



El aftermath de la victoria de David ante Goliat: A propósito de la ejecución de laudos en los arbitrajes entre inversor-Estado^(*)

The aftermath of David's victory over Goliath: Regarding the enforcement of awards in investor-State arbitrations

Alonso Bedoya Denegri^()**

Mario Castillo Freyre Abogados (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo versa sobre el *aftermath* o las secuelas de la victoria del inversionista en arbitrajes entre inversor-Estado (ISDS). De tal manera, abordaremos sobre la problemática del inversionista que muchas veces no puede ver materializada la decisión contenida en el laudo, pues sin perjuicio de que este lo determine como la parte vencedora, el Estado, por distintas razones, bien podría negarse a acatarlo. Así, la victoria arbitral termina por convertirse en una victoria pírrica, en donde el vencedor triunfa, pero obteniendo más daños que el vencido.

En ese escenario, el autor hace referencia a las figuras del pasaje bíblico de David y Goliat para ejemplificar y equiparar la dantesca hazaña a la que cada inversor debe someterse para poder lograr ejecutar un laudo arbitral en contra de un Estado, el cual contiene montos millonarios en calidad de reparaciones e indemnizaciones. Así, desarrollaremos que dicha dantesca hazaña empieza con un *due diligence* y un posterior *asset hunting*, lo que en buena cuenta significa que el inversionista deberá identificar y perseguir activos pertenecientes al Estado vencido, siempre que se traten de activos de índole comercial y no estén determinados como bienes soberanos.

En consecuencia, se analizará el procedimiento antes descrito en dos escenarios: (i) cuando el mecanismo de arbitraje haya nacido de algún tratado bilateral, multilateral y por ende sea un arbitraje de inversión y (ii) cuando el mecanismo del arbitraje haya encontrado su génesis en un contrato comercial, con lo cual estaremos ante un arbitraje comercial.

Palabras clave: Estado - Inversionista - Laudo - Ejecución - Inmunidad soberana - Arbitraje

Abstract: It is well known that the confrontation in an arbitral procedure to obtain a favorable award implies a strenuous effort by both the parties and their respective legal. Even more in the framework of international arbitration and investment treaty arbitration between a State and a foreign investor. However, it should not be overlooked that many times the heart of the matter lies in the enforcement of the award. Having a favorable award is no small task, yet we cannot ignore the dire reality in which investors face off a perilous journey in order to enforce what is lawfully theirs.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 7 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 30 de mayo de 2023.

(**) Abogado por la Universidad de Lima (Lima, Perú). Máster en Comparative & International Dispute Resolution por la Universidad Queen Mary de Londres. Profesor de postgrado en la Universidad San Martín de Porres. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-0494-4537>. Correo electrónico: abd@castillofreyre.com.



Thus, this article deals with the aftermath of a victorious award for the foreign investor, who often cannot see the decision contained in the award materialize, due to a lack of compromise of the respective State which adduces several foreign immunity regulations, which makes enforcing an award a titanic feat, therefore turning the arbitral victory into a Pyrrhic victory.

In this scenario, and for illustration purposes we will use, the biblical passage of David and Goliath to demonstrate the Dantesque feat to which each investor must succumb in order to enforce assets pertaining to the State. Consequently, this paper will analyze the ways in which investors may have a chance of enforcing a favorable award without being limited to sovereign immunity legislation.

Keywords: State - Investor - Award - Enforcement - Foreign sovereign immunity - Arbitration

1. Introducción

Muchos de los que nos encontramos vinculados al mundo del arbitraje internacional, principalmente, en arbitrajes entre inversor-Estado (o ISDS, por sus siglas del inglés *Investor-state dispute settlement*) en algún momento nos hemos llegado a preguntar lo siguiente: si ganamos el proceso arbitral, ¿qué sigue?

Sabemos que parte de la hazaña es llegar a conseguir un laudo favorable, pero con lo que no contamos es con lo que nos espera después. Para ilustrar la epopéyica tarea del Inversor que ganó un arbitraje, ya sea de inversión o comercial, y lo que debe hacer para cobrarle al Estado perdedor, considero pertinente usar como analogía el pasaje bíblico de David y Goliat.

De acuerdo con el pasaje de la Biblia, contenido en 1ro de Samuel 17, Goliat era un gigante que retaba a los israelitas y los desafiaba a que alguno de ellos combatiera personalmente con él. Lógicamente, no había existido hasta ese momento algún israelita capaz de dar frente a la titánica fuerza de Goliat; esto es, hasta que se enfrentó a David, quien, con honda y piedra en mano, logró derribar al gigante.

Para no dejar espacio al error, a efectos del presente trabajo, entenderemos que Goliat es el Estado y David es el inversor privado. Así también, para efectos prácticos del presente trabajo, partiremos de la premisa de que el inversor privado obtuvo una victoria ante el Estado, y un tribunal arbitral ha condenado a dicho Estado al pago de una reparación económica⁽¹⁾. Para complicar más las cosas, partiremos también de la premisa de

que el Estado no está dispuesto a cumplir con lo dispuesto en el laudo.

Es así que en estas líneas no se analizará nada de lo ocurrido durante el proceso arbitral, sino, por el contrario, analizaremos las secuelas o el *aftermath* de la victoria arbitral a cargo de David.

De acuerdo a Bravin et..al (2022), de cada 170 casos estudiados en donde un tribunal arbitral condenó al pago de daños al Estado inversor, solo en un 60% de las veces el Estado cumplió con su obligación pecuniaria, obligando así al inversor extranjero a indicar procedimientos en el Poder Judicial local, ya que el Estado no estaba dispuesto a pagar su obligación.

2. ¿Arbitraje de inversión o arbitraje comercial?

Primero, tendremos que analizar bajo qué marco regulatorio nos encontramos. Recordemos que en disputas entre inversor-Estado hay dos posibilidades. La primera es que el mecanismo del arbitraje esté contenido en un tratado bilateral, multilateral o en un contrato, en donde las partes decidan acudir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y, además, ambas partes pertenezcan a un país suscriptor de la Convención de Washington.

La otra alternativa es que el marco regulatorio de la disputa entre inversor-Estado no esté contenida en ningún tratado y que la misma surja del contrato que vincula a ambas partes. Específicamente, en la cláusula arbitral que, entre varias opciones, opte por un arbitraje comercial (*ad-hoc*, por ejemplo), bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o un arbitraje institucional, que podría ser administrado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Singapore International Arbitration Center (SIAC), la Cámara de Comercio de Lima (CCL), etc.

(1) De ningún modo este trabajo tiene como finalidad analizar o desarrollar lo que sucede dentro de un proceso de arbitraje de inversión o comercial, ni por qué gana o pierde el inversor privado ante un Estado. Sobre esto ya mucho se ha dicho y no corresponde analizar las defensas a cargo de los Estados, ni de los inversores privados dentro del proceso arbitral.



2.1. En el arbitraje de inversión

El CIADI es conocido como un mecanismo de resolución de disputas autónomo, respecto del cual los países suscriptores de la Convención de Washington se obligan al cumplimiento de sus reglas, en especial de aquellas relativas a la ejecución de laudos.

El artículo 54.1 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, dispone lo siguiente:

(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 [énfasis agregado]. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los Estados que lo integran.

En estricto rigor, cuando un Estado se encuentra con un laudo desfavorable y el tribunal arbitral de inversión lo condena al pago de una reparación económica, no hay mayor mecanismo legal que dicho Estado pueda aplicar para frenar o detener la ejecución del laudo; en cambio, esto sí sucede cuando estamos ante un laudo que pretende ser ejecutado en mérito de la Convención de Nueva York, punto respecto del cual hablaremos más adelante.

De acuerdo con las propias normas del CIADI, el cual es un tratado, y no olvidemos que los países miembros se han obligado a cumplirlo, pues, al menos en el Perú, los tratados cuentan con rango constitucional, se entiende que dichos laudos obtienen el valor de una sentencia definitiva de un tribunal del Estado contratante del Convenio del CIADI. Es decir, sobre este fallo no existe recurso ni apelación disponible interno en el aparato judicial.

Por consiguiente, teóricamente, lo único que debería presentar el inversionista es la copia certificada de un laudo del CIADI, y la Corte o Poder Judicial de dicho país, en principio, tendría que estar obligada a acatar y ejecutar ese laudo.

Lamentablemente, la realidad es otra y son innumerables las dificultades para ejecutar un laudo, aunque sea al amparo del CIADI. Tantas que, tal vez, si el inversionista las conociera de antemano, no dejaría de lamentarse siquiera de haber

comenzado un arbitraje en contra del poderoso Goliat. La experiencia en algunos casos que veremos en este trabajo podrían parecer el testimonio de un real calvario.

Si Goliat decide no pagar o no cumplir con el laudo condenatorio, sin importar que este cuente como una sentencia firme del mismo Estado, el asunto se complica muchísimo. Esto se debe a que ejecutar laudos de inversión y, por tanto, pretender ejecutar activos de un Estado es como ir cuesta arriba por un camino lleno de espinas.

Recordemos que cada Estado es soberano; asimismo, los activos del Estado, en principio, gozan de inmunidad y son inalienables por temas de orden público. Sin ir muy lejos, el artículo 73 de la Constitución Política del Perú prescribe que los bienes de dominio público son inalienables, esto es, no pueden ser enajenados por ningún motivo. El mismo escenario observamos en el artículo 63 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 132 de la Constitución Española⁽²⁾.

A mayor abundamiento, la sentencia C-263-1994 de la Corte Constitucional de Colombia señala como fundamento de la inembargabilidad de los bienes estatales lo siguiente:

[...] la inembargabilidad como principio constitucional contribuye a realizar los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, porque elimina el riesgo de embargos a determinados bienes que, por su naturaleza, deben gozar de una especial protección constitucional, y, además, garantiza la disponibilidad de los recursos económicos para el cumplimiento de sus fines.

Por otro lado, recordemos que, como señala Linares:

No existe, por tanto, en el ámbito internacional, una autoridad superior que vele y garantice, con el empleo de un procedimiento uniforme, la ejecución

(2) Recordemos que, de acuerdo con el reporte estadístico publicado por la página del CIADI, en el año 2019, Perú, Colombia y España fueron los tres países que encabezaron la lista de los más demandados en el periodo de 2018. Asimismo, Perú repitió la tendencia de encabezar la lista en el año 2021. Al respecto, véase Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. (s/f). El Perú entre los tres países más demandados en arbitraje CIADI 2018. Recuperado de: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf).



efectiva de los laudos dictados en protección de inversiones, sino que en última instancia la materialización del laudo, va a depender de la apreciación del tribunal del foro concreto en que se busque la ejecución, que aplicará las normas y procesos de su propio ordenamiento interno, aunque suelen tomar en cuenta la costumbre y prácticas internacionales, sobre todo, en lo referente a la aplicación de la inmunidad de ejecución cuando el demandado en ejecución es un Estado soberano (2018, p. 55).

En otras palabras, ningún inversor va a poder conseguir que un tribunal judicial, ya sea del mismo Estado o uno internacional, pueda embargar algún bien de ese Estado y que se encuentre en territorio nacional.

Entonces, ¿está todo perdido? Pues, al final del túnel siempre hay un rayo de luz o, al menos, eso quiere creer David. En este caso, el rayo de luz puede encontrarse en forma de diversos activos, ya sea propiedad, bonos, acciones o cuentas bancarias pertenecientes al Estado deudor que se encuentren fuera de su territorio nacional, y que puedan ser accésitos por David.

Antes de iniciar la fase de recolección de activos pertenecientes al Estado y que estén dispersos por todo el mundo, siempre es aconsejable quemar una etapa previa, la cual es la vía diplomática. Como suele decir un viejo proverbio: “no hay peor gestión que la que no se hace”.

En esta línea, vale remarcar que el propio Convenio CIADI, en su artículo 27, abre las puertas para la protección diplomática que, de cierta forma, sirve como herramienta de apalancamiento o persuasión, y para generar presión en el Estado deudor. Sin duda, la presión diplomática extranjera es un potente disuasivo para cualquier Estado que quiera acceder al mercado internacional, salvo que, como sucedió con Rusia, esto no sea de su mayor interés y decida hacer caso omiso a todo tipo de llamado internacional, y retirarse de cuanto tratado haya suscrito o, en su defecto, desconocerlo si es que va en contra de sus intereses como Estado. En ese sentido, el numeral 1 del artículo mencionado, señala lo siguiente:

Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo [énfasis agregado].

Algo que siempre repito en mis clases de arbitrajes de inversión es que, sin la inversión extranjera directa, la economía de los países en desarrollo no saldría adelante. A modo de ilustración, Perú no es un país autosuficiente. No tiene los recursos por su cuenta para construir, operar y gestionar los

grandes proyectos de infraestructura, como construcción de carreteras u optimización, y explotación de los recursos naturales, tal como el petróleo, gas y *commodities*, como el oro, plata, cobre, etc.

Sin inversión privada directa, el país se paraliza y no podrá cumplir con las expectativas que el Estado genera sobre los ciudadanos. El país no promovería riqueza y, simplemente, la inversión privada y pública no existiría.

En esa línea, lo peor que le puede pasar a un país en desarrollo carente de infraestructura y de capital es que se quede sin inversionistas privados, ya sean nacionales o extranjeros, para poder generar trabajo y capital. A decir de Schwartz:

Sin esta inversión extranjera no se tendría: (i) una mejor red de transporte público mejora nuestro acceso al mercado laboral, derivando en ciudades menos congestionadas y contaminadas, (ii) Un mejor servicio de agua corriente y saneamiento significa menos esquistosomiasis, diarrea y problemas de salud infantiles, (iii) Una red eléctrica más confiable significa más tiempo para estudiar y aprender, y la libertad de trabajar desde el hogar, (iv) Las carreteras transitables todo el año significan un mejor acceso a los mercados, escuelas y hospitales y alimentos más baratos (2011).

Lógicamente, un Estado que no cumple con pagar las reparaciones ordenadas por un tribunal arbitral, ya sea comercial o de inversión, está mandando un mensaje disuasivo a los inversores extranjeros. De esta manera, los invita a no invertir en su país, dado que no cumplirá con sus obligaciones y no respetará las reglas del comercio y de la inversión extranjera. En consecuencia, no ofrecerá garantías a los inversionistas que deseen contribuir al desarrollo del país.

Entonces, si la vía diplomática resultara ser insuficiente, el inversor acreedor, o David aún, tiene algunos cartuchos que quemar antes de tirar la toalla. Primero, David deberá realizar una búsqueda exhaustiva (*due diligence*) de los activos pertenecientes al Estado deudor, es decir, de Goliath. No estamos hablando de cualquier activo en



término general, sino aquellos que configuran como activos de naturaleza comercial⁽³⁾.

Ahora bien, la principal ley que regula lo relativo a la inmunidad o inalienabilidad de los activos soberanos internacionales es la *Foreign Sovereign Immunities Act* (en adelante, FSIA) de 1976, que, si bien es una ley de origen estadounidense, gracias al criterio de precedentes vinculantes o *stare decisis*, que opera en los sistemas del derecho anglosajón, ha permitido codificar una teoría restrictiva sobre la inmunidad de ciertos activos.

El principio de precedente vinculante consiste en que se respete las decisiones tomadas previamente por un juez o tribunal que resolvieron una controversia semejante. Al respecto, el *World Dictionary of Foreign Expressions* ha definido, entre sus acepciones, al *stare decisis* de la siguiente manera: “Una doctrina que requiere que los jueces sigan los precedentes o principios legales establecidos basados en sentencias anteriores, a menos y hasta que sea absolutamente necesario para remediar una injusticia flagrante y prolongada”⁽⁴⁾.

La inmunidad de un Estado a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado es un principio indiscutible del derecho internacional consuetudinario, es decir, es un principio que está basado en la costumbre, prácticas y creencias internacionales que son aceptadas como normas de obligatorio cumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior y de acuerdo con el espíritu de la FSIA, hasta el siglo XX, la inmunidad soberana de la jurisdicción de los tribunales extranjeros parecía no tener excepciones; es decir, aplicaba una teoría amplia o absoluta de la inmunidad soberana. Sin embargo, a medida que los gobiernos participaban cada vez más en el comercio de Estado y diversas actividades comerciales, como consecuencia de la globalización, se instó a que el derecho internacional no exigiera la inmunidad de los Estados que participaban en tales actividades.

En resumidas cuentas, lo que se buscaba era que, si un Estado decidía tomar o participar en determinadas actividades comerciales, no pudiera ampararse en una inmunidad soberana absoluta para no ser responsable de sus incumplimientos.

Lógicamente, a medida que la globalización ha proliferado y los Estados han empezado a tener un rol más comercial y

equiparable con el inversor privado, la teoría de la inmunidad total o absoluta de los bienes estatales ha ido flexibilizándose. De ahí viene el término “teoría restrictiva”.

Según la teoría restrictiva de la inmunidad soberana, un Estado o instrumento estatal es inmune a la jurisdicción de los tribunales de otro, excepto con respecto a las reclamaciones que surjan de actividades del tipo que pueden llevar a cabo personas privadas.

Entonces, bajo esta teoría, un Estado es inmune a cualquier ejercicio de jurisdicción judicial por parte de otro con respecto a reclamos que surjan de actividades gubernamentales, pero no será inmune por reclamaciones producto de actividades derivadas de actividades comerciales⁽⁵⁾.

En sus casi cinco décadas de vigencia, la FSIA ha ido ampliando las excepciones generales que aplican a la inmunidad jurisdiccional de un Estado, abarcando más actividades bajo el rubro “actividad comercial”.

Concretamente, la FSIA, en su artículo 1605, establece diversas excepciones a las que un Estado puede apelar a su inmunidad soberana. Básicamente, las excepciones son las siguientes:

- Que un Estado no será inmune cuando renuncie explícita o implícitamente a su inmunidad.
- Que un Estado no será inmune cuando la actividad comercial realizada por dicho Estado sea realizada en los Estados Unidos o que dicha actividad comercial cause efectos en los Estados Unidos.
- Que un Estado no será inmune cuando haya tomado propiedad de determinado activo, en violación del derecho internacional, y que dicho asunto esté en cuestión.

(3) Es decir, aquellos activos que podrán ser embargados, toda vez que no están protegidos bajo la cubierta de la soberanía del Estado por una u otra razón.

(4) Traducción libre de: “(2); to stand by decisions or what has been decided. Law. A doctrine which requires judges to follow precedent or established legal principles based on previous judgments unless and until it becomes absolutely necessary to remedy glaring and long continued injustice. Res judicata Cf. relates to a decision; stare decisis relates to a rule or principle of law involved”. Al respecto, véase Sienkewicz, T., & McDonough, T. (Eds.). (1999). *World dictionary of foreign expressions: a resource for readers and writers*. Bolchazy-Carducci Publishers.

(5) U.S. Department of State - Bureau of Consular Affairs. (s/f). *Foreign Sovereign Immunities Act*. Recuperado de: <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/international-judicial-asst/Service-of-Process/Foreign-Sovereign-Immunities-Act.html>.



- Que un Estado no será inmune cuando los derechos de propiedad de ese Estado sean adquiridos en los Estados Unidos, ya sea por sucesión o donación, o los derechos sobre bienes inmuebles sobre ese Estado estén en cuestión.
- Que un Estado no será inmune cuando se reclaman daños monetarios contra ese Estado por lesiones personales o muerte, o daño o pérdida de propiedad ocurridos en los Estados Unidos y causados por la acción ilícita u omisión de ese Estado extranjero.
- Que un Estado no será inmune cuando se haya iniciado una acción iniciada para hacer cumplir un acuerdo hecho por ese Estado con o en beneficio de una parte privada para someterse a arbitraje.
- Que un Estado no será inmune cuando se reclaman daños monetarios contra dicho Estado por lesiones personales o muerte causadas por un acto de tortura, ejecución extrajudicial, sabotaje de aeronaves, toma de rehenes o la provisión de apoyo material o recursos para tal acto, si ese Estado es designado como Estado patrocinador del terrorismo bajo la sección 6(j) de la Ley de Administración de Exportaciones de 1979 (50 U.S.C. App 2405(j) o la Sección 620A de la Ley de Asistencia Extranjera de 1961 (22 USC 2371).
- Que un Estado no será inmune cuando se trate un embargo marítimo o se busque hacer cumplir un gravamen marítimo contra una embarcación o carga de dicho Estado, cuyo gravamen marítimo se basa en una actividad comercial de ese Estado extranjero.

Si bien la FSIA brinda parámetros y criterios útiles para determinar cuándo un inversor puede ejecutar determinados bienes relacionados a actividades comerciales de un Estado perdedor de un arbitraje de inversión o internacional, el principal problema radica en que su aplicación está casi limitada a la ejecución de bienes relacionados con la actividad comercial de Estado perdedor dentro de los Estados Unidos. Fuera de esa jurisdicción, la FSIA tiene efectos limitados o prácticamente nulos.

A su vez, en la comunidad europea, se promulgó la Convención Europea de Inmunidad de los Estados en 1972. La propia convención, en su preámbulo, tiene en cuenta que existe en el derecho internacional una tendencia a restringir los casos en que un Estado puede reclamar inmunidad ante tribunales extranjeros. Tal tendencia desea establecer, en sus relaciones mutuas, reglas comunes relativas al alcance de la inmunidad de un Estado, de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado y destinadas a asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas contra otro Estado. Y, finalmente, la

misma considera que la adopción de tales normas tenderá a hacer avanzar la labor de armonización emprendida por los Estados miembros del Consejo de Europa en el ámbito jurídico.

El espíritu de la Convención Europea sobre Inmunidad estatal es similar al de la FSIA. La convención parte de la premisa de que cada Estado goza de inmunidad ante las cortes de otro Estado, salvo que se presenten determinados casos en las que se presenten disputas en contra de un Estado relativas a la actividad comercial, como lo pueden ser las patentes, diseño industrial, marcas comerciales, entre otras que se detallan a mayor profundidad en la Convención.

La Convención cuenta con 41 artículos llenos de excepciones a la inmunidad estatal y, adicionalmente, cuenta con un protocolo adicional; sin embargo, el quid del asunto es el mismo. Se busca limitar la soberanía estatal respecto de sus bienes cuando el propio Estado haya incursionado en actividades comerciales.

Adicionalmente, tenemos la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, la cual fue preparada por una Comisión experta que ha tenido en cuenta los constantes cambios en las disposiciones de cada país y que ha buscado uniformidad de criterios, de manera que la mayor cantidad de países se adhieran sin inconveniente alguno a la Convención⁽⁶⁾.

Para lo que nos interesa reseñar en el presente trabajo, conviene señalar el artículo 19, que señala que no podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, o medidas coercitivas posteriores al fallo, salvo:

- El Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados.
- Acuerdo internacional.
- Acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito.

(6) Naciones Unidas. (s/f). Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2004 [Archivo PDF]. Recuperado de: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjstp/cjstp_ph_s.pdf.



- Por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes.
- El Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.

Ahora bien, como hemos podido observar, encontrar activos comerciales que sean perseguibles por el inversionista no es tarea sencilla, y, por si no fuera ya complicado todo lo anterior, no es infrecuente que determinados países incurran en prácticas de las más innovadoras de ocultar sus activos comerciales o de transferirlos o incluso hacerlos figurar como activos soberanos, lo cual está dirigido a evitar el pago de sentencias arbitrales.

Afortunadamente, para cada adversidad existe una solución. Existen firmas especializadas en buscar activos comerciales de los Estados para poder ejecutarse. A modo de ejemplo, en el 2018, tuve la oportunidad de conocer a uno de los socios de la firma Internacional Cooley LLP, situada en Londres. La experiencia del socio en esta firma radicaba en representar a empresas públicas y privadas, gobiernos, organismos del sector público en disputas comerciales complejas, de derecho público, fraude y rastreo de activos.

En otras palabras, existen firmas de primer nivel mundial que, dentro de los servicios que prestan, están los de recuperación de activos, incluida la presentación de casos para recuperar daños sustanciales, tierras y otros activos en todo el mundo.

Pues, teniendo en cuenta lo anterior, David ya no estará solo y, con apoyo de firmas especializadas, podrá localizar activos comerciales del Estado contra los cuales podrá solicitar la ejecución, y, finalmente, estará a un paso más cerca de reclamar su acreencia frente a Goliat.

Para una mayor precisión, los activos pertenecientes al Estado que usualmente pueden ser embargados son los bienes estatales de dominio privado, como por ejemplo un terreno eriazado sin uso. Por contraparte, aquellos activos que no se pueden embargar ni ejecutar son los activos de propiedad de un banco central extranjero, o cualquier activo asignado para fines militares⁽⁷⁾.

A manera de ejemplo, en el caso *Liberian Estaren Timer Corporation vs. The Government of The Republic of Liberia*, la Corte, con buen criterio, decidió que embargar cuentas de una misión diplomática generaría graves efectos en las actividades que tuviere que realizar esta.

Así también, en el caso *Benvenuti and Bonfanti vs. People's Republic of the Congo*, el Tribunal de Grande Instance de París determinó que no se podía ejecutar el laudo en contra de los activos del Congo que se encontraban en Francia, sin previa autorización de la Corte de Apelaciones de París, dado que dichos activos podían estar protegidos por inmunidad soberana (Vasquez, 2018).

Para pasar de la parte teórica a la práctica, que mejor ejemplo que el tan famoso caso *Yukos Capital SARL vs. Federación Rusa*, el cual ilustra de manera clara cómo esto funciona en la práctica. Recordemos que inicialmente Yukos derrotó a Rusia en un arbitraje de inversión al amparo del Tratado de la Carta de Energía (Tratado Multilateral).

A *grosso modo*, podemos comentar que, en este caso, en 2016 un Tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje condenó a Rusia por expropiación en un caso iniciado por Yukos debido a la expropiación de sus inversiones en su filial rusa, además de un trato injusto y discriminatorio. El laudo inicialmente condenó al Estado ruso al pago de USD 50 billones.

Entre los tantos activos que se pudo recuperar o, al menos, trabar un embargo de retención, se encuentran las marcas de vodka *Stolichnaya and Moskovskaya* que pertenecieron a los accionistas de Yukos, pero fueron absorbidos por Rusia cuando expropiaron Yukos (Sanderon, 2022).

(7) A manera de ilustración, la sentencia recaída en el Expediente 01873-2011-PA/TC del Tribunal Constitucional desarrolló, en el fundamento 2, lo siguiente:

"[...] la inexistencia de una ley especial que fije qué bienes son embargables impone en ambos órganos públicos un deber especial de protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables. [...] ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está afecto o no a un uso público".



En su momento, tanto la Unión Europea como otras naciones dieron cierto apoyo a Yukos. Brindaron sanciones que estaban dirigidas a la cooperación y los intercambios sectoriales con Rusia. Asimismo, se trató de limitar el acceso al capital perteneciente a Rusia en los mercados de Capital de la Unión Europea. Adicionalmente, se trató de restringir el acceso de Rusia a tecnologías sensibles, particularmente, en el campo del sector petrolero.

Como se puede apreciar de las líneas anteriores, todas las medidas tomadas en contra de Rusia, en su momento, fueron provisorias. Muchas de ellas ya no se encuentran vigentes. Es difícil cuantificar realmente, de los 50 billones, cuánto se pudo recuperar en la etapa post laudo, pero, lamentablemente, no considero que dicha cifra sea ni una fracción del monto total otorgado en sede arbitral.

Se prohibieron exportaciones de bienes y tecnología de doble uso para utilización militar en Rusia. Las exportaciones de determinados equipos y tecnologías relacionados con la energía a Rusia estaban sujetas a la autorización previa de las autoridades competentes de los Estados miembros de la Corte Permanente de Arbitraje. Se denegó también las licencias de exportación si los productos estaban destinados a la exploración y producción de petróleo en aguas profundas, la exploración o producción de petróleo en el Ártico y proyectos de petróleo de esquisto en Rusia⁽⁸⁾.

En contraste a lo observado en el caso de Yukos, Durán (2021) expone un caso en el cual sí fue posible el seguimiento y posterior congelamiento de activos del Estado, esto es, sí existió un caso en el cual Goliath cedió ante David:

En un caso ante tribunales belgas, los demandantes promovieron la ejecución de un laudo arbitral de U\$S 500 millones contra Kazajstán y congelaron activos del Banco Central de dicho Estado, que se encontraban en la sucursal del Banco de Nueva York Mellon en Bélgica. Kazajstán y el Banco Central argumentaron que los activos congelados gozaban de inmunidad según el Código Judicial belga, porque se utilizaron con fines soberanos. El tribunal señaló que los fondos congelados eran parte del Fondo de Ahorro Nacional de Kazajstán y que el objetivo a largo plazo de estos fondos era generar rendimientos basados en un nivel moderado de riesgo. El tribunal señaló que obtener retornos de inversión era una actividad comercial y rechazó el motivo de inmunidad soberana (2021, p. 188).

No obstante, no dudamos que el inversionista de este caso no tuvo menos dificultades que Yukos para hacer valer su acreencia ante los tribunales.

2.2. En el arbitraje comercial

Las diferencias procedimentales para localizar y ejecutar bienes pertenecientes a un Estado que ha sido desfavorecido con un laudo no difieren sustancialmente respecto de la aplicación del CIADI o de la Convención de Nueva York.

Lo primordial y medular del asunto sigue siendo lo mismo: se deben ubicar bienes de índole comercial para poder ejecutar. Luego, habría que revisar si aquellos bienes comerciales se encuentran situados en un país signatario de la Convención de Nueva York, en donde David pudiera buscar su ejecución, caso contrario el laudo y sus reparaciones no podrían ser ejecutados.

Dependiendo de la jurisdicción en la que un inversionista elija iniciar procedimientos de ejecución (suponiendo que el Estado deudor tiene bienes comerciales en más de una jurisdicción), la investigación formal para identificar los activos del deudor del laudo puede ocurrir a través, incluso, de procedimientos judiciales.

De acuerdo con Bravin et. al, 2022, este tipo de investigación generalmente aumenta las posibilidades de que un inversionista descubra activos embargables; incluso, si esos activos se encuentran fuera de los límites geográficos de la jurisdicción de ejecución del tribunal y se encuentran repartidos por todo el mundo.

A modo de ejemplo, citan el caso *NML Capital vs. Argentina*, en donde Argentina no tenía bienes embargables en Nueva York ni en ningún otro lugar de los Estados Unidos. Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que la FSIA no impedía que un acreedor judicial usara la autoridad de la corte de los EE. UU. Para obligar al descubrimiento a investigar los activos argentinos ubicados en todo el mundo, en la medida en que terceros, bajo la jurisdicción de la corte, tuvieran acceso a esa información.

Ahora bien, el principal problema que se avizora respecto de querer ejecutar bienes pertenecientes al Estado mediante la

(8) El Economista. (29 de junio de 2018). *Los líderes europeos acuerdan extender seis meses más las sanciones a Rusia*. <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/9241435/06/18/Los-lideres-europeos-acuerdan-extender-seis-meses-mas-las-sanciones-a-Rusia-.html>



Convención de Nueva York es que su sistema de aplicación no es un proceso autocontenido como el CIADI. Recordemos que, en mérito del artículo 54 del Convenio CIADI, es obligación de cada Estado reconocer el laudo como sentencia firme y, por consiguiente, pagar la reparación ordenada por el tribunal arbitral. Como ya hemos visto antes, esta provisión no evita que el Estado pueda interponer recursos o entorpecer el pago o, incluso, la ejecución de bienes del Estado, aún así lo disponga el CIADI.

Sin embargo, la aplicación de la Convención de Nueva York le da mucha más muñeca y manejo al Estado deudor de un laudo con una reparación económica para no cumplir con sus obligaciones. Al margen de la inalienabilidad de ciertos bienes del Estado que no son comerciales y, por consiguiente, son considerados soberanos, tenemos que la Convención de Nueva York le da los típicos mecanismos que otorga a cualquier privado para frenar o resistir la ejecución de laudos y la posible ejecución de bienes, y que podemos encontrar en el artículo V de esta.

Sería poco novedoso y estéril discutir mediante este trabajo las causales específicas y la forma mediante la cual el Estado deudor podría demorar o frenar la ejecución del laudo y la ejecución de sus bienes. En buena cuenta, el Estado es una parte comercial más, y los mecanismos y maniobras judiciales en todo el mundo aplican *mutatis mutandi* para entorpecer la ejecución de un laudo.

No obstante, para efectos prácticos, se hará una pequeña explicación sobre esto. Que quede claro que cualquier Estado deudor puede alegar cualquiera de las causales establecidas en el artículo V de la Convención. Sin embargo, la causal más relevante para el presente análisis es el recogido en el numeral V.2 (b): “Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

Si bien este trabajo no trata sobre cualquier Estado en particular, ni mucho menos una determinada jurisdicción, para ilustrar nuestro punto, usaremos el ordenamiento civil peruano. Adicionalmente al artículo V.2(b), tenemos el artículo 2102, 2103 del Código Civil peruano, que prescriben lo siguiente:

Artículo 2102.- Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos.

Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene esta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos.

Artículo 2103.- Si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, no tiene fuerza alguna en la República.

Están comprendidas en la disposición precedente las sentencias que proceden de países donde se revisan, en el fondo, los fallos de los tribunales peruanos.

De igual manera al artículo 2104 del Código Civil referente al exequátur (aunque no aplica, ya que la finalidad de la Convención de Nueva York es, justamente, eliminar dicho procedimiento), tenemos que la normativa va en el mismo sentido que el artículo V.2(b). Veamos:

Artículo 2104.- Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103:

- 1.- Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.
- 2.- Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo con sus normas de derecho internacional privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.
- 3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.
- 4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.
- 5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.
- 6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.
- 7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres [énfasis agregado].
- 8.- Que se pruebe la reciprocidad.

Como vemos, lo recurrente en los precitados artículos es lo relativo al orden público, y es en este cajón de sastre en donde los Estados suelen ampararse para no pagar



o liquidar activos soberanos e, incluso, aquellos que encajarían como bienes resultantes de actividades comerciales⁽⁹⁾. El orden público cumple en el derecho internacional privado y público un mecanismo de defensa por parte del Estado, que limita la libertad de la voluntad. Se podría ver de modo paradójico como un chaleco antilaudos que pudieran generar una incidencia o perjuicio en el interés general del colectivo.

[...] conjunto de principios, normas y disposiciones legales en que se apoya el régimen jurídico para preservar los bienes y valores que requieren de su tutela, por corresponder estos a los intereses generales de la sociedad, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, y hacer así prevalecer dichos intereses sobre los de los particulares (Domínguez, 2011).

En consecuencia, los Estados han adoptado y desarrollado sus propias formulaciones de orden público a través de su propia legislación y jurisprudencia. De esta forma, el orden público puede variar de país a país. Para efectos ilustrativos de este artículo, estamos ilustrando las normas peruanas.

Sin perjuicio de lo anterior, los estándares económicos, religiosos, sociales y políticos fundamentales de cada Estado son los que definen determinado sistema legal y bajo esos méritos forman su propia definición de orden público.

Ahora bien, al ser cada Estado y sus cortes los que generen jurisprudencia respecto del orden público, corresponde a ellos ejercer su control sobre el control posterior al laudo. Recordemos que al, amparo de la Convención de Nueva York, es la parte victoriosa la que deberá solicitar su ejecución en sede judicial.

Por consiguiente, son las cortes nacionales quienes intentan lograr un equilibrio entre la autonomía de la voluntad de las partes y el propio interés del Estado en la preservación y salvaguarda de aquellos valores fundamentales que caen dentro del ámbito de la política pública⁽¹⁰⁾.

Analizando la jurisprudencia internacional y la forma en cómo el orden público se relaciona con el objeto del laudo, y si viola o no las leyes y principios fundamentales del Estado donde se busque reconocer y ejecutar, vienen a ser las únicas

defensas que permiten a los tribunales nacionales realizar una revisión sustantiva, aunque limitada del laudo, según el régimen de arbitraje nacional aplicable.

Como corolario, podemos mencionar que, si bien en este trabajo nos hemos remitido a analizar el *aftermath* de los arbitrajes inversor-Estado, habiendo conocido lo anterior, considero que no resulta menos pertinente comentar la mencionado por Reinisch⁽¹¹⁾ respecto a la estipulación previa de cláusulas de renuncia a la inmunidad de ejecución de los bienes de los Estados en caso de laudos favorables, de manera que podamos tener el remedio, incluso, antes de que aparezca la enfermedad.

3. Conclusión

Ya de por sí es difícil vencer a un Estado en un arbitraje de inversión, al margen de que se lleve a cabo en un foro como el CIADI o bajo reglas comerciales como la UNCITRAL. Esto solo resalta parte de la ardua batalla que se deberá seguir. Cada inversor privado tendrá que completar hazañas similares a las de David en contra de Goliath para poder reclamar el monto condenado por un tribunal arbitral en contra del Estado, en el supuesto de que el Estado decida no pagar o reparar al inversor.

La primera dantesca hazaña que David deberá lograr es encontrar determinados bienes pertenecientes a Goliath y determinar si son bienes comerciales o soberanos, teniendo en cuenta las leyes aplicables en cada Estado. Si son lo último, poco podrá hacer David al respecto, pero si son lo primero, hay una luz al final del túnel que se avizora.

(9) El autor está utilizando de ejemplo el ordenamiento jurídico peruano, lo cual no significa que el Estado peruano sea quien necesariamente incurra en este tipo de medidas. No obstante, se emplea para poder centrar el tema con normas de determinado país, para aterrizar el tema y que sea ilustrativo para los lectores.

(10) Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.
(11) In this context, particular problems have arisen when courts have been requested to interpret the meaning of arbitration clauses accepted by states. The restrictive language of the UN Convention, the ILC Draft Articles, and the ECHR indicates that a mere arbitration clause does not imply a waiver of enforcement immunity but rather requires an additional, express consent to such enforcement measures. This approach has been traditionally adhered to by courts in Europe. (Footnote 108. See *Duff Development vs. Kelantan Government* [1923] 1 Ch 385 (CA), 2 ILR 124, [1924] AC 797 (HL).



Por último, David deberá buscar ejecutar aquellos bienes comerciales para poder satisfacer su crédito y cobrarle a Goliat. Tengamos en cuenta que cualquier camino (sea arbitraje de inversión o sea arbitraje comercial) es escabroso; sin embargo, mayor porcentaje de éxito encontrará David en aplicación del CIADI, o de cualquier tratado bilateral o multilateral que recoja ciertas protecciones contra el inversor, pues la Convención de Nueva York permite al Estado resistir la ejecución de laudos.

Lamentablemente, muchos de los laudos con decisiones condenatorias en contra de determinado Estado termina quedándose en papel y nunca se llega a materializar por lo extenuante y oneroso que puede ser perseguir y buscar ejecutar bienes pertenecientes al Estado, lo cual lleva a concluir que las victorias arbitrales en contra de los Estados terminan siendo pírricas.

Afortunadamente, las tendencias en el mundo van cambiando y se van otorgando mayores mecanismos para que el inversor extranjero pueda hacer valer su derecho. Prueba de lo anterior es la relativización de la doctrina amplia de la inmunidad con la que gozaba los bienes de un Estado, en donde básicamente todo activo perteneciente a éste último era intangible e inembargable. En contraposición, la mayoría de los tratados internacionales que regula lo relativo a bienes soberanos ha adoptado una doctrina más restrictiva que permite a los tribunales jurisdiccionales poder embargar activos de un Estado, siempre y cuando estén relacionados a la actividad comercial.

Sin perjuicio de lo anterior, un aspecto que es inmutable es lo oneroso y complicado que viene a ser encontrar bienes estatales de índole comercial y seguir todo el procedimiento correspondiente para ejecutarlos en un tribunal jurisdiccional.

Referencias bibliográficas

Bravin, M., Bey, T., Bowman, T., & Gasanbekova, A. (14 de enero de 2022). *Enforcement and Recovery: Practical Steps*. <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/enforcement-and-recovery-practical-steps#footnote-088>

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. (s/f). *El Perú entre los tres países más demandados en arbitraje CIADI 2018*. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf)

Departamento de Derecho Internacional. (2006). *Arbitraje comercial internacional reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*. Organización de los Estados Americanos.

Domínguez, J. (2011). Orden público y Autonomía de Voluntad. En J. Sánchez (Coord.), *Cien Años de Derecho Civil en México*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Durán, F. (2021). Inmunidad soberana: jurisdicción y ejecución aplicación a Estados y sus entidades. *Revista de Derecho de la*

Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho, (24), 177-201. <https://doi.org/10.22235/rd24.2568>

Hodgson, M., Kryvoi, Y., & Hrcka, D. (2021). *2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration*. [Archivo PDF]. https://www.biiicl.org/documents/136_isds-costs-damages-duration.pdf

Linares, E. (2018). *Ejecución en terceros estados de laudos emitidos en arbitrajes de protección de inversiones. Especial referencia al sistema de CIADI*. [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/46047/1/T39517.pdf>

Naciones Unidas. (s/f). *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, de 2004* [Archivo PDF]. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjstpcjstpc_ph_s.pdf

Reinisch, A. (2006). European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. *The European Journal of International Law*, 17(4).

Sanderson, C. (28 de junio de 2022). *Yukos shareholders win appeal over Russian vodka asset*. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/article/yukos-shareholders-win-appeal-over-russian-vodka-assets>

Sienkewicz, T., & McDonough, T. (Eds.). (1999). *World dictionary of foreign expressions: a resource for readers and writers*. Bolchazy-Carducci Publishers.

Schwartz, J. (29 de septiembre de 2011). *Más allá del crecimiento: ¿es bueno para el bienestar de la población invertir en infraestructura?* Banco Mundial Blogs. <https://blogs.worldbank.org/es/latinamerica/m-s-all-del-crecimiento-es-bueno-para-el-bienestar-de-la-poblacion-invertir-en-infraestructura>

Sommer, C. G. (2011). El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: ¿Ejecución directa o aplicación del exequatur? *RECORDIP*, 1(1). <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/270>

U.S. Department of State – Bureau of Consular Affairs. (s/f). *Foreign Sovereign Immunities Act*.

<https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/international-judicial-assst/Service-of-Process/Foreign-Sovereign-Immunities-Act.html>

Vasquez, R. (2 de octubre de 2018). *Cumplimiento y ejecución del laudo arbitral CIADI*. Estado Diario.



<https://estadodiario.com/columnas/cumplimiento-y-ejecucion-del-laudo-arbitral-ciadi/>

Vucsanovich, I. (2019). *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en el derecho internacional de inversiones*. [Tesis de maestría, Universidad

Externado de Colombia]. <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2160>

Wiesinger, E. (2006). *State Immunity from Enforcement Measures*. [Archivo PDF]. https://eur-int-comp-law.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Internetpublikationen/wiesinger.pdf 