

REVISTA DE DERECHO
DE LA
UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

Año VI. N° 6 - 2002

.....

Estudios

Controversia Jurídica

Seminario

Jurisprudencia

Recensiones

Actividades

.....

EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

UN NUEVO FORO PARA EL DERECHO CHILENO

JOAQUÍN MORALES GODOY⁽¹⁾
RODRIGO POLANCO LAZO⁽²⁾

INTRODUCCIÓN

Es indudable que la inversión extranjera ha contribuido al desarrollo económico de Chile y de Latinoamérica y que la inversión chilena en el exterior es una realidad que hoy ha enfrentado diversas complicaciones en algunos países receptores de la misma, como Argentina y Perú⁽³⁾. Sin perjuicio de lo anterior, existe un limitado conocimiento sobre los posibles escenarios para la solución de controversias jurídicas entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor de sus inversiones, dentro de los cuales tiene especial relevancia el arbitraje en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en adelante CIADI.

En Chile, la actitud histórica hacia la inversión foránea ha sido más bien positiva. Desde su dictación en 1974 a la fecha, el régimen más utilizado por los extranjeros para invertir en nuestro país es el establecido en el Decreto Ley 600, Estatuto de la Inversión Extranjera⁽⁴⁾, en lo sucesivo Decreto Ley 600. Según estadísticas publicadas por el Comité de Inversiones Extranjeras⁽⁵⁾, entre 1974 al 2001, en Chile se invirtieron por esta vía alrededor de 48,5 billones de dólares.

-
- (1) Abogado de la Universidad de Chile, Master en Derecho Internacional del Washington College of Law The American University y Master en Política Económica Internacional del London School of Economics and Political Science. Profesor de Derecho Económico, Escuela de Derecho Universidad de Chile y ex Fiscal del Comité de Inversiones Extranjeras.
 - (2) Abogado y Magister en Derecho Económico de la Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Económico, Escuela de Derecho Universidad de Chile.
 - (3) Debemos recordar que a la fecha de este artículo uno de los principales titulares en la prensa chilena es el relativo a la controversia que existe entre la sociedad chilena e inversionista extranjero Luchetti S.A. y la República del Perú, por las inversiones efectuadas por esta empresa en el territorio de tal país. La referida controversia a la fecha de este artículo estaría a punto de ser sometida al trámite de registro CIADI, esto en virtud del Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones vigente entre Chile y Perú desde el año 2000.
 - (4) Actualmente contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 523 de 1996, publicado en el Diario Oficial del 16 de diciembre de ese año, el cual fijó su texto refundido, coordinado y sistematizado.
 - (5) http://www.cinver.cl/fdi_inchile/stats/2001/html/GT1_2001D.htm

Sin embargo, al hablar de inversión extranjera en Chile, no podemos olvidar la existencia de otro mecanismo de internación de capitales, como es el Capítulo XIV del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central, en lo sucesivo Capítulo XIV, a través del cual y en el mismo período antes indicado se han invertido alrededor de 5,7 billones de dólares, según estadísticas publicadas por el Comité de Inversiones Extranjeras⁽⁶⁾.

Sin perjuicio de que estas cifras, entre otros elementos, son el resultado de las garantías que el ordenamiento jurídico chileno consagra para la inversión, debemos señalar que con la llegada de la década de los noventa y como consecuencia de la mayor internacionalización de nuestra economía, Chile comenzó a negociar diversos Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones, en lo sucesivo APPIs⁽⁷⁾, y Acuerdos de Libre Comercio que dentro de sus estructuras contemplan Capítulos relativos a Inversiones⁽⁸⁾, que sin lugar a dudas fomentaron la inversión extranjera en nuestro país.

Con relación a lo anterior, no debemos olvidar que el 25 de enero de 1991 Chile suscribió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, conocido como Convenio de Washington, en adelante el Convenio, el cual luego de ser aprobado por nuestro Congreso se publicó en el Diario Oficial del 9 de enero de 1992. La importancia de este Tratado, abierto a la firma de los países miembros del Banco Mundial el 18 de marzo de 1965, radica en que crea dentro de la estructura de tal entidad el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en lo sucesivo el CIADI, y conocido en inglés como ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), cuya misión es proporcionar a los inversionistas extranjeros mecanismos de solución de controversias, tanto de arbitraje como de conciliación, los que éstos pueden accionar en contra del Estado receptor de su inversión por los daños que éste o sus organismos les hubiese causado. Lo anterior es sin perjuicio que los Estados contratantes también pueden incoar procedimientos de conciliación y/o arbitraje en contra de los inversionistas extranjeros.

(6) http://www.foreigninvestment.cl/fdi_inchile/stats/2001/html/GT6_2001d.htm

(7) También son conocidos como *Bilateral Investment Treaties* (BITs) o *Foreign Investment Protection Agreements* (FIPAs).

(8) Hoy en día están plenamente vigentes los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile con Canadá y México, encontrándose en vías de aprobación los suscritos con Centroamérica y la Unión Europea.

De esta manera, la suscripción de Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones en combinación con el hecho de que Chile es parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abre la posibilidad de que nuestro país sea parte de un proceso arbitral internacional como Estado receptor de inversiones extranjeras y que inversionistas chilenos en el exterior actúen como demandantes en procedimientos arbitrales internacionales seguidos en contra de los Estados receptores de sus inversiones.

No obstante lo anterior, en el marco del derecho internacional existe una segunda alternativa con que cuentan los inversionistas extranjeros de Estados con los cuales nuestro país ha suscrito APPIs o Capítulos sobre Inversiones y, a su vez, los inversionistas chilenos que han hecho inversiones en el territorio de tales países, y que corresponde al arbitraje internacional ad hoc de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o CNUDMI, en inglés UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), adoptadas por Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1976, cuyo detalle comentaremos en otra oportunidad, por la especial relevancia que para nuestro país reviste el CIADI.

Considerando la trascendencia de la inversión extranjera como elemento de desarrollo y teniendo presente que las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores son una realidad⁽⁹⁾, es que hemos estimado necesario plantear algunas ideas relativas al sistema arbitral CIADI. Creemos que esto es de suyo pertinente, puesto que el arbitraje internacional tiene una gran importancia en la profundización de las relaciones económicas internacionales al darles predictibilidad y seguridad jurídica a las inversiones extranjeras.

Debemos señalar que en nuestra opinión nos parece muy importante el rol que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) está cumpliendo y deberá cumplir en esta materia, más aún cuando las turbulencias económicas de la región abren una mayor posibilidad de controversias entre inversionistas y Estados receptores de las inversiones. Teniendo en consideración lo anterior, desarrollaremos en este trabajo algunos comentarios breves sobre los elementos más distintivos del CIADI con relación a los procedimientos de arbitraje.

(9) En el caso de Chile existen dos casos ya registrados en su contra en el CIADI: el primero, "Victor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende en contra de la República de Chile" (Caso CIADI N° Arb/98/2), y el segundo seguido por la "Empresa malaya MTD Equity Sdn, Bhd, y su filial chilena MTD Chile S.A.", registrado el 6 de agosto de 2001 y cuya identificación corresponde al Caso CIADI N° Arb/01/7.

I. ¿QUÉ ES EL CIADI?

El CIADI es un organismo internacional que nace a la vida jurídica como consecuencia de la celebración del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965, conocido como el Convenio de Washington, y fue producto de una estrategia del Banco Mundial para estimular las inversiones de los países desarrollados en los en vía de desarrollo, tal como consta en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Hasta la fecha, 153 Estados han suscrito el Convenio de Washington, habiendo sido ratificado por 136 de ellos⁽¹⁰⁾.

La lógica del Convenio de Washington es fomentar las inversiones extranjeras reduciendo el riesgo jurídico, al ofrecer una estructura y procedimientos independientes donde el país receptor de la inversión y el inversionista puedan debatir sobre eventuales conflictos jurídicos que emanen de las inversiones, ya sea por la vía de la conciliación o del arbitraje.

En algunas oportunidades, y antes de la creación del CIADI, se recurrió al Banco Mundial para que interviniera en conflictos entre Estados e inversionistas, lo que inclusive obligó a que el Presidente de tal entidad actuara como árbitro⁽¹¹⁾. Estas iniciativas dieron la energía y los argumentos suficientes para evaluar la necesidad de crear un referente autónomo y neutral capaz de velar por la solución de controversias entre Estados receptores que asegurara balance entre Estados e inversionistas.

El 18 de septiembre de 1962 la Junta de Gobernadores dictó la resolución número 174, la cual instruyó a los Directores Ejecutivos del Banco Mundial analizar la posibilidad de crear un referente dedicado a la solución, a través de la conciliación y/o el arbitraje, de controversias entre países receptores de inversiones e inversionistas extranjeros.

(10) La lista de estos Estados se puede encontrar en: <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>.

(11) Shihata Ibrahim: *"The World Bank in Changing World"*, editado por Franziska Tschofen y Antonio R. Parra, Londres, Martinus Nijhoff Publicaciones, 1991, pp. 289 y ss.

Esta iniciativa generó una serie de reuniones entre especialistas en materia de arbitraje e inversión de distintos países, los que se reunieron en Etiopía en 1963 y en Chile, Suiza y Tailandia en 1964. En tales reuniones, el trabajo se centró en la discusión y análisis de un modelo de Convenio generado en las instancias internas del Banco Mundial. El resultado de este trabajo se tradujo en que el 18 de marzo de 1965 los Directores Ejecutivos del Banco sometieron a la decisión de los gobiernos miembros del Banco Mundial el texto del Convenio del CIADI, el cual entró a regir el 14 de octubre de 1966.

Con relación a lo anterior debemos rescatar lo señalado por Helmut Brunner⁽¹²⁾, con relación a la reunión sobre la materia celebrada en Santiago en 1964. Al efecto, el profesor Brunner señaló que se trataba de un tema de gran interés e innovación el abrir la posibilidad de que los particulares tuvieran acceso a una instancia internacional como referente para resolver controversias jurídicas con el Estado receptor de sus inversiones aplicándose a ellas, en último término, el derecho internacional, lo que además correspondía a un ponderado equilibrio respecto de los actores en juego, por una parte, los Estados receptores de las inversiones y, por otra, los inversionistas extranjeros.

También debemos rescatar que el anteproyecto del Convenio tuvo una limitada aceptación por parte de los países de nuestra región, correspondiéndole a Chile expresar en la Reunión preparatoria de Tokio, en 1964, la oposición de los países latinoamericanos a la resolución de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial que instruyó la elaboración del proyecto a los Directores Ejecutivos del Banco. Esta negativa en bloque de los países latinoamericanos, conocido como “El No de Tokio”, se fundó básicamente en apreciaciones ideológicas y políticas y en conceptos de soberanía imperantes en esta región en tal época. Con todo, la evolución de la economía mundial y la adopción de modelos económicos fundados en el mercado incentivaron a otros países a suscribir el Convenio, siendo el turno de Chile a comienzos de los noventa. Al respecto, es paradójico notar que la mayoría de los países latinoamericanos que se manifestaron en contra de este Tratado, terminaron finalmente suscribiéndolo⁽¹³⁾.

(12) Brunner, Helmut: “*Memoria sobre la Regulación Internacional de la Inversión Extranjera en Chile 1960-1991*”, Anales del Instituto Chile. 1991. pp. 105 y ss.

(13) Aparte de Chile, así ocurrió con Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, todos hoy suscriptores del Convenio de Washington. Haití (30 de enero de 1985), Guatemala (9 de noviembre de 1995) y República Dominicana (20 de marzo de 2000) lo suscribieron en las fechas descritas, pero aún no entra en vigencia. Brasil y México no han suscrito hasta la fecha el Convenio de Washington, sin embargo este último país ha permitido indirectamente su aplicación a través del NAFTA. (<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>)

II. ¿QUÉ HACE EL CIADI?

El CIADI tiene como función principal administrar los procedimientos de arbitraje y de conciliación que se desarrollan en el marco del Convenio de Washington. Este Convenio, como ya se señaló, consagra la posibilidad de buscar la solución de controversias jurídicas en materia de inversiones por la vía de la conciliación o del arbitraje.

En materia de arbitraje al amparo del Convenio, han tenido lugar 110 procedimientos de arbitraje, de los cuales 68 ya han sido resueltos y 42 se encuentran pendientes. Cabe señalar, que 37 de estos casos tienen como Estados demandados países de América del Sur, de América Central y el Caribe y México, y 18 de éstos se han iniciado en el período comprendido entre 1997 a la fecha.

Lo anterior encuentra su fundamento en el gran número de acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones que los países de nuestra región han negociado en los últimos años, lo cual es resultado de las políticas de apertura y de atracción de capitales extranjeros. Con relación a ello y según información emanada del CIADI, de un universo de 1.100 tratados de esta naturaleza más de 800 han sido negociados desde 1987 a la fecha. Chile ha negociado más de 50 de estos acuerdos y se encuentran vigentes 33 de ellos. Debemos señalar que todos estos tratados bilaterales, con excepción del suscrito con Cuba, contemplan como opción de solución de controversias el mecanismo CIADI⁽¹⁴⁾.

El CIADI cuenta con un Consejo Administrativo integrado por un representante de cada uno de los Estados signatarios del Convenio de Washington y del cual es Presidente el Presidente del Banco Mundial. Este Consejo fija las políticas generales de funcionamiento del CIADI.

Para cumplir sus funciones el CIADI mantiene un Secretariado General con sede en Washington D.C., constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro. Tanto el Secretario General como los adjuntos son designados por el Consejo Administrativo del CIADI a proposición del Presidente del Consejo.

(14) Se hace presente que este trabajo no consideró los casos que se han originado en virtud de Capítulos sobre Inversiones contenidos en Acuerdos de Libre Comercio, como NAFTA, ni tampoco los que se han registrado de conformidad al Mecanismo Complementario del CIADI. Tal Mecanismo es el resultado de una autorización otorgada por el Consejo Administrativo del CIADI a su Secretariado para que éste pueda administrar:

- a) Procedimientos de conciliación y de arbitraje en materia de inversiones entre un Estado y un inversionista, cuando el Estado parte en el procedimiento, o bien el Estado del cual es nacional el inversionista, no es un Estado contratante del Convenio;
- b) Aquellos procedimientos de conciliación y de arbitraje para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión y en donde al menos una de las partes es un Estado contratante o un inversionista de un Estado contratante, siempre y cuando no se trate de una transacción comercial ordinaria, y
- c) Procedimientos de acreditación de hechos.

El Secretario General es el representante legal y el funcionario principal del Centro y es responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones del Convenio de Washington y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeña la función de registrador y tiene facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme al Convenio de Washington y para conferir copias certificadas de los mismos.

III. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE CIADI

Al analizar esta materia, es posible identificar a lo menos dos elementos propios y distintivos de los procedimientos arbitrales CIADI. El primero de ellos se refiere a su naturaleza consensual, lo que nos obliga a comentar la importancia que tiene el consentimiento dentro del marco del arbitraje CIADI. Un segundo elemento se refiere al alto grado de especialización en que se mueve el sistema arbitral CIADI, lo que nos obliga a examinar el tema de la jurisdicción en cuanto a las personas y la jurisdicción en cuanto a la materia.

1. EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento al arbitraje es vital para el sistema CIADI y debe ser otorgado conforme a lo dispuesto por el artículo 25 del Convenio de Washington, en forma escrita tanto por el inversionista de un Estado contratante como por el Estado parte de la controversia.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que si el Estado del cual es nacional el inversionista o el Estado parte en la diferencia no son signatarios del Convenio de Washington, no podrá iniciarse un procedimiento de arbitraje en el marco del CIADI, aun cuando ellos manifiesten expresamente su consentimiento.

Si bien el Convenio no precisa la fecha en la que se tiene que otorgar el consentimiento al arbitraje, se entiende que el consentimiento escrito de ambas partes al arbitraje debe existir al momento de presentar la solicitud de arbitraje al Centro.

La práctica internacional en la materia nos señala por una parte que el consentimiento no tiene que expresarse en un acto jurídico único y que tal consentimiento puede estar contenido en un tratado en materia de inversiones (APPI) o en un compromiso arbitral entre las partes. Aún más, también existe la posibilidad de que un Estado exprese su consentimiento a través de una norma de sus legislaciones internas⁽¹⁵⁾.

(15) Un ejemplo de esto es la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela, Decreto N° 356 del 3 de octubre de 1999.

Pero en la mayoría de los casos el consentimiento de los Estados, para someterse al arbitraje CIADI, se ha manifestado de manera previa en tratados bilaterales o multilaterales. Esta “oferta abierta de consentimiento” ha sido una de las causas del aumento del número de casos ante el CIADI.

Con todo, debemos agregar que este consentimiento dado por los Estados va normalmente ligado al cumplimiento de ciertos requisitos habilitantes, siendo los más comunes la realización de consultas amistosas antes de someter la cuestión a arbitraje y que no se haya optado por la jurisdicción doméstica del Estado receptor de la inversión (principio de opción única y definitiva de jurisdicción).

2. LA JURISDICCIÓN EN CUANTO A LAS PERSONAS

Teniendo presente que la jurisdicción del CIADI es aplicable solamente a las diferencias jurídicas que surjan directamente de una inversión realizada por un inversionista nacional de un Estado signatario del Convenio en el territorio de otro Estado signatario del Convenio, necesitamos dar una mirada a lo que el Convenio entiende por “Estado contratante” y por “nacional de otro Estado contratante”.

2.1. ESTADO CONTRATANTE

Al efecto, el Convenio en su artículo 25 N° 1 dispone que: *“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditado ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante...”*

La lectura de este artículo nos permite sostener que las diferencias sólo pueden existir respecto del Estado contratante, el cual sería el único que podría ser parte en un arbitraje CIADI. Esta conclusión general tiene una excepción en el mismo artículo y ella se verifica cuando el propio Estado contratante acredite ante el CIADI una subdivisión política u organismo público, las cuales en este caso podrían por sí misma ser parte de un procedimiento arbitral CIADI.

Con todo, el Convenio en su artículo 25 N° 3 establece que el consentimiento dado por una subdivisión política o un organismo público debe ser aprobado por el Estado contratante, salvo que éste haya notificado expresamente al CIADI que tal aprobación no es necesaria.

2.2. NACIONAL DE UN ESTADO CONTRATANTE

El Convenio distingue entre los nacionales de un Estado contratante según su calidad de persona natural o jurídica, estableciendo requisitos diferentes para cada uno de ellos.

2.2.1. PERSONA NATURAL

Reconociendo la capacidad inversora de las personas naturales, el Convenio las habilita para someter diferencias con un Estado en el seno del CIADI, pero para ello establece ciertos requisitos en su artículo 25 N° 2 letra a):

- i) Tanto a la fecha en que las partes consintieron al arbitraje CIADI, como al momento de la fecha del registro de la solicitud de arbitraje, la persona natural debe tener la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia; y
- ii) Esta persona natural no puede tener también la nacionalidad del Estado parte en la diferencia en ninguna de las dos fechas antes mencionadas.

Lo anterior nos plantea de inmediato una limitante para el inversionista persona natural que tiene la nacionalidad de un Estado contratante y la del Estado parte en la diferencia en cualquiera de las dos fechas señaladas, la que le impide iniciar un arbitraje CIADI en contra del Estado receptor de su inversión. Esto fundamentalmente busca evitar complejos cuestionamientos jurídicos relativos a doble nacionalidad y evita la posibilidad de que nacionales de un Estado contratante por la vía del “fraude a la ley” logren acceder a la jurisdicción CIADI “escapando” de la jurisdicción nacional.

Con relación a lo anterior, son 13 los casos iniciados por personas naturales ante el CIADI, y en dos de ellos los Estados partes han objetado la jurisdicción del CIADI argumentando el incumplimiento de los requisitos antes citados⁽¹⁶⁾.

2.2.2. PERSONA JURÍDICA

En el artículo 25 N° 2 literal b) del Convenio se regula la situación de las personas jurídicas. Al respecto, el Convenio establece primeramente que cualquier persona jurídica nacional de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia y que tenga tal calidad hasta la fecha del consentimiento de las partes, podrá presentar una solicitud de arbitraje.

(16) Uno de estos casos corresponde al arbitraje seguido por Víctor Pey Casado en contra del Estado de Chile, conocido como el “Caso Clarín”. En tal arbitraje el Estado de Chile, entre otros aspectos, ha alegado la falta de competencia del Tribunal Arbitral atendido a que Pey Casado tuvo, tiene y ha tenido en todas las fechas exigidas por el CIADI la nacionalidad chilena.

Sobre esta materia, el Convenio no establece criterio alguno para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas, pero sin perjuicio de ello dos han sido los caminos considerados más convenientes por la jurisprudencia para su determinación. Por una parte, se ha estado por el criterio del lugar de constitución de la persona jurídica y, por otra, por el criterio del lugar del domicilio principal de la persona jurídica⁽¹⁷⁾.

El segundo supuesto establecido en esta materia guarda relación con aquella persona jurídica que, siendo nacional del Estado parte en la diferencia en la fecha del consentimiento de las partes al arbitraje, las partes hayan acordado conferirle el carácter de nacional de un Estado contratante distinto del Estado parte para los fines del Convenio por estar sometida a control extranjero⁽¹⁸⁾.

Esta situación no es más que una confirmación de la realidad económica de la inversión extranjera, puesto que en muchas oportunidades los inversionistas extranjeros son controladores de casi la totalidad de las empresas receptoras y en algunas oportunidades la legislación del Estado receptor de la inversión exige la creación de una persona jurídica nacional que sea receptora y vehículo de la inversión.

Cabe señalar que con relación a la expresión “...por estar sometidas a control extranjero”, el Convenio no hace ninguna distinción, y sin perjuicio de que en algunos arbitrajes se haya analizado el tema⁽¹⁹⁾ queda entregado a las partes determinar qué se entiende por tal control. Respecto de lo anterior, distinguidos autores en la materia, como el profesor Christoph Schreuer, han sostenido que el alcance que las partes deseen dar a la noción de control debe ser razonable por ser un concepto objetivo y que la definición que se adopte no puede ir en contra de los propósitos del Convenio⁽²⁰⁾.

(17) Para profundizar en este tema, véase “**Amco Asia Corporation y otros con República de Indonesia**”, Caso CIADI N° Arb/81/1. ICSID Reports, Vol. 1, p. 398.

(18) Este es el caso que permite a la empresa chilena MTD Chile S.A. ser parte en el procedimiento arbitral que ella y su matriz malasia siguen en el CIADI en contra del Estado de Chile. Al efecto, en el APPI que celebraron Chile y Malasia, en vigencia desde el 4 de agosto de 1995, se establece la posibilidad que una empresa nacional del Estado parte de la diferencia sometida a arbitraje podrá ser requirente de un procedimiento de arbitraje, si ella es controlada mayoritariamente por capitales del otro Estado contratante. Al respecto, el artículo 6 N° 2 del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones, suscrito entre ambos países, establece que: “Una compañía constituida o creada en virtud de la ley vigente en el territorio de una Parte Contratante y en la cual, antes de surgir aquella controversia, la mayoría de las acciones son de propiedad de los inversionistas de la otra Parte Contratante, será tratada para los efectos de la Convención como una compañía de la otra Parte Contratante, en conformidad con el artículo 25 N° 2 letra b) de la Convención.”

(19) Véase “**Vacuum Salt Products Limited con la República de Ghana**”. ICSID Reports, Vol. 2.

(20) Véase Schreuer, Christoph: “*Commentary on the ICSID Convention, Article 25*”, ICSID Review. Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, N° 1, 1997, pp. 113-117.

3. LA JURISDICCIÓN EN CUANTO A LA MATERIA

Respecto de la jurisdicción en cuanto a la materia, el Convenio trata dos temas relevantes. El primero dice relación con el hecho que el CIADI sólo puede conocer de diferencias de naturaleza jurídica y el segundo se refiere al hecho que esta diferencia jurídica debe surgir directamente de una inversión.

Respecto a lo anterior, debemos señalar que el principal problema que se plantea en esta materia surge del hecho que el Convenio no precisa ni define qué se entiende por “diferencia de naturaleza jurídica” y tampoco lo hace respecto de qué es “inversión”.

Ante tales carencias debemos señalar que en la historia del Convenio hay constancia que durante sus trabajos preparatorios se remarcó el hecho que las diferencias a ser sometidas al CIADI debían ser las jurídicas y que debían excluirse las meramente políticas o comerciales, y que se entendía que las diferencias jurídicas requerían de la existencia de un derecho o una obligación jurídica⁽²¹⁾.

Sobre la ausencia de una definición del término inversión, durante los trabajos preparatorios del Convenio surgieron opiniones a favor de definir dicho término, primando el criterio en contrario la opinión de Aron Broches, consejero jurídico del Banco Mundial y presidente durante las reuniones de discusión del proyecto, esto con el propósito de darle la mayor flexibilidad posible al término de inversión.

Respecto de esta materia, debemos indicar que el Convenio en su artículo 25 N° 4 otorga a los Estados contratantes la facultad de comunicar al CIADI cuáles diferencias aceptarían someter a su jurisdicción, la cual fue el resultado de las opiniones expresadas por ciertos Estados de que la adhesión al Convenio podría malinterpretarse y crear expectativas de que los Estados contratantes considerarían favorablemente todas las solicitudes de los inversionistas orientadas a someter diferencias a la jurisdicción del Centro. Con relación a esto, no podemos olvidar que siempre es necesario el consentimiento escrito del Estado para someter una diferencia a un procedimiento de arbitraje o conciliación.

Respecto de esto y teniendo presente que el hecho de que un Estado informe qué tipo de diferencias estaría dispuesto a someter al CIADI y cuáles no, es independiente del consentimiento de dicho Estado al arbitraje, permite la posibilidad que diferencias excluidas por un Estado contratante puedan ser objeto de arbitraje por haber este Estado consentido al arbitraje en un contrato o en un APPI, en las cuales no haya excluido tales tipos de diferencias.

(21) Véase ICSID, History of the ICSID Convention, Washington D.C., ICSID, 1968-1970, Vol. N° 1, pp. 54 y 83.

IV. ALGUNOS ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL ARBITRAJE CIADI

1. REGISTRO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

Somos de la opinión que una de las características más singulares del arbitraje del CIADI con relación a otros arbitrajes comerciales, radica en el alto grado de autonomía e independencia que tiene este procedimiento arbitral.

Al surgir de un Convenio Internacional, el arbitraje CIADI goza de tal carácter y además de autonomía respecto del derecho nacional, la cual inclusive se refleja en materia de reconocimiento del laudo. Así, las Reglas de Arbitraje CIADI no están sujetas a control alguno por parte de tribunales nacionales de algún Estado y tal vez los únicos controles son aquellos que establece el Convenio.

Un mecanismo de control se encuentra en el N° 3 del artículo 36 del Convenio, el cual establece que solicitado el registro de una solicitud de arbitraje, el Secretario General del CIADI procederá a ello, salvo que de la información contenida en la solicitud de registro se concluya que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI.

En virtud de lo anterior, la solicitud de arbitraje debe contener toda la información necesaria que permita al Secretario General concluir que la diferencia cae dentro de la jurisdicción del CIADI.

Entre los elementos que debe contener la solicitud de registro, cabe destacar: que la figura en cuestión sea una inversión conforme al Convenio; que la diferencia tenga el carácter de jurídica y que surja directamente de la inversión; que el inversionista sea nacional de un Estado signatario del Convenio; que se indique y acredite que la contraparte es un Estado contratante; y que se compruebe donde consta el consentimiento de las partes al arbitraje.

Si la fuente del consentimiento se encuentra en un APPI o en una ley sobre inversiones, la solicitud de registro deberá contener información y documentación suficiente para concluir que tal consentimiento cubre la diferencia en cuestión. Adicionalmente, y si es necesario, el solicitante deberá acreditar el cumplimiento de requisitos habilitantes, como el de haber cumplido el trámite de consultas amistosas.

Como se indicó, el Secretario General del CIADI puede denegar el registro de una solicitud si considera, con base en la información presentada por el solicitante, que ésta cae manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.

Esta capacidad de escrutinio del Secretario General del CIADI tiene como propósito evitar que solicitantes frívolos intenten arbitrajes en contra de Estados Soberanos cuando es evidente que no se cumplen con los presupuestos del Convenio.

Este control del Secretario General provee de algún grado de seguridad jurídica a los participantes del sistema del CIADI. Con esta facultad del Secretario General al menos se garantiza que el Secretariado hará un primer examen de las solicitudes de arbitraje, y evitará así el inicio de un procedimiento que resultaría extremadamente oneroso y que evidentemente afecta la imagen del Estado contratante parte del arbitraje.

Es importante señalar que si la diferencia no está manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI, el Secretario General la registrará, lo cual no es obstáculo para interponer dentro del procedimiento arbitral excepciones a la jurisdicción del CIADI a la competencia del tribunal que cualquiera de las partes estime pertinente presentar.

2. FORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Otra característica propia del arbitraje CIADI es la manera como se forma el Tribunal Arbitral, el que como regla general se constituye mediante acuerdo de las partes.

En el caso de existir acuerdo previo, por ejemplo a través de un APPI, respecto al número de árbitros y al método de constitución del tribunal, esta situación deberá ser comunicada al CIADI.

Si ningún acuerdo previo existe entre las partes, el tribunal arbitral se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.

La Regla 2, de las Reglas de Arbitraje establecidas por el CIADI⁽²²⁾, dispone un procedimiento a seguir a falta de acuerdo previo de las partes, señalando que si no existe acuerdo luego de transcurridos 60 días a partir de la fecha de registro de la solicitud, se podrá aplicar, a solicitud de parte, el mecanismo establecido en la letra b) del N° 2 del artículo 37 del Convenio. Tal norma señala que si las partes no llegan a un acuerdo sobre el número de árbitros y el método para el nombramiento de los mismos, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros: uno nombrado por cada parte y el tercero, que presidirá el tribunal, nombrado de común acuerdo.

(22) <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/63.htm>

Por otra parte, en el artículo 38 del Convenio se precisa que si transcurridos noventa días a partir de la notificación del acto de registro de la solicitud no se ha constituido el tribunal, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, a petición de cualquiera de las partes, podrá nombrar el o los árbitros que faltaren.

Otra característica relevante del arbitraje CIADI es aquella referida al hecho que el propio tribunal arbitral es el llamado a resolver sobre su propia competencia, lo que se encuentra establecido en el N° 1 del artículo 41 del Convenio. De acuerdo con él, toda excepción a la competencia del tribunal deberá ser considerada por el mismo y éste decidirá si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

En la práctica, en varios arbitrajes CIADI, el tribunal ha resuelto las excepciones a la jurisdicción de manera previa⁽²³⁾. En otras ocasiones los tribunales han decidido unir las excepciones al fondo de la cuestión⁽²⁴⁾.

Se han verificado casos en que las excepciones a la competencia se presentan antes de que se constituya el tribunal, o antes de la primera sesión del tribunal con las partes⁽²⁵⁾, lo que permite al tribunal respectivo fijar, después de consultar con las partes, un calendario para la presentación de escritos. Con todo, se debe tener presente que la Regla 41 del Reglamento de Arbitrajes dispone que las excepciones a la competencia se deberían interponer lo antes posible, pero en todo caso a más tardar antes del vencimiento del plazo para la presentación del memorial de contestación. Dicha regla precisa que si se tratare de una excepción que se refiere a una demanda subordinada, la excepción deberá de presentarse a más tardar al momento de la réplica.

3. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA ESTÁ VEDADA

Otra característica relevante del arbitraje es la prohibición de conceder Protección Diplomática en los términos del artículo 27 del Convenio. Al efecto, y considerando que uno de los propósitos del Convenio es despolitizar las diferencias en materia de inversiones, se prohíbe esta protección y se neutraliza el riesgo de que algún Estado actúe en defensa de los intereses de sus nacionales en contra de otros Estados.

(23) Véase caso “**Waste Management Inc. con Estados Unidos de América**”, Caso CIADI N° Arb/AF/98/2.

(24) Esto último ocurrió este año en el caso “**Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende en contra de la República de Chile**” (Caso CIADI N° Arb/98/2).

(25) Así ocurrió en el caso “**Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende en contra de la República de Chile**” (Caso CIADI N° Arb/98/2), donde el Estado de Chile alegó la falta de jurisdicción y competencia inclusive durante la época de registro de la solicitud de arbitraje.

Lo anterior otorga la seguridad jurídica necesaria al Estado parte en la diferencia de que no sería objeto de reclamaciones paralelas, una por el Estado del cual es nacional el inversionista y otra por el inversionista.

Con todo, debemos destacar que esta prohibición queda sin efecto si existe un incumplimiento por parte del Estado parte en la diferencia de un laudo dictado por un tribunal.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el Convenio conociendo la efectividad de los canales diplomáticos dispuso la posibilidad de que se llevaran a cabo gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

4. AUTONOMÍA DEL LAUDO ARBITRAL

Otra característica distintiva del arbitraje CIADI corresponde a la alta autonomía que tienen los laudos dictados en estos procedimientos. De acuerdo con el artículo 53 del Convenio, el laudo es obligatorio y no puede ser objeto de recurso alguno, salvo los previstos en el Convenio.

Lo anterior nos permite sostener que un laudo dictado en un arbitraje CIADI no puede ser anulado ni revisado. Más aún, conforme al Convenio, un laudo arbitral CIADI no requiere del exequátur para su cumplimiento, puesto que todo Estado contratante debe reconocer el carácter obligatorio del laudo y ejecutar las obligaciones pecuniarias impuestas por él tal como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional.

Esta característica constituye una de las grandes innovaciones del CIADI, y hasta ahora ninguna institución de arbitraje en materia de inversiones tiene una condición similar.

Así, para el cumplimiento del laudo, bastaría presentar una copia certificada por el Secretario General del CIADI ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designada por el Estado respectivo para que el procedimiento de ejecución del mismo se inicie conforme a lo previsto en la legislación local.

El artículo 53 del Convenio establece que el laudo admite sólo los recursos que el mismo Convenio establece, los que son: rectificación o requerimiento de decisión complementaria, aclaración, revisión y anulación.

De conformidad acuerdo con el N° 2 del artículo 49 del Convenio, las partes tienen el derecho de presentar un requerimiento dentro de los 45 días después de la notificación del laudo, solicitando la resolución de un punto que se haya omitido o la rectificación de errores materiales, aritméticos o similares contenidos en el laudo, correspondiéndole al tribunal, previa notificación a la otra parte, decidir a este respecto.

Cuando existiese una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de las partes podrá, mediante escrito dirigido al Secretario General, solicitar que se aclare el sentido del mismo. El Secretario General buscará que el mismo tribunal que dictó el laudo aclare el alcance de éste y de no ser posible se constituirá un nuevo tribunal para tal efecto.

El recurso de revisión tiene por objeto otorgar a cualquiera de las partes la posibilidad de solicitar la revisión del laudo cuando se descubra un hecho que pueda influir en la conclusión del mismo, y del cual ni la parte que solicita la revisión ni el tribunal tenían conocimiento.

Con relación a la interposición de este recurso, el Convenio establece dos plazos perentorios. Por una parte, éste deberá ser interpuesto dentro de los noventa días siguientes a los que se tuvo conocimiento del hecho y, por la otra parte, éste sólo puede interponerse dentro de los tres años siguientes a que se dictó el laudo.

Por otra parte, el Convenio indica que de ser posible conocerá del recurso el mismo tribunal que dictó el laudo y que éste podrá suspender la ejecución del laudo si las circunstancias lo exigen. Si la parte que interpuso el recurso solicita la suspensión de la ejecución del laudo, la ejecución se suspenderá hasta en tanto el tribunal decida lo conducente.

El último recurso que establece el Convenio es el de la anulación del laudo. El Convenio establece taxativamente las causales por las que una parte puede interponer un recurso de anulación, éstas son:

- 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 algún miembro del tribunal;
- d) Que hubiere quebrantamiento grave de una norma del procedimiento; o
- e) Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

El Convenio, mediante el establecimiento de recursos bien definidos en contra del laudo y garantizando que será un comité ad hoc de tres miembros, nombrados por el Presidente del Consejo Administrativo de la lista de árbitros del Centro, quien decidirá la anulación, otorga seguridad jurídica a las partes e independencia de cualquier sistema judicial nacional. No obstante ello, dicho recurso no ha estado exento de críticas, especialmente respecto de la posibilidad de interponer anulaciones sucesivas sin ninguna restricción⁽²⁶⁾.

(26) Al respecto véase Vives, Julio: *“El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”*, Editorial Mc Graw Hill, 1998, pp. 199-228.

V. CONCLUSIÓN

La integración económica a través de las inversiones extranjeras y la amplia red de Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones que existe hoy en el mundo, abre un universo de potenciales casos para el CIADI; y no cabe duda que este foro, del cual hemos descrito algunos elementos, se convertirá en el futuro próximo en un referente conocido para los abogados chilenos.

La complejidad y especialización del arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones nos demanda una ardua tarea de entendimiento y estudio futuro, puesto que es indudable que Chile como Estado receptor de inversiones o como país inversionista en el exterior tendrá paulatinamente más causas radicadas en el seno de la institucionalidad CIADI.

Frente a esta realidad, consideramos de especial importancia que exista un conocimiento general de esta materia no sólo en el ámbito jurídico, sino también entre empresarios y autoridades de gobierno, ya que, tal como hemos señalado, las consecuencias del arbitraje ante el CIADI tienen la importancia suficiente para ameritar una mayor difusión en nuestro país.