del CPTPP, y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversión aquí analizada, es posible concluir las siguientes cuestiones relativas a la cláusula de resolución de conflictos establecida en el TPP-11:

1. Respecto del periodo de espera o enfriamiento (colling-of requirement)

La interpretación más natural de la lectura conjunta de los arts. 9.18.1 y 9.19.1 del CPTPP, es que las partes deben hacer todo lo que esté a su alcance durante un plazo de seis meses –y bajo la lógica de una obligación de mejores esfuerzos– para resolver de forma amigable la controversia a través de los medios diplomáticos de resolución de conflictos antes de proceder a arbitrar la contienda.

El cómputo de los seis meses del periodo de enfriamiento, conforme al art. 9.18.2 del CPTPP, comenzará tras la efectiva entrega por parte del inversionista al Estado anfitrión, de una solicitud por escrito para la realización de consultas, incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas que implicarían una infracción al TPP-11.

La tendencia jurisprudencial que actualmente parece prevalecer entre los tribunales de inversión, es aquella que ha decidido que el cumplimiento del periodo de espera no es una simple "regla procesal" o una etapa de naturaleza no obligatoria para el inversionista, sino que un requisito fundamental que debe ser cumplido, pues de contrario, el tribunal arbitral determinará su falta de jurisdicción, dado que el periodo de enfriamiento es considerado como una condición del consentimiento del Estado anfitrión para someter la controversia a arbitraje.

Los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del periodo de enfriamiento, pues, tal como lo establece el art. 9.18.3 del CPTPP, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones (o procesos de conciliación, mediación o buenos oficios) no otorga *per se* jurisdicción al tribunal arbitral que, en definitiva, resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

2. Notificación de intención

Para efectos de que un inversionista pueda iniciar un arbitraje en contra del Estado anfitrión luego de transcurrido el periodo de espera, el CPTPP, conforme a sus arts. 9.19.1 (a) y 9.19.3, requiere que la reclamación o las reclamaciones a entablar sean especificadas y notificadas al Estado anfitrión

con noventa días de anticipación al inicio del procedimiento arbitral. Dicho requerimiento del TP-11 es claro, específico y exhaustivo, debiendo, en consecuencia, cumplirse cabalmente. De no mediar la "notificación de intención" en los términos descritos, un tribunal de inversión podría considerar que reclamaciones nuevas, o no especificadas, no resultan aptas de ser sometidas a su conocimiento.

3. Periodo de limitación

Es posible concluir respecto de la posibilidad de un Estado anfitrión para alegar la concurrencia del periodo de limitación que:

i) El incumplimiento al CPTPP por parte del Estado anfitrión, debe efectivamente haber acaecido. Un potencial incumplimiento no es lo bastante para comenzar a computar el periodo de limitación.
ii) No es necesario que el inversionista conozca la cuantía total de los daños, sino que basta que dichos daños hayan sido sufridos, independientemente de su cuantificación.
iii) El conocimiento del inversionista respecto del incumplimiento al CPTPP y a la existencia de perjuicios ocasionados por el Estado anfitrión, debe ser efectiva y razonablemente esperada.

En consecuencia, acaecida una infracción al TPP-11, mediando un conocimiento efectivo del inversionista y daños ciertos a su inversión, pero ya transcurrido el periodo de limitación señalado en el art. 9.21 del CPTPP, se entenderá que el Estado anfitrión no ha otorgado su consentimiento para arbitrar una reclamación por dicha alegada violación.

4. La renuncia

Por disposición del art. 9.21.2 del CPTPP, se asegura la exclusividad del arbitraje de inversión como el único mecanismo de resolución de eventuales disputas, a través de la renuncia escrita del inversionista a la utilización de cualquier otro foro o medio judicial de resolución de controversia. Dicha renuncia cobrara efecto solo una vez que se han comenzado los trámites para iniciar la substanciación del arbitraje mediante la "notificación de arbitraje". La renuncia debe realizarse en términos inequívocos, completos y terminantes, de contrario, un tribunal de inversión podría decidir la inexistencia del consentimiento del Estado anfitrión a un arbitraje y a la jurisdicción del tribunal.

5. Contrademandas

El CPTPP no solo permite expresamente la facultad del Estado anfitrión de presentar demandas reconvencionales en contra del inversionista, sino que, además, zanjó la existencia de cualquier duda respecto de sí el inversionista otorgó su consentimiento para arbitrar contrademandas y, por ende, dar

por asentada la jurisdicción del tribunal. El Estado anfitrión podrá contrademandar solo en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación del inversionista o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante.

Bibliografía citada

Dolzer, Rudolf & Christoph Schreuer (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.

International Bar Association (2018). *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration*. Disponible en www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=a8d68c6c-120b-4a6a-afd0-4397bc22b569 [fecha de consulta: 25 de enero de 2020].

Legum, Barton (2010). "An overview of procedure in an investment treaty arbitration", in Katia Yannaca-Small (ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Oxford: Oxford University Press.

Mackenzie, Ruth (2005). *Law and Policy of International Courts and Tribunals*. London: University of London.

McLachlan, Campbell, Shore, Laurence & Weiniger, Matthew (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press.

Merrills, John G. (2017). *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press.

Newcombe, Andrew & Lluis Paradell (2009). *Law and Practice of Investment Treaties*. Wolter Kluwer. The Netherlands: Alphen aan den Rijn.

Pohl, Joachim, Kekeletso Mashigo & Alexis Nohen (2012). "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey". *OECD Working Papers on International Investment*. Paris: OECD Publishing.

Redfern, Alan & Hunter, Martin (2015). *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press

Schreuer, Christoph (2008). "Chapter 21: Consent to Arbitration", in Peter Muchlinksi, Federico Ortino & Christoph Scheuer (eds.). *International investment law*. Oxford: Oxford University Press.

Spain, Anna (2013). "International dispute resolution in an era of globalization", in Andrew Byrnes, Mika Hayashi & Christopher Michaelsen (eds.). *International Law in the New Age of Globalization*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Unctad (2014). *Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations.

Jurisprudencia
de los tribunales arbitrales de inversión

AES Corporation v. The Argenite Republic (2005), ICSID Case No ARB/02/17, April 26, 2005.

Alps Finance v. The Slovak Republic (2011), Ad hoc arbitration, Vienna, March 5, 2011.

Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v Republique du Burundi (2012), Affaire CIRDI No ARB/01/2, June 21, 2012.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi A.S. v. Islamic Republico f Pakistan (2006), ICSID Case No ARB/03/29, November 14, 2005.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania (2008), ICSID Case Nº ARB/05/22, July 24, 2008.

Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador (2010), caso CIADI No ARB/08/5, 2 de junio de 2010.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina (2003), ICSID No ARB/01/8, July 17, 2003.

Commerce Group Corp. y San Sebastián Gold Mines, Inc. v. República de El Salvador (2011), caso Ciadi No ARB/09/17, 14 de marzo de 2011.

David Aven y otros v. La República de Costa Rica (1018), caso No UNCT/15/3, 18 de septiembre de 2018.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic (2004), ICSID Case No ARB/01/3, January 14, 2004.

Guarachi America, INC y Rurelec PLC v. El Estado Plurinacional de Bolivia (2014), caso CPA No 2011-17, 31 de enero de 2014.

Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt (2014), ICSID Case Nº ARB/05/19, June 14, 2010.

Mercer International Inc. v. Canada (2018), ICSID Case No ARB(AF)/12/3, March 6, 2018.

Murphy Exploration and Production Company International v República del Ecuador (2010), caso CIADI No ARB/08/4, December 15, 2010.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (2007), ICSID No ARB/05/8, September 11, 2007.

Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada, Permanent Court of Arbitration (2018), Case No 2016 – 13, January 30, 2018.

Ronald S Launder v. The Czech Republic (2001), UNCITRAL, September 3, 2001.

Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela (2016), ICSID Case No ARB(AF)/12/5,August 22, 2016

Salini Impregilio S.p.A v. Argentine Republic (2018), ICSID Case No ARB/15/39, February 23, 2018.

Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica (2017), ICSID Case No ARB/12/4, January 18, 2017.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia (2011), Arbitraje CNUDMI, April 28, 2011.

Spyridon Roussalis v. Romania (2011), ICSID Case No. ARB/06/1, December 7, 2011.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. la República Argentina (2012), caso Ciadi No ARB/09/1, 21 de diciembre de 2012.

The Renco Group Inc. v. La República del Perú (2016), UNCT/13/1, 15 de julio de 2016.

Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkai, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. La República Argentina (2016), caso CIADI No ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016.

Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos (I) (2000), CIADI Núm. ARB(AF)/98/2, 2 de junio de 2000.

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (2002), ICSID Case No ARB/98/4, Annulment Ad hoc Committee, January 28, 2002.

Siglas y abreviaturas

al.	*alii* (otros)
ARB	Arbitration
art.	artículo
arts.	artículos
etc.	etcétera
i.e.	*id est*
CAFTA	Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.
CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNU	Carta de las Naciones Unidas
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPTPP a veces TPP-11	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership

	(Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico)
ed.	editor
eds.	editores
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
Inc.	Incorporation
LL.M	Legum Magister (Máster en Leyes).
Model BIT	Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de Chile (1994)
Nafta o TLCAN	North American Free Trade Agreement
Núm.	número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial del Comercio
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	págia
pp.	páginas
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TII	Tratados internacionales de inversión
TLC	Tratados de libre comercio
TTP	Trans-Pacific Partnership (Tratado de Asociación Transpacífico)
Uncitral	United Nations Commission on International Trade Law
UNCT	United Nations Country Teams
Unctad	United Nations Conference on Trade and Development (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)
v.	versus
www	world wide web