

Carlos Paitán Contreras*

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA REGLA DE ATRIBUCION Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN ARBITRAJES DE INVERSIONES

A diferencia de las reglas de responsabilidad en la aplicación de la ley doméstica para casos comerciales o civiles entre privados, en controversias de inversiones donde se busca resarcir a un inversionista protegido por los daños derivados de actos ilegales de un Estado, se presentan algunas particularidades propias del derecho internacional público que necesariamente van a ser evaluados por los Tribunales arbitrales y que el inversionista reclamante debe considerarlo antes de buscar registrar un reclamo.

Por un lado como paso previo e independiente de análisis consiste en establecer si un determinado acto es propiamente un acto de Estado, que constituya en sí la expresión de un acto soberano y no un acto comercial, para poder aplicar la teoría de la atribución.

Mención aparte resultaría la determinación de la responsabilidad internacional del Estado, la misma que se encuentra en función que dicho acto represente

una violación a los compromisos internacionales asumidos por el Estado receptor, sea por compromisos contractuales con inversionistas extranjeros o aquellos compromisos asumidos en Tratados internacionales de protección de inversiones con la comunidad internacional.

Finalmente, en el análisis de la controversia, resulta indispensable tomar en cuenta aspectos referidos al ejercicio de poderes de policía o regulatorios del Estado receptor o de criterios de deferencia reconocidos por el derecho internacional y que en general buscan eximir de responsabilidad al Estado receptor, no obstante del daño ocasionado por el acto. Todos estos puntos serán tratados de manera general a continuación.

1. ASPECTOS GENERALES

La regla en temas de responsabilidad internacional de los Estados se basa en tres elementos esenciales (i) Una obligación

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú –PUCP-. Socio principal del Estudio Paitán & Abogados con experiencia en cuatro arbitrajes internacionales de inversiones contra la República del Perú, tres de ellos bajo reglas CIADI y uno bajo reglas UNCITRAL. Las opiniones vertidas son a título personal.

internacional vigente (ii) El incumplimiento de dicha obligación y el nexo causal respectivo; y (iii) Un perjuicio con ocasión del acto u omisión estatal.¹

La identificación de los tres elementos conllevaría la responsabilidad internacional del Estado infractor y la obligación de reparar el perjuicio causado.

Las normas sobre responsabilidad internacional de los Estados por actos ilegítimos, los Tribunales siempre han considerado los alcances del Artículo 1 del *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI)², como la versión actual del *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados* adoptada en el 56° periodo de sesiones (2001) de la Asamblea General de Naciones Unidas, al aprobar la Resolución 56/83.

El Proyecto de la CDI es considerado como una fuente referente en los arbitrajes de inversiones³, así como de autores renombrados en la materia. En esa línea, también se considera el alcance del artículo 12 del proyecto de la CDI, que afirma que la violación de una obligación internacional se configura independientemente de su origen o naturaleza⁴.

Las protecciones internacionales reconocida en los Tratados de protección de inversiones están vinculadas a la remisión al arbitraje internacional, así como de obligaciones específicas relativas a no violar los estándares de trato justo y equitativo, no discriminación, trato nacional, seguridades y protecciones plenas y la obligación de no expropiar frente a los inversionistas de nacionalidad protegida por un determinado Tratado ante entidades de un Estado receptor, que en ejercicio de poderes soberanos y regulatorios pueda afectar en gravedad una inversión.

Para tal efecto, analizaremos las obligaciones que todo Estado receptor de una inversión debe cumplir y cuya violación determinaría la responsabilidad internacional del Estado infractor, así como de los elementos de atribución de responsabilidad.

2. IDENTIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN CUBIERTA POR UN COMPROMISO INTERNACIONAL DEL ESTADO.-

De conformidad con el tratamiento al concepto de nacionalidad que desarrollan los Tratados Bilaterales de Inversiones o el Capítulo de Inversiones de un Tratado

¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. "Responsabilidad Internacional". En Manual de Derecho Internacional Público. Ed. M. Sorensen.

² Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste.

³ Ver texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y comentarios. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53º período de sesiones. Asamblea General. Documentos Oficiales. Suplemento No. 10 (A/56/10), p. 44-45 y ver CRAWFORD, J. "The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries". Cambridge, Cambridge University Press. 2002. p.192-193. (Anexo VII-8). Como se aprecia del texto del artículo 1 del proyecto de la CDI, su ámbito de aplicación se extiende a todas las obligaciones internacionales incurridas por un Estado, independientemente del sujeto activo de dicha obligación. En su comentario al artículo 1 del Proyecto, en el que se enuncia el principio básico que toda violación del derecho internacional por un Estado entraña la responsabilidad internacional de este, la Comisión de Derecho Internacional incluye entre los ejemplos de su aplicación a decisiones de tribunales arbitrales en que el hecho ilícito no se configura en relación a otros Estados. "Los tribunales arbitrales han afirmado repetidas veces este principio, por ejemplo en el asunto de las Reclamaciones de los súbditos italianos residentes en el Perú, el asunto de la Dickson Car Wheel Company, el asunto de las Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos, y en el asunto de la Armstrong Cork Company. En el asunto del Rainbow Warrior el Tribunal Arbitral señaló que "toda violación, por un Estado, de cualquier obligación, sea cual fuere su origen, da lugar a la responsabilidad del Estado". El artículo 2 del proyecto de la CDI, que contiene la definición de hecho ilícito internacional, confirma el razonamiento expuesto en el párrafo anterior al no hacer distinción en función a si la obligación incumplida emana o no de un tratado.

⁴ United Nations Reports of International Arbitral Awards (1923), p.615. Por su parte, la jurisprudencia internacional nos muestra múltiples ejemplos de dicha aplicación y también ha consagrado los elementos básicos recién apuntados. Así, por ejemplo, en el caso de las Reclamaciones en la Zona Española de Marruecos, el tribunal señaló: Responsibility is the necessary corollary of a right. All rights of an international character involve international responsibility. Responsibility results in the duty to make reparation if the obligation in question is not met. CPJ, Serie A, No. 17, 1928, p. 29 En el mismo sentido, en el tan mentado caso de la Fábrica Chorzow, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que "(...) the Court observes that it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation."

de Libre Comercio, y particularmente lo expresamente descrito en el Artículo 25 del Convenio CIADI⁵, la cobertura de protección ofrecida por el Estado se centra en los nacionales de inversionistas extranjeros protegidos que invierten en un determinado país. En cuanto al *ámbito subjetivo*, el factor de conexión nacionalidad es el generalmente aceptado y no otro, para establecer la obligación del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros.

Con relación al *ámbito objetivo* o referido a la *inversión* del inversionista, se debe acreditar la existencia de alguno de los denominados activos protegidos por el Tratado aplicable, normalmente descrito en un listado no taxativo como bienes, derechos de propiedad, derechos en general, licencias, autorizaciones, contratos, concesiones, acciones y derecho de propiedad intelectual entre otros⁶. Por último, la inversión en su origen debe cumplir con los requisitos de legalidad del Estado receptor.

En cuanto al *ámbito temporal* de aplicación de todo Tratado internacional, éste puede cubrir o brindar protección a una inversión llevada a cabo de manera indirecta o de manera directa por el inversionista antes de la vigencia del Tratado aplicable⁷, pero en definitiva la cobertura de protección solo alcanza a las controversias que hayan surgido luego de la entrada en vigencia del Tratado

aplicable para satisfacer el cumplimiento del requisito *temporis*.

Al cumplirse con los presupuestos subjetivos y objetivos para que proceda la protección de un determinado Tratado Internacional de protección de inversiones, se configura el conjunto de obligaciones relativas a la protección de los inversionistas de nacionalidad protegida a que se ha comprometido un Estado soberano en virtud de dicho Tratado, y al que se encuentra, obligado en virtud del derecho internacional.

De esta manera se configura el primer presupuesto de la responsabilidad internacional de los Estados: la existencia de un activo protegido y de la obligación internacional de no afectarlo por parte del Estado receptor.

3. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL E IMPUTABILIDAD AL ESTADO RECEPTOR.

El segundo elemento de la responsabilidad internacional es el incumplimiento de obligaciones internacionales imputables al Estado. Previamente a ello hay que demostrar que los actos cuestionados del Estado receptor, han sido realizados a través de una entidad gubernamental con funciones regulatorias y no en ejercicio de funciones meramente *comerciales* como cualquier privado en el mercado.

⁵ Artículo 25. (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante": (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del artículo 28 o en el apartado (3) del artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la controversia. (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos del este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

⁶ En general, tanto los Tratados Bilaterales de Inversiones como el Capítulo de Inversiones de los TLC establecen un listado de bienes y derechos que los catalogan como "inversión", dejando abierta la puerta para incorporar otras modalidades de negocios conforme al avance tecnológico y a mayor sofisticación de la estructura de las inversiones.

⁷ Por ejemplo, el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre la República de Francia y la República del Perú considera expresamente la protección de inversiones indirectas y la protección de inversiones bajo control indirecto de franceses.

a) La regla de atribución en el derecho internacional.

La primera aproximación en el campo de la responsabilidad internacional del Estado, consiste en identificar si el acto(s) denunciado(s) han sido llevados a cabo por órganos del Estado en ejercicio de autoridades públicas o funciones soberanas, para luego proceder al análisis de la responsabilidad del Estado⁸.

La regla básica de atribución de responsabilidad se encuentra en el artículo 4 del *Proyecto de Artículos de la CDI*⁹ y se refiere a la Responsabilidad del Estado generada a través de la conducta de sus órganos:

- Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de t o d o órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
- Se entiende que órgano, incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado, con poderes funcionales y estructurales.

Por ello, la conducta de cualquier órgano del Estado es atribuible al Estado a propósito de establecer la responsabilidad de este último, independientemente de la posición que el referido ente

gubernamental detente en la estructura del Estado, e independientemente que estos ejerzan una función legislativa, ejecutiva, judicial o de cualquier otra naturaleza¹⁰, incluyendo la posibilidad de identificar actos soberanos en el desarrollo de actividades de empresas públicas¹¹.

Finalmente, la referencia a la ley del Estado receptor en estos casos resulta pertinente porque el mismo párrafo 2 del Artículo 4 del proyecto de la CDI, establece que el estatus de órgano del Estado de una entidad se determinará, conforme al derecho interno del Estado en cuestión.

b) La violación de obligaciones establecidas en un Tratado Internacional que conlleva responsabilidad internacional del Estado Receptor.-

El artículo 2 del *Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional* califica a un acto del Estado como internacionalmente ilícito cuando una acción u omisión, es atribuible al Estado y representa una violación de una de sus obligaciones internacionales¹².

Del mismo modo, se encarga de definir lo que debe entenderse por violación de una obligación internacional, la cual se configura cuando el comportamiento de un Estado no se ciñe a sus obligaciones internacionales, independientemente de su fuente y naturaleza¹³. La evaluación de la licitud del acto es competencia exclusiva del derecho internacional, independientemente de la caracterización

⁸ COHEN SMUTNY, Abby. "State Responsibility and Attribution. When is a State Responsible for the Acts of State Enterprises?" Emilio Agustín Maffezini vs. The Kingdom of Spain. En: *International Investment Law and Arbitration. Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. 2005. Edited by Todd Weiler. P.18. "Importantly, the rule of attribution do not answer the question whether conduct creates liability. The rule of attribution merely indicates whether the act is a State act, as opposed to the act of a private individual or company (.....) when an act is deemed to be the responsibility of the State, a separate analysis follows as to whether the act is inconsistent with any relevant obligation of the State, such as those that may be found in an applicable investment treaty". (.....)

⁹ Los Artículos de la Internacional Law Commission's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts o Artículo ILC sirven de referente en material de responsabilidad internacional de los Estados. En el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs. United Republic of Tanzania*, caso CIADI N° ARB/05/22 han citado los Artículos ILC como autoridad importante en la materia.

¹⁰ Ver por ejemplo, el caso *NAFTA Loewen vs. Estados Unidos de Norteamérica* en el cual se alegó la responsabilidad del Estado por la actuación de una de sus Cortes.

¹¹ Ver *Emilio Maffezini v Reino de España*, caso CIADI ARB N° 97/7.

¹² Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

¹³ Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

de dicho acto por el derecho interno del Estado en cuestión.

Queda claro, entonces, que se puede estar frente a la violación de más de una obligación internacional a cargo del Estado receptor, cumpliendo por ello el segundo requisito del artículo 2 del Proyecto sobre Responsabilidad de la CDI.

c) Del Nexo Causal.-

Satisfecha la regla de atribución e identificada la responsabilidad del Estado peruano por violación de los compromisos internacionales de un determinado contrato o de un Tratado, el nexo causal con el daño sufrido también se debe encontrar acreditado.

El principio básico de la causalidad es que el Estado solo puede ser responsable por daños sufridos por el inversionista, si fuera el causante de dichos daños y que dichos daños no deben ser remotos a la conducta que se reclama. En ese sentido, la doctrina exige la demostración de lo que se entiende como causalidad de hecho y causalidad legal deben estar presentes.

En el tema de la causalidad *de hecho*, el inversionista en su calidad de demandante debe probar que existe una relación causa-efecto entre el daño y la conducta denunciada, el llamado "*but for cause*". Por otro lado, en relación a la *causalidad legal* el inversionista demandante debe demostrar que la causa no es *too remote or consequential to be the subject of reparation*¹⁴, desarrollado por varios laudos arbitrales CIADI¹⁵.

En atención a lo antes señalado, un demandante debe acreditar por ejemplo que la inversión no contaba con ninguna contingencia contable, tributaria, de carácter patrimonial, cuestionamientos de gestión, ni legal en el aspecto corporativo,

que pudiera afectar en gravedad el normal funcionamiento y desarrollo de sus actividades empresariales en el sector que se desenvuelve.

Por ello, debe quedar descartado en los hechos que cualquier daño sufrido por un inversionista obedece al resultado directo de sus propias decisiones o por ausencia de ellas. El daño incurrido tampoco debe corresponder a una conducta poco profesional o derivada de hechos negligentes en la gestión de la inversión en el Estado receptor¹⁶, mucho menos producto de una frágil situación financiera de la empresa que la imposibilita desarrollar sus proyectos.

En consecuencia, *el nexo causal* se debe encontrar debidamente acreditado y ello debe obedecer directa y exclusivamente al acto del Estado que afecta un activo protegido y que implica la imposibilidad de poder explotar económicamente dichos activos conforme a las necesidades propias de la inversión. Se debe identificar actos del Estado que en gravedad perjudicaron la inversión de un inversionista protegido y que representa una violación a las obligaciones asumidas en el Tratado aplicable y por ello, generan la responsabilidad internacional del Estado, debiendo asumir el perjuicio ocasionado.

d) Del Perjuicio del Acto.-

El tema de la compensación debida, se refiere tanto al perjuicio resultante de los actos violatorios de las obligaciones del Tratado aplicable, como a su necesaria reparación. No cabría dudas sobre el perjuicio sufrido por un inversionista protegido en la medida de no poder gozar de la explotación económica del activo.

La compensación o daños, configura por sí sola un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, y que la

¹⁴ Comisión de Derecho Internacional. Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Third Session 2001. Doc A/56/10.p.93.

¹⁵ Ver entre otros Laudo Bewater Gauff Tanzania Ltd vs. United Republic of Tanzania. Caso CIADI N°.ARB.05/22 numeral 789-91-92.

¹⁶ Entre otros antecedentes de la relación causal ver Laudo Final MTD Equity Sdn.Bhd vs. República de Chile, Caso CIADI N°.ARB.01/7, numerales 41-42, 49. (Anexo VI-13)

obligación de reparación constituye el único resarcimiento posible, dada la frustración de la viabilidad o la afectación del retorno de un determinado proyecto de inversión.

Por ello, no sólo queda demostrar el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidos por un Estado en el Tratado aplicable, sino que dicho incumplimiento debe generar una afectación de la inversión para establecer un daño cierto y demostrable.

4. SITUACIÓN DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO INFRACTOR.-

Al encontrarnos frente a un Estado soberano como parte de un arbitraje internacional, a diferencia de los privados, el derecho internacional público reconoce ciertas prerrogativas antes de analizar la posibilidad de dictaminar una sanción.

Una de estas prerrogativas apunta a *criterios de deferencia* y es planteado por los Estados como una cuestión de inadmisibilidad de la demanda del inversionista, al considerar que cae fuera de la jurisdicción del Tribunales internacionales. El planteamiento busca establecer que un Tribunal no puede reemplazar sus propias apreciaciones sobre determinadas decisiones discrecionales adoptadas por algún ente regulador del Estado receptor, por ejemplo en materia de impuestos, regulación sanitaria y/o en temas medioambientales¹⁷.

No obstante ello, el derecho estatal a regular con fines legítimos debe estar presente en la interpretación de los Tratados internacionales de inversiones, de igual forma debe estar presente el

derecho de los inversionistas a contar con un marco de protección razonable contra actos estatales arbitrarios, discriminatorios e irracionales, aún en el caso del ejercicio de facultades regulatorias.

Para ello, existen dos derechos a ponderar: (i) el tratamiento adecuado a los inversionistas extranjeros conforme al Tratado aplicable y (ii) el derecho estatal a regular en función del interés público. De existir un conflicto real entre estos derechos deben ser sopesados uno con el otro. La determinación de un Tribunal en admitir un pedido de inadmisibilidad dependerá de cada caso en concreto y el planteamiento del inversionista respecto del acto regulatorio, considerando reservar explícitas que pueda contener un Tratado en particular y/o del mismo planteamiento del reclamo.

Otro aspecto a considerar en el análisis previo de plantear un reclamo contra un Estado soberano, resulta ser las *atribuciones de Policía o el ejercicio de poderes regulatorios* . Conforme a la Doctrina en aquellos casos en los que la interferencia mediante una medida estatal en la inversión responde a un legítimo y acreditado interés público, no nos encontraremos ante un supuesto de responsabilidad, aún cuando se hayan visto afectados de manera sustancial los derechos del inversionista al punto de poder ser expropiatorios.

No obstante, se enfatiza que se cumplan determinados requisitos mínimos y esenciales para que el Estado se libere de responsabilidad frente al inversionista, como son: i) que la medida sea claramente no discriminatoria y ii) que se haya dictado de buena fe y conforme a las normas de un debido proceso¹⁸.

¹⁷ Ver Decisión del Tribunal sobre Objeciones a las Jurisdicción Tza Yap Shum v República del Perú, Caso CIADI N°.ARB/07/6. Ver asimismo CMS Gas Transmission Company v República Argentina Caso CIADI N°.01/8 Decisión del Tribunal sobre Objeciones a las Jurisdicción; SGS Societe Generalke de Surveillance SA v República de Filipinas Caso CIADI ARB N°.02/6 Decisión del Tribunal sobre Objeciones a las Jurisdicción.

¹⁸ Andrew Newcombe, en "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", pag. 41, señala que los Estados no están autorizados conforme al Derecho Internacional a simplemente identificar un riesgo hipotético, ejecutar medidas regulatorias draconianas y luego buscar justificarlas bajo los poderes regulatorios o de Policía. Hacer lo contrario, implicaría dar un cheque en blanco a los Estados para afectar los derechos de propiedad y las inversiones, sin estar obligados a indemnizar.

Si como producto del este *test de proporcionalidad* fuera posible determinar que no existe un equilibrio adecuado entre el objetivo protegido invocado como de interés público y los efectos negativos sustanciales de la medida, como consecuencia de lo cual el particular ha sufrido una carga individual, excesiva e irracional, nos encontraremos ante un acto estatal que debe ser adecuadamente compensado, ya que la medida no resulta razonablemente necesaria.

La experiencia argentina ha generado antecedentes ante Tribunales CIADI, al establecer que inclusive en contextos de crisis y de ejercicio de poderes soberanos los Tribunales pueden juzgar si “medidas específicas que afectan la inversión del demandante o medidas generales

de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos”¹⁹.

Por ello en el proceso de analizar la viabilidad de entablar un reclamo contra un Estado soberano ante instancias internacionales no se agota en el análisis de la regla de atribución y responsabilidad, sino que debe necesariamente considerar si en el ejercicio de las funciones regulatorias el Estado receptor ha identificado un interés público y si éste es protegido de manera real y no de forma declarativa en el caso concreto con miras a demostrar la arbitrariedad de la medida.

¹⁹ Laudo CIADI CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina, del 17 de julio de 2003, párrafo 33. Ver también fallos de la Corte Internacional de Justicia, Estados Unidos vs. Irán, del 24 de mayo de 1980, párrafo 37 y Nicaragua vs. Estados Unidos, del 27 de junio de 1987, párrafo 104.