

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

**El consentimiento para recurrir al CIADI como base
de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales
constituidos en conformidad al Convenio de
Washington. Análisis de algunos de sus fallos.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Tesista: Mario Soler Reyes

Profesora Guía: Nicole Nehme Zalaquet

Santiago, 11 de Julio de 2005.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer, principalmente a mi madre, Lucila, que no sólo vivió este trabajo, sino que me acompañó toda mi vida. A mi profesora, Nicole Nehme Zalaquett, por su paciencia, su valiosa ayuda, su confianza en mí. Quiero agradecer a mi familia, Claudia y Amanda, a mis amigos y a mis compañeros de trabajo, todos ellos indispensables en la llegada a puerto de esta travesía.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
SÍNTESIS	5
Capítulo I: Consentimiento de los Estados para someter una controversia al CIADI	6
A. Aspectos generales del CIADI	6
B. Importancia del consentimiento	13
C. Formas de manifestación del consentimiento por parte de los Estados para someter una controversia específica al CIADI	22
1. Fuentes contractuales	22
2. Fuentes legales internas	28
3. Tratados internacionales	32
(a) Tratados de Promoción y Protección Recíprocos de Inversiones	33
I. Algunas consideraciones sobre esta fuente en particular	44
II. Elección del foro	47
(b) Tratados multilaterales	57
i. Tratado de Libre Comercio de América del Norte.	57
ii. Tratado de la Carta de Energía	67
iii ALCA y MERCOSUR	68
4. Declaración unilateral	69
Capítulo II: Ámbitos de competencia de los tribunales arbitrales constituidos conforme al CIADI.	71
A. Ámbito material	71
1. Existencia de una diferencia	72
2. Que la controversia sea de naturaleza jurídica	74
(a) Fallos CIADI en los que se aplica la legislación interna de cada Estado	76
(b) Fallos CIADI que aplican la legislación internacional:	79
(c) Algunas consideraciones respecto la politización de las controversias jurídicas	80
(d) Algunas consideraciones respecto la renegociación de los contratos	

a la luz de los tribunales arbitrales CIADI	85
3. Que surja directamente de una inversión	87
B. El ámbito personal	97
1. Estado contratante	98
2. Nacionalidad del inversionista	102
(a) Personas naturales:	102
(B) Personas jurídicas	105
I. Criterio de la nacionalidad	106
II. Criterio del control extranjero de las personas jurídicas	110
Capítulo III: Análisis de algunos laudos de tribunales arbitrales CIADI en los que Estados demandados han presentado objeciones a la jurisdicción	122
A. Aspectos generales	122
B. Laudos	125
1. “Tradex Hellas c. República de Albania”. Jurisdicción unida a la comprobación de materias de fondo.	125
2. “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica”. Manifestación del consentimiento expresamente para el caso concreto.	130
3. “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”. Jurisdicción del Tribunal y elección de foro.	130
4. “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”. Determinación y alcance de la jurisdicción en relación con la naturaleza estatal del inversionista y las operaciones relacionadas.	134
5. “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”. Jurisdicción del tribunal por aplicación de la cláusula de Nación Más Favorecida convenida en un tratado bilateral.	141
6. “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos” Jurisdicción declinada por el Tribunal por la obligación de los demandantes de renunciar a otros procedimientos..	148
7. “Eudoro A. Olgún c. República del Paraguay”. Jurisdicción otorgada mediante Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones.	149
8. “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de	

Estonia”. Jurisdicción unida al fondo del asunto.	153
9. “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”. Objeciones en razón de la persona y en razón de la materia, gastos previos a la inversión.	155
10. “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”. Jurisdicción en relación con el control extranjero de una sociedad local.	159
11. “Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo”. Objeción de jurisdicción aceptada basada en la nacionalidad del inversionista de un Estado que no es Parte del Convenio de Washington.	164
12. “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”. Objeciones de jurisdicción en base a legitimación de la persona por residencia y requisitos específicos del TLCAN.	165
CONCLUSIONES	168
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	172
A. Referencias revisadas	172
B Referencias consultadas	172
C. Fallos revisados	177
D. Fallos dictados por Tribunales Arbitrales constituidos conforme al CIADI revisados	179
CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS	185

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes problemas internacionales se ha visto resuelto con la suscripción del Convenio Para El Arreglo De Diferencias Relativas A Inversiones Entre Estados y Nacionales de otros Estados, también llamado el Convenio de Washington de 1965, mediante el que se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, “CIADI” o el “Centro”.

Es una realidad desde a lo menos dos siglos, que los poseedores de capital se aventuran a invertirlo fuera de las fronteras de sus países de origen en búsqueda de mayores rentabilidades y ganancias. Esto ha aumentado considerablemente conforme a la sociedad globalizada que vivimos, en la que cada vez nuestro mundo es relativamente más pequeño, y las relaciones humanas de cualquier tipo, incluso llevadas a cabo por personas de distintos continentes, parecieran ser realizadas entre vecinos de cuadra. No podía este fenómeno no trasladarse a las transferencias de capital entre Estados.

Los hechos pueden ser expresados de la siguiente forma. Un inversionista veía la posibilidad de invertir en un país distinto del que le concedía la nacionalidad, sin embargo, muchas veces, desconociendo la legislación nacional de este último país. Dentro de esta relación, podían presentarse conflictos entre el inversionista extranjero y el país que lo acogía. Estas controversias podían ser resueltas de múltiples formas, incluyendo por supuesto el foro nacional. Mas, muchas veces estos conflictos, ya sea por abuso de una de las partes o por no conformidad de la otra, no llegaban a buen término, por lo que el inversionista, sintiéndose desprotegido frente a una maquinaria estatal superior, y no siendo sujeto de derecho internacional para asumir su defensa en el orden jurídico internacional, recurría a su propio Estado para que lo defendiera y exigiera se respetaran los que creía sus derechos. Surgía el problema, primeramente de que el Estado del que era nacional el inversionista aceptara defender su causa y otorgarle protección diplomática.

No fueron pocas las controversias interestatales surgidas de los conflictos entre inversionistas extranjeros y los Estados en los que desarrollaban su inversión, y que generaban la defensa del Estado nacional del inversionista, a través de la institución de la protección diplomática, llegándose incluso a la adopción de medidas coercitivas y al uso de la fuerza armada. La protección diplomática sumada a los conceptos de “estándar mínimo internacional” y “responsabilidad del Estado por daños causados a la persona y bienes de los extranjeros” representaron el mecanismo de solución de los conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados¹.

Todo lo dificultoso del mecanismo anteriormente esbozado, se intentó salvar con la suscripción por parte de los Estados del Convenio de Washington. Es de tal importancia este Convenio para la solución de conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados, que se transforma en un requisito previo de muchos inversionistas para llevar sus capitales a otras latitudes. Además, su mención en muchos Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones ha llevado al Centro creado en virtud del tratado de Washington a ser el organismo natural para la resolución de estas controversias.

La suscripción del Convenio por parte de un Estado otorga, generalmente, la posibilidad a los inversionistas extranjeros de recurrir al Centro, eliminando la institución de la protección diplomática de estas controversias mixtas, dándoles un foro internacional en el que el propio inversionista extranjero, persona natural o jurídica, puede demandar directamente a un Estado ante un Tribunal Arbitral, que dictará un laudo exigible para el Estado demandado y para todos los Estados contratantes del Convenio.

Esta es la mayor ventaja de este mecanismo de solución de controversias: la posibilidad del inversionista extranjero de recurrir a un foro del que solicitar las medidas necesarias para el restablecimiento del imperio del Derecho.

Sin embargo, esta posibilidad de recurrir al Centro por parte del inversionista extranjero en contra del Estado receptor de la inversión sólo puede materializarse sí y sólo sí,

¹ Vives Chillida, J. (1998): El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Madrid, España, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., p 1.

este Estado ha manifestado su consentimiento para ser demandado ante esta instancia internacional. Esta es a mi juicio la mayor dificultad de esta materia, y a intentar entenderla se dirigirán mis esfuerzos. Quiero a través de esta obra, realizar el bosquejo que permita entender cómo se puede recurrir al CIADI, quiénes pueden hacerlo y sobre qué tipo de materias.

El Convenio suscrito bajo el alero del Banco Mundial que crea el CIADI determina que la base de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales o Conciliadores constituidos conforme a sus disposiciones es la voluntad de los Estados Contratantes y de los inversionistas extranjeros de someter las controversias que surjan entre ellos a sus estrados. Quiero desde ya señalar que esta obra se enfocará principalmente en el consentimiento del Estado de someter una diferencia al Centro, más que en la manifestación del mismo por parte del inversionista.

Por ello analizaré primeramente la importancia de este consentimiento como la manera de otorgar jurisdicción a los Tribunales Arbitrales del Centro, las formas como se manifiesta este consentimiento, todo ello desde el punto de vista del Estado demandado.

Posteriormente haré referencia a los ámbitos de aplicación del Convenio, en el sentido de determinar quiénes pueden recurrir al Centro solicitando un arbitraje según sus normas, y respecto de qué tipo de materias puede recurrirse a este organismo en búsqueda de una solución de la controversia presentada.

Finalmente, estudiaré algunos fallos dictados por Tribunales Arbitrales constituidos conforme al Convenio de Washington, enfocado este análisis al desarrollo de las objeciones a la jurisdicción presentadas por Estados, y a la forma en que ellos se han resuelto.

De la misma forma, he querido unir todos los elementos antes mencionados a través de la adición de lo que han señalado los mismos Tribunales Arbitrales CIADI respecto algunos de los temas tratados.

En cuanto a la metodología empleada, para lo anterior estudié y analicé cada uno de los fallos que se mencionan en esta obra, para extraer de las decisiones de los Tribunales Arbitrales del CIADI la determinación y definición de cada uno de los elementos requeridos para otorgar

jurisdicción a sus jueces árbitros. Esta es una de las cuestiones relevantes del análisis de los fallos, ya que el Convenio, en la determinación de los asuntos de que pueden conocer los Tribunales Arbitrales, en un ánimo de no limitar la jurisdicción del Centro, deja abiertos estos conceptos a la definición de las partes involucradas y no los circunscribe respecto de ciertos requisitos que deben cumplirse en razón de la materia y de las personas que pueden recurrir al Centro, es decir el ámbito material y el ámbito personal de la competencia del CIADI.

El objetivo primordial de este estudio es tratar de entender en la práctica una de las formas en que puede defenderse un inversionista extranjero que ve vulnerada su inversión en un país extranjero, para lo cual debe primeramente determinar si el Estado que ha vulnerado su inversión ha otorgado consentimiento al CIADI para que conozca de este conflicto. Así determinar cuándo un Estado ha otorgado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, se transforma en la base para poder recurrir al Centro y las variadas formas en las que puede ser otorgado este consentimiento, en una multiplicidad de posibilidades. Ahora bien, me interesa también determinar quién y respecto de qué controversias se puede recurrir al Centro y la forma en que se han definido estas cuestiones en los fallos de casos concretos conocidos por estos Tribunales Arbitrales.

Este es mi esfuerzo, tratar de inducir de los fallos presentados las razones por las que se ha otorgado o denegado la jurisdicción del Centro para cada caso concreto.

SÍNTESIS

La primera parte de este trabajo se refiere a la importancia del consentimiento de los Estados para someter una controversia a la jurisdicción de Tribunales Arbitrales constituidos conforme al CIADI. Posteriormente, se analiza cada una de las formas en que se puede manifestar el consentimiento de los Estados, esto es a través de la legislación nacional, de acuerdos particulares con el inversionista, de tratados internacionales, bilaterales o multilaterales, o de declaraciones unilaterales.

Luego, se analiza el ámbito de aplicación material y personal del Convenio de Washington, es decir, qué tipo de materias serán las que podrán ventilarse ante sus foros. Así, basados en el artículo 25 del Convenio, logramos el análisis de los requisitos materiales del conflicto: que exista una diferencia, que esta diferencia sea de naturaleza jurídica, que surja directamente de una inversión.

Ahora bien, respecto al ámbito personal de aplicación del Convenio, ello nos lleva al estudio de las partes en conflicto, es decir de los Estados que pueden ser demandados ante el Centro y de los particulares, inversionistas extranjeros, personas naturales o jurídicas capaces de incoar la jurisdicción del Centro.

Finalmente, en el capítulo denominado “Objeciones a la Jurisdicción” se analizarán algunos de los fallos dictados por Tribunales Arbitrales CIADI, en los que se ha presentado por parte de los Estados demandados objeciones a la jurisdicción del Centro, las causas por las que se presentaron dichas objeciones y la resolución de ellas por parte del respectivo tribunal.

Capítulo I: Consentimiento de los Estados para someter una controversia al CIADI

A. Aspectos generales del CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, es un organismo público internacional, estrechamente vinculado al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, conocido como Banco Mundial, creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, tratado multilateral celebrado en Washington el año 1965 (indistintamente, "CIADI" o el "Centro"). El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, conocido también como el Convenio de Washington (el "Convenio") entró en vigor el 14 de octubre de 1966, 30 días después de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. A esta fecha han suscrito el Convenio 154 países y ha sido ratificado por 142 países¹.

Expresión de la necesidad de crear un organismo internacional que resolviera las controversias que pudieran surgir entre inversionistas extranjeros y los Estados en los que se desarrollaba su inversión son estas reflexiones de Vives Chillida, en cuanto señala:

"A partir de los años sesenta se planteó en las organizaciones internacionales y en asociaciones privadas la cuestión del tratamiento justo y equitativo de las inversiones en el extranjero, en particular en los países en

¹ Al 20 de diciembre de 2004, en CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2003): Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio, www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm, lunes 11 de abril de 2005, 7:00 PM.

vías de desarrollo, y la oportunidad de acceso de los inversores a mecanismos internacionales de solución de controversias.”².

Igualmente, otro autor, Herrera, señala:

“...la existencia de un mecanismo eficaz de solución de controversias entre los países proveedores y receptores [de capital] es también una exigencia fundamental... [para el clima favorable de la inversión extranjera directa.]”³.

Es así como bajo el auspicio del Banco Mundial, una entidad primordialmente técnica, pero que no deja de tener ciertos rasgos políticos, se aprobó por los directores ejecutivos de ese organismo, el 18 de marzo de 1965, la presentación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados a los gobiernos, para su firma y ratificación, aceptación y aprobación.

Ejemplo de la importancia que representa para la comunidad internacional la celebración de este Convenio lo demuestra lo sostenido por el Tribunal Arbitral constituido conforme a las reglas del CIADI en el caso “Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo”, en que se expresa que el Convenio de Washington introduce mecanismos de solución a dos problemas, el primero es la posibilidad del inversionista extranjero de recurrir a un organismo internacional presentando su reclamo, no teniendo que depender de la buena o mala voluntad de su Estado para ejercer la protección diplomática, y segundo, la no confrontación entre los Estados involucrados, al permitir que el inversionista demande directamente al Estado receptor de la inversión, no involucrando a su Estado nacional⁴.

Debemos señalar que esta fase inicial del estudio y aprobación del Convenio por parte de los organismos técnicos del Banco Mundial se vio caracterizada por la oposición de los países

2 Vives Chillida, J. (1998): *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, España, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., p 13

3 Herrera, E. (2000): Inversión extranjera directa: un enfoque heterodoxo, *Revista Diplomacia*, N   82 enero-marzo, Santiago de Chile, Academia Diplomática de Chile, p.104.

4 “Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo”, extracto del Laudo del Tribunal de fecha 1 de septiembre de 2000, www.worldbank.org./icsid/cases/awards.htm, p.7.

6 Mayorga Lorca, R y L. Montt D. (1994): *Inversión extranjera en Chile*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., p.107.

latinoamericanos, basados principalmente en su fidelidad a la idea difundida en nuestra región de la llamada Cláusula Calvo, según la cual las controversias emanadas de inversiones extranjeras no podían sustraerse de la jurisdicción interna ni de la soberanía nacional⁶, situación que incluso mantuvo a Chile marginado de la suscripción y aplicación del Convenio de Washington hasta 1991⁷, y de los Tratados de Promoción y Protección recíproca de Inversiones ("TPPI") hasta la década de los noventas⁸. Según Pedro Roffe, citado por Rioseco Álvarez, la Cláusula Calvo es:

“...una disposición contractual en virtud de la cual el extranjero en sus actividades económicas en el país huésped se compromete a no invocar la protección diplomática de su país”⁹.

En el asunto “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, el Tribunal constituido conforme a las reglas del CIADI ante el que se ventila una contienda surgida de la inversión del Sr. Maffezini, ciudadano argentino, en España, y que trataremos más adelante, alude a este apego a la soberanía nacional a través de la cláusula Calvo de la siguiente manera:

“Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio del CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntos de vista contradictorios de quienes favorecían el arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo.”¹².

7 Chile firmó el Convenio el 25 de enero de 1991, depositó el instrumento de ratificación el 25 de septiembre de ese mismo año y entró a regir para nuestro país el 24 de octubre de 1991.

8 Polanco Lazo, R. (2000): Mecanismo jurídico de solución de controversias de inversión extranjera en Chile y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, tesis para optar al grado de magister en Derecho mención Derecho Económico, p.51, 53 y 59.

9 Rioseco Vásquez, A. (1987): El Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el derecho de protección diplomática y otros principios jurídicos internacionales, *Revista Estudios*, Santiago de Chile, sociedad chilena de Derecho Internacional, p.145.

12 “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, decisión de jurisdicción de fecha 25 de enero de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.22.

A pesar de ello, y con la esperanza de la participación final de los países latinoamericanos, se incluyó el texto en español como texto auténtico del Convenio¹³. A la fecha, la mayoría de los países latinoamericanos han suscrito el Convenio, destacando su no suscripción por parte de México y Brasil entre otros.

El CIADI es un ente con personalidad jurídica propia de Derecho Internacional, y es prácticamente el único organismo internacional ante el cual los particulares tienen la posibilidad de demandar directamente a un Estado¹⁴. Está compuesto por un Consejo Administrativo (integrado por un representante de cada uno de los Estados Contratantes y presidido por el Presidente del Banco Mundial), cuenta con un Secretariado (constituido por un Secretario General, por uno o más secretarios adjuntos y por el personal administrativo) y mantiene una lista permanente de conciliadores y árbitros. Su sede principal se encuentra en Washington D.C., oficina principal del Banco Mundial¹⁵. La estructura del Centro se caracteriza por su sencillez y economía compatibles con el eficaz cumplimiento de sus funciones¹⁶. Para la solución de las controversias que se produzcan entre inversionistas y Estados, el CIADI designa Tribunales Arbitrales para cada caso concreto, integrados por tres miembros, nombrados por las partes si existe acuerdo, o por el Centro en caso contrario.

El Centro considera dos mecanismos básicos de solución de controversias: el arbitraje y la conciliación. En esta obra nos abocaremos al primero de ellos, ya que hasta esta fecha los casos más habituales se han llevado ante el Centro bajo la solicitud de su arbitraje, siendo sólo tres de los casos concluidos los que han sometido al CIADI asuntos de conciliación¹⁷, en comparación a ochenta y dos casos de arbitraje concluidos¹⁸.

13 P. C. Szasz, "The Investment Disputes Convention and Latin America", citado por Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.15.

14 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.183.

15 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.47.

16 Jaramillo Cisternas, P y V. Viteri Vogel (1998): Mecanismos de solución de controversias en materia de inversión extranjera, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, p.52.

17 Los casos de conciliación concluidos que ha conocido el CIADI, publicados en la página web oficial del Centro hasta diciembre de 2003, son los siguientes:

1. "SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. c. República Democrática de Madagascar";
2. "Tesoro Petroleum Corporation c. Trinidad y Tobago"
3. "SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. c. Madagascar";

Ante el CIADI, para la solución del conflicto derivado de inversiones entre un inversionista extranjero y un Estado receptor de la inversión, pueden presentarse reclamaciones conforme a dos estructuras de reglas. Ellas son la aplicación del Convenio o la aplicación del Mecanismo Complementario para la resolución de la controversia; dependiendo la utilización de uno u otro del cumplimiento de los requisitos para someter el conflicto al Centro. Si se cumplen todos los requisitos que dispone el Convenio para que pueda someterse una materia a arbitraje o conciliación de acuerdo a las reglas de Convenio, éste se utilizará. Si alguno de los elementos que dispone el Convenio para que pueda someterse la disputa de acuerdo a sus reglas no es satisfecho, puede someterse la controversia al Mecanismo Complementario, con reglas y finalidad similares al Convenio. El Mecanismo Complementario se aprobó en 1978 por el Consejo Administrativo del CIADI con el objeto de impulsar la actividad del Centro, permitiendo que pudieran someterse controversias en aquellos casos en que el CIADI no era competente, generalmente porque el Estado nacional del inversor o el Estados receptor no eran parte del Convenio¹⁹. Con relación al Arbitraje ante el CIADI, han señalado Jaramillo y Viteri:

“En el **arbitraje**, las partes someten su diferencia a un tercero o a un tribunal especialmente constituido para ese fin, quien resuelve de acuerdo con las normas que ellas especifican (usualmente normas de derecho) y cuya decisión es aceptada como definitiva por los contendientes.

La característica principal del arbitraje, es que conlleva a un resultado legalmente obligatorio para las partes en controversia. Asimismo, cuando las partes se someten a él, ninguna puede unilateralmente abandonar el procedimiento”²⁰.

Polanco, refiriéndose al éxito para las empresas de sus acciones ante Tribunales Arbitrales del CIADI:

todos ellos en CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2003): Lista de Casos Concluidos, www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm, sábado 10 de julio de 2004, 7:45 PM.

18 Ídem.

19 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.40.

20 Jaramillo Cisternas, P y V. Viteri Vogel, op.cit. en nota al pie N° 16, p.21.

“En el ámbito internacional, estos tribunales se han vuelto más populares en la medida que las empresas ven cuan exitosa contraparte han sido. Las estadísticas del CIADI muestran que en los primeros 30 casos completos el Estado Parte solo [sic] ha salido airoso en 2 instancias, 16 casos fueron arreglados y terminados por mutuo acuerdo y en 12 instancias la parte agraviada ganó en el tribunal.”²¹.

Según Polanco:

“Contrario a lo que pueda creerse, el arbitraje de inversiones del CIADI no procede del arbitraje mercantil internacional, sino de procedimientos de arbitraje interestatales que se instauraban como medios para la protección diplomática en virtud de la cual un Estado hacía suya la causa de sus nacionales.”²².

Se criticó en un primer momento la falta de jurisprudencia generada por los Tribunales Arbitrales CIADI, ya que en sus primeros 20 años sólo hubo 19 solicitudes de arbitraje²³, situación que ha cambiado radicalmente desde mediados de la década de los noventa, en que el número de casos ha aumentado, involucrando diferentes áreas de inversión como agricultura, bancos, construcción, energía, salud, industrias, minería y turismo²⁴. Progresivamente el recurso al Centro por parte de inversionistas extranjeros registrando una solicitud de arbitraje contra Estados Contratantes ha aumentado. En los años '80 se iniciaron 15 casos, en los '90 dicha cifra aumentó a 42 casos²⁵ y en lo que va de la década se ha requerido la iniciación de 106 casos más²⁶.

Según Polanco, una de las ventajas del CIADI radica en la disminución de la duración de cada procedimiento:

21 Swallow Matheu, “Courting international business”, en *The Lawyer*, 06 de Julio de 1999, citado por Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.182.

22 Polanco, op.cit en nota al pie N° 8, p.184.

23 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.195.

24 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.196.

25 Ídem.

26 CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2005): Lista de Casos Pendientes, www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm, y): Lista de Casos Concluidos, www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm, lunes 11 de abril de 2005, 7:55 PM.

“El promedio de duración de cada procedimiento (considerando todos los terminados hasta la fecha), contado desde la fecha en que se registra la solicitud de arbitraje en el C.I.A.D.I. hasta la dictaminó del laudo arbitral es aproximadamente de 3 años. Sin embargo durante la última década dicho término se había reducido a un promedio de 2 años y 7 meses, existiendo una tendencia a la baja.”²⁷.

En lo que se refiere a nuestro país, y su relación con este mecanismo internacional de solución de controversias, he creído importante la realización de esta investigación considerando que en la abrumadora mayoría de TPPI suscritos por Chile, se encuentra el CIADI como mecanismo de solución de conflictos entre el Estado y los inversionistas extranjeros²⁸.

En lo que respecta a nuestro país, hasta la fecha de esta obra, se ha solicitado el registro de arbitraje en contra de Chile en los siguientes casos:

1. “Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile”, registrado el 20 de abril de 1998;
2. “MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile”, registrado el 6 de agosto de 2001²⁹.
3. “Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile”, registrado el 27 de febrero de 2004³⁰.

A pesar de la gran cantidad de posibilidades de que un conflicto en materia de inversiones que surja entre un inversionista extranjero y el Estado de Chile, pueda ser conocido por el CIADI en virtud del sometimiento a su jurisdicción en los TPPI suscritos por Chile, no está determinado el organismo del Estado que asumiría su defensa ante este organismo, respecto a lo que Polanco señala:

27 Polanco, *op.cit.* en nota al pie N° 8, p.197.

28 Polanco, *op.cit.* en nota al pie N° 8, p.203 y 204.

29 Por resolución de fecha 25 de mayo de 2004, el Tribunal constituido conforme las normas del CIADI condenó al Estado de Chile a pagar una indemnización a la sociedad MTD CHILE S.A. EMOL (El Mercurio On Line) (2004); www.emol.com, sábado 9 de julio de 2004, 14:45 PM.

30 En CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2005): Lista de Casos Pendientes, www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm, lunes

11 de abril de 2005, 7:55 PM. También en Polanco, *op.cit.* en nota al pie N° 8, pp.205 y 206, haciendo una breve reseña de ellos..

“No hay ningún órgano nacional que tenga la tarea expresa de representar al Estado chileno en controversias por inversiones extranjeras ante Tribunales Internacionales. En el caso particular de “Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile“, el Presidente de la República le encargó al Comité de Inversiones Extranjeras esta tarea justificando esta decisión en la especificidad del tema, lo que debiera ser ratificado por una disposición de rango legal.”³¹.

B. Importancia del consentimiento

La posibilidad para un inversionista extranjero de recurrir al CIADI como órgano arbitral que resuelva un conflicto surgido de una inversión realizada en un Estado del que no es nacional, se basa en el consentimiento de ambas partes, aunque podríamos sostener que es la voluntad del Estado la máspreciada en este caso.

El consentimiento de las partes, del inversionista extranjero y del Estado receptor es fundamental para otorgar competencia a un Tribunal del CIADI. Sin embargo, la piedra angular de esta competencia radica en el consentimiento del Estado receptor de la inversión para someter una controversia al CIADI, ya que siempre el demandado ante este tipo de Tribunales corresponderá a un Estado receptor de una inversión y el demandante será un inversionista extranjero que presente una diferencia respecto a este Estado con relación a una inversión realizada en él.

Como Vives Chillida, en su obra que será una de las bases de nuestro estudio, gráficamente señala:

“La clave de bóveda de la exclusividad y autonomía [características que el autor atribuye] del sistema arbitral del CIADI está constituida por el consentimiento de las partes en la diferencia, un Estado y un nacional de otro

³¹ Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, pp 208 y 209.

Estado, a recurrir al CIADI. En el marco del Convenio de Washington este consentimiento tiene, de un lado, unos efectos negativos respecto de la protección diplomática y el requisito de agotamiento de los recursos internos –exclusividad– y, de otro, unos efectos positivos que se traducen en el derecho aplicable a la controversia, el recurso de anulación y el sistema de reconocimiento y ejecución del laudo –autonomía–.”³².

Respecto el efecto negativo de la renuncia a ejercer la protección diplomática de sus nacionales que realiza un Estado al suscribir el Convenio, sostiene Rioseco Álvarez que:

“...por primera vez, se ha suscrito un tratado que institucionaliza esta situación, de manera que se consagra la validez de una renuncia general, por parte de un Estado, a la acción de protección diplomática...”³³.

Y referente al efecto de autonomía de la firma del Convenio, Rioseco Álvarez dice:

“...no es necesario un procedimiento de exequátur respecto de la sentencia del Tribunal CIADI, ya que ésta es reconocida de pleno derecho por los Estados Contratantes...”³⁴.

Asimismo se sostiene en el asunto “Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo”, en el que el Tribunal expresa:

“El propósito... [del Convenio] era trasladar las diferencias desde el campo de la diplomacia y llevarlas de vuelta al campo del derecho.”³⁵.

Continuamos refiriéndonos a los efectos negativos, que según Vives Chillida:

“...son el cimiento del carácter exclusivo del sistema arbitral del CIADI [...] es el Convenio el que establece que el consentimiento del Estado al arbitraje del CIADI excluye cualquier otro recurso (art. 26) y que el Estado nacional del

32 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, pp.XXVI y 67.

33 Rioseco Vásquez, op.cit. en nota al pie N° 9, p.146.

34 Rioseco Vásquez, op.cit. en nota al pie N° 9, p.160.

35 “Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo”, extracto del Laudo del Tribunal de fecha 1 de septiembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.7. El texto en inglés es: “The purpose...was to remove disputes from the realm of diplomacy and bring them back to the realm of law.”

inversor, [si éste manifestó su consentimiento de recurrir al CIADI] renuncia a ejercer la protección diplomática de su nacional (art. 27).³⁶.

En cuanto a los efectos positivos del consentimiento al arbitraje, éstos consisten en:

“...el derecho del inversor de litigar directamente en un procedimiento arbitral internacional frente al Estado receptor de su inversión [...] y el beneficio de poder obtener a su favor un laudo arbitral que es, al mismo tiempo, una sentencia internacional obligatoria para el Estado condenado frente al Estado nacional del inversor [...] y una sentencia interna de todos los Estados contratantes del Convenio.”³⁷.

Relacionado con estos efectos positivos se encuentra la renuncia a la jurisdicción que realizan los Estados por la suscripción del Convenio; ello lo recogen Jaramillo y Viteri de la siguiente forma:

“La inmunidad de jurisdicción consiste en que un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de un tribunal extranjero, sea ordinario o especial (ej. tribunal arbitral). Por su parte, la inmunidad de ejecución consiste en la posibilidad de que una de las partes en conflicto que haya obtenido un fallo favorable (en este caso el inversionista extranjero) pueda demandar la ejecución del fallo a través de un procedimiento de apremio, en los tribunales ordinarios de su país. Claramente, es posible sostener que con la sola lectura del Convenio (art. 53 y 54 inc. 1 y 2) [...] los Estados contratantes por el solo hecho de ratificar el presente tratado renuncian expresamente a ambos tipos de inmunidad. Así, frente a un conflicto que puede tener un inversionista extranjero en Chile, [...] es posible que dicha disputa pueda ser llevada a un Tribunal Arbitral internacional donde será juzgado dicho Estado. En el evento de que dicho inversionista obtenga un fallo favorable y Chile se niegue a darle cumplimiento, éste podrá demandar ejecutivamente ya sea en su país de origen, en Chile o en el territorio de cualquier otro Estado contratante, a fin de obtener el pago respectivo.”³⁸.

Nuevamente, Vives Chillida, refiriéndose al consentimiento expresa:

36 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.67.

37 Ídem

38 Jaramillo Cisternas, P y V. Viteri Vogel, op.cit. en nota al pie N° 16, p.77.

“...el fundamento de la competencia de las comisiones de conciliación y tribunales del CIADI es el consentimiento de las partes en la diferencia: el Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante...”³⁹.

Para algunos incluso, con su consentimiento el Estado receptor de la inversión renuncia a su inmunidad de jurisdicción para ser demandado⁴⁰.

Es por lo anterior que este consentimiento es tan importante, y por ello en algunos de sus fallos han sido los propios Tribunales CIADI los que han declarado que carecen de competencia para decidir el asunto que se les ha presentado en virtud de la falta de consentimiento del Estado para someter la diferencia a su estrado.

Demostración de la importancia del consentimiento de las partes para someter su diferencia al arbitraje ante el CIADI es la declaración del Primer Tribunal en el asunto “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, que sostiene:

“Los elementos esenciales que componen la institución del arbitraje son la existencia de un conflicto de intereses y un acuerdo de voluntades o un mandato legal, en virtud del cual se origina la constitución del Tribunal de Arbitraje. Esta aseveración constata la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes cuya expresión se realiza a través del consentimiento de someter determinadas disputas al procedimiento arbitral. Por ello, del consentimiento al arbitraje efectuado por las partes depende la completa eficacia de esta institución.”⁴¹.

Igualmente, en el asunto “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, el Tribunal sostuvo como principio relevante para la determinación de su carencia de jurisdicción para resolver el conflicto:

“El Tribunal nota que la jurisdicción del Centro, y consecuentemente del Tribunal establecido bajo su amparo, se basa en el consentimiento de las

39 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.59.

40 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p118.

41 “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo del Primer Tribunal de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.12.

Partes de la contienda que previamente han acordado someter la contienda en cuestión a la jurisdicción del CIADI y de este Tribunal.”⁴².

También lo manifestó el Tribunal Arbitral que se declaró competente en el asunto “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela” (en adelante, también “Aucoven c. Venezuela”), que sostuvo:

“94. En el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI se establece que se requiere el consentimiento de las partes para someter una diferencia a la jurisdicción del CIADI. No se pueden llevar a cabo procedimientos bajo los auspicios del Centro a menos que las partes en la diferencia hayan otorgado su consentimiento por escrito. [...].

95. De acuerdo con los Tribunales del CIADI y los comentarios sobre el Convenio del CIADI, debe primar el hecho de que las partes consintieron en la jurisdicción del CIADI; ese consentimiento se suele describir como la piedra angular de la jurisdicción del Centro...”⁴³.

Lo singular de este consentimiento es que por parte del Estado se debe manifestar en dos fases, la primera de ellas en la firma o adhesión al Convenio y, la segunda, en la manifestación de su voluntad de llevar un determinado conflicto al Tribunal Arbitral del CIADI. No ocurre lo mismo con el inversionista extranjero, que no es parte del Convenio de Washington, ni puede serlo, puesto que es un Tratado Internacional que sólo pueden suscribir los Estados, sino que sólo es parte de la controversia, por lo que su consentimiento es único y relativo de someter esa contienda determinada al Centro.

Así, puede sostenerse que el consentimiento debe ser prestado por el Estado doblemente, ya que la firma del Convenio por parte de un Estado no lo obliga a tener que defenderse ante los órganos y mecanismos que este Tratado crea, y muy bien lo explicó George Woods, Presidente del Banco Mundial, citado por Vives Chillida: “[el Convenio] lo que

42 “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, laudo del Tribunal de fecha 15 de marzo de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.157. El texto en inglés es el siguiente: “The Tribunal notes that the jurisdiction of the Centre, and consequently of the Tribunal established thereunder, is based on the consent of the Parties to the dispute that have previously agreed to submit the dispute in question to the jurisdiction of ICSID and this Tribunal.”.

43 “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.35.

hace es construir una casa: la puerta de la casa está abierta y los gobiernos serán libres de entrar [...] respecto cada controversia concreta.”⁴⁴. Asimismo, el preámbulo del Convenio de Washington expresamente sostiene que:

“...la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.”⁴⁵.

Dentro de los muchos fallos que han recogido esta premisa, podemos citar el Tribunal en el asunto “Aucoven c. Venezuela”:

“Específicamente, el sistema del Convenio se basa en dos niveles de consentimiento. En el primero está el consentimiento expresado por los Estados Contratantes que convinieron estar vinculados por el Convenio. Y en el segundo, el consentimiento otorgado por el Estado receptor y el inversionista a través de un acuerdo relativo al arbitraje del CIADI (Bernardo M. Cremades: *Arbitration between States and investors: some jurisdiction issues*, en *Business Law International*, mayo de 2001, página 157 (160-162).”⁴⁶.

Lo importante de este punto es que el Convenio debe haber entrado en vigor para el Estado parte en la controversia y para el Estado nacional del inversor parte en la controversia en el momento en que se presente la solicitud de arbitraje ante el Centro. Según Vives Chillida, refiriéndose al caso “Holidays Inn c. Marruecos”, donde ocurrió que los Estados implicados en la controversia prestaron su consentimiento para obligarse por el Convenio después de la conclusión del acuerdo de inversión y antes de la presentación de la demanda, y por esta razón Marruecos objetaba la jurisdicción del Tribunal:

“...el Tribunal afirmó que bastaba que las condiciones para establecer su jurisdicción se cumplieran en el momento de presentación de la demanda.”⁴⁷.

44 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.59.

45 En CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2002): Documentos básicos del CIADI, www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm, lunes 16 de julio de 2001, 6:30 PM.

46 “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.35.

47 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.60.

Es la segunda fase de la manifestación del consentimiento la que nos interesa en general en esta obra. Para ello recurriremos al Convenio que en su artículo 25 señala:

Artículo 25

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

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

De lo expuesto se desprende que este consentimiento específico para llevar una controversia al Tribunal del CIADI debe otorgarse en forma escrita, y por lo menos, debe existir al momento en que se presenta la solicitud de arbitraje al Centro, según la opinión del informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial⁴⁸.

De esta forma, la firma del Convenio por parte de un Estado crea una expectativa para el inversionista extranjero, que se traduce en que el Estado que es parte del Convenio de Washington considerará favorablemente la solicitud de llevar una controversia a los sistemas que el CIADI proporciona. Se ha llegado a sostener que: “Las dos fases del consentimiento están de tal modo encadenadas que parece difícil cumplir una fase sin pasar a la otra.”⁴⁹.

Este consentimiento prestado por las partes, y especialmente el otorgado por el Estado, es de carácter internacionalmente vinculante, pues genera “una obligación internacional frente a los otros Estados, de respetar las obligaciones asumidas frente al cocontratante extranjero.”⁵⁰. Tiene además el carácter de irrevocable, ya que no puede ser unilateralmente retirado, según el artículo 25 del Convenio. Puede ocurrir que un Estado, discrecionalmente y de acuerdo a una decisión interna política, notifique al Centro que excluirá de su manifestación de consentimiento llevar asuntos de una determinada materia al CIADI, lo que ocurrirá sólo para el futuro y no afectará los derechos válidamente adquiridos por inversionistas extranjeros anteriores. Así ocurrió en el caso “Alcoa Minerals of Jamaica, Kaiser Bauxite y Reynolds Jamaica Mines c. Jamaica”, donde el Estado de Jamaica promulgó una ley que modificaba los impuestos a minerales extraídos por estas compañías, las que recurren al Centro para la protección de sus derechos:

”El tribunal [...] se declaró competente y rechazó el argumento de que la notificación presentada por Jamaica pudiera revocar el consentimiento anteriormente contenido en una cláusula arbitral y determinar su falta de competencia: <<...la notificación a la que se refiere el artículo 25 no es válida más que para el futuro a título de información para el Centro y para los

48 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.60.

49 L.Siorat, citado por Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.62.

50 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.66.

futuros inversores potenciales en las empresas dedicadas a los minerales y a otros recursos naturales en Jamaica>>.”⁵¹.

Asimismo, los Estados Contratantes pueden excluir parte de su territorio de la jurisdicción del CIADI. Sin embargo, pocos Estados han hecho tales notificaciones. Polanco en su obra señala a modo de ejemplo que Gran Bretaña mantiene excluida a la isla de Chipre y Nueva Zelanda a las Islas Cook⁵².

Finalmente, ilustrativo respecto de cómo deben determinar su propia competencia los Tribunales Arbitrales resulta lo que señala el Tribunal en el asunto “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia” (en adelante también “CSOB c. Eslovaquia”), donde cita lo expresado en el asunto “Amco c. Indonesia”, y expresa que:

“34. Al determinar la forma de interpretar los acuerdos de arbitraje bajo la Convención del CIADI, el Tribunal actúa guiado por una decisión del CIADI que sostuvo que una convención de arbitraje no debe ser entendida restrictivamente, ni, de hecho, extensiva o libremente. Se debe entender de tal manera que conduzca a encontrar y respetar la voluntad común de las partes... Más aún,... cualquier acuerdo, incluyendo las convenciones de arbitraje deberían ser interpretados de buena fe, esto es tomando en cuenta las consecuencias del compromiso que las partes puede haber considerado como razonablemente y legítimamente previstas.”^{53 54}.

51 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.65

52 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.120.

53 “Amco Asia et al. V. Indonesia”, Decision on Jurisdiction of September 25, 1983, citado en el caso “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.264 . El texto en inglés: 34. In determining how to interpret agreements to arbitrate under the ICSID Convention, the Tribunal is guided by an ICSID decision which held that a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties.... Moreover, ...any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of the commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged..”

54 De la misma forma, en el caso Southern Pacific Properties (Middle east) Limited [SPP (ME)] contra la República Árabe de Egipto (Caso N° ARB/8403): Esto encuentra sustento en la redacción de la decisión arbitral del CIADI sobre jurisdicción (No. 2), del 14 de abril de 1988 en Southern Pacific Properties (Middle East) Limited [SPP(ME)] contra la República Árabe de Egipto (Caso No. ARB/84/3) sometido por México al Tribunal en el caso presente. (“Materiales de sustento de la presentación oral del Demandado”, Cuadro 1). En ese caso, el Tribunal dictaminó que: “ ... no han de interpretarse los instrumentos jurídicos restrictivamente ni expansivamente, sino en forma objetiva y de buena fe y se determinará que existe jurisdicción sólo si la fuerza de los argumentos en favor de tal determinación es preponderante”. (3 ICSID REPORTS, 131,

C. Formas de manifestación del consentimiento por parte de los Estados para someter una controversia específica al CIADI

Las formas en que un Estado puede manifestar su consentimiento para someter específicamente determinadas controversias en materia de inversiones al sistema arbitral del CIADI son:

- Contratos
- Leyes
- Tratados
- Declaración unilateral

1. Fuentes contractuales

El consentimiento de un Estado para someter una controversia específica al Centro puede manifestarse en contratos celebrados entre el Estado y el inversionista extranjero a

144, párrafo 63). (Itálica añadida.) citado en “Waste Management, Inc . c. Estados Unidos Mexicanos”, opinión disidente Primer Tribunal de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pie de pág. N° 9, p.4.

través de cláusulas por las que se exprese que las diferencias que surjan de la inversión realizada sean resueltas recurriendo al arbitraje o la conciliación del CIADI. La creencia de que esta sería la forma más común de manifestación del consentimiento llevó a que así fuera planteado inicialmente en el Convenio, que la competencia del CIADI derivaría de contratos firmados entre los inversionistas y los Estados, y así ocurrió en los primeros asuntos llevados a arbitraje, pues según Vives Chillida, hasta la fecha de edición de su libro, 1998:

“... en la mayoría de los asuntos sometidos al CIADI la competencia derivaba de una cláusula compromisoria contractual.”⁵⁵.

En Chile, Polanco reseña:

“Tampoco se contempla tal posibilidad [que establezca la jurisdicción del CIADI en materia de conflictos de inversiones] en los contratos leyes celebrados al amparo del Decreto Ley 600 de 1974.”⁵⁶.

Y posteriormente:

“...aún cuando podría pactarse esta forma de solución de conflictos [otorgar jurisdicción al CIADI] en los contratos ley suscritos al amparo del Decreto Ley 600 de 1974, dicha cláusula no se encuentra dentro del modelo de pactos usualmente acordados por nuestro país con un inversionista extranjero.”⁵⁷.

La jurisprudencia demostró que en general los Tribunales CIADI determinaron que tenían competencia para conocer de un asunto basado en una cláusula contractual inserta en un contrato entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión en los siguientes fallos:

1. Decisión sobre competencia en el asunto “Amco c. República de Indonesia”, de 25 de septiembre de 1983⁵⁸.

2. Asunto “Soabi c. República de Senegal”, laudo de 4 y 9 de febrero de 1988⁵⁹.

55 Vives Chillida, op. cit. en nota al pie N° 2, pp.72 y 77.

56 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.120.

57 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.203.

58 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.72.

3. Caso “Klöckner c. Camerún”, laudo de 21 de octubre de 1983⁶⁰.

4. En el caso “Liberian Eastern Timber Corporation c. República de Liberia”, el Tribunal Arbitral deja constancia que las partes consintieron por escrito en someterse al Centro, y consecuentemente a la jurisdicción del Tribunal en el artículo 9º del Convenio de Concesión. El requerimiento a arbitraje perseguía la indemnización de los daños derivados del incumplimiento de dicho convenio⁶¹.

5. En el caso “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, el Tribunal afirma que posee jurisdicción en virtud del Acuerdo de Consolidación, suscrito entre República Checa, República Eslovaca y Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S., que tenía por finalidad continuar la operación de dicho banco en ambas repúblicas y mejorar su situación financiera para lograr su privatización. Este caso presenta características singulares, puesto que el Tribunal reconoce su jurisdicción sobre la base de este acuerdo privado, que se remite para solucionar las controversias que surgieran entre ellas al artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversiones entre ambas repúblicas, y a pesar de que el propio Tribunal reconoce que dicho tratado no ha entrado en vigor aún en Eslovaquia, la cláusula en el Acuerdo de Consolidación que disponía la posibilidad de recurrir a la jurisdicción del CIADI o de UNCITRAL (Sigla en inglés para el CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), demuestra su real voluntad e intención de otorgar competencia a alguno de estos dos organismos arbitrales, resolviendo el conflicto el que primero prevenga en el su conocimiento⁶².

6. En el asunto “Aucoven c. Venezuela”, la jurisdicción del Tribunal CIADI emanó de la suscripción de un Contrato de Concesión entre el Estado venezolano y la empresa

59 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.73.

60 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.74.

61 Bustos Valderrama, C. (1988): El caso Liberian Eastern Timber Corporation versus el gobierno de la República de Liberia, *Revista Estudios*, Santiago de Chile, Sociedad chilena de Derecho Internacional, pp.87 y 88.

62 “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.272.

venezolana Aucoven, C.A., de propiedad inicialmente de ICA Holding, sociedad mexicana, (México no es parte del Convenio CIADI). Posteriormente ICA Holding controlaba a Aucoven a través de su subsidiaria estadounidense Icatech (Estados Unidos sí es miembro del Convenio CIADI). Dicha cláusula sometía las controversias surgidas entre las partes a la Jurisdicción del Centro de manera condicional, siendo la condición la transferencia de la mayoría de las acciones de Aucoven a un nacional de otro Estado Contratante del Convenio CIADI. A juicio del Tribunal dicha condición se cumplió cuando se transfirieron la mayoría de las acciones de Aucoven desde ICA Holding (que es una sociedad mexicana denominada Empresas ICA Sociedad Controladora, S.A. de C.V.) a Icatech (sociedad estadounidense denominada Icatech Corporation)⁶³.

Podemos concluir que una de las formas más directas de otorgar consentimiento al CIADI por parte de los Estados es la suscripción de un contrato con el inversionista extranjero en que expresamente se acepte la jurisdicción de este organismo. Es asimismo, la forma más simple para los inversionistas de asegurar la posibilidad de plantear una disputa de inversión contra el Estado receptor ante los estrados del CIADI. A pesar de que los Estados presenten objeciones a la jurisdicción de los Tribunales constituidos conforme a las reglas del CIADI, en estos casos, cuando el consentimiento ha sido otorgado mediante estas cláusulas contractuales, los Tribunales Arbitrales han sido más proclives y ha sido más fácil determinar su jurisdicción por el acuerdo de voluntades explícito entre las partes.

En algunos de los casos que han conocido Tribunales Arbitrales CIADI, emanando su competencia de una cláusula contractual, se ha planteado la interrogante de si dicha competencia se extiende a otros contratos celebrados entre un Estado y un inversionista extranjero, en los que se materializa la inversión realizada y que no otorgan expresamente jurisdicción al Centro. Ejemplo de ello son los casos:

1. “Soabi c. República de Senegal”, donde:

“...sólo uno de los contratos [que vinculaban a las partes] contenía una cláusula CIADI, [por lo que el Estado objetó la competencia del tribunal]..., pero éste se declaró competente porque consideró que las distintas partes del

⁶³ “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, pp. 33 y 34.

proyecto de inversión eran inseparables, que la voluntad de las partes [concebía] una <<operación única>>.”⁶⁴.

Sin embargo en este caso, uno de los árbitros mostró una opinión disidente, por la cual:

“...mencionó algunos autores que señalan la necesidad de que se encuentre una cláusula arbitral en cada contrato o que la voluntad de comprometerse al arbitraje sea clara e inequívoca. [y agregó que]... no se puede entonces ignorar las normas del Derecho internacional público que establecen... que los Estados no se obligan sino mediante las normas de derecho que ellos mismos han aceptado, refiriéndose al conocido principio en virtud del cual las limitaciones de la soberanía del Estado no se presumen.”⁶⁵.

2. En el caso “Klöckner c. Camerún” se planteó el problema de que existían contratos vinculados a una operación de inversión con cláusulas arbitrales diferentes, dos de ellos con cláusula para recurrir al CIADI, y uno de ellos para recurrir a la Cámara de Comercio Internacional (en adelante también “CCI”). En este caso el Tribunal distinguió algunos aspectos aislados del contrato determinado que se podrían llevar a la CCI, declarando que el conjunto de la inversión quedaba cubierto por la cláusula compromisoria que disponía al CIADI como foro⁶⁶.

3. Algo similar ocurrió en el caso “CSOB c. Eslovaquia”, donde luego de declararse competente para conocer del asunto, desestimando una objeción de jurisdicción presentada por Eslovaquia, el Tribunal se vio en la necesidad de pronunciarse respecto a una nueva objeción parcial de jurisdicción presentada por Eslovaquia, que expresaba que el demandante pretendía incorrectamente someter a la jurisdicción del Centro una serie de acuerdos privados que carecían de las cláusulas arbitrales que le otorgarían jurisdicción al Centro. Por su parte el demandante CSOB, señalaba que el Tribunal tendría jurisdicción no sólo para conocer del incumplimiento del “Acuerdo de Consolidación”, por el que el Tribunal CIADI se declaraba competente, sino que también de la determinación de los daños y que, por ello, de todos los acuerdos o contratos privados que se encontraban relacionados. El Tribunal en un fallo

64 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.73.

65 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.74.

66 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, pp.74-76.

contradictorio, señaló que no tenía jurisdicción para conocer del resto de los contratos o acuerdos suscritos entre las partes, en virtud del efecto relativo de los contratos, de la ausencia de una cláusula arbitral que le otorgara jurisdicción en cada uno de ellos, y de que los principios de efectividad y finalidad no podían sobrepasar la regla básica de que la jurisdicción arbitral está basada en el consentimiento de las partes. Sin embargo, sostuvo que a pesar de que estaba entregado el conocimiento del resto de los contratos a las Cortes nacionales de Eslovaquia, el Convenio CIADI en su artículo 26⁶⁷ reconoce la competencia del Tribunal para la determinación de las obligaciones de la República de Eslovaquia y los daños que haya sufrido el inversionista extranjero por el incumplimiento de esa obligación, de manera que las decisiones de las Cortes nacionales de Eslovaquia no lo obligaban de ninguna forma. Por lo anterior, se rechazó la objeción parcial de jurisdicción presentada por Eslovaquia⁶⁸.

Vives Chillida señala respecto a esta materia que:

“En las decisiones adoptadas por los tribunales en estos asuntos predomina la idea de que el CIADI es competente para entender de la operación de inversión en su conjunto –principio de unidad económica de la inversión–, no de controversias contractuales fragmentadas...”⁶⁹.

De esta forma, mediante acuerdos contractuales suscritos entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores de su inversión, éstos pueden convenir que los conflictos que surjan entre las partes respecto de dichas inversiones puedan someterse al CIADI, de manera que se asegure el inversionista la existencia de un foro internacional que conozca de la controversia, con la certeza de que el Tribunal Arbitral reconocerá su jurisdicción en virtud de tan expresa voluntad, y que será competente para conocer los conflictos que surjan durante todo el desarrollo de la inversión, como lo demuestran los fallos analizados; revelando que es todo el proceso de inversión en territorios extranjeros lo que se encuentra protegido por una jurisdicción internacional. Por medio de esta relación jurídica bilateral entre el inversionista y el

67 Artículo 26: Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

68 “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción parcial a la jurisdicción de fecha 1 de diciembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.545-557

69 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.76.

Estado receptor, éste asume un compromiso, una obligación internacional de someterse a un Tribunal Arbitral internacional, obligación que en caso de incumplirse genera responsabilidad internacional.

2. Fuentes legales internas

La segunda forma de manifestación de la voluntad específica de llevar una controversia al CIADI por parte de un Estado Contratante lo compone la declaración de voluntad emitida por este Estado a través de su derecho interno, de su propia legislación, sea ello a través un código o una ley que regule las inversiones extranjeras. De este modo, el Estado receptor de inversiones extranjeras, a través de su propia legislación unilateralmente hace una oferta abierta a los inversionistas extranjeros de que los conflictos surgidos de casos que la legislación que regule las inversiones extranjeras mencione, pueden ser sometidos a los procedimientos de arbitraje o conciliación que establece el Convenio de Washington.

En relación con Chile, Polanco señala:

“...en nuestro país no existe legislación nacional interna que otorgue jurisdicción al CIADI en materia de inversión extranjera.”⁷⁰.

De los casos analizados en que ha ocurrido esta situación, es decir que un Estado determinado haya sido requerido ante un Tribunal CIADI, habiendo manifestado su consentimiento de someter las diferencias de inversión a través de su legislación interna, se pueden mencionar:

1. Decisiones de competencia de fecha 27 de noviembre de 1985 y 14 de abril de 1988 en el asunto “Southern Pacific Properties (SPP) c. Egipto”^{71 72}, donde el consentimiento de

70 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.203.

71 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.69.

Egipto había sido manifestado a través de una ley de inversiones que disponía que la solución de controversias se realizaría por el medio acordado con el inversor, en el marco de un convenio en vigor entre Egipto y el Estado del inversor o en el marco del Convenio si este convenio era aplicable. El Tribunal CIADI, interpretando la ley egipcia y el Convenio sostuvo el carácter expreso y obligatorio del consentimiento en virtud del texto del artículo, a pesar de reconocer que la interpretación de su propia legislación por parte de Egipto era incuestionable, el Tribunal citando la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (en adelante también “TPIJ”) y del Tribunal Internacional de Justicia (en adelante también “TIJ”) señaló:

“<<... la interpretación que un Estado soberano hace de su propio consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional no es vinculante para el tribunal o decisiva respecto a las cuestiones de competencia>>”⁷³.

En el fallo recaído en el asunto “Tradex Hellas S.A. c. República de Albania” el Tribunal hace referencia a este fallo “Southern Pacific Properties (SPP) c. Egipto” y dice:

“El tribunal basó su decisión en la interpretación ofrecida en el Informe a los Directores Ejecutivos que acompaña a la Convención el cual señala que ‘un Estado anfitrión puede en su legislación de promoción de inversiones ofrecer someter sus disputas... a la jurisdicción del Centro, y el inversionista puede dar su consentimiento aceptando la oferta por escrito’.”⁷⁴.

2. El asunto “Tradex Hellas S.A. c. Estado de Albania”, en el cual el Tribunal en su decisión de jurisdicción de fecha 24 de diciembre de 1996 sostuvo que para la determinación de si tenía jurisdicción en virtud del consentimiento dado por Albania a través de la Ley de Inversión Extranjera de Albania, Ley N° 7764 de fecha 2 de noviembre de 1993 y que entró a regir el 1 de enero de 1994, debía entrar al análisis de los requisitos que exigía esa ley,

72 También en “Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania”, hacen mención de este caso, en decisión de jurisdicción de fecha 24 de diciembre de 1996, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.187. El texto en inglés expresa: “The Tribunal based its conclusion on the interpretation offered in the Report to the Executive Directors, accompanying the Convention, which explains that “a host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes ... to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give its consent by accepting the offer in writing.”

73 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.70.

74 ICSID Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention, Vol. II, P.2, at 1069, en “Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania”, decisión de jurisdicción de fecha 24 de diciembre de 1996, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.187.

específicamente si Tradex había sufrido una expropiación. En este caso la sociedad griega Tradex Hellas S.A. entró en negociaciones en 1991 con Albania para realizar una inversión agroindustrial en su territorio, que se materializó a través de un joint venture con una sociedad estatal local, T.B. Torovitsa. Luego de una serie de situaciones de hecho y de derecho, entre las que se encuentran tomas de terrenos, robos, saqueos, y expropiación propiamente tal, se disolvió el joint venture, mediante un acuerdo de disolución entre las partes, y la liquidación del joint venture se produjo el 16 de diciembre de 1993. La empresa requirió el arbitraje del CIADI con fecha 2 de noviembre de 1994. Albania objetó la jurisdicción del Tribunal. Primeramente el Tribunal, desestimó que su competencia emanara del Tratado de Promoción y Protección recíproca de Inversiones entre Grecia y Albania que entró en vigor el 1 de enero de 1995, puesto que dicho Tratado sólo regía para las controversias que se presentaran para el futuro y no tenía efecto retroactivo. Sin embargo, el Tribunal, respecto del consentimiento dado por una ley nacional, señaló:

“Comenzando con el Art. 25 de la Convención del CIADI, el tribunal nota que, aunque el consentimiento por acuerdo escrito es el método usual de sometimiento a la jurisdicción del CIADI, ya se puede considerar como establecida sin requerir más razonamiento, que dicho consentimiento puede ser también dado unilateralmente por un Estado Contratante en sus leyes nacionales;] tornándose el consentimiento efectivo a más tardar cuando el inversionista extranjero registra su demanda ante el CIADI haciendo uso de la respectiva ley nacional. Por lo tanto, la ley de 1993 junto con el Requerimiento de Arbitraje de Tradex debe ser considerado como suficiente consentimiento - si es que el sometimiento de la ley de 1993 es aplicable como se examinará más adelante.”⁷⁵.

El Tribunal consideró que a primera vista se daban los requisitos que exigía la Ley de Inversiones de 1993, y que su aplicación de acuerdo a los tiempos verbales utilizados en ella le

75 "Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania", decisión de jurisdicción de fecha 24 de diciembre de 1996, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.186 y 187. El texto en inglés es el siguiente: "Starting with Art. 25 of the ICSID Convention, the Tribunal notes that, although consent by written agreement is the usual method of submission to ICSID jurisdiction, it can now be considered as established and not requiring further reasoning that such consent can also be effected unilaterally by a Contracting State in its national laws the consent becoming effective at the latest if and when the foreign investor files its claim with ICSID making use of the respective national law. Therefore, the 1993 Law together with Tradex's Request for Arbitration must be considered as sufficient consent—if the submission in the 1993 Law is applicable as is examined hereafter."

otorgarían jurisdicción y se declararía competente para conocer del asunto. Sin embargo, declara que:

“Pero el Tribunal estima que un mayor examen de esta materia en el contexto de establecer la jurisdicción de acuerdo al Art. 8 (2) estaría tan íntimamente relacionado al mayor examen del fondo de este caso que este examen jurisdiccional debe unirse al fondo.”⁷⁶.

De modo que el Tribunal decide que si tuviere jurisdicción en base a la Ley de Inversiones de 1993 sería porque Albania ha incurrido en actos expropiatorios respecto de Tradex y que esto es una cuestión de fondo, por lo que lo decidirá conociendo el fondo del conflicto. Así, el Tribunal decide *prima facie* que posee jurisdicción, pero condicionada a la determinación de si ha ocurrido una expropiación, situación de fondo que analiza en el laudo.

Finalmente el Tribunal desestimó la demanda de Tradex Hellas, en laudo de fecha 29 de abril de 1999, en virtud de que Tradex no logró probar que hubiera sufrido una expropiación por parte del Estado de Albania, por lo que no se cumplían los requisitos para que el Tribunal Arbitral tuviera jurisdicción en virtud del efecto retroactivo de la Ley de Inversión Extranjera de 1993.

De los mecanismos para el otorgamiento del consentimiento por parte de los Estados que se exponen en los fallos analizados en esta obra, a excepción del caso particular de Costa Rica que veremos más adelante, este medio es el menos utilizado, ya que como lo dijéramos al principio de este apartado, la declaración de someterse al CIADI en virtud de la legislación interna representa una oferta abierta para los inversionistas extranjeros de que sus reclamaciones serán oídas por Tribunales Arbitrales Internacionales. Los Estados llevados ante Tribunales CIADI han tratado de desvirtuar el consentimiento otorgado por esta vía, mediante objeciones de jurisdicción.

⁷⁶ Ídem, p.185. Texto en inglés de ello: “But the Tribunal feels a further examination of this matter in the context of establishing jurisdiction according to Art. 8 (2) would be so closely related to the further examination of the merits in this case that this jurisdictional examination should be joined to the merits.”

3. Tratados internacionales

La tercera forma en la que se puede manifestar la voluntad de un Estado de someter los conflictos surgidos con un inversionista extranjero y relativos a dichas inversiones a la jurisdicción del CIADI es a través de la suscripción de tratados con otros Estados en los que se reconoce la posibilidad para los inversionistas nacionales de las partes firmantes de llevar sus controversias al Centro. La mayoría de los consentimientos prestados a través de estos instrumentos surgen de los llamados Tratados de Promoción y Protección Recíprocos de Inversiones (TPPI), que se denominan también: Acuerdos Bilaterales sobre Promoción y Protección de Inversiones (ABI), o en su sigla en inglés (BIT), esto es Bilateral Investments Treaties, Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI), Convenios Bilaterales de Inversiones (CBI), Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI), Foreign Investment Protection Agreement (FIPA), etc. Este tipo de tratados son suscritos entre dos Estados con el objeto de crear condiciones especiales de tratamiento para los nacionales de los países parte en el tratado en el territorio de la otra parte, que sean más favorables que el estándar mínimo internacional⁷⁷.

Debemos señalar que este tipo de cláusulas por las que los Estados disponen medios de solución de controversias que se presenten con inversionistas nacionales del otro Estado contratante (controversias mixtas), son distintas a las cláusulas de solución de controversias entre los Estados, por la aplicación o interpretación del propio tratado (controversias interestatales).

Dentro de los mecanismos de solución de controversias presentes en este tipo de Tratados bilaterales se excluye el recurso al amparo diplomático entre los Estados contratantes,

⁷⁷ Vives Chillida, op. cit. en nota al pie N° 2, p.44.

con el objeto de que las eventuales diferencias no impliquen disputas entre ellos, sino que entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero⁷⁸.

(a) Tratados de Promoción y Protección Recíprocos de Inversiones

Jaramillo Cisternas, y V. Viteri Vogel refiriéndose a los acuerdos bilaterales de promoción y protección de las inversiones señalan que:

“Estos acuerdos normalmente comprenden:

- Incorporación de trato nacional y cláusula de nación más favorecida.
- [...]
- Incorporan el principio de subrogación respecto de pagos por seguros contra riesgos no comerciales de inversiones realizadas.
- Especifican taxativamente las causas de nacionalización y expropiación, así como las indemnizaciones tanto en plazos como en montos.
- Establecen *mecanismos de solución de controversias* recurriendo a tribunales arbitrales para la interpretación del convenio. En general se recurre al Centro sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o a las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.^{79 80}

Al momento de la firma del Convenio, como lo señaláramos anteriormente, se pensó que sería a través de acuerdos particulares entre los inversionistas y los Estados por los que aquellos someterían al Centro sus diferencias relativas a inversiones. Sin embargo, desde la década de los ochenta, el desarrollo de este tipo de Tratados, su generalización⁸¹ en las

78 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.55.

79 Jaramillo Cisternas, P y V. Viteri Vogel, op.cit. en nota al pie N° 16, p. 9.

80 También se refiere a las características que tienen este tipo de tratados Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, pp.50-60.

81 Demostración de ello: "...600 tratados bilaterales respecto inversión extranjera directa...". en Herrera, op.cit. en nota al pie N° 3, p. 101.

relaciones económicas de los Estados y el gran número de ellos que se han firmado en los que expresamente los Estados manifiestan su consentimiento a la sujeción del Centro, ha significado que un gran número de las controversias que en los últimos cinco años y hoy se ventilan ante el CIADI sean sometidas a sus Tribunales Arbitrales por inversionistas extranjeros haciendo uso de los derechos que estos instrumentos les confieren.

Tressler Zamorano señala respecto la inclusión de cláusulas CIADI en tratados bilaterales de inversiones:

"En un estudio comparado de los acuerdos bilaterales existentes llevado a cabo por el Banco Mundial, se ha concluido que más del 50% recurre a la institución conocida en inglés como ICSID o en francés como CIRDI..."⁸².

Es tal la importancia de esta fuente para otorgar jurisdicción al Centro que Polanco sostiene:

"[El CIADI] aparece para nuestro país como el instrumento de mayor importancia, al encontrarse considerado prácticamente en todos los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones suscritos por nuestro país."⁸³.

Posteriormente señala que de los TPPI suscritos por Chile hasta el año 2000, el único Tratado de esta especie en el que no se encuentra considerado el CIADI como mecanismo de solución de controversias es el acuerdo suscrito con Cuba, publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de septiembre de 2000⁸⁴, en el que se plantea la posibilidad de escoger entre un arbitraje ad-hoc bajo las reglas de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) o de un procedimiento arbitral establecido especialmente en el mismo acuerdo. Podemos agregar que de los treinta y ocho TPPI suscritos por Chile y que han entrado en vigencia hasta la fecha de esta obra, todos ellos, salvo el suscrito con Cuba, consideran el recurso al CIADI como forma de solucionar las controversias entre los inversionistas y los Estados firmantes.

82 Tressler Zamorano, F. (2000): Inversión extranjera: marco legal y tendencia actual, *Revista Diplomacia*, N° 82 enero-marzo, Santiago de Chile, Academia Diplomática de Chile, p.92.

83 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.5.

84 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, pp. 5, 163, 204.

De la jurisprudencia de Tribunales Arbitrales del CIADI, en los que se ha reconocido su competencia derivada de esta fuente, podemos mencionar:

1. “Antoine Goetz y otros c. República de Burundi”, en este asunto se sometió la controversia al CIADI sobre la base del consentimiento otorgado por el demandando al arbitraje del Centro contenido en el Tratado Bilateral de Inversiones de 1989 entre la Unión Económica Bélgica – Luxemburgo y Burundi⁸⁵.

2. “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, (en adelante también “CGE c. Argentina”); en este caso la demandante no alega que la propia República Argentina interfirió con su inversión en Tucumán, sino que ésta omitió impedir que la Provincia de Tucumán tomara determinadas acciones con respecto al Contrato de Concesión, asimismo, también alega la demandante que la República Argentina omitió causar que la Provincia de Tucumán tomara determinadas acciones con respecto a dicho contrato y que por ello, Argentina infringió los derechos de la demandante bajo el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones de 1991 firmado entre Argentina y Francia⁸⁶. El Tribunal explica la diferencia de la siguiente manera:

“Este caso surge de una controversia compleja y a menudo amarga relacionada con un Contrato de Concesión de 1995 que una sociedad francesa, Compagnie Générale des Eaux, y su filial argentina, Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. (denominadas conjuntamente “las demandantes” o “CGE”), celebraron con la provincia argentina de Tucumán, y con la inversión en Tucumán derivada de dicho acuerdo. La República Argentina no era parte del Contrato de Concesión ni de las negociaciones que llevaron a su celebración. La República Argentina es parte de un tratado bilateral de promoción y protección de inversiones de julio de 1991 con la República Francesa, a saber, el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección

⁸⁵ “Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi”, Nota de Introducción, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.454.

⁸⁶ “Esta Convención [refiriéndose al CIADI] a [sic] sido aprobada como ley N° 24.353, publicada en el Boletín Oficial del 2 de septiembre de 1994, y en vigencia desde el 19 de octubre del mismo año.”. Convenios internacionales de protección recíproca de inversiones suscritos por Argentina, menciona un total de 32. Todo esto en Baeza Guíñez, M (1999): Regimen legal de inversión extranjera directa en los países seleccionados, Análisis comparativo de los regímenes legales y políticos de incentivo a la inversión extranjera minera en Argentina, Brasil, Perú y Chile, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, [tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales](#), pp.130 y 133.

Recíproca de las Inversiones (en adelante, “el TBI Argentina-Francia” o “TBI”). Tanto la República Argentina como Francia son también partes del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio del CIADI”), el que entró en vigor para ambos estados con anterioridad a la firma del Contrato de Concesión por CGE y Tucumán.”⁸⁷.

3. “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, este caso fue presentado por Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) en base al consentimiento al arbitraje bajo el Convenio CIADI que se otorgó por el Tratado Bilateral de Inversiones entre la República Checa y la República Eslovaca de 1992. El conflicto se origina tras la división de Checoslovaquia, en que el acuerdo suscrito entre los gobiernos de ambas repúblicas para la continuidad de las operaciones del banco CSOB en ellas y para su posterior privatización, que fue llamado el “Acuerdo de Consolidación”, establecía que cada país asumía obligaciones respecto dicha sociedad. El demandante reclamaba por el incumplimiento de Eslovaquia de cubrir las pérdidas en que incurrió una sociedad eslovaca como parte de sus obligaciones conforme al Acuerdo de Consolidación. Sin embargo, el Tribunal no adquiere el convencimiento de que el TPPI haya empezado a regir aún por lo que no considera a este instrumento como efectivo para que las partes consientan en someter su controversia a la jurisdicción del Tribunal CIADI⁸⁸. Sin embargo, el Tribunal se declara competente en virtud de otra fuente citada por la demandante y ya mencionada anteriormente dentro de las fuentes contractuales⁸⁹.

4. “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, fallo que en su parte expositiva señala:

“El 18 de julio de 1997, el [...] CIADI [...] recibió del señor Emilio Agustín Maffezini, nacional de la República Argentina, una Solicitud de Arbitraje en contra el Reino de España. La solicitud se refiere a una

87 “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.1.

88 “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.266.

89 Ver p.21 y pie de pág. N° 53.

controversia suscitada por el tratamiento que supuestamente recibió el señor Maffezini por parte de entidades españolas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región española de Galicia. En su solicitud, el Demandante invoca las disposiciones del “Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina”. [...]La solicitud también invoca, en aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) contenida en el ABI [Acuerdo Bilateral de Inversiones] Argentina-España, las disposiciones de un acuerdo bilateral sobre inversiones suscrito entre la República de Chile y España.”⁹⁰.

Y reconociendo su jurisdicción en virtud de la cláusula de Nación Más Favorecida contenida en el Tratado Argentina - España, respecto al Tratado Chile - España, el Tribunal sostiene:

“64. A la luz de las consideraciones expuestas, el Tribunal es de la opinión que el Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles. El Tribunal considera que la exigencia de recurrir previamente a los tribunales nacionales contenida en el ABI Argentina-España no responde a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes. Sobre esta base, el Tribunal confirma la jurisdicción del Centro y su propia competencia en este caso, no siéndole posible acoger la objeción que en este aspecto ha sido presentada por el Reino de España.”⁹¹.

Este fallo, a mi juicio, es uno de los más importantes analizados en cuanto a la amplitud de los conflictos relativos a inversiones que pueden conocerse bajo Tribunales CIADI, porque

⁹⁰ “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, decisión de jurisdicción de fecha 25 de enero de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.3.

⁹¹ Ídem, pp. 26 y 27.

la declaración hecha por del Tribunal en cuanto a que su jurisdicción emana de la cláusula de nación más favorecida, respecto a un tratado suscrito con otro Estado, abre una inmensa puerta a su aplicación por parte de Estados que no han consentido directamente en someterse al CIADI. La combinación de derechos y principios otorgados a los inversionistas por los Estados a través de la suscripción de tratados bilaterales, como la cláusula de la Nación Más Favorecida, el aseguramiento de un Trato Justo y Equitativo de las inversiones, el Trato Nacional a los inversionistas extranjeros, deviene en opciones que caracterizan el principio rector de estos tratados, la protección de los inversionistas extranjeros, porque como lo consigna este caso, las más favorable de las disposiciones para la solución de controversias entre el Estado y el inversionista, incluyendo el recurso al CIADI, otorgadas a los nacionales de otros Estados pueden invocarse, y así el inversionista acrecienta la confianza en que las diferencias que se produzcan pueden solucionarse favorablemente por Tribunales del CIADI. Este Tribunal recoge la base de la aplicación de estas cláusulas de la siguiente manera:

“De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio.”⁹²

“Joseph Charles Lemire c. Ucrania”, el 14 de Noviembre de 1997, el Sr. Joseph Charles Lemire, un nacional de los Estados Unidos, presentó ante el CIADI una solicitud de arbitraje bajo las reglas del Mecanismo Complementario. Este caso fue llevado al Centro bajo el amparo

⁹² Ídem, p.22.

del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Estados Unidos y Ucrania y la disputa concernía a la operación de una licencia de radiodifusión en el país europeo⁹³.

5. “Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile”.

Este caso involucra directamente a Chile, pues nuestro país es demandado ante el Tribunal Arbitral del CIADI por la confiscación en Chile del Diario Clarín, hecho ocurrido entre 1973 y 1975. El Sr. Pey sostiene haber sido el dueño de las acciones de una empresa periodística al momento de la privación de la propiedad.

El Diario El Mercurio, señaló respecto este caso:

“En noviembre del 97, después de que la cancillería española rechazara tres veces las solicitudes de protección diplomática por considerar chileno a Pey, Garcés presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo y Diferencias en Materias de Inversión (CIADI), entidad del Banco Mundial, Washington.”⁹⁴.

De los documentos oficiales del Tribunal Arbitral que está conociendo del caso, deriva que se ha dicho:

“Con fecha 20 de abril de 1998, Víctor Pey Casado, un nacional español y la Fundación Presidente Allende, establecida bajo las leyes de España, presentaron una solicitud de arbitraje ante el Centro contra la República de Chile. La disputa concierne a la confiscación entre 1973 y 1975 de dos compañías editoriales chilenas. Los demandantes invocan el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y España de 1991 por el que las partes acuerdan llevar las disputas referentes a expropiaciones al CIADI.”⁹⁵.

93 Posteriormente, mientras se desarrollaba el proceso de arbitraje, conociendo el tribunal del fondo del asunto, las partes concretaron un acuerdo extrajudicial, que solicitaron en virtud del artículo 50 del Mecanismo Complementario, se tomara constancia de él en la forma de un fallo del Tribunal. El acuerdo principalmente soluciona los problemas de las partes, e incluso da cuenta de la celebración de un nuevo contrato entre el Estado de Ucrania y el Sr. Lemire para el desarrollo de su inversión en dicho país. “Joseph Charles Lemire c. Ucrania”, introductory note, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.528.

94 EMOL (El Mercurio On Line) (2001): Insulza, J., Estado pagará 9 millones de dólares a herederos del diario Clarín, www.emol.com/noticias/detalle/detalle, lunes 6 de agosto de 2001,10:45 PM.

95 “Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile”, introductory note, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.565.

Chile, en febrero de 1999, objetó la jurisdicción del Centro, materia que aún no ha sido resuelta por el Tribunal Arbitral. El Comité de Inversiones Extranjeras, organismo público que asumió la defensa de Chile ante el CIADI, alegó la incompetencia del Tribunal por los siguientes motivos:

i) El demandante, don Víctor Pey Casado es chileno por tener doble nacionalidad, por lo que de acuerdo al Convenio de Washington, el demandante no puede tener la nacionalidad del Estado demandado.

ii) La controversia surgió antes de la entrada en vigencia del TPPI entre Chile y España, hecho ocurrido en 1994, ya que surgió a raíz del acto confiscatorio acaecido en 1973.

iii) No se realizaron las consultas amistosas requeridas por el TPPI señalado previas al recurso al CIADI.

iv) El Señor Pey no figura como comprador del periódico ni de las acciones del mismo, por lo tanto no tendría la titularidad para demandar la ilegalidad del acto confiscatorio.

v) No existe constancia que haya existido una transferencia de divisas desde el exterior a Chile, requisito para acreditar que ha habido una inversión extranjera^{96 97}.

6. “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”, caso que el Tribunal en su Decisión sobre la Excepción a la Jurisdicción de fecha 8 de agosto de 2000, resumió de tan buena manera:

“El 27 de octubre de 1997, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [...] recibió del señor Eudoro Armando Olguín, nacional de la República del Perú, una solicitud de arbitraje en contra de la República del Paraguay. La solicitud se refería a una controversia

96 Mayorga Lorca, R. y otros, (2004): Inversión extranjera régimen jurídico y solución de controversias. Aspectos Nacionales e Internacionales, Santiago de Chile, Lexis Nexis, pp. 263-265.

97 En mayo de 2002, el Tribunal sostuvo que resolvería sobre su competencia uniendo las objeciones a la jurisdicción al fondo del asunto. Ídem.

suscitada por el tratamiento que supuestamente recibió el señor Olguín por parte de autoridades paraguayas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos alimenticios en Paraguay. En su solicitud, el Demandante invocó las disposiciones del “Convenio entre la República del Perú y la República del Paraguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”.⁹⁸

Es más, este Tribunal sostiene que el consentimiento otorgado por Paraguay a través de la suscripción de un Tratado Bilateral de Inversiones con Perú, es suficiente para cumplir con el requisito que exige el artículo 25 del Convenio, y lo expresa de esta forma:

“La celebración por parte de la República del Paraguay del CBI constituye el consentimiento escrito que exige el artículo 25, inciso 1º del Convenio que creó el CIADI. Esta afirmación está fuertemente respaldada por la doctrina y por muchos laudos dictados por tribunales de arbitraje del CIADI.”⁹⁹.

A pesar de haber vencido en cuanto a la objeción de jurisdicción, el demandante pierde en cuanto al fondo del asunto, porque sin considerar las deficiencias que puede presentar el sistema regulatorio de Paraguay en lo referente a sus instituciones financieras y las omisiones que pudieron cometer las autoridades en el resguardo de los intereses del inversionista extranjero, el Tribunal rechazó en su totalidad las pretensiones del demandante, puesto que consideró que todas estas acciones no llegaban a constituir una expropiación indirecta como lo sostenía el actor¹⁰⁰.

98 “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”, Decisión del Tribunal sobre la Excepción a la Jurisdicción de fecha 8 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.1.

99 Ídem, p.9. Además el Tribunal cita las siguientes obras y laudos arbitrales que recogen esta idea:

i) “Bilateral Investment Treaties” de Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, publicado con el patrocinio del CIADI en 1995, págs. 132 y ss; ii) Laudo dictado en el arbitraje Asian Agricultural Products Limited c. República Socialista Democrática de Sri Lanka el 27 de junio de 1990 (Caso CIADI No. ARB/87/3); iii) Decisión sobre jurisdicción dictada en el arbitraje de Tradex Hellas S.A. c. República de Albania, el 24 de diciembre de 1996 (Caso CIADI No ARB/94/2, especialmente el párrafo D.1); iv) Laudo dictado en el arbitraje de American Manufacturing & Trading, Inc. c/. República de Zaire, el 21 de febrero de 1997 (Caso CIADI No ARB/93/1, especialmente los párrafos 5.20 y 5.23); v) Decisión sobre jurisdicción dictada en el arbitraje de Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c/. República Eslovaca, el 24 de mayo de 1999 (Caso CIADI No ARB/97/4, especialmente los párrafos 37 y 38).

100 Ídem, pp.29 y 30.

7. “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”. Este caso se planteó ante un Tribunal CIADI en virtud del Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones firmado entre Estados Unidos y la República de Estonia con fecha 19 de abril de 1994, y que entró en vigor el 16 de febrero de 1997. La demanda fue presentada por don Alex Genin, nacional de los Estados Unidos, en nombre de Eastern Credit Limited, sociedad constituida bajo las leyes de Texas, Estados Unidos, y de A.S. Baltoil, una sociedad de Estonia, de propiedad de Eastern Credit. Los demandantes alegaron que esta controversia surgió de la conducta de Estonia, que vulneró el Tratado recíproco de Protección de Inversiones en relación con los demandantes y sus inversiones en el Estonian Innovation Bank. Estonia presentó objeciones a la jurisdicción, cuyo análisis el Tribunal unió al fondo del asunto¹⁰¹.

La diferencia en este caso surgió por la revocación de la licencia para operar del Estonian Innovation Bank, de propiedad de los demandantes, hecha por el Consejo del Banco de Estonia (Banco Central). Pendientes los recursos que impugnaban la revocación de la licencia, accionistas minoritarios de la institución pidieron su liquidación y por ello los procedimientos de impugnación de la revocación fueron rechazados¹⁰².

El Tribunal señaló:

“El consentimiento de Estonia a resolver las disputas sometándose al arbitraje del CIADI es previsto en el artículo VI(3) del BIT.”¹⁰³.

Finalmente, en cuanto a la revocación de la licencia para operar de EIB, luego de analizar la ley de Estonia referida a la regulación de las instituciones financieras, el BIT referente a la protección que debía darse al demandante como inversionista extranjero, principios de derecho internacional, etcétera, el Tribunal concluyó:

“Por todas las razones antes expuestas, el tribunal unánimemente decide:

101 “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, laudo del tribunal de fecha 25 de junio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.1-9.

102 Ídem, p.14.

103 Ídem, p.79.

(1) Las objeciones a la jurisdicción del demandado son rechazadas;

[...]

(3) La República de Estonia, en la persona de su agente, el Banco de Estonia, no vulneró el BIT o las leyes de Estonia por la revocación de la licencia de EIB;

[...]

(5) Todas las demandas del demandante son rechazadas;...”¹⁰⁴.

8. Sri Lanka se ha visto demandada ante el foro del CIADI en dos oportunidades, y ambas en virtud de tratados bilaterales de inversiones. La primera vez involucró a la sociedad Asian Agricultural Products Limited, que sometió la controversia al CIADI en virtud del Tratado Bilateral de Inversiones entre Sri Lanka y el Reino Unido de fecha 18 de febrero de 1990. El segundo asunto que envolvió a este país derivó del Tratado Bilateral de Inversiones entre Sri Lanka y Estados Unidos de fecha 20 de septiembre de 1991¹⁰⁵.

Este segundo procedimiento involucró al Estado de Sri Lanka, siendo demandado por “Mihaly International Corporation” una compañía establecida bajo las leyes de Estados Unidos. Sri Lanka presentó dos tipos de objeciones a la jurisdicción que el Tribunal agrupó como objeciones en razón de la persona y objeciones en razón de la materia¹⁰⁶, que analizaremos más adelante en esta obra¹⁰⁷.

9. “Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto”.

El 19 de Noviembre de 1999, el CIADI registró una solicitud de arbitraje bajo el Convenio CIADI presentada por Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A., una compañía organizada bajo las leyes de la República Helénica (Grecia), contra la República

104 Ídem, p.96.

105 “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, introducción, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.140.

106 Ídem, p.146.

107 Ver P.155.

Arábica de Egipto¹⁰⁸. Este asunto fue llevado a un Tribunal CIADI en virtud del Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Grecia y Egipto, declarando el Tribunal que tenía jurisdicción para conocer del asunto en virtud de esta fuente legal^{109 110}.

El Tribunal acogió la demanda y condenó al pago de una indemnización a la República Arábica de Egipto¹¹³.

I. Algunas consideraciones sobre esta fuente en particular

Esta forma de someterse al régimen del CIADI mediante la suscripción de tratados bilaterales, proporciona medios de solución de controversias relativas a inversiones con un alcance mucho mayor que las cláusulas contractuales suscritas entre Estados y algunos inversionistas extranjeros en particular, porque cubren en general todas las inversiones que realiza el nacional de un Estado en el otro Estado firmante del tratado. Sin embargo, sucede usualmente que en estos instrumentos colectivos también se mencionan otros posibles organismos a los que recurrir, como un arbitraje ad hoc según las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o un arbitraje de la

108 “Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Arábica de Egipto”, Laudo del Tribunal de fecha 12 de abril de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.4.

109 Ídem, pp.4 y 12.

110 En 1982, “Badr Cement Terminal”, una filial de la demandante fue autorizada mediante un decreto para establecerse en Suez y dedicarse a la importación y almacenamiento de cemento a granel en depósitos de barcos atracados en Quay, cercanos al puerto de Adabiyea en Suez, y para el empaquetamiento y distribución del mismo en Egipto. Dicha autorización fue entregada por un período que no podía exceder de 10 años y expresaba que la inversión realizada conforme a ella estaba protegida por ese período, y así fue confirmado por las autoridades en reiteradas ocasiones. Sin embargo, el 25 de mayo de 1989, tres años y ocho meses antes del vencimiento del plazo, mediante decreto del Ministerio de Construcción de Egipto se prohibió toda importación de cemento si no se realizaba de acuerdo a unos nuevos contratos determinados por el Estado. En consecuencia, se impidió a la demandante continuar su flujo constante de ventas en el mercado egipcio, incumpliendo por ende los contratos con sus proveedores y consumidores, y es más, la autorización para la re-exportación del resto de sus bienes fue demorada hasta 1995, realizando Egipto una serie de medidas administrativas que impidieron la remesa de dichos bienes hasta la presentación de la demanda ante CIADI. A pesar de que en 1992 se derogó el decreto que impedía la importación de cemento, el daño al inversionista ya estaba realizado, por lo que no pudo continuar explotando su inversión. Ídem, p.18 y 19.

113 Ídem, pp.43 y 44.

Cámara de Comercio Internacional (CCI), quedando en la mayoría de los casos la recurrencia a alguno de estos foros como una forma de actuación alternativa para el inversionista, que al momento de presentarse la diferencia puede recurrir al foro que le parezca más conveniente o que le entregue mayores beneficios, en fin, el que prefiera. Según Vives Chillida:

“Estas cláusulas convencionales múltiples relativizan de modo importante la cláusula CIADI de los TPPI y las mismas aspiraciones del CIADI a convertirse en el foro principal para la solución de controversias en materias de inversiones.”¹¹⁴.

La importancia de estos tratados bilaterales es que se plantean diversas posibilidades a los inversionistas para solucionar las diferencias que surjan con los Estados receptores de su inversión, y aunque el Centro ha pretendido ser el organismo principal para la ventilación de estas materias, la elección de los diversos medios de solución que existen en este tipo de tratados deja al inversionista en una posición más favorable que al Estado receptor de la inversión, que ha de tener que defender su postura en el foro que el inversionista elija.

Por otra parte, como se ha dicho, la proliferación de TPPI ha abierto la puerta para otorgar jurisdicción a Tribunales del CIADI.

Los Estados, con la finalidad de promover las inversiones en sus fronteras han sacrificado medios de solución de controversias con los inversionistas extranjeros que conocían perfectamente, como la jurisdicción nacional -ello sin mencionar lo favorable que podían resultar sus órganos judiciales- o la elección de un arbitraje a-hoc que escogieran determinadamente. Sin embargo, y el asunto Maffezini es una prueba de ello, la amplitud a la que puede llegar la inclusión de cláusulas que otorgan jurisdicción al CIADI, vuelve un poco más vulnerables a los Estados que no están preparados para enfrentar un arbitraje en estas condiciones. Es más, incluso Chile ha sido sorprendido al ser llevado a estas instancias en el caso “Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile”, no teniendo un órgano especializado que asumiera la defensa del Estado de Chile, como lo viéramos anteriormente.

114 Vives Chillida, op. cit. en nota al pie N° 2, p.79.

Ejemplo de la no preparación para esta instancias resulta el caso de Paraguay, cuando fue demandado ante el Centro por don Eudoro Olgúin, nacional de Perú, por las transferencias de fondos que había realizado con fines de materializar una inversión en una industria alimenticia. La defensa de Paraguay, producto del desconocimiento de las reglas del procedimiento ante el Centro, obviaba normas claras establecidas por el Convenio, entre ellas, la designación primeramente de uno de los tres árbitros que componían el Tribunal de su nacionalidad, situación prohibida por el Artículo 39 del Convenio del CIADI y la Regla 1(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje), por lo que el Tribunal tuvo que comunicarle esta situación, y Paraguay nombró un árbitro de nacionalidad brasileña¹¹⁵. De igual forma, este procedimiento sufrió varios atrasos originados en el incumplimiento por parte de la República del Paraguay de su obligación de efectuar los pagos contemplados por la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, que fueron oportunamente solicitados a las partes por el Secretario¹¹⁶.

Respecto a la posibilidad de los inversionistas de elegir el foro al que recurrir, hay algunos tratados en los que prima el arbitraje del CIADI¹¹⁷, por ejemplo el TPPI entre Francia y Vietnam del Sur de 26 de mayo de 1992 en el que se previó el recurso al arbitraje según las reglas de CNUDMI, pero sólo hasta el momento en que ambos países fueran parte en el Convenio de Washington. Vietnam hasta el momento no ha suscrito el Convenio¹¹⁸.

Más aun, a pesar de que el TPPI disponga de medios de solución de controversias, los inversionistas pueden pactar directamente con los Estados modificaciones a esos medios o establecer mejores o distintas condiciones de acceso a ellos; puesto que en la mayoría de los TPPI suelen establecerse cláusula de condiciones más favorables, se aplicarán dichas

115 "Eudoro A. Olgúin c. República del Paraguay", Decisión del Tribunal sobre la Excepción a la Jurisdicción de fecha 8 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.4.

116 Ídem, p.8.

117 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.79.

118 CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2003): Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio, www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm, sábado 19 de abril de 2003, 7:00 PM.

condiciones más favorables que se hayan podido pactar, antes o después de la entrada en vigor del tratado, entre el inversor y el Estado receptor¹¹⁹.

Podemos ejemplificarlo a través del Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos, que contiene esta clase de cláusulas en el Capítulo 10, relativo a Inversión, artículo 10.15, que dispone:

“5. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1:

(a) de conformidad con el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo;

(b) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la Parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI;

(c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o

(d) si las partes contendientes lo acuerdan, a cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.”

II. Elección del foro

En este acápite se examinan algunos problemas que pueden plantearse en cuanto a la elección de foro al que someter la controversia entre el inversionista extranjero y el Estado receptor en razón de las posibilidades que presentan los tratados bilaterales a los que pueden acogerse. En algunos de los tratados bilaterales de inversiones se plantea la posibilidad de recurrir al Centro o a otra forma de arbitraje internacional alternativamente a la elección de la jurisdicción nacional del país, de modo que recurriendo a los tribunales nacionales del país

119 Vives Chillida, *op.cit.* en nota al pie N° 2, p.80.

receptor de la inversión, precluye el derecho del inversionista de reclamación ante el foro internacional, y así la elección de foro resulta definitiva. Polanco refiriéndose a esta situación señala:

“Como cláusula de estilo de estos convenios [TPPI] se considera la posibilidad que las controversias sean resueltas por instrumentos de carácter nacional o internacional, pero normalmente con una opción única e irrevocable por alguna de estas vías que hace precluir a la otra.”¹²⁰.

Y en lo que respecta a Chile y la suscripción de Acuerdos de Promoción y Protección recíproca de Inversiones, Polanco sostiene:

“Sin duda el aspecto más singular de nuestro modelo A.P.P.I es el relativo a la solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante. Las controversias que surjan en el ámbito de este Acuerdo, entre una de las partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante que haya realizado inversiones en el territorio de la primera, serán, en la medida de lo posible, solucionadas por medio de consultas amistosas. Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de tres meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión, o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) o de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). Con este fin, cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia pueda ser sometida a este arbitraje.”¹²¹.

Ejemplificación de la elección de foro demuestran Jaramillo y Viteri, que sostienen específicamente frente al Tratado suscrito entre Chile y Canadá:

“De las controversias susceptibles de someterse a estos procedimientos expresamente excluye el tratado aquellas [...] entre un inversionista de Canadá y Chile o una empresa chilena que sea propiedad de un inversionista de Canadá o que esté bajo su control directo o indirecto, y se hubiere sometido la controversia a un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo

120 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.5.

121 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, pp.56 y 57

chileno. En este caso, la elección del tribunal interno es definitiva y no puede posteriormente recurrirse al arbitraje internacional.”¹²².

De igual forma ocurre en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, en el que queda demostrado de una forma definitiva que la elección de foro nacional precluye la posibilidad de someter a arbitraje la controversia. En el Capítulo 10, relativo a Inversión, Anexo 10-E, titulado Sometimiento de una reclamación a arbitraje, se dispone que:

“1. Un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje de conformidad con la Sección B:

(a) una reclamación en el sentido de que Chile ha violado una obligación establecida en la Sección A o en el Anexo 10-F, sea:

(i) por cuenta propia, de conformidad con el Artículo 10.15(1)(a), o

(ii) en representación de una empresa de Chile que sea una persona jurídica propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, de conformidad con el artículo 10.15(1)(b), si el inversionista o la empresa, respectivamente, han alegado esa violación de una obligación establecida en la Sección A o en el Anexo 10-F, en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de Chile; o

(b) una reclamación en el sentido de que Chile ha violado un acuerdo de inversión o una autorización de inversión, sea:

(i) por cuenta propia, de conformidad con el artículo 10.15(1)(a), o

(ii) en representación de una empresa de Chile que sea una persona jurídica propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, de conformidad con el artículo 10.15(1)(b), si el inversionista o la empresa, respectivamente, han alegado esa violación de un acuerdo de inversión o de una autorización de inversión, en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de Chile.

2. Para mayor certeza, si un inversionista de Estados Unidos elige presentar una reclamación del tipo descrito en este Anexo en un tribunal judicial o administrativo chileno, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje de conformidad con la Sección B.”

122 Jaramillo y Viteri, op.cit. en nota al pie N° 16, p.159.

Resulta difícil no mostrar preocupación por la posibilidad de estimarse renunciado el recurso al CIADI por realizarse una reclamación o ejercer los recursos ante tribunales administrativos para la solución del conflicto que presente la legislación chilena. Hablamos en estos casos de recurrir a instancias administrativas como sería por ejemplo la Contraloría General de la República, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Valores y Seguros, el Servicio de Impuestos Internos, etcétera, organismos estatales que presentan instancias resolutorias de carácter administrativo y que podrían ser argumentados como elección definitiva de foro por el Estado chileno en caso de ser demandado ante un tribunal internacional.

Dentro de los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones suscritos por Chile, en un estudio realizado por Polanco, se desprenden los siguientes tópicos:

“Opción de foro: Si las consultas no permitieran solucionar las controversias en un plazo que va de **tres a seis meses** [Polanco enumera aquellos países con los Chile a suscrito este tipo de tratados de acuerdo a los meses dispuestos para una solución amistosa], a partir desde el momento en que se plantea la diferencia, el inversionista podrá someterla a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional. En ambos casos, como regla general, la elección de uno u otro de estos procedimientos es definitiva, aunque existen algunos casos donde la opción es revocable.”¹²³.

Otra modalidad que se encuentra en algunos TPPI es el derecho a recurrir a arbitraje internacional, generalmente bajo las reglas del CIADI o de CNUDMI, en el evento que no exista una decisión sobre el fondo del asunto en los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión, ya sea por elección del inversionista o por obligatoriedad del tratado, si han transcurrido más de dieciocho o treinta y seis meses según el caso, desde el inicio del proceso judicial o de común acuerdo entre las partes¹²⁴. Polanco sostiene:

123 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, pp.161 y 162.

124 Para mayor información, Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p 162. Este autor se refiere a los Tratados suscritos con Alemania, Suiza, Unión Belga-Luxemburguesa, Austria y Holanda.

“Con todo, en algunas ocasiones, si se ha optado por la jurisdicción del Estado receptor, ciertos A.P.P.I. establecen la posibilidad de acudir al Tribunal Arbitral señalado en el acuerdo, luego de transcurrir un determinado plazo sin resultados positivos en la solución de la controversia.”^{125 126.}

Este mismo autor manifiesta una crítica a este tipo de cláusulas por lo siguiente:

“Una de las principales consiste en el hecho que la posibilidad de optar por los diversos mecanismos de solución de controversias queda radicada exclusivamente en el inversionista, no encontrándose considerada la posibilidad que el Estado pueda optar por algunos de estos instrumentos si se constituye en parte activa en la disputa.”^{127.}

Mi opinión, en relación a lo recientemente señalado por Polanco es que, en general, si el Estado receptor de la inversión se transformara en parte activa de una controversia con el inversionista extranjero, preferiría ejercer su acción ante sus tribunales nacionales, ya que posee un conocimiento más acabado de la actuación ante ellos y una serie de instituciones estatales capaces de asumir la defensa de sus intereses, en contraste a tener que hacerlo ante un foro internacional.

Una situación que aclara el alcance de las cláusulas de elección de foro presentes en muchos tratados bilaterales sobre inversiones es lo que ocurrió en el caso “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, donde el Tribunal sostuvo que la suscripción de un contrato entre el Estado, en este caso específico la Provincia de Tucumán, y el inversionista, que exprese que las controversias emanadas de ese contrato serán de conocimiento exclusivo de los tribunales nacionales, no desposee al tribunal internacional de jurisdicción en virtud de los derechos que un Tratado otorga al inversionista extranjero; en otras palabras, no puede un contrato entre el Estado y el inversionista obligar a la renuncia de

125 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.123.

126 Ejemplo de lo anterior es la cláusula suscrita en el ABI Argentina España que señala: “Artículo X Solución de Controversias entre una Parte e Inversores de la otra Parte [...] 3. La controversia podrá ser sometida a un Tribunal Arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;...”. En “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, decisión de jurisdicción de fecha 25 de enero de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.8.

127 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.5 7.

los derechos que otorga un tratado a ese inversionista, respecto de la elección de foro. La situación acá señalada por el tribunal hacía referencia al argumento del demandante de no recurrir a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán para demandar respecto del incumplimiento de contrato por la Provincia de Tucumán, puesto que ello habría significado una elección definitiva del foro, que impone el artículo 8 del TPPI Argentina – Francia. Sin embargo, el Tribunal sostuvo que la causa de pedir en ambos casos era distinta, ya que ante los tribunales nacionales se ventilaría una infracción del contrato, en cambio, ante el tribunal internacional, en este caso el CIADI, se vería una infracción al Tratado, cometida por Argentina contra el inversionista extranjero y que se originaría en la vulneración de alguno de los derechos que se reconocen al inversor.

El Tribunal lo expresó de esta forma:

“53. Por último, el Tribunal dictamina que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión no desposee a este Tribunal de jurisdicción para conocer de este caso porque dicha disposición no constituye ni pudo constituir una renuncia por parte de CGE de sus derechos bajo el artículo 8 del TBI para plantear las reclamaciones actualmente pendientes en contra de la República Argentina.

[...]

54. De este modo, no se puede considerar que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio del CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia.

55. Bajo este mismo análisis, una demanda por las demandantes en contra de Tucumán en los tribunales administrativos de Tucumán por violación de los términos del Contrato de Concesión no le hubiera cerrado el camino a las demandantes de intentar enseguida un recurso en contra de la República Argentina del modo previsto en el TBI y en el Convenio del CIADI. Es decir, el sometimiento de reclamaciones contra Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán por infracciones del contrato, como requiere su cláusula 16.4, no hubiera sido, contrariamente a la posición de las demandantes, el tipo de elección de las demandantes de acciones legales ante las jurisdicciones (es decir, tribunales) nacionales en contra de la República Argentina que hubiera constituido una “elección de

vías” bajo el artículo 8 del TBI, cerrando de esa manera el camino a reclamaciones futuras bajo el Convenio del CIADI.”¹²⁸.

Pero este no es el único caso que ha involucrado a Argentina y que ha llevado a manifestaciones de un Tribunal CIADI con relación a cláusulas de elección de foro. Se señaló en el asunto recientemente revisado, la conexión con el asunto “Lanco International Inc. c. República Argentina”, en el que a pesar de existir diferencias de hechos y derecho con el fallo aquí visto, el anterior Tribunal CIADI adoptó similar decisión¹²⁹.

A mi juicio, lo relevante de la declaración realizada por el Tribunal en los casos anteriores, en el sentido de que la reclamación contra la Provincia de Tucumán por infracción del Contrato de Concesión no hubiera significado una elección de foro precluyente como lo dispone el TPPI entre Argentina y Francia, es que se refleja la distinta causa de pedir que sustenta cada uno de los procedimientos de reclamación en discusión. Así, ante las Cortes de Tucumán, la causa de pedir se debía referir a la interpretación y aplicación del Contrato de Concesión, como bien lo disponía el contrato mismo, sin embargo, ello no representaba una elección de foro respecto una infracción en la que se vulneraran los derechos del inversionista extranjero garantizados por el TPPI. Por ello, se presenta la necesidad para los inversionistas extranjeros de determinar con claridad la eventual existencia de distinta causa de pedir en cada uno de los casos en que estén en contraposición las cláusulas de contratos suscritos con el Estado y las cláusulas sobre solución de controversias que otorgan derechos a los inversionistas suscritas entre Estados en el marco de un TPPI, con el objeto de evitar imputaciones de preclusión que les impidan la actuación ante el CIADI.

128 “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.21 – 23.

129 Ídem, p.21.

131 La letra (b) del artículo 1121 del TLCAN que establece lo siguiente: “Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si: b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo,

Una especie de elección definitiva del foro se plantea en el Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte, (“TLCAN”, también conocido en inglés con su sigla “NAFTA”) , sin embargo, la solución en este Tratado es intermedia respecto de las vistas anteriormente, ya que se exige una declaración por parte del inversionista por la que renuncie al foro nacional para optar a un tribunal internacional. Lo anterior se demostró claramente en el caso “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, en el que el primer Tribunal Arbitral que conoció la diferencia entre las partes declinó su jurisdicción en virtud de que el TLCAN exige una renuncia del derecho del inversionista a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial respecto los mismos hechos¹³¹. Este Tribunal señala en su fallo que:

“En efecto, es posible contemplar que existan acciones iniciadas ante un foro nacional que no se refieran a las medidas presuntamente violatorias por un Estado parte del TLCAN, en cuyo caso sería factible que estas acciones convivieran en forma simultánea con un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN. Sin embargo, cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiere obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121 del TLCAN.”¹³².

El segundo Tribunal en el asunto “Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, se refiere a la elección de foro de la siguiente manera:

“Estas cláusulas “de elección de foro” son habituales en los tratados de inversión bilaterales, si bien varían los términos en los que se las expresa. Por ejemplo, el Artículo 8 (2) del Acuerdo Francia-Argentina sobre la promoción y protección recíproca de inversiones del 3 de julio de 1991 dispone que: “Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones

declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.”. En “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo del Primer Tribunal de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.9.

¹³² Ídem, p.20.

de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva”.

Por el contrario, el Artículo 11 (3) del acuerdo celebrado entre Australia y la República Checa el 30 de septiembre de 1993 dispone que las controversias sean sometidas a arbitrajes internacionales “independientemente de que se hayan intentado o agotado los recursos internos disponibles en relación con la acción, conforme con el párrafo (2) de este Artículo”, lo que aparentemente implica, al menos en lo que a competencia se refiere, que los procedimientos pueden proseguir en paralelo. El Artículo 11 (2) dispone la posibilidad de recurso a los órganos judiciales o administrativos competentes de la parte contratante en cuestión.”¹³³.

El TLCAN adopta una forma intermedia, según los dichos de este segundo Tribunal en este asunto:

“El Capítulo XI del TLCAN adopta un criterio intermedio. Un inversor contendiente está evidentemente facultado para iniciar o continuar con los procedimientos relativos a la medida en cuestión ante cualquier tribunal administrativo o judicial del país de la parte demandada, de conformidad con sus leyes. Sin perjuicio de lo anterior, un inversor contendiente eventualmente puede recurrir a un arbitraje internacional. Es sólo en este supuesto, cuando se presenta una reclamación conforme al Artículo 1120, que surge el requisito de la renuncia [a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales administrativos o judiciales].”¹³⁴.

Otra forma que pueden tener estas cláusulas convencionales que se encuentran en TPPI, es que se reconozca al CIADI como foro, pero que para poder recurrir a él se requiera alcanzar un acuerdo de las partes frente a una controversia determinada; y aunque puede decirse que el Estado se manifiesta proclive al Centro, analizará cada caso en concreto para prestar su consentimiento.

Puede darse también la figura de que el Estado se obligue a consentir en recurrir al CIADI cuando lo requiera el inversionista, sin que el inversionista tenga acción para exigir

133 “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, Decisión del Tribunal sobre Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo de fecha 26 de junio de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.13.

134 Ídem.

dicho consentimiento específico, sino que lo que se genera en este caso es una obligación internacional que tendría el Estado receptor de la inversión con el otro Estado contratante, pero que si no se cumple da origen a responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado, responsabilidad que deberá hacer valer el Estado del inversionista de acuerdo a las normas de la responsabilidad internacional, pero de ninguna manera otorgándosele competencia al CIADI¹³⁵.

Por todo lo anterior, Vives Chillida opina que:

“...estas cláusulas CIADI convencionales siempre son asimétricas o no recíprocas. Suponen un compromiso unilateral del Estado receptor ante el Estado nacional del inversor de someterse al CIADI como parte demandada frente al inversor extranjero, que siempre conserva la iniciativa mientras no consienta previamente al recurso al CIADI.”¹³⁶.

Como hemos visto, al momento de la suscripción del Convenio por el que se crea el CIADI no se planteó como idea básica por los Estados firmantes que el consentimiento específico para que un asunto determinado pudiera someterse a la jurisdicción del Centro se otorgara mediante cláusulas de tratados suscritos entre dos Estados soberanos. El surgimiento masivo de este tipo de tratados y la inclusión entre sus reglas de cláusulas de solución de controversias entre el inversionista extranjero de un Estado parte del tratado con el otro Estado parte, en las que se someten a la jurisdicción del CIADI como una de las posibilidades de solución de las diferencias surgidas respecto de inversiones, amplía de un modo imprevisto para los suscriptores de los TPPI el alcance de la jurisdicción del CIADI. Ha sido tan común la suscripción de esta clase de tratados para fomentar la inversión extranjera, y estas cláusulas se repiten en tan múltiples tratados, que el ámbito de aplicación del Convenio ha encontrado en los TPPI una entrega de consentimiento generalizada a nivel mundial. Podemos ver que esta forma de someterse al Centro es la de mayor relevancia y aplicación en los casos que hoy se ventilan ante Tribunales Arbitrales CIADI, y que a su vez, presentan el mayor nivel de situaciones de hecho y de conflictos de derecho que deben definir dichos tribunales. Los ejemplos de “Maffezini c. Reino de España”, en el que juegan paralelamente TPPI suscritos

135 Vives, Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, pp.80 y 81.

136 Vives, Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.82.

con terceros Estados (Chile - España) en virtud de la cláusula de Nación Más Favorecida del TPPI Argentina - España, y el caso “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, en que la elección de foro es materia de la controversia, nos demuestran lo amplio en algunos casos y complicado en otros que resulta para las partes involucradas la aplicación y alternatividad de los medios de solución de controversias.

Por lo dicho, se ha tejido en el mundo actual una red entrelazada de TPPI, que por las cláusulas recién señaladas, proponen al CIADI como órgano mundial de arbitraje en estas materias, planteando un desafío para las tres partes involucradas, inversionistas, Estados y el Centro, generando una inimaginable posibilidad de combinaciones en materia de decisión sobre la jurisdicción del CIADI para el conocimiento de las materias que se le sometan.

(b) Tratados multilaterales

i. Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Pero no son sólo los tratados bilaterales generalizados como tratados de promoción y protección recíproca de inversiones que hemos visto hasta ahora los que presentan como opción la facultad para los inversionistas de recurrir al CIADI. Estas cláusulas por las que los Estados aceptan la jurisdicción del Centro han sido adoptadas también en tratados multilaterales, más complejos y completos en su objeto que la simple promoción y protección de inversiones. Ejemplos de ello son el TLCAN, Tratado de Libre Comercio para América del Norte, NAFTA en su sigla en inglés, firmado el 17 de diciembre de 1992. Respecto este tipo de acuerdos se ha dicho:

“En alguna medida, el NAFTA, en cuanto a la inversión extranjera, tiene un carácter análogo a un convenio de protección recíproca de inversiones.

[...]

...los acuerdos de libre comercio como el NAFTA pueden considerarse como una suerte de "Second Best" respecto a principios y prácticas comerciales y de inversión extranjera más libres, como operó históricamente en el siglo XIX o como proceden hoy algunos países industrializados en sus relaciones comerciales y financieras..."¹³⁷.

El TLCAN representa dentro de su legislación interna para Estados Unidos:

"Para los Estados Unidos, los tratados bilaterales de inversiones (TBI) [con mayor razón el TLCAN] se consideran tratados. [...] En consecuencia, tienen categoría de leyes federales y prelación sobre las leyes estatales."¹³⁸.

Por este Tratado de Libre Comercio los tres Estados firmantes, Canadá, Estados Unidos de América y Estados Unidos Mexicanos, otorgan su consentimiento para ser demandados ante el CIADI, ya sea bajo las reglas del Convenio de Washington, si ambos países son parte en él, o las reglas del Mecanismo Complementario, si sólo uno de ellos ha suscrito el Convenio. Hasta el momento sólo Estados Unidos es parte del Convenio de Washington, de manera que todos los asuntos que se sometan a la Jurisdicción del Centro en virtud del TLCAN, deben forzosamente tramitarse bajo las reglas del Mecanismo Complementario.

El capítulo XI del Tratado, contiene las disposiciones sobre inversiones aplicables a las relaciones entre las partes contratantes. La sección B de este capítulo establece los mecanismos de solución de controversias mixtas: el recurso al CIADI, al Mecanismo Complementario del Centro o a un Tribunal Arbitral constituido según las reglas de la UNCITRAL¹³⁹.

A pesar que sólo Estados Unidos ha suscrito el Convenio, ello no ha impedido que se registren casos ante el Centro entre estos países, bajo el procedimiento que recoge el Mecanismo Complementario. En el caso "Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos", el Tribunal falló respecto a esto:

137 Instituto Libertad y Desarrollo (1995): Inversión extranjera y el NAFTA: Chile, Serie opinión económica, N° 67, Santiago de Chile, septiembre, pp.3 y 5.

138 ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) (2001): Estatuto de la inversión extranjera en los países del hemisferio, estudio comparativo, Estados Unidos, www.alca-ftaa.iadb.org/ESP/invest/USA~1.HTM, jueves 19 de julio de 2001.

139 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.84.

“De acuerdo con el artículo 1120(1)(b), un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente cuya medida se alega ser una violación a la que se refiere el artículo 1117 (en este caso, México) o la Parte del inversionista (en este caso, los Estados Unidos de América), pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; México no lo es. Por lo tanto, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI rigen de manera apropiada la administración de este procedimiento.”¹⁴⁰.

De la misma forma, en el primer asunto que fue conocido por un Tribunal CIADI, en virtud del TLCAN, aplicándose el Mecanismo Complementario, y que correspondió al caso “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”, el Tribunal, teniendo claro su relevancia, expresó algunos principios que orientaban dicho Tratado, y señaló:

“79. Dado que esta es la primera controversia sometida por un inversionista en virtud del TLCAN, que será resuelta con un laudo arbitral relativo al fondo del asunto, resulta apropiado considerar los principios fundamentales.

80. El TLCAN es un tratado entre Estados soberanos que trata una amplia gama de cuestiones relativas a la liberalización del comercio.[...] La jurisdicción arbitral conforme a la Sección B está limitada no sólo en cuanto a las personas que pueden invocarla (han de ser nacionales de un Estado signatario del TLCAN), sino también en cuanto a las materias objeto de la reclamación: Sólo pueden someterse reclamaciones al arbitraje inversionista-Estado con base en el Capítulo Once cuando están fundadas en la violación de una obligación establecida en la Sección A.”¹⁴¹.

Entre los fallos dictados por Tribunales Arbitrales del CIADI constituidos bajo el alero del TLCAN podemos mencionar:

1. “Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos”, donde el Estado Mexicano fue demandado ante el CIADI por la empresa estadounidense Metalclad Corporation, en representación de la empresa mexicana de su propiedad, COTERIN, utilizando el recurso al Mecanismo Complementario.

140 “Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo de fecha 30 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pie de pág N° 1, p.6.

141 “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo de fecha 1 de noviembre de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.24 y 25.

Este es el primer caso que da lugar a una demanda en función de un Tribunal establecido por el Capítulo Once del TLCAN. En este caso México es demandado por la actuación del Ayuntamiento de Guadalcázar, que impide el desarrollo de una Planta para el tratamiento de residuos peligrosos en ese Ayuntamiento, y que llevó al Tribunal a fallar en contra de México porque:

“...no se le otorgó a la inversión de Metalclad un Trato justo y equitativo acorde con el derecho internacional, y que México violó el artículo 1105(1) del TLCAN.”¹⁴².

Concluyendo que:

“...el tribunal sostiene que México expropió indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar una indemnización por la expropiación.”¹⁴³.

2. “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”. Esta es la primera decisión arbitral de un Tribunal bajo el alero del Mecanismo Complementario establecido por el Centro en función del Capítulo Once del TLCAN. En este caso el Tribunal rechaza las pretensiones del demandante y falla a favor del demandando.

Este juicio se refiere a la revocación de un contrato de concesión para la recolección de residuos sólidos domiciliarios que se adjudicó la empresa Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (DESONA), controlada por accionistas de nacionalidad estadounidense, y que demanda ante el Tribunal Arbitral en virtud de esta revocación. Los demandantes alegan que “la injusta revocación del Contrato de concesión por parte de la Ciudad viola los artículos 1110 (‘Expropiación de indemnización’) y 1105 (‘Nivel mínimo de trato’) del TLCAN”¹⁴⁴. Luego de

142 “Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo de fecha 30 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.24.

143 Ídem, p.33.

144 “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo de fecha 1 de noviembre de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.21, 25, 26.

Los artículos relevantes del TLCAN, disponen:

Artículo 1110(1) “Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de la legalidad y al artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.”

haber perdido en tres instancias ante tribunales mexicanos y de haber realizado toda la inversión con una serie de irregularidades y falsas declaraciones respecto su capacidad técnica y patrimonial, el Tribunal Arbitral rechaza igualmente su reclamación:

”El Tribunal Arbitral desapruueba, obviamente, esta actitud, y señala que respalda la conclusión de que la anulación del Contrato de concesión no infringió las obligaciones del Gobierno mexicano en virtud del TLCAN.”¹⁴⁵.

Una situación de este fallo llama poderosamente la atención, pues a pesar de que la parte demandante resulta totalmente vencida, el Tribunal no la condena en costas, lo que puede responder al hecho de ser el primer asunto llevado a estas instancias en virtud del TLCAN.

3. “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, que es el tercer caso presentado ante el CIADI solicitando su arbitraje según las reglas del Mecanismo Complementario y que fue llevado a esta instancia por aplicación del Capítulo Once del TLCAN. La solicitud fue presentada el 29 de septiembre de 1998 por Waste Management, Inc., una sociedad constituida de acuerdo a las leyes de Delaware, Estados Unidos, en su propio nombre y en representación de la sociedad ACAVERDE S.A. de C.V., sociedad constituida bajo las leyes de México y que persigue la indemnización de daños y perjuicios en virtud de un supuesto incumplimiento por parte de entes estatales mexicanos de las obligaciones establecidas en los artículos 1105 y 1110 del TLCAN. En este primer procedimiento el Tribunal Arbitral por decisión de mayoría, con un voto en contra, declaró que carecía de jurisdicción para conocer del asunto en virtud de que no se cumplían los requisitos que el TLCAN exigía para llevar el conflicto a arbitraje internacional y que principalmente se refería a la exigencia de la renuncia de los derechos a iniciar o continuar cualquier procedimiento administrativo o judicial referido a los mismos hechos¹⁴⁶.

4. En consideración a lo anterior, Waste Management, Inc. inició un nuevo procedimiento ante el Centro con fecha 27 de septiembre de 2000, por los mismos hechos,

Artículo 1105(1) “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”

145 Ídem, p.37.

146 “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo del tribunal de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.1 - 24.

contra los Estados Unidos Mexicanos, nuevamente conforme al Mecanismo Complementario del CIADI. La reclamación surgió de una controversia relacionada con la prestación de servicios de gestión de desechos según una concesión otorgada por el Municipio de Acapulco de Juárez, Estado Mexicano de Guerrero. La demandante alegó que cierta conducta de entidades u organismos mexicanos, incluidos Acapulco y Guerrero, constituía una violación de los Artículos 1105 y 1110 del TLCAN. En este segundo procedimiento, la presentación de la notificación de iniciación estuvo acompañada de una renuncia inequívoca en términos del Artículo 1121 del TLCAN. No obstante, la demandada ahora alegó que, por efecto del primer procedimiento que no la favoreció, la demandante quedó impedida de presentar una nueva reclamación con respecto a la medida presuntamente violatoria del TLCAN¹⁴⁷.

Respecto la preclusión de presentar una demanda ante este Segundo Tribunal CIADI, éste sostuvo que:

“Las partes en este caso aceptaron que la decisión del primer Tribunal fue *res judicata* y que debía cumplirse como tal. También aceptaron en que el primer Tribunal no consideró el fondo de la controversia, sino que desestimó la reclamación por falta de competencia. En nuestra opinión, esta decisión es claramente correcta. El primer Tribunal expresamente rechazó cualquier intención de embarcarse en “un análisis del fondo del asunto”, y efectivamente no lo hizo.”¹⁴⁸.

Concluyentemente, este Segundo Tribunal reconoció la facultad del demandante de presentar nuevamente su reclamación cumpliendo los requisitos necesarios:

“En opinión de este Tribunal, ni los términos expresos del TLCAN ni las reglas aplicables del derecho internacional impiden a un demandante que haya incumplido con los prerrequisitos para el sometimiento a arbitraje conforme al Artículo 1121 (1) iniciar el arbitraje por segunda vez de conformidad con tales prerrequisitos.”¹⁴⁹.

Finalmente:

147 “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, Decisión del Tribunal sobre Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo de fecha 26 de junio de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.1 y 2.

148 Ídem, p.8.

149 Ídem, p.16.

“A la vista de las razones expuestas, el Tribunal por unanimidad:

(a) decide que la demandante no está impedida de actuar en este procedimiento por las razones presentadas por la demandada;”^{150 151}.

5. En el asunto “ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América”, las partes son: ADF Group Inc., una sociedad constituida bajo las leyes de Canadá, contra los Estados Unidos. Por no ser Canadá parte del Convenio de Washington, utilizan el Mecanismo Complementario para resolver la controversia. En este caso también se presenta una decisión preliminar del Tribunal respecto al lugar de arbitraje, planteando la demandante que se desarrolle en Montreal, Provincia de Quebec, Canadá, mientras que el demandado señala en cambio que debe elegirse Washington D.C. como lugar de arbitraje¹⁵².

Las razones por las cuales se determinará uno u otro país como lugar de arbitraje son consignadas por el Tribunal de la siguiente manera:

“Varios factores de hecho y legales influyen en la elección del lugar de arbitraje, y su importancia relativa varía caso a caso. Entre los factores más importantes están: (a) [¿conveniencia?] de la ley de procedimiento arbitral en el lugar de arbitraje; (b) si hay un tratado multilateral o bilateral vigente respecto cumplimiento de fallos arbitrales entre el Estado en que el arbitraje tiene lugar y el Estado o Estados en cual el fallo puede ser cumplido; (c) conveniencia de las partes y los árbitros, incluidos la distancia de los viajes, (d) disponibilidad y costos de servicios de apoyo necesarios; y (e) lugar de los objetos materia de la diferencia y proximidad de la evidencia.”¹⁵³.

150 Ídem, p.25.

151 Se plantea en este procedimiento una gran discusión entre las partes respecto la preclusión del derecho de presentar nuevamente una reclamación ante este Segundo Tribunal Arbitral, en virtud del primer fallo por el que el Primer tribunal declina su jurisdicción. Se analizan principios de Derecho Internacional Público, como el de cosa juzgada, el TLCAN, otros fallos de tribunales nacionales de las partes del TLCAN y de tribunales internacionales, etcétera, que exceden la materia que se trata en esta obra.

152 “ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América”, decisión del tribunal respecto el lugar de arbitraje de fecha 11 de julio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.1 y 2.

153 Ídem, p.4. “El texto en inglés es el siguiente: Various factual and legal factors influence the choice of the place of arbitration, and their relative importance varies from case to case. Among the more prominent factors are: (a) suitability of the law on arbitral procedure of the place of arbitration; (b) whether there is a multilateral or bilateral treaty on enforcement of arbitral awards between the State where the arbitration takes place and the State or States where the award may have to be enforced; (c) convenience of the parties and the arbitrators, including the travel distances; (d) availability and cost of support services needed; and (e) location of the subject-matter in dispute and proximity of evidence.”

Finalmente el Tribunal analizando el elemento de “neutralidad” del lugar de arbitraje, señaló:

“21. Es nuestra creencia que Washington D.C. es correctamente considerado como un lugar de arbitraje “neutral”, a pesar de que es la capital de la Parte Demandada. Nuestra perspectiva sobre este último punto es arraigada en la creencia que el CIADI es, y es ampliamente percibido ser, un foro e institución “neutral”. La política imperativa por la cual conducen las partes a arbitraje internacional buscando un foro “neutral” es, en nuestra opinión satisfecha por la elección de la ciudad en la cual el CIADI esta localizado la cual sucede ser la capital de Estados Unidos.

22. Por todas las razones antes expuestas el Tribunal determina designar a Washington D.C. como el lugar de arbitraje en el presente caso.”¹⁵⁴.

6. “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”.

El 30 de abril de 1999, el Sr. Marvin Roy Feldman presentó ante el Secretario General del CIADI una Notificación de arbitraje contra los Estados Unidos Mexicanos en virtud del Capítulo once del TLCAN, y simultáneamente, solicitó se aprobara su sometimiento al Mecanismo Complementario del CIADI, según lo previsto en el Artículo 1120 del TLCAN. Mediante dicha Notificación de arbitraje, el demandante, en su calidad de ciudadano de los Estados Unidos de América, sometió una reclamación a arbitraje en virtud del Artículo 1117 del TLCAN, en nombre de la Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. (CEMSA), una empresa constituida y organizada de conformidad con las leyes de México y que es de propiedad de la parte demandante, la que tiene su control.

El Tribunal expuso el conflicto de la siguiente manera:

“Este caso considera la controversia surgida en relación con la aplicación de ciertas leyes tributarias de los Estados Unidos Mexicanos sobre la exportación de productos tabacaleros de Corporación de Exportaciones

154 Ídem, pp.15 y 16. El texto en inglés es el siguiente: “21. We come finally to the element of “neutrality” of the place of arbitration. It is our belief that Washington D.C. is properly regarded as a “neutral” place of arbitration, notwithstanding that it is the capital of the Respondent Party. Our perspective on this last point is rooted in the belief that the ICSID is, and is widely perceived to be, a “neutral” forum and institution. The policy imperatives which drive parties proceeding to international arbitration to seek a “neutral” forum are, in our opinion, satisfied by choosing the city in which the ICSID is located which also happens to be the capital of the United States.. 22. For all the foregoing considerations, the Tribunal determines to designate Washington D.C. as the place of arbitration in the instant case.”

Mexicanas, S.A. de C.V. (“CEMSA”), una compañía constituida en virtud de las leyes de México, de propiedad y bajo el control del Sr. Marvin Roy Feldman Karpa, ciudadano de los Estados Unidos de América. El Demandante, quien ha iniciado este procedimiento como inversionista único en representación de CEMSA, alega que la negativa de México a devolver los impuestos internos que gravan los cigarros exportados por CEMSA y su continuo rechazo del derecho de CEMSA a la devolución de tales impuestos sobre las futuras exportaciones de cigarros constituyen una violación de las obligaciones de México conforme al Capítulo XI, Sección A del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Específicamente, el Sr. Feldman alega que se han violado los Artículos 1102 (Trato nacional), 1105 (Nivel mínimo de trato) y 1110 (Expropiación e indemnización) del TLCAN.¹ México niega tales afirmaciones.”¹⁵⁵.

De la misma forma en que ha sido expuesto en el asunto anterior, una de las diferencias entre la aplicación del Convenio CIADI y la aplicación del Mecanismo Complementario para la resolución de una controversia, dice relación con la importancia del lugar de arbitraje, ya que bajo este segundo procedimiento, que es llevado a cabo por no cumplirse alguno o algunos de los requisitos para recurrir al Centro en virtud del Convenio, el fallo que determine el tribunal puede ser objeto de revisión por parte de Cortes locales, de tribunales nacionales del país lugar del arbitraje. Esto queda de manifiesto en dos de los procedimientos iniciados al amparo de este mecanismo en virtud del TLCAN. Primeramente, respecto del fallo dictado por el Tribunal Arbitral constituido bajo las normas del Mecanismo Complementario en el asunto "Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos", México impugnó esta decisión ante la Suprema Corte de British Columbia.

También así lo demuestra lo que sostiene el Segundo Tribunal en el caso *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*:

“A diferencia del arbitraje bajo el Convenio del CIADI, el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario no está exento de escrutinio de conformidad con la legislación del lugar del arbitraje. Los posibles requerimientos de dicha legislación están específicamente mencionados en el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario

155 “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, Laudo del Tribunal de fecha 3 de diciembre de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.1.

(véase artículos 1, 53 (3), (4)). Por lo tanto, la determinación de la sede para un procedimiento arbitral bajo el Mecanismo Complementario puede tener consecuencias importantes por la aplicación de la ley aplicable al arbitraje en dicha sede.”¹⁵⁶.

Una situación llama la atención en estos procedimientos tramitados ante el CIADI bajo las reglas del Mecanismo Complementario y que han sido al CIADI sometidos por aplicación del TLCAN, en lo referente a los países que siendo partes de este Tratado no se ven involucrados como demandados en una causa ante el CIADI, ya que pueden realizar presentaciones ante el correspondiente Tribunal Arbitral que digan relación con las materias que están conociendo. Así, por ejemplo, en un conflicto entre un inversionista nacional de Estados Unidos y el Estado Mexicano, Canadá, como tercer estado parte del TLCAN, y a pesar de no estar involucrado en el conflicto, pudo realizar las referidas presentaciones.

En el caso “Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos”, tanto Canadá como Estados Unidos hicieron presentaciones al Tribunal, señalando que a pesar de no tener ningún interés jurídico en la controversia, sí eran importantes para ellos la determinación de conceptos que se ventilaban en el juicio, como por ejemplo el concepto de expropiación¹⁵⁷. Lo mismo sucedió en el asunto “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, donde también estuvieron presentes ambos países que no eran parte en la controversia¹⁵⁸. Igualmente en “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, Estados Unidos y Canadá presentaron sus respectivas comunicaciones sobre las cuestiones jurisdiccionales planteadas en este caso¹⁵⁹.

156 “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, Decisión del Tribunal sobre el Lugar de arbitraje de fecha 26 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.4.

157 “Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo de fecha 30 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.11.

158 “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo del tribunal de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.3.

159 “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, decisión provisional acerca cuestiones jurisdiccionales preliminares de fecha 6 de diciembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.6.

ii. Tratado de la Carta de Energía

Otro de los Tratados Multilaterales a través de cuya suscripción se manifiesta el consentimiento para someter las controversias surgidas directamente de las inversiones que señala es el Tratado de la Carta de la Energía, tratado multilateral cuyo objetivo es el siguiente:

"Artículo 2 Objetivo del Tratado. El presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta."¹⁶⁰.

Este Tratado multilateral de múltiples finalidades, contiene normas sobre promoción y protección de inversiones, del que Th. Walde, citado por Vives Chillida, ha sostenido: “el tratado cumple una función equivalente a la de más de dos mil tratados bilaterales de inversiones en el campo de la energía.”¹⁶¹. Este tratado plantea muchos medios para la solución de controversias en esta materia, que van desde la solución amistosa entre las partes, recursos a tribunales judiciales o administrativos internos, o arbitraje o conciliación internacionales. Vives Chillida en su obra trata un poco más este tratado¹⁶², pero adscribiéndonos a lo que nos convoca:

“El apartado 4 del artículo 26 prescribe que si el inversor opta por la opción del medio internacional de solución debe <<presentar su consentimiento por escrito>> para que la controversia se someta a) al CIADI...”¹⁶³.

160 UE (Unión Europea) (1994): El Tratado sobre la Carta de la Energía www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1994, jueves 19 de julio de 2001, 10:00 AM.

161 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.88.

162 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, pp.85 - 88.

163 Ídem, p.87.

iii. ALCA y MERCOSUR¹⁶⁴

En lo que respecta a los tratados multilaterales en los que participa Chile, podemos mencionar el ALCA, o Área de Libre Comercio de las Américas, que corresponde a una zona de libre comercio e inversiones que desde el año 2005 existirá entre 34 países de la región que actualmente participan en el proceso de negociación. El borrador del acuerdo dispone en el Capítulo sobre Inversión, artículo 15.7, que un inversionista extranjero, nacional de alguno de los Estados parte puede someter una demanda o reclamación en contra de otro Estado parte por conflictos que surjan de una inversión, a arbitraje, pudiendo optar a hacerlo de acuerdo con las reglas del Convenio del CIADI, tanto si la Parte contendiente como la Parte del inversionista, son Estados parte del mismo; o de acuerdo a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, si la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, es Parte del Convenio del CIADI.

En lo que respecta al Mercado Común del Sur, MERCOSUR, que es un acuerdo regional que reúne a Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, suscrito el 26 de marzo de 1991 entre estos cuatro países, con el objetivo de crear una zona de libre comercio, respecto del cual en 1996 Chile suscribió un Acuerdo de Complementación Económica; en el Título XV, referente a inversiones, Artículo 41, se dispone: “Los Acuerdos bilaterales sobre promoción y protección recíproca de inversiones, suscritos entre Chile y los Estados Partes del MERCOSUR, mantendrán plena vigencia.”.

Cabe señalar que los TPPI suscritos entre Chile y cada uno de los países miembros del MERCOSUR, excepto Brasil, contienen cláusulas con sometimiento al CIADI en el caso de conflictos de inversiones entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión¹⁶⁵.

164 En DIRECON (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores) (2005): Acuerdos América Latina, www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/, martes 12 de abril de 2005, 19:00 PM.

165 Igual situación ocurre con la Unión Europea, puesto que el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, mantiene en vigencia los TPPI celebrados entre Chile y los países integrantes de la Unión Europea individualmente considerados, en Mayorga Lorca, R. y otros, op.cit. en nota al pie N° 96, p.131.

4. Declaración unilateral

Una situación diferente a todas las anteriormente analizadas se produjo a raíz del asunto “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica”, en la que Costa Rica manifestó su voluntad de someter una controversia determinada al CIADI mediante la expresión de su consentimiento a través de una carta dirigida al Centro. En esta carta, fechada el 21 de marzo de 1995, aceptó la jurisdicción del Centro para que conociera del caso específico de Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. por la reclamación de la determinación de una expropiación realizada por Costa Rica a una sociedad constituida en Costa Rica, pero cuyos accionistas mayoritarios eran estadounidenses. Dicho consentimiento fue producto de la presión internacional llevada a cabo por Estados Unidos a través de su legislación interna por la que se prohibió la ayuda económica a países que habían expropiado bienes a ciudadanos o sociedades de esa nacionalidad¹⁶⁶.

En el caso “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, CSOB intentó sostener que la jurisdicción del Tribunal Arbitral CIADI emanaba de una declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Eslovaquia por la que señalaba que el Tratado Bilateral que concedía jurisdicción al CIADI, suscrito entre la República Checa y la República de Eslovaquia había entrado en vigor y por lo tanto el Tribunal CIADI tenía jurisdicción, a lo que el Tribunal expresó:

“Aún, si la declaración fuera caracterizada como una declaración unilateral de la República de Eslovaquia, sería necesario preguntarse si ella tenía “la intención del Estado de Eslovaquia de hacer una declaración que se convertiría en obligatoria de acuerdo a esos términos”, como es requerido por los principios de Derecho Internacional aplicable a las declaraciones

166 “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica.”, laudo de fecha 17 de febrero de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p. 180.

unilaterales. De acuerdo a estos principios, la asunción de obligaciones contractuales unilateralmente “no debe ser ligeramente presumido” y requiere un “curso de conducta muy consistente”. [...] Dado estos estándares, el Tribunal considera que la intención de la República de Eslovaquia de ser obligada por el Tratado a través de esta declaración no ha sido establecida.”¹⁶⁷.

Concluyendo lo desarrollado en este Capítulo I, podemos señalar que las manifestaciones del consentimiento por parte de un Estado para que los conflictos que deriven de inversiones realizadas por nacionales de otros Estados en su territorio sean llevados al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) son múltiples; de este modo, el CIADI se presenta como una posibilidad real de solución de controversias relativas a inversiones para los inversionistas extranjeros y le otorga a este organismo el carácter buscado por sus propulsores de ser el foro natural para resolver estas materias, no pudiendo ordinariamente los Estados partes reclamar la falta de jurisdicción y declarando los jueces arbitrales su competencia.

En lo que respecta a nuestro país, como lo hemos señalado, el principal mecanismo por el que el Estado de Chile otorga su consentimiento a la jurisdicción del CIADI es a través de los numerosos TPPI por él suscritos.

167 “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.268. el texto en inglés expresa: “Even if the Notice were to be characterized as a unilateral declaration by the Slovak State, it still needs to be asked whether it was “the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms”, as required by the international law principles applicable to unilateral declarations.⁹ Pursuant to these principles, unilateral assumption of the contractual obligations is “not lightly to be presumed...” and requires “a very consistent course of conduct.” [...] Given this standard, the Tribunal considers that the Slovak Republic’s intention to be bound by the treaty through the Notice has not been established.”

Capítulo II: Ámbitos de competencia de los Tribunales Arbitrales constituidos conforme al CIADI.

Para que una materia pueda ser llevada al CIADI, no basta con que el Estado haya manifestado su consentimiento para que se recurra a él, sino, como lo expone claramente el artículo 25 del Convenio, deben cumplirse ciertos requisitos en razón de la materia y de las personas que pueden recurrir al Centro. Esto lo trataremos como el ámbito material y el ámbito personal de la competencia del CIADI.

A. Ámbito material

El artículo 25.1 del Convenio señala: (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión (...).

De esta forma podemos señalar que para llevar un asunto al CIADI, se requiere:

- Que exista una diferencia;
- Que esta diferencia sea de naturaleza jurídica;
- Que surja directamente de una inversión.

Sin embargo, fue una decisión deliberada de los redactores del Convenio de Washington la no definición de cada uno de estos términos o conceptos, con la finalidad de no limitar el ámbito de los mismos, dejándole así a las partes, particulares y Estados, que en sus propios instrumentos los determinen. Los Tribunales CIADI son recurrentes en analizar cada uno de estos elementos para la determinación de su propia jurisdicción, de acuerdo a los fines del Convenio y a lo que han acordado las partes. Así en el caso “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, el Tribunal sostiene:

“El Convenio no contiene ninguna definición de esos requisitos objetivos. Los redactores del Convenio se abstuvieron deliberadamente de definir las expresiones “diferencia de naturaleza jurídica”, “inversión”, “nacionalidad” y “control extranjero”. Ateniéndose a la naturaleza consensual del Convenio, prefirieron otorgar amplias facultades a las partes para que ellas proporcionaran una definición, siempre que los criterios convenidos entre las partes fuesen razonables y no totalmente inconsistentes con los fines del Convenio”¹⁶⁸.

Analizaremos cada uno de estos requisitos objetivos, a la luz de algunos de los fallos de Tribunales Arbitrales CIADI.

1. Existencia de una diferencia

El primero de los requisitos que exige expresamente el Convenio de Washington para que un Tribunal Arbitral pueda ser competente para conocer de un asunto es que exista una diferencia entre las partes, entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. Ello es importante, puesto que debe haber un conflicto entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión que no esté solucionado.

¹⁶⁸ “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.36.

En el caso “Agip c. República del Congo”, la empresa demandó ante el CIADI reclamando contra una nacionalización sufrida sin derecho a compensación, sin embargo una vez hecho esto, el Estado del Congo revocó la disposición por la que negaba compensación por la nacionalización y planteó ante el Tribunal que ya no existía controversia y que la demanda de Agip carecía de objeto. El demandante señaló que su demanda incluía otras peticiones relativas a la cuantía de la indemnización y a otras indemnizaciones derivadas de la nacionalización, por lo que el Tribunal reconoció su competencia debido a que consideró que la controversia todavía existía¹⁶⁹.

Por otro lado, en el fallo “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, se sostuvo que la Corte Internacional de Justicia había definido el concepto de “controversia” en varias ocasiones, declarando que es:

“...un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes”¹⁷⁰.

En este mismo fallo se expresa que:

“Se ha observado acertadamente a este respecto que la “controversia debe referirse a problemas claramente identificados entre las partes y no debe ser meramente académica... La controversia debe ir más allá de reclamos generales y ha de ser susceptible de ser expuesta en términos de una reclamación concreta¹⁷¹. [...] También se ha comentado acertadamente que la existencia de la controversia presupone un mínimo de comunicación entre las partes, en la que una de ellas plantea el problema a la otra, y ésta se opone a la posición del reclamante en forma directa o indirecta¹⁷². [...] El Tribunal opina que, en este caso, la controversia, en su sentido técnico y jurídico, comenzó a configurarse en 1994, especialmente en el contexto de las propuestas de desinversión discutidas entre las partes. En ese momento,

169 Vives Chillida, *op.cit.* en nota al pie N° 2, p.89.

170 Corte Internacional de Justicia: Caso concerniente a Timor Oriental, ICJ Reports 1995, pág. 90, párr. 22, con referencia a decisiones anteriores tanto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como de la Corte Internacional de Justicia., citado en “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, decisión de jurisdicción de fecha 25 de enero de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.37.

171 Christoph Schreuer, *loc. cit.*, (1996), nota 54 *supra*, pág. 337, *idem*.

172 *Ibid.*, pág. 337, con particular referencia a AALP v. Sri Lanka, Decisión del 27 de junio de 1990, ICSID Reports, Vol. 4, 251., cita *idem* anterior.

quedó claramente establecido el conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses, conduciendo poco tiempo después a la presentación de varias reclamaciones que en definitiva llegaron a plantearse ante este Tribunal.”¹⁷³.

Así, el primer requisito material para que el asunto pueda ser conocido por un Tribunal CIADI es que exista una diferencia, una controversia entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de su inversión, definida y concreta, que pueda traducirse en una reclamación específica por parte del inversionista en contra del Estado.

2. Que la controversia sea de naturaleza jurídica

En virtud del Convenio de Washington, los órganos de solución de controversias del CIADI sólo son competentes para resolver controversias jurídicas en materias de inversiones.

Que la diferencia sea de naturaleza jurídica excluye aquellas controversias que surjan de circunstancias de hecho o las de carácter político¹⁷⁴, o diferencias simplemente comerciales o conflictos de intereses.

Vives Chillida, cita el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial que señala:

“...La expresión <<diferencia de naturaleza jurídica>> se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal.”¹⁷⁵.

173 Ídem.

174 Rioseco Vázquez, op.cit. en nota al pie N° 9, p.157.

175 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.90.

En relación con lo anterior, que la controversia sea jurídica, en el caso “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”, sostuvo el Tribunal que:

“Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas *mexicanas* que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción; México probablemente no sea distinto de otros países en este sentido. El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo. Por tanto, no sería suficiente que los demandantes convencieran a este tribunal arbitral de que los actos o las motivaciones del Ayuntamiento de Naucalpan han de ser desaprobados, o que las razones expuestas por los tribunales mexicanos en sus tres sentencias no son persuasivas. Estas consideraciones son inútiles mientras los demandantes no estén en posibilidad de señalar un incumplimiento de una obligación [jurídica] establecida en la Sección A del Capítulo Once imputable al Gobierno de México.”¹⁷⁶.

Más aun, respecto a la naturaleza jurídica de la controversia, en virtud del TLCAN, no todas las controversias jurídicas pueden ser llevadas a arbitraje internacional, sino que sólo aquellas que involucren una privación de los derechos de los inversionistas de tal envergadura que pueda ser considerada como expropiación, como lo señala el Tribunal en el caso “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”:

“El TLCAN, sin embargo, no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos contractuales. En efecto, no puede considerarse en modo alguno que el TLCAN establezca un régimen de este tipo, de lo contrario se hubiera elevado una multitud de transacciones ordinarias con las autoridades públicas a la categoría de controversias internacionales.”¹⁷⁷.

Un Tribunal internacional constituido conforme al CIADI, tiene la virtud de que no sólo conoce de conflictos derivados de una norma de derecho internacional, sino que, y esto es lo importante, puede conocer de conflictos surgidos del derecho interno del Estado receptor de

176 “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo de fecha 1 de noviembre de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.25.

177 Ídem, p.26.

la inversión y que afecte los derechos del inversionista. Esto se encuentra íntimamente relacionado con las normas de derecho que el Convenio dispone para la resolución de los conflictos, que se encuentran expresados en el artículo 42 (1) del Convenio, en cuanto dispone:

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

Esta es una de las grandes novedades del Convenio de Washington respecto de la regulación de otros Tribunales Arbitrales creados bajo el alero de otros instrumentos, ya que en ausencia del acuerdo de las partes, de la manifestación dispositiva a la resolución de alguna controversia por las normas que las partes determinen, el Tribunal CIADI está obligado a adentrarse en el conocimiento de la legislación interna del Estado receptor de la inversión. Esta obligación de resolver conforme a la legislación interna de cada Estado se explica en razón de una de las características del Convenio, que le otorgan exclusividad y autonomía a su procedimiento, y que corresponde a los efectos negativos de su suscripción para los Estados, es decir, la renuncia a la exigencia habitual del Estado receptor de la inversión de que previo a recurrir a un foro internacional deban agotarse sus recursos internos. El Convenio no hace sino garantizar que si este Estado no ha acordado qué normas de derecho se aplicarán a las controversias que surjan, el Tribunal deberá fallar considerando *prima facie* la legislación interna de ese Estado, incluidas sus normas sobre Derecho Internacional Privado. Sin embargo, sin desconocer que el soporte de toda esta institución es de carácter internacional, este artículo 42 dispone que se aplicarán también las normas de Derecho Internacional que sean pertinentes.

(a) Fallos CIADI en los que se aplica la legislación interna de un Estado

De entre los fallos de Tribunales CIADI que aplican directamente la legislación interna del Estado receptor de la inversión y que está siendo demandado ante sus estrados, podemos mencionar:

1. “Alcoa c. Jamaica”, dónde el Tribunal se pronunció afirmativamente respecto de la existencia de una controversia de orden jurídico interno entre la empresa y el Estado receptor de la inversión, al tratarse de la cuestión de si determinada legislación interna implicaba la violación de las obligaciones de ese Estado contenidas en el contrato de inversión concluido entre las partes¹⁷⁸.

2. “Letco c. República de Liberia”, en la que:

“El tribunal no tuvo duda de la aplicabilidad de la ley liberiana, cuyas normas y principios consideró, además, conforme con los principios generalmente aceptados del Derecho Internacional Público que regulan la validez de los contratos y los remedios en caso de incumplimiento.”¹⁷⁹.

3. “Tradex Hellas S.A. c. República de Albania”, en el que el Tribunal para determinar su jurisdicción, reflexionó de la manera que sigue:

“68. Una importante limitación de esta estructura [estudio del caso] es que, en la decisión de Jurisdicción de 24 de diciembre de 1996, el Tribunal consideró que sólo tiene jurisdicción en base a la ley de Albania N° 7764 de 2 de noviembre de 1993 sobre Inversión Extranjera (la Ley de 1993).

69. Por lo tanto, en consideración de estos méritos, el Tribunal se ve impedido del examen de la demanda bajo cualquier otra base legal posible como cualquiera de las [otras] diversas leyes de inversiones dictadas en Albania, el Tratado Bilateral de Inversiones entre Albania y Grecia, así como cualquier otra fuente de derecho internacional.[...] En consecuencia, el Tribunal hará uso de fuentes de derecho internacional tanto como le parezca

178 Vives Chillida, *op.cit.* en nota al pie N° 2, p.90.

179 Bustos Valderrama, *op.cit.* en nota al pie N° 61, p.90.

apropiado para la interpretación de los términos usados por la ley de 1993, tales como “expropiación”.¹⁸⁰.

4. En el caso “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, el Tribunal para determinar la naturaleza jurídica de las negociaciones que involucraron a las partes en conflicto, recurrió a la legislación interna del Estado receptor de la inversión, España, específicamente a los Códigos Civil y de Comercio de esa Nación, graficándolo así:

“El Tribunal también ha examinado este aspecto de la controversia desde el punto de vista del derecho español.”¹⁸¹.

5. En el asunto “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, el Tribunal, analizando el fondo del asunto señaló:

“En el presente caso, en ausencia de cualquier acuerdo entre las partes en contrario, es la ley de la República de Estonia que se aplica. Más aun ninguna de las partes ha argumentado o alegado que particulares reglas del derecho internacional (otras que aquellas que expresa el BIT y la Convención) son aplicables, y no hay base sobre la cual concluir que la aplicación de reglas del derecho internacional podrían llevar a un resultado diferente que el alcanzado en base a la ley de Estonia.”¹⁸².

180 “Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania”, laudo de fecha 29 de abril de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.217. El texto en inglés es el siguiente: “68. An important limitation of this framework is that, in its Decision on Jurisdiction of 24 December 1996, the Tribunal found that it only had jurisdiction on the basis of the Albanian Law No. 7764 of 2 November 1993 on Foreign Investments (the 1993 Law). 69. Therefore, in its consideration of the merits, the Tribunal is prevented from examining the claim on any other possible legal basis such as any other of the various investment laws issued in Albania, the Bilateral Investment Treaty between Albania and Greece, as well as other sources of international law. [...] Accordingly, the Tribunal will make use of sources of international law insofar as that seems appropriate for the interpretation of terms used in the 1993 Law, such as “expropriation”.”.

181 “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, laudo del Tribunal de fecha 13 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.31.

182 “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, laudo del tribunal de fecha 25 de junio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.85. El texto en inglés cita: “In the present case, in the absence of any agreement by the parties to the contrary, it is the law of the Republic of Estonia that applies. Moreover, neither party has argued otherwise or contended that particular rules of international law (other than as set out in the BIT and the Convention) apply, and there is no basis on which to conclude that the application of rules of international law would effect a result any different than that reached on the basis of Estonian law.”

(b) Fallos CIADI que aplican la legislación internacional:

Por otra parte, no podemos desconocer que a pesar de la posibilidad que tiene un Tribunal constituido conforme al CIADI de fallar los asuntos que se le presenten basándose en la legislación nacional del Estado receptor, no por ello este Tribunal deja de tener el carácter de internacional, por lo que algunos de los fallos que he analizado han hecho aplicación explícitamente de normas de derecho internacional:

1. “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica”, donde el Tribunal sostiene lo siguiente:

“Las posturas, aparentemente divergentes de las partes llevan, en esencia, a la misma conclusión, a saber, que, en definitiva, el derecho internacional es contralor. El Tribunal está satisfecho con que, bajo la segunda sentencia del artículo 42(1), el arbitraje es gobernado por el derecho internacional.”¹⁸³.

2. “Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos”, donde el Tribunal sostiene:

“Un Tribunal establecido conforme a la Sección B del Capítulo Once del TLCAN debe decidir las cuestiones controvertidas de acuerdo con el TLCAN y las reglas de derecho internacional aplicables.”¹⁸⁴.

3. “Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto”.

En este asunto el Tribunal sostiene que una limitación a la determinación de los textos legales en los que basará su fallo se presenta por la decisión de que tiene jurisdicción en base al Tratado Bilateral de Inversiones entre Grecia y Egipto, señalando incluso que el Tribunal sólo

183 “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica”, laudo de fecha 17 de febrero de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.191. El texto en inglés expresa: “The parties’ apparently divergent positions lead, in substance, to the same conclusion, namely, that, in the end, international law is controlling. The Tribunal is satisfied that, under the second sentence of Article 42(1), the arbitration is governed by international law.”

184 “Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo de fecha 30 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.22.

puede aceptar reclamaciones del inversionista fundadas en esta fuente; así, la ley egipcia sólo es considerada en cuanto no se oponga a las disposiciones del Tratado. Se agrega que, asimismo, por aplicación de este Tratado, puede el Tribunal hacer uso de las reglas de derecho internacional que le parezcan complementarias¹⁸⁵.

(c) Algunas consideraciones respecto a la politización de las controversias jurídicas

Resultaba habitual que las diferencias entre inversionistas, generalmente de un país desarrollado, y Estados receptores de su inversión, generalmente países en vías de desarrollo, fueran resueltas mediante las presiones diplomáticas que ejercía el Estado más poderoso, llegando incluso a la utilización de la vía armada, acciones conocidas como el ejercicio de la protección diplomática por parte de los Estados respecto sus nacionales. Vives Chillida sostiene que la renuncia a ejercer la protección diplomática por parte del Estado nacional del inversionista, desarrolla otro de los efectos negativos emanados del consentimiento a someterse al Convenio, y que se traduce en que la característica del Tribunal del CIADI en cuanto a que tiene competencia para resolver controversias jurídicas en materia de inversiones lleva a una despolitización de las mismas; evitando así que una controversia entre un particular y un estado se transforme en un conflicto entre estados, que antaño llevaba incluso la utilización de la vía armada¹⁸⁶. El conflicto ya no será interestatal, ya no se presentará entre dos Estados, uno receptor de capital, generalmente, país en vías de desarrollo y entre el Estado exportador de capitales, generalmente país desarrollado.

El Tribunal judicializará la controversia.

185 “Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto”, Laudo del Tribunal de fecha 12 de abril de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.20 y 21.

186 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.91.

Sin embargo, querámoslo o no, todo el Derecho está imbuido de ciertos matices políticos, y al CIADI igualmente pueden presentarse asuntos con perfiles políticos. M. Amadio, citado por Vives Chillida, señala que:

“Desde el punto de vista del inversor la <<coloración política>> se asocia a la simple participación del Estado en la controversia, del mismo modo que tradicionalmente se ha hablado de los <<riesgos políticos>> de las inversiones extranjeras.”¹⁸⁷.

Muchas son las demostraciones de la politización de los conflictos internacionales llevados ante el CIADI:

1. Caso “Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica”, que creo constituye de los casos estudiados para esta memoria, el que presenta una mayor vulneración del principio de Libre Determinación de los Pueblos, y en el que se manifiesta uno de los elementos que se pretendía erradicar con la suscripción del Convenio, esto es, el ejercicio de la de Protección Diplomática. En este caso claramente puede verse una presión por parte del Estado nacional de los inversionistas, Estados Unidos, dirigida al mundo entero y cuyo receptor circunstancial fue este país centroamericano, para que Costa Rica otorgara su consentimiento en someter una diferencia específica al CIADI. El Tribunal consciente de esto, lo consigna en el fallo:

“24. Mención debe ser hecha a uno de los aspectos de la enmienda de 1994 de Estados Unidos, conocida como la “Enmienda Helms” la cual prohíbe el otorgamiento de ayuda externa estadounidense, incluyendo aprobación de financiamiento por instituciones financieras internacionales, a

187 Ídem.

189 “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica.”, laudo de fecha 17 de febrero de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.180. El texto en inglés: “24. Mention should be made of one aspect of a 1994 U.S. enactment, known as the “Helms Amendment”,¹⁷ which prohibits U.S. foreign aid, including U.S. approval of financing by international financial institutions, to a country that has expropriated the property of a U.S. citizen or corporation at least 50% owned by U.S. citizens, where the country in question has not:“(A) returned the property, (B) provided adequate and effective compensation (...) as required by international law, (C) offered a domestic procedure providing prompt, adequate and effective compensation in accordance with international law, or (D) submitted the dispute to arbitration under the rules of the [ICSID Convention] or other mutually agreeable binding international arbitration procedure.” 25. This enactment was invoked against the Republic of Costa Rica in connection with the Santa Elena case, with the result that a U.S. \$175,000,000 Inter-American Development Bank loan to Costa Rica was delayed at the behest of the U.S. until Costa Rica consented to refer the Santa Elena case to international arbitration.”.

un país que ha expropiado la propiedad a ciudadanos o corporaciones estadounidenses que son propietarios de a lo menos un 50%, cuando el país en cuestión no ha:

(A) Devuelto la propiedad

(B) Provisto adecuada y efectiva indemnización (...) como requiere el derecho internacional:

(C) Ofrecido un procedimiento interno que proporcione una pronta, adecuada y efectiva indemnización de acuerdo al derecho internacional

(D) Someta la disputa a arbitraje bajo las reglas de la Convención del CIADI u otro procedimiento de arbitraje internacional vinculante de mutuo acuerdo.

25. Esta enmienda fue invocada contra la República de Costa Rica en relación con el caso Santa Elena, con el resultado de que un préstamo por U.S. \$175.000.000 del Banco Interamericano de Desarrollo fue aplazado a instancias de Estados Unidos hasta que Costa Rica consintiera en remitir el caso de Santa Elena a arbitraje internacional.

Por carta fechada el 21 de marzo de 1995, Costa Rica consintió a los procedimientos de arbitraje ante un tribunal CIADI.¹⁸⁹.

2. Ejemplo desde el punto de vista contrario, se manifiesta a través de una declaración emitida por el Tribunal en el caso "Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos", en el que pretende mantener el carácter reservado del arbitraje, y que no se produzca un juicio público de la controversia que ejerciera alguna presión sobre el Tribunal, a pesar de los comentarios, peticiones y argumentos de los demandantes que sostienen que por ser una sociedad anónima abierta debían dar a conocer a sus accionistas las actividades que realizaban y especialmente un juicio que involucraba a la empresa y su patrimonio, a lo que los Árbitros declararon:

“Dicho lo anterior, aún le parece al Tribunal que sería ventajoso para el desenvolvimiento ordenado del proceso arbitral, y conducente a la mantención de relaciones de trabajo entre las Partes si durante el procedimiento ambas hubieran de limitar la discusión pública del caso a lo mínimo, sujeta a cualquier obligación de emisión de información externamente impuesta por la cual cualquiera de ellas pueda estar jurídicamente vinculada.”¹⁹⁰.

190 "Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos", laudo de fecha 30 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.8.

3. Otra situación similar se produjo en el caso “V́ctor Pey Casado y Fundaci3n Presidente Allende c. Rep3blica de Chile”, en que la parte demandante solicit3 al Tribunal que:

“...una recomendaci3n era *necesaria a fin de no agravar la diferencia...*” [ya que los actos del Estado de Chile, entre ellos] “...la persistente negativa por parte de las autoridades chilenas de tomar en cuenta sus protestas y explicaciones, o de reconocer la competencia del Tribunal de Arbitraje en los t3rminos del Convenio de Washington y del Tratado Bilateral de Inversiones entre Espa~a y Chile.”¹⁹¹.

El Tribunal, respecto a esto sostuvo:

“Se trata del principio general, frecuentemente afirmado en la jurisprudencia internacional, judicial o arbitral, en virtud del cual *“cualquiera de las partes en un litigio tiene la obligaci3n de abstenerse de todo acto u omisi3n susceptibles de agravar el litigio o de hacer m3s dif́cil la ejecuci3n del laudo a intervenir”*.

[...]

74. El Tribunal de Arbitraje opina que los elementos de hecho que se resumen en la primera parte de la presente decisi3n, y el comportamiento de las dos partes en el procedimiento, establecen claramente la existencia de un estado de tensi3n, que es misi3n de los ́rbitros buscar disminuir durante la duraci3n del procedimiento o, al menos, de la cual deben tratar de prevenir la agravaci3n.

75. Tal estado de tensi3n se explica, por lo menos en parte, por el origen y contexto poĺticos del litigio, nacidos de confiscaciones realizadas por el r3gimen militar chileno de las empresas CPP y Clarín y de la compensaci3n prometida o debida a los afectados. Se hace notar tambi3n las cŕticas y comentarios de tono acerbo intercambiados entre las partes, que se acusaron, por ejemplo, de fraude o de impostura, de manipulaciones legislativas o administrativas, e incluso de obstrucci3n.

76. Dado el clima de casi total incomprensi3n recíproca, podría temerse que ocurran actos o comportamientos unilaterales, que adquirirían diversas formas—tales como, por parte de los demandantes, campa~as hostiles de prensa o, por parte del demandado, decisiones de las Autoridades judiciales o administrativas. Este 3ltimo riesgo parece ser m3s importante por la

191 “Victor Pey Casado y Fundaci3n Presidente Allende c. Rep3blica de Chile”, decisi3n sobre la adopci3n de medidas provisionales solicitadas por las partes de fecha 25 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.630 y 631.

convicción, afirmada por el Gobierno en cuestión, tal como lo hemos visto, que el litigio tendría un carácter estrictamente interno y que el Tribunal del CIADI no sería competente. Es posible que así sea. Pero también es posible que el Tribunal de Arbitraje llegue a la conclusión opuesta, y dicte un laudo sobre el fondo del asunto, cuya ejecución podría volverse más difícil, sino imposible, debido a las medidas unilaterales que mientras tanto habría tomado el Estado demandado—situación cuya naturaleza comprometería la responsabilidad internacional de ese Estado, tal como fue mencionado con anterioridad, por ejemplo en el caso *Holiday Inns contra el Gobierno de Marruecos*.

77. Por tales motivos y habida cuenta de las circunstancias, el Tribunal de Arbitraje juzga necesario instar a las dos partes, a título precautorio, a que consideren las diversas hipótesis posibles y a que cada cual—citando las palabras de la Corte Internacional de Justicia (caso *Anglo–Iraní*, resolución del 5 de julio de 1951, página 93) “à empêcher tout acte qui pourrait préjuger les droits de l'autre Partie à l'exécution de [el laudo] que [el Tribunal de Arbitraje] peut être appelé à prendre au fond et à empêcher tout acte, de quelque nature qu'il soit, qui pourrait aggraver ou étendre le différend”. [El texto en castellano, traducido del inglés¹⁹²: dice lo siguiente:] “asegurar que no se tome acción alguna, de cualquier especie, que pueda perjudicar los derechos de la otra Parte respecto del cumplimiento de cualquier [laudo] que [el Tribunal de Arbitraje] pueda posteriormente emitir en cuanto al fondo, e impedir acción alguna que pueda agravar o extender la disputa sometida a la Corte.”¹⁹³ 194.

192 El texto en inglés señala: “...ensure that no action of any kind is taken which might prejudice the rights of the other Party in respect of the carrying out of any [laudo] which [el Tribunal de Arbitraje] may subsequently render and ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court.”

193 Ídem, p.630 – 634.

194 El tribunal referente a lo anterior, cita como ejemplos: “En efecto, este principio fue indiscutiblemente consagrado desde hace varios decenios por la jurisprudencia internacional, y en especial desde el precedente sentado en el célebre caso *Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria* (medidas provisionales), Orden del 5 de diciembre de 1939 de la Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A/B—fasc. no. 79, página 1. [...] De la misma manera, en el caso de la *Anglo–Iranian Oil Company* (solicitud de indicación de medidas provisionales, Reino Unido–Irán). [...] En un caso más reciente, mediante la Orden del 1 de julio de 2000, caso de actividades armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda), medidas provisionales, la Corte Internacional de Justicia recordó incidentalmente que el artículo 41 de su Estatuto le daba también el poder de indicar medidas provisionales a fin de impedir la agravación o extensión de una diferencia cuando las circunstancias lo exijan.” [...] El mismo poder fue confirmado, en el marco de arbitrajes del CIADI, por ejemplo, al menos de forma implícita, por ejemplo en el caso *Holiday Inns* antes citado (cf. Georges R. Delaume, *ICSID Tribunal and Provisional Measures—A Review of the Cases*, ICSID Review volumen 1, n° 2, otoño de 1986, página 392 ; Paul D. Friedland, op. cit., página 336, que menciona en la página 338 que “...international legal precedent ... permit provisional measures in cases of aggravated tension, even if the conduct at issue did not affect the

(d) Algunas consideraciones respecto la renegociación de los contratos a la luz de los Tribunales Arbitrales CIADI

En el trabajo preparatorio del Convenio de Washington, se especificó que la referencia a que los Tribunales Arbitrales constituidos conforme al CIADI sólo serían competentes para conocer de controversias jurídicas, tenía el propósito de excluir de la jurisdicción del Centro cuestiones como la renegociación de contratos entre Estados y empresas, controversias que se consideraban políticas. Sin embargo, en la práctica ha ocurrido que en el foro del CIADI se encuentre pendiente un asunto, y paralelamente –extrajudicialmente- se hayan renegociado contratos entre Estados y empresas partes en esas controversias. Ejemplo de ello, resultó ser el caso “Joseph Charles Lemire c. Ucrania”¹⁹⁵.

Asimismo, dentro del procedimiento ante el CIADI, ha ocurrido que las partes pueden llegar a acuerdos que supongan una revisión del contrato, o que incluso, el Tribunal fallando un determinado asunto, disponga la renegociación o revisión de un determinado contrato, aplicando las normas que sobre estas materias contenga la legislación nacional del Estado receptor o principios internacionales, basándose en instituciones como la imprevisión, el cambio fundamental de las circunstancias, etcétera¹⁹⁶. Acorde con lo anterior, A. Melchor, citado por Vives Chillida expone que:

particular rights in dispute”; consúltese también C. Schreuer, op. cit., n° 68–70, que cita la resolución de Amco contra Indonesia (página 241), en donde el Tribunal de Arbitraje rechazó la solicitud, principalmente debido a que no había agravación o extensión alguna del litigio.”

¹⁹⁵ Analizado ya en p.38.

¹⁹⁶ Relacionado con lo anterior, ver: Nehme Zalaquett, Nicole (1998): El cambio de circunstancias en los contratos económicos internacionales. Un acercamiento a la Lex Mercatoria, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, [tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales](#).

“...junto al principio *pacta sunt servanda* existía implícitamente el principio *rebus sic stantibus* cuando cambian completamente las condiciones y circunstancias existentes desde que se efectuó la inversión.”¹⁹⁷.

En el caso “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, uno de los argumentos por los que la empresa CGE demandaba al Estado Argentino, y que según su parecer constituía violación por parte de Argentina de los derechos que otorgaba el ABI suscrito entre Argentina y Francia al inversionista extranjero, decía relación con la no suscripción de un nuevo Contrato de Concesión entre el inversionista extranjero y la Provincia de Tucumán, a lo que el Tribunal sostuvo:

“Por último, el Tribunal hace notar que, a pesar de la considerable importancia que las demandantes le atribuyeron durante este procedimiento al fracaso en la negociación del Contrato de Concesión revisado y, en particular, a los cambios hechos por el Gobernador y por la Legislatura de Tucumán al proyecto del 22 de abril, el Tribunal considera que estas circunstancias no equivalen a una violación por la República Argentina del TBI sobre la base de acciones de la Provincia. Específicamente, las demandantes no han argumentado jamás que la Provincia violó un deber jurídico de revisar el Contrato de Concesión. Además, como se hace notar más adelante al examinar las acciones de la República Argentina, hay prueba abundante en autos que los funcionarios federales de la República Argentina jugaron un papel constructivo en el proceso de renegociación que involucró a funcionarios de Tucumán y a representantes de CGE.”¹⁹⁸.

Otro de los casos en los que se ha resuelto extrajudicialmente la controversia luego de llevarla al foro del CIADI, es el asunto “Antoine Goetz y otros c. República de Burundi”, en el que se llevó la controversia al CIADI, por la vulneración de los derechos de los inversionistas. Affimet, compañía creada en Burundi, de propiedad del Sr. Antoine Goetz y otros cinco ciudadanos belgas, se dedicaba a la producción y venta de metales preciosos. En 1993 obtuvieron del Estado de Burundi un certificado de exención de impuestos. Posteriormente, Burundi dispuso que dicha exención no se aplicaría a empresas que se dedicaran a la extracción

197 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, pp.91 - 93.

198 “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm. p.32.

y venta de oro. Los inversionistas belgas llevaron el asunto al CIADI alegando la expropiación de sus derechos. Las partes paralelamente sostuvieron una negociación que devolvió los impuestos durante el período que los inversionistas tributaron y establecieron un nuevo régimen de exención tributaria. El Tribunal no dictó un fallo, sólo una decisión de responsabilidad donde los jueces señalaron que Burundi sí ejecutó medidas que privaban o restringían los derechos de propiedad de los demandantes, es decir, sí realizó actos equivalentes a una expropiación¹⁹⁹, pero que sería declarado responsable sólo si no proveía una adecuada y justa compensación a los inversionistas dentro de cuatro meses de conocida esa decisión.

3. Que surja directamente de una inversión

Podemos dar varias ideas respecto a qué se entiende por inversión. En su sentido económico, invertir es la actividad económica por la que se renuncia a consumir hoy con la idea de aumentar la producción en el futuro²⁰¹. Según ha explicado Patrick Juillard, citado por Vives Chillida:

“...para que se dé una inversión en sentido económico es necesario que exista, en primer lugar, una aportación económica de moneda o bienes, que pueden ser materiales o inmateriales, tales como derechos de propiedad industrial o intelectual. En segundo lugar tal aportación debe realizarse a medio o largo plazo (3 o 7 años) y, en tercer lugar, la operación económica debe comportar un riesgo, en el sentido de que la remuneración buscada por el inversor -que tiene siempre un interés lucrativo- dependa de las ganancias o pérdidas de la empresa.”²⁰²:

199 “Antoine Goetz y otros c. República de Burundi”, Nota de Introducción, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp. 454 y 455.

201 Samuelson Paul y Nordhaus William, “Economía Editorial Mc Graw-Hill, 1990, p.1141. Citado por Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8., p.11.

202 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.93.

Desde el punto de vista financiero, para algunos agentes económicos individuales la inversión se hace sinónimo de financiar proyectos, y ha sido definida como el:

“...financiamiento de una determinada unidad económica, en cuya virtud el prestamista se contenta inicialmente con que su crédito sea pagado con los flujos de caja y utilidades que dicha unidad económica genere, siendo garantizado este préstamo con los activos de la unidad económica respectiva.”²⁰³.

También se ha dicho que inversión:

“Corresponde a la acumulación de riqueza en cualquiera de sus formas, como adquisición de bonos, acciones, propiedades, hipotecas, entre otras. La inversión financiera, entonces, se refiere a la transferencia de la propiedad de dichos títulos o activos financieros.”²⁰⁴.

Ahora bien, la materia que aquí nos convoca dice relación con la Inversión Extranjera, que Frank Tressler ha definido como el:

"...movimiento de capital por el cual una entidad estatal o una persona natural o jurídica de un país determinado transfiere a otro recursos financieros, tecnológicos, materiales o humanos, con el objeto de crear o tomar el control de un establecimiento, el que puede tener o no un carácter económico."²⁰⁵.

Por su parte, Julio Vives Chillida ha sostenido que:

“Una inversión es una operación económica que es objeto de una reglamentación jurídica internacional. Sin embargo, como las formas jurídicas mediante las que se instrumentaliza pueden ser muy diversas, es difícil formular una definición jurídica. [...] Desde el punto de vista del Derecho internacional, a éste le incumbe la inversión *extranjera*. Esta puede caracterizarse como <<...la transferencia de fondos o materiales de un país (llamado el país exportador de capital) a otro país (llamado el país receptor)

203 Carey Jorge y Pulido Alberto, "Financiamiento de Proyectos (Project Finance). Aspectos generales y legales". Memoria de prueba, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992, p.1. Citado por Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.13.

204 Sepúlveda César y Leng Iván, "Términos económicos de uso habitual", Editorial Universitaria, 1990, p. 91. Citado por Polanco, op.cit., p.12.

205 Tressler Zamorano, op.cit. en nota al pie N° 82, p.89.

para ser utilizados en la conducción de una empresa en ese país a cambio de una participación directa o indirecta en los beneficios de la empresa>>.”²⁰⁶.

Jurídicamente, no existe una definición legal en el derecho chileno de qué se considera inversión, sin embargo podemos encontrar ciertos conceptos específicos acerca de la inversión extranjera en algunos instrumentos jurídicos vigentes de carácter nacional e internacional. Alejandro Escobar señaló:

"En el ámbito de los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (A.P.P.I.) comúnmente se encuentran definiciones amplias y no exhaustivas, sobre que se entiende por inversión para las partes contratantes del mismo. La más común formulación consiste en que "inversión" significa o comprende "cualquier tipo de activos". Invariablemente, tal formulación es seguida de una lista no exhaustiva de que [sic] se incluye como inversión en la definición"²⁰⁷.

También hay algunos, como Roberto Mayorga, que sostienen que el concepto de inversión extranjera puede desprenderse de la definición de los sujetos de estas inversiones, establecido en el artículo 1° del Decreto Ley N° 600 de 1974, Estatuto de la Inversión Extranjera, que dispone: "Las personas naturales y jurídicas extranjeras, y las chilenas con residencia y domicilio en el exterior, que transfieran capitales extranjeros a Chile y que celebren un contrato de inversión extranjera". De ella se derivan algunos elementos de la esencia de este concepto: Primero, que en la inversión deben participar algunos de los sujetos de que dicha disposición da cuenta, y segundo, que se transfieran capitales extranjeros a Chile, al menos en el origen del proyecto, puesto que las utilidades de éstos, generadas en Chile, pueden acogerse también al régimen de inversión extranjera. En su opinión, es posible definirla como:

"...aquellas inversiones realizadas en Chile a través de alguna de las vías que establezca la ley, que impliquen transferencia de capital desde el exterior, sea que el proyecto se efectúe directamente por el inversionista extranjero o mediante su asociación con un inversionista nacional"²⁰⁸.

206 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, pp.93 y 94.

207 Escobar, Alejandro, Introductory note on Bilateral Investment Treaties concluded by Latin American States", en: *Foreign Investment Law Journal*, vol 11, N° 1, Spring 1996, p.87. Citado por Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.14.

208 Mayorga Lorca, R y L. Montt D., op.cit. en nota al pie N° 6, p.48 y 49.

La inversión extranjera, según César Sepúlveda, puede dividirse en dos tipos: Inversión directa e inversión indirecta o de "portafolio":

"La inversión directa es aquella en la que el inversionista extranjero busca controlar y dirigir la empresa, y de hacerlo por un largo período. La indirecta o de portafolio es aquella en que el inversionista busca una utilidad que puede materializarse a corto plazo; esto supone que quien invierte no está generalmente interesado en la administración de la empresa, y que lograda la utilidad que aspira, puede liquidar su inversión si tiene otra mejor alternativa en perspectiva."²⁰⁹.

Frank Tressler dijo:

"La diferencia entre ambas es determinada por el porcentaje de propiedad del cual se toma control o se adquiere. Este porcentaje difiere de país en país, por ejemplo, en los Estados Unidos basta con adquirir el 10% para que nos encontremos frente a un proceso de inversión extranjera directa. Cualquier porcentaje inferior tendría características de "portafolio".

[...]

La Inversión extranjera directa es un fenómeno reciente. Antes de la Segunda Guerra Mundial las inversiones de tipo "portafolio" fueron las más comunes. Desde el año 1945 el fenómeno de la inversión extranjera directa ha ganado terreno con creces. [...] Entre los años 1967 y 1977, la inversión extranjera directa aumentó a una tasa mayor que la del crecimiento del comercio mundial, y esta es una constante que se ha mantenido durante la década de los 80 y 90."²¹⁰.

Ahora bien, analizando los vaivenes políticos que ha generado el hecho de invertir en latitudes extranjeras, se ha sostenido por algunos autores lo siguiente:

"Durante los últimos cincuenta años, la inversión extranjera en Latinoamérica pasó de ser un fenómeno que provocaba desconfianza, a una actividadpreciada y estimulada. En una primera etapa, se criticó duramente la fuga de capitales foráneos ante cualquier signo de hostilidad política o económica del Estado Receptor de la inversión, como asimismo, la posibilidad que dicha forma de financiamiento pudiera llegar a ser un factor

²⁰⁹ Sepúlveda César, op.cit. en nota al pie N° 203, p.357.

²¹⁰ Tressler Frank, op.cit en nota al pie N° 82, p.89.

que atentara contra la estabilidad interior de los Estados, tomando la forma de un poder económico y político."²¹¹.

"La expresión "capital foráneo" fue considerada sinónimo de intervención de las naciones industrializadas en las economías de las menos desarrolladas con una connotación negativa y expropiatoria de sus riquezas básicas..."²¹².

"Hoy en día, dicha visión dio paso a una percepción amigable de la inversión extranjera, reconociéndose que desempeña un factor que contribuye, bajo los resguardos apropiados, al crecimiento económico, bienestar y desarrollo de un país. Con ello se ha iniciado una verdadera competencia para captar el capital extranjero, entre los países en vías de desarrollo de nuestra América Latina."²¹³.

Retomando nuestro enfoque, en el sentido que la controversia que pueda conocer un Tribunal CIADI constituido en virtud del Convenio de Washington sea sólo aquellas surgidas directamente de una inversión hacen que:

"La especialización *ratione materiae* de CIADI ha sido ejemplificada designando al Centro como <<juez natural>> en la solución de controversias en materia de inversiones internacionales."²¹⁴.

El Convenio de Washington no define qué se entiende por inversión²¹⁵, y ello se debe a la consideración de los redactores del Convenio de que una definición precisa de inversión podría restringir su aplicación y una definición muy amplia carecería de utilidad. Según Polanco²¹⁶ esta decisión ha sido sabia, porque ha permitido acomodarla a tipos de inversión tradicional y también a otras modernas formas de inversión. Además a esta libertad se agrega la posibilidad de la determinación de qué entienden por inversión las partes, Estados e inversionistas, así como el mecanismo por el que los Estados partes del Convenio pueden

211 Polanco Lazo, op.cit. en nota al pie N° 8, p.1.

212 Mayorga Lorca, R y L. Montt D., op.cit. en nota al pie N° 6, p.63.

213 Polanco Lazo, op.cit. en nota al pie N° 8, p.1.

214 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2 p.94.

215 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.94.

216 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.121.

manifestar que para determinadas materias no otorgan su consentimiento a la jurisdicción del Centro²¹⁷. Así por ejemplo, mientras Arabia Saudita ha excluido de la jurisdicción del Centro controversias que afecten al petróleo, Jamaica lo ha hecho respecto de aquellas relativas a minerales y recursos naturales²¹⁸.

En el asunto “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, el Tribunal, respecto de la no definición de inversión por parte del Convenio sostuvo:

“33. Ninguna de las partes afirmó que la Convención CIADI contenía *a priori* alguna definición precisa de “inversión”. Por el contrario, la definición fue dejada para ser resuelta en la subsecuente práctica de los Estados, preservando, de este modo, su integridad y flexibilidad y permitiendo el futuro desarrollo progresivo del derecho internacional en el tópic de inversión.”²¹⁹.

Y luego el Tribunal agregó:

“En ausencia de una generalmente aceptada definición de inversión para los propósitos de la Convención CIADI, el Tribunal debe examinar la actual y pasada práctica del CIADI y la práctica de los Estados, tal como se evidencia en tratados multilaterales y bilaterales y acuerdos que obligan a los Estados, destacándose el BIT Estados Unidos - Sri Lanka. Es para el tribunal la determinación del significado o definición de “inversión” para este propósito una cuestión de derecho”²²⁰.

217 “Artículo 25: [...] (4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción.”

218 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.95.

219 “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, laudo del Tribunal de fecha 15 de marzo de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.151. El texto en inglés expone: “33. Neither Party asserted that the ICSID Convention contains any precise a priori definition of “investment”. Rather the definition was left to be worked out in the subsequent practice of States, thereby preserving its integrity and flexibility and allowing for future progressive development of international law on the topic of investment.”.

220 Ídem, p.158. “Cuyo texto en inglés: In the absence of a generally accepted definition of investment for the purpose of the ICSID Convention, the Tribunal must examine the current and past practice of ICSID and the practice of States as evidenced in multilateral and bilateral treaties and agreements binding on States, notably the United States–Sri Lanka BIT. It is for the Tribunal to determine the meaning or definition of “investment” for this purpose as a question of law.”.

Que se exija que la controversia derive directamente de una inversión excluye las transacciones comerciales ordinarias, tales como la venta de mercancías. El Secretario General del CIADI tiene la facultad de denegar el registro de una solicitud de arbitraje en el caso de que de la información contenida en la solicitud se desprenda que ella se trata de una transacción comercial, y así ocurrió en el asunto “Asian Express v. Greater Colombo Economic Commission”²²¹, donde el conflicto derivaba de una compraventa de bienes. Así, ni aunque las partes expresen que una determinada operación corresponde a una inversión, pueden ellas convertir una transacción comercial en inversión para que quepa dentro del ámbito de aplicación del Convenio.

En el asunto “CSOB c. Eslovaquia”, el demandado presentó una objeción a la jurisdicción del Tribunal basándose en que la inversión debía ser directa. A esto, el Tribunal relacionándolo con lo fallado en el caso “FEDAX N.V. c. República de Venezuela” señaló:

“Es evidente que el término “directamente” está relacionado en este artículo [25 de la Convención] a la “diferencia” y no a la “inversión”. Por consiguiente la jurisdicción puede existir aun respecto de una inversión que no es directa, con tal que la diferencia surja directamente de dicha transacción. Esta interpretación es consistente con el amplio alcance que al término “inversión” debe darse a la luz de la historia de la negociación de la Convención.”²²².

La no definición de qué se entiende por inversión ha dado pie para que queden incluidas dentro de la jurisdicción del Centro múltiples formas de materialización de inversiones que no responden a los métodos tradicionales de participación en sociedades de carácter local o de contratos directos con el Estado. Por esto han sido consideradas inversión, según Patrick Rambaud:

221 Vives Chillida, op. cit. en nota al pie N° 2, p.96.

222 “Fedax N.V. v. Republic of Venezuela”, Decision on Jurisdiction, July 11, 1997, citado en “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.275. El texto en inglés señala: “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, ...”. Here it is relevant to note that in the Fedax case the Tribunal stated: It is apparent that the term “directly” relates in this Article to the “dispute” and not to the “investment”. It follows that jurisdiction can exist even in respect of investments that are not direct, so long as the dispute arises directly from such transaction. This interpretation is also consistent with the broad reach that the term “investment” must be given in the light of the negotiating history of the Convention.14 14, 37 I.L.M. 1378, at para. 24 (1998).”.

“...fuera de las simples transacciones comerciales, puede decirse que todas las relaciones industriales que presentan un cierto grado de complejidad son susceptibles de entrar en la categoría de <<inversiones>> en el sentido del Convenio.”²²³.

En la jurisprudencia del CIADI se encuentra una gran variedad de formas de inversión que a la luz de las decisiones de los Tribunales entran dentro de su jurisdicción en razón de la materia: contratos de explotación de recursos naturales, inversiones industriales para la producción de manufacturas, construcción de hoteles y viviendas, acuerdos para la construcción de completas plantas industriales con transferencia de tecnología, o acuerdos para la formación de pescadores y explotación de barcos²²⁴, joint venture, transferencias de fondos, contratos de servicios, de transferencia de know how y tecnología²²⁵, de realización de empresas industriales u obras civiles, etcétera.

En el caso “CSOB c. Eslovaquia”, el Tribunal sostuvo que el término inversión puede referirse a préstamos y más aún, “una transacción puede calificar de inversión aunque haya una ausencia de transferencia física de fondos.”²²⁶.

En todo caso, las partes pueden definir y determinar qué entienden por inversión, sea en el contrato que suscriba el inversionista extranjero con el Estado receptor, sea que ello se establezca por dos o más Estados en tratados bilaterales o de promoción y protección de inversiones, o en tratados multilaterales. Por ejemplo, Chile en su TPPI suscrito con Argentina, vigente desde el 8 de mayo de 1999, define como inversiones a: “...todo tipo de bienes que el inversor de una Parte Contratante invierte en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de ésta, en particular, pero no exclusivamente:

- a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda;

223 Vives Chillida, op. cit. en nota al pie N° 2, p.100.

224 Ídem.

225 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.122.

226 “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.278.. El texto en inglés expresa: “...a transaction can qualify as an investment even in the absence of a physical transfer of funds.”.

- b) acciones, derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades, como también la capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior;
- c) obligaciones o créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país dónde esta inversión sea realizada;
- d) derechos de propiedad intelectual como, en especial, derechos de autor, patentes, diseños y modelos industriales y comerciales , procedimientos tecnológicos, know-how y valor llave;
- e) concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de prospección y explotación.”

Sin embargo, según Polanco:

“...se excluyen las controversias comerciales, ya que se refieren a compra y venta de bienes y no necesariamente a una inversión. Dado que no siempre es fácil distinguir entre operaciones comerciales y de inversión, debe estarse más al análisis de la relación económica subyacente o a sus efectos, que a lo que han dicho las partes.”²²⁷.

Pero no se debe olvidar lo señalado algunas páginas atrás, en cuanto a que, ni aunque las partes expresen que una determinada operación corresponde a una inversión, ellas podrían convertir una transacción comercial en inversión para que quepa dentro del ámbito de aplicación del Convenio.

Por su parte en el TLCAN:

“La definición de inversión extranjera tiene una cobertura bastante amplia y no abarca solamente el concepto de inversión directa. [...] se cubre todo tipo de inversiones ya sean en capital, instrumentos de deudas, préstamos a empresas, títulos sobre flujos o participaciones de ventas en operaciones comerciales, inmobiliarias o inversión de capital en otros destinos.”²²⁸.

²²⁷ Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.122.

²²⁸ Instituto Libertad y Desarrollo op.cit. en nota al pie N° 163, p.6.

En el asunto “Aucoven c. Venezuela”, las partes definieron que la proyección, explotación, conservación y mantenimiento del Sistema Vial Autopista Caracas – La Guaira y la carretera vieja Caracas – La Guaira sería considerado como una inversión para los efectos del artículo 25 del Convenio, lo que consigna el Tribunal de la siguiente forma:

“En virtud de la Cláusula 64, las partes convinieron expresamente en considerar esas obras como una inversión, lo cual parece razonable. En efecto, el cumplimiento del Contrato, que implica comprometer recursos importantes durante períodos prolongados, califica claramente como una inversión en el sentido del Artículo 25 del Convenio del CIADI.”²²⁹.

Algo similar ocurre en el asunto “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, en el que una de las objeciones a la jurisdicción presentada por Estonia decía relación con la no consideración de las transferencias realizadas por los demandantes como inversión, a lo que el Tribunal señaló:

“324. El término “inversión” como es definido en el artículo I(a)(ii) del BIT [Tratado suscrito entre Estados Unidos y Estonia con fecha 19 de abril de 1994] claramente abarca la inversión de los demandantes en EIB [Estonian Innovation Bank]. La transacción que ha resultado en el presente caso, a saber la propiedad en los intereses de EIB, es una inversión en “acciones de existencias u otros intereses en la compañía” que eran “propiedad o estaban controladas, directa o indirectamente por los Demandantes. La inversión de los Demandantes en EIB es además abarcada por el significado del término “inversión” bajo la Convención.

325. Una “disputa de inversión”, es definida en el [...] BIT como una “disputa surgida o relacionada a: (a) un acuerdo de inversión... (b) una autorización de inversión... o (c) la alegación del incumplimiento de cualquiera de los derechos conferidos o creados por este Tratado con respecto a una inversión”. La revocación de la licencia de EIB está, sin duda, cubierta por esta definición.”²³⁰.

229 “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.38.

230 “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, laudo del tribunal de fecha 25 de junio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.79 y 80. El texto en inglés dice: “324. The term “investment” as defined in Article I(a)(ii) of the BIT clearly embraces the investment of Claimants in EIB. The transaction at issue in the present case, namely the Claimants’ ownership interest in EIB, is an investment in “shares of stock or other

Finalmente, en todo caso, siempre puede recurrirse al auspicio del Centro para la resolución de un conflicto, aunque el conflicto no surja directamente de una inversión, utilizando el Mecanismo Complementario:

“En los casos en que una controversia no derive directamente de una inversión podría someterse al Mecanismo complementario, en el que está prevista esta ampliación *ratione materiae* del CIADI al margen del Convenio de Washington.”²³¹.

Hemos analizado que el último requisito en razón de la materia que debe cumplirse para someter una materia a un Tribunal CIADI, es que la controversia jurídica emane directamente de una inversión, y descubrimos que una de las ventajas y aciertos del Convenio de Washington fue omitir dar una definición específica de qué se entendía por inversión, dejando de esta forma a las partes involucradas la definición de lo que entienden por inversión; sin perjuicio de la calificación que en cada caso corresponde hacer al Tribunal CIADI sobre el punto.

B. El ámbito personal

Según el artículo 25, la jurisdicción del Centro se extenderá a las controversias que surjan entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes. Sin embargo, a pesar de la simpleza con la que se presenta este artículo, las personas que pueden recurrir al Centro, la complejidad de las formas de inversión y de los sujetos en ellas involucradas ponen una nota de dificultad a esta materia.

interests in a company” that was “owned or controlled, directly or indirectly” by Claimants. The investment of Claimants in EIB is also embraced by the meaning of the term “investment” under the Convention. 325. An “investment dispute” is defined in [...]of the BIT as a “dispute arising out of or relating to: (a) an investment agreement . . . (b) an investment authorization . . . or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment”. The revocation of EIB’s license is, without doubt, covered by this definition.”

231 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.96.

1. Estado contratante

Respecto del Estado contratante, el mismo artículo 25 del Convenio señala que forman parte del Estado contratante y por lo tanto tienen acceso a la jurisdicción del Centro: “...cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado...”. Además, agrega: “(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.”.

La disposición anterior se basa en que la capacidad de estas subdivisiones u organismos para someterse al arbitraje del CIADI es una cuestión que pertenece al Derecho interno, derivada de la falta de personalidad jurídica internacional de estas entidades. A modo de ejemplo, el Consejo de Estado Francés impidió la inclusión de una cláusula CIADI en un contrato suscrito entre el Estado francés y la sociedad Walt Disney, debido a que un principio general del Derecho Público francés impedía a las personas jurídicas de derecho público sustraerse a la competencia de los tribunales internos, requiriendo para ello una intervención específica del legislador²³². Por el contrario, una muestra de la no intromisión en los asuntos de sus divisiones políticas es que Canadá ha declinado ser miembro del CIADI basándose en que minaría el derecho constitucional de sus provincias a negociar y arbitrar asuntos de inversión por sí mismas²³³.

Resulta claro lo que señala el Tribunal en el caso de “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, donde Argentina presentó objeciones a la jurisdicción del Tribunal basada en la suscripción de un contrato de Concesión por parte de

²³² Vives Chillida, *op.cit.* en nota al pie N° 2, p.103.

²³³ Polanco, *op.cit.* en nota al pie N° 8, p.124.

una provincia, Tucumán, y que ella no había participado en dicho convenio. A esto, el Tribunal enfáticamente respondió:

“Bajo el derecho internacional, y para los efectos de la jurisdicción de este Tribunal, es una regla bien establecida que las acciones de una subdivisión política de un estado federal, tal como es la Provincia de Tucumán dentro del estado federal de la República Argentina, son atribuibles al gobierno central. Queda igualmente claro que la estructura constitucional interna de un país no puede alterar estas obligaciones. Por último, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, en sus observaciones acerca del propuesto Comentario que confirma la atribución de la conducta de subdivisiones políticas al Estado federal, se ha referido al “principio establecido” según el cual un estado federal “no puede basarse en el carácter federal o descentralizado de su constitución para limitar el alcance de sus responsabilidades internacionales”²³⁴.

Y referente al artículo 25(3) del Convenio, el Tribunal sostuvo:

“Más aún, el Tribunal no puede aceptar la posición de la República Argentina de que su falta de designación o de consentimiento para que el Convenio del CIADI sea aplicable a la Provincia de Tucumán bajo el artículo 25 de ese tratado le niegue jurisdicción al Tribunal para conocer las reclamaciones de CGE en contra de la República Argentina. [...] ...el artículo 25(3) no restringe la jurisdicción material del Tribunal; más bien, crea eficiencias potenciales en las operaciones del CIADI al establecer, con la aprobación del gobierno central, el derecho de tales organismos públicos o subdivisiones de ser partes de propio derecho en un procedimiento del CIADI.”²³⁵.

Puede originar problemas la intervención de una sociedad estatal instrumental para relacionarse con el inversionista, como ocurrió en el caso “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, donde el demandado objetó la jurisdicción del Tribunal sosteniendo que el conflicto no era con el Reino de España, sino con la Sociedad para el Desarrollo Industrial de

234 “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.19.

235 Ídem.

Galicia Sociedad Anónima (SODIGA). En este fallo, expresando el Tribunal el sentido del artículo que analizamos, resolvió:

“...del mismo modo como el Centro no tiene jurisdicción para arbitrar controversias entre dos Estados, tampoco la tiene para arbitrar controversias entre dos entidades privadas.”²³⁶.

El Tribunal para determinar su jurisdicción, analizó si SODIGA era un organismo estatal y si las reclamaciones del demandante eran imputables al Reino de España. Referente a la determinación de si la sociedad era estatal o no, el Tribunal utilizó varios estándares. Primero:

“77. El problema de si SODIGA es o no una entidad estatal debe examinarse primero desde un punto de vista formal o estructural. En tal sentido, la conclusión de que la entidad es propiedad del Estado, directa o indirectamente, da lugar a la presunción refutable de que es una entidad estatal.”²³⁷.

Sin embargo, por la gran cantidad de formas que pueden adquirir las empresas estatales, se ha llegado a la necesidad de pruebas adicionales de carácter funcional, que atiendan a las funciones o el papel que desarrolla la entidad²³⁸.

Finalmente, el Tribunal concluyó con relación al carácter estatal de SODIGA, que:

“A la luz de estas consideraciones, el Tribunal observa, primero, que SODIGA fue creada por un decreto dictado por el Ministerio de Industria, que autorizó al Instituto Nacional de Industria, un organismo del Estado, para constituir SODIGA. La caracterización del Ministerio y del Instituto como entidades estatales no se controvierten en este caso. Más aún, a pesar de que el Estado decidió crear SODIGA en forma de sociedad comercial privada, lo hizo disponiendo que el Instituto Nacional de Industria fuera propietario de no menos del 51% del capital. De hecho, al 31 de diciembre de 1990, el porcentaje del capital de SODIGA que pertenecía al Estado había aumentado a más del 88%, incluidas las acciones que tenía de la Xunta de Galicia, entidad igualmente estatal encargada de ejercer el poder ejecutivo en la Comunidad Autónoma de Galicia, varias cajas de ahorro, otros organismos

236 “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, decisión de jurisdicción de fecha 25 de enero de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.29.

237 Ídem,p.31.

238 Ídem, p. 32.

regionales de desarrollo y del Banco Exterior de España. En vista de que SODIGA satisface tanto la prueba estructural de creación estatal y propiedad estatal del capital, como la prueba funcional de cumplir actividades de naturaleza pública, el Tribunal concluye que el Demandante ha demostrado *prima facie* que SODIGA es una repartición estatal que actúa en nombre del Reino de España.”²³⁹.

En el laudo, el Tribunal ahondó en la conceptualización de instituciones de fomento como SODIGA, señalando que la mayoría de ellas nacieron por voluntad estatal, pero que en la década de los ochenta se pretendió imprimirles un carácter netamente comercial, y en este proceso de transición se encontraba SODIGA cuando sucedieron los hechos de la causa²⁴⁰.

De igual forma ocurrió en el asunto “AMCO c. Indonesia”, donde las inversiones de la sociedad extranjera Amco Asia se realizaban a través de dos sociedades, una filial de Amco Asia y una sociedad estatal local, P.T. Wisma con la que había celebrado un contrato de arrendamiento. Indonesia alegó que no había autorizado a P.T. Wisma a recurrir al CIADI, y que al no ser Estado contratante, quedaba fuera de la jurisdicción del Centro. Sin embargo, el Tribunal Arbitral consideró que la relación entre las sociedades no era la cuestión principal, sino que era un contrato accesorio a la inversión, y que Indonesia había aceptado la cláusula arbitral²⁴¹.

En el asunto “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, el Tribunal sostuvo respecto el Estado demandado que:

“El Banco de Estonia es una agencia de un Estado Contratante. El banco central de Estonia es una “agencia estatal”, como lo define el BIT...”²⁴².

239 Ídem, p.33.

240 “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, laudo del Tribunal de fecha 13 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.21.

241 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.104.

242 “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, laudo del tribunal de fecha 25 de junio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.80. el texto en inglés es el siguiente: “The Bank of Estonia is an agency of a Contracting State. The Estonian central bank is a “state agency”, as defined by the BIT...”

En conclusión, para que el Tribunal tenga jurisdicción para conocer de una controversia surgida de una inversión, una de las partes, la demandada, debe ser un Estado contratante; pero tal definición no sólo se refiere a los Estados propiamente tales, actuando a través de sus órganos centrales, sino también a sus divisiones políticas en el caso que las legislaciones internas de esos Estados le permitan otorgarle jurisdicción al Centro, y además a aquellas empresas a través de las cuales el Estado realiza una función estatal, por lo que la definición de Estado, a la luz del Convenio, amplía las entidades que pueden vulnerar los derechos de los inversionistas y sentar en el banquillo de los demandados a su Estado de origen.

2. Nacionalidad del inversionista

Trataremos aquí la nacionalidad del inversionista, tanto sea persona natural o jurídica.

(a) Personas naturales:

Respecto las personas naturales, para la determinación de su nacionalidad debemos remitirnos a lo que señala el artículo 25 del Convenio de Washington:

“(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y [...]”

Este artículo señala expresamente que podrán utilizar los medios que el Centro establece las personas naturales que tengan la nacionalidad de un Estado contratante del Convenio, pero distinta del Estado receptor de la inversión y que está siendo demandado. Esta nacionalidad debe tenerla la persona en los dos momentos relevantes que señala este artículo, cuando se consiente en someter la controversia al Centro y cuando se presenta la solicitud para su registro, no exigiendo expresamente el Convenio una continuidad intermedia de ese vínculo. Esto plantea una diferencia con la protección diplomática, que exige que el particular tenga la nacionalidad del Estado que la ejerce desde el momento en que se produce el perjuicio hasta que se presenta la reclamación²⁴³.

Incluso se plantea la posibilidad cierta de que exista un cambio de nacionalidad en el tiempo intermedio respecto una persona natural -que haya invertido en un Estado siendo nacional de otro Estado y cambiado su nacionalidad a un tercer Estado, que también forma parte del Convenio-, lo que según Eric Wyler, citado por Vives Chillida: “...no tendría una incidencia perjudicial sobre la admisibilidad de la demanda.”²⁴⁴.

Lo que sí es prohibido es la posibilidad de que un nacional del Estado parte en la diferencia pueda recurrir al CIADI, demandando a ese Estado del que es nacional, a pesar de que tenga una doble nacionalidad, pues según los informes de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial evacuados durante la discusión del Convenio, citados por Vives Chillida:

“...esta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento.”²⁴⁵.

Por otra parte, se produjo una disputa relacionada con la nacionalidad del demandante en el asunto “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”, en el que Paraguay presentó como objeción a la jurisdicción e insistió en ello en cuanto al fondo de la materia, que el demandante por ser nacional peruano y, al mismo tiempo, nacional de los Estados Unidos de América, no

243 Vives Chillida, pie de p. N° 122, op.cit. en nota al pie N° 2, p.107.

244 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.107.

245 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.106.

tenía acceso a la jurisdicción del Centro en virtud del Convenio Bilateral de Inversiones entre Paraguay y Perú, y planteaba lo siguiente:

“La idea de la demandada es que, por ser ese señor nacional peruano y, al mismo tiempo, nacional de los Estados Unidos de América, como supuestamente el orden jurídico peruano establece que en caso de binacionalidad el domicilio de las personas determina el ejercicio de determinados derechos por parte de esa persona, el señor Olguín, quien reside en los Estados Unidos, no puede alegar la protección del CBI [Tratado entre Perú y Paraguay de fecha 31 de enero de 1994].”²⁴⁶.

A lo anterior, el Tribunal concluyó que:

“Lo importante en este caso, para saber si el Demandante tiene acceso a la jurisdicción arbitral con base en el CBI, es únicamente determinar si él tiene la nacionalidad peruana y si esta nacionalidad es efectiva. No hay duda en cuanto a ese punto. No ha habido controversia en cuanto a que el señor Olguín tiene las dos nacionalidades, y que ambas son efectivas. Lo que entienda uno de sus dos estados patriales, o el otro, o acaso ambos, sobre, por ejemplo, el ejercicio por parte de esa persona de los derechos políticos, los derechos civiles, la responsabilidad por su protección diplomática y la importancia del domicilio para la determinación de tales derechos carece de importancia ante el hecho jurídico legítimo de que el señor Olguín tiene efectivamente las dos nacionalidades. Al Tribunal le basta la efectividad de su nacionalidad peruana para juzgar que no se le puede excluir del régimen de protección del CBI.”²⁴⁷.

En el caso “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, una de las cuestiones jurisdiccionales planteadas por el Estado demandado decía relación con la legitimidad del demandante, un nacional de los Estados Unidos de América y residente permanente de México para presentar una acción legal ante el CIADI en virtud del TLCAN. A ello, el Tribunal, luego de analizar los documentos presentados por las partes, concluye:

“El demandante nunca obtuvo la ciudadanía mexicana ni hay señal alguna de que jamás la haya solicitado.

246 “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”, Laudo del Tribunal de fecha 26 de julio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.20.

247 Ídem. “Perú ratificó el Convenio ICSID en 1993...”. Convenios internacionales de protección recíproca de inversiones suscritos por Perú, menciona un total de 22, donde no aparece Chile, en Baeza Guíñez, op.cit. en nota al pie N° 33, pp.194 y 195.

[...]

30. Habida cuenta de los antecedentes jurídicos y de hecho de este caso, el Tribunal considera adecuado recordar que, en virtud del derecho internacional general, la ciudadanía, más que la residencia o cualquier otra relación geográfica, es el principal factor vinculante entre el Estado y una persona física.

[...]

...el demandante, en su calidad de ciudadano de los Estados Unidos de América no debe ser excluido de la protección dispuesta por el Capítulo XI por el sólo hecho de que también es un residente permanente en México.

37. En consecuencia, el Tribunal rechaza la excepción preliminar de la parte demandada relativa a la falta de legitimación del demandante debido a su residencia permanente en México.²⁴⁸.

(b) Personas jurídicas

Nos dice el artículo 25 del Convenio que:

“(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante”:

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

En virtud del texto legal citado, se pueden distinguir dos criterios para determinar las personas jurídicas que pueden recurrir al Centro:

²⁴⁸ “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, decisión provisional acerca cuestiones jurisdiccionales preliminares de fecha 6 de diciembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.6, 13, 14 y 18.

- Criterio de la nacionalidad
- Criterio del control extranjero

Analizaremos ambos a continuación.

I. Criterio de la nacionalidad

Analógicamente a las personas naturales es entendido como un vínculo de una persona jurídica a un ordenamiento jurídico determinado que será el lugar de su constitución como persona jurídica o el de su “incorporación” –en el derecho anglosajón-, o el domicilio social. Ejemplo de este criterio es lo que sostiene el Tribunal del TIJ en el conocido caso de la Barcelona Traction, donde sostuvo:

“La norma tradicional atribuye el derecho de ejercer la protección diplomática de una sociedad al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su sede...”²⁴⁹.

En los Tribunales del CIADI se ha adoptado en algunas oportunidades el criterio del lugar de constitución o de la sede; se cita como ejemplo el caso “SOABI c. Senegal”, en que el Tribunal señaló:

“El Tribunal ha observado que la Convención no define el término “nacionalidad”, así deja a cada Estado la facultad de determinar si una compañía es poseedora de su nacionalidad o no. Como regla general, el Estado aplica cualquiera de los criterios de oficina principal (casa matriz) o lugar de incorporación en orden a determinar la nacionalidad. Por el contrario, normalmente ni la nacionalidad de los accionistas de la compañía ni el control extranjero, otro que sobre el capital, determina la nacionalidad

249 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.108.

de una compañía, aunque la legislación puede invocar este criterio en circunstancias excepcionales. Así, “toda persona jurídica que tenga la nacionalidad de un Estado Contratante”, en la frase usada en el artículo 25(2) (b) de la Convención, se refiere a una persona jurídica que, de acuerdo a las leyes del Estado en cuestión, tenga su oficina principal o haya sido constituida en ese Estado.”²⁵⁰.

Sin embargo este argumento fue criticado en otros laudos. Así fue señalado por el Tribunal en el caso “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, el que refiriéndose a la sentencia “Amco c. Indonesia” sostuvo que:

“Semejante razonamiento es, [refiriéndose a la nacionalidad de la persona jurídica basada en el lugar de incorporación] en derecho, no acorde a la Convención. En efecto, el concepto de nacionalidad [que utiliza la Convención] es aquí uno clásico, basado en la ley bajo la cual la persona jurídica ha sido incorporada, el lugar de incorporación y el lugar de su asiento social. Una excepción a este concepto se produce respecto a las personas jurídicas que teniendo la nacionalidad, así definida, de un Estado Contratante Parte en la disputa, están bajo control extranjero.[...].”²⁵¹.

Entre algunos de los problemas que pueden originarse respecto la nacionalidad de los inversionistas, se encuentran los que se presentan cuando se trata de empresas del Estado que realizan inversiones en otros Estado; surgiendo en ese caso la pregunta de si pueden considerarse como personas jurídicas susceptibles de demandar, ya que el Convenio las sitúa al otro lado del estrado, puesto que incluye a los organismos del Estado dentro del concepto de

250 SOABI, p.181, citado por Venezuela, en el asunto “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.40. El texto en inglés de esta declaración reseña: “The Tribunal has observed that the Convention does not define the term “nationality”, thus leaving to each State the power to determine whether or not a company is possessed of its nationality. As a general rule, States apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality. By contrast, neither the nationality of the company’s shareholders nor foreign control, other than over capital, normally govern the nationality of a company, although a legislature may invoke these criteria in exceptional circumstances. Thus “a juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute”, the phrase used in Article 25(2)(b) of the Convention, is a juridical person which, in accordance with the laws of the State in question, has its head office or has been incorporated in that State.”

251 Amco, página 396 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 1. Citado en “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.40. El texto en inglés expresa: “Such a reasoning is, in law, not in accord with the Convention. Indeed, the concept of nationality is there a classical one, based on the law under which the juridical person has been incorporated, the place of incorporation and the place of the social seat. An exception is brought to this concept in respect of juridical persons having the nationality, thus defined, of the Contracting State Party to the dispute, where said juridical persons are under foreign control. [...]”

Estado contratante, o sea, como parte pública. Ocurre similar situación con las empresas mixtas, en las que los Estados tienen participación en cualquier proporción conjuntamente con los privados. Esta cuestión requerirá un pronunciamiento de fondo del Tribunal llamado a resolver la controversia y que se relacionará con la forma de actuación de esta empresa, como órgano público o privado²⁵². Como atisbo de solución a estas situaciones, Vives Chillida expresa:

“En el asunto *AGIP c. República del Congo* se confirma esta idea ya que el hecho de que las acciones de AGIP, empresa privada italiana, estuvieran casi por entero en manos del *ENI*, un ente público italiano, no fue ningún obstáculo para que la controversia fuera llevada al Centro.”²⁵³.

También el caso “*CSOB c. Eslovaquia*”, una de las objeciones a la jurisdicción del Centro que presentó Eslovaquia decía relación con que quien estaba demandando no era un inversionista de otro Estado contratante, sino que era otro Estado contratante, porque CSOB era meramente un agente de la República Checa más que una entidad comercial completamente independiente, y que el real interesado en la disputa era la República Checa, que era dueña del 65% de la propiedad de la sociedad y que había servido como representante del Estado ante la banca internacional y la Comunidad del Comercio²⁵⁴.

A lo anterior, el Tribunal sostuvo que el artículo 25 del Convenio determina que la controversia jurídica que debe conocer el Tribunal es entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado Contratante, y que a pesar de no definirlo en ese artículo, de la historia fidedigna del Convenio se desprendía que él abarca no sólo a las empresas privadas, sino también a aquellas que completa o parcialmente sean de propiedad del Estado, interpretación generalmente aceptada, salvo que esta empresa actúe como agente del Estado o cumpla una función esencial. Luego señaló que, para determinar si CSOB realizaba funciones gubernamentales, había que analizar la naturaleza de los actos que desarrollaba y no sus propósitos, y por ello, aunque esa empresa había realizado actos de promoción de políticas

252 “El Convenio constitutivo del OMGI declara en su artículo 13 a) iii) como requisito para el acceso a una garantía de inversiones que la <<persona jurídica, ya sea de propiedad privada o no, funcione en términos comerciales>>”. En Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, pie de p. N° 127, p.109.

253 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.109.

254 “*Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia*”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.257 y 258.

gubernamentales, las actividades en sí mismas eran esencialmente más comerciales que gubernamentales. Finalmente, el Tribunal respecto a este punto sostuvo que los demandados habían fallado en demostrar que el Tribunal careciera de jurisdicción porque CSOB hubiera actuado como agente del Estado o desarrollado actividades gubernamentales más que actos propios de una entidad comercial²⁵⁵.

Refuerza lo señalado en el fallo anterior, el Tribunal en el caso “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, que sostiene que a pesar de que las definiciones de los conceptos “nacional de un Estado Contratante” y “Estado Contratante” son generalmente distintas, puede ocurrir que haya situaciones en las que sea necesario definirlo específicamente respecto una precisa empresa estatal, y así la forma de concluir si una empresa del Estado es “nacional de un Estado Contratante”, también puede ser relevante para determinar si es posible incluir a una empresa estatal dentro del concepto de “Estado Contratante”, exponiendo expresamente que:

“...una empresa de economía mixta o una sociedad de propiedad del Estado no debe excluirse como ‘nacional de otro Estado Contratante’ a menos que esté actuando como agente del gobierno o esté desempeñando una función que sea esencialmente gubernamental²⁵⁶

Esta prueba funcional fue aplicada respecto de la definición del nacional de un Estado Contratante, en la reciente decisión de un Tribunal del CIADI sobre objeciones a la jurisdicción en el caso de *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. the Slovak Republic*. En esta ocasión, se decidió que el hecho de que el Estado fuera propietario de las acciones de la sociedad no bastaba para decidir la cuestión esencial de si el Demandante tenía la capacidad para actuar en el contexto del Convenio cómo nacional de un Estado Contratante en tanto las actividades propiamente tales tuvieran “una naturaleza esencialmente comercial y no gubernamental”²⁵⁷.

255 Ídem, pp.258 - 261.

256 Aaron Broches, citado en “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, decisión de jurisdicción de fecha 25 de enero de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.32.

257 Ídem, pp.32 y 33.

Hemos visto la forma más sencilla de determinar si una persona jurídica puede ser considerada como nacional de un Estado Contratante distinto al Estado receptor de la inversión a la luz del Convenio, y es el criterio por el cual se entiende que una persona jurídica es nacional de otro Estado contratante cuando ha sido constituida en territorio extranjero o su casa matriz se encuentra en otro Estado. Siendo similar a los criterios para determinar la nacionalidad de las personas naturales, es, reiteramos, la forma más simple de determinar la calidad de inversionista extranjero de una empresa.

Aprovechamos esta oportunidad para esbozar algunas de las controversias que se han presentado referentes a determinar si los organismos estatales de un Estado pueden considerarse como sujetos habilitados para recurrir al Centro como nacionales de otro Estado contratante, en el papel de un inversionista extranjero y actuar como personas jurídicas de derecho privado a pesar de su pertenencia a una estructura de derecho público. Podemos concluir, revisando los fallos citados, que la determinación de la característica de ente público o privado para recurrir al Centro, depende de cada caso concreto, y así, una empresa del Estado, según los casos analizados, puede estar en ambos lados del conflicto, es decir, como Estado Contratante y sus acciones vulnerar los derechos de inversionistas extranjeros, o bien, por otra parte, tener la calidad de inversionista extranjero que puede recurrir al Centro requiriendo su pronunciamiento.

II. Criterio del control extranjero de las personas jurídicas

Esta característica del Convenio de Washington, según el artículo 25, permite que sociedades de la nacionalidad del Estado parte en la diferencia puedan solicitar el arbitraje bajo el auspicio del Centro contra el Estado de su propia nacionalidad, porque dispone que: "...y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero".

Lo que permite este artículo es que sociedades locales sean consideradas como extranjeras debido a que su control está en manos extranjeras y así se haya acordado con el Estado receptor de la inversión. En la decisión de competencia del asunto “SOABI c. Senegal”, el Tribunal sostuvo, refiriéndose a este artículo que:

“...tal persona jurídica pueda ser parte en los procedimientos establecidos bajo los auspicios del Centro si el Estado en cuestión acepta considerarla como nacional de otro Estado contratante en razón del control ejercido sobre ella por intereses extranjeros.”²⁵⁸.

El Tribunal en el caso “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, señala que para atribuirle la nacionalidad de un determinado Estado a una sociedad, existen varios criterios:

“De acuerdo con el derecho y la práctica internacionales, existen varios criterios para determinar la nacionalidad de una persona jurídica. El más utilizado es el lugar de constitución o domicilio social pero también se puede tomar en cuenta el lugar donde está situada la administración central o sede efectiva”²⁵⁹.

Luego, refiriéndose a la nacionalidad de una sociedad:

“Aron Broches manifiesta, sin embargo, que puesto que el Artículo 25(2)(b) tiene por objeto indicar “los límites dentro de los cuales se pueden someter las diferencias a conciliación o arbitraje bajo los auspicios del Centro”, se deben otorgar a las partes “amplias facultades” para que ellas lleguen a un acuerdo respecto del significado del término “nacionalidad”. Se deberá aceptar toda definición de nacionalidad basada en un “criterio razonable”²⁶⁰.

258 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.111.

259 Christoph Schreuer: Commentary on the ICSID Convention, Artículo 25, página 81 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 11); Aron Broches: The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 136, Recueil des Cours 331 (1972-II), página 360 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 12)).” Citado en “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.39.

260 Véase Aron Broches: The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 136, Recueil des Cours 331 (1972-II), página 361 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 12)).” Citado en idem, p.40.

Sin embargo, como otros elementos del artículo 25 del Convenio, el control extranjero no está definido, y no se especifican la naturaleza, directa, indirecta, final o efectiva del control extranjero²⁶¹.

Finalmente, este Tribunal declara:

“113. Del análisis de los trabajos preparatorios se desprende que, debido a las críticas formuladas a los intentos por definir control extranjero, los redactores del Convenio consideraron que definir la expresión “control extranjero” (como también “nacionalidad”, “inversión” o “diferencia de naturaleza jurídica”) era una empresa imposible. Por otra parte, las definiciones de esos términos serían difíciles de aplicar en la práctica, y ocasionarían con frecuencia investigaciones prolongadas con respecto a la titularidad de las acciones, los representantes, los fideicomisos, las disposiciones relativas a la votación, etc. En consecuencia, los redactores decidieron otorgar a las partes amplia discreción para determinar las circunstancias en las que se atribuiría a una sociedad el carácter de nacional de otro Estado Contratante por estar sometida a control extranjero. Siendo el concepto de control extranjero amplio y flexible, se pueden tomar en cuenta distintos criterios, como por ejemplo la titularidad de las acciones, los derechos de voto, etc.”²⁶².

Y además el Tribunal agrega respecto a este asunto en particular que:

“117. Como se establece anteriormente, las partes decidieron que su consentimiento a la jurisdicción del CIADI estaría supeditado a que ocurriera la transferencia de la mayoría de las acciones de Aucoven a un nacional de otro Estado Contratante. Por lo tanto, Aucoven y Venezuela optaron por definir el término “control extranjero” tomando en cuenta únicamente la titularidad directa de las acciones de Aucoven. No consideraron otros criterios, como, por ejemplo, la nacionalidad de los directores o el control efectivo o final sobre Aucoven.

[...]

121. La titularidad directa de las acciones confiere derechos de voto y, por consiguiente, la posibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones de la sociedad. En consecuencia, aunque no es el único criterio

261 Ídem, p.41.

262 Ídem, pp. 41 y 42.

para definir el “control extranjero”, la titularidad directa es un criterio razonable para determinar el control.

[...]

126. Basándose en estos hechos, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que no se puede considerar que Icatech es una sociedad de conveniencia. En consecuencia, afirmar que el CIADI tiene jurisdicción basándose en el hecho de que Icatech posee el 75% de las acciones de Aucoven no constituye un abuso de los fines del Convenio.”²⁶³.

Diversos criterios, por lo tanto han utilizado los Tribunales del CIADI para la determinación de si existe control extranjero o no.

“En distintas decisiones sobre competencia, los Tribunales Arbitrales han analizado qué tan lejos debería llegar un tribunal para determinar si existe o no control extranjero. En el caso *Amco*, el tribunal consideró que debía llegar hasta el nivel siguiente al de la nacionalidad del Estado receptor; en el caso *SOABI*, el tribunal buscó el control efectivo y avanzó otro paso hasta llegar al control intermedio es decir, hasta los accionistas mayoritarios de la sociedad que poseía las acciones de la entidad constituida localmente.”²⁶⁴.

Para la determinación de su jurisdicción, este Tribunal en el caso “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela” analizó los requisitos del artículo 25 del Convenio en cuanto a la capacidad de sociedades nacionales de demandar al Estado ante el foro del CIADI de la siguiente manera:

“En el Artículo 25(2)(b) se establece una excepción a la regla que dispone que un nacional no puede incoar procedimientos ante el CIADI contra su propio Estado. Esta excepción se justifica por el hecho que los Estados receptores suelen exigir que los inversionistas extranjeros operen a través de una sociedad constituida localmente, sin la intención de impedirles acceder al arbitraje del CIADI.

[...]

104. Por lo tanto, [refiriéndose al Artículo 25(2)(b) (segunda parte) del Convenio] las sociedades constituidas localmente pueden consentir al arbitraje del CIADI siempre que se cumplan los siguientes dos requisitos:

263 Ídem, pp.43 – 45.

264 Ídem, p.41.

- Que las partes hayan convenido en atribuirle a dicha sociedad el carácter de nacional de otro Estado Contratante a los efectos de este Convenio, y
- Que dicha sociedad esté sometida a control extranjero.”²⁶⁵.

Las partes, el Estado receptor de la inversión y los inversionistas pueden acordar que una determinada sociedad local sea considerada como sociedad sometida a control extranjero para los efectos del artículo 25 del Convenio. Como lo estamos analizando en el asunto “Aucoven c. Venezuela”, el Tribunal para determinar su jurisdicción se basó en una cláusula del Contrato de Concesión suscrito entre las partes que sostenía:

“...la Cláusula 64 (penúltimo párrafo) especifica expresamente que, en ese caso, se considerará que Aucoven es una sociedad bajo control extranjero:
 “Tanto la REPÚBLICA DE VENEZUELA, actuando a través de EL MINISTERIO, como LA CONCESIONARIA, acuerdan en atribuirle a LA CONCESIONARIA, una persona jurídica venezolana sometida a control extranjero para la fecha de entrada en vigencia de esta cláusula, el carácter de “Nacional de otro Estado Contratante” para todos los fines de la aplicación de esta Cláusula y de las disposiciones del Convenio”.”²⁶⁶.

Ante el CIADI se han planteado varios casos que han llevado a los árbitros a interpretar esta norma referente a considerar como legítima la reclamación de una sociedad nacional del Estado parte, sometida a control extranjero, reconociendo favorablemente la competencia del Centro, incluso sosteniendo que el acuerdo que requiere este artículo puede ser implícito. Ejemplos de ellos son:

1. “MINE c. Guinea”, laudo de fecha 6 de enero de 1988, en que a pesar de no referirse a la demanda de una sociedad local del Estado parte, Guinea, sino de un tercer Estado, lo importante es que se admitió implícitamente un acuerdo sobre control extranjero que recaía no en una sociedad nacional del Estado parte en la diferencia (Guinea), sino de un

²⁶⁵ Ídem, p.38.

²⁶⁶ Ídem, p.32.

tercer Estado no contratante (Liechtenstein), para considerarla nacional de otro Estado contratante (Suiza)²⁶⁷.

2. En el asunto “Holiday Inns c. Marruecos”, se abrió la puerta a la posibilidad de que este acuerdo sobre control extranjero pueda ser implícito. En este caso, para no declararse incompetente en razón de la ausencia de acuerdo expreso entre las partes, en su decisión de 1 de julio de 1973 el Tribunal favorablemente reseñó que el acuerdo podía ser implícito; aunque no se cumplían los requisitos para ello, reconoció su existencia al sostener:

“Un acuerdo implícito sólo sería aceptable en el supuesto de que circunstancias específicas excluyeran cualquier otra interpretación de la intención de las partes, lo que no se plantea en este caso.”²⁶⁸.

3. El asunto en la que se desarrolló esta idea fue en “Amco c. Indonesia”, decisión de competencia de fecha 25 de septiembre de 1983, donde el Tribunal expresó:

“...basta con que la persona jurídica sea nacional del Estado parte en la diferencia y que estando esa sociedad bajo control extranjero éste sea conocido por el Estado contratante.”²⁶⁹.

4. “Letco c. República de Liberia”, Laudo de competencia de fecha 24 de octubre de 1984, dónde se consolidó esta tendencia a través de lo que sostiene este Tribunal:

“...si un Estado concluye un acuerdo de inversión que contiene una cláusula CIADI con una empresa que tiene su nacionalidad, pero que está controlada por extranjeros y lo hace sabiendo que el CIADI sólo será competente si ha dado su acuerdo a tratar a la empresa como extranjera, debe presumirse que el Estado contratante ha prestado también ese acuerdo al aceptar la cláusula arbitral del CIADI, especialmente cuando la legislación interna exige que las inversiones extranjeras se realicen a través de sociedades locales”^{270 271}.

267 Vives Chillida, *op.cit.* en nota al pie N° 2, p.112.

268 Ídem, p.113.

269 Ídem.

270 Ídem.

271 En el mismo sentido Bustos Valderrama, *op.cit.* en nota al pie N° 61, p.89.

5. “Vaccum Salt Products c. República de Ghana”, en la decisión de fecha 16 de febrero de 1994, el Tribunal también acogió la teoría del acuerdo implícito, aunque se declaró incompetente porque en el caso concreto no existía de hecho un control extranjero que fuera suficiente para fundar dicho acuerdo, y recurriendo a la doctrina y a los informes de los Directores Ejecutivos señaló que el requisito de que la persona jurídica esté sometida a control extranjero constituye un límite que no puede ser modificado por la voluntad de las partes. Sostuvo el Tribunal:

“...el acuerdo de las partes para tratar a la demandante como un nacional extranjero <<por estar sometida a control extranjero>> no confiere competencia *ipso iure*. La referencia del artículo 25 2 b) al “control extranjero” establece necesariamente un límite convencional objetivo más allá del cual no puede existir la competencia del CIADI y en consecuencia las partes carecen del poder de invocarlo, por mucho que lo deseen fervientemente.”²⁷³.

En este caso, el Tribunal CIADI sostuvo respecto a los criterios para determinar cuándo estamos en presencia de control extranjero que:

“...no implica un porcentaje particular de participación en la propiedad. Cada caso que se plantea en torno a esta cláusula debe ser considerado en su propio contexto particular, sobre la base de todos los hechos y circunstancias. No existe una “fórmula”. Es lógico, por supuesto, que el 100 por 100 de participación extranjera implique ciertamente un control extranjero bajo cualquier estándar; y que la ausencia total de participación extranjera imposibilitará prácticamente la existencia de dicho control. Cuánto es “bastante”, sin embargo, no puede determinarse en abstracto.”²⁷⁴.

6. “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica”. En este caso el Centro recibió una solicitud de arbitraje de “Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A.”, una sociedad costarricense la mayoría de cuyos accionistas eran ciudadanos de los Estados Unidos de América²⁷⁵.

273 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.114.

274 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.122.

275 “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica.”, laudo de fecha 17 de febrero de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.172.

7. En el asunto “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, la demandada sostuvo que la empresa nacional argentina Compañía de Aguas del Aconquija S.A. no podía ser considerada como inversor francés, ello porque al momento en que surgieron las diferencias entre el inversionista extranjero y Tucumán, la sociedad era de propiedad de tres sociedades, y que la inversionista francesa Compagnie Générale des Eaux (CGE) sólo poseía un 36% del capital accionario. Posteriormente, CGE adquirió otro porcentaje del capital de la sociedad que lo llevó a ser propietario del 68,33%. A esto, el Tribunal determinó que:

“Además, las demandantes sostienen que la compañía francesa CGE controlaba CAA desde el momento en que se hizo cargo de la concesión de aguas y cloacas de Tucumán conforme al Contrato de Concesión y mantiene que esto es suficiente para satisfacer la exigencia del artículo 25(2)(b). Con el objeto de resolver los puntos abordados en este Laudo, el Tribunal ha determinado que CGE controlaba a CAA y que CAA deberá ser considerada como un inversor francés desde la entrada en vigencia del Contrato de Concesión.”²⁷⁶.

8. Otro caso de control extranjero se presenta en el asunto “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, en el que participan a lo menos cinco sociedades constituidas en diferentes Estados, relacionadas entre sí y controladas finalmente por Alex Genin²⁷⁷.

Uno de los problemas que se puede plantear para los Estados con la extensión de este acuerdo implícito por el que se entiende que empresas locales del Estado receptor de la inversión sean legitimadas para recurrir al CIADI, es que desvirtúa la finalidad de la legislación nacional de estos Estados, que exige que las inversiones se materialicen a través de sociedades locales, porque la legislación de ese Estado regula la sociedad local, pero no alcanza a la

276 “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pie de pag n°6, p.10.

277 “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, laudo del tribunal de fecha 25 de junio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.11. Caso analizado en p.35.

sociedad o empresa extranjera que se admite implícitamente como parte de la cláusula arbitral²⁷⁸.

Otro de los problemas planteados dice relación con la forma en que se ejerce el control por la sociedad extranjera de la sociedad local, si éste debe ser necesariamente un control directo o puede ser un control indirecto; en otros términos, según M. Díez de Velasco, citado por Vives Chillida:

“se trata de saber si juegan algún papel los <<intereses indirectos de segundo grado>> como son los que tienen los accionistas de una sociedad que a su vez es accionista de otra”²⁷⁹.

La jurisprudencia del CIADI en esta materia es contradictoria.

En el caso “Amco c. Indonesia” Indonesia presentó el argumento de que la sociedad madre Amco Asia, una de las demandantes, era realmente controlada por otra sociedad a través de una persona natural de un Estado no contratante. El Tribunal no aceptó el argumento de Indonesia señalando que no podía extenderse esta excepción del acuerdo de control extranjero a un segundo o tercer grado, por lo que no se consideró incompetente. Sin embargo señaló que aunque tuviera que extenderse el control en segundo o tercer grado, Indonesia conocía la identidad de los que controlaban remotamente a la sociedad local²⁸¹.

Al contrario, en el asunto “Soabi c. Senegal” se admitió un control ejercido indirectamente por empresas nacionales de Estados contratantes (Bélgica, Suiza y Francia) sobre la sociedad nacional del Estado demandado, Soabi, que estaba directamente controlada por una sociedad panameña, FLEXA, de la que eran accionistas dichas empresas, ya que Panamá no era parte del Convenio²⁸².

278 Michael Tupman, citado por Vives Chillida, op. cit. en nota al pie N° 2, p.115.

279 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.115.

281 Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.116.

282 Ídem.

Una solución técnica diferente se recoge en el TLCAN, donde una sociedad local no puede recurrir al arbitraje internacional contra el Estado donde está constituida, pero se reconoce el derecho del inversionista a que, por cuenta propia o en representación de una empresa de su propiedad o que se encuentre bajo su control directo o indirecto, pueda someter una reclamación a arbitraje, entre ellos el recurso al CIADI²⁸³. Ejemplo de lo anterior es la demanda interpuesta por Metalclad Corporation, sociedad constituida de acuerdo a las leyes de Delaware, Estados Unidos, que presentó su demanda ante el CIADI, en representación de la sociedad mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V., sociedad de nombre de fantasía Coterin. El fallo lo consignó de la siguiente forma:

“COTERIN es la “empresa” en representación de la cual Metalclad, como “inversionista de una parte”, está sometiendo una reclamación para los fines establecidos en el artículo 1117 del TLCAN.”²⁸⁴.

Sin embargo en el caso anterior el control era completamente indirecto, ya que Metalclad era propietaria de Eco-Metalclad Corporation, que poseía el 100% de las acciones de Ecosistemas Nacionales, S.A. de C.V., que en 1993 compró la sociedad mexicana Coterin²⁸⁵, lo que demuestra que para el TLCAN, un inversionista puede recurrir a arbitraje conforme las reglas del CIADI en nombre de una empresa que controla indirectamente.

De igual forma ocurre en el caso “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”, donde el Tribunal señaló:

“Los demandantes, el Sr. Robert Azinian, de Los Ángeles, California, el Sr. Kenneth Davitian, de Burbank, California y la Sra. Ellen Baca, de Sherman Oaks, California, iniciaron este procedimiento como ciudadanos de los Estados Unidos y accionistas de la sociedad mexicana denominada Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (DESONA). DESONA era titular de un contrato de concesión celebrado el 15 de noviembre de 1993 relativo a la recolección y eliminación de basura en la ciudad de Naucalpan de Juárez.”²⁸⁶.

283 Título II, apartados 3 y 4 del Apéndice, citado por Vives Chillida, op.cit. en nota al pie N° 2, p.121.

284 "Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos", laudo de fecha 30 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.5.

285 Ídem.

286 "Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos", laudo de fecha 1 de noviembre de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.1.

Sin embargo en este caso, había uno de los accionistas de la sociedad DESONA que no pudo demandar ante el CIADI por no tener la nacionalidad estadounidense, sino que ser de nacionalidad argentina, y en este procedimiento de acuerdo al Mecanismo Complementario, como la jurisdicción del Centro emanaba del TLCAN, no tenía cabida, a pesar de que Argentina es parte del Convenio. El Tribunal sostuvo:

“El Sr. Goldenstein no es uno de los demandantes por ser de nacionalidad argentina y no tener legitimación con arreglo al TLCAN.”²⁸⁷.

En relación con el TLCAN, en el fallo del Primer Tribunal que conocía del asunto “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, éste decidió:

“...el artículo 1117, párrafo 1, del TLCAN permite el sometimiento de una reclamación a arbitraje en nombre de una empresa perteneciente a la jurisdicción de la otra Parte cuando el inversor controla directa o indirectamente dicha empresa.”²⁸⁸.

Finalmente, una luz respecto a lo que corresponde considerar para determinar si una sociedad es controlada por una sociedad extranjera, lo sostiene Vives Chillida, citando un acuerdo de los representantes de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía, que recoge un concepto amplio de control:

“...<<control de una inversión significa control de hecho, determinado tras un análisis de las circunstancias reales de cada situación>>. Entre otros factores pertinentes, la disposición recoge el interés financiero, incluido el de capital, en la inversión, la capacidad de ejercer una influencia sustancial en la gestión y el funcionamiento de la inversión o en la selección de los integrantes del consejo de administración o de otro órgano de gestión.”²⁸⁹.

Respecto la situación chilena, Polanco expone:

“...considerando que las cláusulas CIADI en el derecho chileno se encuentran principalmente en los APPI, debe estarse a las definiciones de inversionista que cada uno de estos tratados usualmente contempla, para efectos de

287 Ídem, p.7.

288 “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo del tribunal de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.10.

289 Vives Chillida, op. cit. en nota al pie N° 2, p.122.

determinar la jurisdicción del Centro. Así, en muchos acuerdos se incluyen a las filiales de una empresa extranjera como inversionista extranjero, aún cuando propiamente no cumpla con los requisitos para pertenecer a esa clasificación.”²⁹⁰.

Así por ejemplo, el TPPI suscrito entre Chile y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte,²⁹¹ dispone en su artículo 7 número 4,:

“4. Para los efectos de este Artículo, cualquier persona jurídica que se hubiere constituido de conformidad con la legislación de una de las Partes Contratantes y cuyas acciones, previo al surgimiento de la diferencia, se encontraren mayoritariamente en poder de inversionistas de la otra Parte Contratante, será tratada, conforme al Artículo 25 2) b) de la referida Convención de Washington, como una persona jurídica de la otra Parte Contratante.”

Asimismo, y en forma similar a la expresada, se contienen cláusulas que recogen el control extranjero en los Acuerdos suscritos con Noruega²⁹², Suecia²⁹³, Paraguay²⁹⁴, entre otros²⁹⁵.

290 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.125.

291 En vigencia desde 23 de junio de 1997.

292 En vigencia desde 04 de noviembre de 1994.

293 En vigencia desde 13 de febrero de 1996.

294 En vigencia desde 16 de septiembre de 1997.

295 Así también, Portugal, Nicaragua, Perú, Filipinas.

Capítulo III: Análisis de algunos laudos de Tribunales Arbitrales CIADI en los que Estados demandados han presentado objeciones a la jurisdicción

A. Aspectos generales

Es de tal importancia la materia que estamos tratando, en relación a que la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales constituidos conforme al Convenio CIADI se basa en el consentimiento de las partes y especialmente el de los Estados, que son muchos los asuntos llevados a este organismo internacional en los que los Estados han objetado la jurisdicción del respectivo Tribunal alegando que los Estados demandados no han manifestado su voluntad para someter una diferencia específica a este organismo.

Nos clarifica esto lo que sostiene el Tribunal Arbitral en el caso “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, en que se manifiesta la importancia del consentimiento de las partes, y principalmente de los Estados, como base de su jurisdicción de la siguiente manera:

“El Tribunal además observa que la cuestión de la jurisdicción de una entidad internacional que involucra el consentimiento de un Estado soberano, merece una atención especial al comienzo de cualquier procedimiento contra el Estado Parte de una convención internacional que crea la respectiva jurisdicción. Como un asunto preliminar, la determinación de la existencia de jurisdicción basada en el consentimiento debe ser examinada *proprio motu*, i.e., sin objeción presentada por la Parte. *A fortiori*, desde que el demandando ha presentado objeciones preliminares a la

jurisdicción, la existencia de consentimiento a la jurisdicción debe ser examinada detenidamente.”

[...]

“El tribunal es competente para determinar los límites de su propia competencia”²⁹⁶.

Como lo viéramos al iniciar este estudio, el consentimiento del Estado para someter una diferencia relativa a inversiones realizadas por un extranjero a la jurisdicción del CIADI, es la piedra angular de la competencia de los Tribunales constituidos conforme a él. Por ello, la ausencia de este consentimiento acarrea irremediabilmente la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral. Sin embargo, la mayoría de los Estados que han sido demandados ante un Tribunal CIADI esgrimen que no han consentido ser llevados ante sus estrados, siendo derrotados en cuanto a sus objeciones de jurisdicción, como lo analizaremos. En resumen, como en todo juicio arbitral en el que se vea involucrado un Estado, se requiere que éste consienta expresamente en renunciar a su inmunidad de jurisdicción, y si no ha manifestado su consentimiento en someterse al CIADI, los Tribunales Arbitrales constituidos conforme a sus reglas no pueden conocer de las controversias en que se vea envuelto ese Estado y deben fallar que carecen de jurisdicción.

Sobre las objeciones a la jurisdicción planteadas por los Estados, Polanco sostiene:

“Por este motivo, una de las excepciones o defensas de mayor ocurrencia en estos procesos es la alegación de falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral. Hasta la fecha se han emitido 9 fallos en esta materia, siendo acogida en 5 ocasiones y rechazada en otras 4.

“Ello ocurrió en los casos “Vacuum Salt Products Ltd. C. República de Ghana”, 1992, “Scimitar Exploration Limited c. Bangladesh y Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation”, 1992, “Cable Television of Nevis Ltd. And Cable Television of Nevis Holding c. Federación de St. Kitts and

296 “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, laudo del Tribunal de fecha 15 de marzo de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.158. El texto en inglés reseña: “The Tribunal further observes that the question of jurisdiction of an international instance involving consent of a sovereign State deserves a special attention at the outset of any proceeding against a State Party to an international convention creating the jurisdiction. As a preliminary matter, the question of the existence of jurisdiction based on consent must be examined proprio motu, i.e., without objection being raised by the Party. A fortiori, since the Respondent has raised preliminary objections to the jurisdiction, the existence of consent to the jurisdiction must be closely examined. [...] The Tribunal is competent to determine the limits of its own competence.”

Nevis”, 1995, “Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, 1998, “Banro American Resources Inc. y Sociedad Aurífera de Kivu y de Maniema S.A.R.L. c. República Democrática del Congo”, 1998.”²⁹⁷.

La jurisdicción del Tribunal como base para su conocimiento del asunto ha llevado incluso a que estas excepciones se analicen como materia de fondo del asunto. Ejemplo de ello es el asunto “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, donde el Segundo Tribunal, referente a las objeciones de jurisdicción que presenten los Estados, sostuvo:

“En los casos en que la misma cuestión se plantea en el nivel de la competencia y del fondo, puede ser apropiado unir la cuestión de competencia al fondo.”^{299 300}.

Reconociendo la propia competencia del Tribunal para determinar que posee jurisdicción para conocer de un determinado asunto, en el caso “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”, el Tribunal señaló que:

“Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal de Arbitraje no elaborará sobre los hechos que han sido aceptados por las partes, a saber:

a) Este Tribunal tiene facultades para resolver sobre su propia competencia y, consiguientemente, en este caso, sobre la excepción planteada a la jurisdicción del CIADI;...”³⁰¹.

Este capítulo se basa en el análisis de algunas de las objeciones presentadas por los Estados demandados en los fallos de los Tribunales Arbitrales del CIADI. Para ello he estudiado en forma directa estos fallos íntegramente tratando de descubrir los principios que han motivado a sus jueces para aceptar la existencia del consentimiento prestado por los Estados -que les otorga jurisdicción-, o para declarar la ausencia de consentimiento. De la

297 Polanco, op.cit. en nota al pie N° 8, p.197.

299 “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, Decisión del Tribunal sobre Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo de fecha 26 de junio de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.21.

300 Además, el Tribunal cita el asunto “Tradex Hellas S.A. c. República de Albania”, decisión sobre jurisdicción del 24 de diciembre de 1996.

301 “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”, Decisión del Tribunal sobre la Excepción a la Jurisdicción de fecha 8 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.9.

misma forma, he tratado de extraer algunos elementos que me parecieron importantes o destacables de ellos y aplicables a nuestra realidad. La forma de exponerlo será enunciar cada fallo en el orden en que el mismo CIADI los ha agrupado en su página web, centrándonos primero en la determinación de su jurisdicción realizada por el Tribunal, en los casos en que ella se presenta, para posteriormente tratar de presentar otros puntos relevantes de dichos laudos arbitrales.

B. Laudos

1. “Tradex Hellas c. República de Albania”. Jurisdicción unida a la comprobación de materias de fondo.

Albania presentó objeciones a la jurisdicción sosteniendo que no había manifestado su consentimiento a la jurisdicción del Centro, y expresó que:

- “- Los hechos presentados por Tradex dejan en evidencia que esta es una “diferencia” entre Tradex y T.B. Torovitsa y no entre Tradex y Albania;
- La Ley de 1993 no es aplicable retroactivamente y por lo tanto no es aplicable a esta “diferencia”;
- Aunque la ley de 1993 fuera aplicable, Tradex no es un “inversionista extranjero” según el significado de la Ley de 1993 cuando la ley entró en vigor y no puede en efecto basarse en sus provisiones;
- Aunque si hubiera una “diferencia” entre Tradex y Albania y la Ley de 1993 fuera aplicable, la “diferencia” no es relativa a una expropiación de acuerdo al significado de la Ley de 1993; y
- Tradex no hizo esfuerzos de buena fe para resolver el conflicto amigablemente antes de recurrir a arbitraje, como es requerido por la Ley de 1993 y los principios de derecho internacional.”³⁰².

³⁰² “Tradex Hellas S.A. c. República de Albania”, Decisión de jurisdicción de fecha 24 de diciembre de 1996, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.168. El Texto en inglés es el siguiente: “The facts presented by Tradex make it obvious that this is a “dispute” between Tradex and T.B. Torovitsa and not between Tradex and Albania; –

Además, Albania señaló en su defensa que:

“Bajo la legislación de Albania, T.B. Torovitsa es una entidad legal separada con plena capacidad para demandar y ser demandada. [...] Ninguno de los capitales del joint venture consistía de bienes raíces. [...] En el encuentro final entre las partes acaecido en Marzo 2 de 1994, el cual resolvió aprobar los borradores de balances realizados por los liquidadores y la distribución del capital neto del joint venture de acuerdo al reporte de los liquidadores, Tradex no hizo reserva de sus derechos contra T.B. Torovitsa o Albania en el encuentro final.”³⁰³.

El Tribunal para determinar si tenía jurisdicción para conocer del asunto, señaló que si el conflicto era entre Tradex Hellas S.A. y T.B. Torovitsa, no cabría dentro de la competencia del Centro, sino de la ICC. Ahora bien si el conflicto se presentaba entre Tradex Hellas S.A. y la República de Albania, la fuente legal para que el Tribunal pudiera ser competente era la Ley de Inversiones Extranjeras de Albania de 1993, la que requería que se hubiera producido una expropiación por parte del Estado de Albania a la inversión de Tradex. Respecto de la expropiación, Tradex expresó que Albania sí la cometió por los actos de descuido o culpa que derivaron en una pérdida de su inversión. El Tribunal sostuvo que Tradex sí era inversor extranjero, sin perjuicio de determinar de acuerdo a la ley de 1993, si el consentimiento al CIADI era aplicable o no. Con relación a la exigencia de Albania de que Tradex hubiera realizado esfuerzos en búsqueda de una solución amistosa antes de recurrir a arbitraje, el Tribunal consideró que las cinco cartas enviadas por Tradex al gobierno de Albania eran suficiente muestra de esfuerzos de buena fe para alcanzar una solución amistosa. Finalmente, el Tribunal, señaló que la determinación de si la conducta de Albania podía ser considerada como expropiatoria, además de ser la controversia por la que se ventilaba este asunto ante él, era

The 1993 Law does not apply retroactively and is therefore not applicable to this “dispute”; – Even if the 1993 Law does apply retroactively, Tradex was not a “foreign investor” within the meaning of the 1993 Law when the law came into force and cannot therefore rely on its provisions; – Even if there is a “dispute” between Tradex and Albania and the 1993 Law is applicable, the “dispute” does not relate to an “expropriation” within the meaning of the 1993 Law; and – Tradex made no good faith effort to resolve the “dispute” amicably before resorting to arbitration, as required by the 1993 Law and general principles of international law.”

303 Ídem, p.169. el texto en inglés señala: “Under Albanian law, T.B. Torovitsa is a separate legal entity with full capacity to sue and be sued. [...] None of the joint venture’s capital comprised land. [...] A final partners’ meeting was held on March 2, 1994 which resolved to approve the balance sheets drawn up by the liquidators and approved the distribution of the net worth of the joint venture in accordance with the liquidators’ report. Tradex did not reserve its rights against T.B. Torovitsa or Albania at that final meeting.”.

relevante para la determinación de la propia jurisdicción del Tribunal de acuerdo a la Ley de 1993, y así, a primera vista decidió que si Albania había incurrido en actos expropiatorios respecto de Tradex era una cuestión de fondo, y que estaba unida a la jurisdicción del Tribunal, por ello en el fondo se vería si los actos de Albania fueron expropiatorios o no³⁰⁴.

El Tribunal lo expresó de la siguiente manera:

“El Tribunal, por lo tanto concluye que su jurisdicción es establecida en base a la Ley de 1993, excepto que el asunto está unido a los méritos de si o no una “expropiación” ha sido comprobada como es requerido por la Ley de 1993.”³⁰⁵.

De este modo, el Tribunal difirió para el fondo del asunto la cuestión jurisdiccional, unida a la demostración de que Tradex Hellas S.A. hubiere sufrido actos expropiatorios por parte de Albania.

La unión de la jurisdicción del Centro a la ocurrencia de actos expropiatorios por parte de Albania llevó a que el Tribunal analizara dos elementos: la privación de derechos adquiridos por Tradex como parte de su inversión, y que dichas privaciones o desposeimientos fueran atribuibles al Estado de Albania³⁰⁸, disponiendo que de acuerdo a principios de derecho internacional correspondía la prueba de estas situaciones a la empresa demandante³⁰⁹. Respecto a esto el Tribunal determinó que:

- Las comunicaciones entre autoridades respecto a la expropiación de 140 hectáreas para distribuir las entre sus nacionales eran suficientemente claras para determinar que hubo una expropiación, pero en estos documentos no se vio que Torovitsa, el joint venture o Tradex perdieran sus derechos, por tanto, no constituyó expropiación propiamente tal.

304 “Tradex Hellas S.A. c. República de Albania”, Decisión de jurisdicción de fecha 24 de diciembre de 1996, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.180 – 195.

305 “Tradex Hellas S.A. c. República de Albania”, Decisión de jurisdicción de fecha 24 de diciembre de 1996, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.195. El texto en inglés dice: “The Tribunal therefore concludes that its jurisdiction is established on the basis of the 1993 Law, except that the issue is joined to the merits whether or not an “expropriation” has been shown as required by the 1993 Law.”.

308 Ídem, p.233.

309 Ídem, p.219.

- Invasión de aldeanos de la tierra: Tradex no probó que ello hubiera realmente ocurrido, y aún así, si así hubiera sido, tampoco probó que esas invasiones eran atribuibles al gobierno de Albania. Por último, Tradex no probó sus acciones por contactar al gobierno de Albania después de la invasión para que le otorgara la protección requerida y restableciera el imperio del Derecho, y así probar que falló la protección del Estado al inversionista extranjero, por lo que tampoco es atribuible al Estado de Albania.
- Discursos de autoridades, en televisión y diarios por los cuales un político señalaba que cumpliría sus promesas electorales, entre ellas, planes de distribución de las tierras expropiadas, no son actos legislativos o del ejecutivo que podían ser considerados expropiación. Referente a que los aldeanos se sintieran estimulados por los discursos de las autoridades, Tradex no probó las ocupaciones y además los discursos no son suficiente base para atribuirle dichas ocupaciones al Estado de Albania³¹⁰.

Así, Tradex no probó que la decisión del consejo de ministros de repartir las tierras, ni los discursos de autoridades fomentándolas, permitieron, autorizaron o estimularon las ocupaciones de las tierras. Y aún así, tampoco probó que habiendo requerido protección de su inversión, el Estado de Albania se la haya negado.

Respecto la liquidación del joint venture, Tradex sostuvo que a pesar de haber consentido en la liquidación y de haberla aceptado, ella fue forzada y que eso constituía expropiación. El acuerdo de disolución del joint venture fue entre partes privadas, no consintió en ello el Estado de Albania, ni tampoco probó que se haya llegado al acuerdo de disolución por las ocupaciones. Además, como la liquidación ya había sido aprobada por Tradex, la aprobación del Ministerio de Agricultura de la liquidación no puede ser expropiatoria. Cuando el Estado de Albania repartió las tierras expropiadas lo hizo después de concluido el acuerdo de disolución, además que en el acuerdo se liquidaron bienes del joint venture y la tierra no

310 Ídem, pp. 233 – 241.

pertenecía al joint venture, por lo que mal puede liquidarse algo que nunca formó parte de ello³¹¹.

De esta forma, concluyó el Tribunal que ninguna de las medidas alegadas por Tradex, individualmente consideradas ni en su conjunto constituían expropiación atribuible al Estado de Albania³¹². La conclusión final la expresó de la siguiente manera:

“... el Tribunal concluye que Tradex no ha sido capaz de probar que una expropiación ha ocurrido contra su inversión extranjera en el Joint Venture.

[...].

205. En vista de esta conclusión, si no ha ocurrido una expropiación no hay jurisdicción de acuerdo al artículo 8 de la Ley de 1993 y ninguna indemnización es debida a Tradex...”³¹³.

Lo relevante de este caso, es que el consentimiento otorgado por Albania a la jurisdicción del Centro mediante una ley interna tenía como base la protección del inversionista extranjero, sometiéndose al CIADI cuando ocurriera una privación de la propiedad del inversor por actos atribuibles al Estado albanés, o sea una expropiación. Así, no todos los conflictos entre Albania y los inversionistas extranjeros podían someterse al CIADI, sino sólo aquellos que representaran una expropiación. El Tribunal Arbitral tuvo que determinar si era efectivo que el inversionista había experimentado una vulneración de sus derechos y había sufrido un detrimento patrimonial atribuible a Albania, cuestiones de fondo del asunto. Como la jurisdicción del Tribunal estaba basada en una expropiación, si ello no ocurría, no había daño por el que exigir indemnización al Estado, entonces, el Tribunal no tenía jurisdicción para conocer de la controversia. En suma, el Estado de Albania no otorgó su consentimiento sino sólo para los casos en que una sucediera una expropiación que le fuera atribuible, situación que no ocurrió.

311 Ídem, pp.241 – 244.

312 Ídem, pp.244 – 248.

313 Ídem, p.248. El texto en inglés es el siguiente: “...the Tribunal concludes that Tradex has not been able to prove that an expropriation occurred regarding its foreign investment in the Joint Venture. [...] 205. In view of this conclusion, if no expropriation occurred there is no jurisdiction according to Art. 8 of the 1993 Law and no compensation is due to Tradex...”.

2. “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica”. Manifestación del consentimiento expresamente para el caso concreto.

Durante este proceso, y en respuesta a especulaciones de los demandantes que afirmaban que el Estado de Costa Rica presentaría objeciones a la jurisdicción del Tribunal, el Presidente de éste recordó a los abogados de las partes que:

“...de acuerdo a las Reglas de Arbitraje 41(1), las objeciones a la jurisdicción deben ser presentadas tan temprano como sea posible en el procedimiento, y en cualquier evento, no más tarde que la expiración de la fecha para el registro de la Memoria del demandado”³¹⁴.

El demandado no presentó objeciones a la jurisdicción, es más, le otorgó expresamente jurisdicción al Tribunal para que resolviera este caso.

3. “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”. Jurisdicción del Tribunal y elección de foro.

En este asunto, Argentina presentó objeciones a la jurisdicción del Centro, donde el propio Tribunal, luego de oír las declaraciones y alegatos de las partes unió la cuestión jurisdiccional al fondo del asunto. En este caso, la objeción a la jurisdicción del Tribunal se presentó basada en tres situaciones. La primera, que el conflicto surgía de un Contrato de Concesión que relacionaba al inversionista extranjero con la Provincia de Tucumán, del que Argentina no era parte. La segunda, que Argentina no había prestado su consentimiento al Centro para que le fuera aplicable el Convenio a la provincia de Tucumán. Y tercero, que en virtud de un acuerdo firmado entre el inversionista y el Gobierno de la Provincia de Tucumán, el Contrato de Concesión, se disponía que la resolución de las controversias contractuales

314 “Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica.”, laudo de fecha 17 de febrero de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp. 174.

El texto en inglés expresa: “The Presiden reminded counsel that, pursuant to Arbitration Rule 41(1), objections to jurisdiction should be made as early as possible in the proceedings and, in any event, no later than the expiration of the date for the filing of Respondent’s Counter- Memorial.”

fueran sometidas a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán.

Con relación a la primera y segunda objeciones presentadas por Argentina, que se referían a que no era parte del Contrato de Concesión suscrito entre la Provincia de Tucumán y la empresa CGE, y que no había manifestado su consentimiento al Centro para que le fuera aplicable el Convenio a la provincia de Tucumán, el Estado demandado basó su posición en lo siguiente:

“Al adelantar esta proposición, la demandada hace notar las siguientes tres disposiciones:

- El artículo 25(1) del Convenio del CIADI, al que se refiere el artículo 8 del TBI, que limita el consentimiento jurisdiccional de los estados a diferencias relativas a inversiones que surjan “entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por ese Estado) y un nacional de otro Estado Contratante”;

- El artículo 25(3) del Convenio del CIADI, que dispone con respecto a la jurisdicción del Centro que el “consentimiento de una subdivisión política ... de un Estado contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria”; y

- La cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, que dispone el sometimiento de cuestiones de interpretación o aplicación a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán.

[...]

48. La República Argentina se apoya en su sistema federal bajo su Constitución de 1994 al argumentar que los actos de los funcionarios de la Provincia de Tucumán no pueden ser atribuidos al gobierno federal y, por consiguiente, el Tribunal no tiene jurisdicción respecto de las reclamaciones de CGE en este caso.”³¹⁵.

A lo anterior, el Tribunal, uniendo la decisión de ambas objeciones señaló que:

“49. Bajo el derecho internacional, y para los efectos de la jurisdicción de este Tribunal, es una regla bien establecida que las acciones de una

315 Ídem, pp.17y 18.

subdivisión política de un estado federal, tal como es la Provincia de Tucumán dentro del estado federal de la República Argentina, son atribuibles al gobierno central. Queda igualmente claro que la estructura constitucional interna de un país no puede alterar estas obligaciones. Por último, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, en sus observaciones acerca del propuesto Comentario que confirma la atribución de la conducta de subdivisiones políticas al Estado federal, se ha referido al “principio establecido” según el cual un estado federal “no puede basarse en el carácter federal o descentralizado de su constitución para limitar el alcance de sus responsabilidades internacionales”.

[...]

51. Más aún, el Tribunal no puede aceptar la posición de la República Argentina de que su falta de designación o de consentimiento para que el Convenio del CIADI sea aplicable a la Provincia de Tucumán bajo el artículo 25 de ese tratado le niegue jurisdicción al Tribunal para conocer las reclamaciones de CGE en contra de la República Argentina. Las disposiciones sobre designación y consentimiento de los apartados (1) y (3) del artículo 25 estipulan que una subdivisión u organismo público de un Estado Contratante podrá, con el permiso de este Estado, someterse a la jurisdicción del CIADI para los efectos de resolver una diferencia jurídica que surja de una inversión entre esa subdivisión o ese organismo público y un nacional de otro Estado Contratante. Tales disposiciones opcionales no se aplican a diferencias entre el propio Estado Contratante (en la especie la República Argentina) y un nacional de otro Estado Contratante que puedan relacionarse con un contrato de inversión entre una subdivisión u organismo público de ese Estado y dicho nacional. En otras palabras, el artículo 25(3) no restringe la jurisdicción material del Tribunal; más bien, crea eficiencias potenciales en las operaciones del CIADI al establecer, con la aprobación del gobierno central, el derecho de tales organismos públicos o subdivisiones de ser partes de propio derecho en un procedimiento del CIADI.”³¹⁶.

Respecto a la tercera objeción de jurisdicción referida a que en virtud de un acuerdo firmado entre el inversionista y el Gobierno de la Provincia de Tucumán, el Contrato de Concesión, se disponía que la resolución de las controversias contractuales fueran sometidas a

316 Ídem, pp.19 y 20.

la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, el Tribunal resolvió:

“...la cuestión medular ante este Tribunal concierne el significado jurídico que ha de atribuirse a esta cláusula de elección de foro en el Contrato de Concesión a la luz de las disposiciones que regulan los recursos bajo el TBI y el Convenio del CIADI.”³¹⁷.

El Tribunal en este fallo consideró que la naturaleza de los hechos en que se fundamentaba la mayor parte de las reclamaciones de los demandantes hacía imposible que se distinguieran o separaran violaciones del Tratado Bilateral de Inversiones entre Argentina y Francia (TBI) de violaciones del Contrato de Concesión, sin interpretar las disposiciones de ese contrato. Por eso, y a pesar de la exclusividad de elección del foro contenida en el contrato, esto es, la cláusula por la que las partes asignaron esa tarea expresa y exclusivamente a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, el Tribunal en su fallo decidió:

“... resuelve que tiene jurisdicción para conocer las reclamaciones de CGE en contra de la República Argentina por violación de las obligaciones de la República Argentina bajo el TBI. Ni la disposición de elección de foro del Contrato de Concesión, ni las disposiciones del Convenio del CIADI y del TBI en los que se apoya la República Argentina, precluyen el recurso ante este Tribunal por parte de CGE sobre la base de los hechos que se han presentado.”³¹⁸.

A pesar de haber vencido los demandantes en cuanto a la cuestión jurisdiccional, el Tribunal en cuanto al fondo del asunto, resolvió que:

“...los autos en este procedimiento no ofrecen una base fáctica para dictaminar que la República Argentina faltó a su deber de responder a la situación en Tucumán y a las solicitudes de las demandantes de conformidad con las obligaciones del gobierno argentino bajo el TBI.”³¹⁹.

Por lo que:

317 “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.2

318 Ídem, p.2.

319 Ídem, p.35.

“El Tribunal por medio de este Laudo desestima las reclamaciones presentadas por las demandantes en contra de la República Argentina.”³²⁰.

Debe dejarse constancia que la empresa Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal solicitó con fecha 20 de marzo de 2001 la anulación del laudo, y se produjo la solicitud de recusación de uno de los árbitros por parte de la República de Argentina, que fue desestimada por el propio Tribunal³²¹. El procedimiento de anulación del laudo sigue pendiente a esta fecha.

Del análisis del fallo, se desprende que las dos primeras objeciones de jurisdicción presentadas por Argentina podrían definirse como objeciones formales, esto es, la alegación de que Argentina no era parte del Contrato de Concesión y que la Provincia de Tucumán no era parte del Convenio, representaban un desconocimiento por parte de la demandada de principios internacionalmente reconocidos, como es la unidad del Estado respecto sus obligaciones internacionales. Sin embargo, a mi juicio, lo relevante de este fallo dice relación con la elección de foro nacional o internacional contenido en el Contrato de Concesión y la declaración del Tribunal en cuanto a que una cláusula contractual por la que el inversionista acepta la resolución de las controversias ante cortes nacionales, no le priva del derecho a recurrir a tribunales internacionales para la solución de un conflicto emanado de la vulneración de los derechos que el Estado le otorga mediante un TPPI; y ello en consideración a que la causa de pedir en cada una de las instancias es diferente.

4. “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”. Determinación y alcance de la jurisdicción en relación con la naturaleza estatal del inversionista y las operaciones relacionadas.

³²⁰ Ídem, p.37.

³²¹ “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República de Argentina”, decisión acerca la recusación del Presidente del Comité de fecha 03 de octubre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.196.

En este asunto la República de Eslovaquia presentó dos objeciones a la jurisdicción del Centro, siendo rechazadas ambas. La primera de ellas, sostuvo que el Tribunal carecía de jurisdicción porque Eslovaquia no había manifestado su consentimiento de someter la controversia al Centro. El Tribunal se declaró competente en virtud de un contrato privado denominado el “Acuerdo de Consolidación”, suscrito entre la República Checa, la República Eslovaca y el banco Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB), por el que se señalaba que las controversias que surgieran de este acuerdo se remitirían al Tratado de Promoción y Protección de Inversiones entre ambas Repúblicas, el que entregaba el conocimiento de las controversias entre inversionistas de uno de los Estados y el otro Estado a Tribunales Arbitrales del CIADI o de UNCITRAL; y agregó además que era competente para conocer del asunto en razón de la materia porque de acuerdo a dicho Tratado Bilateral y al Convenio CIADI, podían entenderse las transacciones que involucraban el caso como inversiones.

Posteriormente, la segunda objeción a la jurisdicción presentada por Eslovaquia decía relación con la materia que conocería este Tribunal CIADI, puesto que el demandado rechazaba que conociera de otros acuerdos que no incluían dicha cláusula arbitral. El Tribunal sostuvo, que a pesar de no ser competente para conocer de dichos contratos, si conforme al Acuerdo de Consolidación resultaba competente para determinar las obligaciones de Eslovaquia, si ellas fueron incumplidas y si por ello se ocasionaron daños a CSOB, sí tenía jurisdicción para la determinación de estos últimos puntos y no resultaba obligado por las decisiones de los tribunales nacionales de Eslovaquia.

La base de la primera objeción de Eslovaquia consistía en que el demandante no era nacional de otro Estado como lo exige el artículo 25 del Convenio, sino que era otro Estado, ya: “...que CSOB era meramente un agente de la República Checa.”³²². Además, que las asignaciones que recibía la República Checa de los intereses recibidos por CSOB constituían el objeto de la disputa, lo que transformaba a la República Checa en parte; que el Tratado de Promoción y Protección de Inversiones entre ambas repúblicas nunca entró en vigor; que la referencia hecha en el acuerdo de consolidación al TPPI no podía considerarse efectivo

322 “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.256. El texto en inglés señala: “... that CSOB is merely an agent of the Czech Republic.”

consentimiento sino hasta que el TPPI entrare en vigor; que aún asumiendo que el TPPI entró en vigor, las partes no habían invocado conjuntamente la petición de arbitraje; y que, en realidad, la disputa no era sobre inversiones según el concepto del CIADI y del TPPI. Finalmente, argumentó el demandado, que la disputa no surgía directamente de una inversión, pues el préstamo a la Slovak Collection Company no era una inversión, sino que un elemento intergubernamental de la reestructuración y división de CSOB, necesaria por la disolución de Checoslovaquia y no una operación en la cual una parte obtendría un beneficio³²³.

Frente a todo lo anterior el Tribunal sostuvo que el artículo 25 del Convenio señala que la disputa debe ser entre un Estado y el Nacional de otro Estado, y a pesar de no definirlo, por la historia del Convenio, que ella abarca no sólo a las empresas privadas, sino también a aquellas completa o parcialmente de propiedad del Estado, interpretación generalmente aceptada, salvo que el ente en cuestión actúe como agente del Estado o cumpla una función estatal esencial^{324 325}. Y lo expresó de la siguiente manera:

“...para efectos de la Convención una empresa de economía mixta o una corporación de propiedad del gobierno no debe ser descalificada como un “nacional de otro Estado Contratante” salvo que actúe como un agente para el gobierno o cumple una función esencialmente gubernamental.” Ambas partes de esta contienda aceptan esta prueba como determinante.”³²⁶.

El Tribunal agregó que para determinar si CSOB realizaba funciones gubernamentales, había que ir a la naturaleza de los actos que realizaba y no a sus propósitos. Así, aunque realizaba actividades de promoción de políticas gubernamentales, las actividades en sí mismas eran esencialmente más comerciales que gubernamentales³²⁷. De este modo los Árbitros llegaron a la conclusión de que el demandado falló en demostrar que el Tribunal carecía de

323 Ídem.

324 Ídem, pp. 257 y 258.

325 Ver también p.106, sobre criterio de nacionalidad.

326 Ídem, p.258. El texto en inglés expresa: “... for purposes of the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a ‘national of another Contracting State’ unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function.” Both parties to this dispute accept this test as determinative.

327 Ídem, pp. 258 y 259.

jurisdicción, en base de que el demandante hubiera actuado como agente del Estado o desarrollado actividades esencialmente gubernamentales³²⁸.

En relación con las fuentes de donde emanaba la jurisdicción del Centro, la República Checa citó del TPPI que aún no entraba en vigor, una declaración del ministro de Relaciones Exteriores de Eslovaquia y el Acuerdo de Consolidación. Una vez determinado por parte del Tribunal que su jurisdicción no emanaba de las dos primeras fuentes citadas por el demandante³²⁹, la pregunta trascendental que debía responder el Tribunal se refería a si el consentimiento para recurrir al Centro podía derivarse de la referencia que hacía el Acuerdo de Consolidación a un Tratado que internacionalmente aún no había entrado a regir.

El Tribunal sostuvo en su fallo que el Acuerdo de Consolidación al referirse al artículo 8 del TPPI demuestra la real intención de someter las disputas que surgieran a alguna de las formas de solución de controversias, ya sea CIADI o UNCITRAL, y el hecho que se encuentre rigiendo o no, no afecta la voluntad expresada³³⁰. Finalmente lo resumió de la siguiente manera:

“59. Por todas estas razones, el tribunal afirma que las partes han consentido en el Acuerdo de Consolidación a la jurisdicción del CIADI, y que la fecha del consentimiento es la del acuerdo. Dado que cada parte puede separadamente iniciar el proceso de arbitraje, el Demandante tuvo derecho a elegir la jurisdicción del CIADI.”³³¹.

En definitiva, la última objeción a la jurisdicción del Centro presentada por Eslovaquia es que la disputa no surgió directamente de una inversión, pues el préstamo a la Slovak Collection Company realizado por CSOB no es una inversión. Mejor dicho, era un elemento intergubernamental de la reestructuración y división de CSOB, necesaria por la disolución de

328 Ídem, p.261.

329 Ídem, pp. 263-268.

330 Ídem, pp. 268 –272.

331 Ídem, p.272. El texto en inglés expresa: “59. For all the above reasons, the Tribunal holds that the parties have consented in the Consolidation Agreement to ICSID jurisdiction and that the date of such Agreement is, for all relevant purposes, the date of their consent. Since each party may separately institute the arbitration proceedings, Claimant was entitled to elect ICSID jurisdiction.”

Checoslovaquia y no una operación en la cual una parte obtendría un beneficio, por lo que la disputa calificaría de política y no sobre inversiones³³².

El Tribunal sostuvo que no intentó dar una definición de inversión dado que los requerimientos esenciales son el consentimiento de las partes y los mecanismos por los cuales un Estado puede hacer saber qué tipo de disputa se llevarían al centro. Así, según el Convenio, un Estado puede declarar qué tipo de disputas no llevará al Centro, y Eslovaquia no ha hecho ninguna declaración restringiendo la competencia en razón de la materia³³³. Por ello, las partes, al aceptar la jurisdicción del Centro con respecto a los derechos y obligaciones surgidas del Acuerdo de Consolidación, crearon una fuerte presunción de que ellas consideraban esas transacciones como inversión bajo el significado del CIADI. Además las partes aceptaron en el acuerdo la aplicación del TPPI y por ello, aceptaron que a lo que se refería el acuerdo era a inversiones³³⁴. El demandado reclamaba que la inversión debía ser directa, relacionándolo al artículo 25 del Convenio cuando dice: “...La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión...”^{335 336}.

La decisión rechazando la objeción a la jurisdicción presentada por Eslovaquia, fue expresada por el Tribunal de la siguiente manera:

“91. El tribunal concluye, por consiguiente, que el reclamo hecho por CSOB referente a las facilidades dadas por CSOB a los préstamos puestos a disposición de Slovak Collection Company están íntimamente conectados con el desarrollo de la actividad bancaria de CSOB en Eslovaquia y ello califica como inversión en el significado de la convención y del TPPI.

[...]

332 Ídem.

333 Ídem, p.273.

334 Ídem, p.274.

335 “Ceskoslovenska Obchodní Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.275. El texto en inglés señala: “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, ...”

336 Esta materia ya ha sido analizada en p.87.

92. Por todas las razones anteriores, el Tribunal unánimemente decide que esta disputa cabe en la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal.”³³⁷.

Posteriormente, Eslovaquia presentó nuevamente objeciones a la jurisdicción, bajo la regla N° 41 de la Convención³³⁸, pero esta vez se trató sólo de objeciones parciales referidas a que rechazaba la intención del demandante de subsumir dentro del conflicto a resolver por el Tribunal un amplio margen de asuntos surgidos de otros acuerdos que carecían de cláusulas arbitrales y que envolvían sólo a partes privadas. Más aun, algunos de los reclamos no surgieron del Acuerdo de Consolidación, sino de acuerdos privados, como el Acuerdo de Préstamo, en el que Eslovaquia no es parte, por lo que esos contratos no daban base para la jurisdicción del Centro. Y sostuvo que aunque el Tribunal tuviera jurisdicción para resolver el asunto surgido bajo el Acuerdo de Consolidación, incluyendo la existencia y naturaleza de las obligaciones de las partes, sólo las Cortes de Eslovaquia eran competentes para determinar la existencia y monto de las deudas de las entidades eslovacas a la CSOB bajo los acuerdos CSOB/SI, y que se reservaba el derecho a buscar la anulación de cualquier fallo posterior en méritos basados en que el Tribunal excedió su jurisdicción en su primera decisión³³⁹.

Por su parte, el demandante sostenía que el Tribunal no sólo tenía jurisdicción para determinar el incumplimiento del Acuerdo de Consolidación, sino además que aquella se extendía a la determinación del monto de los daños³⁴⁰.

337 Ídem, p.283. El texto en inglés dispone: “91. The Tribunal concludes, accordingly, that CSOB’s claim and therelated loan facility made available to the Slovak Collection Company are closely connected to the development of CSOB’s banking activity in the Slovak Republic and that they qualify as investments within the meaning of the Convention and the BIT. [...]92. For all the above reasons, the Tribunal unanimously decides that this dispute is within the jurisdiction of the Centre and the competence of the Tribunal.”

338 El artículo 41 señala: (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.”.

339 “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción parcial a la jurisdicción de fecha 1 de diciembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.545 – 548.

340 Ídem, pp. 548 – 551.

Finalmente el Tribunal resolvió que no tenía jurisdicción sobre el resto de los acuerdos, basado en el efecto relativo de los contratos, en que la ausencia de una cláusula de arbitraje en cada uno de estos acuerdos no podía ser considerada como un otorgamiento de jurisdicción al CIADI en forma tácita, y en que los principios de efectividad y finalidad no podían sobrepasar la regla básica de acuerdo con la que la jurisdicción arbitral está basada en el consentimiento de las partes³⁴¹.

Así Tribunal decidió que:

“32. Por las razones determinadas anteriormente, el Tribunal confirma su Primera Decisión y mantiene que su competencia cubre, y está confinada a, asuntos surgidos del Acuerdo de Consolidación.”³⁴².

Sin embargo, ampliando enormemente su competencia y a pesar de lo sostenido anteriormente, el Tribunal reafirmó su jurisdicción para determinar el monto de los daños causados a raíz del incumplimiento de Eslovaquia:

“La Convención CIADI no requiere que un tribunal CIADI acepte el efecto obligatorio de las decisiones de tribunales nacionales. Por el contrario, el Artículo 26 de la Convención dispone que “...el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso.” La competencia del Tribunal debe incluir, entonces, la determinación de las obligaciones de la República de Eslovaquia... [...] Esta competencia, como reconoce el Artículo 26 de la Convención, excluye cualquier otro recurso. Por consiguiente, las cortes nacionales de Eslovaquia no pueden conservar jurisdicción sobre asuntos surgidos bajo el Acuerdo de Consolidación.

[...]

36. Por todas las razones anteriores, el Tribunal unánimemente rechaza la Objeción Ulterior y Parcial de Jurisdicción de la República de Eslovaquia...”³⁴³.

341 Ídem, p.555.

342 Ídem. El texto en inglés expresa: “32. For the reasons stated above, the Tribunal confirms its First Decision and holds that its competence covers, and is confined to, issues arising out of the Consolidation Agreement.”.

343 Ídem, p.556 y 557. El texto en inglés señala: “ The ICSID Convention does not require an ICSID tribunal to accept the binding effect of national court decisions. By contrast, Article 26 of the Convention states that “[c]onsent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such

Lo que destaco de este fallo es que el Tribunal es enfático en señalar que no es impedimento para cumplir los requisitos de ser inversionista extranjero nacional de otro Estado contratante el hecho de que la propiedad de la sociedad inversora sea total o parcialmente estatal. Además me parece de suma importancia la utilización de diversos criterios para esclarecer la naturaleza de los actos que realiza esta empresa del Estado; así, por un criterio funcional, se determina que de acuerdo a la función que realizaba CSOB su naturaleza era más cercana a la comercial que al ejercicio de actos de autoridad, por lo que cumplía con los requisitos para ser definido como inversionista extranjero. Algo similar, pero a la inversa, respecto a la determinación de cuándo puede considerarse una entidad como pública o privada para efectos del Convenio ocurre en el caso "Maffezini c. Reino de España" que analizaré a continuación.

Otra objeción que resuelve el Tribunal y genera expectativas respecto a los alcances de la jurisdicción del Centro tiene que ver con la amplitud de los asuntos de los que puede conocer el Tribunal Arbitral. Considerando que el artículo 26 de la Convención lo faculta para conocer de la contienda con exclusión de cualquier otro recurso, rechaza la excepción presentada por Eslovaquia respecto a determinados contratos que entregaban su consentimiento a sus cortes nacionales, cobijando bajo el alero del Convenio todos los aspectos de la relación entre el inversionista extranjero y el Estado receptor. Esto otorga seguridad a los inversionistas y sus operaciones en el extranjero en cuanto a que el conjunto de ellas podrá ser sometido al Centro en caso de alguna diferencia.

5. “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”. Jurisdicción del tribunal por aplicación de la cláusula de Nación Más Favorecida convenida en un tratado bilateral.

arbitration to the exclusion of any other remedy”. The Tribunal’s competence must include, therefore, the determination of the Slovak Republic’s obligation ... [...]. This competence, as recognized by Article 26 of the Convention, is exclusive of any other remedy. Accordingly, Slovak national courts may not retain jurisdiction over issues arising under the Consolidation Agreement. [...]36. For all the above reasons, the Tribunal unanimously rejects (Rechaza) the Slovak Republic’s Further and Partial Objection to Jurisdiction...”.

Este es uno de los casos analizados donde mejor se puede apreciar el debate producido entre las partes y lo resuelto por el Tribunal respecto de objeciones a la jurisdicción presentadas por el demandado. Es así como el Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

“Habiendo escuchado los puntos de vista de las partes, el Tribunal [...], de conformidad con el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI y la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje, consideraría la cuestión de la jurisdicción como asunto preliminar, suspendiendo por lo tanto el procedimiento sobre el fondo.”³⁴⁴.

España presentó objeciones a la jurisdicción del Centro basada en que el artículo X(3) del ABI Argentina España que dispone que:

“La controversia podrá ser sometida a un Tribunal Arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;...”³⁴⁵.

El Tribunal, luego de un largo análisis concluyó que:

“Esta redacción sugiere que las Partes Contratantes del ABI— Argentina y España—quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo señalado de dieciocho meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional.”³⁴⁶.

Si el Tratado Bilateral Argentina - España hubiera sido el único fundamento jurídico por el que el actor demandaba ante la jurisdicción del Centro, el Centro hubiera carecido de jurisdicción. Sin embargo, el Sr. Maffezini señalaba que el CIADI era Tribunal competente en virtud del Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones suscrito entre Chile y España, aplicando la cláusula de Nación Más Favorecida que contenía el Tratado Argentina – España, que expresamente dispone:

344 “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, decisión de jurisdicción de fecha 25 de enero de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.7.

345 Ídem, p.8.

346 Ídem, p.14.

“...el Artículo IV del ABI entre Argentina y España, tras garantizar un tratamiento justo y equitativo para los inversores, dispone lo siguiente en el párrafo 2: “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.”³⁴⁷.

Y de esta forma, el demandante sostuvo que por remisión de esta cláusula era aplicable a la controversia de inversión el Tratado Chile – España, que no exige que las partes deban recurrir a Tribunales Internacionales sólo después de dieciocho meses, y señaló que por esta razón:

“...los inversionistas chilenos en España reciben un trato más favorable que los argentinos en el mismo país. [...] la cláusula de la nación más favorecida contenida en el ABI Argentina-España le otorga la opción de someter la controversia al arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales nacionales.”^{348 349}.

España presentó objeción basada en que la cláusula de nación más favorecida sólo podía tener aplicación respecto de la misma materia y no podía hacerse extensiva a cuestiones distintas de las previstas en el tratado básico, a lo que el Tribunal, luego de un largo análisis de jurisprudencia internacional, expresó que:

“...el Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio.[...] Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio,

347 Ídem, p.15.

348 Ídem, p.16.

349 Ídem, pp.16 y 17. Respecto la Cláusula de la Nación más favorecida, el Tribunal señala que: “Efectivamente, varios de los aspectos mencionados han sido considerados en el Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní (Jurisdicción), en el Caso concerniente a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos y en el Caso Ambatielos (fondo: obligación de arbitrar), así como en la consideración del caso Ambatielos por la Comisión de Arbitraje. Para el análisis de ésta y otras decisiones referentes a la cláusula de la nación más favorecida, la opinión de los autores y el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional a este respecto, véase Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1970, pág. 199; Vol. II, 1973, pág. 97; Vol. II, Primera Parte, 1978, pág. 1; Vol. II, Segunda Parte, 1978, pág. 7.

puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias...”³⁵⁰.

Además, el Tribunal analizó una serie de tratados de esta especie suscritos por España, y llegó a la conclusión que la cláusula por la que no se podía recurrir a tribunales internacionales sino después de dieciocho meses de controversia, es una cláusula que posee sólo el Tratado Argentina – España, y ello debido a políticas proteccionistas de Argentina³⁵¹, de modo que la regla general de los tratados suscritos por España no lo consideraban y mal podían aferrarse a ella.

Finalmente, el Tribunal concluyó que tenía jurisdicción para conocer del asunto, declarándolo de la siguiente manera:

“A la luz de las consideraciones expuestas, el Tribunal es de la opinión que el Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles. El Tribunal considera que la exigencia de recurrir previamente a los tribunales nacionales contenida en el ABI Argentina-España no responde a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes. Sobre esta base, el Tribunal confirma la jurisdicción del Centro y su propia competencia en este caso, no siéndole posible acoger la objeción que en este aspecto ha sido presentada por el Reino de España.”³⁵².

Hemos podido ver como puede extenderse la aplicación de la jurisdicción del Centro en materia de inversiones, debido a la inclusión de una cláusula común en los tratados bilaterales

350 Ídem, pp.21 y 22.

351 Ídem, pp.23 y 24.

352 Ídem, pp.26 y 27.

de promoción y protección de inversiones. Es habitual que los Estados, en las negociaciones de este tipo de tratados, deseen incluir esta cláusula de Nación Más Favorecida con la finalidad de obtener los mejores beneficios que negocie su contraparte con un tercer Estado, asegurando una evolución de las ventajas acordadas. La aplicación de la cláusula de Nación Más Favorecida en este caso obedeció a la convicción del Tribunal de que las condiciones para recurrir a la jurisdicción del Centro por parte de los inversionistas chilenos en España eran mejores que las otorgadas a los inversionistas argentinos, y que ello obligaba a su ampliación a los nacionales de Argentina.

Una segunda objeción a la jurisdicción del Tribunal es presentada por España. Ésta decía relación con negarle al Sr. Maffezini la calidad de inversionista en virtud del artículo 25 del Convenio, ya que la sociedad que sufrió los perjuicios es EAMSA, constituida bajo las leyes de España. Respecto de esto, el Tribunal concluyó que en esta etapa:

“En la opinión del Tribunal, el Demandante ha satisfecho esta prueba inicial. Es un inversor argentino en una sociedad española, que ostensiblemente somete el caso para proteger su inversión en esa empresa y por las pérdidas en que ha incurrido como resultado de los actos causantes del daño que le atribuye al Demandado. Si el Demandante puede probar tales hechos, tendría la capacidad de invocar la protección del ABI en su carácter personal [...]. Por consiguiente puede considerarse que el Demandante ha demostrado *prima facie* que tiene la capacidad de someter este caso al Tribunal.”³⁵³.

Una tercera objeción a la jurisdicción en este caso presentó España señalando que la controversia se desarrollaba entre dos entidades privadas: EAMSA o Emilio Maffezini y SODIGA Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia Sociedad Anónima, donde el Tribunal determinó que³⁵⁴:

“En vista de que SODIGA satisface tanto la prueba estructural de creación estatal y propiedad estatal del capital, como la prueba funcional de cumplir actividades de naturaleza pública, el Tribunal concluye que el

353 Ídem, p.28.

354 Esta materia también fue tratada en p.93.

Demandante ha demostrado *prima facie* que SODIGA es una repartición estatal que actúa en nombre del Reino de España.”³⁵⁵.

Estas decisiones para definir si el Tribunal posee jurisdicción, son generalmente previas a la discusión del fondo del asunto, y llegan a ser convicciones planteadas sólo provisionalmente para esa finalidad, que pueden ser mantenidas o desvirtuadas en el juicio mismo, cuando se discuta realmente la reclamación del inversionista. Por eso, no obligan al Tribunal ni a las partes más allá del reconocimiento que el Tribunal puede conocer de los hechos. Así las cosas, estas decisiones adoptadas por el Tribunal, ayudan a abrir la puerta para que el Tribunal pueda revisar el fondo de la controversia

Una cuarta objeción a la jurisdicción del Centro, presentó España al sostener que la controversia había ocurrido entre 1989 y 1992, años en los que todavía no habían entrado en vigor los Tratados entre Argentina - España y entre Chile - España. A esto el Tribunal concluyó que:

“El Tribunal opina que, en este caso, la controversia, en su sentido técnico y jurídico, comenzó a configurarse en 1994, especialmente en el contexto de las propuestas de desinversión discutidas entre las partes. En ese momento, quedó claramente establecido el conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses, conduciendo poco tiempo después a la presentación de varias reclamaciones que en definitiva llegaron a plantearse ante este Tribunal. Ello significa que la controversia se materializó después de la entrada en vigor de los ABI entre Argentina y España y entre Chile y España, aunque la fecha crítica en el caso actual es la de la entrada en vigor del primero, ya que éste es el tratado básico relevante. Es sobre esta base, que el Tribunal llega a la conclusión de que el Centro tiene jurisdicción y que el Tribunal es competente para considerar la controversia entre las partes de conformidad con las disposiciones del Artículo II(2) del ABI Argentina-España.”³⁵⁶.

Por todo lo anterior, el tribunal concluyó que:

355 Ídem, p.33.

356 Ídem, p.38.

“Por las razones expuestas, el Tribunal decide por unanimidad que la presente controversia se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal.”³⁵⁷.

Finalmente, el Tribunal consideró responsable al Reino de España por la actuación de la sociedad de fomento SODIGA, de la siguiente manera:

“Dado que las acciones de SODIGA relacionadas con el préstamo no se pueden considerar de carácter comercial y guardan relación con sus funciones públicas, la responsabilidad de dichas acciones es imputable al Reino de España. En particular, tales acciones representan un incumplimiento por parte de España de su obligación de proteger la inversión, según lo dispuesto en el Artículo 3(1) del Acuerdo Bilateral sobre Inversiones Argentina-España. Además, la falta de transparencia con que se llevó a cabo esta operación crediticia es incompatible con el compromiso de España de garantizar al inversor un tratamiento justo y equitativo de conformidad con el Artículo 4(1) de dicho instrumento. En consecuencia, el Tribunal determina que, con respecto a esta reclamación, el Demandante ha demostrado su procedencia y tiene derecho a indemnización en la forma que se describe más abajo.”³⁵⁸.

A la luz de este fallo, podemos resumir que su riqueza está en definir varios conceptos útiles a la hora de determinar si existe o no jurisdicción del Centro para determinadas materias, ellos son:

- Cláusula de la Nación Más Favorecida, aplicable plenamente cuando así ha sido dispuesta por los Estados en sus tratados bilaterales.
- La naturaleza estatal de una entidad de fomento para definir que sus actos son considerados como realizados por el Estado.
- El momento para determinar la vigencia de los instrumentos que dan jurisdicción al Centro dice relación con el surgimiento de la disputa, que ocurre cuando se

357 Ídem.

358 Ídem, p.29.

presentan los conflictos de intereses de relevancia jurídica entre las partes y no cuando la inversión se desarrollaba regularmente sin disputa entre ellos.

6. “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”. Jurisdicción declinada por el Tribunal por la obligación de los demandantes de renunciar a otros procedimientos.

En este asunto el Tribunal declaró que:

“La cuestión de la jurisdicción de este Tribunal de Arbitraje surge desde el momento en que la Demandante considera que la renuncia presentada se ajusta en todos sus términos a lo dispuesto en el artículo 1121 del TLCAN, mientras que, al contrario, el Gobierno de México considera que dicha renuncia no se ha efectuado en la forma requerida por el citado artículo, ni además las actuaciones posteriores de la demandante son congruentes con la renuncia efectuada.”³⁶².

El Tribunal, declinó su jurisdicción en este caso, basándose en:

“...este Tribunal de Arbitraje, resuelve que carece de jurisdicción para enjuiciar el fondo de la controversia planteada, debido al incumplimiento de la parte demandante de uno de los requisitos considerados esenciales para proceder al sometimiento de una reclamación a arbitraje establecido en el artículo 11212(b) del TLCAN, cual es, la renuncia a iniciar o continuar ante otros foros procedimientos de resolución de disputas respecto a las medidas tomadas por el Demandado presuntamente violatorias del TLCAN, todo ello de acuerdo con las disposiciones del citado texto legal y del Mecanismo Complementario del CIADI.”³⁶³.

³⁶² “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo del tribunal de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.8.

³⁶³ Ídem, p.24.

Sin embargo este fallo fue adoptado por voto de mayoría de los tres árbitros que componían el Tribunal. El árbitro Sr. Keith Highet, nombrado por la empresa demandante, difirió del laudo expresando principalmente que la renuncia presentada por Waste Management era suficiente a la luz del TLCAN para determinar la jurisdicción del Tribunal CIADI, y que en términos generales los juicios del demandante en México contra entidades estatales diferían en muchos aspectos jurídicos de las reclamaciones formuladas ante el Tribunal CIADI, y declaró que:

“Las causas de acción son diferentes: reclamaciones comerciales locales ante los tribunales mexicanos y reclamaciones relacionadas con un tratado internacional ante este Tribunal.”³⁶⁴.

En este caso se presenta este requerimiento especial dispuesto por el TLCAN, por el que al presentar la demanda al Centro, debe existir una renuncia a otros procedimientos, internos e internacionales, por parte de los demandantes. En voto de mayoría, el Tribunal consideró que dicha renuncia no se había realizado, por lo que no podía reconocer su jurisdicción al no cumplirse este requisito.

7. “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”. Jurisdicción otorgada mediante Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones.

Paraguay objetó la jurisdicción del Centro por medio de carta fechada el 21 de mayo de 1998, por los siguientes motivos:

“...(i) negar que las operaciones realizadas por el Demandante, fueron inversiones; (ii) desconocer la existencia de las obligaciones de garantía atribuidas por el Demandante a Paraguay; (iii) afirmar la existencia de un pago efectuado por el Banco Central del Paraguay al Sr. Olguín a raíz de los hechos en disputa; (iv) la renuncia escrita del Demandante al derecho a iniciar toda acción ulterior contra las autoridades paraguayas por estos hechos; (v) la inaplicabilidad de los mecanismos de solución de controversias contemplados por el CBI, por haber optado el Sr. Olguín por la vía jurisdiccional, renunciando así al arbitraje internacional; (vi) la inexistencia de una

364 “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, opinión disidente de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.10.

controversia entre la República del Paraguay y el Sr. Olguín; y (vii) la falta de consentimiento previo de las partes a someter la disputa a arbitraje ante el CIADI.”³⁶⁵.

El Tribunal aceptó como suficiente el consentimiento para someterse al CIADI manifestado por Paraguay a través de la suscripción de un Tratado Bilateral con Perú³⁶⁶. Respecto las inversiones del Sr. Olguín:

“Este Tribunal no tiene duda de que las inversiones hechas por el señor Olguín en la República del Paraguay están comprendidas en la enumeración que hace el artículo 1 del CBI [entre Paraguay y Perú].”³⁶⁷.

Y finalmente, el Tribunal decidió que tenía jurisdicción para conocer del asunto:

“Por las razones expuestas el Tribunal de Arbitraje, por unanimidad, resuelve rechazar la excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones opuestas por la República del Paraguay y declara que tiene competencia para seguir tramitando este arbitraje.”³⁶⁸.

En el laudo que dictó el Tribunal, éste resume de la siguiente manera la resolución de las objeciones a la jurisdicción presentadas por Paraguay:

“El 8 de agosto de 2000, el Tribunal, luego de haber deliberado telefónicamente y por correspondencia, emitió una decisión unánime sobre las excepciones a la jurisdicción planteadas por la República del Paraguay. En su decisión, el Tribunal rechazó las excepciones a la jurisdicción formuladas por la Demandada sosteniendo (a) que la celebración por parte de la República del Paraguay del CBI Perú-Paraguay constituía el consentimiento escrito exigido por el artículo 25, inciso 1º del Convenio del CIADI; (b) que las inversiones hechas por el Demandante en la República del Paraguay estaban comprendidas en la enumeración del artículo 1 del CBI Perú-Paraguay, y que no existía ninguna norma en dicho Convenio que obligare a

365 “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”, Decisión del Tribunal sobre la Excepción a la Jurisdicción de fecha 8 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.2.

366 Esta materia fue tratada también en p.40.

367 Ídem, p.11.

368 Ídem, p.12.

que las inversiones hechas por un nacional de uno de los Estados contratantes debieran ser previamente admitidas o reconocidas por el Estado en cuyo territorio se hacían; (c) que no se podría pronunciar en esa primera etapa sobre los posibles vicios de las inversiones del señor Olguín alegados por la República del Paraguay, por ser este claramente un tema relativo al fondo de la diferencia; (d) que, por la misma razón, no se podría pronunciar en esa etapa del arbitraje sobre el alegato de la República del Paraguay de que, si alguna responsabilidad le cupiera, no sería directa sino subsidiaria; y, finalmente, (e) que no existía ninguna demostración en el expediente de que el señor Olguín hubiera presentado un reclamo judicial contra la República del Paraguay para cobrar las obligaciones que busca recuperar mediante este proceso arbitral.”³⁶⁹.

En este caso, el Sr. Olguín comenzó desde diciembre de 1993 a realizar transferencias de capital en dólares a la República del Paraguay, que llegaron a la suma de US\$1.254.500,00.-, convertidas a guaraníes, moneda nacional del Paraguay y depositadas en una compañía financiera denominada “La Mercantil”. Los fondos citados estaban destinados a financiar la instalación en Paraguay de una fábrica de productos de maíz cuya propietaria sería la compañía denominada “Super Snacks del Paraguay S.A.”. En medio de una crisis económica La Mercantil cerró sus operaciones. En ese momento se encontraba vigente en Paraguay la Ley N° 417/73 por la que el Banco Central del Paraguay garantizaba el pago de los depósitos constituidos por las imposiciones de dinero debidamente registrados en el pasivo de la entidad, bajo cualquier modalidad, en moneda nacional o extranjera, realizadas por las personas físicas o jurídicas, en los bancos, empresas financieras y otras entidades de crédito³⁷⁰.

“A partir del cierre de operaciones de La Mercantil, el señor Olguín, personalmente, y en representación de Super Snacks, realizó numerosas gestiones para tratar de recuperar los fondos depositados en esa entidad financiera.”³⁷¹.

369 “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”, Laudo del Tribunal de fecha 26 de julio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.8 y 9.

370 “Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay”, Laudo del Tribunal de fecha 26 de julio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.15-17.

371 Ídem, p.19.

El demandante pedía que se reintegraran partes no pagadas de su inversión, sin embargo en una de sus consideraciones el Tribunal, a pesar de criticar el régimen legal paraguayo sostuvo que:

“Lo que sí es evidente es que el señor Olgúin, un avezado hombre de negocios, con una trayectoria empresarial de muchos años y una experiencia adquirida en el mundo de los negocios de varios países, no ignoraba la situación del Paraguay. Él tuvo sus razones (que este Tribunal no pretende juzgar) para invertir en ese país, pero no es aceptable que pretenda que se le indemnice por las pérdidas que sufrió al realizar una inversión especulativa o, en el mejor de los casos, poco prudente.”³⁷².

El Tribunal, con las partes contestes en cuanto al fondo, desarrolló:

“...suficientes elementos de juicio para llegar a la convicción de la existencia de omisiones considerables por parte de los órganos públicos del Paraguay, que tenían a su cargo el deber de cautelar la integridad del sistema financiero de ese país, en torno, no solamente, pero de modo especial, a la inversión extranjera.”³⁷³.

Sin embargo, a pesar de la convicción anteriormente expuesta:

“Como resultado de un análisis cuidadoso del CBI, este Tribunal concluye que no hay en ese texto norma alguna que obligue al Estado en cuyo territorio se realiza una inversión a garantizar el pago de esa inversión en el caso de que resultara fallida.”³⁷⁴.

Y el Tribunal en este asunto cita al Tribunal que conoció el asunto “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, y da luz respecto el alcance de los tratados bilaterales sobre inversiones:

“Los alcances de los Convenios Bilaterales de Inversiones fueron precisados de manera categórica en el laudo emitido en el proceso arbitral entre el señor Emilio Agustín Maffezini y el Reino de España (Caso CIADI N°ARB/97/7). Ese laudo, dictado por un distinguido Tribunal de Arbitraje el 13 de noviembre del año 2000 declaró en su párrafo 64:

372 Ídem, p.22.

373 Ídem, p.24.

374 Ídem, p.25.

"...el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios." ³⁷⁵.

Lo relevante de este caso, es la objeción a la jurisdicción planteada por Paraguay basada en la doble nacionalidad del demandante³⁷⁶, que sostenía que no podía invocar el CBI entre Perú y Paraguay para reconocer la jurisdicción del Tribunal, debido a que el Sr. Olguín era nacional de Perú y de Estados Unidos a la vez. Esta objeción fue rechazada por el Tribunal, y en su declaración final, fallando el fondo del asunto, el Tribunal decidió que, a pesar de reconocer las falencias de las normas y entidades paraguayas, no podía hacerse responsable a dicho país por las malas decisiones de inversión realizadas por el Sr. Olguín.

8. "Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia". Jurisdicción unida al fondo del asunto.

Estonia presentó objeciones a la jurisdicción del Tribunal que se basaban principalmente en dos argumentos a saber:

"... que las materias alegadas por el demandante han sido "completamente, final y justamente "...juzgadas ante las cortes y agencias administrativas de Estonia y que los hechos no evidencian una "controversia de inversión" bajo el tratado Bilateral de Inversiones..."^{377 378}.

Respecto a esta objeción a la jurisdicción del Tribunal, éste consideró que no se pudo formar una opinión madura en esta instancia, por lo que lo unió al fondo del asunto³⁷⁹.

³⁷⁵ Ídem.

³⁷⁶ Tema tratado en página 103.

³⁷⁷ "Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia", laudo del tribunal de fecha 25 de junio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.9. El texto en inglés dice: "...that the matters alleged by Claimants had been "fully, finally and fairly" litigated before the courts and administrative agencies of Estonia, and that the facts do not evidence an "investment dispute" under the BIT..."

³⁷⁸ Este tema se trató también en p.96.

³⁷⁹ "Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia", laudo del tribunal de fecha 25 de junio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.9.

El Tribunal conociendo el fondo del asunto se refirió a las objeciones a la jurisdicción presentadas por Estonia, y así para determinar la validez de ellas analizó cada una de las condiciones que bajo el Convenio y bajo el TPPI eran necesarios para otorgar jurisdicción en este caso, y expresó que estas condiciones eran las siguientes: que se refiriera a una controversia surgida directamente de una inversión entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante, que hayan consentido en someter su diferencia al CIADI, y en este caso específico ese consentimiento se manifestara a través del TPPI, y que no se haya sometido la resolución de la disputa a cortes o tribunales administrativos en Estonia o de acuerdo a otra de las formas de resolución de disputas previamente acordada en el TPPI.

En su análisis el Tribunal llegó a la conclusión de que las transacciones en el presente caso por parte de los demandantes hacia el EIB (Banco en Estonia) cumplían todos los requisitos de la Convención y del TPPI para calificar como inversión. Asimismo, el quid de la disputa estaba referido a la revocación de la licencia de EIB, diferencia que emanaba directamente de dicha inversión. El TPPI disponía que sus normas serían aplicables a inversiones anteriores y existentes a la fecha de entrada en vigor de este Tratado, el 16 de febrero de 1997; que el Banco de Estonia, organismo que revocó dicha licencia era un agente de un Estado contratante, Estonia y actuó en ese carácter; que los demandantes eran nacionales de otro Estado contratante, pues el Sr. Genin era nacional de Estados Unidos y Eastern Credit era una corporación constituida bajo esas mismas disposiciones y de su propiedad. Luego, el Tribunal consideró que el consentimiento de Estonia para someter sus disputas al CIADI estaba otorgado por el TPPI³⁸⁰.

Ahora, bien en relación con la posible resolución de la controversia a través de otros de los medios que disponía el TPPI, el Tribunal señaló:

“331. A la primera de estas cuestiones, el tribunal estima que [los asuntos ventilados ante tribunales y agencias en Estonia] no son idénticos a la causa de pedir de los Demandante en la “diferencia de inversión” que buscan arbitrar en este proceso.”³⁸¹.

380 Ídem, pp. 77 – 79.

381 “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, laudo del tribunal de fecha 25 de junio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.80. El texto en inglés señala: “331. As to the first of these questions, the Tribunal is of the view that the lawsuits in Estonia

De este modo, el Tribunal resolvió que respecto a la primera objeción presentada por el demandado, poseía Jurisdicción para conocer del asunto.

Finalmente, en su fallo el Tribunal confirmó que poseía jurisdicción para conocer del asunto, resolviéndolo conjuntamente con el fondo del asunto. En cuanto al fondo propiamente tal, se acogieron las defensas presentadas por Estonia y se rechazó la demanda.

En este caso, la naturaleza de la inversión y la complejidad de las transferencias financieras involucradas hicieron que el Tribunal tuviera que conocer todos los hechos componentes de la controversia para definir, primero si tenía jurisdicción para conocer del asunto, y segundo, la legitimidad de la reclamación del demandante. Así, el Tribunal resolvió su jurisdicción conociendo del fondo del asunto, pero rechazó la demanda.

9. “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”. Objeciones en razón de la persona y en razón de la materia, gastos previos a la inversión.

Sri Lanka presentó dos tipos de objeciones a la jurisdicción, que el Tribunal agrupó como objeciones en razón de la persona y objeciones en razón de la materia³⁸².

La objeción en razón de la persona se levantó por parte de Sri Lanka aduciendo que en realidad el demandante no era una empresa estadounidense, sino que canadiense y que como Canadá no era parte del Convenio de Washington, no se cumplían los requisitos del artículo 25 del Convenio y, por lo tanto debía rechazarse la demanda por falta de jurisdicción. El demandante sostuvo en sus alegatos que la sociedad demandante era “Mihaly International Corporation”, sociedad organizada bajo las leyes de California, Estados Unidos, y que de

relating to the purchase by EIB of the Koidu branch of Social Bank and to the revocation of EIB's license are not identical to Claimants' cause of action in the “investment dispute” that they seek to arbitrate in the present proceedings.

382 “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, laudo del Tribunal de fecha 15 de marzo de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.146.

acuerdo a las leyes de California, de Canadá y el Convenio, podía demandar a favor de los derechos de su socia “Mihaly International Corporation”, sociedad constituida bajo las leyes de Ontario, Canadá. Sin embargo, el Tribunal al determinar si tenía competencia para conocer del asunto en razón de la persona, lo hizo en virtud del Convenio de Washington y de las reglas del derecho internacional general y no bajo las leyes nacionales de un Estado, ni precisamente las leyes del Estado de California o de la provincia de Ontario³⁸³.

El Tribunal respecto la nacionalidad de la demandante señaló:

“La existencia de un socio internacional, donde sea y como sea se haya constituido, no podría ni añadir a, o sustraer desde, la capacidad del demandante, Mihaly (USA), de registrar una demanda contra el demandado...”³⁸⁴.

Los demandantes alegaban que por el hecho de ser socias, y por existir un contrato entre ellas, Mihaly (USA) tenía todos los derechos, intereses y reclamos que podía tener su socio canadiense Mihaly (Canadá), situación que el Tribunal rechazó aplicando la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, y a grandes rasgos señaló que las normas de los tratados no pueden beneficiar a quienes no son partes en él. De esta forma ni Canadá ni Mihaly International Corporation (Canadá) podían presentar cualquier demanda o reclamo bajo el Convenio, y esto es así tuviera o no tuviera, y especialmente no teniendo el consentimiento expreso de la República de Sri Lanka. Y este defecto de no poder recurrir al CIADI ni Canadá ni sus nacionales no podía ser satisfecho por un acuerdo privado entre Mihaly (Canadá) y Mihaly (USA), ya que ello frustraría el objeto y propósito del Convenio, pues un acuerdo privado generaría derechos y obligaciones para Estados no partes. De acuerdo con esto, un reclamo canadiense que no era recuperable, ni indemnizable, ni de hecho capaz de ser invocado ante el CIADI, no pudo haber sido admisible ni capaz de ser conocido bajo la apariencia de su asignación al demandante estadounidense. Un reclamo bajo el Convenio, con su sistema cuidadosamente estructurado, no es un bien fácilmente asignable como acciones en

383 Ídem, p.146-148.

384 Ídem, p.148.

la bolsa u otros tipos de instrumentos negociables, tales como notas promisorias o cartas de crédito³⁸⁵.

Finalmente, el Tribunal llegó a la conclusión que Mihaly International Corporation (USA) tenía legítimo derecho de registrar una demanda a su propio nombre contra Sri Lanka respecto los derechos e intereses que podían ser capaces subsiguientemente de establecer en el propuesto proyecto de energía³⁸⁶, y quedaba además suficientemente claro para el Tribunal que el demandante era Mihaly (USA), y no Mihaly Internacional o los dos socios internacionales (Mihaly USA y Mihaly Canadá)³⁸⁷. Por lo tanto el Tribunal estableció que tenía jurisdicción en razón de la persona, sin embargo a pesar de lo anterior, ello no creó *per se* la jurisdicción del Tribunal y era necesario analizar si tenía jurisdicción en razón de la materia³⁸⁸.

Ahora bien, respecto la objeción de jurisdicción en razón de la materia, las partes presentaron oposición de argumentos respecto cada uno de los elementos que establece el artículo 25 de la Convención, a saber:

- “(i) que haya una diferencia;
- (ii) que la diferencia sea una legal [jurídica];
- (iii) que la diferencia surja directamente y no indirectamente de una inversión; y
- (iv) que haya una inversión de la cual la diferencia ha surgido directamente.”³⁸⁹.

Pero la principal base de la diferencia entre las partes en esta materia decía relación con la pregunta de si hubo una inversión, puesto que demandante señalaba que los gastos previos a la inversión, tales como estudios de factibilidad, gastos para atraer más inversionistas, consultorías, etcétera, eran considerados como gastos de inversión, y así contablemente se

385 Ídem, pp.148 y 149.

386 Ídem, p.149.

387 Ídem, p.148.

388 Ídem, pp. 148 y 149.

389 “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, laudo del Tribunal de fecha 15 de marzo de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.151. El texto en inglés es el siguiente: (i) that there was a dispute; (ii) that the dispute was a legal one; (iii) that the dispute arises directly and not indirectly out of an investment; and (iv) that there was an investment out of which a legal dispute has directly arisen.”

podían llevar a gastos en los balances del proyecto, a lo que el demandado no presentó oposición, sólo la condición de que se realizaran con el acuerdo del Estado receptor, que en este caso no ocurrió³⁹¹. Esto incide en la definición de inversión que pretenden las partes que aplicara el Tribunal. El demandante manifestó necesario la aplicación de una definición amplia, mientras que el demandado, restrictiva³⁹². Se presentó por parte del demandante tres documentos en los que Sri Lanka reconocería como inversión los gastos previos al proyecto³⁹³.

El Tribunal, haciéndose cargo de lo anterior, concluyó que la expedición de dinero por parte del demandante en virtud de la obtención de un contrato que no prosperó podría según el Convenio, constituir una inversión, sin embargo en cada uno de los tres documentos presentados por el demandado, Sri Lanka tomó especial cuidado en sostener que ellos no constituían ninguna exclusividad respecto el proyecto o generaban alguna obligación contractual para la construcción, propiedad u operación de una central de energía. Además sostuvo el Tribunal que si las negociaciones entre las partes hubieran llegado a buen término, y se hubiera suscrito un contrato, claramente los gastos previos a la inversión serían capitalizados como tal. Las partes podrían haber acordado que dichos gastos se consideraran como inversión, pero no lo hicieron, y a pesar de las negociaciones entre ellas, nunca se firmó un contrato que las obligara. Asimismo, el Tribunal sostuvo que si las partes en esta etapa habrían faltado a la buena fe, no podía expresar una opinión, puesto que este tipo de reclamos no es uno de los que el Convenio estuviera llamado a decidir. Finalmente, y frente a la no determinación por las partes de si los gastos de negociación previos a la inversión eran inversión, el Tribunal resolvió que el demandante no pudo demostrar que la interpretación de los tratados o la práctica de otros Estados o de Sri Lanka en materia de inversiones en otras oportunidades podían ser considerados como inversión³⁹⁴. Por ello:

“...el Tribunal decide unánimemente:

(a) Considerando la preliminar objeción a la jurisdicción en razón de la persona que [...] la objeción debe ser rechazada;

391 Ídem, p.151.

392 Ídem, p.152.

393 Ídem.

394 Ídem, pp.155 - 159.

(b) Considerando la objeción preliminar a la jurisdicción en razón de la materia la objeción se acoge ante la ausencia de cualquier prueba de una “inversión” de la cual pudo originarse una diferencia jurídica; y

(c) De acuerdo con esto, que el Tribunal carece de jurisdicción, ya sea parcial o total, para conocer de la pregunta que le fue sometida.”³⁹⁵.

De este caso obtenemos que la jurisdicción del Centro ha sido analizada en razón de la persona y en razón de la materia. Por el lado del análisis de la persona, cabe destacar que la nacionalidad de las partes involucradas se determina conforme a las normas del Convenio de Washington y conforme a los principios de derecho internacional, y no de acuerdo a las normas de los estados involucrados, así como se deja entrever que no es posible otorgar jurisdicción al Centro mediante acuerdos privados entre particulares, sin que de ellos tenga conocimiento el Estado receptor de la inversión. Por otra parte, las objeciones a la jurisdicción en razón de la materia, reseñadas por el demandado, en el sentido de desconocer la naturaleza de inversión de los gastos previos a ella, estudios y proyectos, plantea ante el Tribunal la discusión de si incluirlos o no en la definición de ese concepto. Dilucidando esta controversia, el Tribunal, luego de estudiar la actuación de Sri Lanka y de otros estados en esta materia, sin obtener afirmación de ello, mira principalmente a la intención de las partes al celebrar los acuerdos previos a la inversión, declarando que de ellos no se manifestó la voluntad de que dichos gastos se incluyeran dentro del concepto de inversión ni otorgaran exclusividad de futuros contratos, por lo que no se cumplían los requisitos en razón de la materia para reconocer jurisdicción al Centro.

10. “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”. Jurisdicción en relación con el control extranjero de una sociedad local.

395 Ídem, p160. El texto en inglés señala: “...the Tribunal decides with unanimity:

- (a) With regard to the preliminary objection *ratione personae* that, [...] the objection must be dismissed;
- (b) With regard to the preliminary objection *ratione materiae* that the objection is sustained in the absence of any proof of admission of an “investment” in being out of which a legal dispute could possibly have arisen; and
- (c) Accordingly, that the Tribunal is without jurisdiction to entertain the question submitted to it either in part or in whole.

En este caso, Venezuela objetó la jurisdicción por varias razones, entre ellas:

“Venezuela argumenta que se debe desestimar la reclamación de Aucoven alegando que el Tribunal Arbitral carece de competencia. Aucoven es una empresa constituida en Venezuela, y Venezuela no acordó jamás que la trataría como un nacional de otro Estado Contratante en razón del control extranjero de conformidad con el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. En realidad, el argumento de Aucoven relativo a la jurisdicción del CIADI se basa en dos hechos ficticios, a saber: que Aucoven está sometida al control extranjero de un nacional de los Estados Unidos y que Venezuela prestó conformidad a la jurisdicción del CIADI basándose en tal control extranjero ficticio.”³⁹⁶.

Para la determinación de su competencia el Tribunal analizó las disposiciones del Contrato de Concesión suscrito entre las partes, específicamente las cláusulas 63 y 64 de dicho contrato, así como tuvo en vista siempre el artículo 25 del Convenio. Respecto la cláusula 63 del contrato el Tribunal dijo:

“Mediante la Cláusula 63 del Contrato, las partes acordaron someter sus diferencias a arbitraje *ad hoc* en Caracas de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil venezolano y la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional...”³⁹⁷.

396 “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.16.

397 Ídem, pp.27 – 29. La cláusula 63, en su parte pertinente expresa: “... las partes convienen en que: Cualquier duda y controversia que pueda suscitarse con motivo de la interpretación y/o ejecución del Contrato que no pueda ser resuelta amistosamente mediante el procedimiento de conciliación establecido en la Cláusula anterior en un lapso total de treinta (30) días hábiles [...] deberá ser resuelta mediante arbitraje de derecho cuyo procedimiento se regirá por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil Venezolano en tanto las mismas no sean modificadas por este documento o por la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 (CNUDMI, 1985) [...] El arbitraje se tramitará en castellano en la ciudad de Caracas, [...] La juramentación de los árbitros, su recusación, la validez de la cláusula de arbitraje y la ejecución del laudo o decisión arbitral en Venezuela se regirán en Venezuela por las reglas del Código de Procedimiento Civil venezolano. Cada una de las partes renuncia a cualquier derecho que pueda tener ahora o en el futuro de iniciar o mantener cualquier juicio o procedimiento legal con respecto a cualquier disputa, reclamo, controversia, desacuerdo y/o diferencia relacionada, derivada o en conexión con este Contrato o relacionada en cualquier forma con la interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación y/o resolución del mismo por cualquier mecanismo distinto al previsto en esta Cláusula. La validez y legalidad de la Concesión serán discutidas por ante la Corte Suprema de Justicia y quedarán excluidas de la presente cláusula.”.

Es basándose en este artículo del Contrato de Concesión que Venezuela presentó la objeción a la jurisdicción en razón de que claramente señalaba que las diferencias emanadas de dicho contrato serían resueltas mediante arbitraje en la ciudad de Caracas, Venezuela y de acuerdo a la legislación venezolana.

Sin embargo, el Tribunal al hacer referencia al artículo 64 del Contrato de concesión dispuso:

“Venezuela siendo parte contratante del Convenio del CIADI, las partes acordaron suscribir la Cláusula 64 relativa al arbitraje CIADI en lugar del arbitraje *ad hoc* establecido en la Cláusula 63, si la siguiente condición se cumplía:

“Por cuanto en virtud de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y de su ratificación, [...] que constituye derecho vigente en Venezuela, la REPUBLICA DE VENEZUELA ha considerado conveniente someter a métodos internacionales de arreglo las diferencias que se puedan presentar frente a inversionistas nacionales de otros Estados Contratantes, las partes acuerdan que si el accionista o accionistas mayoritario(s) de la CONCESIONARIA llegara(n) a ser nacional(es) de un país en el que se encuentra vigente el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la Cláusula 63 de este documento quedará de inmediato sustituida...”³⁹⁸.

398 Ídem, pp.29- 31. El texto de la cláusula 64 del Contrato de Concesión por el que se sustituiría la cláusula 63 es el siguiente: “Cualquier disputa, reclamo, controversia, desacuerdo y/o diferencia relacionada, derivada o en conexión con la Concesión o relacionada en cualquier forma con la interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación, resolución de la misma, a todos los cuales ambas partes reconocen el carácter de inversión, que no pueda ser resuelta amistosamente mediante el procedimiento de conciliación establecido en la cláusula anterior en un lapso total de treinta (30) días hábiles contados a partir de la última notificación dada conforme a los medios establecidos en este Documento deberá ser resuelta por el Centro Internacional de Arbitraje de Diferencias Relativas a Inversiones (el “Centro”), mediante arbitraje de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio”) y, salvo acuerdo contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje del Centro vigentes para la fecha de entrada en vigencia de esta cláusula (las “Reglas de Arbitraje”). [...] Cada una de las partes renuncia a cualquier derecho que pueda tener ahora o en el futuro de iniciar o mantener cualquier juicio o procedimiento legal con respecto a cualquier controversia, hasta que la misma haya sido determinada de conformidad con el citado procedimiento de arbitraje, y luego únicamente para hacer valer el laudo o decisión emitida en dicho procedimiento de arbitraje. Tanto la REPUBLICA DE VENEZUELA, actuando a través de EL MINISTERIO, como LA CONCESIONARIA, acuerdan en atribuirle a LA CONCESIONARIA, una persona jurídica venezolana sometida a control extranjero para la fecha de entrada en vigencia de esta cláusula, el carácter de “Nacional de otro Estado Contratante” para todos los fines de la aplicación de esta Cláusula y de las disposiciones del Convenio. [...] No obstante lo previsto en esta Cláusula 64, si por cualquier razón la REPUBLICA DE VENEZUELA y/o el país de la nacionalidad del accionista o accionistas mayoritarios de LA CONCESIONARIA denuncian el Convenio o de cualquier otra manera el Convenio perdiera vigencia para esos países antes de iniciarse el arbitraje según lo dispuesto en esta Cláusula 64 o si por cualquier otra causa el

Venezuela señaló que esta cláusula 64 no recibía aplicación en este caso puesto que la sociedad ICA Holding, de nacionalidad mexicana, siendo México un Estado que no es parte del Convenio CIADI, mantenía el control efectivo de la empresa venezolana Aucoven C.A., a pesar del traspaso de acciones que la sociedad matriz realizó a su subsidiaria estadounidense Icatech, en que Estados Unidos sí es parte del Convenio, por lo que Venezuela no consintió a la jurisdicción del CIADI. El Tribunal en este punto rechazó la interpretación de la cláusula 64 que realizaba Venezuela y señaló:

“ La interpretación de Venezuela no está de acuerdo con el texto de la Cláusula 64. Asimismo, no existe indicación en autos que señale que, al suscribir el Contrato, las partes tuviesen la intención de supeditar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI a una condición diferente a la que ellas mismas habían expresado claramente. El Tribunal no ha encontrado ningún elemento que le permita inferir que al utilizar las palabras “*accionista o accionistas mayoritarios de LA CONCESIONARLA*”, las partes no se referían al titular de la mayoría de las acciones, sino a la persona que ejercía el control efectivo de Aucoven. En otras palabras, de los autos no se desprende que las partes tuviesen la intención de excluir las transferencias de acciones entre las subsidiarias de ICA Holding y el propósito de condicionar el acuerdo a un cambio en el control efectivo o final de Aucoven.

87. En consecuencia y en ausencia de indicación alguna en contrario, el Tribunal considera que no existen razones ni justificaciones para desviarse de la redacción clara de la Cláusula 64, que establece que las partes consienten a la jurisdicción del CIADI si el (los) accionista(s) mayoritario(s) de Aucoven, llegara(n) a ser nacional(es) de otro Estado Contratante.”³⁹⁹.

Para producirse la transferencia de acciones de Aucoven de la sociedad matriz ICA Holding a la filial Icatech, se requería la aprobación de Venezuela, la que otorgó a través del Ministerio de Infraestructura, por lo que se cumplió la condición necesaria para otorgar jurisdicción al CIADI⁴⁰⁰.

Convenio deja de estar vigente para dichos países o no es posible realizar el arbitraje de acuerdo con el Convenio, entonces la Cláusula 63 de este documento readquirirá pleno efecto y vigencia.”

399 Ídem, p.33.

400 Ídem, p.34.

Finalmente el Tribunal consideró que tenía jurisdicción para conocer del asunto y lo expresó de esta manera, haciendo una distinción en relación con el caso “Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo”⁴⁰¹:

“141. Las condiciones establecidas en el Artículo 25 del Convenio del CIADI y en la Cláusula 64 del Contrato se cumplen claramente en este caso. En consecuencia, la Cláusula 63 que establece que el arbitraje se llevará a cabo en Caracas fue sustituida por la Cláusula 64. Los argumentos de Venezuela respecto a la conveniencia de llevar a cabo el procedimiento de arbitraje en Caracas son, por lo tanto, improcedentes.

142. Como resultado de las consideraciones prácticas y jurídicas estipuladas en esta decisión, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que tiene competencia respecto de la diferencia sometida a su consideración en este procedimiento. No se deberá entender que esta conclusión constituye una declaración general a favor de una definición de control extranjero en el marco del Artículo 25(2)(b) en desmedro de otra. Esta decisión no refleja esa declaración u opinión. Se aplica a las disposiciones pertinentes a esta diferencia, es decir, a la Cláusula 64 del Contrato y el Artículo 25 del Convenio del CIADI. Al hacerlo, aplica el criterio de control extranjero establecido por las partes, el cual, en opinión del Tribunal, se encuentra dentro de los límites fijados en el Artículo 25 del Convenio del CIADI.”⁴⁰².

Podemos señalar que el espíritu de esta decisión de jurisdicción se recoge en la frase final, en cuanto la determinación de que el Tribunal posee jurisdicción porque las partes así lo quisieron. Fueron los involucrados en la controversia los que decidieron que si se presentaba la posibilidad de que la sociedad concesionaria fuera controlada por una sociedad extranjera, se aplicara el Convenio CIADI y se diera jurisdicción al Centro. La aplicación para la decisión de los artículos del Contrato suscrito entre las partes, demostrando su intención de llevar las

401 Ídem. La distinción la expresa el Tribunal de la siguiente manera: 143. Finalmente, el Tribunal no desconoce que el laudo del CIADI en el caso Banro (Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo (Caso No. ARB/98/7)) llegó a una conclusión diferente. Sin embargo, las circunstancias del caso Banro también eran diferentes. En el caso Banro la transferencia de las acciones no estaba supeditada a la aprobación del Gobierno y, lo que es más importante, las partes no habían definido contractualmente la prueba relativa al control extranjero. Como resultado de esas diferencias, el Tribunal Arbitral opina que no corresponde efectuar una analogía entre el caso Banro y este caso.”

402 Ídem. p.49.

diferencias a estas esferas internacionales, no hace sino reflejar la armonía de ellas con las normas del Convenio sobre control extranjero.

11. “Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo”. Objeción de jurisdicción aceptada basada en la nacionalidad del inversionista de un Estado que no es Parte del Convenio de Washington.

El fallo rendido en este caso en Septiembre, 2000 declinó la jurisdicción por una mayoría de los miembros del Tribunal Arbitral, aunque una opinión disidente es anexada en el fallo. El procedimiento fue instituido en Agosto 27, 1998 por Banro American Resources, Inc. (Banro American), una compañía registrada en el Estado de Delaware, contra la República Democrática del Congo. Banro American era una empresa enteramente subsidiaria de Banro Resources Corporation (Banro Resource), una compañía registrada en la Provincia de Ontario. La disputa concernía la alegación de expropiación contra la República Democrática del Congo de los bienes de una subsidiaria del Banro American establecida bajo las leyes de la República Democrática del Congo, en violación de una convención minera entre la República Democrática del Congo, por un lado, y Banro Resources y la Société Minière et Industrielle du Kivu, S.A.R.L. (Sominki), por el otro⁴⁰³.

En este asunto, el Tribunal determinó por mayoría de sus integrantes que carecía de jurisdicción para conocer del asunto, puesto que la sociedad matriz de la inversionista tenía la nacionalidad de un Estado no Contratante del Convenio, Canadá, de manera que no podía el inversionista extranjero recurrir al Centro. Es más, el Tribunal dejó constancia de la utilización

403 “Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo”, introducción, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.1. El texto en inglés es: “The award rendered in this case on September 1, 2000 declined jurisdiction by a majority of the members of the Arbitral Tribunal; a dissenting opinion is attached to the award. The proceedings were instituted on August 27, 1998 by Banro American Resources, Inc. (Banro American), a company registered in the State of Delaware, against the Democratic Republic of the Congo (DRC). Banro American is a wholly-owned subsidiary of Banro Resource Corporation (Banro Resource), a company registered in the Province of Ontario. The dispute concerned the alleged expropriation by the DRC of the assets of Banro American’s subsidiary established and existing under the laws of the DRC, the Société Aurifère et Industrielle du Kivu et du Maniema S.A.R.L. (Sakima), in violation of a mining convention between the DRC, on the one hand, and Banro Resource and the Société Minière et Industrielle du Kivu, S.A.R.L. (Sominki), on the other.”

de la protección diplomática por parte de Canadá en favor de los inversionistas de su nacionalidad en este caso^{404 405}.

Vemos que en este caso, la declinación de jurisdicción por parte del Tribunal es categórica, debido a que no se cumplió el requisito de que la disputa se diera entre un Estado parte del Convenio con el nacional de otro Estado parte. Podría haberse recurrido al Mecanismo Complementario y solicitar el arbitraje del Centro, sin embargo, una de las situaciones que se quería evitar y que se presenta en este caso era la protección diplomática, que estaba ejerciendo Canadá.

12. “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”. Objeciones de jurisdicción en base a legitimación de la persona por residencia y requisitos específicos del TLCAN.

En este asunto, el Tribunal consideró como cuestiones jurisdiccionales que decidiría de manera preliminar, y especificó que dichas cuestiones serían las siguientes:

a. Si la parte demandante ha presentado una reclamación en este procedimiento arbitral con respecto a una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.

b. Si la parte demandante puede presentar otras reclamaciones, de haberlas, o modificar su reclamación, sobre la base de una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.

c. Si la parte demandada tiene derecho a oponer cualquier excepción sobre la base del plazo de prescripción establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN y, en particular, si dicho plazo de prescripción afecta la consideración por el Tribunal de los hechos pertinentes a la reclamación o a las reclamaciones, y si la parte demandada se ve impedida de oponer dicha excepción.

d. Si las medidas supuestamente adoptadas por la parte demandada durante el período comprendido entre fines de 1992 y el 1 de enero de 1994,

404 “Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo”, extracto del Laudo del Tribunal de fecha 1 de septiembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.1 - 12.

405 En este caso se realiza un gran análisis de la finalidad del Convenio con relación a la renuncia al ejercicio de la protección diplomática por parte de los Estados.

cuando el TLCAN entró en vigor y que, según se alega, constituyen una violación del TLCAN, del derecho internacional o del derecho mexicano, son pertinentes para fundar la reclamación o las reclamaciones.

e. Si la parte demandante, en su calidad de ciudadano de los Estados Unidos de América y residente permanente registrado en México, está legitimado para presentar una acción legal en virtud del Capítulo XI del TLCAN.⁴⁰⁶.

El Tribunal, por resolución de fecha 6 de diciembre de 2000, decidió la mayoría de las cuestiones jurisdiccionales presentadas, sin embargo otras fueron recogidas en el laudo arbitral. En relación con la legitimación del demandante, el Tribunal decidió que:

“...como ciudadano de los Estados Unidos y únicamente de los Estados Unidos, y a pesar de su residencia permanente en México (en condición de inmigrado), tenía legitimación para demandar en el presente arbitraje, conforme al Capítulo XI del TLCAN.”⁴⁰⁷.

Respecto a la prescripción del plazo que establece el artículo 1117(2) del TLCAN, para someter reclamaciones a arbitraje, el Tribunal unió su decisión a la del fondo del asunto. En relación a la presentación de reclamaciones adicionales o modificación de las ya presentadas, relativas a la violación del trato nacional, el Tribunal las consideró correctamente presentadas, pues habían sido incluidas dentro de plazo en la notificación de arbitraje, y agregó que dicha reclamación se encontraba dentro de su jurisdicción. Ahora bien, respecto la pertinencia de las reclamaciones anteriores a la entrada en vigor del TLCAN, los Árbitros decidieron que únicamente las medidas supuestamente tomadas por el demandado con posterioridad al 1 de enero de 1994, fecha de entrada en vigor del Tratado, eran pertinentes para fundar una reclamación⁴⁰⁸.

Posteriormente, analizando el fondo del asunto el Tribunal se hizo cargo de las otras cuestiones jurisdiccionales relativas a la infracción propiamente tal de los derechos que

406 “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, decisión provisional acerca cuestiones jurisdiccionales preliminares de fecha 6 de diciembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.5.

407 “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, Laudo del Tribunal de fecha 3 de diciembre de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.17.

408 “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, Laudo del Tribunal de fecha 3 de diciembre de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, pp.17 y

garantiza el TLCAN, determinando que poseía jurisdicción. Finalmente el laudo arbitral consideró que el demandado había actuado en forma inconsistente con los derechos del demandante y con las obligaciones del demandado conforme al Artículo 1102 del TLCAN, disposiciones sobre trato nacional, por lo que condenó al demandado al pago de una suma de dinero⁴⁰⁹.

409 "Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos", Laudo del Tribunal de fecha 3 de diciembre de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.100.

CONCLUSIONES

Este trabajo pretendía ser en un primer momento la descripción de un organismo internacional, creado bajo el alero del Banco Mundial, que resuelve controversias jurídicas surgidas directamente de inversiones realizadas por nacionales de un Estado en otros Estados, en fin, sobre el CIADI como institución.

Sin embargo, a medida que me fui introduciendo en el estudio de esta materia, me di cuenta de la amplitud de la misma, por lo que acoté la investigación a la pregunta de qué requisitos son necesarios para que un inversionista extranjero pueda, si se presenta una controversia jurídica determinada, recurrir al CIADI para que este organismos resuelva dicha contienda y determine los derechos y obligaciones de las partes.

Una de las más interesantes situaciones que se presentan en este foro y que llamaron mi atención se refería a la naturaleza mixta del arbitraje o conciliación que se auspicia en su seno. Ante los árbitros se presenta por una parte un inversionista en contra de un Estado, y lo llamativo de esta contienda, es que se hace en un plano de igualdad ante un Tribunal Internacional. O por lo menos eso creía yo al comenzar la tarea.

Así fue cómo me dediqué a tratar de mostrar cuáles eran los requisitos que debía revisar un inversionista determinado para recurrir con su caso al Centro, dándome cuenta que lo primordial se basaba en la manifestación del consentimiento del Estado en someter los conflictos que surgieran en estas materias al arbitraje del CIADI. Esto es a mi juicio, luego de hacer míos los dichos de algunos de los autores citados, la piedra angular de la jurisdicción de los tribunales constituidos bajo este mecanismo. Así, el fundamento de la existencia de este foro se debe a los propios Estados que, buscando el desarrollo de sus economías, renuncian a la posibilidad de que los conflictos sobre inversiones se resuelvan ante sus cortes nacionales, por el solo hecho de que involucren una inversión extranjera.

Sorpresivamente descubrí que en razón de la sociedad mundial globalizada que vivimos, en la que contradictoriamente se conjugan aperturas comerciales interestatales y proteccionismo de los grandes bloques comerciales surgidos post guerra fría, una de las formas más comunes de manifestación del consentimiento de los Estados para someter este tipo de diferencias al Centro nace exponencialmente multiplicada, y casi sin que los Estados perciban las grandes consecuencias de sus actos, por la suscripción casi irreflexiva, como una necesidad vital para sobrevivir en la Comunidad Internacional, de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Como país somos parte de ello. Lo anterior queda de manifiesto para el Reino de España, que es demandado ante esta instancia por el Sr. Emilio Maffezini, de nacionalidad argentina, y el Tribunal Arbitral declara su jurisdicción en virtud de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida oscilante en los tratados entre Argentina - España, y Chile - España. Muchos países no vislumbran la magnitud de sus acuerdos bilaterales, y si consideramos, que "Hoy existen más de 2.000 tratados..."⁴¹⁰, que en el caso de Chile, todos los tratados suscritos otorgan jurisdicción al CIADI⁴¹¹, y que la cláusula de Nación Más Favorecida se incluye en muchos de ellos, concluimos que el campo de aplicación del Convenio es gigantesco y de este modo, se cumple el objetivo principal de la creación del Centro, que es convertirse en el foro natural para los conflictos entre Estados e inversionistas en materia de inversiones.

Luego, ya habiéndose salvado el escollo del consentimiento del Estado para someter una controversia al CIADI, y en virtud de su propia naturaleza, dicha controversia que puede someterse a su decisión debe surgir directamente de una inversión, ser de naturaleza jurídica y cumplir, en fin, con los requisitos impuestos por el Convenio en razón de la materia y en razón de las personas o partes.

Mas, me he dado cuenta, con el correr de los laudos revisados, que la mayoría de los países demandados son países en vías de desarrollo, que son llevados a este foro internacional por supuestas vulneraciones de los derechos de los inversionistas extranjeros de países

410 Mayorga Lorca, R. y otros, (2004): Inversión extranjera régimen jurídico y solución de controversias. Aspectos Nacionales e Internacionales, Santiago de, Chile, Lexis Nexis, p.116.

411 Excepto el tratado suscrito con Cuba, ver p.34.

desarrollados, y como lo señalara anteriormente, sin la plena conciencia de lo que representa su manifestación de consentimiento. Por esta característica de los países demandados, he intuido que muchos de ellos desconocen los procedimientos y la actuación en general ante estos tribunales, llegando a cometer errores procedimentales por mera ignorancia, como ocurrió con Paraguay en el caso “Eudoro A. Olgúin c. República del Paraguay”⁴¹². Sin embargo, muchos otros procedimientos se han visto concluidos con la felicitación de los árbitros a tan dedicados litigantes, lo que me revela que a medida que vaya haciéndose común esta vía de solución de conflictos, se irá afinando las actuaciones de empresas y Estados.

Un desarrollo vertiginoso ha experimentado este sistema de solución de controversias en los últimos cinco años, debido principalmente a la real solución de los conflictos que ha implicado en la práctica. Además, el conocimiento de cada caso concreto y la resolución del mismo aplicando el propio derecho interno del Estado demandando, conjugado con el derecho internacional⁴¹³, otorga la seguridad y confianza para todos los involucrados, de que el conflicto será resuelto conforme a derecho. A mi juicio, las empresas han visto un resguardo en el CIADI de sus legítimos derechos, y por su parte, los Estados, han demostrado un apego a los resultados de los fallos, que en caso de serles adverso, de igual forma deben cumplirse; estando asegurado ese cumplimiento por los efectos positivos del consentimiento al arbitraje, que consiste en el beneficio de poder obtener a su favor un laudo arbitral que es, al mismo tiempo, una sentencia internacional obligatoria para el Estado condenado frente al Estado nacional del inversor y una sentencia interna de todos los Estados contratantes del Convenio⁴¹⁴.

De los objetivos trazados al comenzar este estudio, particularmente la definición de los requisitos para que la controversia sea resuelta por el CIADI, analizados al tenor de los fallos revisados, puedo concluir que las ventajas del sistema CIADI para la solución de conflictos en materia de inversiones, para las partes involucradas, se traducen en el análisis profundo por un Tribunal Internacional especializado e imparcial, de cada uno de los elementos para otorgarle

412 Analizado en p. 34.

413 Por aplicación del artículo 42 del Convenio, analizado en pp.75 y 76.

414 Ver p.15.

jurisdicción al Centro, los que de acuerdo a los hechos que generan el conflicto, el derecho interno del Estado receptor de la inversión y el derecho internacional, se traduce en un fallo fundado jurídicamente que reconoce o deniega la jurisdicción en los casos que corresponde.

En relación con nuestro país, destaco la voluntad política de inserción en este mundo globalizado, asumiendo la responsabilidad de promover y proteger las inversiones de los nacionales de los Estados con los que hemos suscrito Tratados de Promoción y Protección de Inversiones. Conforme el gran número de tratados suscritos y la inclusión de cláusulas que otorgan el consentimiento al CIADI en casi todos ellos, Chile asume una postura de transparencia e intención como Estado de defender antes estrados internacionales sus actos en materia de inversiones, reconociendo y respetando nuestro propio derecho nacional y el Derecho Internacional. De la misma forma, se asegura mediante estos tratados a nuestro nacionales la certeza de reciprocidad de estos principios en las inversiones que emprendan en el exterior.

Una de las críticas que puede hacerse a nuestro país, y que dice relación con lo anterior, es que a pesar de estar dispuesto a suscribir TPPI por todas partes del orbe, Chile hasta poco tiempo atrás no contaba con un organismo o institución pública especializada que asumiera la defensa del Estado ante los Tribunales Arbitrales constituidos conforme al CIADI, situación de reciente modificación, como lo señala Mayorga, con la creación de una Unidad Especial de abogados que se dedicará a esta defensa⁴¹⁵.

Por todo lo anteriormente expuesto, creo que el CIADI, como organismo de solución de controversias representa la mejor y más eficaz forma de solucionar las controversias jurídicas en materia de inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

415 Mayorga, op.cit. en nota al pie N° 1, p.276.

CONCLUSIONES

Este trabajo pretendía ser en un primer momento la descripción de un organismo internacional, creado bajo el alero del Banco Mundial, que resuelve controversias jurídicas surgidas directamente de inversiones realizadas por nacionales de un Estado en otros Estados, en fin, sobre el CIADI como institución.

Sin embargo, a medida que me fui introduciendo en el estudio de esta materia, me di cuenta de la amplitud de la misma, por lo que acoté la investigación a la pregunta de qué requisitos son necesarios para que un inversionista extranjero pueda, si se presenta una controversia jurídica determinada, recurrir al CIADI para que este organismos resuelva dicha contienda y determine los derechos y obligaciones de las partes.

Una de las más interesantes situaciones que se presentan en este foro y que llamaron mi atención se refería a la naturaleza mixta del arbitraje o conciliación que se auspicia en su seno. Ante los árbitros se presenta por una parte un inversionista en contra de un Estado, y lo llamativo de esta contienda, es que se hace en un plano de igualdad ante un Tribunal Internacional. O por lo menos eso creía yo al comenzar la tarea.

Así fue cómo me dediqué a tratar de mostrar cuáles eran los requisitos que debía revisar un inversionista determinado para recurrir con su caso al Centro, dándome cuenta que lo primordial se basaba en la manifestación del consentimiento del Estado en someter los conflictos que surgieran en estas materias al arbitraje del CIADI. Esto es a mi juicio, luego de hacer míos los dichos de algunos de los autores citados, la piedra angular de la jurisdicción de los tribunales constituidos bajo este mecanismo. Así, el fundamento de la existencia de este foro se debe a los propios Estados que, buscando el desarrollo de sus economías, renuncian a la posibilidad de que los conflictos sobre inversiones se resuelvan ante sus cortes nacionales, por el solo hecho de que involucren una inversión extranjera.

Sorpresivamente descubrí que en razón de la sociedad mundial globalizada que vivimos, en la que contradictoriamente se conjugan aperturas comerciales interestatales y proteccionismo de los grandes bloques comerciales surgidos post guerra fría, una de las formas más comunes de manifestación del consentimiento de los Estados para someter este tipo de diferencias al Centro nace exponencialmente multiplicada, y casi sin que los Estados perciban las grandes consecuencias de sus actos, por la suscripción casi irreflexiva, como una necesidad vital para sobrevivir en la Comunidad Internacional, de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Como país somos parte de ello. Lo anterior queda de manifiesto para el Reino de España, que es demandado ante esta instancia por el Sr. Emilio Maffezini, de nacionalidad argentina, y el Tribunal Arbitral declara su jurisdicción en virtud de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida oscilante en los tratados entre Argentina - España, y Chile - España. Muchos países no vislumbran la magnitud de sus acuerdos bilaterales, y si consideramos, que "Hoy existen más de 2.000 tratados..."¹, que en el caso de Chile, todos los tratados suscritos otorgan jurisdicción al CIADI², y que la cláusula de Nación Más Favorecida se incluye en muchos de ellos, concluimos que el campo de aplicación del Convenio es gigantesco y de este modo, se cumple el objetivo principal de la creación del Centro, que es convertirse en el foro natural para los conflictos entre Estados e inversionistas en materia de inversiones.

Luego, ya habiéndose salvado el escollo del consentimiento del Estado para someter una controversia al CIADI, y en virtud de su propia naturaleza, dicha controversia que puede someterse a su decisión debe surgir directamente de una inversión, ser de naturaleza jurídica y cumplir, en fin, con los requisitos impuestos por el Convenio en razón de la materia y en razón de las personas o partes.

Mas, me he dado cuenta, con el correr de los laudos revisados, que la mayoría de los países demandados son países en vías de desarrollo, que son llevados a este foro internacional por supuestas vulneraciones de los derechos de los inversionistas extranjeros de países desarrollados, y como lo señalara anteriormente, sin la plena conciencia de lo que representa su manifestación de consentimiento. Por esta característica de los países demandados, he intuido

¹ Mayorga Lorca, R. y otros, (2004): Inversión extranjera régimen jurídico y solución de controversias. Aspectos Nacionales e Internacionales , Santiago de, Chile, Lexis Nexis, p.116..

que muchos de ellos desconocen los procedimientos y la actuación en general ante estos tribunales, llegando a cometer errores procedimentales por mera ignorancia, como ocurrió con Paraguay en el caso “Eudoro A. Olgún c. República del Paraguay”³. Sin embargo, muchos otros procedimientos se han visto concluidos con la felicitación de los árbitros a tan dedicados litigantes, lo que me revela que a medida que vaya haciéndose común esta vía de solución de conflictos, se irá afinando las actuaciones de empresas y Estados.

Un desarrollo vertiginoso ha experimentado este sistema de solución de controversias en los últimos cinco años, debido principalmente a la real solución de los conflictos que ha implicado en la práctica. Además, el conocimiento de cada caso concreto y la resolución del mismo aplicando el propio derecho interno del Estado demandando, conjugado con el derecho internacional⁴, otorga la seguridad y confianza para todos los involucrados, de que el conflicto será resuelto conforme a derecho. A mi juicio, las empresas han visto un resguardo en el CIADI de sus legítimos derechos, y por su parte, los Estados, han demostrado un apego a los resultados de los fallos, que en caso de serles adverso, de igual forma deben cumplirse; estando asegurado ese cumplimiento por los efectos positivos del consentimiento al arbitraje, que consiste en el beneficio de poder obtener a su favor un laudo arbitral que es, al mismo tiempo, una sentencia internacional obligatoria para el Estado condenado frente al Estado nacional del inversor y una sentencia interna de todos los Estados contratantes del Convenio⁵.

De los objetivos trazados al comenzar este estudio, particularmente la definición de los requisitos para que la controversia sea resuelta por el CIADI, analizados al tenor de los fallos revisados, puedo concluir que las ventajas del sistema CIADI para la solución de conflictos en materia de inversiones, para las partes involucradas, se traducen en el análisis profundo por un Tribunal Internacional especializado e imparcial, de cada uno de los elementos para otorgarle jurisdicción al Centro, los que de acuerdo a los hechos que generan el conflicto, el derecho interno del Estado receptor de la inversión y el derecho internacional, se traduce en un fallo fundado jurídicamente que reconoce o deniega la jurisdicción en los casos que corresponde.

2 Excepto el tratado suscrito con Cuba, ver p.34.

3 Analizado en p. 34.

4 Por aplicación del artículo 42 del Convenio, analizado en pp.75 y 76.

5 Ver p.15.

En relación con nuestro país, destaco la voluntad política de inserción en este mundo globalizado, asumiendo la responsabilidad de promover y proteger las inversiones de los nacionales de los Estados con los que hemos suscrito Tratados de Promoción y Protección de Inversiones. Conforme el gran número de tratados suscritos y la inclusión de cláusulas que otorgan el consentimiento al CIADI en casi todos ellos, Chile asume una postura de transparencia e intención como Estado de defender antes estrados internacionales sus actos en materia de inversiones, reconociendo y respetando nuestro propio derecho nacional y el Derecho Internacional. De la misma forma, se asegura mediante estos tratados a nuestro nacionales la certeza de reciprocidad de estos principios en las inversiones que emprendan en el exterior.

Una de las críticas que puede hacerse a nuestro país, y que dice relación con lo anterior, es que a pesar de estar dispuesto a suscribir TPPI por todas partes del orbe, Chile hasta poco tiempo atrás no contaba con un organismo o institución pública especializada que asumiera la defensa del Estado ante los Tribunales Arbitrales constituidos conforme al CIADI, situación de reciente modificación, como lo señala Mayorga, con la creación de una Unidad Especial de abogados que se dedicará a esta defensa⁶.

Por todo lo anteriormente expuesto, creo que el CIADI, como organismo de solución de controversias representa la mejor y más eficaz forma de solucionar las controversias jurídicas en materia de inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

⁶ Mayorga, op.cit. en nota al pie N° 1, p.276.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Referencias revisadas

1. Aldunate, R (1990): El mundo en Chile: la inversión extranjera, Santiago de Chile, Zig-Zag.
2. Berckholtz, P. et al. (1991): Inversión extranjera en América Latina, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi.
3. Biggs, G. (2000): El proceso hacia el arbitraje comercial internacional en Chile, Ponencias del Seminario de Arbitraje, AmCham Chile (Cámara Chileno-Norteamericana de Comercio) www.amchamchile.cl/index.htm, 23 de julio de 2001, 7:00 PM.
4. Evans de la Cuadra, E. (1999): Los derechos constitucionales, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
5. Lahera, E. (1988): La política de inversión extranjera de Chile, Santiago de Chile, ILET (Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales).
6. Silva Bascuñán, A.(2000): Tratado de derecho constitucional, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

B. Referencias consultadas

1. ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) (2001): Estatuto de la inversión extranjera en los países del hemisferio, estudio comparativo, Estados Unidos, www.alca-ftaa.iadb.org/ESP/invest/USA~1.HTM, jueves 19 de julio de 2001, 10:00 AM.
2. ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) (2001): Estatuto de la inversión extranjera en los países del hemisferio, estudio comparativo, Chile, <http://alca-ftaa.iadb.org/esp/invest/CHL~1.HTM>, jueves 19 de julio de 2001, 10:10 AM.
3. Baeza Guíñez, M. (1999): Régimen legal de inversión extranjera directa en los países seleccionados, Análisis comparativo de los regímenes legales y políticas de incentivo a la inversión extranjera minera en Argentina, Brasil, Perú y Chile, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, [tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.](#)
4. Bustos Valderrama, C. (1988): El caso Liberian Eastern Timber Corporation versus el gobierno de la República de Liberia, [Revista Estudios](#), Santiago de Chile, Sociedad chilena de Derecho Internacional.
5. CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2001): Comunicado de prensa referente al Informe anual de la CEPAL presentado en Santiago de Chile con fecha 18 de abril, 2001, www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados, lunes 23 de julio, 9:00 AM.
6. CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2001): Documentos básicos del CIADI, www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm, lunes 16 de julio de 2001, 6:30 PM.
7. CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2001): Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio, www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm, miércoles 25 de julio de 2001, 9:45 PM.

8. CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2001): Disputes Before the Centre, www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm, jueves 2 de agosto de 2001, 9:35 PM.
9. CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2001): List of Pending Cases, www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm, jueves 2 de agosto de 2001, 9:45 PM.
10. DIRECON (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores)(2001): Acuerdos comerciales y otros suscritos y en negociación con: países de América, www.direcon.cl/acuezona/index.htm, jueves 2 de Agosto de 2001, 9:00 PM.
11. DIRECON (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores)(2001): Acuerdos comerciales y otros suscritos y en negociación con: países de Europa, www.direcon.cl/acuezona/index.htm, jueves 2 de Agosto de 2001, 9:15 PM.
12. DIRECON (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores)(2001): Acuerdos comerciales y otros suscritos y en negociación con: países de Oceanía, www.direcon.cl/acuezona/index.htm, jueves 2 de Agosto de 2001, 9:20 PM.
13. DIRECON (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores)(2001): Acuerdos comerciales y otros suscritos y en negociación con: países de Asia, www.direcon.cl/acuezona/index.htm, jueves 2 de Agosto de 2001, 9:21 PM.
14. DIRECON (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores)(2001): Acuerdos comerciales y otros suscritos y en negociación con: países de África, www.direcon.cl/acuezona/index.htm, jueves 2 de Agosto de 2001, 9:22 PM.

15. DIRECON (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores)(2001): Acuerdos comerciales y otros suscritos y en negociación con: América Latina, www.direcon.cl/frama/acuerdos_intecanacionales/, martes 12 de abril de 2005, 19:00 PM.
16. EMOL (El Mercurio On Line) (2001): Insulza, J., Gobierno aseguró que temas judiciales no afectarán las relaciones con Perú, www.emol.com/noticias/detalle/detalle, lunes 6 de agosto de 2001,10:35 PM.
17. EMOL (El Mercurio On Line) (2001): Insulza, J., Estado pagará 9 millones de dólares a herederos del diario Clarín, www.emol.com/noticias/detalle/detalle, lunes 6 de agosto de 2001,10:45 PM.
18. Herrera, E. (2000): Inversión extranjera directa: un enfoque heterodoxo, Revista Diplomacia, N° 82 enero-marzo, Santiago de Chile, Academia Diplomática de Chile.
19. Instituto Libertad y Desarrollo (1995): Inversión extranjera y el NAFTA: Chile, Serie opinión económica, N° 67, Santiago de Chile, septiembre.
20. Jaramillo Cisternas, P y V. Viteri Vogel (1998): Mecanismos de solución de controversias en materia de inversión extranjera, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.
21. Mayorga Lorca, R y L. Montt D. (1994): Inversión extranjera en Chile, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
22. Mayorga Lorca, R y otros, (2004): Inversión extranjera régimen jurídico y solución de controversias. Aspectos Nacionales e Internacionales, Santiago de Chile, Lexis Nexis.
23. Pantoja Bauzá, R. (1999): Responsabilidad del Estado, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, material de clase curso Derecho Administrativo, 5° año.

24. Polanco Lazo, R. (2000): Mecanismo jurídico de solución de controversias de inversión extranjera en Chile y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, tesis para optar al grado de magister en Derecho mención Derecho Económico.
25. Ramírez Locher, M.(1998): Tratamiento tributario y arancelario en Chile a la inversión extranjera en minería, Inversión extranjera en minería: Chile y los países integrantes del NAFTA, Santiago de Chile, Universidad Central, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.
26. Rioseco Vásquez, A. (1987): El Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el derecho de protección diplomática y otros principios jurídicos internacionales, Revista Estudios, Santiago de Chile, sociedad chilena de Derecho Internacional.
27. Tressler Zamorano, F. (2000): Inversión extranjera: marco legal y tendencia actual, Revista Diplomacia, N° 82 enero-marzo, Santiago de Chile, Academia Diplomática de Chile.
28. UE (Unión Europea) (1994): El Tratado sobre la Carta de la Energía www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1994, jueves 19 de julio de 2001, 10:00 AM.
29. Valdés Prieto, D. (1992): La discriminación arbitraria en el derecho económico chileno especialmente en la legislación antimonopólica, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
30. Verdugo Marinkovic, M., E Pfeffer Urquiaga y H. Nogueira Alcalá (1997): Las igualdades, Derecho constitucional, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
31. Vives Chillida, J. (1998): El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Madrid, España, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U.

C. Fallos revisados

1. "Agencia de Banco Extranjero con Servicio de Impuestos Internos", Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley, Rol N° 374-1996, Corte Suprema, Gaceta Jurídica N° 197, 1996. (obtenido a través de datalex).
2. "Agencia de Banco Extranjero con Servicio de Impuestos Internos", Recurso de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley, Rol N° 2.038-1997, Corte Suprema, Libro de Registro de Sentencias Civiles de la Corte Suprema, Noviembre de 1998. (obtenido a través de datalex).
3. "Agencia de Banco Extranjero con Servicio de Impuestos Internos", Recurso de Casación en el Fondo, Rol N° 2.143-1997, Corte Suprema, Libro de Registro de Sentencias Civiles de la Corte Suprema, Noviembre de 1998. (obtenido a través de datalex).
4. "Carrefour con Comercial e Industrial Cabildo y Mackenna y Compañía Limitada", Recurso de Reclamación, Corte Suprema, rol 2.231-1999, Comisión Antimonopolio (obtenido a través de datalex).
5. "Carter Holt-Harvey con Comité de Inversiones Extranjeras", Recurso de Protección. Rol N° 133-1991, Corte de Apelaciones de Santiago. (obtenido a través de datalex, también en Mayorga Lorca, R y L. Montt D., Inversión extranjera en Chile.)
6. "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic", ICSID, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
7. "Comunidad Galletué con Fisco", Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 16.743. Corte Suprema. Pantoja Bauzá, R, material de clase de Derecho Administrativo)

8. "Constructora Norberto Odebrecht S.A. con Servicio de Impuestos Internos", Recurso de Casación en el Fondo, Corte Suprema, , RDJ: Tomo LXXXV, Sección I. (obtenido a través de datalex).
9. "Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain" laudo de fecha 31 de enero de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
10. "ENDESA con Ministro de Economía y del Presidente y Vicepresidente de la Comisión Nacional de Energía", Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley, Rol N° 15.952-1992, Corte Suprema RFM N° 406 septiembre 1992. (obtenido a través de datalex).
11. "Metalclad Corporation v. United Mexican States" ICSID, laudo de fecha 30 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
12. "Molina Leiva con Directorio de la Bolsa de Comercio de Santiago", Recurso de Protección, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 15.314-1990, RDJ: Tomo LXXXVII, Sección V, página 15. (obtenido a través de datalex).
13. "Pacific Chemicals Engineering Chile Limitada con Servicio de Salud de Antofagasta", Recurso de Protección, rol 6.365-1989, Corte de Apelaciones de Antofagasta, en RDJ, 1990 Tomo LXXXVII, sección V, página 37, (obtenido a través de datalex).
14. "Rol 10.062-1988", Recurso de Casación en el fondo, Corte Suprema, RFM N° 353, abril 1988. (obtenido a través de datalex).
15. "Rol 2.235-1997", Recurso de Casación en el fondo, Corte Suprema Libro de Registro de Sentencias Civiles de la Corte Suprema, enero 1999. (obtenido a través de datalex).
16. "Rol 5.937-1988", Recurso de Queja, Corte Suprema RFM N° 352, marzo 1988. (obtenido a través de datalex).

17. "Waste Management, Inc. v. United Mexican States" laudo de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
18. "Rol 2.334-1997", Recurso de Casación en el fondo, Corte Suprema, Libro de Registro de Sentencias Civiles de la Corte Suprema, enero 1998. (obtenido a través de datalex).

D. Fallos dictados por tribunales arbitrales constituidos conforme al CIADI revisados

1. "Tradex Hellas S.A. c. República de Albania", nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
2. "Tradex Hellas S.A. c. República de Albania" decisión de jurisdicción de fecha 24 de diciembre de 1996, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
3. "Tradex Hellas S.A. c. República de Albania" laudo de fecha 29 de abril de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
4. "Antoine Goetz y otros c. República de Burundi", nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
5. "Antoine Goetz y otros c. República de Burundi" laudo del tribunal de fecha 10 de febrero de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
6. "Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica", nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
7. "Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica", laudo del tribunal de fecha 17 de febrero de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

8. “Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica”, rectificación del laudo de fecha 8 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
9. "Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos", nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
10. "Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos", laudo de fecha 30 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
11. “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”, nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
12. “Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo del tribunal de fecha 1 de noviembre de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
13. "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina", laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
14. "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina", procedimiento de anulación, nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
15. "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina", procedimiento de anulación, decisión acerca de la recusación del presidente del comité, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
16. “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, nota intorductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

17. “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión respecto objeción a la jurisdicción de fecha 24 de mayo de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
18. “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia”, decisión posterior respecto una objeción a la jurisdicción parcial de fecha 1 de diciembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
19. "Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España", decisión sobre solicitud de medidas provisionales de fecha 28 de octubre de 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
20. . "Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España" decisión de jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
21. "Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España" laudo de fecha 13 de noviembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
22. "Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España" rectificación del laudo de fecha 31 de enero de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
23. “Joseph Charles Lemire c. Ucrania”, nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
24. “Joseph Charles Lemire c. Ucrania”, laudo del tribunal que contiene el convenio de acuerdo final entre las partes de fecha 18 de septiembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
25. “Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile”, nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

26. “V́ctor Pey Casado y Fundaci3n Presidente Allende c. Rep3blica de Chile”, decisi3n sobre medidas provisionales solicitadas por las partes de fecha 25 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
27. “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
28. “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo del tribunal de fecha 2 de junio de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
29. “Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos”, opini3n disidente, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
30. “Eudoro A. Olguín c. Rep3blica del Paraguay”, decisi3n del tribunal sobre excepci3n a la jurisdicci3n de fecha 8 de agosto de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
31. “Eudoro A. Olguín c. Rep3blica del Paraguay”, laudo del tribunal de fecha 26 de julio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
32. “Banro American Resources, Inc. y Soci3té Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la Rep3blica Democrática del Congo”, nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
33. “Banro American Resources, Inc. y Soci3té Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la Rep3blica Democrática del Congo”, laudo del tribunal de fecha 1 de septiembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
34. “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
35. “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, decisi3n provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales preliminares de fecha 6 de diciembre de 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

36. “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, laudo arbitral de fecha 16 de diciembre de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
37. “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, opinión disidente, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
38. “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, laudo del tribunal de fecha 25 de junio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
39. “Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia”, decisión en base a solicitud de los demandantes por rectificación y adiciones al laudo de fecha 4 de abril de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
40. “Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto”, laudo del tribunal de fecha 12 de abril de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
41. “ADF Group, Inc. c. Estados Unidos de América”, resolución procesal n° 2 concerniente al lugar de arbitraje de fecha 11 de julio de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
42. “Waste Management, Inc . c. Estados Unidos Mexicanos”, decisión del tribunal sobre la objeción preliminar de México relativa al procedimiento previo de fecha 26 de junio de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
43. “Waste Management, Inc . c. Estados Unidos Mexicanos”, decisión del tribunal sobre el lugar de arbitraje de fecha 26 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
44. “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

45. “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, laudo del Tribunal de fecha 15 de marzo de 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
46. “Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka”, opinión concurrente, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
47. “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, nota introductoria, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.
48. “Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela”, decisión sobre jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS.

PREAMBULO

Los Estados Contratantes

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

Teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones;

Reconociendo que aún cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución;

Atribuyendo particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias;

Deseando crear tales medios bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento;

Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales; y

Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;

Han acordado lo siguiente:

Capítulo I

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Sección 1

Creación y Organización

Artículo 1

(1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro).

(2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de Otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

Artículo 2

La sede del Centro será la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en lo sucesivo llamado el Banco). La sede podrá trasladarse a otro lugar por decisión del Consejo Administrativo adoptada por una mayoría de dos terceras partes de sus miembros.

Artículo 3

El Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Arbitros.

Sección 2

El Consejo Administrativo

Artículo 4

(1) El Consejo Administrativo estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes. Un suplente podrá actuar con carácter de representante en caso de ausencia del titular de una reunión o de incapacidad del mismo.

(2) Salvo en caso de designación distinta, el gobernador y el gobernador suplente del Banco nombrados por un Estado Contratante serán *ex officio* el representante y el suplente de ese Estado, respectivamente.

Artículo 5

El Presidente del Banco será *ex officio* Presidente del Consejo Administrativo (en lo sucesivo llamado el Presidente) pero sin derecho a voto. En caso de ausencia o incapacidad para actuar y en caso de vacancia del cargo de Presidente del Banco, la persona que lo sustituya en el Banco actuará como Presidente del Consejo Administrativo .

Artículo 6

(1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes:

- (a) adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro;
- (b) adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje;
- (c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje);
- (d) aprobar los arreglos con el Banco sobre la utilización de sus servicios administrativos e instalaciones;
- (e) fijar las condiciones del desempeño de las funciones del Secretario General y de los Secretarios Generales Adjuntos;
- (f) adoptar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Centro;
- (g) aprobar el informe anual de actividades del Centro.

Para la aprobación de lo dispuesto en los incisos (a), (b), (c) y (f) se requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo.

(2) El Consejo Administrativo podrá nombrar las Comisiones que considere necesarias.

(3) Además, el Consejo Administrativo ejercerá todas las facultades y realizará todas las funciones que a su juicio sean necesarias para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 7

(1) El Consejo Administrativo celebrará una reunión anual y las demás que sean acordadas por el Consejo, o convocadas por el Presidente, o por el Secretario General cuando lo soliciten a este último no menos de cinco miembros del Consejo.

(2) Cada miembro del Consejo Administrativo tendrá un voto, y salvo disposición expresa en contrario de este Convenio, todos los asuntos que se presenten ante el Consejo se decidirán por mayoría de votos emitidos.

(3) Habrá quórum en las reuniones del Consejo Administrativo cuando esté presente la mayoría de sus miembros.

(4) El Consejo Administrativo podrá establecer, por mayoría de dos tercios de sus miembros, un procedimiento mediante el cual el Presidente pueda pedir votación del Consejo sin convocar a una reunión del mismo. Sólo se considerará válida esta votación si la mayoría de los miembros del Consejo emiten el voto dentro del plazo fijado en dicho procedimiento.

Artículo 8

Los miembros del Consejo Administrativo y el Presidente desempeñarán sus funciones sin remuneración por parte del Centro.

El Secretariado**Artículo 9**

El Secretariado estará constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro.

Artículo 10

(1) El Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos serán elegidos, a propuesta del Presidente, por el Consejo Administrativo por mayoría de dos tercios de sus miembros por un período de servicio no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos. Previa consulta a los miembros del Consejo Administrativo, el Presidente presentará uno o más candidatos para cada uno de esos cargos.

(2) Los cargos de Secretario General y de Secretario General Adjunto serán incompatibles con el ejercicio de toda función política. Ni el Secretario General ni ningún Secretario General Adjunto podrán desempeñar cargo alguno o dedicarse a otra actividad, sin la aprobación del Consejo Administrativo.

(3) Durante la ausencia o incapacidad del Secretario General y durante la vacancia del cargo, el Secretario General Adjunto actuará como Secretario General. Si hubiere más de un Secretario

General Adjunto, el Consejo Administrativo determinará anticipadamente el orden en que deberán actuar como Secretario General.

Artículo 11

El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.

Sección

4

Las Listas

Artículo 12

La Lista de Conciliadores y la Lista de Arbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos.

Artículo 13

(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado.

(2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.

Artículo 14

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros.

(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.

Artículo 15

(1) La designación de los integrantes de las Listas se hará por períodos de seis años, renovables.

(2) En caso de muerte o renuncia de un miembro de cualquiera de las Listas, la autoridad que lo hubiere designado tendrá derecho a nombrar otra persona que le reemplace en sus funciones por el resto del período para el que aquél fue nombrado.

(3) Los componentes de las Listas continuarán en las mismas hasta que sus sucesores hayan sido designados.

Artículo 16

(1) Una misma persona podrá figurar en ambas Listas.

(2) Cuando alguna persona hubiere sido designada para integrar una Lista por más de un Estado Contratante o por uno o más Estados Contratantes y el Presidente, se entenderá que lo fué por la autoridad que lo designó primero; pero si una de esas autoridades es el Estado de que es nacional, se entenderá designada por dicho Estado.

(3) Todas las designaciones se notificarán al Secretario General y entrarán en vigor en la fecha en que la notificación fué recibida.

Sección

5

Financiación del Centro

Artículo 17

Si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas subscripciones de capital del Banco, y por los Estados Contratantes no miembros del Banco de acuerdo con las reglas que el Consejo Administrativo adopte.

Sección 6

Status, Inmunidades y Privilegios

Artículo 18

El Centro tendrá plena personalidad jurídica internacional. La capacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de:

- (a) contratar,
- (b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos,
- (c) comparecer en juicio.

Artículo 19

Para que el Centro pueda dar cumplimiento a sus fines, gozará, en los territorios de cada Estado Contratante, de las inmunidades y privilegios que se señalan en esta Sección.

Artículo 20

El Centro, sus bienes y derechos, gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial, salvo que renuncie a ella.

Artículo 21

El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado:

(a) gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad;

(b) cuando no sean nacionales del Estado donde ejerzan sus funciones, gozarán de las mismas inmunidades en materia de inmigración, de registro de extranjeros y de obligaciones, derivadas del servicio militar u otras prestaciones análogas, y asimismo gozarán de idénticas facilidades respecto a régimen de cambios e igual tratamiento respecto a facilidades de desplazamiento, que los Estados Contratantes concedan a los representantes, funcionarios y empleados de rango similar de otros Estados Contratantes.

Artículo 22

Las disposiciones del Artículo 21 se aplicarán a las personas que comparezcan en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio como partes, apoderados, consejeros, abogados, testigos o peritos, con excepción de las contenidas en el párrafo (b) del mismo, que se aplicarán solamente en relación con su desplazamiento hacia y desde el lugar donde los procedimientos se tramiten y con su permanencia en dicho lugar.

Artículo 23

(1) Los archivos del Centro, dondequiera que se encuentren, serán inviolables.

(2) Respecto de sus comunicaciones oficiales, el centro recibirá de cada Estado Contratante un trato no menos favorable que el acordado a otras organizaciones internacionales.

Artículo 24

(1) El Centro, su patrimonio, sus bienes y sus ingresos y las operaciones y transacciones autorizadas por este Convenio estarán exentos de toda clase de impuestos y de derechos arancelarios. El Centro quedará también exento de toda responsabilidad respecto a la recaudación o pago de tales impuestos o derechos.

(2) No estarán sujetas a impuestos las cantidades pagadas por el Centro al Presidente o a los miembros del Consejo Administrativo por razón de dietas, ni tampoco los sueldos, dietas y demás emolumentos pagados por el Centro a los funcionarios o empleados del Secretariado, salvo la facultad del Estado de gravar a sus propios nacionales.

(3) No estarán sujetas a impuestos las cantidades recibidas a título de honorarios o dietas por las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio, por razón de servicios prestados en dichos procedimientos, si la única base jurisdiccional de imposición es la ubicación del Centro, el lugar donde se desarrollen los procedimientos o el lugar de pago de los honorarios o dietas.

Capítulo II

Jurisdicción del Centro

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el

nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fué registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

Artículo 27

(1) 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.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

Capítulo III

La Conciliación

Sección

1

Solicitud de Conciliación

Artículo 28

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de conciliación, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de estas a la conciliación, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Sección 2

Constitución de la Comisión de Conciliación

Artículo 29

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 28, se procederá lo antes posible a la constitución de la Comisión de Conciliación (en lo sucesivo llamada la Comisión).

(a) La Comisión se compondrá de un conciliador único o de un número impar de conciliadores, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de conciliadores y el modo de nombrarlos, la Comisión se constituirá con tres conciliadores designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá la Comisión, de común acuerdo.

Artículo 30

Si la Comisión no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 28, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de éstas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el conciliador o los conciliadores que aún no hubieren sido designados.

Artículo 31

(1) Los conciliadores nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Conciliadores, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 30.

(2) Todo conciliador que no sea nombrado de la Lista de Conciliadores deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.

Sección 3

Procedimiento de Conciliación

Artículo 32

(1) La Comisión resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones la Comisión no es competente para oírla, se considerará por la

Comisión, la que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Artículo 33

Todo procedimiento de conciliación deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Conciliación vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la conciliación. Toda cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Conciliación o en las demás Reglas acordadas por las partes, será resuelta por la Comisión.

Artículo 34

(1) La Comisión deberá dilucidar los puntos controvertidos por las partes y esforzarse por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas. A este fin, la Comisión podrá, en cualquier estado del procedimiento y tantas veces como sea oportuno, proponer a las partes fórmulas de avenencia. Las partes colaborarán de buena fe con la Comisión al objeto de posibilitarle el cumplimiento de sus fines y prestarán a sus recomendaciones la máxima consideración.

(2) Si las partes llegaren a un acuerdo, la Comisión levantará un acta haciéndolo constar y anotando los puntos controvertidos. Si en cualquier estado del procedimiento la Comisión estima que no hay probabilidades de lograr un acuerdo entre las partes, declarará concluso el procedimiento y redactará un acta, haciendo constar que la controversia fué sometida a conciliación sin lograrse la avenencia. Si una parte no compareciere o no participare en el procedimiento, la Comisión lo hará constar así en el acta, declarando igualmente concluso el procedimiento.

Artículo 35

Salvo que las partes acuerden otra cosa, ninguna de ellas podrá invocar, en cualquier otro procedimiento, ya sea arbitral o judicial o ante cualquier otra autoridad, las consideraciones, declaraciones, admisión de hechos u ofertas de avenencia, hechas por la otra parte dentro del procedimiento de conciliación, o el informe o las recomendaciones propuestas por la Comisión.

Capítulo IV El Arbitraje

Sección 1

Solicitud de Arbitraje

Artículo 36

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del

Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Constitución del Tribunal

Artículo 37

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo llamado el Tribunal).

(2) (a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

Artículo 38

Si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 36, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de éstas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados. Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este Artículo no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia.

Artículo 39

La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal.

Artículo 40

(1) Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Arbitros, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 38.

(2) Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Arbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.

Sección 3

Facultades y Funciones del Tribunal

Artículo 41

(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el

Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Artículo 42

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

Artículo 43

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario:

- (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba;
- (b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes.

Artículo 44

Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en

la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.

Artículo 45

(1) El que una parte no comparezca en el procedimiento o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones.

(2) Si una parte dejare de comparecer o no hiciere uso de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo. Antes de dictar laudo el Tribunal, previa notificación, concederá un período de gracia a la parte que no haya comparecido o no haya hecho uso de sus derechos, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.

Artículo 46

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

Artículo 47

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

Sección 4

El Laudo

Artículo 48

(1) El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.

(2) El laudo deberá dictarse por escrito y llevará la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor.

(3) El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.

(4) Los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella.

(5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes.

Artículo 49

(1) El Secretario General procederá a la inmediata remisión a cada parte de una copia certificada del laudo. Este se entenderá dictado en la fecha en que tenga lugar dicha remisión.

(2) A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste. Los plazos establecidos en el apartado (2) del Artículo 51 y apartado (2) del Artículo 52 se computarán desde la fecha en que se dicte la decisión.

Sección 5

Aclaración, Revisión y Anulación del Laudo

Artículo 50

(1) Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General.

(2) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo. Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración.

Artículo 51

(1) Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido

desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.

(2) La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fué descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

(4) Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal decida sobre dicha petición.

Artículo 52

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algun miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en

todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Arbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Arbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

(4) Las disposiciones de los Artículos 41-45,48,49, 53,54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, *mutatis mutandis*, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.

(5) Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.

(6) Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

Sección 6

Reconocimiento y Ejecución del Laudo

Artículo 53

(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

(2) A los fines previstos en esta Sección, el término "laudo" incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50,51 o 52.

Artículo 54

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

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

(3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Artículo 55

Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

Capítulo V

Sustitución y Recusación de Conciliadores y Arbitros

Artículo 56

(1) Tan pronto que quede constituida una Comisión o un Tribunal y se inicie el procedimiento, su composición permanecerá invariable. La vacante por muerte, incapacidad o renuncia de un conciliador o árbitro será cubierta en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.

(2) Los miembros de una Comisión o un Tribunal continuarán en sus funciones aunque hayan dejado de figurar en las Listas.

(3) Si un conciliador o árbitro, nombrado por una de las partes, renuncia sin el consentimiento de la Comisión o Tribunal de que forma parte, el Presidente nombrará, de entre los que integran la correspondiente Lista, la persona que deba sustituirle.

Artículo 57

Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV.

Artículo 58

La decisión sobre la recusación de un conciliador o árbitro se adoptará por los demás miembros de la Comisión o Tribunal, según los casos, pero, si hubiere empate de votos o se tratare de recusación de un conciliador o árbitro único, o de la mayoría de los miembros de una Comisión o Tribunal, corresponderá resolver al Presidente. Si la recusación fuere estimada, el conciliador o árbitro afectado deberá ser sustituido en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.

Capítulo VI

Costas del Procedimiento

Artículo 59

Los derechos exigibles a las partes por la utilización del Centro serán fijados por el Secretario General de acuerdo con los aranceles adoptados por el Consejo Administrativo.

Artículo 60

(1) Cada Comisión o Tribunal determinará, previa consulta al Secretario General, los honorarios y gastos de sus miembros, dentro de los límites que periódicamente establezca el Consejo Administrativo.

(2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (1) de este Artículo, las partes podrán acordar anticipadamente con la Comisión o el Tribunal la fijación de los honorarios y gastos de sus miembros.

Artículo 61

(1) En el caso de procedimiento de conciliación las partes sufragarán por partes iguales los honorarios y gastos de los miembros de la Comisión así como los derechos devengados por la utilización del Centro. Cada parte soportará cualquier otro gasto en que incurra, en relación con el procedimiento.

(2) En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.

Capítulo VII

Lugar del Procedimiento

Artículo 62

Los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, en la sede del Centro.

Artículo 63

Si las partes se pusieran de acuerdo, los procedimientos de conciliación y arbitraje podrán tramitarse:

- (a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o
- (b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe, previa consulta con el Secretario General.

Capítulo VIII

Diferencias Entre Estados Contratantes

Artículo 64

Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte

en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.

Capítulo IX

Enmiendas

Artículo 65

Todo Estado Contratante podrá proponer enmiendas a este Convenio. El texto de la enmienda propuesta se comunicará al Secretario General con no menos de 90 días de antelación a la reunión del Consejo Administrativo a cuya consideración se ha de someter, y aquél la transmitirá inmediatamente a todos los miembros del Consejo Administrativo.

Artículo 66

(1) Si el Consejo Administrativo lo aprueba por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, la enmienda propuesta será circulada a todos los Estados Contratantes para su ratificación, aceptación o aprobación. Las enmiendas entrarán en vigor 30 días después de la fecha en que el depositario de este Convenio despache una comunicación a los Estados Contratantes notificándoles que todos los Estados Contratantes han ratificado, aceptado o aprobado la enmienda.

(2) Ninguna enmienda afectará los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de

dichos Estados nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

Capítulo X

Disposiciones Finales

Artículo 67

Este Convenio quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Banco. Quedará también abierto a la firma de cualquier otro Estado signatario del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al que el Consejo Administrativo, por voto de dos tercios de sus miembros, hubiere invitado a firmar el Convenio.

Artículo 68

(1) Este Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales.

(2) Este Convenio entrará en vigor 30 días después de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Entrará en vigor respecto a cada Estado que con posterioridad deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, 30 días después de la fecha de dicho depósito.

Artículo 69

Los Estados Contratantes tomarán las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones de este Convenio tengan vigencia en sus territorios.

Artículo 70

Este Convenio se aplicará a todos los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable un Estado Contratante salvo aquellos que dicho Estado excluya mediante notificación escrita dirigida al depositario de este Convenio en la fecha de su ratificación, aceptación o aprobación, o con posterioridad.

Artículo 71

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

Artículo 72

Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.

Artículo 73

Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositarán en el Banco, quien desempeñará la función de depositario de este Convenio. El depositario transmitirá copias certificadas del mismo a los Estados miembros del Banco y a cualquier otro Estado invitado a firmarlo.

Artículo 74

El depositario registrará este Convenio en el Secretariado de las Naciones Unidas de acuerdo con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y el Reglamento de la misma adoptado por la Asamblea General.

Artículo 75

El depositario notificará a todos los Estados signatarios lo siguiente:

- (a) las firmas, conforme al Artículo 67;
- (b) los depósitos de instrumentos de ratificación, aceptación y aprobación, conforme al Artículo 73;
- (c) la fecha en que este Convenio entre en vigor, conforme al Artículo 68;
- (d) las exclusiones de aplicación territorial, conforme al Artículo 70;
- (e) la fecha en que las enmiendas de este Convenio entren en vigor, conforme al Artículo 66; y
- (f) las denuncias, conforme al Artículo 71.

HECHO en Washington, en los idiomas español, francés e inglés, cuyos tres textos son igualmente auténticos, en un solo ejemplar que quedará depositado en los archivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el cual ha indicado con su firma su conformidad con el desempeño de las funciones que se le encomienden en este Convenio.