

EL CIADI FRENTE A ARGENTINA, MÉXICO, ECUADOR Y BOLIVIA. UNA ACTUALIZACIÓN

Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problemática general*.
III. *Argentina*. IV. *México*. V. *Ecuador*. VI. *Bolivia*.
VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Si hace algún tiempo en otro escrito afirmábamos que estábamos asistiendo a una auténtica revolución en la resolución de controversias en materia de inversiones entre un Estado y un inversor extranjero, seguimos en ese mismo escenario; lo anterior sin obviar que recientemente se han añadido algunos ingredientes que, sin duda, le dan una sazón especial y que justifican que volvamos de nuevo a recorrer este camino; nos referimos por ejemplo, entre esos factores de diverso calado y estrechamente vinculados, a la reciente creación de la Unión de Naciones Suramericanas (en adelante, UNASUR); un nuevo espacio de integración regional que, al unir a un nutrido grupo de Estados, podría llegar a revitalizar el debate sobre la oportunidad de crear un nuevo foro alternativo de

* Doctora en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

resolución de controversias de carácter regional, pudiendo llegar a desplazar al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI) o, por poner otro ejemplo, los nuevos casos que se están planteando en el seno del CIADI y los que ya se están solucionando en un sentido u otro y que afectan a Estados latinoamericanos.

Las variables anteriores justifican el interés y la necesidad de actualizar la situación de los cuatro casos latinoamericanos cuya posición es, cuando menos, peculiar, y que a la fecha de redactar este escrito han sufrido, por diversos motivos, alguna variación en su situación frente al CIADI, en algún caso para mejor (Argentina) y, en otro, para incrementar nuestra inquietud (Ecuador y Bolivia).

Nos referimos nuevamente a los casos de Argentina, México, Ecuador y Bolivia. En esta ocasión el punto de partida lo constituye, por un lado y de manera particularizada, la reciente resolución del caso Metalpar y Buen Aire (caso 03/5) a favor del Estado argentino, la presentación de nuevos casos como Repsol YPF contra Ecuador, así como la presentación y admisión en otros casos como Eti Euro Telecom Internacional NV y Aguas del Tunari, ambos contra Bolivia. Por otro lado, y de manera más general, la reciente creación del UNASUR, el cual podría llegar a postularse como el sustituto natural en el contexto latinoamericano para resolver controversias que se presenten entre un Estado receptor de capital y un inversor (persona física y jurídica).¹ La justificación a nuestro “viejo” interés se encuentra en la recobrada fuerza de la doctrina Calvo en algunos países latinoamericanos. En este sentido y como atinadamente afirma Fernández Masiá: “hoy en día, sin embargo, la «doctrina Calvo» parece resurgir con inusitada fuerza en algu-

¹ Contextualizando estas afirmaciones, vemos que la UNASUR está conformada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela. La constitución de este nuevo espacio regional se formaliza con el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, el cual contiene 27 artículos más uno transitorio, y que fue firmado en Brasilia, el 23 de mayo de 2008.

nos de estos países —especialmente Ecuador, Venezuela y Bolivia— que rechazan frontalmente al arbitraje internacional como método futuro para resolver sus controversias”.²

Lo anterior hace que el dinamismo del CIADI sea nuevamente objeto de estudio, y en particular de nuestro interés. Sin duda, los cuatro Estados mencionados invitan a la reflexión de todos los estudiosos del sistema instaurado por el Banco Mundial a través del Convenio de Washington, y que supuso la creación del CIADI.

Uniendo los dos nuevos ingredientes que mencionábamos al principio del escrito, estimamos que el elevado número de casos que han enfrentado y que están por resolverse frente a los países latinoamericanos sirven de justificación para que desde hace tiempo estemos escuchando voces (e incluso se estén tomando acciones) a favor de crear un foro alternativo al CIADI para resolver las disputas que afecten nuestra región. Propuesta que podría tomar forma y sentido tras la constitución del UNASUR; idea que no desconocemos pueda tropezar en su inicio con serios obstáculos por el elevado número de consensos estatales necesarios para poder otorgarle cierto sentido en un plano real.

Por los motivos mencionados, podemos señalar que si bien el CIADI nunca ha sido un foro de resolución de controversias que pasara inadvertido para propios y extraños, en la actualidad se encuentra atravesando un momento crucial ante la postura de acoso y derribo adoptada y liderada por algunos países latinoamericanos como Bolivia y Ecuador, principalmente. No aventuramos que la actitud e inconformidad de Bolivia y Ecuador ponga en jaque a un sistema de administración de arbitraje dirigido y orquestado por el Banco Mundial. Ahora bien, lo que sí aseguramos es que estamos en un momento crucial para el futuro a mediano y largo plazo del CIADI y que los nuevos acontecimientos pueden marcar el desempeño futuro de este organismo.

² Fernández Masiá, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 15 y 16.

De un rápido recuento, vemos que los casos que afectan a los Estados latinoamericanos suman en la actualidad sesenta y siete pendientes y treinta y siete concluidos.³ En concreto, señalamos que el caso argentino en la actualidad cuenta con treinta y cuatro casos pendientes⁴ de resolver y doce ya resueltos;⁵ seguido del

³ Estos datos pueden comprobarse en la página oficial del Banco Mundial: www.worldbank.org/icsid. Datos actualizados al 19 de junio de 2008.

⁴ Como enumeración de los casos argentinos encontramos: Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal (caso 97/3), LP (caso 01/3), Azurix Corp. (caso 01/12), LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp. and LG&E Capital Corp. and LG&E Internacional Inc. (caso 02/1), Siemens A.G. (caso 02/8), Sempra Energy Internacional (caso 02/16), AES Corporation (caso 02/17), Camuzzi Internacional S.A. (caso 03/2), Continental Casualty Company (caso 03/9), Gas Natural SDG (caso 03/10), Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company (caso 03/13), El Paso Energy Internacional Company (caso 03/15), Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (caso 03/17), Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. (caso 03/19), Telefónica S.A. (caso 03/20), Enersis S.A. (caso 03/21), Electricidad Argentina S.A. and EDF Internacional S.A. (caso 03/22), EDF Internacional S.A. SAUR Internacional S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. (caso 03/23), Unisys Corporation (caso 03/27), Azurix Corp. (caso 03/30), Total S.A. (caso 04/1), Saur Internacional (caso 04/4), BP America Production Company and others (caso 04/8), CIT Group Inc (caso 04/9), Wintershall Aktiengesellschaft (caso 04/ 14), Mobil Exploration and development Inc., Suc. Argentina and Mobil argentina (caso 04/16), Daimler Chrysler Services AG (05/1), Compañía General de Electricidad S.A. and GCE Argentina S.A. (caso 05/2), TSA Spectrum de Argentina S.A. (caso 05/5), Asset Recovery Trust S.A. (caso 05/11); Giovanna A. Beccara and others (caso 07/5), Giovanni Alemanni and others (caso 07/8); Impregilo S.p.A (caso 07/17); Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (caso 07/26); HOCHTIEF Aktiengesellschaft (caso 07/31).

⁵ Lanco International, Inc. (caso 97/6), Houston Industries Energy, Inc. and other (caso 98/1), Mobil Argentina S.A. (caso 99/1), Empresa Nacional de Electricidad S.A. (caso 99/4), Enron Corporation and Ponderosa Assets, CMS Gas Transmisión Company (caso 01/8), Camuzzi Internacional S.A. (caso 03/7), Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. (Caso 03/12), Aguas Cordobesas S.A. Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (caso 03/18), France Telecom S.A. (caso 04/18), RGA Reinsurance Company (caso 04/20). Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. (caso 03/5).

caso mexicano, que suma cinco pendientes⁶ y ocho concluidos;⁷ con parecido recuento está el caso de Ecuador con nueve pendientes⁸ y tres concluidos;⁹ Venezuela con cinco pendientes¹⁰ y cinco concluidos;¹¹ numéricamente más alejado encontramos el caso de Perú con tres casos pendientes¹² y dos concluidos;¹³ Chile con un

⁶ En el caso mexicano encontramos los siguientes casos: Corn Products Internacional (caso AF/04/1), Gemplus S.A. SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. (caso AF/ 04/3), Talsud S.A. (caso AF 04/4), Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. (caso AF/04/5), Cargill, Incorporated (caso AF/05/2).

⁷ Metalclad Corporation (caso (AF)/97/1) Robert Azinian and others (caso (AF)/97/2), Waste Management, Inc. (caso (AF)/98/2), Marvin Roy Feldman Karpa (caso (AF)/99/1), Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. (caso (AF)/00/2), Waste Management, Inc. (caso (AF)/00/3), Firesman's Fund Insurance Company (caso AF/ 02/01), Bayview Irrigation District and others (caso AF/05/1).

⁸ En los casos en que se implica a Ecuador encontramos: MCI Power Group, LC and New Turbina, Inc. (caso 03/6), Duke Energy Electroquill Partners and Electroquil S.A. (caso 04/19), empresa eléctrica del Ecuador, INC (EMELEC) (caso 05/9), Noble Energy Inc. and Machala Power Cia. Ltd. (caso 05/12), Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company (caso 06/11), City Oriente Limited vs. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (caso 06/21), Murphy Exploration and Production Company internacional (caso 08/4), Burlington Resources Inc. And others (caso 08/5), Perezco Ecuador Limited (caso 08/6).

⁹ Ecuador tiene concluidos: Repsol YPF Ecuador SA (caso 01/10), IBM World Trade Corp. (caso 02/10), Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A (caso 06/17).

¹⁰ Venezuela tiene pendientes: Vanessa Ventures Ltd. (caso (AF)/04/6), Vestey Group Ltd (caso 06/4), Mobil Corporation and others (caso 07/27), ConocoPhillips Company and others (caso 07/30) y Brandes Investment Partners, LP (caso 08/3).

¹¹ Venezuela tiene concluidos: Fedax N.V. (caso 96/3), Eni Dación B.V. (caso 07/4), GRAD Associates, P.A. (caso 00/3), Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (caso 00/5), I & I Beheer B.V. (caso 05/4).

¹² Perú tiene pendientes: Duke Energy Internacional Peru Investment núm. 1 Ltd (caso 03/28), Aguaytia Energy, LLC (caso 06/13) y Tza Yap Shum (caso 07/6).

¹³ Perú tiene concluidos: Compagnie Minière Internationale Or S.A. (caso 98/6) y Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú (caso 03/4).

caso pendiente¹⁴ y dos concluidos,¹⁵ Bolivia con dos casos pendientes¹⁶ y uno concluido;¹⁷ Paraguay con dos pendientes¹⁸ y uno concluido;¹⁹ Honduras con un caso pendiente²⁰ y uno concluido;²¹ Costa Rica con tres pendientes²² y uno concluido;²³ El Salvador con uno concluido;²⁴ Nicaragua con un caso concluido;²⁵ Panamá con un caso pendiente²⁶ y Guatemala con un caso igualmente pendiente.²⁷

Del anterior recuento de las demandas tanto finalizadas como pendientes, se puede concluir, desde un punto de vista cuantitativo, la existencia de dos bloques de Estados latinoamericanos; en el primero encontraríamos una zona “crítica” en la que ubicaríamos a Argentina, México, Ecuador y Venezuela; en el segundo encon-

¹⁴ Chile tiene pendientes: Sociedad Anónima Eduardo Vieira (caso 04/7).

¹⁵ Los casos chilenos concluidos son Victor Pey Casado and President Allende Foundation (caso 98/2) y MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile S.A. (caso 01/7).

¹⁶ Bolivia tiene pendiente el caso Química e Industrial del Borax Ltda. and others (caso 06/2) y E.T.I. Euro Telecom International N.V. (caso 07/28).

¹⁷ Bolivia tiene concluido Aguas del Tunari S.A. (caso 02/3).

¹⁸ Paraguay tiene pendientes: Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. (caso 07/9) y Societé Générale de Surveillance S.A. (caso 07/29).

¹⁹ Paraguay tiene concluido Eudoro A. Olguín (caso 98/5).

²⁰ Honduras tiene pendiente Astaldi S.p.A. (caso 07/32).

²¹ Honduras tiene concluido Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A. (caso 99/8).

²² Costa Rica tiene pendiente: Alasdair Ross Anderson and others (caso (AF)/ 07/3) y Quadrant Pacific Growth Fund LP and Canasco Holdings (caso (AF)/08/1).

²³ Costa Rica tiene concluido el caso Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. (caso 96/1).

²⁴ El Salvador tiene un caso concluido: Inceysa Vallisoletana S.A. (caso 03/26).

²⁵ Nicaragua tiene un caso concluido: Shell Brands International AG and Shell Nicaragua S.A. (caso 06/14).

²⁶ Panamá tiene pendiente el caso Nations Energy, Inc. and others (caso 06/19).

²⁷ Guatemala tiene un caso pendiente: Railroad Development Corporation (caso 07/23).

triaríamos una zona de “bajo perfil” en la que podríamos incluir a Bolivia, Paraguay, Honduras y El Salvador.

El análisis que se ofrece de cada uno de estos casos se intenta ubicar en su propio contexto social-político y económico desde que se implican tres aristas que deben ser conjuntamente tratadas; prueba de ello es el caso boliviano y argentino, donde el aspecto político tinte de otro color la esfera jurídica. Igualmente no hay que desdeñar el aspecto económico, pues no cabe desconocer que Argentina y México son grandes receptores de inversión extranjera; sólo desde el estudio global de estas tres facetas podemos llegar a la justificación de una presentación tan elevada de demandas en el contexto latinoamericano, su evolución y resolución.²⁸

II. PROBLEMÁTICA GENERAL

Desde hace algún tiempo venimos dando seguimiento a la actividad que el CIADI desarrolla respecto a los países latinoamericanos, tanto sus aciertos como sus decisiones (de jurisdicción o de fondo) cuestionables. En concreto nos hemos detenido en más de una ocasión en el desarrollo de cuatro casos que están marcando un hito indiscutible y, que, pase lo que pase, no quedarán en la indiferencia a pesar del transcurso del tiempo. Este análisis nos ha permitido ver que los países latinoamericanos, en mayor o menor medida, han sido puestos reiteradamente en el escaparate que representa este sistema de resolución de controversias. Aspecto que actúa como repelente a la inversión extranjera, pilar importante en la economía de estos Estados en vías de desarrollo.

²⁸ Se ha llegado a afirmar “el impacto económico que representan aquellas demandas”, señalando en este orden de ideas que “las indemnizaciones reclamadas en dichos procesos arbitrales —alrededor de US\$ 20 mil millones— se aproximan al total del presupuesto nacional anual de la Argentina y son, por lo tanto, imposibles de conciliar con la capacidad práctica de pagar sin que la economía de la Argentina resulte inviable”. Véase www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20866.

La alarma inicial se producía en el concreto caso de Argentina, por la repentina y agresiva avalancha de demandas, motivada su presentación por la crisis económica a la que se enfrentaba hace unos años y a la que sigue en la actualidad haciendo frente; así, narrábamos la crónica de una peculiar situación derivada de una crisis financiera en la que Argentina llegó a acaparar casi el 50% de la totalidad de casos presentados ante el CIADI; una situación que sin duda desbordó (pero no sorprendió) a propios y extraños. Una tempestad que poco a poco está recobrando cierta normalidad y cuyos resultados no han sido tan adversos como en un principio se llegó a predecir. Lo anterior por dos motivos: el importante número de casos renegociados y alejados del elevado coste (económico y “moral”) que implica el CIADI, así como la puerta a la esperanza que ha abierto el caso Metalpar y Buen Aire al considerar por primera vez en un laudo la situación de crisis y pesificación por la que atravesaba Argentina para adoptar determinadas medidas. En cualquier caso no cabe desconocer que la presentación de tan elevado número de demandas es la consecuencia natural que se sigue siete años después de iniciarse la pesificación. Pero hay quien adopta la postura de sacar algo positivo de esta situación y en este sentido afirman que “el país ha tenido un buen papel en la defensa de los litigios” y que el gobierno “adquirió una buena experiencia ante los tribunales internacionales. A tal punto que otros países han solicitado asesoramiento legal a la procuración a la hora de planificar sus defensas”.²⁹

Igualmente, un foco rojo se prendía en el caso de México donde, hasta hace poco, ocupaba el segundo puesto en el *ranking* de Estados demandados. Este puesto ha sido recientemente ocupado por Ecuador, pasando México a obtener la medalla de bronce al ser el tercer Estado latinoamericano más demandado ante el CIADI. Ante este panorama seguíamos (y se atisba que seguiremos por un largo periodo) discutiendo sobre la conveniencia o no de la

²⁹ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/66545>, de 23 de mayo de 2008.

ratificación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965 (en adelante, Convenio de Washington).³⁰ Aun cuando no sea lo normal ni lo idóneo adelantar las conclusiones a las que nos ha derivado esta reflexión, sostenemos que nuestra postura se inclina a favor de la ratificación a corto o mediano plazo del Convenio de Washington por la República mexicana. Si bien hay que sopesar los pros y los contras que puede llegar a implicar la ratificación de este instrumento en función de la mayor, menor, o incluso idéntica atracción de inversión, dicha tarea no puede demorar más.

Aunado a la problemática de estos dos viejos conocidos y afectados, encontramos otros dos Estados latinoamericanos que por su reciente actitud de renuncia al CIADI justifican nuestra atención y nos obligan a reflexionar sobre la relación Estado latinoamericano (receptor de capital)-CIADI. Estamos refiriéndonos a Ecuador y Bolivia. El primero con una renuncia encubierta y el segundo con una renuncia expresa.

³⁰ Rodríguez Jiménez, S., *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, UNAM, IIJ, 2006; “México y el sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI): el mecanismo complementario”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2004 pp. 107-139. “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *DeCita, inversiones extranjeras*, Buenos Aires. Zavalia, núm. 3, 2005, pp. 119-149; Rodríguez Jiménez, S., “Cooperación juez-árbitro respecto a las medidas provisionales en el ámbito del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965”, *Tendencias actuales del derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005, pp. 911-952; “¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los tribunales arbitrales CIADI”, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Universidad Carlos III, 2006, pp. 573-596; “El arbitraje en inversiones en Latinoamérica: los casos de Argentina y México”, en González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. (coords.), *Arbitraje comercial internacional*, México, UNAM, IIJ, 2007, pp. 237-271; Rodríguez Jiménez, S., “Tres casos latinoamericanos ante el CIADI: Argentina, México y Ecuador”, publicado en el libro *Homenaje a profesor Rodolfo Cruz Miramontes*, en prensa.

III. ARGENTINA

Del caso argentino nos llaman la atención dos cuestiones: el nivel de eficiencia que está alcanzando la renegociación en masa de los contratos, con el fin de evitar el sometimiento al CIADI, por un lado, y la reciente resolución a favor de Argentina del caso Metalpar y Buen Aire, por otro.

Sin duda, Argentina materializa el ejemplo más claro de la existencia de multiplicidad de procedimientos arbitrales internacionales y los peligros (procesales y materiales) que ello entraña. En este sentido y como bien señala Fernández Masiá:

la reciente práctica arbitral además nos muestra que conjuntamente con la posibilidad de que se desarrollen arbitrajes paralelos, también cabe la opción de que se desarrollen arbitrajes múltiples contra un mismo Estado, basados en los mismos hechos e iniciados por distintos inversores extranjeros, lo que de igual manera puede provocar soluciones diferentes y dificultar enormemente el logro de un sistema eficaz de resolución de controversias.³¹

1. *La renegociación de los contratos*

Como viene siendo habitual en nuestro razonamiento, consideramos que la mejor salida para la situación del Estado argentino ante el elevado número de demandas presentadas en su contra pasa por ser la renegociación de los contratos. Lo anterior desde que consideramos que el coste (personal, económico, social, internacional) es reducido. Ahora bien, esta afirmación no quita que

³¹ Fernández Masiá, E., *op. cit.*, nota 3, p. 35. Como bien señala el autor, “está claro que una gran mayoría de las mismas tienen su fundamento en los mismos hechos y circunstancias. De esta manera, en los últimos años más de cuarenta procedimientos se han iniciado contra Argentina en el CIADI como consecuencia de las medidas legislativas de urgencia adoptadas por el gobierno de dicha nación en la crisis económica de 2001, entre ellas, la devaluación del peso argentino y la eliminación de la paridad de dicha moneda con el dólar”.

seamos conscientes de las dificultades que esta vía conlleva y del margen de fracaso que puede llevar aparejado. Para darnos una ligera idea de lo que se podría evitar en caso de seguir prosperando esta vía de renegociación, se llegó a afirmar que la totalidad de las demandas argentinas podrían desembocar, en caso de no renegociarse y resolverse desfavorablemente, en un monto aproximado de 10,000 millones de pesos.³²

Si bien es cierto que Argentina pensó en tres líneas de actuación, de muy diverso sentido y alcance, sólo una de ellas ha dado resultados medianamente satisfactorios, a saber: la renegociación. El gobierno argentino, representado en aquel momento por el que fuera su ministro de Justicia, H. Rosatti, emprendió la tarea de llevar a cabo estas importantes medidas de resultado variable.

La primera consistía en la idea de crear un foro nacional *ex novo* y *ex professo* para la administración de las disputas relativas a inversiones con inversores extranjeros. Un foro nacional, alternativo, excluyente y de competencia exclusiva *ratione materiae* (inversiones). Este foro sería el denominado *TASP* (Tribunal Administrativo de los Servicios Públicos de Competencia Nacional).³³ Este foro nacional conocería únicamente de los litigios en materia de inversiones extranjeras, propiciando así una especialización y rapidez por parte de este Tribunal que serían sus principales pilares. Un tribunal que hasta la fecha no sabemos si se ha llegado a implementar. Ahora bien, el eco de esta propuesta se propaga a Bolivia, quien manifestó la intención de crear una Procuraduría General del Estado, la cual, en un plano interno, resolviera los conflictos con inversores extranjeros.

³² <http://www.nacionhumana.org>. Revisada el 17 de enero de 2008.

³³ Se pretendía por el ministro de Justicia argentino conformar una comisión de expertos que elaborara un proyecto de ley por el que se creara el mencionado Tribunal. Esta comisión derivaría sus funciones de la resolución 57/2005 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicada en el *Boletín Oficial* el 27 de enero de 2005.

La segunda medida, algo más discutible desde el punto de vista jurídico,³⁴ consistía en el intento de una declaración de inconstitucionalidad de la Ley 24.353, del 28 de julio de 1994, por la que se incorpora como derecho positivo el Convenio de Washington; supuestamente dicha Ley debía ser declarada inconstitucional por contravenir los artículos 27, 31, 75 y 116 de la Constitución argentina de 22 de agosto de 1994.³⁵ Una medida que fue ampliamente criticada en la nación Argentina. Una propuesta poco pacífica que no dejó indiferentes a los diversos sectores argentinos.

La tercera vía consistía en la renegociación de los contratos internacionales que habían causado alguna molestia con el inversor extranjero antes de que éstas desembocaran en una nueva demanda ante el CIADI que pudiera concluir en un laudo en contra de Argentina.

Centrémonos en esta tercera vía de solución, que es a la que más ha recurrido el gobierno argentino a efectos de sacar el máximo provecho por el bajo coste personal y económico que puede llegar a representar. Una vez más el balance que podemos hacer de la renegociación de los contratos internacionales por Argentina presenta sus luces y también sus sombras. En este sentido, se ha llegado a afirmar que la suerte de la renegociación de los contratos pasa por tener un peso cultural considerable. Así se ha afirmado que “por lo general las firmas europeas tratan de llegar a un arreglo, en cambio las americanas, por su idiosincrasia, persiguen el incumplimiento y esperan llevarlo a la justicia para que ésta lo sancione”.³⁶ Un dato que llegó a apuntarse en un informe de la Procuraduría del Tesoro sostenía que entre suspensiones y desis-

³⁴ Muestra de ello es la división interna que causó dicha medida entre el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, la Asociación de Abogados de Buenos Aires y la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

³⁵ Para ver un comentario más extenso, véase Rodríguez Jiménez, S., “La actual crisis del CIADI en la Argentina. Su posible declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, año 39, 2006-A, pp. 396-406.

³⁶ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/66545>, de 23 de mayo de 2008.

timientos se ha llegado a reducir considerablemente los reclamos presentados ante el CIADI; en este orden de ideas, se señalaba que “sobre un total de 41 causas presentadas, menos de la mitad se encuentran en trámite”.³⁷ De esta forma se habla de que se ha llegado a congelar el 40% de los reclamos y, en este sentido, se dice recientemente que “hasta el momento, afirma Argentina ganó casi tanto como perdió en su pelea con las empresas extranjeras que recurrieron, tras la pesificación de la economía en 2001, al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”.³⁸ De esta guisa se llegó a sostener que

Argentina ya fue condenada por el tribunal del Banco Mundial a pagar novecientos doce millones de dólares. Sin embargo, la suerte de las demandas internacionales ha sido dispar. Así, el país logró evitar el pago de casi la misma cifra por la que fue condenado (US\$ 917 millones) como consecuencia de los desistimientos de empresas que llegaron a un arreglo con el gobierno.³⁹

Veamos con nombre y apellidos estos datos numéricos.

Las primeras demandas que se retiraron del CIADI apostando por su renegociación fueron las empresas españolas Gas Natural Ban⁴⁰ y Telefónica S.A.,⁴¹ así como la empresa estadounidense

³⁷ <http://abogados.infobaeprofesional.com> del 07 de noviembre de 2007.

³⁸ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/64193>, de 6 de abril de 2008. En este orden de ideas se ha llegado a afirmar que “el país fue condenado a pagar 912 millones de dólares aunque logró zafar de abonar casi la misma cifra (917 millones de dólares) por los desistimientos de empresas que arreglaron con el gobierno la recomposición de tarifas o alguna otra compensación”.

³⁹ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/66545>, de 23 de mayo de 2008.

⁴⁰ Véase www.clarin.com/diario/2005/03/15/elpais/p-00701.htm. De este caso se llegó a suspender la cantidad de 268 millones de dólares.

⁴¹ Véase infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=17876, donde en una entrevista al procurador Guglielmino afirma respecto a esta retirada que “[esta retirada] va a tener un impacto impresionante, notable... No sé si los argentinos llegan a comprender la magnitud del éxito del arreglo y de haber reducido la demandabilidad de esa manera y el mensaje que se manda a quienes realmente hicieron inversiones en Argentina y quieren seguir haciéndolas. Se puede

Pioneer Natural Resources.⁴² Del caso de Telefónica se ha sostenido que es el mayor reclamo que había en el CIADI contra Argentina⁴³ desde que la empresa española solicitaba el pago de 2834 millones de dólares. El 3 de abril de 2008 saltaba la noticia de que Telefónica prorrogó, por quinta ocasión, la suspensión de un juicio contra Argentina. Medida que regirá por un plazo de seis meses.⁴⁴ En el caso de Pioneer Natural se terminó en un desistimiento al reclamo del inversor norteamericano basado en la participación en la explotación y extracción de hidrocarburos; la justificación del inversor se centraba en la modificación de las medidas cambiarias, así como en las retenciones a los derechos de exportación.⁴⁵

Tras esta primera oleada de retiro de las demandas, la segunda vendría protagonizada por el caso France Telecom, el cual ha sido exitosamente negociado, al desistirse de acudir al CIADI. En este caso, el inversor, una empresa francesa de telecomunicaciones alcanza un acuerdo con la República argentina, ciertamente influido por el ejemplo que en ese mismo ramo ponía la empresa española Telefónica.⁴⁶

categorizar de muchas maneras a los inversores. Están aquellos que realmente hicieron inversiones y los que buscan lucrar de una manera injustificada...”. La retirada de la demanda de la compañía española sólo nos consta por este artículo ya que de la página oficial del CIADI, todavía no se ha actualizado y sigue constando como caso pendiente de resolución. De igual forma, en www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=19845 que afirma que “Telefónica estaría negociando con el gobierno un ajuste de tarifas, como condición para retirar su demanda”. De esta última, Telefónica, se afirmaba que retiraba la demanda del CIADI, la cual ascendía a un total de 2,834 millones de dólares, retiro que se efectuaría antes de fin de año. Igualmente anunció que realizarían nuevas inversiones que ascenderían a 2,500 millones de euros. www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota_herr&idx=30378 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁴² Véase www.clarin.com/diario/2005/03/30/um/m-947989.htm.

⁴³ <http://www.lanacion.com.ar/economia>, del 7 de noviembre de 2007.

⁴⁴ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/64053>, de 3 de abril de 2008.

⁴⁵ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, de 7 de noviembre de 2007.

⁴⁶ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=notaherr&idx=30378.

Una tercera oleada de contratos renegociados estaría compuesta por Aguas Cordobesas,⁴⁷ Aguas de Santa Fe,⁴⁸ Telecom,⁴⁹ Edenor,⁵⁰ Edesur,⁵¹ Enersis,⁵² Camuzzi,⁵³ Transpa S.A.⁵⁴ y RGA Reinsurance Company.⁵⁵ Del caso Camuzzi se ha señalado que “había firmado un acuerdo con el Estado nacional en el que se convino reajustar las tarifas de sus clientes comerciales e industriales hasta un 25%

⁴⁷ Véase www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=22790. En este reporte se afirma que “el retiro de la demanda puede llegar a incluir, según se haya convenido con la empresa, no sólo el desistimiento del proceso, sino también el de derecho, que implica que la compañía no puede volver a iniciar el reclamo”. Un reclamo que se estima valorado en 108 millones de dólares. Se puede leer algo más sobre este caso en www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23059. En www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23958 se afirma la suspensión del reclamo ante el CIADI.

⁴⁸ Se puede consultar el status de este caso en www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23535. Esta empresa está controlada por capital francés y español. En este sentido, encontramos a la empresa francesa Suez y la española Aguas de Barcelona. En www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23630 se afirma que “Suez no retirará su demanda del CIADI y se va de Aguas de Santa Fe”; ahora bien, en www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=24111 se afirma que podría retirarse del CIADI.

⁴⁹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=24788. En este artículo se afirma que las empresas que ya han desistido son AES Corporation, Pioneer Natural Resources, Camuzzi Internacional, Gas Natural SDG SA, Aguas Cordobesas, Aguas Argentinas, Telefónica, Enersis S.A., Electricidad Argentina S.A. y EDF Internacional y Unysis Corporation. www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁵⁰ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20899. Demanda que ascendía a la escalofriante cantidad de 960 millones de dólares.

⁵¹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=19845.

⁵² www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁵³ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144 y <http://abogados.infobaeprofesional.com> de 7 de noviembre de 2007. Se centra en el reclamo de un inversor de nacionalidad luxemburguesa. La empresa reclamaba por los efectos de la devaluación y congelamiento tarifario en las empresas del sector eléctrico por un monto que rondaba los 250 millones de dólares.

⁵⁴ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44472.

⁵⁵ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, del 7 de noviembre de 2007.

a partir del 2008, con la condición de que desista de todo pleito internacional contra nuestro país”.⁵⁶

Otro ejemplo de renegociación exitosa es el caso Asset Recovery Trust.⁵⁷ Esta empresa de capital norteamericano decidió intentar una renegociación con Argentina, suspendiendo así la demanda que, desde junio de 2005, tenía presentada por 20 millones de dólares. El litigio surge por una presunta expropiación contra el Banco de Mendoza. La firma norteamericana es una sociedad asentada en Mendoza, pero cuyo 62.7% del paquete accionario está en manos de las estadounidenses Abadi & Co. Inc. y Depfa USA Inc.⁵⁸ Se declara que en abril del 2000 la empresa firmó un contrato para administrar y recuperar 560 millones de pesos/dólares que provenían de créditos de ex bancos provinciales de Mendoza. El arreglo consistía en la instrumentación de 37 mil operaciones de crédito que involucraban a 25 mil deudores.

Un ejemplo más de renegociación exitosa lo marca el caso CGE (Compañía General de Electricidad), cuyo reclamo era por 125 millones de dólares por cuestiones relacionadas con inversiones energéticas en las provincias de San Juan, Tucumán y Jujuy. Concretamente por los perjuicios ocasionados en virtud del congelamiento de tarifas tras la crisis que afectó al país en 2001; el cambio sustancial del esquema tarifario de la distribución de electricidad de su filial CGE Argentina S.A. suponía una violación al BIT firmado entre las partes estatales directa e indirectamente implicados (Argentina y Chile). Este grupo de origen chileno desistió de dos de sus reclamos basados en el BIT firmado entre Argentina y Chile. El 4 de diciembre de 2006, CGE ya había desistido de su reclamo respecto del contrato de concesión suscrito entre ESJ y la provincia de San Juan. Basándose en lo anterior, el 31 de enero de 2008, CGE presenta al CIADI su retirada de los contratos de concesión de EDETSA y EJESA con las provincias de Tucumán

⁵⁶ www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=34713.

⁵⁷ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, del 7 de noviembre de 2007.

⁵⁸ <http://abogadosinfobaeprofesional.com/notas/50657>.

y Jujuy. El 5 de febrero de 2008 CGE solicitó la suspensión del procedimiento arbitral hasta el 30 de abril de 2008 en relación con la empresa EJSSESA en la provincia de Jujuy.⁵⁹

Pero no todas las historias tienen un final tan feliz. Un primer ejemplo de que las renegociaciones de los contratos no siempre son fáciles lo representa el caso Siemens.⁶⁰ En este caso, Argentina alegaba que la rescisión del contrato en 2001 se produjo por errores en la confección de los denominados “DNI”; se afirmó que la administración De la Rúa justificó la medida en los errores detectados en 3200 documentos. En este sentido, un informe de la Sindicatura General de la Nación advertía que el país perdería 1000 millones de dólares si ponía en marcha el contrato. Por su parte, para la empresa alemana Siemens se produjo una expropiación tras la rescisión inesperada del contrato. Por este motivo reclamaba la cantidad de 420 millones de dólares más intereses (suma que rondaría los 600 millones) en concepto de “expropiación” y “lucro cesante” como argumentos centrales.⁶¹ Si nos remontamos al origen de este caso, observamos que no todos eran optimistas acerca de la posible negociación y retirada de este caso, y en este contexto algunos afirmaban que “avanza hacia una audiencia de fondo”.⁶² La última noticia que tenemos de este caso es que “el tribunal arbitral del Banco Mundial ordena que el país pague a la empresa alemana 208 millones de dólares como resarcimiento por la anulación del contrato por los DNI en 2001”.⁶³ Derivado de esta decisión arbitral, el gobierno se dio a la tarea de buscar negociar una indemnización que moderase la condena de 208 millones de dólares que le impuso el CIADI. En este sentido, el Poder Ejecuti-

⁵⁹ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/61600> y www.dia-riofudicial.com/nota.asp?IDNoticia=34713.

⁶⁰ www.clarin.com/diario/2005/04/13/um/m-956524.htm.

⁶¹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20658, www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=31113 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=33736.

⁶² www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=notaherr&idx=30378.

⁶³ www.infobaeprofesional.com/notas/41240.

vo podría ofrecer a Siemens la posibilidad de ignorar la demanda y renegociar el final de este caso. Un caso que ha estado envuelto en la polémica, con constantes rumores de sobornos y fraudes corporativos de los directivos de Siemens.⁶⁴ En este contexto, se llegó a afirmar que “un ejecutivo de la multinacional Siemens declaró ante la justicia alemana que la empresa pagó sobornos por ochenta millones de dólares a funcionarios argentinos para garantizar un negocio multimillonario en la digitalización de documentos de identidad”.⁶⁵ El 30 de julio del 2008 saltaba la noticia de que el gobierno argentino planteó ante el CIADI la revisión de la condena impuesta arbitrariamente en este caso. En este sentido, se afirma que “el gobierno reclamó la revisión de la condena contra Argentina por la anulación del contrato con la compañía tras las noticias que dieron cuenta de investigaciones en Alemania por el pago de coimas de autoridades de la empresa alemana Siemens a funcionarios de los gobiernos de Carlos Menem y Eduardo Duhalde”.⁶⁶

Un ejemplo de intento frustrado de renegociación es el laudo emitido, el 12 de mayo de 2005, en el caso CMS Gas Transmission Company y por el que se condena a Argentina al pago de 133 millones de dólares de los 256 reclamados.⁶⁷ El reclamo del inversor norteameri-

⁶⁴ Véase <http://management.infobaeprofesional.com/notas/36669>, del 28 de noviembre de 2006.

⁶⁵ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/64892>, del 21 de abril de 2008. Un periódico alemán publicó la declaración del directivo ante la fiscalía de Munich donde se afirmaba que “la compañía pagó setenta millones de dólares a funcionarios del gobierno del ex presidente Carlos Menem para adjudicarse en 1998 la licitación del sistema de digitalización de documentos y la informatización en los controles fronterizos, un negocio valuado en unos mil doscientos sesenta millones de dólares”.

⁶⁶ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/69749>, del 30 de julio de 2008.

⁶⁷ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=15675. Sin que se halla publicado el laudo en la página oficial del CIADI, se nos adelantaban los argumentos que se esgrimieron para condenar a Argentina por parte de la página “infobaeprofesional”. El alegato del estado de necesidad se convierte en el aspecto central de la defensa técnica nacional, el cual se utiliza en las otras treinta y cinco demandas que enfrenta en el CIADI. El tribunal respecto a este

cano se centra en dos puntos: a) “la posibilidad de aplicar el índice PPI para el ajuste de tarifas”, y b) “por el modo en que la Ley de Emergencia reguló el modo en que se calculan las tarifas”.⁶⁸ De este laudo, Argentina solicitó la anulación, solicitud que fue rechazada confirmán-

importante alegato señaló, como puntos más importantes, que: “si no se exigen condiciones estrictas y rigurosas o si las mismas son aplicadas en un sentido amplio, cualquier Estado podría invocar necesidad para eludir sus obligaciones internacionales, lo cual, ciertamente, sería contrario a la estabilidad y previsibilidad del derecho” (párrafo 317). “El problema es entonces determinar si acaso la contribución de Argentina a la crisis ha sido lo suficientemente importante. Luego de determinar las circunstancias de la controversia, el tribunal debe concluir que ese fue en efecto el caso. La crisis no fue generada por un gobierno en particular y reconoce sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, agravada por las políticas gubernamentales de los años 90, que alcanzó su punto máximo en 2002 y los años subsiguientes. De ahí que el tribunal debe tener en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales, ellas no eximen de responsabilidad al demandado en esta materia” (párrafo 329). “...este hecho por sí mismo lleva a la conclusión inevitable de que no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de necesidad en la costumbre internacional para permitir que se excluya la ilicitud de los actos” (párrafo 331). “...el tribunal está convencido de que la crisis argentina fue grave pero no llevó a un total colapso económico y social. Cuando se compara la crisis argentina con otras crisis contemporáneas que afectan a países en diversas regiones del mundo, se observa que esas otras crisis no han dado lugar al incumplimiento de obligaciones internacionales contractuales o convencionales. Ha habido por cierto renegociaciones, adaptaciones y prórrogas, pero la esencia de las obligaciones internacionales se ha mantenido intacta” (párrafo 355). El laudo contiene entre sus conclusiones: “1. El demandado incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista el trato justo y equitativo garantizado por el artículo II.2.a) del tratado y de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el artículo II.2.c) del tratado. 2. El demandado deberá pagar al demandante una indemnización por el monto de 133.2 millones de dólares. 3. Luego del pago de la indemnización decidida en este laudo, el demandante transferirá al demandado la propiedad de sus acciones en TGN una vez que el demandado haya pagado el monto adicional de 2,148,100. El demandado tendrá hasta un año a partir de la fecha de notificación del presente laudo a las partes, para aceptar dicha transferencia...”. www.infobaeprofesional.com/download/15/0041583.pdf.

www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=15675 y www.infobaeprofesional.com/download/15/0041583.pdf, párrafos 317 y ss.

⁶⁸ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, del 7 de noviembre de 2007.

dose el laudo inicial el 25 de septiembre de 2007. De este caso se sabe como última noticia que la empresa de energía norteamericana pidió una medida cautelar en la justicia de Nueva York, la cual fue concedida,⁶⁹ y consistía en el embargo de los fondos de Santa Cruz, una provincia argentina. Se afirma que “los abogados de la empresa presentaron el pedido de embargo ante la justicia de Nueva York a partir de la información de que los fondos de Santa Cruz podrían pasar por allí en su tránsito de Suiza a Argentina”.⁷⁰

Un tercer ejemplo de fracaso lo refleja el caso Sempra Internacional;⁷¹ en este caso se apostó por una negociación pero acabó con una decisión condenatoria para Argentina. Los reclamos del inversor norteamericano se basan en alegaciones parecidas a los casos de CMS, LG&E y Enron. En este caso se alegaba la violación de las normas de privatización cuando se “abandonó la convertibilidad y congelaron las tarifas de los servicios públicos privatizados”.⁷² Sempra Energy reclamaba la caída en el valor de su participación en dos compañías de gas natural (Camuzzi Gas Pampeana y Camuzzi Gas del Sur). El 7 de noviembre del 2007 se anunciaba que Sempra ganaba un arbitraje internacional por 172 millones de dólares.⁷³

Un cuarto ejemplo de resultado adverso es el representado por el caso Azurix en el que se ha condenado a Argentina a indemnizar a la compañía norteamericana con 165 millones de dólares

⁶⁹ Se determina que “el juez Harold Baer ordenó congelar todas las cuentas bancarias de la Argentina en Wall Street, trabó un embargo temporario y citó a las partes”. Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/63946>, del 1o. de abril de 2008.

⁷⁰ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/63946>, del 1o. del abril de 2008.

⁷¹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144 y <http://www.lanacion.com.ar/economia>, del 7 de noviembre de 2007.

⁷² <http://abogados.infobaeprofesional.com>, del 7 de noviembre de 2007.

⁷³ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, del 7 de noviembre de 2007. El consejero general de Sempra señalaba su esperanza de que el gobierno de Argentina honrara sus obligaciones legales.

basándose en argumentos de “ingerencia política indebida”,⁷⁴ tras alegar incumplimientos por la provincia de Buenos Aires en el servicio de agua potable. Las alegaciones de “trato justo y equitativo”, “arbitrariedad” y “protección y seguridad”, fueron los elementos alegados y admitidos para que prosperara la condena para la República argentina. De este caso destacamos que pese a tener un laudo desfavorable para el país, éste no debe verse como un resultado tan adverso, pues sólo se le concedió a la empresa el 29% de lo reclamado.

El quinto ejemplo lo materializa el caso LG&E donde también prosperó la demanda y, a finales de julio del 2007, se condenó a Argentina (por decisión unánime de los tres árbitros) a pagar 270 millones de dólares por violación a los principios de “trato justo y equitativo”, “trato no menos favorable que el exigido por el derecho internacional” y “discriminación”. Se afirmó que “la demanda se basaba en la supuesta ruptura de la ecuación económica financiera producida por el congelamiento de las tarifas del gas y la implementación de las normas de emergencia, que tuvieron como consecuencia la devaluación del peso argentino respecto del dólar”.⁷⁵ Se rechazó en este caso más del 98% de la pretensión de la empresa demandante LG&E quien había solicitado 20,000 millones de dólares. En este caso el reclamo del inversor norteamericano presenta el mismo patrón que el caso CMS.

El sexto caso que podemos mencionar como sombra a la renegociación, es el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal, donde se condenó a Argentina al pago de 105 millones de dólares a la empresa francesa por incumplimiento de los principios de “trato justo y equitativo”. El conflicto se inició en 1997 y versaba sobre una concesión del servicio de cloacas y agua potable a una subsidiaria de la compañía francesa Aguas del Aconquija.

⁷⁴ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=30981.

⁷⁵ www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=34713.

El último caso donde se ha condenado a Argentina es Enron; en este caso el inversor norteamericano presenta reclamos fundados en razones de igual tenor que en los casos CMS y LG&E.

Otros ejemplos están esperando su renegociación exitosa, éste es el caso de Unisys.⁷⁶ El tema central de este caso es el suministro al Poder Judicial argentino de sistemas tecnológicos, el cual se efectuaría en función de la licitación pública 1/97. La demanda se basa en un supuesto incumplimiento del BIT firmado entre Argentina y Estados Unidos de América tras la aplicación de la Ley 25.561 de Emergencia Económica. Otro ejemplo de *stand by* es el caso Suar Internacional. Se trata de una empresa francesa que tenía otorgada la concesión del servicio de agua potable en la provincia de Mendoza y que reclamaba el pago de 200 millones de dólares en concepto de compensación.⁷⁷ En la demanda se alega la modificación que había sufrido la empresa en las condiciones iniciales de contratación. Se afirma que tras acordar con el gobierno local su salida de Obras Sanitarias de Mendoza, la compañía francesa Suar Internacional retiró su millonaria demanda por los perjuicios derivados de la devaluación.⁷⁸ Se afirmó que desde Suar Internacional anunciaron su retirada de Latinoamérica. Un tercer caso de esfuerzo renegociador y de posible retirada de la demanda que se está llevando a cabo es Pan American Energy. En esta ocasión se presenta una demanda por la petrolera el 6 de junio de 2003 en la que se solicita la cantidad de 300 millones de dólares en concepto de indemnización.⁷⁹ De este caso se señala que el retiro de su demanda sería “a cambio de obtener la concesión del yacimiento Cerro Dragón hasta 2047”.⁸⁰ Otros casos que se encuentran

⁷⁶ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44472. Este caso es seguido de cerca por Consejo de la Magistratura de la Nación, concretamente por la Comisión de Administración y Financiera.

⁷⁷ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁷⁸ <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/44144>.

⁷⁹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44972.

⁸⁰ <http://www.lanacion.com.ar/economia>, del 7 de noviembre de 2007.

en posibilidad de ser negociados son: AES Corporation,⁸¹ EDF Internacional.⁸²

La última demanda que conocemos contra Argentina se presenta por parte de Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa.⁸³ Esta demanda se presenta tras la cancelación en julio de 2006 de un contrato de servicios públicos, con motivo de una supuesta prestación defectuosa de los mismos.⁸⁴ Tendremos que esperar a ver cómo se desenvuelve este caso y se puede llegar a una renegociación del contrato.

2. *El caso Metalpar S.A y Buen Aire S.A. (Caso CIADI número ARB/03/5)*

Estimamos que no podemos entender el contexto general de los casos argentinos sin poner nuestra atención en la crisis económica que inicia en el 2000 y que sin duda motiva el elevado número de reclamos ante el sistema arbitral administrado por el CIADI. En este caso entendemos que planea, como en todas las demandas argentinas presentadas en su contra ante el CIADI, una conjugación de los dos riesgos que corre toda inversión a la hora de realizarse; hablamos del riesgo económico y del político. En este sentido, el riesgo económico se produce por la elección del mercado que realizan los inversores y al que está expuesta toda in-

⁸¹ Del caso AES Corporation se señala que es accionista de las distribuidoras Edelap, EDEN y EDES y de las generadoras Alicurá y San Juan y que se “suspendió una causa por 750 millones de dólares”. <http://www.lanacion.com.ar/economia>, del 7 del noviembre de 2007.

⁸² <http://www.lanacion.com.ar/economia>, del 7 de noviembre de 2007. Del caso EDF se señaló que “algo más complejo ocurrió con la francesa EDF. Mientras su subsidiaria Electricidad Argentina (controlante de Edenor) quedó en manos del grupo local Dolphin —que congeló su demanda—, la casa matriz reactivó un reclamo que corresponde a la tenencia de acciones que EDF tenía en la distribuidora eléctrica de Mendoza, Edemsa, de la cual se marchó en 2004. La demanda asciende a 257 millones de dólares”.

⁸³ ICSID Case No. ARB/07/26.

⁸⁴ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, del 26 de octubre de 2007.

versión con absoluta independencia del Estado en que se concrete el destino de ese flujo de capital (riesgo “innato”). El riesgo político entendemos que se produce por la alteración estatal, unilateral, del régimen jurídico aplicable a una inversión, el cual repercute en la disminución del valor de dicha inversión (riesgo “eventual”, riesgo “regulatorio”).⁸⁵ De lo anterior concluimos que más que el riesgo político, el que se materializa en este caso es el riesgo económico al extraerse de la lectura del laudo que las medidas tomadas por Argentina ayudaron, incluso, a mejorar los beneficios de los inversores.

El motivo más importante de la situación de Argentina ante el CIADI es la crisis y la pesificación que sufrió a principios del 2001; dicho lo anterior somos conscientes de que este argumento no siempre ha tenido un peso relevante en los pronunciamientos emitidos por distintos tribunales arbitrales o que su origen no estuviera en la denominada pesificación (por ejemplo, Siemens). Prueba de este eco lo refleja el tribunal arbitral que emitió el laudo en el caso CMS al señalar que “hacia finales del decenio de 1990 comenzó a desarrollarse en la República argentina una grave crisis económica que iba a dar lugar a hondas secuelas políticas y sociales”.⁸⁶ En otro tribunal arbitral se llegó a comparar la crisis de 2001 con una “invasión militar”. Estas afirmaciones se dan en el contexto del caso LG&E a través de un tribunal arbitral conformado por Tatiana de Maekelt, Francisco Rezek y Albert Jan van den Berg. Lo anterior implica no sólo plasmar en su pronunciamiento el “estado de necesidad” en que se vio inmerso el Estado argentino, sino también darle trascendencia jurídica.⁸⁷ De esta forma concluimos que si bien se reconoce dicha situación, ésta no influye de

⁸⁵ Fernández Masiá, E., *op. cit.*, nota 3, pp. 9-13.

⁸⁶ www.infobaeprofesional.com, revisado el 20 de mayo de 2007. En esta misma publicación se llegó a mencionar que “la crisis del 2001 y la pesificación de la economía que le siguió a principios de 2002, fueron dos de los traumas políticos, sociales y económicos más importantes de la historia de la Argentina”.

⁸⁷ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=34009 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=37508.

manera decisiva en todos y cada uno de los pronunciamientos de fondo de los diversos tribunales arbitrales. Sin embargo, hay un caso reciente, Metalpar y Buen Aire, el cual marca sin duda un punto de referencia innegable al reconocer y dar peso a dicha situación, y así, tenerla en cuenta como un elemento decisivo a la hora de emitir su pronunciamiento a favor del demandado, la parte estatal. En este orden de ideas, afirmamos que si bien no todas las demandas se originan como consecuencia de la pesificación (como ejemplo encontramos el caso Siemens,⁸⁸ del cual se afirma que nació cuando el “ex presidente Fernando de la Rúa decidió rescindir un contrato firmado durante la administración de Carlos Menem entre el Estado y la empresa alemana para la confección de DNI”,⁸⁹ o el caso Asset Recovery Trust, el cual surge por la presunta expropiación contra el Banco de Mendoza),⁹⁰ sí podemos afirmar que la mayoría de ellas se presentan como consecuencia de la crisis económica argentina (este es el caso que analizamos en estas breves líneas). Quizá la diferencia entre estas demandas, por lo que se refiere a su origen, radica en el hecho de que el reclamo, al no tener como base la emergencia económica, “facilitó la apertura de una negociación extrajudicial”.⁹¹

En el contexto de estas afirmaciones, no podemos dejar de hacer referencia al caso Metalpar y Buen Aire recientemente publicado y resuelto a favor del Estado argentino. Sin duda, la trascendencia de este caso no ha pasado desapercibida para los distintos medios de comunicación argentinos.⁹² Lo anterior por dos motivos:

⁸⁸ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁸⁹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=39712.

⁹⁰ Se afirma que “no está relacionado con la treintena de denuncias que el Estado argentino recibió en los tribunales internacionales como consecuencia de la emergencia económica”; véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/50657>.

⁹¹ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/50657>.

⁹² <http://www.lacapitalnet.com.ar/hoy/ELPais/Noticias/200806072908.html>; <http://www.diariobuenosaires.com.ar/nota2.asp?IDNoticia=24145>; <http://www.elperiodicoaustral.com/diario/noticias.php?leer=117449>; <http://www.diarioepoca.com/notix/noticia.php?i=159001&edicion=2008-06-07>; <http://mx.news.yahoo>.

el primero porque el tribunal no sólo reconoce, sino que también otorga importante peso a la situación de emergencia y, segundo, por ser el primer caso que Argentina gana en el contexto de esas medidas de emergencia adoptadas en los años 2001 y 2002. Como se refleja en el laudo:

la solicitud se fundamentó en los supuestos efectos adversos que habría tenido una serie de medidas económicas adoptadas por las autoridades de la República argentina, a fines del 2001 y comienzos del 2002, sobre las inversiones realizadas por las demandantes en una empresa de fabricación de carrocería para vehículos para el transporte público, en Argentina.⁹³

En este caso, el tribunal arbitral tuvo en cuenta que “a partir del año 1998 se comenzó a gestar en la República argentina una crisis que explotó violentamente al finalizar el 2001. Los alcances de esta situación son innegables y quedaron ampliamente demostrados en autos”. En este contexto, se facilitó un informe emitido por la experta Liliana de Riz, el cual determinó que “por cierto que el carácter inédito, la novedad que tuvo la crisis argentina es que fue simultáneamente un colapso de la economía, una crisis del Estado, una crisis del sistema político de representación, y una crisis social” (párrafo 190). Crisis de la que hicieron eco periódicos, el Fondo Monetario Internacional e incluso la misma Corte Suprema de Justicia de la República Argentina (párrafos 192 a 194).

El 3 de febrero de 2003, el CIADI recibe de las actoras una solicitud de arbitraje contra Argentina y el 7 de abril del 2003, el Secretario General interino del Centro registró la solicitud de conformidad con el artículo 36.3 del Convenio del CIADI. Se trata de una demanda que dos compañías constituidas en la República de Chile (Metalpar y Buen Aire) iniciaron contra Argentina, con base en el Convenio de

com/s/07062008/7/6/n-latam-1019547-ciadi-fall-favor-pa-s.html y *http://www.laprensa.com.ar/secciones/nota.asp?ed=2801&tp=12&no=90163*.

⁹³ El laudo puede consultarse en *ita.law.uvic.ca/documents/Metalpar-awardsp.pdf*.

Washington, solicitando la cantidad de 18 millones de dólares frente a Argentina. Metalpar S.A. (antes denominada Comercial Metalpar S.A.), es una empresa chilena cuya principal actividad es fabricar carrocerías para vehículos, especialmente, colectivos de transporte urbano, controlando el 68% del mercado. Se afirma que “produce 1500 unidades anuales y en 2007 alcanzó una facturación de 130 millones. En enero de este año vendió un tercio de su paquete accionario a la brasileña Marcopolo”.⁹⁴ Buen Aire S.A. también es una sociedad chilena cuyas actividades son las inversiones y la prestación de asesoría técnica. Las demandantes afirmaron que invirtieron en Argentina una cantidad superior a los 30 millones de dólares.

El tribunal de este caso estuvo compuesto por Rodrigo Oreamuno Blanco (costarricense y presidente del tribunal); Duncan H. Cameron (norteamericano y designado por las actoras) y Jean Paul Chabeneix (peruano y designado por Argentina) y se constituyó de conformidad con el artículo 37.2.b) del Convenio de Washington, ante la falta de señalamiento por las Partes. El 23 de septiembre del 2003, de conformidad con la Regla de Arbitraje 6 (1) se notifica a las Partes que todos los árbitros aceptaron su nombramiento, teniéndose por constituido el Tribunal Arbitral.

La primera sesión se realiza en Washington D. C., en la sede del CIADI, el 13 de noviembre del 2003. Aunque el proceso arranca con algunas discrepancias de la demandada, el 30 de marzo del 2004 las demandantes presentan su Memorial sobre el Fondo y el 17 de mayo del 2004 Argentina presenta su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción del Centro y a la Competencia del Tribunal. Con la presentación de este último escrito el Tribunal Arbitral informa de la suspensión del procedimiento y de la necesaria resolución respecto al tema de la jurisdicción. El asunto de la jurisdicción se resolvió el 27 de abril del 2006, donde el tribunal decidió por unanimidad rechazar la excepción a la jurisdicción interpuesta por Argentina, declarando su competencia para tramitar y resolver el presente caso.

⁹⁴ <http://mx.news.yahoo.com/s/07062008/7/6/n-latam-1019547-ciadi-fall-favor-pa-s.html>.

Con estos datos se desarrolla el procedimiento y el 13 de febrero del 2008 el Tribunal Arbitral comunica el cierre del mismo.

Las actoras en su solicitud alegaban violaciones que se basaban en el BIT firmado en 1991 entre Chile y Argentina y que entró en vigor el 1o. de enero de 1995; concretamente alegaban que a partir de diciembre del 2001, la República argentina inició un proceso de modificación del sistema financiero y cambiario de su país que afectó sus inversiones. Estas violaciones convencionales se habrían producido por la aplicación del Decreto 1570/2001, el cual estableció el denominado “corralito”, y de la Ley 25.561 de “pesificación”. El primero contiene reglas a las que se someterán las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República argentina. En ellas se establecen restricciones transitorias para los retiros de dinero en efectivo y límites a la realización de transferencias al exterior, así como una prohibición a la exportación de billetes y monedas extranjeras; la segunda, la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen cambiario, llamada “Ley de pesificación”, por pesificar los contratos denominados en dólares, dispuso que las obligaciones pactadas en dólares debían convertirse a pesos argentinos, facultando al Poder Ejecutivo a establecer el sistema que determinaría la paridad cambiaria entre el peso argentino y las divisas extranjeras. Ambos cuerpos normativos eran el eje central de las violaciones al BIT argentino-chileno.⁹⁵

⁹⁵ Otros cuerpos normativos alegados era la Ley 24.522, Ley de Concursos y Quiebras; la Ley 23.298, Ley de Convertibilidad; Decreto 71/2002 que contiene normas reglamentarias sobre el régimen cambiario establecido por la Ley núm. 25.561; Decreto 214/2002 sobre reordenamiento del Sistema Financiero; Comunicación A 3471 del Banco Central de Argentina; Decreto 260/2002 que eliminó el mercado oficial de cambios; Decreto 320/2002 sobre el Reordenamiento del Sistema Financiero; Decreto 410/2002 sobre el Reordenamiento del Sector Financiero; Decreto 704/2002 que amplía las exclusiones establecidas en el Decreto 214/2002; Decreto 905/2002 que encargó al Ministerio de Economía reparar a las entidades financieras los perjuicios que sufrieron por la pesificación; Decreto 53/2003 que reformó el Decreto 410/2002 y la Ley 25.820 que reformó la Ley 25.561.

Las demandantes alegaban que “los deudores fueron autorizados a pagar sus obligaciones en pesos argentinos al nuevo valor de mercado, que implicó una desvalorización superior al 300% del peso con relación al dólar”. Alegan violación al trato justo y equitativo, siendo esa actitud una expropiación indirecta. Metalpar señalaba que lo expropiado eran sus derechos y créditos que tenían contra sus clientes, los que no han podido ejercitar en su totalidad porque la autoridad argentina se los ha impedido mediante las medidas financieras dictadas al efecto.

Para Argentina “las medidas fueron adoptadas con base en los principios de razonabilidad, buena fe y proporcionalidad”. En este sentido, señaló que “la necesidad y razonabilidad de las medidas adoptadas han sido ratificadas por la jurisprudencia internacional y que el estado de necesidad también ha sido reconocido por el derecho internacional general”. De este tenor afirma que “las demandantes confundieron cuál es su inversión, ya que ésta no consiste en los créditos de Metalpar argentina; sino una participación accionaria, que “vale más de lo que hubiera valido de no adoptarse las medidas”.

En el rubro de “discriminación”, las demandantes afirmaron que “las compensaciones adoptadas para el sector financiero, de conformidad a la Ley 25.561, la Ley 25.789 y el Decreto 905/2002, contravienen el artículo 2o. núm. 3 del APPI que prohíbe actuar discriminatoria o arbitrariamente en contra del inversionista extranjero”. En esta línea de argumentación, las demandantes sostuvieron que “Argentina también actuó injusta e inequitativamente cuando adoptó medidas legales que afectan las inversiones de las demandantes pero que no afectaron al sistema financiero, este actuar es arbitrariamente discriminatorio”. Sobre este punto, Argentina se defiende alegando que “no puede sostenerse válidamente, como pretenden las demandadas, que la medida es discriminatoria porque otros sujetos recibieron un tratamiento distinto al otorgado a METALPAR. Resulta ilógico e ilegítimo comparar categorías de sujetos regidos por normas diferentes y con características diferentes”. En esta línea sostuvo que “no discriminar no implica tra-

tar a todos absolutamente por igual. Antes bien, para tratar a todos por igual, deben construirse cuidadosamente distintas categorías de personas afectadas que guarden similitudes relevantes entre ellas”.⁹⁶ Argumento que le llega a determinar y concluir que “el gobierno argentino no adoptó medidas más favorables respecto de las entidades financieras”. En este punto, el tribunal determinó que “la potestad que tiene un Estado de crear su ordenamiento legal, por medio de sus órganos competentes, le permite establecer normas diferentes para regular a sujetos distintos. Si las demandantes no eran, ni son en la actualidad entidades financieras, no pueden alegar que el Estado argentino debió tratarlas como tales” sostuvo, apoyándose en el caso *Sempra Energy Internacional y CMS Gas Transmission Company* que “tratar de manera diferente a sujetos de distintas clases no implica un trato desigual. El principio de igualdad se aplica entre iguales únicamente, no entre desiguales”. Lo anterior le lleva a concluir que “no encuentra que en este caso Argentina discriminara a las demandantes mediante la normativa que ellas citaron, ya que al encontrarse en un grupo diferente al financiero, al que las normas le dieron un trato distinto con respecto a la pesificación, no pueden alegar un trato discriminatorio”.

En el rubro de “expropiación”, las demandantes alegaban que las medidas adoptadas por el Estado argentino “son desproporcionadas y constituyen una expropiación indirecta” y en este mismo tenor dan una definición de lo que implica una expropiación indirecta, señalando que es aquella en que “las medidas estatales no sustraen física ni jurídicamente el derecho o bien de su titular, sino que reducen de forma relevante el haz de facultades que implica esa titularidad, o merman significativamente su valor económico”.

Alegan que “podría decirse que al resultar la “pesificación” del crédito por un acto de alcance general, emanado de una autoridad, la confiscación adquiriría el carácter de confiscación “indirecta”. En este tenor afirman que “la pesificación desactivó los mecanis-

⁹⁶ En este sentido, se fundamentó en el laudo del 12 de mayo de 2005 del caso CMS donde se aseguró que “sólo existe discriminación entre grupos o categorías de personas que se encuentran en una situación similar”.

mos contractualmente previstos para el supuesto de pesificación e impidió a Metalpar cobrar los dólares debidos, recibiendo a cambio pesos argentinos a un valor de un tercio de dólar prometido. Esta disminución del valor, obviamente "...ha operado una transformación en la sustancia del derecho afectado que la torna inválida frente a la Constitución nacional". Lo anterior se complementó al señalar que "las medidas adoptadas por Argentina fueron de carácter permanente y han tenido «efectos permanentes» sobre los contratos de Metalpar, ya que nunca se le permitió exigir el cumplimiento total". Por su parte, Argentina se defiende señalando que "es imposible hablar de expropiación, ya que la inversión vale sustancialmente más de lo que hubiera valido de no haberse adoptado las medidas, valuadas en dólares estadounidenses". En este punto, el tribunal concluye que "en este proceso las demandantes no demostraron que las actuaciones del gobierno argentino tuvieran un efecto «suficientemente grave» sobre sus inversiones como para generar la necesidad de una compensación por expropiación". En este tenor, señala que "no ha tenido evidencia de que la intervención en los contratos de crédito que alegan las demandantes haya generado efectos negativos en la inversión que ellas realizaron en Argentina". Por lo anterior considera que:

Las demandantes en ningún momento se vieron impedidas de manejar su inversión y siempre tuvieron control sobre ella, por medio de su subsidiaria, Metalpar Argentina S.A. Incluso esta empresa continuó ejerciendo su actividad comercial, negociando con los clientes que ya habían firmado los contratos y con clientes futuros. Metalpar Argentina S.A. mejoró su producción y sus ventas en el mercado argentino, como lo reconoció su presidente, el señor Jaime Paredes, quien además es uno de los principales accionistas de las demandantes. No hay, por lo tanto, prueba alguna de una expropiación directa ni indirecta de las inversiones de las demandantes.

En el rubro de la "interferencia" se señaló que "las medidas adoptadas por Argentina interfirieron o neutralizaron la propiedad

y goce de los derechos y créditos de Metalpar, con lo cual éste se vio impedido de poder “dirigir las operaciones del día a día sobre sus negocios y sus inversiones”, en otros términos, se interfirió el “control de sus inversiones y negocios, ya que no pudo exigir el cumplimiento de contratos válidamente celebrados”. Para las demandantes:

la expropiación también comprende la interferencia encubierta o incidental por parte del Estado en cuanto al uso de la propiedad por parte de sus dueños, ya que produce el efecto de privar al dueño de todo o parte de los beneficios económicos razonablemente esperados, sin que haya necesidad de un beneficio económico obvio para el Estado.

Argentina replicó que “es imposible afirmar que los derechos de Metalpar —referido a las demandantes— han devenido tan inútiles que se los debe considerar expropiados”, o que se haya “efectivamente neutralizado el beneficio de la propiedad del inversor extranjero”. En este rubro el tribunal concluyó que “no hubo expropiación de las inversiones de las demandantes” y señaló que “tampoco es posible afirmar que existiera alguna interferencia significativa de Argentina con respecto a las inversiones de las demandantes, que les impidiera a éstas o a Metalpar Argentina S.A. desarrollar su gestión empresarial en la forma que juzgaran más conveniente”.

Por lo que se refiere al rubro de la “prohibición de hacer transferencias al exterior”, las demandantes alegaban la violación al artículo 5o. del BIT Argentina-Chile, el cual se refiere a la libre transferencia de pagos relacionados con la inversión. En este sentido, alegaron que “discriminó a los inversionistas extranjeros al establecer excepciones a la prohibición de transferencia como fueron los pagos de gastos efectuados en el exterior a través de tarjetas de crédito”. Argentina alegó que “siempre permitió la realización de transferencias internacionales y en el momento más difícil de la crisis sujetó esas transferencias a la conformidad previa del Banco Central. El problema, según Argentina, es que ninguna de las de-

mandantes solicitó alguna vez autorización alguna al BCRA para realizar una transferencia”. En este orden de ideas, alegó que:

el artículo 5o. del APPI indica que los Estados deben garantizar a los nacionales o sociedades de la otra Parte contratante la libre transferencia de pagos relacionados con una inversión, ello no impide que cada Estado parte establezca determinados procedimientos para la realización de las transferencias. En este caso, en particular, la demora de las transferencias obedece al exclusivo incumplimiento de las formalidades por parte de las demandantes.

Respecto a este punto, el tribunal concluyó que:

las demandantes, quienes conocían bien la normativa que regulaba esta materia, como consta en el expediente, no cumplieron con el procedimiento señalado, que consistía en solicitar la autorización respectiva al Banco Central, no al Bank Boston, y que Argentina no violó el artículo 5o., inciso b) del TBI que garantiza la transferencia de fondos al exterior. Si se llegara a la conclusión de que lo que ocurrió fue que el BankBoston le dio una asesoría incorrecta a las demandantes, tampoco podrían imputárseles las consecuencias de ese error a Argentina.

En el rubro sexto, relativo al trato “justo y equitativo”, las demandantes señalaron que “la acción legislativa de Argentina careció de toda coherencia, fue ambigua, impredecible y poco transparente, todo lo cual impidió que los inversionistas pudiesen planificar sus actividades”. En este contexto alegaron que:

Argentina en una forma arbitraria e ilegal dictó normas que cambiaron el marco jurídico sobre el cual las demandantes tomaron la decisión de invertir”. Lo anterior les lleva a concluir que «Argentina, al haber suscrito el APPI con Chile, asumió la obligación respecto de las inversiones y de los inversionistas chilenos, de respetar los derechos adquiridos respecto de tales inversiones y las expectativas racionales y legítimas de los inversionistas. Este deber de Argentina no fue respetado por ella y por ende el trato

dado a las inversiones de Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. no fue ni justo ni equitativo».

A estas afirmaciones, Argentina alega que “Metalpar no puede argumentar que tenía la expectativa legítima de que, frente al colapso económico, social e institucional más grave en la historia del país, su inversión no se vería afectada en ninguna medida y el orden jurídico que regula las relaciones contractuales entre particulares sufriría ciertas readecuaciones”. En este rubro, el tribunal determinó que “con el tratamiento que le dio a las inversiones de ellas, Argentina no violó la garantía de trato justo y equitativo establecida en el TBI”. Y para ello concluyó que:

Argentina no discriminó a las demandantes. Tampoco les negó el acceso a la justicia. Según se expuso anteriormente, las medidas tomadas por Argentina para conjurar la crisis incluían mecanismos judiciales y extrajudiciales para mitigar sus efectos. Las demandantes, por decisión propia y no porque las autoridades argentinas se lo impidieran, no utilizaron ninguno de esos mecanismos.

En apoyo de estas afirmaciones, el tribunal sostuvo que:

no existió una licitación, una licencia, un permiso o un contrato de alguna clase entre Argentina y las demandantes, y el Tribunal considera que no hubo expectativas legítimas de las demandantes que fueran violadas por Argentina. En la audiencia se demostró que ambas demandantes tenían la experiencia comercial tanto en Argentina como en Chile y que sabían que la industria automotriz en ese país estaba en mala situación desde 1997. Por ello, el Tribunal considera improbable que ellas legítimamente esperaran que sus inversiones no fueran a estar sujetas a los vaivenes del país en el que las hicieron o que la crisis que ya entonces podían prever no generaría la necesidad de promulgar medidas legales para paliarla. Como en este caso no existe una conducta estatal arbitraria ni una situación contractual de alguna clase que les permitiera a las demandantes crearse expectativas legítimas que fueran violadas por esa conducta, el Tribunal concluye que Argentina no violó el

precepto que la obliga a darle un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de las demandantes.

Lo anterior le lleva a concluir que:

no se ha demostrado durante ese proceso que las inversiones de Metalpar S.A. y de Buen Aire S.A. en la República argentina, recibieran del gobierno de esa nación un tratamiento discriminatorio o que violara el precepto del trato justo y equitativo. Tampoco le consta al Tribunal que esas inversiones fueran expropiadas por ese gobierno, de manera directa o indirecta, que ese interfiriera de forma significativa en su manejo por parte de las demandantes ni que a ellas se les privara arbitrariamente de la posibilidad de hacer transferencias al exterior. Ello bastaría para declarar sin lugar la demanda presentada por las demandantes. Sin embargo, como se ha comentado y se comentará adelante, este caso tiene, además, la singularidad de que no existe ninguna demostración en actos de que las inversiones de las demandante sufrieron perjuicio, razón por la cual sus pretensiones habrán de denegarse. El tribunal, adicionalmente, estima conveniente analizar otros aspectos de esta contienda que la hacen distinta de otras similares.

En el rubro séptimo, referente a “indemnización”, las demandantes alegaban daños emergentes y lucro cesante, daño moral y “pérdida de chance”, así como daños referidos a asesorías económicas, financieras y legales a las que las demandantes “han debido requerir para enfrentar la situación de la empresa en Argentina y también en Chile”. En total requerían la cantidad de 17,938,099 dólares más “el interés compuesto desde la fecha del fallo hasta su pago efectivo”. Argentina alegó que:

las medidas que ella tomó lejos de causar perjuicios a la inversión de Metalpar la han beneficiado fuertemente... al permitirle a sus deudores no sólo cancelar sus deudas, sino además mejorar su situación económico-financiera, motivo de la recuperación de la demanda de transporte de pasajeros, situación que redundó en un incremento en la adquisición de nuevas carrocerías.

En este sentido, afirmaron que “no existe relación de causalidad entre su conducta y los daños que alegaron las demandantes y además, los rubros de daño moral, pérdida de chance y otros daños carecen de fundamentación técnica alguna que avale su cuantificación”. Estimamos que, con acierto, Argentina determina que “no procede el reclamo de daño moral, ya que las demandantes son personas jurídicas y en el derecho argentino no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales”. En esta línea el tribunal determinó que:

los personeros de Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. no desconocían los trastornos políticos y económicos que había experimentado dicho país en el pasado... sabían que en el pasado cercano Argentina había sufrido graves trastornos de inestabilidad y, posiblemente, con un poco de diligencia, pudieron haber descubierto, en 1996 y durante los años siguientes, cuando efectuaron sus inversiones en Argentina... que una nueva crisis se estaba gestando.

En este contexto continúa afirmando que:

es válido, pues, suponer que las demandantes, con personeros dotados de amplia experiencia internacional, domiciliadas en un país vecino y con fuertes relaciones con esa nación, conocían la realidad de Argentina. Esta suposición se convirtió en certeza para los integrantes de este Tribunal durante la audiencia celebrada en septiembre del 2007...

Para redondear sus afirmaciones, sostiene el tribunal que “en el campo de las finanzas se afirma frecuentemente que a mayor rendimiento, mayor riesgo”. Si bien este aforismo se aplica corrientemente a las transacciones financieras entre particulares, tampoco es posible ignorarlo cuando se trata de decidir en qué país se invierte; por ello se habla de riesgo-país.

No se puede negar el hecho de que hay naciones en el mundo que gozan de una estabilidad mayor que otras. Los personeros de las demandantes, hombres de negocios con experiencia internacio-

nal... decidieron hacer sus inversiones en ese país, donde aunque había un riesgo más grande por los problemas de inestabilidad que había vivido Argentina en el pasado, también existía la posibilidad de obtener mayores utilidades.

En el penúltimo rubro, denominado “estado de necesidad”, Argentina alegó “como eximente de responsabilidad, el estado de necesidad”. En este contexto alega que “la crisis que sufrió se vincula con innumerables factores exógenos en los cuales ese país tuvo una nula o irrelevante participación”. La percepción de gravedad de la situación por la que atravesaba Argentina era tan elevada que aseveró que “durante la crisis existió un cierto riesgo de desintegración del Estado mismo”. Para las demandantes “es admisible que la necesidad de proveer al bien común implique la limitación de ciertos derechos individuales; pero en tal caso esa privación debe ser indemnizada”, en este contexto señala que “la emergencia en Argentina no surgió de la nada, ni se trató de un desastre natural, sino que fue la consecuencia de sus propios desmanejos”. En este sentido, afirman que “no cuestionan la potestad de Argentina para dictar las medidas, ni buscan la declaratoria de ilegalidad de la pesificación o de la devaluación; tampoco cuestionan el poder soberano de Argentina para devaluar” y concluyen señalando que la pesificación ni era obligatoria ni necesaria y que “no tenía ni tiene derecho a exigir a un inversor extranjero ninguna “contribución patriótica”. En el contexto de estas afirmaciones, el tribunal señaló que:

en lo que respecta a las causas de las crisis y la corrección de las medidas tomadas por Argentina, el tribunal se encuentra imposibilitado de definir si, como lo afirmaron las demandantes, esas medidas contribuyeron a la crisis. Es posible que algunas de ellas no fueran las mejores, pero sin duda, estaban orientadas a superar la situación de devastación que vivía la nación argentina. Por ello, el Tribunal se fundará en el hecho objetivo de que, en un periodo relativamente corto, Argentina pasó del caos manifiesto en el campo social, económico y político, a una situación de estabilidad como la que actualmente vive.

En este contexto, manifiesta el tribunal que “tratar de definir en abstracto si las acciones que ejecutó Argentina durante la crisis fueron las óptimas resulta tarea difícil o imposible, especialmente si se pretende derivar consecuencias económicas del juicio al que se llegue”; por ello determina, con justa razón, que:

resolver si las acciones de la República argentina durante la emergencia fueron correctas y tomadas oportunamente y, en consecuencia, resultaron claves para que esa nación saliera de la crisis o si, por el contrario, contribuyeron a su creación o, por lo menos la agravaron; o juzgar la forma en la que se desempeñaron los organismos financieros internacionales y el sistema económico mundial, son discusiones que trascienden el ámbito de acción de este Tribunal.

Coherente con estas afirmaciones determina que:

los suscritos árbitros comprenden que excede de su campo de acción el análisis de las causas de la crisis que sufrió Argentina con mayor severidad a fines del 2001 y durante el 2002, y de la pertinencia y oportunidad de las medidas que sus autoridades pusieron en vigencia... constituirían una decisión equivocada y podrían conducir al tribunal a emitir afirmaciones de dudosa o imposible demostración y con consecuencias imposibles de demostrar.

En el rubro de “estado de necesidad”, el tribunal determinó que había una diferencia entre este caso y otros como LG&E y Enron Corporation, y en este sentido afirmó que “ambos se diferencian netamente del presente porque en ellos la existencia de los daños a las inversiones sí fue demostrada”. Al hilo de estas afirmaciones, sostuvo que:

el análisis del tema del *estado de necesidad*, como causal eximente de responsabilidad, es necesario en los casos en los que se demuestra una conducta de un Estado violatoria del derecho de una persona, física o jurídica, a que sus inversiones en esa nación sean respetadas. Si, además de la existencia de esa conducta lesiva a

las inversiones se comprueba que, como consecuencia de ella se causaron daños y además, se prueba su monto, la definición de si se está en presencia o no de un estado de necesidad que exime de responsabilidad al Estado, es ineludible. Nada de eso sucede en este caso, y por esa razón, adentrarse en el análisis de ese tema resultaría totalmente estéril.

En el último rubro titulado “deber de mitigar los daños”, Argentina alegaba que “el ordenamiento jurídico de ese país previó expresamente una vía para remediar situaciones de inequidad que pudieran surgir de la aplicación de la pesificación”, mecanismos que, de conformidad con Argentina, las demandantes no utilizaron. Para las demandantes, exigirles iniciar acciones judiciales en el ámbito interno hubiese implicado duplicidad de procedimientos y reclamos que hubieran impedido el acceso al CIADI. Además, en su opinión, “obligarlas a «transitar» por el complicado proceso judicial importa también una medida expropiatoria”. En las conclusiones se maneja por parte de las demandantes que “la pesificación viola el marco jurídico y el APPI”, y en este sentido, se afirma que “Argentina ha violado su obligación de otorgar plena protección y seguridad jurídica en su territorio a las inversiones de Metalpar y de Buen Aire y las ha sometido a medidas equivalentes a una expropiación”. Argentina pidió al tribunal que se rechazara completamente la demanda de Metalpar, con costos. En este caso, el tribunal afirmó que:

en otras circunstancias, podría tener importancia analizar si Metalpar Argentina S.A. debió intentar, por la vía de la negociación o, en su defecto, por medio de los tribunales, las acciones previstas en las medidas para combatir situaciones de inequidad. Evidentemente, si lo hubieran hecho no se habría dado una identidad de parte, objeto y causa entre esas hipotéticas acciones y este arbitraje, por lo cual una gestión de Metalpar Argentina S.A en ese sentido no hubiera puesto en peligro la posibilidad de las demandantes de actuar en la vía arbitral por medio del CIADI... El tribunal estima que para resolver este asunto no hace falta aden-

trarse en la discusión de si las demandantes debieron accionar en los tribunales argentinos para atacar las medidas tomadas por el gobierno de esa nación o para mitigar los daños que supuestamente sufrieron.

Con estas ideas, el tribunal en el rubro denominado “la inversión de las demandantes” alegó que:

a juicio del Tribunal, las pruebas que constan en autos no dejan duda de que la situación actual de la República argentina es mucho mejor, desde cualquier perspectiva que se la examine, que la que vivió esa nación hace unos seis años. También le parece evidente a los árbitros que los efectos de la recuperación se dejaron sentir muy poco tiempo después de que las autoridades argentinas tomaron, durante la crisis, las acciones que se han comentado... Al Tribunal le resulta obvio que las acciones tomadas por el gobierno de la República argentina a finales del 2001 y principios del 2002 tuvieron un efecto benéfico y permitieron superar el caos que ese país vivió durante esos días. De los efectos de las acciones tomadas por las autoridades gubernamentales... se beneficiaron la sociedad argentina en general, la industria automotriz en particular y, según los peritos de Argentina, las inversiones de Metalpar S.A y Buen Aire S.A.

A la luz de las alegaciones y demás, el tribunal determinó que:

no encontró una sola prueba que demuestre que, al final de cuentas, las inversiones de las demandantes hubieran sufrido perjuicio como consecuencia de las medidas tomadas por Argentina para conjurar la crisis. Por el contrario, las probanzas recibidas en el proceso... demuestran que la situación económica de Metalpar Argentina S.A. mejoró significativamente a partir del año dos mil cuatro... el hecho objetivo, que ha sido demostrado de manera fehaciente es que los resultados recientes de la actividad de dicha empresa son muy superiores a los que obtuvo en el 2001, antes de que las autoridades argentinas tomaran las medidas que las demandantes cuestionan. Especular lo que habría pasado si Argentina no hubiera tomado ninguna acción o si hubiera impuesto

medidas distintas sería, como ya se dijo, un ejercicio inútil que llegaría a conclusiones puramente hipotéticas, de imposible demostración. Lo concreto, y sobre lo que el Tribunal no tiene ninguna duda, es que el ordenamiento de las finanzas estatales, los subsidios que Argentina otorgó a empresas transportadoras y la recuperación de la estabilidad, en general, fueron un entorno beneficioso para que Metalpar Argentina S.A. tomara las decisiones empresariales que permitieron su vertiginosa recuperación.

Partiendo de que en el año 2000 vendieron 56 carrocerías, 431 en el 2004 y 1048 en el 2005, el tribunal concluye que:

es obvio que ese éxito no puede atribuirse exclusivamente a las medidas tomadas por las autoridades argentinas; pero es evidente que el tribunal, ante ese panorama, no puede llegar a la conclusión contraria de resolver que esas medidas tuvieron un efecto ruinoso sobre las inversiones de las demandantes cuya supuesta disminución originó este proceso.

Todo lo anterior le lleva al tribunal, en el párrafo 233, a determinar que “por las numerosas razones que se han expuesto en los párrafos precedentes, el tribunal debe rechazar, en todos sus extremos, la demanda planteada por Metalpar S.A. y Buen Aire S.A.”.

Por lo que se refiere a los costos, se afirmó que “es justo que cada parte cubra los costos en los que ha incurrido en relación con este proceso arbitral”.

IV. MÉXICO

La segunda llamada de atención la protagoniza México. Esta inquietud es una vieja conocida tanto por el número de demandas que enfrenta en su contra, como por la vía que usa para acceder al arbitraje CIADI (el Mecanismo Complementario o *additional facility*).

Nuestra propuesta de ratificación del Convenio de Washington es incondicional; consideramos que son dos los motivos que nos

orillan a mantener esta posición: el primero es que la firma y ratificación del Convenio de Washington pasaría a dar pleno sentido y coherencia tanto a los capítulos de resolución de controversias que en materia de inversión México tiene establecidos en los distintos tratados bilaterales de promoción y protección “recíproca” de inversiones (BITs, en adelante) así como, por ejemplo, al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TL-CAN) en las disposiciones referentes a la resolución de disputas en materia de inversiones entre un Estado y un inversor extranjero. En este orden de ideas, debemos mencionar que México cuenta en la actualidad con casi una treintena de BITs con sus principales socios inversores, tal y como se desprende del siguiente listado.⁹⁷ BITs, que como atinadamente señala la doctrina, “constituyen en la actualidad, y a falta de un gran instrumento multilateral, los instrumentos básicos de regulación de la protección jurídica de las inversiones extranjeras”.⁹⁸ En esta lista encontramos a: Alemania,⁹⁹ Argentina,¹⁰⁰ Australia,¹⁰¹ Austria,¹⁰² Corea,¹⁰³ Cuba,¹⁰⁴ Dinamarca,¹⁰⁵ España,¹⁰⁶ Finlandia,¹⁰⁷ Francia,¹⁰⁸ Grecia,¹⁰⁹ Islandia,¹¹⁰ Italia,¹¹¹ Países Bajos,¹¹² Panamá,¹¹³ Portugal,¹¹⁴ Reino

⁹⁷ Véase esta información en www.economia.gob.mx.

⁹⁸ Fernández Masiá, E., *op. cit.*, nota 3, p. 17.

⁹⁹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 23 de febrero de 2001.

¹⁰⁰ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 22 de julio de 1998.

¹⁰¹ La entrada en vigor de este BIT se encuentra pendiente.

¹⁰² La entrada en vigor de este BIT se cifra el 26 de marzo de 2001.

¹⁰³ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de diciembre de 2000.

¹⁰⁴ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 29 de marzo de 2002.

¹⁰⁵ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 23 de septiembre de 2000.

¹⁰⁶ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 18 de diciembre de 1996.

¹⁰⁷ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 21 de agosto de 2000.

¹⁰⁸ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 11 de octubre de 2000.

¹⁰⁹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 17 de septiembre de 2002.

¹¹⁰ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 6 de junio de 2006.

¹¹¹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 4 de diciembre de 2002.

¹¹² La entrada en vigor de este BIT se cifra el 1o. de octubre de 1999.

¹¹³ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de diciembre de 2006.

¹¹⁴ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 4 de septiembre de 2000.

Unido,¹¹⁵ República Checa,¹¹⁶ Suecia,¹¹⁷ Suiza,¹¹⁸ Unión Belgo-Luxemburguesa¹¹⁹ y Uruguay.¹²⁰ Aunado a estos instrumentos bilaterales encontramos¹²¹ el TLCAN, firmado con Estados Unidos y Canadá;¹²² el G3 firmado con Colombia y Venezuela (recientemente denunciado por Venezuela);¹²³ el TLC México-Costa Rica;¹²⁴ TLC México-Bolivia;¹²⁵ TLC México-Nicaragua;¹²⁶ el TLC México-Chile;¹²⁷ el TLCUEM;¹²⁸ TLC México-Israel;¹²⁹ TLC México-TN con El Salvador, Guatemala y Honduras;¹³⁰ TLC México-AELC,¹³¹ TLC México-Uruguay¹³² y el AAE México y Japón.¹³³

Un primer motivo que esgrimimos consiste en afirmar que no es lógico ni admisible que México ofrezca como una vía de solución de controversias el foro internacional que representa el CIADI por Convenio de Washington, si no tiene ratificado dicho instrumento internacional. Su falta de ratificación deriva inexorablemente en

¹¹⁵ La entrada en vigor de este BIT se encuentra pendiente.

¹¹⁶ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de marzo de 2004.

¹¹⁷ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 1o. de julio de 2001.

¹¹⁸ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 11 de marzo de 1996.

¹¹⁹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 20 de marzo de 2003.

¹²⁰ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 1o. de julio de 2002.

¹²¹ La información facilitada se puede corroborar en la página www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/ficha_publica_tlcs.htm.

¹²² La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de enero de 1994.

¹²³ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de enero de 1995. Se advierte por la Secretaría de Economía que a partir del 19 de noviembre de 2006 en el G3 participan únicamente México y Colombia.

¹²⁴ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de enero de 1995.

¹²⁵ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de enero de 1995.

¹²⁶ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de julio de 1998.

¹²⁷ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de agosto de 1999.

¹²⁸ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de julio de 2000.

¹²⁹ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de julio de 2000.

¹³⁰ La entrada en vigor de este Tratado se cifra en marzo para El Salvador y Guatemala y en junio para Honduras.

¹³¹ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de julio de 2001.

¹³² La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 15 de julio de 2004.

¹³³ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de abril de 2005.

el incumplimiento de uno de los tres requisitos *cumulativos* contemplados en el artículo 25 del mencionado instrumento convencional. No se puede ofrecer una vía de resolución de controversias cuando es notoria la imposibilidad de recurrir a la misma por incumplimiento de los requisitos *sine qua non* contemplados. A esta idea debemos añadirle el dato de que el consentimiento de acceder al sistema CIADI que México otorga a través de estos instrumentos bilaterales constituyen “ofertas” de consentimiento claras e inequívocas, esto es, “consentimientos avanzados”, que no requieren de una posterior declaración estatal de concreción ni de un acuerdo posterior entre Estado e inversor. Es, por tanto, una oferta que México realiza, la cual le vincula respecto al inversor, siendo éste quien decida si accede o no a dicho mecanismo de resolución de controversias.

Otro motivo para animar a la ratificación del Convenio de Washington radica en la regulación y tramitación del recurso de anulación en el Mecanismo Complementario (como se señaló, vía de acceso de México al CIADI). Cuestionamos que este recurso, el más importante de los contemplados en este sistema arbitral, sea tramitado ante los tribunales nacionales que fungieron como sede del arbitraje. Lo anterior por la “politización” de la controversia que se llega a presentar con este nuevo ingrediente. Si estimamos que los tribunales nacionales de la sede del arbitraje son neutrales, profesionales, independientes y confiables, por qué no someterles a ellos la resolución desde el inicio del litigio y ahorrarnos así los altos costes que implica una demanda ante el CIADI. Nuestro razonamiento se apoya en el espíritu inicial del Convenio de Washington, el cual perseguía que el litigio fuera resuelto en su integridad ante una instancia arbitral, impidiendo que un Estado pudiera intervenir y “contaminar” una resolución arbitral. Lo anterior incluye la tramitación del recurso de anulación. Prueba de ello es la imposibilidad de subrogación del Estado en la posición de su nacional en caso de litigio, o la prohibición de protección diplomática (artículo 27) del Estado para

con su nacional (con la excepción de un incumplimiento estatal del laudo emitido).¹³⁴

Ahora bien, la experiencia de México, reflejada en la anulación parcial del laudo inicial emitido en el caso Metalclad, así como la reciente actitud adoptada por Bolivia y Ecuador no alienta demasiado a la ratificación del Convenio de Washington. Al hilo de estas ideas, y para concluir el caso de México, queremos señalar que la retirada explícita de Bolivia y la implícita de Ecuador no trae buenos augurios para que México se anime a dar un paso más hacia la firma y ratificación del Convenio. A este caso hay que añadirle un nuevo dato, la firma por Canadá del Convenio de Washington. El hecho de que el 15 de diciembre de 2006 Canadá firmara el mencionado Convenio tiene dos lecturas para el contexto mexicano: una positiva y una negativa. La positiva es que el capítulo XI del TLCAN cobra más sentido desde que las disputas en materia de inversión que involucren a Estados Unidos y Canadá podrán optar por resolverse a través de este mecanismo, el cual se encontraba en desuso por la falta del cumplimiento *ratione personae* del artículo 25 del Convenio de Washington. El negativo es que no le deja bien parado a México desde que se convierte en el último de los tres Estados miembros del TLCAN en firmar el mencionado Convenio y darle así pleno sentido a la inserción en dicho capítulo del mecanismo que representa el CIADI vía Convenio de Washington.

Uniendo estas ideas iniciales queremos poner de manifiesto que México tiene la posibilidad de una triple actuación: bien que se retire del mecanismo de solución de controversias que administra el Banco Mundial (en este caso se sumaría a la propuesta

¹³⁴ En este sentido, coincidimos con las afirmaciones de Fernández Masiá al señalar que “en la mayoría de las ocasiones, ante la falta de satisfacción por parte de estos tribunales de las alegaciones presentadas por la parte privada, el conflicto se politiza buscando el inversor la protección de su propio Estado. El resultado de la politización de dicha controversia en nada favorece un clima favorable para lograr atraer los flujos de capital extranjero a los países en desarrollo”. Fernández Masiá, E., *op. cit.*, nota 3, p. 14.

que está en auge en estas latitudes geográficas: Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Argentina), bien que se decida a ratificar el Convenio de Washington para acceder por “la puerta principal” al CIADI, evitando de esta forma los inconvenientes que, en el seno del recurso de anulación, se vienen dando a través de la aplicación del denominado Mecanismo Complementario, o bien, que se sume a la propuesta de crear un foro *ex novo*, de carácter regional, de atribuciones arbitrales, para la solución de las controversias con inversores extranjeros.

En este momento hay quien afirma sin titubeos que México debe adherirse (y ya se le ha hecho demasiado tarde) al Convenio de Washington; éste es el caso de González de Cossío, quien señala que “hace algunos años defendí la adhesión de México al Convenio CIADI calificando su renuencia de contradictoria y vergonzosa” y continúa señalando que “la negativa a adherirse al tratado llama la atención y es motivo de especulación. Mas no su implicación: contradicción. México es parte de 33 tratados de inversión y en todos contempla el arbitraje CIADI como una opción. Sin embargo, la opción es ficticia. Dado que México no es parte del convenio CIADI, el mecanismo está indisponible”.¹³⁵

V. ECUADOR

El caso de Ecuador presenta una doble vertiente de actuación caracterizada por su originalidad y riesgo. Quizá la justificación en la toma de estas medidas viene avalada por el dato de que Ecuador ha pasado a ser el segundo Estado latinoamericano más demandado ante este Centro Internacional (y, dicho sea de paso, de una manera bastante repentina). Por un lado está su retirada “camuflada” del CIADI; por otro lado está su posición de liderar la creación de un foro de arbitraje latinoamericano para evitar el

¹³⁵ González de Cossío, F., “México ante el arbitraje CIADI ¿prudente o rebelde?”, publicado en su página personal, pp. 1 y 2.

acceso al CIADI y propiciar así la fuga masiva de los Estados latinoamericanos de este Centro. En la consecución de estos objetivos se afirma que el gobierno de Ecuador intenta renegociar los contratos que tiene con las empresas petroleras que están en el país. En esta renegociación se pretende establecer “cláusulas sobre inversiones, aumentos de producción y la participación del Estado en el negocio”; pero, sin duda, la cláusula que se renegocia y que más nos interesa es la de excluir al CIADI de la resolución de eventuales controversias.¹³⁶ En este sentido, se ha sostenido que las empresas petroleras extranjeras “deberán cambiar la modalidad de sus contratos de participación a una de prestación de servicios”.¹³⁷ En este contexto, se propondrá a los representantes de las compañías privadas la firma de un acta de compromiso para fijar el plazo de seis meses que tiene concedidos para proceder a la conversión de los contratos.¹³⁸ Y, en la consecución de este objetivo, Petroecuador será la entidad que suscriba los contratos y que actuará como contraparte legal.

1. *La retirada de Ecuador*

Por lo que se refiere a la primera línea de actuación, era de esperar que Ecuador se retirara más temprano que tarde del CIADI. Todo comenzaba cuando la canciller y ministra ecuatoriana de Comercio Exterior, María Fernanda Espinosa, afirmaba que se había notificado al CIADI sobre la decisión de Ecuador de no someter a este Centro lo relativo a litigios que versen sobre recursos naturales.¹³⁹ Afirmación que hoy encontramos publicada en la página oficial del CIADI.

¹³⁶ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/62533>, del 3 de marzo de 2008.

¹³⁷ <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticias=35107>, revisada el 16 de abril del 2008.

¹³⁸ <http://www.abogados.infobaeprofesional.com/notas/64623>, revisada el 15 de abril de 2008.

¹³⁹ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisado el 23 de enero de 2008.

Sin embargo, esta declaración no es nueva en el seno de este Centro desde que el ejemplo lo ponían Estados como Israel o Jamaica.

La retirada de Ecuador del sistema CIADI se ha producido de manera encubierta al enviar una carta, fechada el 4 de diciembre de 2007, dirigida a la secretaria general del CIADI, la señora Ana Palacio, a través de su embajada en Washington, pero de responsabilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.¹⁴⁰ En esa carta se menciona que:

La República de Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresado por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador con eficacia inmediata a partir de esta fecha.¹⁴¹

Hablamos de una retirada encubierta desde que la frase “actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros” representa el tema protagonista de las demandas presentadas hasta la fecha contra Ecuador. Es una simple ecuación: retirarse de estas materias es retirarse del CIADI. De esta manera la situación que se plantea es que el gobierno no reconocerá *a posteriori* la competencia de los tribunales arbitrales del CIADI ni la jurisdicción del Centro para dirimir los problemas sobre contratos que versen sobre recursos naturales,

¹⁴⁰ La actual ministra ecuatoriana de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración es María Fernanda Espinosa Garcés.

¹⁴¹ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=regular&AnnounceNo=9.pdf>, revisada el 28 de enero de 2008.

no especificando si éstos son o no renovables, y ejemplificándolo con el petróleo (principal producto de exportación ecuatoriano), el gas o los minerales. En este sentido, se llega a señalar que es “un tema de soberanía jurídica”.¹⁴² No hay que descuidar que Ecuador es el quinto productor de crudo de Suramérica, con unos 500,000 barriles diarios, y los ingresos del petróleo son el capítulo más importante de su economía y aportan alrededor del 35% del presupuesto del Estado.¹⁴³ No nos sorprende entonces ver que al ser el petróleo el principal producto de exportación de Ecuador este anuncio represente una retirada encubierta.

Los casos ecuatorianos se relacionan directamente con asuntos de recursos naturales, principalmente petróleo. El primer caso que encontramos es Repsol YPF Ecuador S.A. vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador).¹⁴⁴ El objeto de esta demanda tiene su origen en un contrato de explotación de petróleos. De este caso conocemos la existencia de dos procedimientos arbitrales. El primero que termina con la emisión de un laudo, el 20 de febrero de 2004. El segundo procedimiento tiene su origen en la presentación por las partes del recurso de anulación. Recurso que se registra el 15 de julio de 2004, constituyéndose el Comité *ad hoc* el 14 de septiembre de 2004. El estado actual en el que se encuentra este recurso es pendiente desde que el Comité emitió la Orden Procesal número 5 referente a la presentación de documentos. En el caso hispano-argentino Repsol-YPF,¹⁴⁵ el motivo de esta demanda es la modificación impuesta por el Estado al reparto de los excedentes petroleros. La empresa alega modificaciones a los términos económicos de su contrato por efectos de la aplicación de la Ley 42 relacionada con el aumento del porcentaje de entrega al fisco de los excedentes petroleros. El origen está en que el gobierno ecuatoriano modificó en abril de 2006 los porcentajes de reparto de exce-

¹⁴² <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisada el 23 de enero de 2008.

¹⁴³ www.infobaeprofesional.com, revisada el 22 de enero de 2008.

¹⁴⁴ Caso No. ARB/01/10.

¹⁴⁵ www.uniradio.com.ve/Noticias/Noticia.aspx?noticiaid=24455 y abogados.infobaeprofesional.com/notas/67565.

dentes petroleros (ganancias extraordinarias) para dejarlos en 50% para el Estado y el inversor, pero en octubre de 2007 determinó que ese margen era de 99/1 a favor del fisco, elevando así la participación estatal en dichos excedentes. De este caso no se descarta la posibilidad de alcanzar acuerdos y por ende el abandono de las otras vías de soluciones abiertas. El segundo caso ecuatoriano es M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc.¹⁴⁶ Los datos que tenemos de este caso es que versa sobre un proyecto para la generación de electricidad. La fecha de registro de la demanda es el 8 de abril de 2003, constituyéndose el Tribunal arbitral el 11 de septiembre de 2003. Este caso se encuentra en una temprana etapa procesal desde que el Tribunal mantuvo una audiencia sobre el fondo en Washington, D.C., a finales de marzo de 2006. El tercer caso es Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A.¹⁴⁷ La temática de este caso es la generación de energía. La fecha de registro es de 7 de octubre de 2004; la fecha de constitución del Tribunal arbitral es de 18 de mayo de 2005. El estado en que se encuentra el proceso es pendiente. El cuarto caso es el representado por Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC).¹⁴⁸ La fecha de registro de la solicitud por el secretario general del CIADI es el 26 de mayo de 2005. La fecha de constitución del tribunal arbitral es de 28 de febrero de 2006. El estado actual en el que se encuentra el caso es la presentación de los escritos sobre el fondo el 2 de noviembre de 2006. El quinto caso es Noble Energy Inc. and Machala Power Cia. Ltd. vs. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad.¹⁴⁹ Volvemos a encontramos con una temática recurrente, a saber, electricidad. La fecha de registro es de 29 de julio de 2005, constituyéndose el Tribunal el 4 de enero de 2006. Se presenta una objeción a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal arbitral contándose a la fecha con los respectivos escritos. El sexto caso viene representado por Occi-

¹⁴⁶ Caso No. ARB/03/6.

¹⁴⁷ Caso No. ARB/04/19.

¹⁴⁸ Caso No. ARB/05/9.

¹⁴⁹ Case No. ARB/05/12.

dental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company.¹⁵⁰ Se trata de la concesión de hidrocarburos. La fecha de registro de la solicitud es el 13 de julio de 2006, constituyéndose el Tribunal arbitral el 6 de febrero de 2007. En este caso se afirma que se “elevó un millonario reclamo contra Ecuador por la anulación de su contrato en 2006 tras ser acusada de venta ilegal de acciones”.¹⁵¹ El 9 de mayo de 2008 se conocía que el tribunal arbitral concedió a Ecuador el plazo adicional de un mes para presentar la contestación de la demanda, cuya temática gira alrededor del concepto de responsabilidad. Al tiempo, el tribunal arbitral dio un plazo para que las partes pudieran solicitar la producción de documentos.¹⁵² El séptimo caso ecuatoriano es el representado por Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A.¹⁵³ El tema de este caso es la expansión de una refinería de petróleo. La fecha de registro es de 31 de octubre de 2006, estando a la fecha pendiente la composición del Tribunal. El último caso lo encabeza City Oriente Limited vs. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador).¹⁵⁴ El tema que se aborda en este caso es la concesión de hidrocarburos. La fecha en que se registra la solicitud por el secretario general es de 19 de diciembre de 2006. De este caso se ha afirmado que se origina por “las reformas a la ley de hidrocarburos emitidas por el Ejecutivo de Quito el año pasado”.¹⁵⁵ El estado actual de este caso es que Ecuador solicita medidas cautelares¹⁵⁶ contra la compañía, alegan-

¹⁵⁰ Caso No. ARB/06/11.

¹⁵¹ <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado, el 23 de enero de 2008.

¹⁵² En este contexto se afirmó que “tanto la prórroga otorgada como el calendario fijado para la solicitud de producción de documentos permitirán al actual procurador general del Estado contar con mayor tiempo e información para la mejor preparación posible de la defensa de los intereses del país”. Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/65890>, revisada el 9 de mayo de 2008.

¹⁵³ Caso No. ARB/06/17.

¹⁵⁴ Caso No. ARB/06/21.

¹⁵⁵ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisado el 23 de enero de 2008.

¹⁵⁶ Se ha llegado a pensar en solicitar prisión preventiva de los implicados:

do que la petrolera norteamericana no pagó 28 millones de dólares que representa el 50% de los beneficios extraordinarios obtenidos en el 2006. La demandante es una compañía con sede en Panamá de capital estadounidense.

La última amenaza de demanda ante el CIADI la protagoniza la petrolera francesa Perenco, al anunciarse por parte de Ecuador la rescisión de su contrato al no aceptar las condiciones estatales para suscribir un contrato que modifique el actual. En este contexto se trata de cambiar los contratos petroleros de participación por unos de prestación de servicios. Se afirma que Perenco no aceptó la propuesta que incluía un retiro de la demanda que presentó al CIADI.

Como consecuencia de lo anterior, Ecuador está afirmando que no reconoce la jurisdicción del CIADI; llegó a amenazar con que revisaría y reestructuraría los BITs que tiene firmados con algunos Estados latinoamericanos como Chile, Perú, Argentina, Bolivia y Venezuela,¹⁵⁷ con Canadá, Francia, España, Reino Unido, Holanda, Suiza, Italia, Alemania, Finlandia, que renunciaría al BIT que tiene firmado desde 1997 con Estados Unidos,¹⁵⁸ Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Paraguay, Uruguay, Rumania, al tiempo que avisó que la Cancillería haría renunciaciones materiales en el seno del Convenio de Washington. Así ha sido y la amenaza se ha hecho realidad. De ellos la propuesta más sonada es la revisión del BIT con Estados Unidos desde que este tratado ha servido de base para las demandas de Occidental Petroleum (Oxy), City Oriente, Texaco y Duke Energy. Así, sabemos que “el gobierno de este país denunció convenios firmados con países amigos para la protección recíproca de

tres representantes legales de la empresa petrolera estadounidense City Oriente y un ex ministro de energía. <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisado el 23 de enero de 2008.

¹⁵⁷ En este sentido, se ha afirmado que “el análisis permitirá dejar en claro el valor de cada uno de los convenios y se hará un informe detallado para que el presidente del país, Rafael Correa, decida si mantiene los tratados, los renegocia o los denuncia”. Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/60854>.

¹⁵⁸ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisado el 23 de enero de 2008.

inversiones porque no benefician su economía”, mientras que “los otros dieciséis convenios de protección de inversiones que tiene el país están en revisión”.¹⁵⁹

Ecuador es consciente de que la renuncia a someter al CIADI los recursos naturales de poco sirve si los BITs siguen contemplando el sistema arbitral CIADI. Así, como es de esperar, la renuncia realizada debe ir acompañada de, cuando menos, una revisión a conciencia de los BITs. Consideramos que es una actividad complementaria, lógica y necesaria que debe acompañar a la renuncia material y parcial de someter diferencias al sistema que representa el CIADI.

2. *El impulso a la creación de un nuevo foro*

Por lo que se refiere a la creación de un foro regional de solución de controversias entre un Estado receptor de capital y un inversor extranjero, estamos ante una propuesta liderada por el actual presidente de Ecuador, Rafael Correa.¹⁶⁰ Uno de los espacios que inicialmente se consideró propicio para la creación de este foro alternativo era la Comunidad Andina. Propuesta que no tuvo mayor seguimiento. Igualmente se propuso por Ecuador que esta “nueva instancia” podría ser la que funciona en la Organización de Estados Americanos (OEA).¹⁶¹ En este contexto, la última noticia que se tiene al respecto apunta a que:

la Unión Suramericana (Unasur), grupo que congrega a los países de la región, cree una instancia para la resolución de controversias comerciales y de inversiones, que favorezca a sus miembros. Si la Unasur aprueba este mecanismo, todo nuevo convenio que firme el país con relación a la protección recíproca de inversiones, tendrá que someterse a esa instancia de arbitraje regional.¹⁶²

¹⁵⁹ <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/60854>.

¹⁶⁰ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisada el 23 de enero de 2008.

¹⁶¹ <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/62533>, revisada el 3 de marzo de 2008.

¹⁶² <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/60854>.

De esta forma el presidente propone liderar la creación de un mecanismo de arbitraje regional latinoamericano para evitar al CIADI y otras instancias de corte parecido. Es posiblemente este “recién nacido” quien pueda ofrecer un clima natural para el desarrollo de un nuevo foro regional de resolución alternativa de controversias.¹⁶³ No es de extrañar que este espacio de reciente creación pueda sonar con fuerza desde que la conformación de sus tribunales arbitrales podría alcanzarse la tan ansiada contextualización política, social, económica y cultural de las diferencias que puedan surgir entre los países de la región. Sin duda, uno de los reproches que se han hecho desde la óptica latinoamericana al CIADI es la falta de contextualización de las disputas y por ende la toma de decisiones desapegadas de una realidad social, cultural, política y económica. Así, tendrían presente estos factores que sin duda están en cualquier inversión. Con esta postura, Ecuador quiere reivindicar una soberanía jurídica y para conseguir dicha meta, la solución pasa por la creación de un foro latinoamericano que elimine el sometimiento de las diferencias en materia de inversiones a foros “extra nacionales” y “extra regionales”.¹⁶⁴ En la consecución de este objetivo se ha iniciado una campaña de movilización social donde se ha llegado a señalar que:

el CIADI es una trampa para Latinoamérica. Se están llevando acciones de denuncia, esclarecimiento y rechazo contra el CIADI en Latinoamérica, Europa y Estados Unidos. Defender la postura boliviana es defender a todos los países, como Argentina, México, Ecuador y otros, que se encuentran atrapados entre las multinacionales despiadadas e insaciables y los políticos complacientes, que aceptaron condiciones leoninas en los procesos privatizadores.¹⁶⁵ En este sentido, no es de extrañar que encontremos con mucha frecuencia noticias periodísticas sobre la postura

¹⁶³ Para ver más detalles sobre este tema, véase <http://www.comunidadandina.org/sudamerica.htm>.

¹⁶⁴ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisado el 23 de enero de 2008.

¹⁶⁵ <http://www.nacionhumana.org>, revisada el 17 de enero de 2008.

de «acoso y derribo» de Ecuador ante el CIADI. El descontento ante este sistema de resolución de controversias es manifiesto. Así, los titulares que encontramos son «Ecuador desconoce la jurisdicción arbitral del CIADI»,¹⁶⁶ «Ecuador busca excluir la jurisdicción del CIADI»,¹⁶⁷ «Ecuador quiere denunciar tratado que lo somete al CIADI»,¹⁶⁸ «Ecuador convoca a un frente latinoamericano contra el CIADI»,¹⁶⁹ «Ecuador aseguró que no se someterá a jurisdicción del CIADI».¹⁷⁰

VI. BOLIVIA

1. *Introducción*

Nuestra última inquietud la protagoniza Bolivia por su reciente salida (manifiesta, publicitada y aceptada) del sistema que representa el CIADI. Nos llama la atención en este caso que, sin tener un elevado número de demandas, presentando un perfil bajo, se haya atrevido a dar este trascendental paso, que sin duda significa un punto de inflexión en el historial del CIADI.

Bolivia se adhirió el 12 de agosto de 1994, por Ley Ratificatoria número 1593, al CIADI. Desde esa fecha hasta hoy este Estado se ha convertido, queriéndolo o no, en un importante referente en el marco de las inversiones extranjeras. Así, estamos ante un caso que marcará un hito en el panorama internacional, no sólo por su salida, que es la crónica de un retiro anunciado, sino por la cantidad de medios de comunicación, organizaciones civiles, opinión pública que ha despertado y las ideas que están generándose como consecuencia de dicha retirada. Lo anterior hasta el punto de que el 31 de mayo de 2007 se dirigió una carta a la secretaria general

¹⁶⁶ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisado el 23 de enero de 2008.

¹⁶⁷ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisado el 23 de enero de 2008.

¹⁶⁸ *Idem.*

¹⁶⁹ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisado el 23 de enero de 2008.

¹⁷⁰ <http://abogados.infobaeprofesional.com>, revisado el 23 de enero de 2008.

del CIADI, la española Ana Palacio, en la que se afirmaba, entre otras cosas, que:

Los abajo firmantes, organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo, le escribimos en apoyo a la valiente e importante decisión del gobierno de Bolivia de retirarse de la Convención ICSID del Banco Mundial (Centro Internacional de Resolución de Controversias). Aunque ICSID sea una parte poco conocida del Grupo del Banco Mundial, los casos llevados ante los tribunales de la ICSID muestran los poderes excesivos concedidos a las corporaciones multinacionales por los tratados bilaterales de inversión y acuerdos de libre comercio... ICSID representa las injusticias de un sistema internacional desviado contra los países en vías de desarrollo... ICSID es un mecanismo de resolución de disputas antidemocrático y sin rendición de cuentas, porque delibera a puertas cerradas y no se pueden apelar sus decisiones... ICSID no es un mecanismo objetivo, neutral o imparcial para la solución de controversias... La Convención ICSID, y la inversión y los Tratados de Libre Comercio que lo ponen en práctica, a menudo violan la soberanía de un país, la Constitución y las leyes nacionales. En el caso de Bolivia, como en muchos otros países, la mayor parte de los inversionistas extranjeros que han llevado casos contra Bolivia han violado las leyes nacionales del país, incluyendo ambientales, leyes de trabajo y fiscales y están en el incumplimiento por sus obligaciones contractuales.¹⁷¹

En este contexto, el 16 de mayo de 2007 se anuncia en la página oficial del CIADI que Bolivia somete su decisión de renunciar al CIADI, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del Convenio de Washington, que a la postre señala: “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”. En este sentido se avisa que el 2 de mayo de 2007, el Banco Mundial

¹⁷¹ El texto completo de la referida carta puede consultarse en <http://www.waterjustice.org>, revisada el 17 de febrero de 2008.

recibió un escrito anunciando la mencionada renuncia, por lo que transcurridos seis meses, el 3 de noviembre de 2007, Bolivia quedaría fuera de la lista de Estados que tienen firmado y ratificado el Convenio de Washington. En este orden de ideas, Bolivia acudió al depositario de este Convenio que, de conformidad con el artículo 73 de este instrumento convencional, supone que “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”; este artículo debe ser puesto en consonancia con el 75 que señala “el depositario notificará a todos los Estados signatarios lo siguiente: (f) las denuncias, conforme al artículo 71”.

Como señalábamos, las cuestiones referentes al CIADI deben ser estudiadas teniendo en cuenta la conjunción de las aristas social, económica y política. En este sentido, podemos señalar que la reciente renuncia de Bolivia al CIADI tiene que ver con la llegada de Evo Morales, el primer y único presidente indígena que ha tenido Bolivia, y su política de nacionalizar sectores claves de la economía, por ejemplo el petróleo y el gas. De todos es conocido que Bolivia cuenta con recursos naturales que siendo abundantes no están repartidos de manera igualitaria.

La actuación de Bolivia nos sitúa en el plano de las conjeturas y así afirmamos que no será hasta mediano-largo plazo que podamos hacer un balance más o menos certero de las implicaciones que esta retirada tiene en la atracción de capital extranjero. Determinar ahora la seguridad del binomio ratificación del Convenio de Washington-atracción de capital extranjero, sería muy aventurado. Podemos esgrimir argumentos en contra y a favor de esta sencilla ecuación. Como argumento a favor podríamos esgrimir la presunción de neutralidad que tanto para el Estado como para el inversor extranjero le genera el sometimiento de una eventual disputa a un foro internacional. Así, desde la óptica del inversor se genera tranquilidad desde que los litigios no se verán sometidos a

los Tribunales nacionales del Estado que recibió el capital extranjero y que “supuestamente” incumplió el contrato que motivó la disputa. Las posibilidades de que los tribunales nacionales condenen a su Estado por un incumplimiento contractual ante un inversor extranjero no son muy elevadas. Igualmente, al Estado le genera la confianza de que la eventual disputa no se vea sometida a los tribunales nacionales del inversor. Las posibilidades de que los tribunales nacionales condenen a su nacional por un incumplimiento contractual ante un tercer Estado tampoco son muy elevadas.

Nuestra postura es más tímida, y en este sentido sostenemos que tener ratificado el Convenio de Washington no se traduce necesariamente en una mayor atracción de capital extranjero; ahora bien, no podemos tampoco desdeñar sin más esta ecuación. Estamos sin duda ante un terreno completamente hipotético. Así, si bien podemos afirmar que no necesariamente atraerá mayor inversión también hay que advertir que ignoramos qué tanta inversión podemos dejar de percibir por no tener ratificado dicho instrumento convencional. De esta forma, lo que sí es seguro es que no se puede afirmar como dogma que se dé una ecuación perfecta entre la firma y ratificación del Convenio de Washington y una mayor atracción de capital extranjero. Como contraargumento tenemos el caso de Brasil que, sin tener ratificado el Convenio de Washington, nadie duda que es uno de los Estados latinoamericanos con mayor número de inversiones extranjeras; es más, Brasil no cuenta en su marcador con tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones (BITs) que prevean este sistema de resolución de controversias y la inversión es una de sus principales fuentes de generación de empleos y reactivación de su economía.

La polémica está servida desde que no todos los sectores bolivianos alaban la decisión del presidente Evo Morales y ya se han levantado las primeras (que no únicas) voces críticas. Así se señala que “varios empresarios criticaron la decisión porque ahuyentará las inversiones”; en tanto que el vocero de la Cámara Boliviana de Hidrocarburos (CBH), Yussef Aki, declaró al diario *La Prensa* que

“los tratados bilaterales «agregan valor» y hacen atractivo al país a los ojos de los inversionistas”.¹⁷²

Tras la retirada es lógico esperar la propuesta de Bolivia para el arreglo de diferencias en materia de inversiones extranjeras; de lo contrario se crearía un vacío “reparador” que sin duda fungiría como repelente al capital extranjero. En este sentido, la propuesta de Bolivia consiste en someter a los tribunales nacionales las disputas que puedan surgir en relación con los inversores extranjeros, personas físicas o jurídicas. En este caso, pretende consolidar *ex novo* y *ex professo* una Procuraduría General del Estado que evite la fuga de conocimiento y resolución de los casos del plano nacional al internacional. En este sentido, se ha llegado a afirmar que “el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Defensor del Pueblo y el Viceministro de Transparencia y Lucha contra la Corrupción son órganos que no cuentan con recursos y competencias suficientes para la defensa de los intereses patrimoniales del Estado”.¹⁷³ De esta forma se llega a sostener que “las atribuciones de la Procuraduría General del Estado previstas en la Constitución deberían ser de manera ineludible las siguientes: la defensa y representación de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República”.¹⁷⁴

Las razones esgrimidas por Bolivia para la toma de tan importante decisión nos recuerdan las que alegaba Rosatti en el contexto argentino.¹⁷⁵ En este sentido, se alega: 1) inclinación de la balanza (“el CIADI es un Tribunal absolutamente desequilibrado que toma partido siempre por las transnacionales”);¹⁷⁶ 2) sistema

¹⁷² <http://funsolon.civilblog.org>, consultada el 17 de enero de 2008. En este sentido señalan que “no pocos opinan que tal vez la más grave tragedia boliviana sea la profunda ignorancia de su elite”.

¹⁷³ <http://www.rebellion.org/noticia>, consultada el 17 de enero de 2008.

¹⁷⁴ <http://www.rebellion.org/noticia>, consultada el 17 de enero de 2008.

¹⁷⁵ Rodríguez Jiménez, S., “La actual crisis del CIADI en la Argentina. Su posible declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 39, 2006-A, pp. 388-396.

¹⁷⁶ <http://funsolon.civilblog.org>, consultada el 17 de enero de 2008; <http://www.art-us.org/node/240>, revisada el 17 de enero de 2008 y <http://humanidad-enred.org.ve>, revisada el 17 de enero de 2008.

antidemocrático (“el CIADI es antidemocrático porque delibera a puertas cerradas y sus decisiones son inapelables”);¹⁷⁷ 3) elevados costes (“el CIADI es extremadamente caro para países como Bolivia”);¹⁷⁸ 4) un sistema de indemnizaciones millonarias (“las transnacionales aprovechan el Tribunal para arrancar indemnizaciones millonarias a los Estados”);¹⁷⁹ 5) un sistema de juez y parte (“el Banco Mundial funge como juez y parte en los procesos del CIADI”);¹⁸⁰ y 6) un sistema abiertamente inconstitucional (“la ratificación de este Tribunal viola abiertamente la Constitución Política del Estado”).¹⁸¹

Como punto final queremos regresar al requisito *ratione voluntatis* del Convenio de Washington, instaurado en su artículo 25. Sabemos que la sumisión al CIADI a través del Convenio de Washington necesita una doble prestación del consentimiento: la firma y ratificación del Convenio de Washington más la firma y ratificación de un BIT o bien la inclusión en un contrato o en la ley de inversiones estatal de un nuevo consentimiento. La retirada del Convenio de Washington elimina el primero de los dos requisitos cumulativos, lo cual se traduce en una imposibilidad de someterse al CIADI a través del Convenio de Washington; ahora bien, no impide la alegación y puesta en funcionamiento del Mecanismo Complementario. Volvemos a reiterar nuestra crítica de-

¹⁷⁷ <http://funsolon.civilblog.org>, consultada el 17 de enero de 2008; <http://www.art-us.org/node/240>, revisada el 17 de enero de 2008 y <http://humanidad-enred.org.ve>, revisada el 17 de enero de 2008

¹⁷⁸ <http://funsolon.civilblog.org>, consultada el 17 de enero de 2008; <http://www.art-us.org/node/240>, revisada el 17 de enero de 2008 y <http://humanidad-enred.org.ve>, revisada el 17 de enero de 2008.

¹⁷⁹ <http://funsolon.civilblog.org>, consultada el 17 de enero de 2008; <http://www.art-us.org/node/240>, revisada el 17 de enero de 2008 y <http://humanidad-enred.org.ve>, revisada el 17 de enero de 2008.

¹⁸⁰ <http://funsolon.civilblog.org>, consultada el 17 de enero de 2008; <http://www.art-us.org/node/240>, revisada el 17 de enero de 2008 y <http://humanidad-enred.org.ve>, revisada el 17 de enero de 2008.

¹⁸¹ <http://funsolon.civilblog.org>, consultada el 17 de enero de 2008; <http://www.art-us.org/node/240>, revisada el 17 de enero de 2008 y <http://humanidad-enred.org.ve>, revisada el 17 de enero de 2008.

rivada de la tramitación en el recurso de anulación. Al hilo de estas afirmaciones, estimamos necesario que Bolivia enfrente también una revisión a conciencia, como en el contexto ecuatoriano, de los tratados bilaterales que en materia de inversión extranjera tiene firmados y ratificados. Bolivia tiene, de conformidad con la información facilitada por el Banco Mundial, dieciocho tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, de los cuales tiene en vigor el BIT celebrado con Argentina,¹⁸² Alemania,¹⁸³ Italia,¹⁸⁴ Países Bajos,¹⁸⁵ Perú,¹⁸⁶ España,¹⁸⁷ Suecia,¹⁸⁸ Suiza¹⁸⁹ y Reino Unido,¹⁹⁰ y únicamente firmado con Unión Belgo-Luxemburguesa,¹⁹¹ Cuba,¹⁹² Dinamarca,¹⁹³ Ecuador,¹⁹⁴ Francia,¹⁹⁵ Corea,¹⁹⁶ Rumania.¹⁹⁷ Este listado de BITs nos hace preguntarnos nuevamente si otros casos en materia de inversiones con tintes internacionales no se verán sometidos al CIADI por vía de estos instrumentos y por la puerta de acceso que representa el mecanismo complementario; la renuncia se ha producido al CIADI, al Convenio de Washington, pero subsisten los BITs y la posibilidad de someterse vía mecanismo complementario.¹⁹⁸ Por ello, afirma-

¹⁸² 1o. de mayo de 1995.

¹⁸³ 9 de noviembre de 1990.

¹⁸⁴ 22 de febrero de 1992.

¹⁸⁵ 1o. de noviembre de 1994.

¹⁸⁶ 19 de febrero de 1995.

¹⁸⁷ 12 de mayo de 1992.

¹⁸⁸ 3 de julio de 1992.

¹⁸⁹ 13 de mayo de 1991.

¹⁹⁰ 16 de febrero de 1990.

¹⁹¹ 25 de abril de 1990.

¹⁹² 6 de mayo de 1995.

¹⁹³ 12 de marzo de 1995.

¹⁹⁴ 25 de mayo de 1995.

¹⁹⁵ 5 de octubre de 1989.

¹⁹⁶ 1o. de abril de 1996.

¹⁹⁷ 9 de octubre de 1995.

¹⁹⁸ En este sentido, los artículos 8o. y 9o. de estos instrumentos internacionales establecen que las controversias se resolverán, de ser posible, a través de con-

mos que es un efecto en cadena la renuncia de Bolivia al CIADI y la revisión de los BITs. Un paso más allá (y más ambicioso) sería que prosperara la admisión de un recurso de inconstitucionalidad por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional boliviano contra las leyes que ratificaron la adhesión de Bolivia a los BITs suscritos con Argentina (Ley número 1594), Países Bajos (Ley número 1586), Francia (Ley número 1535), Gran Bretaña (Ley número 1132), España (Ley número 2360) y Estados Unidos (Ley número 1897). El origen se remonta al 10 de mayo de 2006 cuando el Tribunal Constitucional declaró constitucionales las mencionadas leyes. La razón alegada para la interposición de este recurso de inconstitucionalidad es el privilegio que se concede al inversor extranjero sobre el nacional de someterse a un centro internacional para solventar sus disputas con exclusión de los tribunales nacionales bolivianos a los que se verían sometidos irremediablemente los inversores nacionales. El privilegio que representa el sometimiento a un foro internacional contaría los artículos 135,¹⁹⁹ 116²⁰⁰ y 228²⁰¹ de la Constitución boliviana.

Como conclusión a este primer análisis, y derivado de nuestras afirmaciones, encontramos el siguiente panorama: mientras unos se plantean retirarse formalmente del CIADI (Nicaragua y Argentina), otros ya lo han hecho de manera expresa (Bolivia) o de manera encubierta (Ecuador), otros ingresan, después de más

sultas amistosas en un plazo de seis meses, transcurrido el plazo sin un resultado positivo se someterán al arbitraje CIADI.

¹⁹⁹ El artículo 135 constitucional establece: “todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República”.

²⁰⁰ El artículo 116 de la Constitución señala que “el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores, tribunales y jueces de instancia y tribunales y juzgados que establece la ley, sin que puedan establecerse tribunales o juzgados de excepción”.

²⁰¹ El artículo 228 constitucional afirma que “la Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”.

de dos décadas de complejas negociaciones, a este sistema (Canadá), mientras otros siguen en un criticable *stand by* en su postura ante el CIADI (México).

2. *Dos casos para analizar*

A. ETI Euro Telecom Internacional N.V.

De este caso queremos poner sobre la mesa la conjunción de fechas, dejando así que cada quien pueda sacar sus propias conclusiones.

Si bien el sometimiento al CIADI de la renuncia de Bolivia se produjo el 2 de mayo de 2007, con efectos el 3 de noviembre de 2007, es curioso que en este caso se registrara la solicitud el 31 de octubre de 2007; es decir, la premura parece ser incuestionable para someter el último caso a un foro internacional a poco más de un par de días de surtir efectos su renuncia. Estos datos no han pasado desapercibidos en el contexto boliviano donde se asegura que:

si bien el gobierno de Bolivia siguió todos los procedimientos adecuados para retirarse del CIADI, la organización planificó conformar en pocos días más un tribunal para que escuche el caso elevado contra Bolivia por Euro Telecom Internacional (ETI), una compañía incorporada a los Países Bajos y cuyos reales propietarios son Telecom italiana y Telefónica española. ETI es propietaria del 50% de ENTEL, empresa que proporciona el 60% de los servicios de telefonía de Bolivia.²⁰²

Esta premura en el registro de la solicitud contrasta con la falta de constitución del tribunal arbitral a la fecha. Así, lo que importaba era registrar la disputa antes de que surtiera efectos la renuncia planteada por Bolivia. Una vez registrada no afecta a la constitución del tribunal arbitral y desarrollo del resto de actuaciones el que Bolivia se haya retirado.

²⁰² <http://www.boliviasoberana.org>, revisada el 17 de enero de 2008.

*B. Aguas del Tunari S.A.*²⁰³

Debemos iniciar teniendo claras las fechas que son relevantes con la finalidad de tomar una postura ante este caso.

- a) La fecha de celebración del contrato es septiembre de 1999.
- b) La cancelación del contrato se produce en abril de 2000.
- c) Se produce un cambio en la estructura societaria clave el 22 de diciembre de 1999.
- d) La presentación de la renuncia al CIADI por parte de Bolivia se produce el 2 de mayo de 2007.
- e) El registro de la solicitud se da el 12 de noviembre de 2001, y se notifica el 25 de febrero de 2002.
- f) La aceptación de la renuncia por el CIADI se emite el 3 de noviembre de 2007.

Queremos iniciar señalando algunos comentarios que se han vertido sobre este caso en el contexto boliviano en los últimos días, en este sentido se afirma que:

A pesar de las fraudulentas condiciones de la demanda de Betchel contra Bolivia, el CIADI del Banco Mundial ha aceptado la competencia sobre esta demanda: recordemos que éste es uno de los casos más escandalosos de los últimos años en los que una empresa intenta lucrar con la pobreza de un pueblo. La demanda ha sido cuestionada fuertemente por la sociedad civil no sólo boliviana, sino del todo mundo por tratarse de uno de los ejemplos más bochornosos de usufructo a partir de los sistemas de protección de inversiones que amenazan los derechos de los pueblos.²⁰⁴

Se ha hablado de un caso de “emergencia” por la aprobación de su conocimiento por parte del CIADI.²⁰⁵

Con estas palabras nada hace presagiar que no podamos contaminarnos al sumarle la fatídica coincidencia de las fechas de

²⁰³ El laudo, en español e inglés, está publicado en la página oficial del CIADI, véase www.worldbank.org/icsid.

²⁰⁴ <http://funsolon.civilblog.org>, revisada el 17 de enero de 2008.

²⁰⁵ <http://funsolon.civilblog.org>.

renuncia del CIADI y la admisión por el centro de la mencionada controversia.

En este contexto, el 12 de noviembre de 2001 se presenta una solicitud ante el secretario general del CIADI, solicitud ante la cual Bolivia no queda pasiva y, el 5 de diciembre de 2001 presentó sus objeciones alegando que la pretensión está “manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI”. A pesar de las reclamaciones del Estado, el 25 de febrero de 2002 se registra, de conformidad con el artículo 36.3 del Convenio CIADI, la solicitud y el 26 de junio de 2002, de conformidad con el artículo 37.2.b) del Convenio CIADI, se constituye el tribunal arbitral que conocerá y resolverá del fondo de la pretensión.²⁰⁶

Con estos antecedentes pasemos a ver los hechos del caso; el demandante es Aguas del Tunari, S.A. (en adelante, AdT), una sociedad constituida de conformidad con la legislación de Bolivia; el demandado (una vez más) el Estado boliviano, receptor del capital extranjero. En 1998 Bolivia inicia un proceso de licitación internacional de los servicios de agua y alcantarillado sanitario, así como una licencia para generar electricidad en Cochabamba. A este llamado acude únicamente un consorcio, “Aguas del Tunari”, quien estaba dirigido por Internacional Water Ltd. Se comprueba, y así se refleja en el laudo, que este consorcio no reunía los requisitos mínimos requeridos por Bolivia para la concesión y no prospera la solicitud. Esta situación lleva a un periodo de negociaciones creándose a tal efecto, y por decreto, un “Comité de Negociación” el cual llevaría a que el 2 de septiembre de 1999 el gobierno boliviano aprobara la adjudicación a AdT y ésta se registrara como sociedad boliviana. En esta peculiar (por no decir “irregular”) situación, la empresa y el Estado firman un contrato, el 3 de septiembre de 1999, denominado “Contrato de concesión de aprovechamiento de aguas y de servicio público de agua potable y alcantarillado sanitario en la ciudad de Cochabamba”.²⁰⁷

²⁰⁶ El Tribunal arbitral está compuesto por Henri Álvarez, Canadá; José Luis Alberro-Semerena, México y David D. Caron, Estados Unidos.

²⁰⁷ En este contrato la demandante se obligaba a proporcionar un suministro regular de agua potable a cambio de una rentabilidad negociada.

Este contrato duró poco tiempo puesto que en abril de 2000 quedó sin efecto,²⁰⁸ lo cual contrasta con los cuarenta años inicialmente proyectados que debía durar la relación contractual. Los datos de la privatización de servicios no han pasado desapercibidos y en este sentido se ha señalado en la prensa que “la privatización del servicio de agua en Cochabamba en 1999 es producto de las condicionalidades que impusieron el BM y el FMI en Bolivia a cambio de la renegociación de una parte de la deuda”.²⁰⁹ Igualmente se reclama que:

Aguas del Tunari, empresa liderada por Betchel, accedió al contrato de concesión del servicio de agua y alcantarillado de Cochabamba en 1999, siendo la única empresa presentada a la licitación, lo cual le da ya al propio procedimiento de concesión un velo de corrupción de los funcionarios de entonces y de una empresa que se arriesga a ser contratada a pesar de esa irregularidad.²¹⁰

En este contrato se insertó un artículo, el 41.5, donde se preveía que:

las partes (la superintendencia de Aguas y AdT) reconocen que dichos accionistas y accionistas últimos del concesionario, incluyendo los accionistas fundadores, son libres para ampararse en aquellos métodos de resolución de disputas que puedan serles legalmente disponibles de acuerdo a la ley boliviana (como por ejemplo arbitraje bajo las reglas de CCI, CIADI o UNCITRAL y otros organismos internacionales similares). Las Partes acuerdan cooperar en el proceso arriba mencionado, en la medida que les sea permitido por ley”.

La demandante sostiene en su demanda la violación de diversas disposiciones del BIT firmado entre Bolivia y Países Bajos;²¹¹ en concreto se basa en lo establecido en el artículo 9.6 del BIT entre Bolivia y Países Bajos que señala:

²⁰⁸ Párrafo 73.

²⁰⁹ <http://funsolon.civilblog.org>, revisada el 17 de enero de 2008.

²¹⁰ <http://funsolon.civilblog.org>, revisada el 17 de enero de 2008.

²¹¹ Párrafo 76.

Si ambas Partes contratantes se han adherido al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965, las diferencias derivadas de inversiones que pudieran surgir entre una de las Partes contratantes y un nacional de la otra Parte contratante, serán, de acuerdo con las disposiciones de dicho Convenio, sometidas a conciliación o arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

De esta afirmación se desprende que la demandante alega ser una empresa de “nacionalidad holandesa”, a lo cual Bolivia se opone y se constituye en el punto fundamental a discutir en este caso. Examinemos esta situación que queda patente en el laudo. La titularidad accionaria de AdT a la fecha de la firma del contrato era que estaba controlada por cuatro empresas bolivianas,²¹² cada una de las cuales tenía un 5% de las acciones, por una empresa de las Islas Caimán, Internacional Water (Aguas del Tunari) que poseía el 55% y Riverstar Internacional S.A., uruguaya, con el 25% restante. A su vez, Internacional Water (Aguas del Tunari), Ltd estaba controlada al 100% por Betchel Holdings, Inc., una compañía de Estados Unidos y Riverstar Internacional S.A. estaba controlada al 100% por Abengoa, una empresa española. En 1999, tras la adjudicación de la concesión se produce un cambio en la estructura societaria de AdT, quedando de la siguiente manera: 1) encontramos cuatro compañías bolivianas que controlan el 5% cada una de ellas de AdT; estas compañías bolivianas son las mismas que con anterioridad a la fecha citada; 2) tenemos además a Internacional Water (Tunari) SARL que posee el mismo 55% de las acciones; el cambio se produce en que ahora desaparece el “Ltd (Islas Caimán)” y aparece “SARL (Luxemburgo)”; si antes aparecía controlada directamente y al 100% por Betchel Holdings, Inc. ahora se interponen cuatro personas jurídicas, desembocando igualmente en un control absoluto por Betchel Holdings, Inc. (Es-

²¹² Constructora Petricevic S. A., Compañía Boliviana de Ingeniería S. R. L., ICE Agua y Energía, S. A. y Sociedad boliviana de Cemento, S. A.

tados Unidos); en este sentido aparecen en esta nueva estructura societaria: a) International Water (Tunari) B.V. (Países Bajos); b) International Water Holdings B.V. (Países Bajos) que controla al 100% a la anterior; c) Baywater Holdings B.V. (Países Bajos), que controla el 50% de las acciones de la anterior junto con Edison SPA (Italia), que posee el restante 50%; 3) encontramos nuevamente a Riverstar Internacional S.A. (Uruguay), que permanece con su 25% de las acciones y continúa controlada al 100% por Abengoa (España).

Como se señala en el laudo, “Bolivia cuestiona la existencia real de esas entidades holandesas, describiéndolas como empresas vacías”.²¹³ En este sentido la demandante alega el cumplimiento del artículo 1.b. ii) y iii) del BIT mencionado para sostener su “nacionalidad holandesa”, al señalar que son nacionales: (ii), personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de esa Parte contratante; (iii) personas jurídicas controladas directa o indirectamente por nacionales de esa Parte contratante, pero constituidas en conformidad con la ley de esa Parte contratante. A estos artículos la demandante se aferra para determinar que es una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación de Bolivia, pero controlada por nacionales de los Países Bajos. Justifica que “la transacción de diciembre de 1999 no implicó venta de acciones ni alteración de la propiedad, sino «migración» a Luxemburgo de una sociedad de las Islas Caimán”.²¹⁴

El eco de esta situación se propaga hasta la prensa boliviana, que resalta que:

lo más escandaloso de todo es que siendo una empresa norteamericana, nos demanda como holandesa, pues durante los meses de su contrato, esta empresa cambió la dirección legal de su subsidiaria de las Islas Caimán a Holanda, a sabiendas de que Bolivia tenía un Acuerdo Bilateral de Inversiones vigente con Holanda que le permitía acudir a tribunales internacionales. Y así nos de-

²¹³ Párrafo 72.

²¹⁴ Párrafo 158.

manda como empresa holandesa. Lo más grave es que el CIADI admite y avala esta situación, aceptando que una transnacional pueda utilizar recursos de «la letra menuda», cambiar de nacionalidad y demandar a un país disfrazando su identidad, para o sacarnos el dinero, o al menos dejar bien claro el mensaje de que una transnacional es todo poderosa frente a un país y un pueblo.²¹⁵

A los dos datos anteriores (una única empresa que concurre a la licitación y el cambio en la estructura societaria) se añade la situación de que el 14 de septiembre de 1999, y a través de un artículo periodístico se dieron a conocer las declaraciones del gobierno, así como las esperadas preocupaciones de ciudadanos por el monto de las nuevas tarifas. El gobierno señaló que “las tarifas entrarían en vigor el 1o. de diciembre de 1999”. En este sentido, encontramos un artículo que señala que “Betchel protagonizó una escandalosa subida de tarifas (hasta 300% en algunos casos) y abusó de su poder obteniendo que se aprobara una ley de aguas que quitaba las fuentes de agua a las comunidades indígenas, atentando incluso al cumplimiento de los derechos que les otorga el Convenio 164 de la OIT, suscrita por nuestro Estado”.²¹⁶

Así la problemática, señalamos que la primera sesión se celebra el 9 de diciembre de 2002 en Washington D.C. En esta primera sesión el Estado reitera sus objeciones referentes a la competencia del Tribunal arbitral y a la jurisdicción del Centro y se presenta un escrito titulado “Excepciones opuestas por la República de Bolivia en materia de jurisdicción y solicitudes de producción de pruebas y aclaración de los procedimientos”; a este escrito la empresa

²¹⁵ <http://funsolon.civilblog.org>, revisada el 17 de enero de 2008. Al respecto se ha sostenido que “al no contar con acuerdos bilaterales de inversión entre sus países de origen y Bolivia, la empresa inició sus acciones desde una subsidiaria holandesa. No es la primera vez que Holanda sirve de sede para juicios de las multinacionales contra Bolivia. Ya a fines de los noventa la empresa estadounidense Betchel «se instaló» en ese país abriendo una casilla postal, para iniciar, a nombre de Aguas del Tunari, la demanda por el contrato de concesión del sistema de agua de Cochabamba”. <http://www.nacionhumana.org>, revisada el 17 de enero de 2008.

²¹⁶ <http://funsolon.civilblog.org>, revisada el 17 de enero de 2008.

replica a través de su “Contestación a las excepciones de Bolivia en materia de jurisdicción y solicitudes de producción de pruebas y aclaración de los procedimientos”.

En esta etapa el Tribunal emite tres órdenes procesales que por espacio remitimos a nota al pie.²¹⁷ Tras la emisión de estas tres órdenes procesales se llevó a cabo, el 9, 10 y 11 de febrero de 2004, la audiencia referente a las excepciones a la jurisdicción. Éste es el punto que nos interesa tratar. Como se viene afirmando, Bolivia presenta excepciones a la competencia del Tribunal arbitral y a la jurisdicción del Centro; objeciones que se acordaron fueran tratadas como de previo pronunciamiento.²¹⁸

Bolivia interpone dos excepciones: a) la falta del requisito *ratione voluntatis*,²¹⁹ y b) la falta del cumplimiento *ratione personae*²²⁰ por parte de la actora. Veamos cada una de ellas.

a) La falta de consentimiento estatal para el sometimiento al CIADI presenta varias ramificaciones:

1) El contrato celebrado entre las partes priva de jurisdicción al CIADI. En este sentido, Bolivia argumenta que las disputas sobre este contrato, de conformidad con su artículo 41.2,²²¹ deben resolverse en el seno de los tribunales nacionales bolivianos y de

²¹⁷ La primera se produce el 8 de abril de 2003, su “Resolución procesal núm. 1” que determina “que los argumentos de las Partes en cuanto a la necesidad de las diversas solicitudes de producción de pruebas no estaban suficientemente pormenorizados o claros para que pudieran acogerse o rechazarse”; la “Orden procesal núm. 2”, sobre la posibilidad presentada por Bolivia de postergar las audiencias debido a los disturbios acaecidos en La Paz, y en la que se determinó por el Tribunal que “la gravedad y el carácter extraordinario de los hechos ocurridos en Bolivia constituían causa suficiente para postergar la audiencia” y la “Orden procesal núm. 3”, en la cual el tribunal accede a la petición de Bolivia de poder examinar a los testigos que presenten ambas partes.

²¹⁸ Párrafo 21.

²¹⁹ Párrafo 84.

²²⁰ Párrafo 85.

²²¹ Este artículo dispone que “el concesionario reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y de los tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes bolivianas aplicables”, párrafo 96.

acuerdo con su legislación. El demandante replica, señalando que las reclamaciones que se plantean se relacionan directamente con el BIT y no con el contrato de concesión.²²² Sin duda, estamos ante el argumento más esgrimido en los casos de objeción al CIADI. En este sentido se desprende del laudo que el demandante alega que “en el caso Lanco, AdT sostiene que su reclamación contra Bolivia tiene como fundamento el incumplimiento por parte del demandado, de obligaciones de derecho internacional enmarcadas en el TBI (y) no en incumplimientos del Contrato de Concesión”.²²³ A esta alegación, el Tribunal arbitral determina que:

no concluye que haya existido una intención común de las Partes de excluir la jurisdicción del CIADI en caso de una reclamación de AdT, ni una clara renuncia de parte de AdT, a través del artículo 41 o de la Concesión en general, a su derecho de promover sus reclamaciones ante el CIADI. El Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio, en tal sentido, no es suficiente. Por las razones que anteceden, el Tribunal rechaza el primer aspecto de la Primera Excepción del Demandado.²²⁴

2) Bolivia carece de legitimación procesal. En este sentido se alega que los reclamos del actor se basan en actos de la “Superintendencia de Aguas” a una persona jurídica que no forma parte del gobierno central de Bolivia, persona jurídica que nunca fue designada como “subdivisión política u organismo público” de Bolivia de conformidad con el artículo 25 del Convenio de Washington.²²⁵ El actor alega, entre otras cosas, que:

la concesión se negoció bajo la supervisión de autoridades bolivianas con facultades independientes de las del Superintendente de Aguas.²²⁶ El Tribunal rechaza el argumento boliviano seña-

²²² Párrafo 102. En este sentido alega los casos de Aguas del Aconquija contra Argentina y Lanco Internacional contra Argentina.

²²³ Párrafo 104.

²²⁴ Párrafos 122 y 123.

²²⁵ Párrafos 124-129.

²²⁶ Párrafo 132.

lando que «las partes plantean varias cuestiones que requieren conclusiones más amplias, basadas en pruebas adicionales. En esta fase de los procedimientos, referente a la determinación de la competencia, el Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre: 1) atribución y responsabilidad del Estado en el marco del TBI, o 2) relación precisa entre la República de Bolivia y la Superintendencia de Aguas, cuestiones ambas sobre las que el Tribunal, si fuere necesario, se pronunciará más adelante, en la etapa de sus actuaciones referente al fondo del asunto».²²⁷

3) El artículo 2o. del BIT se refiere a disposiciones bolivianas que excluyen la jurisdicción del CIADI. En este sentido, afirma que “AdT está obligada a someterse a la legislación boliviana, al SIRESE y a la Corte Suprema de Bolivia”.²²⁸ El actor sostiene que de ser esa la interpretación correcta “no existiría ningún arbitraje del CIADI”.²²⁹ Ante estas alegaciones, igualmente rechazadas, el Tribunal concluye que “las referencias a la legislación boliviana que contiene el artículo 2o. del TBI no se extienden, como mínimo, a aspectos de la legislación boliviana que a su vez impondrían la competencia exclusiva en relación con controversias enmarcadas en el TBI”.²³⁰

4) Se señala que la transferencia de acciones de AdT excluye la competencia del Tribunal. Así pues, Bolivia señala que la transferencia de acciones de AdT realizada por la sociedad controlante (o controladora) de las Islas Caimán implicó una trasgresión de la Concesión.²³¹ El actor reclama que no existe ninguna infracción en el cambio de la estructura societaria de AdT. El Tribunal rechaza dicha excepción señalando que esta migración de Islas Caimán a Luxemburgo no transgredía el contrato.

5) Bolivia alega la existencia de errores en los representantes del demandante. En este sentido menciona el recibo de dos cartas de representantes de Bechtel confusas y engañosas. La primera señala

²²⁷ Párrafo 137.

²²⁸ Párrafo 139.

²²⁹ Párrafo 141.

²³⁰ Párrafo 154.

²³¹ Párrafo 157.

“revelaciones referentes a una transferencia directa de acciones de AdT de IW Ltd en las Islas Caimán a una sociedad diferente que iba a instalarse en los Países Bajos”; la segunda “sostenía que la transferencia de la calidad de accionista fundador de las Islas Caimán a una empresa holandesa no determinaría efecto o impacto desfavorable alguno para el gobierno boliviano, para entidades bolivianas ni para la municipalidad de Cochabamba”.²³² El demandante alega que la transferencia de la titularidad accionaria allí propuesta fue abandonada llevándose a cabo una serie de transacciones diferentes. Ante esta nueva alegación, el Tribunal da nuevamente la razón al actor afirmando que efectivamente la transacción anunciada en dichas cartas nunca se llevó a cabo.

6) La última alegación de esta primera excepción consiste en que “la invocación del TBI Países Bajos-Bolivia, constituye una afirmación de jurisdicción no comprendida en los límites del consentimiento al arbitraje por parte de Bolivia”.²³³ Bolivia alega que su consentimiento al arbitraje CIADI estaba condicionado. Alega que el hecho de que el CIADI tenga jurisdicción debe estar comprendida dentro de los límites de la “previsión razonable” de las partes.²³⁴ Así pues, alega que su consentimiento nunca fue otorgado para casos como el de AdT por sus “intereses accionarios migratorios”,²³⁵ y señala que “el Tribunal debería rechazar la fórmula «rígida» de AdT, consistente en determinar el consentimiento sobre la única base del Tratado, el Convenio y la Solicitud de Arbitraje”.²³⁶ Por su parte, el demandante señala que “ni el TBI ni el Convenio del CIADI, en que se basa la competencia del Tribunal, establecen que Bolivia debe consentir el control holandés de un nacional de Bolivia, para que un Tribunal del CIADI tenga competencia en controversias entre ese nacional boliviano bajo con-

²³² Párrafo 182.

²³³ Párrafos 193-205.

²³⁴ Párrafo 194.

²³⁵ Párrafo 196.

²³⁶ Párrafo 198.

trol holandés y Bolivia”.²³⁷ El Tribunal arbitral, por mayoría, rechaza nuevamente los argumentos estatales señalando que este argumento ya fue tratado y solucionado en las decisiones anteriores.²³⁸

b) La falta de cumplimiento *ratione personae* por parte del actor. Considero que esta objeción es más sustentable, pues no puede dejar indiferente el cambio en el control accionario que sufre la empresa actora en 1999. Se alega que el demandante no es una entidad boliviana controlada directa o indirectamente por nacionales de los Países Bajos. De esto se desprende la imposibilidad de aplicar el BIT firmado entre Bolivia y Países Bajos. Al respecto se afirma que el término “control” se refiere a “quien ejerce el control final, que en este caso es Betchel, una sociedad estadounidense” y que “la cuestión de si una entidad es «controlada, directa o indirectamente», es una cuestión de hecho, cuyo cumplimiento no requiere necesariamente que la titularidad accionaria pertenezca en un 100% a otra entidad”.²³⁹ De lo anterior se desprende que Bolivia considera a las empresas holandesas como mera pantalla, como empresas vacías que no “controlan” a AdT. Sostiene que “control” significa “titularidad”, “ejercicio de potestades o administración, y no la mera posibilidad legal de hacerlo”.²⁴⁰ La respuesta del demandante es que existe una correlación absoluta entre la posesión del 100% del capital y el concepto de control. Aunque alega que:

si bien está constituida en Bolivia, es controlada, directa o indirectamente, por nacionales de los Países Bajos. Específicamente, manifiesta que si bien AdT está constituida en Bolivia, el 55% de sus acciones está en manos de IW Sarl. A su vez, el 100% de las acciones (y derechos de voto) de IW Sarl está en manos de IWT B.V., entidad nacional de los Países Bajos.²⁴¹

De esta forma la cuestión principal radica en dar la razón a

²³⁷ Párrafo 200.

²³⁸ Párrafo 203.

²³⁹ Párrafo 207.

²⁴⁰ Párrafo 222.

²⁴¹ Párrafo 211.

una de las dos interpretaciones del significado de “control”. La demandante determina que “basta la posibilidad jurídica de controlar al demandante, y que por lo tanto la frase puede referirse no sólo a la compañía madre final de AdT, sino también a las filiales de esta última ubicadas por encima del demandante”.²⁴² Por su parte, el demandado lo interpreta de otro modo, a saber: “como requiriendo el control final de AdT o, si esa frase no se limitara a la compañía que ejerce el control final, entonces un control «efectivo», «real» de AdT”.²⁴³

De esta segunda alegación, el Tribunal realiza una serie de afirmaciones encaminadas a determinar el concepto de “control”; para ello se puede acudir a los diferentes laudos arbitrales que sobre este término se han manifestado con antelación. Lo anterior con la observación de que los laudos arbitrales CIADI no constituyen en modo alguno “jurisprudencia”. Inicia buscando el sentido “corriente” de la frase “controladas directa o indirectamente”,²⁴⁴ y continúa con el significado que presenta en el contexto del BIT.²⁴⁵ En este sentido, señala que “no es una práctica para nada infrecuente que el Estado que recibe la inversión imponga a los inversionistas extranjeros la obligación de constituirse en su jurisdicción”. Efectivamente no estaba en discusión si AdT era una empresa constituida en Bolivia y por ende “nacional boliviana”; tampoco se discutía si esta empresa estaba sometida a un control “directo” o “indirecto” extranjero; tampoco si las empresas holandesas estaban constituidas correctamente de conformidad con la ley holandesa; por el contrario, lo que estaba en la mesa de debate era si ese control era holandés a efectos de aplicar el BIT. El demandado alegaba que la entidad controladora de AdT era Bechtel, una sociedad estadounidense. Recordemos que la celebración del contrato se da en septiembre de 1999 y la cancelación en abril del 2000; a esas fechas los BITs que estaban

²⁴² Párrafo 223.

²⁴³ *Idem*.

²⁴⁴ Párrafos 225-239.

²⁴⁵ Párrafos 240-248.

en vigor eran los firmados con Italia (1992) y Países Bajos (1994). No estaban en vigor los firmados con Luxemburgo (2004), España (2002) y Estados Unidos (2001). Las opciones estaban claras y cualquiera de los dos servirían a los fines de cumplir los requisitos establecidos para el CIADI. Toda la problemática que se plantea en este punto es saber la correcta interpretación y alcance de la frase “controladas, directa o indirectamente”. En realidad se trata de identificar si AdT estaba controlada (directa o indirectamente) por IWT B.V. o por IWH B.V.

Con las ideas realizadas con las interpretaciones “corrientes” y en el contexto del BIT, el Tribunal emite, por mayoría de votos, con la opinión disidente del árbitro José Luis Alberro-Semerena, una “conclusión en cuanto al significado de la frase *controladas directa o indirectamente*”. El Tribunal afirma que

la frase «controladas directa o indirectamente» significa que pueda predicarse de una entidad que controla a otra (ya sea directamente, es decir, sin que exista una entidad intermedia, o indirectamente) si tal entidad posee capacidad jurídica para controlar a la otra entidad. Con sujeción a la prueba de la existencia de restricciones especiales para el ejercicio de derechos de voto, esa capacidad jurídica debe establecerse en relación con el porcentaje de acciones que se poseen. En el caso de un accionista minoritario, la capacidad jurídica de controlar a una entidad puede existir en virtud del porcentaje de acciones poseídas, de los derechos jurídicos transferidos en instrumentos o acuerdos tales como convenios constitutivos o acuerdos de los accionistas, o de una combinación de esos factores. A juicio del Tribunal, el TBI no exige un control real cotidiano o final para que se configure lo requerido por la expresión «controladas directa o indirectamente» contenida en el artículo 1. b (iii). El Tribunal observa que no le compete determinar todas las formas que podría asumir ese control y concluir, por mayoría, que en las circunstancias del caso de autos, en que una entidad posee capital accionario mayoritario y es propietaria de la mayoría de los derechos de voto, existe un control como el referido en la frase operativa «controladas directa o indirectamente».²⁴⁶

²⁴⁶ Párrafo 264.

Con estas conclusiones, el Tribunal rechaza las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado; lo anterior concluye en que el demandante puede continuar sus actuaciones en el foro CIADI.

A lo anterior hay que sumarle las opiniones del árbitro Alberro-Semerena que sin duda viene a sembrar la duda sobre “la limpieza y objetividad” del actuar del Tribunal arbitral CIADI, afirma:

a) Que la cuestión del cambio accionario es una cuestión decisiva y que

su reestructuración [se da a] fines de 1999; porque el proyecto de reestructuración presentado por Betchel a las autoridades bolivianas a fines de noviembre de 1999 incluía la inserción de una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria, lo que no fue aprobado por aquéllas; porque la estructura que en definitiva se estableció efectivamente insertó a una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria,

y porque “si se puede probar la existencia de engaño o falsas manifestaciones, del hecho del consentimiento nada puede inferirse sobre la existencia de un acuerdo en materia de nacionalidad”.²⁴⁷ En este orden de ideas señala que “el proyecto de transferencia a una compañía neerlandesa de las acciones de AdT de propiedad de IW Ltd no fue autorizado”.²⁴⁸ Conviene señalar que “el 21 de diciembre de 1999, IW Ltd de las Islas Caimán emigró a Luxemburgo, modificando su nombre, y al día siguiente una compañía neerlandesa se convirtió en la propietaria del 100% de sus acciones”²⁴⁹ y que “la cuestión consiste sencillamente en establecer si puede considerarse que Bolivia consintió un sistema en virtud del cual una compañía registrada en Bolivia pueda, en cualquier momento y en cualesquiera circunstancias, reorganizarse, reestructurarse, para adquirir el derecho de promover una reclamación ante el

²⁴⁷ Párrafo 4.

²⁴⁸ Párrafo 13.

²⁴⁹ Párrafo 15.

CIADI, en todos los casos en que ese litigio parece conveniente y deseable desde la perspectiva de los inversionistas. Sostenemos que la respuesta a esa pregunta es “no”.²⁵⁰ Reprocha el que el Tribunal no solicitara los siguientes documentos: 1) los probatorios de las fechas en que se adoptaron las decisiones de transferir a IW Ltd de las Islas Caimán a Luxemburgo en lugar de realizar la transacción anunciada el 24 de noviembre de 1999; 2) los probatorios de los costos y beneficios de cada alternativa y, los probatorios de los argumentos en contra y a favor de la emigración de IW Ltd de las Islas Caimán y la adquisición del 100% de sus acciones por parte de Internacional Water (Tunari) B.V. De la anterior decisión del Tribunal, el árbitro señala que “Bolivia no consintió la jurisdicción del CIADI en el marco del TBI que había celebrado entre Bolivia y los países Bajos por lo que el demandante no tiene derecho a invocarlo”.

b) La segunda discrepancia tiene que ver con determinar el alcance e interpretación del “control directo o indirecto”. Para la demandante, la propiedad accionaria mayoritaria y los derechos de voto representan “la prueba de control más estricta posible”, “la cuestión de la jurisdicción... reside en determinar si la propiedad de acciones y derechos de voto en el demandado, por parte de una entidad de los Países Bajos, en un nivel superior al 50%, basta para configurar control directo o indirecto”,²⁵¹ para Bolivia “estar controlado es incuestionablemente distinto de estar en condiciones de ser controlado o poder ser controlado”. Este árbitro determina que “discrepo con la decisión del Tribunal referente a la excepción opuesta por Bolivia con respecto a la competencia del Tribunal, y considero que debe hacerse lugar a esa excepción”. En este sentido, afirma que “es inexacto igualar los conceptos de «controlado» y «control»... Las cuestiones fundamentales de previsibilidad, transparencia y estabilidad aceptadas por las partes de un TBI no pueden resolverse limitando el concepto de control” a propiedad

²⁵⁰ Párrafo 6.

²⁵¹ Párrafo 36.

mayoritaria y derechos de voto, cuando el tratado utiliza expresamente la frase “controladas directa o indirectamente”.²⁵² Acude a la redacción del Convenio de Washington donde se mencionó que “la propiedad de las acciones en un nivel de más del 50% podría no representar un interés de control... incluso un 51% de las acciones podría no constituir control”.²⁵³ Seguimos coincidiendo con el árbitro cuando señala que el Tribunal podría haber solicitado los siguientes documentos en orden a probar que efectivamente estaba controlada por la empresa holandesa: 1) los que reflejen las comunicaciones entre AdT/Internacional Water Sarl; AdT/Internacional Water B.V. y AdT/Baywater Holdings B.V.; 2) los que reflejen comunicaciones relativas a AdT entre cualquiera de las entidades mencionadas anteriormente y, 3) actas de directorias y asambleas de accionistas de todas las sociedades mencionadas.

De lo anterior determina que:

es por las razones que anteceden que discrepo con la decisión de la mayoría a favor de la jurisdicción y concluyo que el demandante no está facultado para invocar la competencia del CIADI en el marco del TBI mutuamente celebrado por Bolivia y los Países Bajos. Comparto sin reservas la determinación del Tribunal de cumplir su obligación de preservar la integridad de la jurisdicción del CIADI durante la fase de consideración del fondo del asunto, cuando las partes presenten sus memoriales completos y pruebas de respaldo.²⁵⁴

Nuestro comentario acerca de este caso es que el rigor en la admisión de las demandas en el CIADI queda una vez más en entredicho o, cuando menos, suscita a la reflexión. La narración de los hechos y los comentarios de uno de los árbitros hace pensar que para el CIADI una compañía registrada y constituida en Bolivia puede, en cualquier momento, bajo cualquier circunstancia, y en clara posición de ventaja, reestructurarse con el único

²⁵² Párrafo 32.

²⁵³ Párrafo 38.

²⁵⁴ Párrafo final.

fin manifiesto de cumplir los requisitos de un BIT y por ende reclamar en contra de este Estado una violación convencional y su sometimiento al CIADI. De otra manera se hubiera solicitado una violación contractual en la que el CIADI no hubiera podido actuar, sometiéndose las partes a los foros nacionales bolivianos.

Uno de los puntos centrales lo constituye la teoría del control extranjero, la cual aparece contemplada en el artículo 25.2. b) *in fine* del Convenio de Washington y que representa la excepción al principio general representado por la nacionalidad de las partes. Esta teoría viene a sostener una ficción jurídica,²⁵⁵ a saber: si a la fecha de prestación del consentimiento a la jurisdicción del CIADI y sobre la base de un efectivo control extranjero, las partes acuerdan tratar a la compañía local como nacional de otro Estado contratante, el Centro tendrá jurisdicción y el Tribunal arbitral competencia. Sin duda alguna, y éste es el caso, a través de la alegación y materialización de esta excepción se asiste a una ampliación del requisito por razón de la persona que deriva en la afirmación de la jurisdicción del Centro. Una ampliación que puede convertirse en un mecanismo propenso al “fraude”. Esta excepción juega un doble rol: en sentido positivo, así, cuando la persona jurídica esté incorporada o tenga su sede central en un Estado no contratante podría tener la nacionalidad de un Estado contratante debido al control que sobre ella se ejerce. En un sentido negativo, podría

²⁵⁵ Respecto a esta excepción, Miaja de la Muela afirma que “por vía de ficción jurídica, las partes pueden convenir a efectos de aplicación del Convenio, las partes admitan de común acuerdo que la sociedad es de nacionalidad extranjera, por razón del control ejercido sobre ella”. Miaja de la Muela, A., “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXII, 1969, p. 32. Por su parte, Amadio señala que la falta de jurisdicción del Centro puede ser subsanada por la noción de control según la cual una persona jurídica se considerará como nacional de otro Estado parte. *Cfr.* Amadio, M., *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, pp. 113 y 114. Como afirma Klesta: “en virtud del artículo 25.2.b) del Convenio, una sociedad se equipara a una persona jurídica extranjera”. *Cfr.* Klesta, L., “La nazionalità delle società: il criterio del controllo nel sistema ICSID”, *Il Risparmio*. vol. 42, 1994, p. 1421.

ocurrir que una persona jurídica, poseyendo la nacionalidad de un Estado contratante se excluya de la jurisdicción del Centro ante su control por un Estado no contratante. La teoría del control no es nueva en el CIADI y prácticamente en todos los casos se ha llegado a discutir con más o menos ahínco.

Además, como quedó demostrado en los diversos casos sometidos al CIADI, existen otros criterios para determinar el control efectivo (nacionalidad de los directivos, respaldo financiero, existencia de una cláusula CIADI, etcétera); respecto al último indicio, se viene afirmando por los tribunales arbitrales que no es necesario un consentimiento expreso, siendo suficiente la inclusión de una cláusula arbitral que señale al CIADI como el foro de resolución de controversias. Es la denominada “doctrina del acuerdo implícito”,²⁵⁶ la cual encontramos en el caso LETCO,²⁵⁷ en el caso

²⁵⁶ Vives Chillida utiliza esta denominación, la cual encontramos en todo extremo apropiada. Vives Chillida, J., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw - Hill, 1998, p. 113.

²⁵⁷ En este caso el Tribunal lanzó una serie de interrogantes que consideramos oportuno reproducir: “¿debe haber una relación causal entre un efectivo control y el acuerdo?, ¿cómo puede ser probado?, ¿qué tipo de acuerdo, implícito o explícito, es requerido?, ¿si el acuerdo puede ser implícito, qué hechos son capaces de presuponer tal acuerdo?”. El Tribunal consideró que debe ser presumido que existe control extranjero por el hecho de tener una cláusula arbitral que otorga jurisdicción al CIADI. En este caso se observó que “podría discutirse que el simple hecho de que Liberia y LETCO incluyeran una cláusula de arbitraje CIADI en su Acuerdo de Concesión constituye un acuerdo para tratar a LETCO como un «nacional de otro Estado contratante». Concluir de otro modo sería equivalente a decir que Liberia nunca intentó cumplir su parte del Acuerdo de Concesión; que Liberia, acordando la cláusula CIADI, actuaba de mala fe y contra el tenor y propósito del Convenio CIADI”. Como se afirma: “cuando un Estado contratante firma un acuerdo de inversión, conteniendo una cláusula arbitral CIADI, con una persona jurídica controlada por extranjeros con la misma nacionalidad que la del Estado contratante y lo hace con conocimiento de que sólo será sometido a la jurisdicción del CIADI si se ha acordado tratar a la compañía como una persona jurídica de otro Estado contratante, el Estado contratante podría ser considerado que ha acordado tal trato por haber acordado la cláusula arbitral CIADI. Esto es especialmente el caso donde el derecho del Estado contratante requiere al inversor extranjero establecerse localmente como una persona jurídica en orden a realizar una inversión”. Véase *YBCA*, vol. XIII, 1988, p. 39.

Klößner Industrie-Anlagen GmbH y otros vs. República de Camerún y Société Camerounaise des Engrais; Klößner²⁵⁸ y en el caso Amco Asia Corp. (U.S.) and others vs. República de Indonesia.²⁵⁹

Este indicio pudiera haber arrojado alguna luz para determinar si efectivamente la empresa holandesa controlaba directa o indirectamente a Aguas del Tunari. Cuestiones que no se llegaron a plantear en el caso por el demandado ni a solicitar por el actor. Si bien este criterio considerado de forma aislada, como se afirma en el caso Vacuum Salt Limited vs. Gobierno de la República de Ghana, “no le otorga competencia *ipso iure*”.²⁶⁰ En este sentido, afirma el Tribunal que:

cuando las partes establecen la existencia del control extranjero se crea una presunción fuerte, la cual ha de rechazarse cuando el control extranjero no pueda sustentarse en los hechos o existan

²⁵⁸ El Tribunal, una vez más, siguiendo la línea trazada por el caso Amco Asia, mantuvo una posición abierta, entendiendo que la inserción de la cláusula arbitral CIADI por sí misma presupone e implica que las partes acordaron considerar a una persona jurídica como una compañía bajo el control extranjero. Afirma que: “la inserción de una cláusula arbitral CIADI por sí misma presupone e implica que las partes han acordado considerar a SOCAME en esa fecha ser una compañía bajo el control extranjero, teniendo así la capacidad de actuar en el arbitraje CIADI. Esto es un reconocimiento que excluye completamente una interpretación diferente de la intención de las partes. Insertar esta cláusula en el contrato de establecimiento sería una tontería si las partes no hubieran acordado que, por razón del control ejercitado por intereses extranjeros sobre SOCAME, dicho Acuerdo podría estar sujeto a la jurisdicción CIADI”. Véase *YBCA*, vol. XX, 1995, p. 17, e *ICSID REVIEW-FILJ*, vol. 9, 1994, p. 85.

²⁵⁹ En este sentido, el Tribunal afirma que: “lo que es necesario, para que la provisión final del artículo 25.2.b) sea aplicable, es (1) que la persona jurídica, parte en la disputa, sea legalmente un nacional del Estado contratante, el cual es la otra parte y (2) que esta persona jurídica estando bajo control extranjero, según el conocimiento del Estado controlador, las partes acuerden tratarla como una persona jurídica extranjera”; el Tribunal estableció que: “nada en el Convenio, y en particular en el artículo 25, prevé un requisito formal de una expresa cláusula diciendo que las partes han decidido tratar a una compañía que tiene legalmente la nacionalidad del Estado contratante, el cual es parte en la disputa, como una compañía extranjera de otro Estado contratante, a causa del control al cual está sometida”. *YBCA*, vol. X, 1985, p. 63.

²⁶⁰ *Cf.*: *YBCA*, vol. XX, 1995, p. 22; e *ICSID REVIEW-FILJ*, vol. 9, 1994, p. 89.

criterios razonables de que un Tribunal no aceptaría la competencia, porque en tal caso las partes usarían el Convenio para propósitos para los que no fue redactado.

Las palabras “debido al control extranjero” deben tener algún significado y efectos. Tales palabras claramente califican que las partes no tienen la libertad absoluta de acordar tratar a la compañía de un Estado receptor como nacional extranjero: “sólo lo pueden hacer debido «al control extranjero»”.²⁶¹

En los casos SOABI,²⁶² MINE o Mobil Oil New Zealand Ltd. *et al. vs. Gobierno de Nueva Zelanda*,²⁶³ el acuerdo de las partes sobre la existencia del control extranjero fue dado de manera explícita, lo cual facilitó la tarea del Tribunal arbitral.

Volviendo a nuestro caso, coincidimos, apoyándonos en el caso LETCO, que la tenencia del 100% de las acciones de una empresa y derechos de voto no se traduce necesariamente en un control efectivo. Así, un accionista minoritario podría controlar una compañía. En el mismo sentido que afirmara el árbitro disidente: “la titularidad accionaria mayoritaria y los derechos de voto mayoritarios no constituyen, *per se*, control”.²⁶⁴

²⁶¹ Véase *YBCA*, vol. XX, 1995, pp. 23 y 24 e *ICSID REVIEW-FILJ*, vol. 9, 1994, p. 91.

²⁶² En el caso SOABI *vs. Senegal*, el Tribunal reveló que efectivamente Naidkida estaba controlada por dos nacionales belgas, y Bélgica era desde 1970 Estado parte del Convenio CIADI. En este caso, la existencia de una cláusula arbitral determinando el CIADI como Centro de resolución de controversias, evitó que el Tribunal tuviera que preguntarse sobre la exigencia o no de un acuerdo explícito.

²⁶³ En este caso encontramos el acuerdo explícito en la vía contractual. En este sentido señalamos la cláusula contractual VII.3 del Acuerdo de Participación firmado el 12 de febrero de 1982. Esta cláusula contractual establecía que: “Todos los inversores son, bien nacionales de otro Estado diferente a Nueva Zelanda, o están controlados por nacionales de tales Estados, y para los propósitos de este artículo VII cada inversor deberá ser juzgado como un nacional de ese Estado del cual éste o su respectivo accionista controlador es un nacional”. Véase *YBCA*, vol. XIII, 1988, p. 638.

²⁶⁴ Párrafo 92.

3. *El escenario postrenuncia*

El entendimiento de este apartado debe partir de la postura boliviana de nacionalización de empresas que operan en sectores estratégicos de la economía, como son, sin duda, las petroleras; siguiendo el ejemplo de Venezuela con la siderúrgica Sidor, Bolivia recupera por medio de decretos la mayoría accionaria en compañías petroleras. Unas nacionalizaciones, o confiscaciones, que se traducirán en reclamos en juicios internacionales. Demandas que pueden llegar a alcanzar los 900 millones de dólares en concepto de indemnización. Tan importante es este fenómeno (social y cuantitativamente hablando) que ya se ha creado un ministerio de defensa de las nacionalizaciones para enfrentar estos procesos a través de dos estrategias: defensa legal y negociaciones.

De estos procesos tenemos conocimiento del caso Ashmore Energy Internacional en el cual se exige al Estado la cantidad de 500 millones de dólares en una demanda presentada como consecuencia del 50% de participación en la operadora ductos Trans-redes. En esta línea está el caso del grupo suizo Glencore cuya demanda se origina por la nacionalización del complejo metalúrgico Vinto en 2006; el consorcio peruano-alemán Graña Montero de Perú y Oil Tanking de Alemania (Compañía Logística de Hidrocarburos de Bolivia), quienes controlaban una empresa de almacenamiento de hidrocarburos. Igualmente encontramos el caso de la empresa chilena Quirobax, que explotaba el salar de Uyuni y por cuya cancelación solicita 40 millones de dólares. Otro caso es el de un consorcio internacional sobre un gaseoducto Bolivia-Brasil por el que se solicita 35 millones de dólares. A este cúmulo de demandas por nacionalizaciones encontramos el caso Telecom Italia, del cual tenemos ciertos datos más avanzados y actuales.

Si en líneas anteriores afirmábamos que el 2 de noviembre surtía efectos la renuncia de Bolivia al sometimiento de disputas al CIADI, el 8 de mayo de 2008 encontramos un titular que afirma

que “Bolivia podría enfrentar un nuevo reclamo ante el CIADI”.²⁶⁵ El origen se encuentra en la nacionalización de la telefónica boliviana ENTEL, la cual se anunciaba el 1o. de mayo mediante decreto; por tal motivo, Telecom Italia, concesionario del servicio, manifestó su intención de acudir al arbitraje CIADI. ENTEL es una ex compañía estatal privatizada parcialmente en 1996. Su nacionalización suponía el traspaso obligatorio al Estado del 50% de las acciones que tenía Euro Telecom Internacional (ETI), filial de Telecom Italia. Así las cosas, el presidente Evo Morales nacionalizó ENTEL, compañía particiada por Telecom en un 50% y por el Estado boliviano en un 47%, dando como resultado final que el Estado boliviano asumió el control del 97% de la telefónica. Cumpliéndose los peores pronósticos, el 14 de julio de 2008 se anunciaba que Telecom demandó a Bolivia por la mencionada nacionalización. Así, el ministro de Obras Públicas señaló que “Telecom envió una carta a CIADI en la que pide se designe «a los árbitros del tribunal» y que Bolivia tendría que hacer lo propio”.²⁶⁶

VII. CONCLUSIONES

Podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que sólo el tiempo determinará:

a) Si las renunciias (tácitas o expresas) protagonizadas recientemente por dos Estados latinoamericanos, Bolivia y Ecuador, sirvieron como un eficaz repelente para la inversión extranjera.

b) Si efectivamente podemos apostar al binomio ratificación del Convenio de Washington-atracción de capital extranjero, quedando Brasil como un ejemplo anecdótico. En este sentido, nos atrevemos a señalar que no nos resulta tan anecdótico desde que

²⁶⁵ <http://www.abogados.infobaeprofesional.com/notas/65813>, revisada el 8 de mayo de 2008.

²⁶⁶ <http://www.abogados.infobaeprofesional.com/notas/69003>, revisada el 14 de julio de 2008.

es el principal receptor de inversión extranjera en América Latina y el segundo después de China entre países en vías de desarrollo.

c) Si sólo han sido dos Estados los que se han animado a presentar su renuncia o si se producirá un “efecto llamada” para los demás, en concreto, si servirá para animar a Nicaragua, Argentina o México.

d) Si México sale de su situación de *stand by* y decide unirse a una corriente, bien de renuncia al sistema CIADI, bien de comprometerse al Convenio de Washington, eliminando así el tinte de politización que supone la tramitación del recurso de anulación cuando éste se tramita por la vía del Mecanismo Complementario.

e) Si Argentina salió bien librada con su apuesta a la renegociación de los contratos internacionales o, si por el contrario, todo intento quedó simplemente en eso.

f) Si Canadá hizo lo correcto con la firma del Convenio de Washington y si se atreverá a ratificarlo. En este segundo caso, podremos determinar las consecuencias, traducidas en demandas, en función del TLCAN y su incomprendido capítulo XI.

Lo único que podemos hacer en este momento es hacer conjeturas sobre estas hipótesis que han puesto al CIADI en una complicada situación.

Por ahora sólo nos queda esperar.