

2021
Volume 3, Issue 3



Institute for Transnational Arbitration
ITA IN REVIEW

ITA IN REVIEW

The Journal of the Institute for Transnational Arbitration





ITA IN REVIEW

VOL. 3**2021****No. 3**

TABLE OF CONTENTS

TRIBUTES

TRIBUTE TO EMMANUEL GAILLARD (1952-2021)	<i>Philippe Pinsolle Yas Banifatemi</i>	1
IN MEMORY OF MARTIN J. HUNTER (1937-2021)	<i>Alexandre Vagenheim</i>	5

ARTICLES

¿PUEDE EJECUTARSE UN LAUDO CON UNA REPARACIÓN NO PECUNIARIA BAJO EL CONVENIO CIADI Y/O BAJO LA CONVENCION DE NUEVA YORK?	<i>Alonso Bedoya Denegri</i>	11
A CRITICAL ANALYSIS OF LEGITIMATE EXPECTATION VIS-À-VIS EU BLOCKING REGULATIONS	<i>Niyati Ahuja Naimeh Masumy</i>	25
LOOKING TO THE PAST FOR THE FUTURE: INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AS A FRAMEWORK TO PROTECT PRIVATE ACTORS IN OUTER SPACE	<i>Vivasvat "Viva" Dadwal Charles "Chip" B. Rosenberg</i>	52
REPROGRAMING GEOPOLITICAL FIREWALLS: TECHNOLOGICAL NON-PROLIFERATION AND THE FUTURE OF INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT	<i>Jason Czerwiec</i>	57

BOOK REVIEWS

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IN THE EUROPEAN UNION BRUSSELS I, BREXIT AND BEYOND BY CHUKWUDI OJIEGBE	<i>Sarah Vasani Daria Kuznetsova</i>	141
---	--	-----

THE TROUBLE WITH FOREIGN INVESTOR PROTECTION BY GUS VAN HARTEN	<i>Fernando Tupa</i>	148
--	----------------------	-----

ITA CONFERENCE PRESENTATIONS

KEYNOTE REMARKS: REGULATING ARBITRATOR ETHICS: GOLDILOCKS' GOLDEN RULE	<i>Constantine Partasides, QC</i>	155
--	-----------------------------------	-----

A REPORT ON THE PANEL "ENERGY ARBITRATIONS: DIALOGUE BETWEEN EUROPE AND THE AMERICAS"	<i>Konstantin Mishin</i>	169
---	--------------------------	-----

A REPORT ON THE PANEL "COMMERCIAL ARBITRATIONS RELATING TO REGULATORY CHANGES"	<i>Lena Raxter</i>	176
--	--------------------	-----

YOUNG ITA

A REPORT ON THE PANEL "ARBITRATION & INSOLVENCY: WHEN THEORY MEETS PRACTICE"	<i>Alicia Yeo</i>	193
--	-------------------	-----

REPORT ON #YOUNGITATALKS EVENT: THE PSYCHOLOGY OF WITNESS EVIDENCE AND ITS ROLE IN TRIBUNAL DECISION-MAKING	<i>Alexander Westin-Hardy</i>	203
---	-------------------------------	-----

REPORT ON #YOUNGITATALKS EVENT: MÉXICO Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN	<i>Juan Pablo Gómez-Moreno</i>	207
---	--------------------------------	-----



ITA IN REVIEW

BOARD OF EDITORS

EDITORS-IN-CHIEF

Rafael T. Boza Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, Houston	Charles (Chip) B. Rosenberg King & Spalding L.L.P., Washington, D.C.
--	--

MEDIA EDITOR

Whitley Tiller
EVOKE Legal, Washington D.C.

EXECUTIVE EDITORS

Enrique A. Jaramillo Locke Lord, LLP, Houston	Albina Gasanbekova Mitchell Silberberg & Knupp L.L.P., Washington, D.C.
---	--

CONTENT EDITORS

Thomas W. Davis Case Manager & Arbitral Secretary, Arbitration Place, Cleveland	Menalco J. Solis White & Case L.L.P., Paris
--	---

ASSISTANT EDITORS

TJ Auner Holland & Knight LLP, Dallas	Julie Bloch B. Cremades & Asociados, Madrid
J. Brian Johns US Federal Judiciary, Georgia	Raúl Pereira Fleury Ferrere Abogados, Paraguay
Raquel Martinez Sloan White & Case L.L.P., Washington, D.C.	Naimah Masumy Arbitration Center of Iran Chamber (ACIC), Tehran

ITA in Review

is

a Publication of the
Institute for Transnational Arbitration

a Division of the
Center for American and International Law
5201 Democracy Drive
Plano, TX 75024-3561

© 2021 - All Rights Reserved.

¿PUEDE EJECUTARSE UN LAUDO CON UNA REPARACIÓN NO PECUNIARIA BAJO EL CONVENIO CIADI Y/O BAJO LA CONVENCION DE NUEVA YORK?

por Alonso Bedoya Denegri

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se suscita una controversia entre un inversionista y un Estado, sabemos que entre las distintas opciones que se tienen para la solución de las diferencias, una de las más atractivas es la de recurrir a un órgano de justicia imparcial y que otorga seguridad jurídica, un órgano como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”).

La principal ventaja del arbitraje del CIADI es su eficiencia procesal, al evitar la incertidumbre que genera la interferencia judicial local que muchas veces termina por politizar la disputa. El sistema autónomo con el que cuenta el CIADI, que hará que el laudo final se ejecute como consecuencia del mismo, es el principal motivo por las cuales las partes prefieren recurrir a dicho mecanismo por sobre otros foros de arbitrajes de inversión como lo son la CCI, SIAC, ad hoc bajo reglamentó UNCITRAL, etc. Dicho de otra manera, en el CIADI no es necesario seguir un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo para que tenga efectos.

No es poco frecuente que los Estados se muestran reacios a pagar un laudo indemnizatorio a un inversionista, sobre todo cuando el monto de la indemnización otorgado es elevado. Los laudos del CIADI están sujetos al reconocimiento automático de las partes contratantes y por ser parte de un tratado obtienen el valor de una sentencia firme de un Tribunal de cualquier Estado contratante del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio CIADI”). Por lo tanto, un inversionista que posea una copia certificada de un laudo del CIADI tiene derecho a ejecutar ese laudo indemnizatorio en cualquier Estado contratante.

Sin embargo, han pasado más de 50 años desde que se redactó el Convenio del CIADI y, sin embargo, todavía no existe una opinión pacífica en la comunidad de arbitraje internacional sobre si los laudos del CIADI pueden o no hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias. La tendencia generalmente favorece la posición de que



los tribunales del CIADI no pueden hacer cumplir las medidas de reparación no pecuniarias; no obstante, muchos autores disienten con una interpretación restrictiva del artículo 54 del Convenio del CIADI.

El primer párrafo del artículo 54 del Convenio del CIADI establece: “(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.”¹

En mi opinión, uno de los mayores vacíos de la convención es la falta de poder expreso otorgado a los tribunales arbitrales para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias en virtud del Convenio del CIADI, tal como refleja la redacción del citado artículo 54 del Convenio. En ese sentido, la pregunta cae de madura: ¿pueden los tribunales arbitrales del CIADI dictar medidas no pecuniarias en sus laudos?

Por reparación no pecuniaria debe entenderse de manera enunciativa y no limitativa, todo tipo de reparación o compensación no monetaria, como, por ejemplo, medidas cautelares, poder restringir los procedimientos de arbitraje paralelos, congelación de activos del estado demandado, exenciones provisionales como gravámenes, obligaciones de no hacer, etc.

El objetivo principal de este trabajo es: 1) analizar si el arbitraje del CIADI puede o no hacer cumplir reparaciones no pecuniarias, utilizando la opinión de varios autores; 2) repasar jurisprudencia relevante del CIADI y del derecho internacional relativa al poder de sus tribunales para hacer cumplir reparaciones no pecuniarias; 3) analizar si la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (“Convención de Nueva York”)² (cuyo objetivo principal es hacer cumplir los laudos comerciales extranjeros) puede aplicarse supletoriamente para ejecutar las reparaciones no pecuniarias del CIADI; y 4) desarrollar el argumento de la soberanía de los estados como supuesta limitación para la ejecución de laudos no

¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados art. 54, 18 de marzo de 1965, 575 U.N.T.S. 159 (énfasis agregado) [en adelante Convenio CIADI].

² Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3 [en adelante Convención de Nueva York].



pecuniarios.

II. SOBRE LA POSIBILIDAD DE EJECUTAR UNA REPARACIÓN NO PECUNIARIA A LA LUZ DEL CONVENIO DEL CIADI

Como se mencionó anteriormente, existen dos corrientes de opinión entre la comunidad de árbitros de inversión, académicos y profesionales legales con respecto al contenido de la reparación en los laudos.

La primera se basa claramente en un alcance limitado en los poderes que tiene un tribunal arbitral.³ Para ellos, un tribunal arbitral no cuenta con facultades otorgadas por el Convenio del CIADI para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias, por lo tanto, solo pueden limitarse a recomendar ciertas reparaciones no pecuniarias, pero no imponer tales obligaciones. El argumento principal que sustenta esta posición se basa en la forma en que se redactó el artículo 54 de la Convención. Si se da una interpretación restrictiva del texto, tendría que interpretarse que la Convención solo puede hacer cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas en los laudos:

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.⁴

En este sentido, es más común en arbitrajes de inversión que el remedio típico se encuentre en la forma de una compensación o reparación en forma de daños. Las medidas no pecuniarias, como el cese de una actividad, el cumplimiento específico o una sanción declarativa, no son comunes.⁵ Esto responde principalmente a la forma

³ La doctrina Rosatti que surgió en Argentina como reacción ante un creciente número de casos en el CIADI, es un claro ejemplo de intento de restricción de poderes del tribunal arbitral, pues señala la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad posterior sobre los laudos emitidos por la corte del CIADI al momento de su ejecución en los casos desfavorables a Argentina. Ver en general Horacio D. Rosatti, *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentina*, 2003-F LA LAY 1283 (2003). Pero esa doctrina no ha sido acogida por la comunidad internacional. Ver, e.g., Aníbal Sabater, *The Weakness of the "Rosatti Doctrine": Ten Reasons Why ICSID's Standing Provisions Do Not Discriminate Against Local Investors*, 15 AM. REV. INT'L ARB. 465 (2004).

⁴ Convenio CIADI art. 54 (énfasis agregado).

⁵ Ver en general CAMPBELL McLACHLAN, LAURENCE SHORE, & MATTHEW WEINIGER, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES* § 9(G) (2d ed. 2017); ALAN REDFERN & MARTIN HUNTER, *LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION* ¶¶ 8-09-20 (2004); Martin Endicott, *Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards*, in PHILIPPE KAHN & THOMAS WÄLDE, *NEW ASPECTS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 517 (2007).



en que se redacta el reclamo del inversor, quien probablemente no estará a la expectativa de que el estado anfitrión devuelva un pedazo de tierra expropiado o a que el estado que dejó de hacerlo otorgue un trato justo y equitativo. Esto se debe a que el inversor no se sentiría cómodo operando en un país que no respeta sus acuerdos. Por tanto, el inversionista siempre se sentirá más seguro al reclamar daños por el incumplimiento del tratado y de ese modo poder amortizar la inversión realizada y acto seguido dejar de operar en ese estado, puesto que seguir operando en un país que no respeta sus obligaciones sería exponerse a otro incumplimiento futuro.

Otra razón importante por la cual las reparaciones no pecuniarias no se ven a menudo en los arbitrajes del CIADI, es que los inversores extranjeros prefieren la solución más práctica: reclamar daños es mucho más fácil que, por ejemplo, obtener la restitución de propiedad o un derecho de inversionista otorgado por un tratado de inversión bilateral que ya ha sido liquidado o dañado.⁶ A los inversores no les importa mucho el hecho de ganar un caso contra un Estado. No tiene relevancia práctica ni financiera para ellos, ya que el curso de acción más lógico es reclamar daños y recuperar el dinero invertido o al menos la mayor parte de este. Así no se gasta tiempo y recursos en un procedimiento de arbitraje más exhaustivo que puede incluso no ser acatado por los tribunales nacionales del estado infractor; asimismo, el inversor se evita una larga y laboriosa búsqueda de activos del estado infractor (fuera de dicho estado) que puedan ser pasibles de incautación y liquidación.

Por otro lado, existe otra posición en el ámbito del arbitraje de inversiones que argumenta que los tribunales arbitrales del CIADI pueden ordenar perfectamente medidas variadas; desde reparaciones monetarias hasta todo tipo de restituciones.⁷

⁶ Brooks E. Allen, *The Use of Non-pecuniary Remedies in WTO Dispute Settlement: Lessons for Arbitral Practitioners*, in Michael E. Schneider & Joachim Knoww (eds.), *PERFORMANCE AS A REMEDY: NON-MONETARY RELIEF IN INTERNATIONAL ARBITRATION* 283, 288 (2011).

⁷ Nigel Blackaby & Andrea Camargo, *Alternativas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones –Un debate entre la teoría y la práctica*, 1 ANUARIO COLOMBIANO DE DERECHO INTERNACIONAL 160, 164 (2008) (“Una vez aclarado lo anterior, debe indicarse que el artículo 31 del borrador consagra que los Estados causantes de un daño estarán obligados a reparar de forma integral, lo cual conlleva que, de acuerdo con la jurisprudencia de la [Corte Permanente Internacional de Justicia], dicha reparación sea realizada en



Entre estas últimas se encuentran el cumplimiento específico o el cese de una actividad lesiva; siempre con el fin de restituir la situación jurídica del demandado al estado anterior a la lesión. Esta decisión debería ser vinculante para las partes y poseer los efectos de la cosa juzgada. Bajo esta óptica, la capacidad de ordenar reparaciones no pecuniarias es inherente a los tribunales arbitrales del CIADI y no tiene asidero el argumento de que la aplicabilidad de los laudos del CIADI está limitado por el ejercicio de la soberanía del estado infractor.⁸

Además, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en su artículo 1135, así como en el artículo 26(8) del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), declaran de manera similar que un tribunal puede pagar daños monetarios en lugar de restitución. Bajo esta premisa, si otra legislación internacional permite a los tribunales ordenar medidas diferentes a los daños monetarios, no hay razones para pensar que esta posibilidad le esté proscrita al CIADI.

III. JURISPRUDENCIA DEL CIADI SOBRE LA APLICACIÓN DE REPARACIONES NO PECUNIARIAS Y EL CRITERIO CHORZÓW

En la jurisprudencia del CIADI ha habido algunos casos en los que se ha establecido que los tribunales están facultados para emitir remedios no monetarios, uno de los casos que propone tal postura es *Bernhard von Pezold v. Zimbabwe*, en el cual, el Tribunal determinó lo siguiente: “it is beyond doubt that non-pecuniary remedies, including restitution, can be awarded in ICSID Convention arbitrations under investment treaties.”⁹

Evidentemente tal caso no ha sido el único. En *Antoine Goetz v. Burundi*,¹⁰ los inversores belgas poseían una empresa en Burundi a la que se le otorgó un certificado de zona franca con algunas exenciones fiscales y aduaneras; posteriormente, este fue

forma adecuada. Acto seguido, el artículo 34 del borrador contempla distintas formas de reparación, siendo estas: la restitución, la compensación y la satisfacción, ello de forma independiente o combinada.”).

⁸ Christoph Schreuer, *Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, 20(4) ARB. INT’L 325, 331 (2004) (“The ability to order specific performance is a power that is inherent in a tribunal’s jurisdiction. There is no merit to the argument that an ICSID tribunal would thereby impeded a state in the exercise of its sovereign rights.”).

⁹ *Pezold v. Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Sentencia, ¶ 700 (28 de julio de 2015).

¹⁰ *Goetz v. République du Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Sentencia (3 de febrero de 2000).



retirado por Burundi, lo que dio origen a un arbitraje CIADI. El reclamo principal fue la anulación de la decisión que retiró el certificado de zona franca.

Aunque hubo negociaciones de acuerdo entre las partes, el tribunal emitió una decisión provisional sobre responsabilidad. La decisión de retirar el certificado fue considerada equivalente a una expropiación a la luz del TBI firmado entre Bélgica y Burundi. Por tanto, el tribunal le dio a Burundi la opción de pagar una indemnización justa o revocar el retiro de los certificados. Esta última fue, sin duda, una forma de alivio no pecuniario:

[I]t falls to the Republic of Burundi, in order to establish the conformity with international law of the disputed decision to withdraw the certificate, to give an adequate and effective indemnity to the claimants as envisaged in Article 4 of the Belgium-Burundi investment treaty, unless it prefers to return the benefit of the free zone regime to them. The choice lies within the sovereign discretion of the Burundian government. If one of these two measures are not taken within a reasonable period, the Republic of Burundi will have committed an act contrary to international law the consequences of which would be left to the Tribunal to ascertain.¹¹

Hay aún más jurisprudencia que sostiene el poder de los tribunales CIADI para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias. En el caso *Enron v. Argentina*, este último argumentó que al tribunal no se le otorgó el poder de ordenar medidas cautelares. El Estado argentino sostuvo que, si el tribunal determina que hubo una expropiación, la única acción que podrían ordenar es determinar la compensación correspondiente y no ordenar determinaciones no pecuniarias. Sin embargo, el tribunal arbitral expresó la siguiente opinión: “An examination of the powers of international courts and tribunals to order measures concerning performance or injunction and of the ample practice that is available in this respect, leaves this Tribunal in no doubt about the fact that these powers are indeed available.”¹²

En caso de duda sobre si los tribunales del CIADI pueden ordenar y hacer cumplir una reparación no pecuniaria—como se mencionó anteriormente—no debería hacerse una interpretación literal del artículo 54 de la Convención, ya que fue la intención de

¹¹ *Id.* ¶ 133.

¹² *Enron Corp. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 79 (14 de enero de 2004).



los redactores otorgar poderes a los tribunales del CIADI para hacer cumplir este tipo de alivio si es necesario.¹³

Es erróneo interpretar el artículo 54 del Convenio del CIADI de manera restrictiva. Sugerir que los tribunales de inversión del CIADI no tienen poderes suficientes para ordenar el cese de una actividad lesiva u ordenar un cumplimiento específico es obviar la naturaleza de la reparación integral, así como el criterio Chorzów, a partir del cual se estableció como un principio del derecho internacional la restitución integral, la que tiene como cometido reestablecer la situación jurídica de la víctima antes del daño. Según este criterio, las sanciones empleadas para alcanzar la situación jurídica del dañado serán reparaciones monetarias o restituciones según lo que exija las características del caso concreto:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act - a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals - is that reparation must, as far as possible, wipe-out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it-such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.¹⁴

Asimismo, de lo anterior se sigue que en el caso Chorzów se haya establecido la posibilidad para el dañado de optar por una restitución o por una reparación por daños: "The Party who has been dispossessed has a choice of remedies. He may claim restitution of the property taken. This is what is meant by restitutio in integrum. He may on the other hand abandon any claim to restitution of the actual property and claim damages instead."¹⁵

De otro lado, cabe resaltar la posibilidad de que un tribunal se vea impedido de

¹³ Aunque estamos hablando de remedios no pecuniarios, no debe confundirse con una orden judicial contra la demanda. La principal diferencia es que esta última es una medida contra una parte que tiene o está a punto de iniciar un reclamo ante el tribunal de otro estado en violación del acuerdo de arbitraje, pero no contra el tribunal nacional o el estado.

¹⁴ Factory at Chorzow (Germ. V. Pol.), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (13 de septiembre), ¶ 125.

¹⁵ *Id.* ¶ 207.



aplicar reparaciones no pecuniarias si es que el TBI aplicable así lo dispone. Un ejemplo de esta postura es el criterio adoptado por el tribunal en el caso *European Media Ventures S.A. v. Czech Republic*:

The Tribunal does not have the power to issue declaratory relief of the sort claimed by the Claimant or at all. This is clear from the language in Article 8(1) [of the BIT] which states that arbitral jurisdiction is limited to disputes ‘concerning compensation due’. To the extent that any other relief may be appropriate, even for breach of Article 3(1) [expropriation], it would seem no arbitral tribunal has jurisdiction to grant such relief.¹⁶

Y es que, en efecto, no hay buenas razones en el horizonte para pensar que un laudo del CIADI de contenido no pecuario no pueda ejecutarse. En términos legislativos, la única razón aparente es la literalidad del artículo 54 de la Convención, la que es fácil de circunvalar con una adecuada interpretación que contemple el fin de la reparación integral y la casuística de los tribunales CIADI y del derecho internacional.

IV. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Pese a las razones anteriores, si se estuviera ante el escenario de que los tribunales no tengan la autoridad para hacer cumplir las medidas inmateriales, existe otra alternativa en la que puede confiar la parte prevaleciente. La Convención de Nueva York es el último recurso en el que una parte puede confiar como plan de contingencia en caso los tribunales del CIADI requieran aplicar medidas no pecuniarias.

La Convención de Nueva York en su artículo III establece: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada[.]”¹⁷

Este Convenio no contiene limitaciones ni hace distinciones sobre el tipo de obligaciones—pecuniarias o no pecuniarias—que debe contener un laudo para su ejecución; por tanto, se trata de un instrumento legal idóneo para la ejecución de

¹⁶ *European Media Ventures SA v. The Czech Republic*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 82 (15 de mayo de 2007).

¹⁷ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 10 de junio de 1958, art. III, 330 U.N.T.S. 38, 7 I.L.M. 1046 [“Convención de Nueva York”].



sanciones no pecuniarias que sirve de válvula de escape en caso se haya cerrado la posibilidad de ejecución mediante el Convenio CIADI u otros acuerdos.¹⁸

Por otro lado, la Convención de Nueva York en su artículo I(3) establece que todo estado “[p]odrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.”¹⁹ Este artículo recoge la reserva comercial, por medio de la cual, un inversor puede toparse con la sorpresa de que el tribunal competente para otorgarle el exequatur se lo deniegue. Entonces, la pregunta inevitable es si un arbitraje de inversión puede considerarse comercial y, así, superar la reserva comercial.

Sobre el particular, no hay una definición precisa para delinear el carácter de comercial en la Convención de Nueva York.²⁰ Lo normal es ver un acuerdo entre una corporación de inversionistas extranjeros y un estado mediante cláusulas internacionales típicas (e.g., de la CCI o la LCIA); no obstante, ante una disputa, por lo general la empresa inversora extranjera dependerá de un TBI para iniciar un arbitraje

¹⁸ Ver GARY BORN, *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION* 3177 (3rd ed. 2021) (“[I]t is well-settled that an award, within the meaning of the New York Convention, includes instruments ordering non-monetary relief (e.g., declaratory or injunctive relief) and monetary relief.”); Ricardo Vásquez, *Cumplimiento y ejecución del laudo arbitral CIADI*, ESTADO DIARIO (2 de octubre de 2018), <https://estadodiario.com/columnas/cumplimiento-y-ejecucion-del-laudo-arbitral-ciadi/> (“Una de las grandes fortalezas de la Convención del CIADI es que ella es aún más favorable que la Convención de Nueva York al reconocimiento y la ejecución de un laudo. La Convención no permite que se rechace la ejecución de un laudo. Es más, requiere a la corte local del Estado contratante que reconozca y declare el pago de los perjuicios monetarios otorgados en el laudo de forma inmediata, como si se tratase de una sentencia definitiva dictada por una corte local de ese Estado. El tribunal local no puede anular un laudo por tratarse de un laudo dictado internacionalmente bajo las reglas del CIADI, en vez del derecho local. Sin perjuicio de ello, debe precisarse que el artículo 54(1) del Convenio, sin embargo, distingue entre la ejecución de daños pecuniarios y no pecuniarios. En efecto, solo exige al Estado que reconozca el laudo con carácter obligatorio, pero hace ejecutables exclusivamente a los daños pecuniarios. Ello significa que aquellos daños no pecuniarios, por ejemplo, la restitución de una propiedad embargada o el término de una restricción a la transferencia de capitales por parte de ese Estado al inversionista deberá exigirse bajo la Convención de Nueva York.”).

¹⁹ Convención de Nueva York, *supra* nota 17, art. I(3).

²⁰ Bernardo Cremades, *Regulación Nacional de Arbitraje y la Convención de Nueva York*, 1 REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 179, 184 (2005) (“Ante la posibilidad de diferentes criterios de apreciación en la definición de disputa comercial, la Ley Modelo ofrece criterios armonizadores, otorgando una interpretación amplia del término comercial, con el fin de abarcar el mayor número de cuestiones que puedan plantearse en el ámbito de las relaciones de índole comercial, contractual o no.”).



de inversión en un foro del CIADI.²¹ Esto puede deberse a varias razones, como que el procedimiento de arbitraje del CIADI es menos costoso que un procedimiento de la CCI, el TBI brinda a la parte inversionista extranjera garantías adicionales como el trato más favorable, trato justo y equitativo, protección contra cláusulas de expropiación, etc., y, como se mencionó anteriormente, el CIADI tiene un sistema autónomo que hace a la ejecución del laudo más probable de cumplirse.²²

En definitiva, y asumiendo que la reserva comercial no sea un impedimento, el Convenio de Nueva York es un soporte legal importante que permitiría la ejecución de un laudo no pecuniario en el supuesto de que esta se haya denegado en virtud del Convenio CIADI.

V. SOBRE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y LOS LÍMITES EN LA EJECUCIÓN DE REPARACIONES NO PECUNIARIAS

Otra de las principales razones arrojadas para no aceptar la ejecución de reparaciones no pecuniarias es la soberanía de los estados.²³ Esto, aparentemente, constituye un freno en la ejecución de obligaciones impuestas al estado. Sin duda que la soberanía reivindica a los estados, otorgándoles un poder importante.

Primero debemos diferenciar entre la soberanía como concepto constitucional y como concepto del derecho internacional. El primero se refiere al poder indelegable

²¹ Ver en general Karl-Heinz Böckstiegel, *Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?*, 28(4) ARB. INT'L 577 (2012).

²² Marco Antonio Huamán Sialer, *Arbitraje comercial internacional en materia de inversiones: reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales expedidos por el CIADI en el Estado Peruano*, 13(15) LEX – REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA 283, 293 (2015) (“La característica más sobresaliente que diferencia a los arbitrajes llevados a cabo en la sede del CIADI, conocida también por sus siglas en inglés como ICSID, con otros tipos de arbitraje comercial es la total autonomía e independencia del procedimiento, siendo que las reglas mediante las cuales se rige son de carácter internacional, debido a que se fundamentan en un tratado, el cual ha sido ratificado por 140 países.”); Osvaldo Marzorati, *Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina*, 1 REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 71, 107 (2005) (“Las reglas del CIADI tienen carácter autónomo, en el sentido de que son independientes del Derecho Nacional (se respeta la sede del arbitraje o el Estado en cuyo territorio se pretenderá el reconocimiento de la sentencia), y no son objeto de control por parte de los tribunales nacionales.”).

²³ Por ejemplo, en el caso *Benvenuti & Bonfanti v. Congo* el Tribunal de Primera Instancia de París determinó que no se podía ejecutar el laudo en contra de los activos del Congo ubicados en Francia sin antes no tener su autorización, porque esos activos podían estar protegidos por inmunidad soberana. Ver Nassib G. Ziadé, *Some Recent Decisions in ICSID Cases*, 6(2) ICSID REV. 514, 523 (1991). Similares decisiones pueden encontrarse en *SOABI v. Senegal* y *LETSCO v. Liberia*. Ver Ziadé, *Some Recent Decisions* a 521-25.



que tiene cada estado para fabricar sus propias normas, mientras que, en la esfera internacional, la soberanía alude a la capacidad que tiene un estado, precisamente, para asumir compromisos internacionales.

Guastini define a la soberanía como sigue: “La soberanía de los estados, en tanto presupuesto de la aplicabilidad de normas internacionales, es precisamente la condicio sine qua non de la existencia de obligaciones internacionales, y entonces de limitaciones jurídicas, para los estados. Es decir, la soberanía internacional no excluye, sino implica limitaciones jurídicas.”²⁴

Es decir, que es la soberanía la que permite imponerle obligaciones a un estado en primer lugar, de modo que la imposición de obligaciones o sanciones no comporta automáticamente quitarles soberanía a los estados. Se suele entender el problema de la soberanía como una injerencia en la jurisdicción del estado; no obstante, la resolución de una disputa mediante la vía arbitral no significa quitarle jurisdicción a un estado, esta sigue intacta, es solo que dicha jurisdicción en estos casos simplemente no la tiene el estado.

Preguntémonos, ¿en qué medida, por ejemplo, obligar a un estado a devolver un pedazo de tierra es una injerencia en su soberanía? Nótese que se ha usado el ejemplo más notorio posible de injerencia (la entrega de terreno). En la medida que se trate de un terreno ilegítimamente expropiado al inversor, de ninguna manera se infringe la soberanía del estado; primero, porque el estado no es el que ha fallado sobre el destino del terreno (sino un tribunal privado o internacional) y segundo, porque el derecho de propiedad en el caso concreto le pertenece al inversor, por tanto, no se le está quitando nada al estado.

En suma, el argumento de la injerencia en la soberanía de los estados nace de un miedo infundado, pero una mirada de cerca al problema debería poder despejar el miedo, con lo cual, las reparaciones no pecuniarias son perfectamente compatibles con la soberanía de los estados.

VI. CONCLUSIONES

²⁴Riccardo Guastini, *Ernesto Garzón Valdés sobre la soberanía: Un comentario*, 30 DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO 117, 121 (2007).



La primera parte de este artículo analizó si los tribunales del CIADI podían hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias. Al respecto, nos encontramos con dos corrientes de opinión.

La primera establece que los tribunales del CIADI no están facultados por el Convenio del CIADI para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias y que todo lo que pueden hacer es otorgar una reparación pecuniaria en forma de daños. A lo mucho, estos tribunales arbitrales pueden exhortar al estado soberano para que cese la acción u omisión cuyo resultado está causando daños al inversionista.

Por otro lado, existe la opinión de que los tribunales del CIADI pueden hacer cumplir las reparaciones inmateriales y que los árbitros no deben hacer una interpretación limitada y literal del artículo 54 del Convenio del CIADI, por tanto, deben interpretar dicho artículo con el artículo 53 (que establece el cumplimiento obligatorio de los laudos). Como resultado, si el inversionista extranjero reclama una reparación no pecuniaria contra un estado, entonces el panel del CIADI tendría que poder dar cumplimiento a esa decisión si los méritos del caso lo permiten.

Otra razón convincente por la cual los tribunales del CIADI tienen las atribuciones para otorgar reparaciones no monetarias, nace del hecho de que otras legislaciones sobre inversión permiten que los paneles arbitrales apliquen reparaciones no monetarias (como el TLCAN y el TCE), entonces, ¿por qué los tribunales del CIADI no pueden aplicar medidas similares?

Sin lugar a duda, existe una amplia gama de posibilidades de obligaciones inmateriales que se pueden imponer, como la restitución de bienes incautados, la devolución de una licencia o la no recaudación de impuestos irrazonables, así como la concesión de un permiso para transferir divisas y la interrupción del hostigamiento hacia el personal del inversor. Es decir, sí existen las formas de reparaciones no pecuniarias como herramientas útiles y listas para usarse. Solo falta la habilitación normativa.

Distinto es que los tribunales del CIADI usualmente impongan obligaciones pecuniarias en sus laudos; esto responde a una mecánica diferente, más no a la incapacidad de hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias. Esto se hace

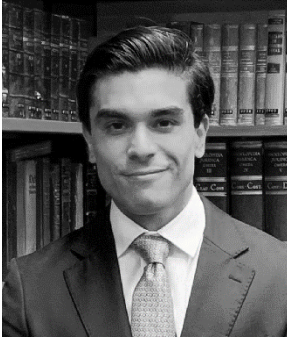


principalmente porque los inversionistas extranjeros prefieren estructurar sus reclamos en términos monetarios, principalmente, porque es mucho más práctico (tiene mayor sentido financiero) que reclamar reparaciones no pecuniarias. No obstante, eso no significa que los tribunales del CIADI carezcan del poder para imponer reparaciones no monetarias.

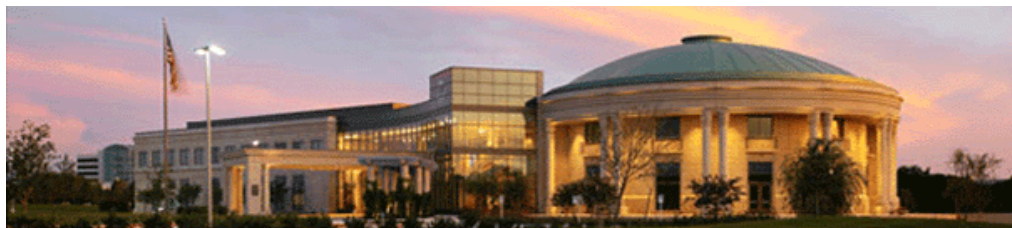
Por lo demás, existe jurisprudencia sobre la materia que privilegia la posición mediante la cual se le da alternativas al dañado para que, según las características del caso, elija entre una reparación, una restitución o una mezcla de ambas. Lo contrario limitaría el Convenio del CIADI y al arbitraje de inversión como institución, a una mera organización cuyo único objetivo es otorgar una compensación a un inversor cuyos derechos han sido violados. Esto soslaya que, en el derecho internacional, el fin último de la resolución de una disputa es hacer prevalecer la situación jurídica del dañado previa a la lesión y que, según el caso, esta podrá alcanzarse con una reparación monetaria o con una restitución (o incluso una mezcla de ambas), ya que en el fondo ambas son medios para reestablecer la situación jurídica previa al daño.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una forma alternativa de hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias del tribunal CIADI es a través de la Convención de Nueva York. Aunque el alcance de la Convención de Nueva York se limita a las diferencias comerciales, es seguro afirmar que las actividades de inversión de un inversor extranjero en otro estado deben considerarse comerciales, por lo que no debería haber ningún problema en ese sentido. Naturalmente, debemos tener en cuenta que tanto el inversionista extranjero como el estado anfitrión deben ser miembros de la Convención de Nueva York, de lo contrario, esta forma alternativa no podría usarse como un medio para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias.

Finalmente, el argumento de que las reparaciones no pecuniarias atentan contra la soberanía de los estados, se trata en realidad, de una preocupación infundada. Un acercamiento al problema revela que al ejecutarse estas reparaciones no se pone en riesgo la soberanía de los estados y que, más bien, es precisamente la soberanía (entendida como la capacidad de contraer obligaciones internacionales) la que permite la ejecución de obligaciones no pecuniarias.



ALONSO BEDOYA DENEGRI es Socio de la firma Mario Castillo Freire. Alonso es catedrático del curso de Arbitraje en la Universidad San Ignacio de Loyola y la Universidad San Martín de Porres. Realizó un LLM en Comparative & International Dispute Resolution en la Universidad Queen Mary de Londres, con un enfoque en arbitraje de inversiones, comercial y de disputas en construcción. En el año 2018 se desempeñó como abogado pasante en el área de Arbitraje Internacional de la firma Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP. Pertenece a la nómina de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, la Cámara de Comercio Americana del Perú, y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos (CARC) de la PUCP. Adicionalmente, forma parte del Chartered Institute of Arbitrators del Reino Unido, es miembro del Directorio de Árbitros del London Court of International Arbitration y de la nómina de árbitros del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur.



INSTITUTE FOR TRANSNATIONAL ARBITRATION

of

THE CENTER FOR AMERICAN AND INTERNATIONAL LAW

The Institute for Transnational Arbitration (ITA) provides advanced, continuing education for lawyers, judges and other professionals concerned with transnational arbitration of commercial and investment disputes. Through its programs, scholarly publications and membership activities, ITA has become an important global forum on contemporary issues in the field of transnational arbitration. The Institute's record of educational achievements has been aided by the support of many of the world's leading companies, lawyers and arbitration professionals. Membership in the Institute for Transnational Arbitration is available to corporations, law firms, professional and educational organizations, government agencies and individuals.

MISSION

Founded in 1986 as a division of **The Center for American and International Law**, the Institute was created to promote global adherence to the world's principal arbitration treaties and to educate business executives, government officials and lawyers about arbitration as a means of resolving transnational business disputes.

WHY BECOME A MEMBER?

Membership dues are more than compensated both financially and professionally by the benefits of membership. Depending on the level of membership, **ITA Members** may designate one or multiple representatives on the Institute's **Advisory Board**, each of whom is entitled to attend, without charge, the ITA Annual Meeting and Workshop in Dallas or the annual Americas Workshop in Latin America. Advisory Board members also receive a substantial tuition discount at all other ITA programs.

Advisory Board members also have the opportunity to participate in the Institute's leadership, professional initiatives, practice committees and a variety of other free professional and social membership activities throughout the year. Advisory Board members also receive a free subscription to ITA's e-journal *ITA in Review*, newsletter *News and Notes*, and all ITA video and audio online educational products. Your membership and participation support the activities of one of the world's leading forums on international arbitration today.

THE ADVISORY BOARD

The work of the Institute is done primarily through its Advisory Board, and its committees. The current practice committees of the ITA are the **Americas Initiative Committee** (comprised of Advisory Board members practicing or interested in Latin America), the **Young ITA Committee** (comprised of Young ITA Members and Advisory Board members under 40 years old) and the **In-House Counsel Committee**. The **Annual Meeting** of the Advisory Board and its committees occurs each June in connection with the annual ITA Workshop, including a variety of social activities and the **ITA Forum**, a candid off-the-record discussion among peers on current issues and concerns in the field. Other committee activities occur in connection with the Americas Workshop and throughout the year.

PROGRAMS

The primary public program of the Institute is its annual **ITA Workshop**, presented each year on the third Thursday in June in connection with the ITA Annual Meeting. Other annual programs include the **ITA-ASIL Conference** in Washington, D.C., the **ITA-IEL-ICC Joint Conference on International Energy Arbitration** in Houston, and the **ITA Americas Workshop** customarily in Latin America. ITA conferences customarily include a **Young Lawyers Roundtable** organized by Young ITA, which also presents a variety of **#YoungITATalks** events in cities around the world throughout the year. For a complete calendar of ITA programs, please visit our website at www.cailaw.org/ita.

PUBLICATIONS

ITA is a founding sponsor of **KluwerArbitration.com**, the most comprehensive, up-to-date portal for international arbitration resources online. The **ITA Arbitration Report**, a free email subscription service available at *KluwerArbitration.com* and prepared by the **ITA Board of Reporters**, delivers timely reports on awards, cases, legislation and other current developments from over 60 countries, organized by country, together with reports on new treaty ratifications, new publications and upcoming events around the globe. All ITA members receive a free subscription to **ITA in Review**, an e-journal edited by its **Board of Editors**. The Institute's acclaimed **Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties**, a comprehensive report on the status of every country's adherence to the primary international arbitration treaties, is published on ITA's website and in its quarterly newsletter, **News and Notes**. The **Online Education Library** on the Institute's website presents a variety of educational videos, mock arbitrations, recorded webinars, oral history interviews and books, many of them produced by the **Academic Council** for the benefit of professors, students and practitioners of international arbitration. **ITAFOR** (the ITA Latin American Arbitration Forum), a listserv launched in 2014 is the leading online forum on international arbitration in Latin America. International dispute resolution instructors are welcome to explore the course curricula and other pedagogical materials shared by leading professors on the website's **Legal Educators Resources Collection** and to participate in the accompanying **ITA-LEL listserv**. Young ITA members receive the **Young ITA Newsletter**.

Please join us. For more information, visit ITA online at www.cailaw.org/ita.

INSTITUTE FOR TRANSNATIONAL ARBITRATION

2022 Annual Membership Dues and Benefits

Sustaining Membership – \$6,000

(open to corporations, firms, and other organizations)

- Eight Advisory Board representatives (two under 40) with all **Advisory Board Member benefits** described below
- The right to designate an unlimited number of additional Advisory Board representatives for \$500 each
- The right to designate up to four additional Advisory Board members under 40 for \$300 each
- All employees entitled to member discount at ITA Programs
- Recognition as a *Sustaining Member* in publications

Supporting Membership – \$3,000

(open to corporations, firms, and other organizations)

- Four Advisory Board representatives (one under 40) with all **Advisory Board Member benefits** described below
- The right to designate an unlimited number of additional Advisory Board representatives for \$600 each
- The right to designate up to two additional Advisory Board members under 40 for \$300 each
- All employees entitled to member discount at ITA Programs
- Recognition as a *Supporting Member* in publications

Sponsoring Membership – \$1,250

(open to individuals, corporations, firms, and other organizations)

- One Advisory Board representative with all **Advisory Board Member benefits** described below
- Recognition as a *Sponsoring Member* in publications

Associate Membership – \$725

(open to individuals)

- Membership on the Institute Advisory Board, with all **Advisory Board Member benefits** described below
- The opportunity to use the Center's facilities in Plano for education-related activities
- Recognition as an *Associate Member* in publications

Academic / Government / Non-Profit Membership - \$395

(open to universities, government agencies, judicial and arbitral institutions, non-profit corporations and full-time employees or students of such organizations)

- One Advisory Board representative with all **Advisory Board Member benefits** described below
- Recognition as an *Academic/Government/Non-Profit Member* in publications

Arbitral Institution Membership – Invitation Only

(open by invitation only to select Arbitral Institutions with significant international caseloads)

- One Advisory Board representative with all **Advisory Board Member benefits** described below
- An opportunity to co-sponsor the annual Americas Workshop in Latin America
- Recognition as an *Arbitral Institution Member* in publications

Young ITA Membership - \$0

(open to individuals under 40)

- Free membership in ITA as a *Young ITA Member* (does not include membership on the Advisory Board)
- Free attendance at Young ITA programs and meetings and the annual ITA Forum in Dallas
- Young ITA member discount at the annual ITA Workshop and all other ITA programs, publications and online educational products
- Opportunity to serve in the Young ITA leadership
- Opportunity to participate in Young ITA online fora
- Free subscription to the ITA e-journal *ITA in Review* and e-newsletter *News & Notes*
- Recognition as a *Young ITA Member* in publications

Advisory Board Member Benefits

- Free attendance at the ITA Annual Meeting and Workshop OR the Annual Americas Workshop
- Free attendance at the members-only ITA Forum
- Member discount at all other ITA programs
- Free subscription to all ITA video and audio online educational products
- Free subscription to ITA's e-journal *ITA in Review* and quarterly newsletter *News and Notes*, with its *Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties*
- Opportunity to participate in the committees, leadership and other activities of the Advisory Board
- Recognition as an Advisory Board member in publications
- If qualified, the right to appear on the IEL Energy Arbitrators List



Institute for Transnational Arbitration
ITA IN REVIEW

Table of Contents

TRIBUTES

TRIBUTE TO EMMANUEL GAILLARD (1952-2021)

*Phillipe Pinsolle
Yas Banifatemi*

IN MEMORY OF MARTIN J. HUNTER (1937-2021)

Alexandre Vagenheim

ARTICLES

PUEDE EJECUTARSE UN LAUDO CON UNA REPARACIÓN
NO PECUNIARIA BAJO EL CONVENIO DEL CIADI Y/O LA
CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Alonso Bedoya Denegi

A CRITICAL ANALYSIS OF LEGITIMATE EXPECTATION
VIS-À-VIS EU BLOCKING REGULATIONS

*Niyat Ahuja
Naimeh Masumy*

LOOKING TO THE PAST FOR THE FUTURE:
INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AS A FRAMEWORK TO PROTECT
PRIVATE ACTORS IN OUTER SPACE

*Vivasvat "Viva" Dadwal
Charles "Chip" B. Rosenberg*

REPROGRAMING GEOPOLITICAL FIREWALLS:
TECHNOLOGICAL NON-PROLIFERATIONS AND THE FUTURE OF
INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

Jason Czerwiec

BOOK REVIEWS

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IN THE EUROPEAN UNION
BRUSSELS I, BREXIT, AND BEYOND BY CHUKWUDI OJIEGBE

*Sarah Vasani
Daria Kuznetsova*

THE TROUBLE WITH FOREIGN INVESTOR PROTECTION BY GUS VAN HARTEN

Fernando Tupa

ITA CONFERENCE PRESENTATIONS

KEYNOTE REMARKS:
REGULATING ARBITRATOR ETHICS: GOLDBLOCK'S GOLDEN RULE

Constantine Partasides, QC

AND MORE.

www.itainreview.com

The Institute for Transnational Arbitration
A Division of The Center for American and International Law

5201 Democracy Drive
Plano, Texas, 75024-3561
USA