

Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones.

Presentado por Omar E. García-Bolivar *

I. Origen del Derecho Internacional de Inversiones.

El Derecho Internacional de Inversiones consiste en un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión. El desiderátum de ese Derecho ha sido que mediante la protección internacional a la inversión, los inversionistas se sentirían más seguros y en consecuencia atraídos a realizar inversiones en los Estados que se obligaran por esas reglas.

Buena parte de ese Derecho se encuentra consagrado en los Tratados Bilaterales de Inversiones – TBIs o BITs por sus siglas en inglés– y los tratados multilaterales que abordan el tema inversión, ya sea como parte de un tratado de comercio, de manera regional o como uno de los aspectos críticos de inversiones extranjeras, tales como el de las garantías contra riesgo no comercial o el que crea un centro para solución de disputas de inversiones.

Los TBIs y los otros tratados donde se consagra el Derecho Internacional de Inversiones han sido producto de acuerdo de voluntad de los Estados, donde unos interesados en proteger el capital de sus nacionales han aceptado y logrado que los otros—los interesados en financiar su desarrollo— acepten reglas que benefician a quienes no han sido parte de esos acuerdos: los inversionistas extranjeros.

Para el inversionista el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras consiste en un mecanismo de protección, no solo con la inclusión de estándares específicos de protección en contra ciertas acciones del Estado, sino con la inclusión de la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales.

Para el Estado, por el otro lado el Derecho Internacional de Inversiones consiste en un mecanismo de promoción de inversiones, donde el *leit motiv*, ha sido la atracción de capitales con miras a fomentar el desarrollo económico—y yo agregaría social—del país.

Esto tiene su historia.

Cuando se trata de desarrollar o promover la inversión extranjera, los intereses de los inversionistas y los Estados receptores son diferentes. Para el inversionista, la inversión es una forma de maximizar ganancias, expandir mercados, consolidar alianzas estratégicas, desarrollar etapas del proceso productivo o cualquier otra de índole empresarial. Para el Estado receptor la inversión es una especie dentro de un género, el de fondos útiles para financiar el desarrollo. En ese género estarían también la renta sea de recursos naturales o de tributos, los créditos y la ayuda internacional. En otras palabras, para el Estado receptor de la inversión, la inversión extranjera no es más que un mecanismo de financiamiento del desarrollo, i.e., crecimiento económico, obtener tecnología de avanzada, activar el aparato productivo, crear empleos, disminuir la pobreza, entre otros.

Esa diferencia de intereses ha sido históricamente una fuente de disputas para las cuales se han empleado diferentes instrumentos legales, algunos a nivel de doctrinas o teorías, otros a nivel de textos legales. Así, por ejemplo, los Estados han usado instrumentos como la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados postulada por las Naciones Unidas¹ y la doctrina Calvo según la cual los inversionistas extranjeros no tienen derecho a someter disputas con los Estados anfitriones a instancias internacionales, sino que se deben sujetar a los tribunales locales. Los inversionistas han usado doctrinas tales como la de Responsabilidad de los Estados por Lesiones a los Extranjeros, y fórmulas de compensación total y a valor de mercado en casos de expropiaciones directas o indirectas.

Hasta 1959, las relaciones entre los inversionistas extranjeros se regían única y exclusivamente por el Derecho Internacional Público, donde ante algún maltrato al inversionista extranjero por parte del Estado anfitrión, el inversionista tenía dos opciones. La primera, demandar al Estado ante los tribunales locales. Ante esa opción el argumento ha sido, entre otros, que la protección otorgada por el Derecho local no es suficiente. El Estado, en ejercicio de su soberanía, podría modificar o eliminar esa protección sin mayor limitación.

La segunda opción disponible al inversionista extranjero era solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática, por lo cual el Estado de nacionalidad y el anfitrión podían negociar y eventualmente encontrarse como partes de una acción ante la Corte Internacional de Justicia o su antecesora la Corte Permanente Internacional de Justicia.

Pero en 1959 se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán. Ese tratado era una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación y aunque no contenía muchas de las protecciones que hoy día se observan en los tratados en cuestión, creó el paradigma de lo que después se convertiría en un sistema integrado de protección al inversionista y a la inversión extranjera. Hoy día existen más de 2800 tratados de esa naturaleza, más capítulos de inversiones en tratados de libre comercio, siendo que la mayoría

¹ *Abogado "Cum laude" Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela 1987, Estudios de post-gradado en Ciencia Política Universidad Simón Bolívar, Caracas, Venezuela 1989, Maestría en Leyes de Southern Methodist University, Dallas, Texas 1992, M.Phil y estudios de Ph.D en Leyes e Inversiones Extranjeras, University of Edinburgh, Reino Unido 1997 como becario "chevening". Ha sido profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, Universidad Central de Venezuela e Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas, Venezuela. Ha dictado charlas en Georgetown University Law School, The George Washington University, American University, Harvard University, the Washington D.C. Bar y the Interamerican Bar Association, Washington University en Saint Luis Missouri, University of Edinburgh y University of Oslo. Es abogado admitido en Venezuela, Nueva Cork, Washington, D.C. y la Corte de Comercio Internacional de los Estados Unidos de América. Actualmente se desempeña como consultor internacional en políticas públicas y árbitro internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones (CIADI) y la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI). Está incluido en la lista de árbitros de la Cámara de Comercio Internacional. Es Presidente de BG Consulting Inc, una firma consultora basada en Washington, D.C. especializada en asesorar a países en políticas de desarrollo, a inversionistas en desarrollo de negocios y a ambos en arreglos de disputas de inversiones. Es editor asociado de Transnacional Dispute Management. Miembro del Consejo Editorial de Law and Business Review of the Americas. Miembro profesional del Law Institute of the Americas, Dallas, Texas. Jefe del comité de Asuntos Interamericanos del Colegio de Abogados de Washington, D.C. Incluido en la lista Marquis Who's Who in American Law, 2005. Las opiniones expresadas aquí son personales y no comprometen a ninguna de las organizaciones con las cuales está afiliado. Se le puede escribir a: omargarcia@bg-consulting.com

de estos tratados están suscritos entre países desarrollados y países en desarrollo o entre países en desarrollo, con pocos tratados suscritos entre países desarrollados.

Paralelamente y bajo los auspicios del Banco Mundial, se suscribió en el año 1966 la Convención que creó el Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones –en lo sucesivo CIADI o Centro y la Convención, también conocida como la Convención de Washington–² el cual cumplidas ciertas condiciones puede dilucidar las disputas legales de inversiones que se susciten entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión.

De ésta manera surgió un mecanismo para solucionar disputas entre un Estado contratante a la Convención y un inversionista de otro Estado contratante, mediante conciliación o arbitraje. Ese mecanismo permaneció silente por décadas, hasta que en los años 90 comenzó a ser utilizado por los inversionistas. A partir de esos años se comenzaron a presentar en promedio cerca de 2 casos por año, hasta la fecha donde se presentan hasta 6 casos por mes.

Una de las razones que motivó el surgimiento de los TBI en donde se extendía la protección a los inversionistas extranjeros a distintos supuestos de hecho y se les daba la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral internacional, fue el resultado del caso *Barcelona Traction* ventilado por ante la Corte Internacional de Justicia.

En *Barcelona Traction*³ una compañía registrada en Canadá pero cuyas acciones eran propiedad de ciudadanos Belgas había sido expropiada por el Reino de España. Bélgica otorgó protección diplomática a sus ciudadanos y demandó a España por ante la Corte Internacional de Justicia.

La Corte indicó que el Derecho Internacional reconoce la existencia de la entidad corporativa como un asunto del Derecho local ocasionado por la realidad económica y determinó que Bélgica no podía proteger a una compañía en una acción en contra de España ante la Corte. La decisión se basó en que bajo el Derecho Internacional consuetudinario, una compañía puede reclamar la protección del Estado en el cual está registrada pero no la protección del Estado del cual los accionistas son ciudadanos. Sin embargo, en ese caso, Canadá rechazó otorgar protección diplomática porque para ellos no era suficiente el registro de la compañía en Canadá, sino que además se hacía necesario que la compañía hubiera generado un beneficio económico sustancial o que la compañía hubiera tenido algún interés económico de carácter sustancial.

El remedio encontrado para evitar que decisiones similares a *Barcelona Traction* evitaran la protección internacional a la subsidiaria de un inversionista extranjera, fue incluir disposiciones expresas en los TBI según las cuales las subsidiarias de un inversionista extranjero tendrían la nacionalidad del inversionista extranjero, independientemente del lugar de registro de la subsidiaria e incluso si ésta se hubiera registrado en el Estado anfitrión.

II. Disputas de inversiones.

² Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones (CIADI). 10 Sept. 1964, 1 U.S.T. 1270, 4 I.L.M. 524. Revisado el 17 de marzo de 2006, <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partA.htm>

³ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited – Bélgica c. España–*, 1970 I.C.J. 3, Decisión de 5 de Febrero de 1970.

Para el inversionista la herramienta legal que protege su interés es el derecho de propiedad, en virtud de lo cual puede usar, disfrutar y disponer de la inversión y debe ser compensado por cualquier limitación ilegítima a esas facultades. Para el Estado anfitrión la herramienta legal que protege su interés es el ejercicio de la soberanía, en virtud de lo cual puede tomar dentro de su territorio las medidas que considere apropiadas para la consecución de los fines públicos que estime conveniente.

En un momento histórico del proceso de inversión extranjera, los intereses asimétricos de las partes involucradas pueden convivir o divergir. Cuando ocurre lo segundo entre el inversionista y el Estado anfitrión surge una disputa. En circunstancias normales, esa disputa ha de ser resuelta según las leyes y los mecanismos del Estado anfitrión. Pero justamente ante el surgimiento del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras y la consagración del arbitraje de inversionistas extranjeros en contra de Estados, ha surgido todo un sistema de solución de controversias de inversiones extranjeras que cuenta con principios propios, expresamente indicados en la Convención CIADI o en los TBIs, o desarrollados jurisprudencial y doctrinariamente, entre los cuales destacan los siguientes:

El arbitraje de inversiones es respecto a disputas legales de inversiones.

El arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo de solución de controversias legales relativas a inversiones entre el Estado anfitrión y un inversionista de otra nacionalidad. Esto supone que este arbitraje es para disputas solo de naturaleza legal, vale decir sobre derechos e intereses y no para disputas de naturaleza técnica, como puede ocurrir por ejemplo, en materia de la construcción sobre disputas relativas a las dimensiones de una tubería. Igualmente, el arbitraje debe ser estrictamente sobre materia de inversiones, y no sobre temas de comercio. Y la disputa debe ser entre un Estado y un extranjero, no entre un Estado y sus nacionales.

El arbitraje de inversiones ante CIADI está sujeto a ciertas condiciones.

El arbitraje internacional de inversiones ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones (CIADI) requiere que el Estado parte y el Estado de la nacionalidad del inversionista sean parte de la Convención de CIADI, y que ambas partes hayan otorgado su consentimiento a resolver la disputa por ante ese centro. Sin embargo, CIADI dispone del mecanismo complementario de resolución de disputas de inversiones, mediante el cual existe la posibilidad que si uno de los dos Estados no es parte de la Convención, más no los dos, y las partes en conflicto han otorgado el consentimiento arbitral, entonces pueden acceder a resolver la disputa ante ese mecanismo de CIADI.

Hay otros tipos de arbitrajes de inversiones.

La resolución de disputas de inversiones planteadas ante otros centros arbitrales o planteadas a través de arbitrajes ad-hoc solo requiere del consentimiento de las partes. Así sucede con disputas legales de inversiones entre Estados anfitriones e inversionistas planteadas por ante la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (CII o ICC por sus siglas en inglés), la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA por sus siglas en inglés), y el arbitraje ad-hoc entre inversionistas y Estados según las reglas del Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés).

El arbitraje de inversión está sujeto a una legislación específica.

La resolución de controversias mediante arbitraje en CIADI requiere que el tribunal arbitral se ciña a lo indicado por la Convención CIADI, a lo expresado por las partes en su consentimiento arbitral y a la legislación aplicable a la controversia. Con frecuencia, si la disputa versa sobre una violación de normas de Derecho Internacional, tales como las que recogen los TBIs, el tribunal aplicará las disposiciones del tratado relevante al caso. Pero es posible que la disputa de

inversiones extranjeras verse sobre el incumplimiento de algún contrato entre inversionista y Estado, en cuyo caso el tribunal habrá de considerar las disposiciones contractuales y las disposiciones de la legislación a la cual está sujeto el contrato en cuestión.⁴

El objetivo de la Convención CIADI.

La Convención CIADI establece que la finalidad del centro es servir de mecanismo de resolución de disputas entre Estados soberanos e inversionistas extranjeros, con miras a crear un incentivo positivo para la atracción de inversiones extranjeras, a la par que se propende al desarrollo económico de los países signatarios. De esta manera, el Informe de los Directores Ejecutivos acerca de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, indica: “Al presentar a los gobiernos el convenio que se adjunta, los Directores Ejecutivos están impulsados por el deseo de fortalecer la asociación de los países en la causa del desarrollo económico. La creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros puede constituir un paso importante para promover un ambiente de confianza mutua y, por consiguiente, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo.”⁵ Ese objetivo es relevante para la interpretación de esa Convención a tenor del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la cual dispone que “un tratado será interpretado de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le de a los términos del tratado en el contexto y con miras a su objetivo y propósito”⁶

III. El Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras: qué regula?

A pesar que el grueso del Derecho Internacional de Inversiones no está condensado en un solo instrumento multilateral, sino que por el contrario está diseminado en diversos TBIs y en unos cuantos capítulos de inversiones de tratados de libre comercio, hay ciertos aspectos que son comunes a la mayoría de ellos. Más aún algunos países desarrollados tienen modelos TBIs que con muy pocas variaciones suscriben con diversos países en desarrollo:

⁴ Id. Artículo 42 de la Convención CIADI:

(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 oscuridad 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.

⁵ Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo sobre la Convención, 18 de marzo de 1965.

Revisada el 17 de marzo de 2006

<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB.htm>

⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31. Revisado el 17 de marzo de 2006

<http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>

Se define qué tipo de inversión extranjera va a ser objeto de protección.

Aunque la tendencia mayoritaria es otorgar protección la inversión extranjera directa --vale decir aquella que tiene carácter de permanencia y respecto a la cual el inversionista mantiene el control—algunos TBIs contienen definiciones amplias que extiende protección a otros tipos de inversión, tales como las inversiones de carteras o formas de inversión heterodoxas, tales como las formas contractuales de franquicia o de producción compartida. Algunos contienen una lista negativa que excluye ciertos tipos de inversión de la protección internacional acordada.

Se define al inversionista extranjero.

Con frecuencia los TBIs definen al inversionista extranjero a las personas naturales o jurídicas que tengan la nacionalidad del Estado no receptor de la inversión. Sin embargo cuando se trata de personas jurídicas, los TBIs indican el criterio para definir la nacionalidad de éstas, el cual con frecuencia es el del lugar de registro. Igualmente, existe una tendencia mayoritaria de considerar nacionales del Estado del inversionista a las subsidiarias del inversionista extranjera registradas en el Estado anfitrión, siempre que se mantengan bajo su control.

Se otorga protección en contra de las expropiaciones que no cumplan ciertas condiciones.

A pesar que se reconoce la autoridad de los Estados para expropiar, se la somete a las condiciones que sea realicen por causa de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante compensación justa, adecuada y oportuna. Igualmente se extiende el criterio a medidas equivalentes a la expropiación, en lo que los comentaristas denominan expropiaciones paulatinas o regulatorias.

Se garantiza al inversionista ciertos estándares de tratamiento.

La mayoría de los TBIs indican que los inversionistas extranjeros tienen garantizado un tratamiento igual a los nacionales en condiciones semejantes. También se establece un trato de nación más favorecida por el cual el inversionista extranjero tendría derecho a un tratamiento más favorable otorgado por el Estado anfitrión a inversionistas de otro Estado en otros tratados. Igualmente se otorgan garantías para que los inversionistas tengan un tratamiento justo y equitativo, sin que se defina qué se entiende por tales términos. En ciertos casos se otorgan garantías de protección y seguridad física.

Se establecen mecanismos de solución de disputas entre los inversionistas y los Estados anfitriones.

La mayoría de los TBIs contienen disposiciones según las cuales ante el surgimiento de diferencias con el Estado anfitrión los inversionistas pueden optar por negociar o presentar el caso ante una instancia de arbitraje internacional. Con frecuencia se indica que no es necesario agotar la instancia local. Algunos indican que si se opta por la instancia local luego no se podrá la instancia internacional. La gran mayoría contiene el consentimiento de los Estados partes en someter las disputas a arbitraje internacional. En algunos casos se indica que el arbitraje será administrado según la Convención CIADI, o se indica otro centro como la CCI.

Se establece cláusulas paraguas y otras disposiciones.

Muchos TBIs contienen disposiciones paraguas según las cuales es considerado violación del tratado el incumplimiento por parte del Estado anfitrión de cualquier de sus obligaciones, sean estas de naturaleza legal o contractual. Así, pro ejemplo, ante un supuesto incumplimiento contractual por parte del Estado anfitrión, el inversionista tiene la posibilidad de intentar dos acciones: una de naturaleza contractual y otra derivada del TBI. Igualmente se establecen disposiciones diversas, tales como las que garantizan la libre transferencia de los dividendos y la repatriación de capitales en moneda de libre conversión y la de poder trasladar empleados de la nacionalidad del inversionista extranjero al Estado anfitrión.

IV. El procedimiento en el arbitraje de inversiones.

El procedimiento del arbitraje de inversiones está constituido por varias fases las cuales son diferentes en cada centro arbitral. Por ser CIADI el más popular de esos centros y del que más información se tiene (los otros centros no hacen pública la información de los casos), las referencias que siguen solo se refieren al arbitraje que allí se ventile.

El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda por parte del inversionista⁷. La Secretaría General del CIADI revisa la demanda para determinar su pertenencia, sin considerar temas de jurisdicción ni de fondo. Si la considera procedente, se notifica a la otra parte. A partir de ese momento se inicia la etapa de designación de los árbitros. La parte peticionante debe en ese momento hacer pago de un adelanto de los gastos estimados del procedimiento.

Si las partes han acordado el número de árbitros, se procede en consecuencia. Si no lo han hecho entonces se aplican las reglas de CIADI, según las cuales el tribunal arbitral estará compuesto por 3 árbitros, donde cada parte designa un árbitro, quien debe reunir ciertas condiciones que demuestren competencia e imparcialidad. El tercero es designado o elegido por los dos árbitros o en ausencia de acuerdo, lo designa CIADI.

De las condiciones que deben reunir los árbitros denota la prohibición de designar árbitros de la misma nacionalidad de las partes, la cual puede ser obviada por mutuo consentimiento de las partes. Estas pueden designar árbitros de la lista de árbitros de CIADI, a la cual cada país signataria de la Convención respectiva puede designar hasta 4 árbitros. Pero las partes no están obligadas a designar árbitros de esa lista.

Constituido el tribunal arbitral, las partes son convocadas para una reunión preliminar donde se definen detalles formales y administrativos del procedimiento, tales como idioma a usar, honorarios de los árbitros, mecanismos de comunicación, etc. Con posterioridad se fija la primera audiencia para que se presenten las objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral, si las hubiera. El tribunal recibe las objeciones en esa oportunidad, escucha los argumentos y decide en consecuencia. Si se ratifica la jurisdicción continua el procedimiento, se convoca a la audiencia de méritos, se evacúan las pruebas pertinentes en la audiencia y se decide. Contra la decisión no cabe apelación, pero se puede pedir la nulidad por 5 razones taxativas establecidas en la Convención CIADI, tales como error de constitución del tribunal, exceso de funciones, corrupción, violación grave de norma de procedimiento o carencia de expresión de los motivos en el laudo. Esa nulidad se presenta ante un comité ad-hoc, escogido de la misma forma indicada para el tribunal arbitral.

Si la objeción a la jurisdicción se confirma, termina el procedimiento. Por la relevancia de esta etapa, conviene detenerse en ella.

Requisitos para la jurisdicción de CIADI.

Para que CIADI tenga jurisdicción ciertos requisitos deben ser satisfechos: a) la disputa debe ser legal, b) la disputa debe surgir directamente de la inversión, c) la parte de la disputa que no es Estado debe ser un nacional de otro Estado Contratante a la

⁷ Aunque nada prohíbe que el Estado inicie la disputa en contra del inversionista, eso solo sucedió en un caso reciente presentado por Nicaragua.

Convención, no obstante la posibilidad de mecanismo complementario,⁸ y d) el consentimiento a someter la disputa a CIADI debe ser otorgado por las dos partes por escrito.

La jurisprudencia de CIADI sobre jurisdicción.

A pesar que la Convención indica los requisitos para la jurisdicción del Centro, la falta de definición de muchos términos ha dejado muchos aspectos abiertos a la interpretación. Los Tribunales de CIADI han hecho esa labor y de esta manera han ido aclarando el tema. Las decisiones recientes han aclarado algunos de esos temas.

a) CIADI conoce de disputas entre inversionistas y Estados, no disputas entre inversionistas ni disputas entre Estados.

En el caso Maffezini,⁹ España alegó que el CIADI carecía de jurisdicción porque la disputa no era entre una persona natural (Maffezini) y un Estado (España) sino entre una persona natural y una compañía (SODIGA), vale decir, una persona jurídica. El tribunal a cargo analizó el tema desde un punto de vista diferente al planteado en el caso CSOB.¹⁰

El tribunal indicó que para determinar si una entidad era órgano del Estado y en consecuencia poder atribuir sus actos a este, se precisaban de dos exámenes: estructural y funcional. Si al analizar la estructura de una entidad parece que esta no es un órgano del Estado porque el Estado ha usado el velo corporativo, entonces el análisis debe tornarse a las funciones de la entidad. Si la entidad está a cargo de funciones del Estado, esa entidad será considerada órgano del Estado.

SODIGA tenía una estructura corporativa, pero había sido creada por el Estado quien además era el único propietario de su capital. Luego, sus funciones eran puramente de naturaleza pública. Basándose en los resultados que arrojó el examen, el tribunal rechazó el argumento del Reino de España objetando la jurisdicción de CIADI e indicó que el demandante había mostrado *prima facie* que la disputa era una entre una persona natural y un órgano del Estado.

8

Desde el año 1978 el CIADI dispone de las reglas del mecanismo complementario, las cuales permiten que disputas que no reúnan el requisito anterior puedan ser sometidas a arbitraje ante el Centro. Así, disputas en las cuales el Estado parte en la disputa o el Estado cuyo nacional es parte en la disputa -- pero no ambos- no sean Estados contratantes de la Convención o disputas que no surjan directamente de una inversión, pueden ser sometidas a arbitraje en CIADI según estas reglas.

⁹ Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España, No. ARB/97/7, Laudo de 25 de enero de 2000.

¹⁰ Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. La República Eslovaca, No. ARB/97/4, Laudo de 24 de mayo de 1999. El Tribunal Indicó que per se las compañías de economía mixta o las corporaciones propiedad del gobierno no están descalificadas como nacionales de otro Estado contratante, a menos que estén actuando como agentes de sus gobiernos o estén desarrollando funciones gubernamentales.

En el caso Loewen,¹¹ el grupo Loewen y Raymond Loewen eran inversionistas canadienses en el negocio de funerarias y seguros de funerarias. Un competidor americano demandó a Loewen en una corte Americana. De acuerdo con el argumento de Loewen, la corte que dirigió el juicio violó distintos artículos del TLCAN. El Tribunal reiteró una decisión previa señalando que una corte es un órgano del Estado. En consecuencia, sus actos son atribuibles a este

Sin embargo, el Tribunal indicó que para que un acto de un corte local pudiese ser debatido en la instancia internacional como un acto del Estado, el acto debe consistir en una decisión final del poder judicial en contra del cual se han agotado todos los recursos locales.

En la misma dirección, en el caso CMS¹² el Tribunal encontró que un Estado puede ser responsable internacionalmente bajo los términos de un tratado, por actos ejecutados por su poder judicial, por la administración pública, por el poder ejecutivo y por el legislativo del Estado, a menos que el Estado haya hecho una reserva expresa en ese sentido, cuando haya suscrito el tratado del cual surge la responsabilidad en cuestión.

b) Las disputas que no surjan directamente de una inversión están fuera de la competencia de CIADI.

En casos anteriores, los Tribunales ya habían indicado que las inversiones eran un proceso complejo compuesto por distintas transacciones. Lo que se requería era que la disputa surgiera directamente de la inversión, sin importar si la inversión es directa o no.¹³

En el caso Salini c. Marruecos,¹⁴ el Tribunal analizó las objeciones a su jurisdicción, una de las cuales estaba referida al argumento según el cual los contratos de construcción no calificaban como inversiones en el contexto de la Convención. El Tribunal consideró los criterios generalmente identificados por los comentaristas de la Convención, e indicó que eran: existencia de una contribución económica, cierto tiempo de duración y participación en los riesgos. Además, indicó que la operación debía contribuir al desarrollo del Estado receptor tal y como lo dispone el preámbulo de la Convención. El Tribunal encontró que los contratos de construcción satisfacían esos criterios.

En el caso CMS,¹⁵ una compañía americana, CMS, la cual había invertido en la compañía argentina Transportadora de Gas del Norte (TGN) y poseía 29.42% de las acciones, fue afectada por una supuesta suspensión de la fórmula de ajuste de tarifa por

¹¹ The Loewen Group, Inc and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América, Caso No. ARB (AF)/98/3 laudo arbitral del 26 de junio, 2003.

¹² CMS c. Argentina, 42 ILM 788 (2003) en párrafo 108

¹³ Caso CSOB, Laudo de 1 de diciembre de 2000 y Fedax N.V. c. República de Venezuela, Decisión sobre las Objeciones a la Jurisdicción, 11 de julio, 1997, 37 I.L.M. 1378, at para. 24 (1998)

¹⁴ Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Reino de Marruecos, Decisión de jurisdicción, 23 de Julio de 2001, Journal de Droit International 196 (2002)

¹⁵ *Supra* 12.

transporte de gas por parte de Argentina, todo lo cual, se argumentó, surgió como parte de la implementación de políticas económicas de carácter general.

El Tribunal señaló que tenía jurisdicción sobre medidas económicas dirigidas al público en general en la medida que afectaran la inversión, siempre y cuando ellas hubiesen sido adoptadas en violación del Derecho Internacional o en violación de compromisos legales hechos al inversionista. “Esto significa, de hecho, que la interrogante sobre qué cae dentro o fuera de la jurisdicción del Tribunal, se reduce a determinar si un reclamo en particular está o no directamente conectado con las medidas específicas que afectan la inversión”.¹⁶

El Tribunal luego estableció que nada en Derecho Internacional prohíbe que las demandas de inversión sean presentadas por los inversionistas independientemente de las demandas de la compañía donde son accionistas.

c) Para que CIADI pueda tener jurisdicción, la demanda debe ser sometida a consideración después de la fecha que la otra parte consintió, siempre y cuando la disputa haya surgido después de la fecha que las partes consintieron como fecha crítica.

En el caso Maffezini el tribunal estableció diferencias entre la disputa y la demanda. El tribunal citó a la Corte Internacional de Justicia en el caso Timor Oriental y concluyó que la disputa era un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho susceptible de ser presentado como una demanda específica. Posteriormente el tribunal señaló que según los términos del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) que regía esa inversión, i.e., Argentina-España, las disputas y las demandas que surgieron antes de su entrada en vigencia no estaban sujetas a la jurisdicción del CIADI. El tribunal después indicó que la fecha crítica separaba la disputa de los eventos previos que no fuesen disputas de interés o de contenido legal y concluyó que la disputa de este caso concreto había surgido con posterioridad a la entrada en vigencia del TBI, por lo cual confirmó su jurisdicción.

d) Nacionalidad

Para que CIADI tenga jurisdicción, la disputa legal de inversión debe ser entre un Estado contratante a la Convención y un nacional de otro Estado contratante.

Si la disputa es entre un nacional del Estado contratante a la Convención y ese Estado, CIADI no tendrá jurisdicción. De allí que los criterios para determinar cuando una persona natural o jurídica es un nacional de un Estado son cruciales. Adicionalmente, de acuerdo con la Convención CIADI, cualquier persona jurídica con la nacionalidad del Estado Contratante parte en la disputa puede tener el tratamiento de un nacional de otro Estado Contratante si esta está bajo control extranjero y las partes han acordado tal tratamiento. Sin embargo, la Convención no trae definición de qué es control extranjero.

Nacionalidad de una entidad cuando hay control extranjero.

¹⁶

Id en párrafo 34.

En el caso AUCOVEN,¹⁷ al tribunal se le solicitó que examinara el asunto del control extranjera de una compañía con la nacionalidad del Estado receptor. El tribunal enfatizó el rol del consentimiento de las partes para someter la disputa a arbitraje y su capacidad de condicionar la jurisdicción a la adquisición de la mayoría de acciones por parte de un nacional de otro Estado Contratante.

Al final, en el caso en cuestión, a los efectos de determinar la nacionalidad de la compañía que adquirió la mayoría de las acciones de AUCOVEN, el tribunal usó el criterio más común: lugar de registro.¹⁸ Por esa razón concluyó que tenía jurisdicción: AUCOVEN era una compañía registrada en Venezuela, estaba bajo control de una compañía americana y las partes consintieron en que ese factor sería suficiente para considerar al inversionista como nacional de otro Estado contratante.

La nacionalidad debe ser continua.

En Loewen,¹⁹ el demandante había entrado en un plan de reestructuración societario (mejor conocido como capítulo 11 del Código de Quiebras de los Estados Unidos de América) y dejó de existir como entidad comercial. La antigua sociedad canadiense fue reorganizada como una sociedad Americana. Los derechos, títulos e intereses que se encontraban sujetos a la demanda arbitral en contra de los Estados Unidos de América fueron cedidos a una nueva sociedad canadiense, cuyo único bien y propósito parecía ser el reclamo arbitral.

El Tribunal encontró que la verdadera parte interesada en el arbitraje era el beneficiario de la demanda y esa era una compañía Americana creada como parte del plan de reorganización.

El Tribunal indicó: “En Derecho Internacional debe existir una identidad nacional continua desde la fecha en que surgieron los eventos que dieron origen al reclamo, fecha que se conoce como *dies a quo*, hasta la fecha de la decisión de la demanda, fecha que se conoce como *dies ad quem*.”²⁰

e) El consentimiento es la piedra angular de la jurisdicción del Centro²¹.

El consentimiento debe ser otorgado por escrito, pero no hay indicación sobre el mecanismo que debe ser utilizado para esos efectos.

¹⁷ Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (AUCOVEN) República Bolivariana de Venezuela, No ARB/00/5, Laudo de 27 de setiembre de 2001.

¹⁸ Otros criterios que han sido considerados por otros tribunales para determinar la nacionalidad de una compañía, incluyen lugar donde se encuentra su sede social, si es diferente del lugar de registro y el lugar donde se ejerce el control o gerencia, si es diferente del lugar de registro. Vid Francisco Orrego Vicuña, Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement, ICSID Review, volumen 15, No.2, 2000, Página 355.

¹⁹ *Supra* 11.

²⁰ *Id* en párrafo 225.

²¹ Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo sobre la Convención, 18 de marzo de 1965.

El consentimiento puede ser dado por medio de un tratado, un contrato o una ley local. En los casos Olgúin,²² CSOB²³ y Tradex,²⁴ los tribunales se refirieron a la posibilidad que el consentimiento fuese otorgado por el Estado en un TBI. Sin embargo, eso, per se, no se traduciría en jurisdicción del CIADI, por cuanto haría falta el consentimiento del inversionista. Pero una vez que el inversionista registrara su demanda con el Centro, se consideraría que las dos partes han consentido en someter la disputa a arbitraje ante el CIADI. Lo mismo ocurriría cuando el consentimiento es otorgado vía una ley local o un contrato.

La cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) de un TBI puede ser usada para extender la jurisdicción del CIADI.

En Maffezini, el tribunal analizó la cláusula NMF del TBI Argentina-España en relación con las disposiciones del TBI Chile-España, el cual no requería el agotamiento de cierto período de tiempo antes de registrar una demanda.

El tribunal notó dos principios: *res inter alios acta* y *ejusdem generis*. De acuerdo con el primero, los tratados son válidos solamente entre las partes. De acuerdo con el segundo, los efectos de un tratado pueden ser extendidos vía cláusula NMF a los tratados de la misma naturaleza. El tribunal sentenció que en ausencia de disposiciones expresas en contrario, las disposiciones relativas a disputas de inversiones de otro tratado de la misma naturaleza se pueden extender a un inversionista de un tercer país porque el propósito del TBI es proteger a los inversionistas extranjeros y sus derechos y porque las disposiciones de arreglo de disputas de inversiones están íntimamente relacionadas con la protección de inversiones. El tribunal también señaló algunas excepciones a su decisión, tales como cuando el consentimiento a arbitrar está condicionado al agotamiento de los recursos internos, cuando las partes tienen la opción de escoger entre los recursos internos o el arbitraje internacional o cuando las partes han escogido el arbitraje institucional.

El consentimiento condicional es posible.

En el caso AUCOVEN, CIADI no tenía jurisdicción hasta tanto no se satisficiera una condición posterior. Las partes, a través de un contrato habían establecido la condición y los criterios para determinar su cumplimiento.

El tribunal decidió a favor de la posibilidad que las partes otorgaran consentimiento para someter la disputa a la jurisdicción del CIADI sometido a la condición que el inversionista estuviera sujeto a control extranjero. Las partes habían definido el control extranjero como la propiedad de la mayoría de las acciones de la compañía local del inversionista por parte de nacionales de un Estado contratante a la Convención.

Demandas adicionales o complementarias.

²² Eudoro Armando Olgúin c. la República de Paraguay, No ARB/98/5, Laudo de 8 de agosto de 2000.

²³ *Supra* 13.

²⁴ Tradex Hellas, S.A. c. República de Albania, No. ARB/94/2, Laudo de 24 de diciembre de 1996.

Las partes pueden añadir demandas adicionales o secundarias a CIADI, siempre que ellas no hayan consentido lo contrario y que la demanda adicional o secundaria esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y la jurisdicción del Centro.

En CMS,²⁵ el Tribunal señaló que tenía jurisdicción sobre diferentes medidas que violaban los derechos del inversionista, en la medida que eran sobre la misma materia, aunque se originaran de diferentes fuentes o en diferentes tiempos.

El Tribunal después indicó: “Lo que el Tribunal debe examinar es la naturaleza de la disputa o disputas; sus antecedentes pueden ser diferentes, pero, de nuevo, lo que cuenta es si los derechos del inversionista han sido afectados o no y si los reclamos surgen directamente de la misma materia”.²⁶

f) Otros asuntos de jurisdicción.

Agotamiento de los recursos internos.

En Maffezini, el tribunal indicó que de acuerdo con el artículo 26 de la Convención CIADI, un Estado contratante puede condicionar su consentimiento al arbitraje ante CIADI, al agotamiento previo de los recursos legales locales. Sin embargo, si el Estado no ha condicionado su consentimiento a ese requerimiento, este no será aplicable y las disputas se podrán someter a arbitraje ante CIADI sin necesidad de previamente agotar los recursos locales. El tribunal también mencionó que si el requisito de agotamiento de los recursos naturales había sido incluido como una condición para la jurisdicción del CIADI, su ausencia no evitaba fatalmente la presentación de la disputa por ante CIADI. La condición colocada por las partes, solo habría creado un paso adicional que debía ser completado antes de poder presentar la disputa al Centro.

En Loewen, el Tribunal indicó que la regla de los recursos domésticos y la regla del fin judicial eran similares en contenido pero servían diferentes propósitos. La primera sirve un propósito procesal, en tanto que la otra cumple el propósito de asegurarse que el Estado ha tenido una oportunidad de corregir los errores de su poder judicial.

Igualmente, el Tribunal aclaró que la regla de recursos locales estaba destinada a proveer el demandante con recursos adecuados y efectivos. De allí que si, los recursos son inútiles, imprácticos o ineficientes, no por ello el demandante va a quedar impedido de intentar acciones de Derecho Internacional, por cuanto la regla no es “puramente técnica o rígida”.²⁷

²⁵ *Supra* 12.

²⁶ *Id* at paragraph 111.

²⁷ *Supra* 11 en párrafos 165, 166 and 170. El Tribunal también citó el caso de los préstamos Noruegos -the Norwegian Loan Case (1957) ICJR 9 at 39 per Lauterpacht J.

Exclusividad de CIADI.

Arbitraje ante CIADI es exclusivo de cualquier otro recurso. En CMS,²⁸ el Tribunal analizó una objeción a su jurisdicción planteada por Argentina, con base en el argumento que TGN había escogido un mecanismo local de solución de disputa. El Tribunal enfatizó que según el artículo 26 de la Convención el consentimiento a la jurisdicción de CIADI es exclusivo de cualquier otro recurso.

En CMS,²⁹ Argentina alegó que TGN había apelado de una decisión judicial, por lo cual CMS no podía presentar la misma disputa a arbitraje.

El Tribunal señaló que las demandas sobre contratos son diferentes de las demandas sobre tratados. Las demandas sobre tratados pueden ser presentadas a arbitraje aún cuando las demandas sobre contrato hayan sido presentadas ante los tribunales locales. Si el demandante renuncia a su derecho a someter la disputa sobre tratado a arbitraje y plantea esa disputa a los tribunales locales, estará escogiendo ese camino, si así se dispuso en el TBI respectivo. Si ese fuese el caso, el demandante no tendría la posibilidad de poder plantear esa misma disputa sobre tratado a arbitraje en ninguna otra ocasión. En CMS, esta no había presentado un reclamo derivado de TBI en tribunales locales.

La cláusula paraguas.

En el caso SGS c. Pakistán,³⁰ una compañía suiza, SGS, había suscrito un contrato con Pakistán para prestar servicios de inspección previos al embarque, en relación con productos que se iban a exportar desde ciertos países hacia Pakistán. Posteriormente, Pakistán le notificó a SGS que había terminado el contrato. Tanto Pakistán como SGS intentaron acciones legales separadas en Suiza y Pakistán por incumplimiento de contrato. SGS también registró una solicitud de arbitraje ante CIADI, alegando que Pakistán había incumplido el contrato y había violado el TBI entre Suiza y Pakistán.

Pakistán objetó la jurisdicción del Tribunal arbitral, entre otras razones, porque la disputa tal y como había sido presentada por el demandante, había surgido de actos y omisiones con respecto a un contrato entre Pakistán y SGS, el cual además tiene un artículo de relativo a la escogencia del mecanismo de solución de disputa, el cual no contenía referencia a CIADI.

SGS argumentó que, por razón de una supuesta cláusula paraguas (artículo 11) en el respectivo TBI,³¹ el incumplimiento de un contrato se convertía en una violación del

²⁸ *Supra* 12.

²⁹ *Id.*

³⁰ SGS Societé Générale de Surveillance S.A. c. Islamic Republic of Pakistan, International Arbitration Report, Vol 18, # 9, September 2003.

³¹ Artículo 11 del TBI entre Suiza y Pakistán señala: "Cada parte contratante debe constantemente garantizar la observancia de los compromisos que haya adquirido con respecto a las inversiones de inversionistas de la otra parte contratante"

TBI. En consecuencia, cuando el contrato se incumplió, SGS tenía dos acciones en contra de Pakistán; una por incumplimiento del contrato y otra por violación del TBI.

El Tribunal señaló, “...bajo el Derecho Internacional, una violación de un contrato suscrito por el Estado con un inversionista de otro Estado, no es, por sí misma, una violación del Derecho Internacional”.³²

El Tribunal después puntualizó que “...no está diciendo que los Estados no pueden acordar mutuamente, en un TBI, que todo incumplimiento de los contratos por parte del Estado con inversionistas del otro Estado, será considerado violación del TBI”.³³

Sin embargo, en ese caso, el Tribunal encontró que esa no había sido la intención de las partes suscriptoras del TBI, por lo cual rechazó el argumento de SGS sobre el artículo 11. El Tribunal entonces concluyó que no tenía jurisdicción sobre la demanda contractual ni sobre la demanda contractual transformada en demanda por violación de TBI por razón de la cláusula paraguas. Sin embargo, el Tribunal retuvo jurisdicción sobre las otras partes de la demanda derivadas de violación del TBI.

³² *Supra* 30 en párrafo 167.

³³ *Id* en párrafo 173.