

¡Prohibido llegar tarde! Un Análisis del ejercicio oportuno de las cláusulas de denegación de beneficios de los tratados internacionales que garantizan la inversión extranjera como objeción a la competencia de los Tribunales Arbitrales en el arbitraje de inversiones

"No Late Arrivals Allowed! An Analysis of the Timely Exercise of Denial of Benefits Clauses in International Treaties Ensuring Foreign Investment as an Objection to the Competence of Arbitral Tribunals in Investment Arbitration."

MATÍAS QUIROZ ARELLANO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. La Cláusula de Denegación de Beneficios
 1. Definición y finalidad
 2. Condiciones comunes para la aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios
- III. La invocación de la cláusula de denegación de beneficios en los tratados en los que ha participado Estados Unidos
 1. Tendencia mayoritaria: La cláusula puede invocarse con posterioridad al inicio del arbitraje
 - 1.1. Caso EMELEC c. Ecuador: El primer caso y la interpretación literal
 - 1.2. Caso Ulysseas c. Ecuador: El segundo caso y persistencia de la interpretación literal
 - 1.3. Caso Pac Rim c. El Salvador: Un análisis completo basado en diversos métodos interpretativos
 - 1.4. Caso Guaracachi c. Bolivia: Se repite la tendencia de la pluralidad de métodos interpretativos
 - 1.5. Caso Bridgestone c. Panamá: Un caso en donde no fue necesario interpretar
 2. Tendencia minoritaria: La cláusula solo puede invocarse con anterioridad al inicio del arbitraje
 - 2.1. Caso AMPAL c. Egipto: Una decisión diferente adoptada en base a diferentes métodos interpretativos
- IV. Análisis conjunto de los fundamentos de los adoptados por los Tribunales Arbitrales en los casos analizados
 1. ¿Qué método de interpretación suele primar y en qué casos?
 2. ¿Los Tribunales Arbitrales deberían adoptar únicamente un método de interpretación literal o también otros métodos interpretativos?
- V. Conclusiones



RESUMEN:

Esta investigación busca absolver la pregunta de por qué los tribunales arbitrales han interpretado que los tratados concluidos por Estados Unidos recogen un enfoque pragmático con respecto a la invocación de las cláusulas de denegación de beneficios que contienen. De este modo, se plantea como hipótesis que diversos tribunales arbitrales que han interpretado estos tratados adoptando un enfoque pragmático, han interpretado estas cláusulas siguiendo diversos métodos de interpretación, entre los que priman: (i) el método literal; (ii) el método teleológico; y, (iii) el método funcional de interpretación. En ese sentido, el objetivo principal de la investigación consistirá en identificar los principales fundamentos empleados por los tribunales arbitrales al analizar el momento de la invocación de estas cláusulas en este tipo de tratados. Para ello, la metodología utilizada es una de carácter cualitativo y busca ser principalmente analítica de la jurisprudencia existente. Se buscarán analizar directamente las decisiones de casos arbitrales existentes e, indirectamente, las fuentes bibliográficas que analicen lo decidido por dicha jurisprudencia.

Palabras clave: arbitraje; inversión extranjera; cláusulas de denegación de beneficios; jurisprudencia.

ABSTRACT:

This research seeks to address the question of why arbitral tribunals have interpreted treaties concluded by the United States as taking a pragmatic approach to the invocation of the denial of benefits clauses they contain. Thus, our hypothesis states that various of the arbitral tribunals that have interpreted these treaties adopting a pragmatic approach have interpreted these clauses following various methods of interpretation, among which (i) the literal method, (ii) the teleological method, and (iii) the functional method of interpretation are predominant. In this sense, the main objective of the research will be to identify the main grounds used by the arbitral tribunals when analyzing the moment of invocation of these clauses in this type of treaties. To this end, the methodology used is qualitative in nature and seeks to be mainly analytical of existing jurisprudence. The aim is to directly analyze the decisions of existing arbitration cases and, indirectly, the bibliographical sources that analyze the decisions of this case law.

Keywords: arbitration; foreign investment; denial of benefits clauses; case law.

I. INTRODUCCIÓN¹

Como se ha advertido de forma extensa por la doctrina, el derecho internacional de las inversiones se encuentra caracterizado por la fragmentación. Esto se debe a que cada caso en particular, y especialmente los arbitrajes decididos en base a tratados internacionales de protección de las inversiones extranjeras –dígase TBIs, TLCs, entre otros– se deciden en base a las disposiciones acordadas en dichos tratados, y por tribunales arbitrales distintos².

Debido a ello, los tribunales arbitrales han alcanzado interpretaciones sobre materias procesales

y de fondo que difieren unas de otras y que, en algunos casos, terminan siendo incompatibles entre sí. Un tema sobre el cual actualmente existe discusión en el arbitraje de inversiones radica en torno a la correcta interpretación de las denominadas “cláusulas de denegación de beneficios” y, particularmente, en torno al momento concreto en que estas deben ser invocadas por los Estados como excepciones a la competencia de los tribunales arbitrales.

La presente investigación ha adoptado como temática analizar los criterios empleados por los tribunales arbitrales para determinar cuándo los Estados pueden invocar la cláusula de

1. El presente artículo constituye una adaptación de la investigación “Un análisis del ejercicio oportuno de las cláusulas de denegación de beneficios de los tratados que garantizan la inversión extranjera como objeción a la competencia de los tribunales arbitrales en el arbitraje de inversiones” llevada a cabo en el curso “Asesoría de Investigación” en el Semestre Académico 2022-1 en la Facultad de Derecho de la PUCP. Nota del Autor: El autor agradece la asesoría de los Profesores Yovana Reyes Tagle y Roger Rubio Guerrero sin cuyo apoyo no se hubiera podido llevar a cabo la presente investigación.
2. Cole, Tony, *The Structure of Investment Arbitration* (London: Routledge, 2013) 81.

denegación de beneficios en los tratados de inversión concluidos por Estados Unidos.

En esa línea, se buscará absolver a la pregunta de por qué la mayoría de los tribunales arbitrales han interpretado que los tratados concluidos por Estados Unidos recogen un enfoque pragmático con respecto a la invocación de las cláusulas de denegación de beneficios que contienen. Para ello, se plantea como hipótesis tentativa que los tribunales arbitrales han interpretado estos tratados adoptando un enfoque pragmático porque interpretan estas cláusulas siguiendo diversos métodos de interpretación, entre los que priman son los siguientes: (i) el método literal; (ii) el método teleológico; y, (iii) el método funcional de interpretación.

Con miras a absolver la pregunta de investigación que se ha planteado, se propone adoptar una metodología de carácter cualitativo que busca ser principalmente analítica de la jurisprudencia existente. Se analizarán directamente las decisiones de casos arbitrales existentes e, indirectamente, las fuentes bibliográficas que analicen lo decidido por dicha jurisprudencia.

Asimismo, el desarrollo de la presente investigación constará de tres secciones o partes principales. En primer lugar, se planteará un marco teórico general en torno a la cláusula de denegación de beneficios en donde se explicará su definición y finalidad, así como las condiciones que comúnmente se exigen para su aplicación. En segundo lugar, se expondrá cómo es que los tribunales arbitrales han analizado la invocación de la cláusula de denegación de beneficios

en los tratados en los que ha participado Estados Unidos y se analizarán los métodos de interpretación adoptados por dichos tribunales. Finalmente, en tercer lugar, se realizará un análisis conjunto de los fundamentos empleados por los tribunales arbitrales para determinar el momento correcto en que debe invocarse cada cláusula de denegación de beneficios en los tratados materia de análisis.

II. LA CLÁUSULA DE DENEGACIÓN DE BENEFICIOS

1. Definición y finalidad.

Las cláusulas de denegación de beneficios tienen por objeto buscar excluir a inversionistas extranjeros, a los que inicialmente se les aplicarían las protecciones y garantías de tratados internacionales, de poder acceder a dichas protecciones y garantías. Como explican Sabahi, Rubins y Wallace Jr., "(l)as cláusulas de denegación de beneficios constituyen una excepción que se encuentra en muchos tratados de inversión, y que puede negar las protecciones de un tratado en los casos en los que, de otro modo, sí se obtendrían"³. (Traducción propia).

Usualmente, se ha señalado que estas cláusulas buscan tutelar una doble finalidad⁴. Por un lado, sirven como un mecanismo para prevenir un abuso de derechos. Particularmente, es como parte de este primer propósito que algunos autores sostienen que estas cláusulas han recibido mucha más atención en la última década como mecanismo para contrarrestar la práctica del *treaty shopping*⁵. Por ejemplo, como afirman Söderlund y Sergeevna:

-
3. Sabahi, Borzu; Rubins, Noah. & Wallace Jr., Don, *Investor-State Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2019) 381.
 4. Mistelis, Loukas & Baltag, Crina, "Denial of Benefits' Clauses in Investment Treaty Arbitration", *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, 293 (Diciembre 2018): 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618
 5. Mistelis, Loukas & Baltag, Crina, "Denial of Benefits' Clauses in Investment Treaty Arbitration", *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, 293 (Diciembre 2018): 55, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618
Dolzer, Rudolf. & Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 55

“(U)na cláusula de denegación de beneficios pretende evitar el *forum-shopping*. Esta autoriza a un Estado contratante a denegar el arbitraje de inversiones a los inversores ‘sin actividades comerciales sustanciales’ en su supuesto Estado de origen. Este tipo de cláusula impedirá la posibilidad de establecer una empresa intermediaria o ‘de paso’ constituida con el único propósito de permitir el acceso al sistema internacional de protección de las inversiones”⁶. (Traducción propia).

Por otro lado, estas cláusulas permiten salvaguardar el principio de reciprocidad tutelado por los tratados internacionales. Como explican Gastrell y Le Cannu:

“(S)e podría decir que esta exclusión (de la cláusula de denegación de beneficios) impide que (...) los nacionales de terceros países disfruten de los beneficios de un tratado cuando sus Estados de origen no han aceptado ninguna de sus obligaciones. El derecho a denegar los beneficios del tratado mantiene así la reciprocidad con respecto a estos beneficios”⁷. (Traducción propia).

Un ejemplo clásico de este tipo de cláusulas, y que resulta de particular interés para el presente trabajo, es el que se encuentra en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. del año 2012. El artículo 17 de este instrumento dispone una cláusula de denegación de beneficios en los siguientes términos:

“Artículo 17: Denegación de Beneficios

1. Una parte puede negar los beneficios de este tratado a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y para las inversiones de ese inversionista si personas de una no-Parte poseen o controlan la empresa y la Parte que niega:

No mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o Adopta o mantiene medidas con respecto a la no-Parte o una persona de la no-Parte que prohíbe las transacciones con la empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este Tratado fueran otorgados a la empresa o sus inversiones.

2. Una Parte podrá denegar los beneficios de este Tratado a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de ese inversionista si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte y personas de un no-Parte, o de la Parte que niega, posee o controla a la empresa”⁸. (Traducción propia).

Como explica Banifatemi, el fraseo particular de esta cláusula fue introducido por primera vez en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. del año 2004 y, a partir de ello, ha tenido una importante influencia en otros tratados bilaterales y multilaterales de protección de las inversiones extranjeras que han recogido cláusulas de denegación de beneficios en términos similares⁹. Sin embargo, a pesar de

6. Söderlund, Christer & Sergeevna, Elena, “Is There Such a Thing as Admissibility in Investment Arbitration?”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 33(2) (Setiembre 2018): 525-559, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siy009>
Simon, Alastair, “Embracing Practical Solutions in Dealing with the Distinct Shades of Abuse of Process in Investment Arbitration” *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 4 (2018) s/p, <https://jsumundi.com/en/document/publication/en-nappert-prize-2nd-prize-embracing-practical-solutions-in-dealing-with-the-distinct-shades-of-abuse-of-process-in-investment-arbitration>

7. Gastrell, Lindsay & Le Cannu, Jean-Paul, “Procedural Requirements of ‘Denial -of-Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions”, *ICSID Review*, 30(1), (Enero 2015): 82, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu030>

8. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Cl. 17.

9. Banifatemi, Yas, Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses (*Jurisdiction in Investment Arbitration*, 2018) 227.

ello, las cláusulas de denegación de beneficios todavía no son tan comunes en los tratados de protección de las inversiones extranjeras. Precisamente, algunos autores sostienen que:

“(L)as cláusulas de denegación de beneficios todavía no son muy comunes. Han aparecido con mayor frecuencia en los tratados bilaterales y multilaterales en los que Estados Unidos y Australia son Estados contratantes, así como en el TCLAN (NAFTA), el CAFTA-DR, el TCE (ECT) y los modelos de TBI de Estados Unidos y Canadá”¹⁰. (Traducción propia)

Por tanto, teniendo claro qué son las cláusulas de denegación de beneficios y habiendo explicado cuáles son las finalidades que se suelen perseguir mediante su incorporación en los tratados de protección de las inversiones extranjeras, corresponde analizar brevemente cuáles son las condiciones que generalmente se suelen exigir para su aplicación, pero no sin antes realizar una breve salvedad. En efecto, resulta imperativo puntualizar que, en tanto existen redacciones muy distintas de este tipo de cláusulas que permiten llegar a interpretaciones diferentes, no se puede hablar de condiciones generales para la aplicación de este tipo de cláusulas. Como bien señalan Thorn y Doucleff:

“Es axiomático -y obvio a partir de la discusión anterior- que cada tratado de inversión es diferente. Hay numerosas permutaciones en la definición de ‘inversionista’, por ejemplo, y el uso y la redacción de las cláusulas de denegación de beneficios difiere considerablemente entre los tratados. Por supuesto, esto es de esperarse considerando que existen más de 2500 TBIs y tratados multilaterales que protegen la inversión ex-

tranjera. Estos tratados son celebrados por diferentes Estados en diferentes momentos; el distinto poder de negociación, las relaciones diplomáticas, las motivaciones, el clima de inversión, los niveles de experiencia y los instrumentos predecesores no son uniformes y todos pueden influir (y lo hacen) en el alcance y contenido de cada tratado. Por lo tanto, hacer generalizaciones es una tarea difícil que debe abordarse con precaución”¹¹. (Traducción propia).

Dicho de otro modo, si bien es cierto pasaremos a analizar las condiciones que comúnmente se suelen exigir para que una cláusula de denegación de beneficios sea aplicable, lo cierto es que no se trata en absoluto de un listado definitivo o rígido. En consecuencia, los requisitos aplicables en cada caso concreto siempre serán determinados por lo dispuesto en cada cláusula de forma a partir de su propia redacción y de lo dispuesto en el tratado aplicable. Sin perjuicio de ello, y únicamente con fines ilustrativos, pasaremos a explicar un listado de las condiciones que usualmente los tribunales y la doctrina señalan que suelen exigirse para aplicar este tipo de cláusulas.

2. Condiciones comunes para la aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios.

Como hemos señalado, existen una serie de condiciones que generalmente se suelen exigir para la aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios. A partir de una revisión de la doctrina y jurisprudencia existentes sobre la materia se puede señalar que estas vendrían a ser las siguientes:

- i. El inversionista frente al cual se busca oponer la cláusula de denegación de benefi-

10. Thorn, Rachel. & Doucleff, Jennifer, “Part I, Chapter 1: Disregarding the Corporate veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of ‘investor’”, (2010). En: Waibel, M. (2010). *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, p. 10.

11. Thorn, Rachel. & Doucleff, Jennifer. (2010). “Part I, Chapter 1: Disregarding the Corporate veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of ‘investor’”. En: Waibel, M. (2010). *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, p. 11. Ver también: McLachlan, C; Shore, L. & Weiniger, M. (2017). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Second Edition, Oxford University Press, p. 213.

cios debe calificar como un inversionista extranjero de acuerdo con el tratado aplicable;

- ii. El tratado aplicable debe contener una cláusula de denegación de beneficios;
- iii. Deben cumplirse las condiciones objetivas establecidas por la cláusula de denegación de beneficios para su aplicación;
- iv. El Estado que invoca la cláusula de denegación de beneficios tiene la carga de probar que se acreditan los fundamentos para su aplicación; y,
- v. La cláusula debe ser invocada oportunamente por el Estado que busca oponerla al inversionista extranjero.

A continuación, se desarrollará brevemente cada una de estas condiciones comúnmente exigidas:

A. Primera Condición: El inversionista debe calificar como inversionista extranjero bajo el tratado aplicable.

Una condición inicial que se suele exigir para el ejercicio de una cláusula de denegación de beneficios consiste en que, en principio, el inversionista extranjero frente al cual el Estado busca oponer la aplicación de la cláusula califique o encaje en la definición de inversionista extranjero adoptada por el tratado aplicable. Como explica González de Cossío: “Los tratados de inversión generalmente utilizan los términos “inversionistas” o “nacionales” para describir a los individuos o entidades que gozan de protección y derecho de acción bajo el mismo”¹².

De igual modo, Douglas destaca que:

“(L)a definición de inversionista en un tratado de protección de las inversiones contiene indicios para poder invocar el mecanismo de arbitraje inversionista/Estado. Una objeción por parte del Estado anfitrión demandado de que tales indicios no se han cumplido es una objeción a la jurisdicción *ratione personae* del tribunal con respecto al demandante”¹³. (Traducción propia)

No obstante, como bien se ha señalado, todo ello deberá ser considerado sin perjuicio de que siempre se tenga en cuenta que los efectos de cada cláusula de denegación de beneficios dependerán de su redacción y ubicación en la estructura del tratado aplicable, lo que permitirá concluir si dicha cláusula constituye una objeción a la jurisdicción del tribunal o si estará dirigida a afectar la admisibilidad del reclamo¹⁴.

Pues bien, se tiene que, en principio, si un inversionista no califica como inversionista extranjero de acuerdo con el tratado aplicable, no habría necesidad de aplicar la cláusula de denegación de beneficios para buscar excluirlo de la aplicación del tratado en tanto aquel inversionista nunca se habría encontrado protegido por dicho instrumento. En palabras de Banifatemi:

“(P)or lo tanto, como cuestión de procedimiento, el tribunal arbitral debe determinar primero si un demandante califica como inversionista protegido antes de determinar si el Estado demandado ha ejercido efectivamente su derecho a negar los beneficios del tratado pertinente a ese inversionista”¹⁵. (Traducción propia).

12. González de Cossío, F. (2009). *Arbitraje de inversión*, Editorial Porrúa, p. 97.

13. Douglas, Z. (2009). *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, p. 468.

14. Mistelis, Loukas & Baltag, Crina, “Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaty Arbitration”, Queen Mary School of Law *Legal Studies Research Paper*, 293 (Diciembre 2018): 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618

15. Banifatemi, Yas, Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses (*Jurisdiction in Investment Arbitration*, 2018) 227. 234.

Asimismo, cabe destacar que, en muchos casos, los tratados que incluyen cláusulas de denegación de beneficios suelen recoger amplias definiciones del concepto de inversionista extranjero¹⁶. Esto se debe, justamente, a que las cláusulas de denegación de beneficios suelen servir en estos casos como un “contrapeso” que permite restringir estas definiciones¹⁷.

B. Segunda Condición: El tratado aplicable debe contener una cláusula de denegación de beneficios.

Es prácticamente indiscutido por la jurisprudencia y la doctrina que, ante la ausencia de una cláusula de denegación de beneficios en el tratado aplicable, no resulta posible alegar la aplicación de dicha excepción para limitar la definición del concepto de inversionista extranjero. Este tema fue discutido en *Tokios Tokelés c. Ucrania*.

En este caso, el Estado ucraniano alegó que el inversionista no calificaba como tal en virtud del Tratado Bilateral de Inversiones –TBI Ucrania-Lituania, el cual era el tratado aplicable al caso, debido a que no mantenía actividades comerciales sustanciales en Lituania. Ucrania alegó que este era un requisito común en las cláusulas de denegación de beneficios de otros tratados y, por tanto, por más que el TBI Ucrania-Lituania no contenía una cláusula similar, debía entenderse que dicha limitación restringía el concepto de inversionista aplicable al caso¹⁸.

El tribunal no acogió los argumentos del Esta-

do y arribó a una conclusión distinta. Cuando un tratado no contiene una cláusula de denegación de beneficios, cabe considerar que las partes hicieron una elección deliberada por no incluir esta disposición:

“El TBI Ucrania – Lituania, por el contrario, no incluye ninguna disposición de ‘denegación de beneficios’ con respecto a las entidades controladas por nacionales de terceros países o por nacionales de la parte denegante. Consideramos que la ausencia de dicha disposición es una elección deliberada de las Partes Contratantes. En nuestra opinión, no corresponde a los tribunales imponer límites al alcance de los TBIs que no se encuentren en el texto, y mucho menos, límites que no se desprenden de la historia de la negociación del tratado. Un tribunal internacional de jurisdicción definida no debería de ejercer una jurisdicción más allá de los límites de la definición del término. Pero igualmente un tribunal internacional debe ejercer, y de hecho está obligado a hacerlo, la medida de la jurisdicción con la que está dotado”¹⁹. (Traducción propia)

De igual manera, otros tribunales arbitrales han acogido interpretaciones similares a las sostenidas en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*. De acuerdo con Mistelis y Baltag, “(a)nte la ausencia de una cláusula de ‘denegación de beneficios’ invocada por el demandado, los tribunales arbitrales suelen ser reacios a investigar la estructura empresarial de los inversionistas y sus actividades económicas en el supuesto Estado de origen”²⁰. (Traducción propia).

-
16. Thorn, R. & Doucleff, J. (2010). “Part I, Chapter 1: Disregarding the Corporate veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of ‘investor’”. En: Waibel, M. (2010). *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, p. 10.
 17. Feldman, M. (2015). “Chapter 33: Denial of Benefits after *Plama v. Bulgaria*”. En: Kinnear, M. & others. (2015). *Building International Investment Law: The First 50 years of ICSID*, Kluwer Law International, p. 466.
 18. *Tokios Tokelés c. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 4 de abril de 2004. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/1099>, 33-35.
 19. *Tokios Tokelés c. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 4 de abril de 2004. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/1099>, 36.
 20. Mistelis, Loukas & Baltag, Crina, “Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaty Arbitration”, *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, 293 (Diciembre 2018): 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618

C. Tercera Condición: Deben cumplirse las condiciones objetivas establecidas por la cláusula de denegación de beneficios para su aplicación.

Como bien se ha señalado, hay una gran diversidad de tipos de cláusulas de denegación de beneficios en los diferentes tratados de protección de las inversiones extranjeras. No obstante, es común que este tipo de cláusulas generalmente busquen hacer frente a una serie de supuestos objetivos que suelen repetirse, unos más que otros. Sin perjuicio de resaltar que no cabe hablar de una lista taxativa al respecto, los supuestos objetivos más comunes que se suelen encontrar en las cláusulas de denegación de beneficios para su aplicación vendrían a ser los siguientes:

Primero, probablemente el supuesto más común, consiste en demostrar que el inversionista extranjero al cual se le buscan denegar los beneficios del tratado, y que sea una persona jurídica, no posea ni mantenga actividades económicas sustanciales en el Estado en el cual se constituyó. Este requisito se encuentra presente, por ejemplo, en el numeral 2 del artículo 17 del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. del año 2012 expuesto anteriormente, así como en otros tratados²¹.

Frente a ello, se ha señalado que, en algunos casos, los Estados buscan intencionalmente dejar indefinido el término “actividades comerciales sustanciales” con el propósito de dar mayor flexibilidad a los tribunales arbitrales al momento

de analizar cada caso particular. Como aclara Simon:

“Hay que tener en cuenta que la ‘actividad empresarial sustancial’ a menudo se deja (intencionalmente) sin definir, dando a los Estados la libertad de evaluar caso por caso, y dejando a los tribunales con poca orientación a la hora de determinar si el ejercicio de los derechos de un Estado para denegar los beneficios fue adecuado”²².
 (Traducción propia)

Segundo, otro supuesto recurrente consiste en acreditar que el inversionista extranjero al cual se le buscan denegar los beneficios del tratado, y que sea una persona jurídica, es propiedad o está bajo el control de los nacionales (i) de un Estado que no es parte del tratado aplicable, o (ii) de un Estado que no mantiene relaciones diplomáticas con el Estado demandado²³. Este requisito se encuentra presente, por ejemplo, en los numerales 1 y 1.a) del artículo 17 del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. del año 2012 expuesto anteriormente, así como en otros tratados²⁴.

Tercero, un supuesto adicional consiste en demostrar que el inversionista extranjero al cual se le buscan denegar los beneficios del tratado, y que sea una persona jurídica, es propiedad o está bajo el control de nacionales del propio Estado receptor de la inversión²⁵.

Finalmente, cabe destacar que, dependiendo de la redacción particular de cada cláusula de

21. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Cl. 17. Ver también: Acuerdo de Integración Comercial entre la república del Perú y los Estados Unidos Mexicanos, suscrito el 6 de abril de 2011, artículo 11.16.2.; Tratado sobre la Carta de la Energía, suscrito el 17 de diciembre de 1994, reformado en la Conferencia de La Haya del 20 y 21 de mayo de 2015, artículo 17.1.

22. Simon, A. (2018). “Embracing Practical Solutions in Dealing with the Distinct Shades of Abuse of Process in Investment Arbitration”. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2018(4), s/p.

23. Sabahi, Borzu; Rubins, Noah. & Wallace Jr., Don, *Investor-State Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2019) 381.

24. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Cl. 17. Ver también: Acuerdo de Integración Comercial entre la república del Perú y los Estados Unidos Mexicanos, suscrito el 6 de abril de 2011, artículos 11.16.1 y 11.16.1.a.); Tratado sobre la Carta de la Energía, suscrito el 17 de diciembre de 1994, reformado en la Conferencia de La Haya del 20 y 21 de mayo de 2015, artículos 17.1. y 17.2.a).

25. Sabahi, Borzu; Rubins, Noah. & Wallace Jr., Don, *Investor-State Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2019) 381.

denegación de beneficios, en algunos casos el Estado demandado deberá demostrar de forma copulativa o conjunta la existencia de algunos de estos supuestos.

D. Cuarta Condición: El Estado que invoca la cláusula de denegación de beneficios tiene la carga de probar que se acreditan los fundamentos para su aplicación.

Es ampliamente reconocido que el Estado que alega el derecho a denegar los beneficios de un tratado tiene la carga de probar que se acreditan los fundamentos que exige la cláusula para ello. En palabras de Douglas:

“(Una) cláusula de ‘denegación de beneficios’ no se juzga por su sola existencia. La carga de la prueba recae claramente en el Estado anfitrión demandado y si esa carga se cumple ante el tribunal, entonces las reclamaciones del inversionista demandante deben ser desestimadas”²⁶. (Traducción propia)

Por su parte, Banifatemi se pronuncia en el mismo sentido señalando que:

*“El Estado que pretende denegar los beneficios tiene la carga de probar que se cumplen las condiciones enumeradas en la cláusula de denegación de beneficios. Esto es coherente con el principio *actori incumbit probatio*, según el cual la carga de la prueba de una alegación recae en la parte que la presenta. Así, mientras que al demandante le corresponde demostrar que cumple los requisitos jurisdiccionales en virtud del tratado, el Estado demandado que pretenda denegar los beneficios del tratado a un inversionista debe demostrar que tiene los fundamentos para ejercer su derecho de denegación. Este*

razonamiento ha sido afirmado por los tribunales que interpretan tanto los tratados multilaterales como los bilaterales”²⁷. (Traducción propia).

En efecto, y como bien se ha señalado, ello resulta concordante con la aplicación del principio *actori incumbit probatio*, el cual ha sido muchas veces catalogado como un principio general del derecho internacional en lo que a la carga de la prueba se refiere. Como confirma Bin Cheng, “la carga de la prueba recae en la parte que alega el hecho, a menos que la verdad del hecho sea de conocimiento judicial o sea presumida por el tribunal. A falta de pruebas convincentes, el tribunal desestimará la alegación”²⁸. (Traducción propia)

E. Quinta Condición: La cláusula debe ser invocada oportunamente por el Estado receptor.

Actualmente, tal vez el tema que ha generado mayor discusión en los últimos años en torno a la aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios consiste en analizar cuándo es el momento oportuno en que dichas cláusulas deben ser invocadas por los Estados receptores de las inversiones. Douglas es tajante al sostener que, “(una) cláusula de ‘denegación de beneficios’ debe ser positivamente invocada por el demandado”²⁹ (Traducción propia), por lo que sobre este asunto no existe mayor controversia. Sin embargo, el centro de la discusión gira en torno a cuál o cuándo es el momento oportuno en que dichas cláusulas deben ser invocadas por los Estados.

En la práctica, los tribunales arbitrales han planteado interpretaciones distintas en torno a cuándo constituye el momento oportuno para que los Estados soberanos invoquen la

26. Douglas, Z. (2009). *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, p. 469.

27. Banifatemi, Yas, *Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses (Jurisdiction in Investment Arbitration, 2018)* 234-235.

28. Cheng, B. (2006). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, pp. 334-335.

29. Douglas, Z. (2009). *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, p. 469.

aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios para buscar que las disposiciones del tratado del caso concreto no se apliquen a inversionistas extranjeros. Como detallan Gastrell y Le Cannu:

“Dos tendencias parecen estar emergiendo en la jurisprudencia, una en las decisiones que interpretan el artículo 17 (1) del Energy Charter Treaty –ECT y la otra en las decisiones que interpretan las cláusulas de denegación de beneficios contenidas en los TBI de Estados Unidos, y el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América –CAFTA-DR”³⁰. (Traducción propia)

En el caso de los tribunales que han analizado la aplicación de esta cláusula en el ECT de parte de los Estados soberanos, se ha sostenido que el momento oportuno para la invocación de esta cláusula es antes del inicio de la disputa e, incluso, en algunos casos, antes de que el inversionista realice su inversión. Por el contrario, en los casos de los TBIs concluidos por Estados Unidos y el DR-CAFTA, se ha señalado, en su mayoría, que el momento oportuno para la invocación de estas cláusulas es antes de que se inicie formalmente el arbitraje, al momento de la presentación de las objeciones jurisdiccionales o mediante la presentación del Memorial de Contestación de parte de los Estados soberanos.

III. LA INVOCACIÓN DE LA CLÁUSULA DE DENEGACIÓN DE BENEFICIOS EN LOS TRATADOS EN LOS QUE HA PARTICIPADO ESTADOS UNIDOS

A continuación, se analizarán en detalle varios casos de los TBI de Estados Unidos y el DR-CAFTA en los que los tribunales arbitrales han analizado el momento de la invocación oportuna de la cláusula de denegación de beneficios. Como

se expondrá a continuación, si bien es cierto se evidencia una tendencia jurisprudencial mayoritaria que propone una invocación de la cláusula con posterioridad al inicio del arbitraje, también existe una línea jurisprudencial minoritaria que plantea una interpretación distinta.

El objetivo de la presente sección será analizar los principales argumentos empleados por los tribunales arbitrales para optar por una u otra interpretación.

1. Tendencia mayoritaria: La cláusula puede invocarse con posterioridad al inicio del arbitraje.

1.1. Caso EMELEC c. Ecuador: El primer caso y la interpretación literal.

El primer caso en donde un tribunal arbitral analizó la oportunidad para la invocación de una cláusula de denegación de beneficios de un tratado en el que participó Estados Unidos fue el caso Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. c. Ecuador – en adelante EMELEC c. Ecuador–, laudo el 2 de junio de 2009. En este caso, dentro de las excepciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del tribunal planteadas por el Estado receptor, este alegó que, en caso se cumpliera con la jurisdicción *ratione personae*, el inversionista no podría invocar a su favor el TBI porque sus beneficios le habrían sido denegados en virtud de la aplicación del Art. I.2 del tratado aplicable³¹.

Al respecto, el TBI Ecuador – Estados Unidos, que era el tratado aplicable al caso, disponía lo siguiente en su Art. I.2:

“Cada Parte se reserva el derecho de denegar a cualquier empresa las ventajas del presente Tratado si los nacionales de cualquier tercer país controlan dicha empresa y, en el caso de una empresa de la otra Parte, dicha empresa

30. Gastrell, L. & Le Cannu, P. J. (2015). Procedural Requirements of Denial-of-Benefits Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 30 (1), p. 84.

31. Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. c. Ecuador. ICSID Case No. ARB/05/9, Laudo, 2 de junio de 2009. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/387>, 73.c).

*no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte o está controlada por nacionales de un tercer país con el que la Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales*³². (Traducción propia)

Al analizar la oportunidad de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios, el tribunal del caso se limitó a señalar lo siguiente:

*“Por ser EMELEC una “sociedad de la otra Parte”, el Ecuador está facultado a denegarle los beneficios del TBI si la empresa no tiene actividades comerciales importantes en Estados Unidos. El Tribunal estima que el Ecuador anunció la denegación de los beneficios a EMELEC en la etapa procesal oportuna, esto es, al formular sus excepciones en materia de competencia. Si el Tribunal llegase a conocer los méritos del presente caso, sólo entonces habría de examinar los requisitos sustantivos de la denegación de beneficios, esto es, la determinación sobre si EMELEC tiene actividades comerciales importantes en el territorio de Estados Unidos*³³. (Subrayado añadido).

Como es evidente, el tribunal del presente caso no realizó una interpretación exhaustiva para determinar la oportunidad de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios del TBI. Por el contrario, recurrió únicamente a una interpretación literal del tratado para determinar que dicha objeción a la competencia sí se invocó oportunamente.

1.2. Caso Ulysseas c. Ecuador: El segundo caso y la persistencia de la interpretación literal como único método interpretativo.

Un segundo caso en donde se analizó el tema materia de análisis fue el caso Ulysseas, Inc. c.

Ecuador –Ulysseas c. Ecuador en donde el tratado aplicable fue, al igual que en EMELEC c. Ecuador, el TBI Ecuador – Estados Unidos.

En este caso, al analizar la oportunidad de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios del tratado, el tribunal recurrió al Reglamento CNUDMI de 1976, reglamento arbitral aplicable al caso, y sostuvo que este disponía que el momento oportuno para el planteamiento de las objeciones jurisdiccionales era el momento de la presentación del Memorial de Contestación³⁴. Por tanto, dado que el momento en que el Estado había invocado la cláusula de denegación de beneficios fue, precisamente, al presentar su Memorial de Contestación, entonces el tribunal concluyó que la Demandada había ejercido esta objeción a la competencia oportunamente³⁵.

Por otro lado, el tribunal también interpretó literalmente el Art. I.2 del TBI aplicable para sustentar que el Estado había invocado oportunamente la cláusula de denegación de beneficios, y sostuvo que “(n)ada en el artículo I(2) del TBI excluye que el derecho de denegar los beneficios del TBI sea ejercido por el Estado cuando tales beneficios sean reclamados por el inversor a través de una solicitud de arbitraje”³⁶.

1.3. Caso Pac Rim c. El Salvador: Un análisis completo basado en diversos métodos interpretativos.

Un tercer caso materia de análisis es el caso Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador –en adelante Pac Rim c. El Salvador– en donde el Estado invocó la cláusula de denegación de beneficios del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana –en adelante DR-CAFTA–, quince meses des-

32. Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 23 de agosto de 1993, Art. I. 2.

33. Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. c. Ecuador. ICSID Case No. ARB/05/9, Laudo, 2 de junio de 2009. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/387>, 71.

34. Ulysseas, Inc. c. Ecuador. UNCITRAL, Laudo Interino, 28 de septiembre de 2010. Recuperado de: <https://www.>

35. *Id.* 172.

36. *Id.* 172.

pués haber recibido la solicitud de arbitraje por parte del inversionista³⁷.

Al respecto, la cláusula presente en el Art. 10.12.2 del DR-CAFTA dispone lo siguiente:

“Sujeto a los Artículos 18.3 (Notificación y Suministro de Información) y 20.4 (Consultas), una Parte podrá negar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de ese inversionista, si la empresa no tiene actividades sustanciales en el territorio de ninguna Parte, distinta de la Parte que niega, y personas de un país que no es Parte, o de la Parte que niega, poseen o controlan la empresa”³⁸. (Traducción propia)

Con respecto al análisis de la temporalidad de la invocación de la presente cláusula, el tribunal concluyó que esta sí fue oportunamente invocada por el Estado, principalmente, en base a los siguientes argumentos.

Primero, el tribunal, mediante una interpretación literal, señaló que el DR-CAFTA no establecía expresamente ningún límite temporal para la invocación de la cláusula de denegación de beneficios presente en el artículo 10.12.2 del tratado³⁹.

Segundo, el tribunal remarcó que este caso constituyó la primera vez que se ha invocado la cláusula de denegación de beneficios del artículo 10.12.2 del DR-CAFTA, por lo que se trató de una decisión que requirió la especial atención de todas las partes involucradas. En ese sentido, se remarcó que:

“(N)o es evidente para el tribunal que la Demandada haya buscado o ganado deliberadamente alguna ventaja sobre la Demandante, al esperar hasta el 1 de marzo de 2010 (en lo que respecta a la notificación a los EE.UU.) o hasta el 3 de agosto de 2010 (para su invocación de la denegación de beneficios a la Demandante)⁴⁰. (Traducción propia)

Por tanto, de acuerdo con un alcance práctico de la interpretación realizada por el tribunal, ninguna parte se benefició o perjudicó a partir de la oportunidad en que se invocó la respectiva cláusula de denegación de beneficios.

Luego, el tribunal remarcó que, al ser aplicables el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, cabía recordar que la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece que cualquier objeción jurisdiccional o a la competencia que la parte Demandada plantee deberá realizarse lo antes posible, y a más tardar en la fecha de presentación del Memorial de Contestación⁴¹. Por tanto, cabía entender que esta última es la fecha en que debía invocarse la cláusula de denegación de beneficios del DR-CAFTA⁴².

En línea con lo anterior, el tribunal remarcó que una invocación temporal distinta de la cláusula en cuestión, que sea más exigente en torno al momento de su invocación, no resultaba compatible con la redacción del artículo 10.12.2 del DR-CAFTA⁴³. Asimismo, también sostuvo que una interpretación más exigente “crearía considerables dificultades prácticas para las Partes del DR-CAFTA, incompatibles con el objeto y finalidad de esta disposición⁴⁴ (Traducción pro-

37. Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador. ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the respondent’s jurisdictional objections, 1 de junio de 2012. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/783>, 4.38.

38. Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, redactado el 5 de agosto de 2004, Art. 10.12.2.

39. Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador. ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the respondent’s jurisdictional objections, 1 de junio de 2012. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/783>, 4.83

40. *Id.* 4.84.

41. *Id.* 4.85.

42. *Id.* 4.85.

43. *Id.* 4.85.

44. *Id.* 4.85.

pia). Para ello, se remitió a los escritos referidos a la interpretación del artículo 10.12.2 presentados libremente en el marco del arbitraje por los Estados Unidos, país del inversionista, y por Costa Rica, Estado miembro del DR-CAFTA, los cuales se pronunciaron en sentidos similares⁴⁵.

Finalmente, el tribunal sostuvo que si bien el artículo 25.1 del Convenio CIADI, aplicable al caso, dispone la irrevocabilidad del consentimiento a arbitrar, la invocación de una cláusula de denegación de beneficios con posterioridad al inicio del arbitraje no constituía un retiro unilateral del consentimiento⁴⁶. Por el contrario, señaló que “(n)o es posible llegar a una interpretación diferente sin distorsionar el significado del Artículo 10.12.2, en contra de las normas aplicables para la interpretación de los tratados según el derecho internacional”⁴⁷. (Traducción propia)

La decisión del tribunal del caso Pac Rim c. El Salvador fue una decisión que se basó en diversos criterios interpretativos, entre los que destacan: (i) la interpretación teleológica del DR-CAFTA para determinar el significado correcto de la cláusula materia de análisis; (ii) la interpretación literal de la cláusula en cuestión; (iii) la interpretación histórica, en tanto se consideraron relevantes los escritos presentados libremente por dos de los Estados parte del tratado que se manifestaron en torno a la interpretación de la cláusula, en este caso, los escritos de Estados Unidos y Costa Rica; (iv) la interpretación funcional, en tanto consideró si alguna parte se habría beneficiado o perjudicado a partir de la oportunidad en que se invocó la cláusula; y, (v) la interpretación sistemática, al realizar una interpretación de la cláusula que resultara concordante con lo dispuesto por el artículo 25.1 del Convenio CIADI también aplicable al caso.

Por tanto, a diferencia de las decisiones de los tribunales de EMELEC c. Ecuador y Ulysseas c. Ecuador, se trató de una interpretación sustentada en diferentes criterios interpretativos, y no solo en base a una interpretación literal del tratado aplicable. Tal como explica Bhelman, la decisión del Tribunal es correcta porque, “(e)n lugar de centrarse únicamente en el significado ordinario del texto, el tribunal tiene en cuenta en su análisis el objeto y la finalidad del tratado, así como su contexto. Este enfoque hace efectivo el propósito y significado de la cláusula de Denegación de Beneficios”⁴⁸. (Traducción propia)

1.4. Caso Guaracachi c. Bolivia: Se repite la tendencia de la pluralidad de métodos interpretativos.

Un cuarto caso en donde se abordó el tema materia de análisis fue el caso Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Bolivia – Guaracachi c. Bolivia. En este caso, Bolivia invocó la cláusula de denegación de beneficios del TBI Bolivia – Estados Unidos una vez ya había iniciado el arbitraje en su contra para buscar denegarle los beneficios del tratado a Guaracachi America, Inc. – en adelante Guaracachi. Al respecto, el artículo XII del tratado disponía lo siguiente:

“Cada Parte se reserva el derecho de denegar a una empresa de la otra Parte los beneficios del presente Tratado si los nacionales de un tercer país son propietarios o controlan la empresa y: (a) la Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales con el tercer país; o (b) la sociedad no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte bajo cuya legislación está constituida u organizada”⁴⁹.

45. *Id.* 4.85.

46. *Id.* 4.90.

47. *Id.* 4.90.

48. Behlman, J. (2014). “Out on a Rim: Pacific Rim’s Venture Into CAFTA’s Denial of Benefits Clause”. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 45(2), p. 411.

49. Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Bolivia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, suscrito el 17 de abril de 1998, Art. XII.

Al determinar la oportunidad de la invocación de la cláusula, el tribunal sostuvo que esta sí fue oportunamente invocada por el Estado boliviano en base a los siguientes argumentos.

Primero, el tribunal confirmó que no se vulneró la legítima expectativa de ningún inversionista en tanto son más bien los inversionistas quienes debían ser conscientes de una posible invocación de la cláusula por parte del Estado receptor de la inversión⁵⁰. De acuerdo con el tribunal:

“Cualquier inversionista estadounidense que invierta en Bolivia ya conoce de antemano la posibilidad de una denegación de beneficios por parte de Bolivia –en tanto y en cuanto se cumplan los requisitos del artículo XII– y, en el supuesto de que acepte la oferta de arbitraje hecha por Bolivia en el TBI, la acepta como está, al pie de la letra”⁵¹.

En línea con ello, a partir de los hechos del caso, el tribunal concluyó que Guaracachi realizó su inversión con posterioridad a la suscripción y ratificación del TBI por lo que esta era consciente de la cláusula de denegación de beneficios del tratado y pudo haber actuado en consecuencia para impedir su posible invocación por parte del Estado⁵².

Luego, el tribunal señaló que, a partir de un análisis de la propia redacción de la cláusula, se tiene que los Estados parte no establecieron que esta debía invocarse con anterioridad al surgimiento de alguna controversia⁵³. Por el contrario:

“El tribunal está de acuerdo con que la denegación puede ser y normalmente será

utilizada cuando un inversionista decida invocar uno de los beneficios del TBI. Será en esa ocasión que el Estado demandado analizará si se cumplen las condiciones objetivas para la denegación y, en ese caso, decidirá si ejerce su derecho de denegar los beneficios comprendidos en el TBI al momento de la presentación de su contestación de la demanda”⁵⁴.

Esto, en tanto, como explicó el tribunal, analizando la practicidad de la invocación de la cláusula, “sería extraño que un Estado analizase si se han cumplido los requisitos del artículo XII con relación a un inversionista con quien no ha tenido controversia alguna” lo cual, incluso, podría ser visto “como un acto hostil, carente de fundamento, contrario a la promoción de inversiones extranjeras”⁵⁵. Asimismo, sostuvo que lo anterior adquiere todavía mayor relevancia si se tiene en cuenta que el cumplimiento de los requisitos para la invocación de la cláusula puede cambiar constantemente en relación a cada inversionista⁵⁶.

Finalmente, el tribunal también sostuvo que su conclusión se veía respaldada en lo dispuesto por el artículo 23.2 del Reglamento CNUDMI, reglamento aplicable al caso, para lo cual se remitió también a la decisión del caso *Ulysseas c. Ecuador* que falló en el mismo sentido⁵⁷.

Como se desprende del análisis del tribunal, de forma similar a lo señalado en el caso *Pac Rim c. El Salvador*, el tribunal realizó una interpretación exhaustiva en donde adoptó: (i) una interpretación teleológica de la cláusula, principalmente cuando señaló que una interpretación contraria no sería concordante con la promo-

50. Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Bolivia. PCA Case No. 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/518>, 372.

51. *Id.* 373.

52. *Id.* 375.

53. *Id.* 376-377.

54. *Id.* 378.

55. *Id.* 379.

56. *Id.* 379.

57. *Id.* 382.

ción de las inversiones extranjeras que buscaría fomentar el TBI; (ii) una interpretación literal; (iii) una interpretación funcional; y, (iv) una interpretación que se fundamentó en lo ya decidido por la jurisprudencia en casos similares.

1.5. Caso Bridgestone c. Panamá: Un caso en donde no fue necesario interpretar.

El tema volvió a abordarse en el caso Bridgestone Licensing Services Inc. y Bridgestone Americas Inc. c. Panamá – Bridgestone c. Panamá. En este caso, Panamá invocó la cláusula de denegación de beneficios aplicable del U.S. – Panama Trade Promotion Agreement – TPA, el cual era el tratado aplicable. Al respecto, el artículo 10.12.2 del tratado recogía la cláusula de denegación de beneficios en los siguientes términos:

“(U)na Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversor de la otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de ese inversor si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte, y personas de una no Parte, o de la Parte denegante, poseen o controlan la empresa”⁵⁸. (Traducción propia)

Como parte de los cuestionamientos iniciales planteados por el inversionista al ejercicio de esta objeción por parte del Estado, el inversionista sostuvo que el Estado no había invocado oportunamente la cláusula de denegación de beneficios. No obstante, luego dicho argumento fue abandonado por el inversionista en aras de enfocarse principalmente en señalar que no se cumplían con los requisitos objetivos para la aplicación de la cláusula⁵⁹.

Al resolver la cuestión en su Decisión sobre Objeciones Expeditivas, el tribunal sostuvo que:

“Panamá ha invocado esta disposición y ha pretendido negar los beneficios a BSLS (Bridgestone Licensing Services Inc). En un momento dado, BSLS alegó que Panamá no había cumplido con las obligaciones temporales que eran una condición previa a la denegación de los beneficios, pero esa impugnación no se ha llevado a cabo, sabiamente en opinión del tribunal”⁶⁰. (Traducción propia)

Como se desprende del resumido análisis del tribunal, se tiene que este no analizó a profundidad la oportunidad de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios aplicable. No obstante, se puede concluir que el tribunal consideró que la cláusula fue invocada oportunamente por el Estado en tanto señaló que la parte Demandante habría abandonado “sabiamente” su argumento basado en una aplicación inoportuna de la misma. Lamentablemente, dado que el tema no se analizó en detalle, no es posible identificar los criterios interpretativos que el tribunal habría empleado para arribar a la presente conclusión.

2. Tendencia minoritaria: La cláusula solo puede invocarse con anterioridad al inicio del arbitraje.

2.1. Caso AMPAL c. Egipto: Una decisión diferente adoptada en base a diferentes métodos interpretativos.

Si bien parecía formarse una tendencia clara en las decisiones de los tribunales Arbitrales que interpretaron el momento oportuno para la invocación de esta cláusula en los TBIs u otros tratados en los que participó Estados Unidos, la tendencia se rompió con la decisión del caso Ampal-American Israel Corporation y otros c. Egipto – Ampal c. Egipto. Como explica Banifatemi:

58. Bridgestone Licensing Services, Inc. y Bridgestone Americas, Inc. c. Panamá. ICSID Case No. ARB/16/34, Decisión on Expedited Objections, 13 de diciembre de 2017. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/4475>, 286.

59. *Id.* 287.

60. *Id.* 287.

“Mientras que la mayoría de los tribunales arbitrales que interpretan las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados de EE.UU. han adoptado un enfoque diferente al permitir que un Estado demandado deniegue los beneficios antes o después de que una empresa someta una disputa a arbitraje, la decisión de Ampal ha puesto en tela de juicio esta política y, aunque sigue siendo un caso anómalo, proporciona una importante advertencia a los Estados parte a la hora de negociar los AI [Acuerdos Internacionales de Inversión] y de invocar posteriormente su derecho a denegar los beneficios del tratado”⁶¹. (Traducción propia)

En este caso, el Estado invocó la cláusula de denegación de beneficios dispuesta en el primer párrafo del protocolo del TBI Egipto - Estados Unidos para buscar denegarle los beneficios del tratado al inversionista. La disposición establecía lo siguiente:

“Cada Parte se reserva el derecho de negar los beneficios de este tratado a cualquier empresa de cualquiera de las Partes, o a sus filiales o subsidiarias, si nacionales de cualquier tercer país controlan dicha empresa, filial o subsidiaria; siempre que, cuando una de las Partes llegue a la conclusión de que los beneficios de este Tratado no deben extenderse por esta razón, consultará rápidamente con la otra Parte para buscar una solución mutuamente satisfactoria de este asunto”⁶². (Traducción propia)

Al realizar su análisis, el tribunal destacó ser consciente de la existencia de dos líneas juris-

prudenciales en torno a la oportunidad para la invocación de la cláusula de denegación de beneficios: la línea jurisprudencial que interpreta el artículo 17.1 de la Carta de Energía, y la línea jurisprudencial que interpreta a los TBIs suscritos por Estados Unidos, así como al DR-CAFTA⁶³. No obstante, dado que el artículo 17.1 de la Carta de Energía contiene una redacción sustancialmente distinta a la del tratado aplicable, el tribunal sostuvo que no se concentraría en analizar esas decisiones⁶⁴. De manera similar, con respecto a los análisis de los casos que interpretaron TBIs suscritos por Estados Unidos y el DR-CAFTA, el tribunal sostuvo que las conclusiones a las que llegaron dichos tribunales se basaron muchas veces en aspectos particulares de cada caso concreto, por lo que correspondía que se realice lo propio en este caso para determinar si la cláusula del tratado fue invocada oportunamente⁶⁵.

El tribunal sostuvo que correspondía interpretar el tratado y su protocolo por lo que se remitió a los principios de interpretación dispuestos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 – CVDT⁶⁶. En base a ello, el tribunal hizo una primera interpretación literal del protocolo del tratado y concluyó que este disponía que la invocación de la cláusula de denegación de beneficios mediante el proceso de consulta establecido entre las partes no se cumplió, en tanto este requería que se llegase a un acuerdo conjunto entre los Estados Parte sobre la aplicación de la cláusula al caso concreto. Por el contrario, no correspondía que una parte se dirija a la otra cuando ya se hubiera arribado a una conclusión sobre la aplicación de la cláusula, como se sostiene lo habría hecho Egipto en este caso⁶⁷.

-
61. Banifatemi, Yas, Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses (*Jurisdiction in Investment Arbitration*, 2018) 258.
 62. Treaty between the United States of America and the Arab Republic of Egypt concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, firmado el 11 de marzo de 1986, protocolo.
 63. Ampal-American Israel Corporation y otros c. Egipto. ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on jurisdiction, 1 de febrero de 2016. <https://www.italaw.com/cases/1926>, 128.
 64. *Id.*, 129.
 65. *Id.*, 130-131.
 66. *Id.*, 144.
 67. *Id.*, 145-154.

Por tanto, el tribunal interpretó que la cláusula requería para su correcta invocación que los Estados parte siguieran un proceso obligatorio de consulta entre ellos respecto a la invocación de la cláusula en cada caso concreto.

Asimismo, el tribunal señaló que si bien es cierto la cláusula del tratado era muy similar a la del tratado aplicable en el caso *Pac Rim c. El Salvador*, ambas se diferenciaban en que la primera establecía un proceso de consultas obligatorias entre las partes mientras que la segunda solo establecía consultas discrecionales⁶⁸. En base a ello, el tribunal concluyó que la cláusula no fue oportunamente invocada por el Estado⁶⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal señaló que analizaría cuándo debieron realizarse las consultas entre los Estados parte con relación a la invocación de la cláusula de denegación de beneficios del tratado, y concluyó que esto debió ocurrir durante la etapa de trato directo entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista⁷⁰.

Finalmente, sostuvo que su interpretación era coherente con lo dispuesto por el artículo 25.1 del Convenio CIADI en tanto, si se permitía una invocación de la cláusula una vez que ya hubiera iniciado el arbitraje, entonces se estaría permitiendo que el Estado receptor revoque unilateralmente su consentimiento a arbitrar, lo que entraría en directa contradicción con el texto del Convenio CIADI⁷¹.

Conforme al análisis realizado por el tribunal, se tiene entonces que este adoptó principalmente una interpretación literal del tratado aplicable y de su protocolo. No obstante, también se habría adoptado una interpretación funcional, al señalar que la cláusula, con su respectivo procedimiento obligatorio de consultas, podría ser aplicada durante la etapa de trato directo, y una

interpretación sistemática, al realizar una interpretación de la cláusula que resultara concorde con lo dispuesto por el artículo 25.1 del Convenio CIADI, también aplicable al caso.

IV. ANÁLISIS CONJUNTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LOS ADOPTADOS POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN LOS CASOS ANALIZADOS

1 ¿Qué método de interpretación suele primar y en qué casos?.

A partir de todos los casos analizados se puede determinar como un factor constante que los tribunales siempre realizaron una interpretación literal de los tratados aplicables a cada caso para determinar el momento oportuno de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios. Esto ocurre en todos los casos analizados, salvo en *Bridgestone c. Panamá*, en donde el tribunal determinó que no fue necesario interpretar dado que la Demandada habría abandonado su argumento basado en la invocación de la cláusula de denegación de beneficios.

No obstante, algunos tribunales, generalmente los de los casos más recientes, se han inclinado por aplicar una diversidad de métodos de interpretación, entre los que destacan la interpretación teleológica y la interpretación funcional, adicionalmente a la interpretación literal. Este es el caso, por ejemplo, de los tribunales de *Pac Rim c. El Salvador*, *Guaracachi c. Bolivia*, y *Ampal c. Egipto*.

En ese sentido, se puede plantear como una conclusión preliminar de la investigación realizada que los tribunales de los casos analizados suelen aplicar una interpretación literal, ya sea como único método de interpretación, o como uno de los diversos métodos interpretativos aplicados.

68. *Id.*, 155-156.

69. *Id.*, 148.

70. *Id.*, 157-160.

71. *Id.*, 164-169.

2. ¿Los Tribunales Arbitrales deberían adoptar únicamente un método de interpretación literal o también otros métodos interpretativos?

Consideramos importante que los tribunales arbitrales recurran a métodos interpretativos adicionales a la interpretación literal al momento de analizar las cláusulas de denegación de beneficios de los tratados que protegen la inversión extranjera. Llegamos a esta conclusión preliminar porque consideramos que una interpretación sustentada en diferentes métodos interpretativos, como la interpretación funcional o teleológica, entre otras, además de la literal, resulta más coherente con la interpretación que usualmente deberán adoptar los tribunales arbitrales al analizar los tratados de inversión que contengan las cláusulas materia de análisis.

Lo anterior se fundamenta, precisamente, en que los tribunales arbitrales en casos de arbitrajes de inversión, usualmente deberán remitirse a los métodos de interpretación recogidos en la CVDT. Como explican Dolzer y Schreuer, al interpretar tratados de inversión, "(l)a mayoría de los tribunales [arbitrales] comienzan invocando el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados"⁷². Además, cabe destacar que los métodos de interpretación reconocidos en la CVDT suelen considerarse como costumbre internacional,⁷³ lo que refuerza el hecho de que los tribunales arbitrales deberán recurrir a ellos en la mayoría de los casos al interpretar tratados de inversión.

Pues bien, se tiene que la CVDT recoge en sus artículos 31 y 32 diversos métodos de interpretación que se deberán utilizar para interpretar tratados de inversión como los que nos ocupan. Entre los diversos métodos de interpretación reconocidos, se encuentran, entre otros, (i) la conocida "regla del significado ordinario de los términos"⁷⁴, que constituye básicamente el método de interpretación literal y que, como se ha señalado, viene a ser el punto de partida de la interpretación de los tratados de inversión⁷⁵; (ii) la regla basada en el "objeto y fin del tratado"⁷⁶, que viene a ser el método teleológico; y, (iii) la regla basada en los acuerdos subsiguientes y la práctica,⁷⁷ que en cierto sentido recoge también al método funcional.

En esa línea, como explica Aust, al redactar los borradores de los artículos 31 y 32 de la CVDT, la Comisión de Derecho Internacional rechazó la visión que daba preponderancia a un método interpretativo en particular, decantándose al final por recoger diversos métodos de interpretación, en base a lo que ya habría sido dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia:

"La Comisión rechazó la opinión de que al interpretar un tratado hay que dar importancia a un factor concreto, como el texto (enfoque «textual» o «literal»), o las supuestas intenciones de las partes, o el objeto y la finalidad del tratado (enfoque «efectivo» o teleológico). El recurso a uno de ellos en detrimento de los demás es contrario a la jurisprudencia de la

-
- 72. Dolzer, Rudolf. & Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 28
 - 73. Aust, A. (2007). *Modern Treaty Law and Practice*, Second Edition, Cambridge University Press, p. 232. Como explica Aust: ("The International Court of Justice considers that principles embodied in Articles 31 and 32 reflect customary international law, and other international courts and tribunals, for example, the World Trade organization (WTO) Appellate Body, have followed this").
 - 74. Clasmeier, M. (2016). *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, "Chapter 1: Treaty Interpretation in Public International Law", Kluwer Law International, pp. 8-9.
 - 75. McLachlan, C. (2008). "Investment Treaties and General International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 2, p. 399. ("Central place of the treaty text: The application of such other rules is subject to the general rule of interpretation, which starts with the ordinary meaning of the words and their object and purpose (Article 31 (1))").
 - 76. Clasmeier, M. (2016). *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, "Chapter 1: Treaty Interpretation in Public International Law", Kluwer Law International, pp. 10-15.
 - 77. *Id.*, p. 16.

*Corte Internacional de Justicia*⁷⁸ (Traducción propia)

Por tanto, es en base a lo anterior que consideramos que una interpretación sustentada en diferentes métodos interpretativos, y no solo en el método literal, resulta concordante con lo dispuesto en torno a la interpretación de tratados internacionales en la CVDT y con la práctica que suelen seguir los tribunales arbitrales al interpretar este tipo de tratados.

Por otro lado, consideramos que existe un motivo adicional que permite sustentar por qué es preferible una interpretación de la cláusula de denegación de beneficios en la cual los tribunales adopten diferentes métodos interpretativos y no se remitan únicamente a realizar una interpretación literal. Esta razón consiste en que, dado que existen diferentes líneas jurisprudenciales en torno a la interpretación de este tipo de cláusulas en los tratados suscritos por EE.UU.⁷⁹, el hecho de que un tribunal adopte diferentes métodos interpretativos para sustentar el optar por una u otra tendencia podrá tener mayor influencia en la interpretación que adopten otros tribunales en el futuro al interpretar cláusulas similares. Nos explicamos.

Como se ha señalado al inicio de esta investigación, en el arbitraje de inversiones, los tribunales arbitrales analizan cada controversia en base a los tratados aplicables en cada caso concreto, y en base a las tendencias interpretativas que suelen seguir los diferentes árbitros que componen a dichos tribunales.⁸⁰ Por tanto, si un tribunal quiere que su decisión pueda ser usada como marco de referencia y pueda influir en los

tribunales que analicen cláusulas similares en el futuro, deberá interpretar la cláusula adoptando diferentes métodos de interpretación. De este modo, se garantiza que estos tribunales no descarten una interpretación por interpretar solo literalmente el tratado aplicable al caso concreto, el cual podría diferir en su redacción en aspectos menores de las otras cláusulas que sean analizadas por estos otros tribunales en el futuro.

Asimismo, también se garantiza que, al adoptar diferentes métodos interpretativos, se brinde una interpretación que sea más acorde con los métodos interpretativos preferidos por los distintos tribunales que interpreten cláusulas similares en el futuro. Por ejemplo, si un tribunal adopta diferentes métodos de interpretación al interpretar una cláusula de denegación de beneficios, entre los que se incluye el método funcional, y en el futuro otro tribunal, que debiera interpretar una cláusula similar en otro caso, diera preponderancia a la interpretación funcional por las preferencias personales de los árbitros que lo componen, entonces es probable que dicho tribunal se vea persuadido, o por lo menos considere, la interpretación del tribunal inicial que interpretó una cláusula de denegación de beneficios similar en base a diferentes métodos interpretativos entre los que adoptó al método funcional.

Por tanto, por estos motivos adicionales, consideramos que es preferible que los tribunales que deban interpretar cláusulas de denegación de beneficios en el futuro, y particularmente el momento correcto en que estas deban ser invocadas por los Estados, adopten diferentes

78. Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, (UK: Cambridge University Press, 2007) 231.

79. Nos referimos a la tendencia mayoritaria, que considera que la cláusula puede invocarse con posterioridad al inicio del arbitraje, y a la tendencia minoritaria, que considera que la cláusula solo puede invocarse con anterioridad al inicio del arbitraje. Ambas tendencias han sido explicadas en detalle en la sección 3 del presente trabajo.

80. Cole, Tony, *The Structure of Investment Arbitration* (London: Routledge, 2013) 81. “[t]he law applicable in a dispute is usually found in a bilateral agreement, applicable only between the two states connected to the dispute, rather than in a multilateral treaty or customary international law. Moreover, the international investment community itself is profoundly divided on many issues of substantive law, meaning both that the interpretation given to international investment law by a tribunal will be determined largely by those who sit on it, and that even the most authoritative texts are recognized as representing only their authors’ own views, rather than constituting a clarifying statement of the law as it actually stands”.

métodos de interpretación y no se limiten a interpretar literalmente este tipo de cláusulas.

V. CONCLUSIONES

A partir de los casos analizados y las consideraciones expuestas anteriormente, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- i. Primero, existen dos tendencias en torno a la interpretación de las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados concluidos por Estados Unidos. Por un lado, una tendencia mayoritaria que propone que la cláusula puede invocarse con posterioridad al inicio del arbitraje, y por otro lado, una tendencia minoritaria que propone que la cláusula solo puede invocarse con anterioridad al inicio del arbitraje.
- ii. Segundo, los tribunales que han analizado la invocación de las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados suscritos por Estados Unidos han adoptado en todos los casos un método de interpretación literal, ya sea como único método de interpretación aplicable, o como uno de los diversos métodos de interpretación a los que se ha recurrido.
- iii. Tercero, se considera adecuado que los tribunales arbitrales que interpreten las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados suscritos por Estados Unidos recurran de manera simultánea a los diversos métodos de interpretación recogidos por la CVDT, y no se limiten a aplicar únicamente el método de interpretación literal.