

CAPÍTULO SEGUNDO

ARREGLO DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN

I. TRIBUNALES NACIONALES

Cuando un inversor extranjero se ve agraviado por el Estado anfitrión, en carácter de inversor o directamente en su inversión, la inconformidad originariamente se dirimirá ante los tribunales y autoridades administrativas del Estado anfitrión. Es decir, las controversias entre Estados e inversores extranjeros normalmente son competencia de los tribunales nacionales del Estado anfitrión. Los Estados, en todo caso, preferirán dirimir este tipo de controversias frente a sus tribunales; lo anterior por el simple hecho de la comodidad y conocimiento del derecho interno que ello representa. El problema es que los procedimientos realizados entre dos partes, donde una de ellas es juez y parte, puede dejar en entredicho la imparcialidad de los juzgadores.²⁸⁴ Es difícil imaginar que el propio Estado, a través de su Poder Judicial o tribunales administrativos, se autocondene y pague lo justo por daños y perjuicios al inversor agraviado, o le restituya el daño, resarcéndolo como si no hubiera sucedido; y de ser así, en todo caso es interesante analizar cuánto tiempo se requiere para llegar a ese resultado. Lo mismo sucedería si la controversia se dirimiera ante los tribunales nacionales del Estado, del cual el inversor ostenta su nacionalidad, los cuales, en más de una ocasión, serían parciales. Además es difícil imaginar que un Estado soberano se someta a los tribunales nacionales del Estado origen de un inversor extranjero. Con estos argumentos, un tribunal arbitral, de carácter de derecho internacional público (DIP), especializado en controversias de carácter mixto, es decir, de controversias entre un sujeto de DIP y un sujeto de derecho internacional privado (DIPr.), como el CIADI, es muy atractivo para dirimir controversias ante él. Además no hay que olvidar que el CIADI cuenta, como miembro, con el respaldo del Grupo del Banco Mundial.

²⁸⁴ Fernández Masía, Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, párr. 3 (b).

Ahora bien, no se trata de satanizar los procedimientos judiciales de los Estados, aunque no cabe duda que la corrupción y la falta de un sistema jurídico estable y maduro es tema de todos los días en muchos Estados; más bien se trata de una conveniencia política y económica de inversores extranjeros y sus Estados de origen que han realizado buenas negociaciones para poder acceder a jurisdicciones distintas a las del Estado anfitrión. Entre estas se encuentra el arbitraje internacional. Con el fin de enfatizar la importancia de la impartición de justicia dentro de los Estados, estamos casi seguros que de existir una sentencia justa, expedita y equitativa dentro del Estado anfitrión, un gran número de controversias no llegarían a las instancias internacionales. En muchos casos es la falta de coordinación, sea intencional o no, entre las autoridades de las esferas estatales, lo que se deriva en lesión de derechos de inversores extranjeros. En ocasiones, las presiones sociales han motivado al Estado a cometer actos violatorios de los APPRI, como sucedió en el caso *Tecmed vs. México*, en el que la presión política sobre un confinamiento de residuos peligrosos en Hermosillo, México, fue de tal magnitud que el Estado se vio obligado a terminar con un contrato de concesión.²⁸⁵ De manera similar sucedió en el caso *Metalclad vs. México*, en el que se impidió la operación de un confinamiento de residuos tóxicos peligrosos en San Luis Potosí, consecuencia de enormes presiones sociales derivadas en la promulgación de un decreto ecológico, el cual fue declarado por el tribunal arbitral como una expropiación indirecta.²⁸⁶

En otro contexto, el agotamiento de recursos internos (ya sean vías judiciales o administrativas) puede ser una condición previa para el consentimiento de un Estado para someterse al arbitraje frente a un foro determinado. Actualmente, este requisito está previsto en pocos acuerdos bilaterales y multilaterales de inversión, los cuales, en su mayoría, pertenecen a la antigua generación de APPRI.²⁸⁷ Este requisito también es opcional, de conformidad con el artículo 26 del Convenio de Washington, previsto como una condición para el consentimiento del Estado para someterse a la jurisdicción del Centro.

²⁸⁵ *Tecmed vs. México*, *cit.*, laudo, párrs. 164, 166, 183 y 201.

²⁸⁶ *Metalclad vs. México*, *cit.*, laudo, párrs. 28-65, 111 y 112.

²⁸⁷ Schreuer, Christoph H., "Calvo's Grandchildren or The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Países Bajos, Koninklijke Brill NV, 2005, p. 2; Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, *cit.*, p. 392.

II. TRIBUNALES ARBITRALES

Existen diferentes tipos de tribunales arbitrales, los de carácter privado, como los formados bajo el auspicio de instituciones privadas como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) creada en 1923 en París, *the London Court of International Arbitration* (LCIA) establecida en 1926 en Londres, *the American Arbitration Association* (AAA) creada en Nueva York, o *The Stockholm Chamber of Commerce* (SCC), los cuales administran en su mayoría controversias entre particulares de carácter comercial. Existen también tribunales arbitrales amparados por una institución de DIP donde se dirimen controversias de carácter mixto entre un Estado y un inversor, como los formados bajo los auspicios del CIADI, del Mecanismo Complementario del CIADI²⁸⁸ y tribunales arbitrales formados de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (en adelante las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL serán utilizados de manera indistinta).

Las controversias en materia de inversión extranjera son de naturaleza mixta, puesto que en ellas están envueltas, por un lado, un sujeto de DIP, que será un Estado, y por el otro, un sujeto de derecho privado, como puede ser una persona física o jurídica. Cada foro de arbitraje e institución de arbitraje tiene fortalezas y debilidades al momento de dirimir una controversia frente a este y depende mucho de la naturaleza de la misma su conveniencia o no. En el caso del arbitraje en materia de inversión, los temas de nacionalidad de los miembros del tribunal arbitral, el país donde se lleva a cabo el procedimiento arbitral y la nacionalidad del inversor extranjero, entre otros, son de relevancia.

A continuación presentaremos brevemente los distintos tribunales relevantes para la solución de controversias en materia de inversión y encaminaremos la investigación al foro que consideramos el más conveniente para solución de controversias en materia de inversión, que a nuestro parecer es el CIADI y su Mecanismo Complementario.

1. *Procedimientos ad hoc y las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*

Un procedimiento *ad hoc* puede ser de gran utilidad cuando no es posible utilizar el procedimiento del CIADI o su Mecanismo Complementario;

²⁸⁸ UNCTAD, *Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*. 2.2 Selecting the Appropriate Forum, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2003, pp. 25-28.

este es el caso de la solución de controversias de inversión al amparo del capítulo XI del TLCAN en controversias originadas entre México y Canadá, de tal suerte que el tribunal *ad hoc* está previsto en el TLCAN como foro de solución de controversias en su artículo 1120 (1) (c). Numerosos APPRI contemplan este tipo de foro, conformado, en muchas ocasiones, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. También el ECT prevé la constitución de un tribunal de este tipo para dirimir controversias (artículo 26 (4) (b) del ECT).

La principal característica de un tribunal *ad hoc* es su independencia de cualquier institución. El sistema de arbitraje que se utilizará puede ser uno propio o adoptar un sistema arbitral existente de alguna institución, en todo caso será una flor que nacerá y morirá el día que termine la disputa entre las partes.²⁸⁹

Una forma sencilla de regular un arbitraje *ad hoc* es adoptar reglas de arbitraje establecidas, como lo son las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o las contenidas en el Convenio del CIADI. En todo caso debe observarse que si se llegara a adoptar el Convenio del CIADI y sus Reglas de Arbitraje, este sistema únicamente servirá como guía, lo cual significa que las normas relativas a la autonomía del laudo arbitral y las reglas de reconocimiento y ejecución del laudo no serán aplicables.²⁹⁰

También es usual que los árbitros de un Comité *ad hoc* adopten sus propias reglas de procedimiento. Por ejemplo, en el caso *Aminoil vs. Kuwait*, el tribunal arbitral adoptó sus propias reglas de procedimiento en base a la justicia natural y a los principios de procedimiento de arbitraje transnacional que consideró aplicables.²⁹¹

Hay que subrayar que aunque hoy en día los tribunales *ad hoc* no se utilizan con frecuencia, sí se utilizaron con anterioridad. Basta recordar los casos *British Petroleum vs. Libia*,²⁹² *Liamco vs. Libia*²⁹³ y *Texaco/Calasiatic vs. Libia*.²⁹⁴

Una de las debilidades de un arbitraje *ad hoc* es precisamente la falta de apoyo institucional. También carece de un adecuado mecanismo de recono-

²⁸⁹ Lew, Julian *et al.*, *op. cit.*, párrs. 3-9.

²⁹⁰ Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, *cit.*, artículo 25, párr. 140.

²⁹¹ Award in the Matter of an Arbitration between *Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)*, 24 de marzo de 1982; 21 *ILM*, 1982, 976-1053.

²⁹² *British Petroleum vs. Libya*, 10 de octubre de 1973; 53 *ILR*, 1979, 297-388.

²⁹³ *Libyan American Oil Company (Liamco) vs. Libya*, 12 de abril de 1977; 20 *ILM*, 1981, 1-87.

²⁹⁴ *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic (Calasiatic) Oil Company vs. Libya*, 19 de enero de 1977; 17 *ILM*, 1978, 1-37.

cimiento y ejecución del laudo arbitral. Aunque sin duda alguna, las partes pueden adoptar la Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros del 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York, en adelante)²⁹⁵ para alcanzar dicho fin.

Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI en breve

Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI fueron preparadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, en adelante), aprobadas por la Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976 y modificadas en el 2010.²⁹⁶

Estas Reglas de Arbitraje abarcan todas las etapas procesales de un procedimiento arbitral, desde la formación del tribunal hasta que se dicta el laudo, a saber, reglas sobre: ámbito de aplicación, notificación y cómputo de plazos, representación y asesoramiento, nombramiento de los árbitros, lugar del arbitraje, idioma, escrito de demanda y contestación, competencia del tribunal, pruebas y audiencias, medidas provisionales y otras medidas, peritos, rebeldía, cierre de audiencias, laudos, ley aplicable, rectificación, costas, entre otras.

Las Reglas de Arbitraje son reconocidas tanto por países en desarrollo como en transición y desarrollados. La creación de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI se originó en los años setenta por la necesidad de contar con reglas autónomas y apropiadas para casi cualquier tipo de arbitraje,²⁹⁷ esta no es la excepción del arbitraje en materia de inversión; como lo señalamos con anterioridad, la solución de controversias conforme a las Reglas está prevista en casi todos los acuerdos bilaterales y multilaterales de protección de las inversiones.

Para el reconocimiento y ejecución de los laudos emitidos por tribunales *ad hoc* formados al amparo de las Reglas se recurre a la Convención de Nueva York.

²⁹⁵ Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros del 10 de junio de 1958. También citada como Convención de Nueva York. Para su consulta véase http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-convention/1958_NYC_CTC-s.pdf, marzo de 2012.

²⁹⁶ Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, *cit.*

²⁹⁷ Sanders, Pieter, “Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules”, *II YBCA* 172, 1977, p. 173.

2. Instituciones privadas de arbitraje

La mayoría de las instituciones de arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), creada en 1923 en París, *the London Court of International Arbitration* (LCIA), establecida en 1926 en Londres, *the American Arbitration Association* (AAA), creada en Nueva York, o la Cámara de Comercio de Estocolmo, (SCC) con sede en Estocolmo, concebida en 1902, están enfocadas a proporcionar servicios de arbitraje comercial internacional, por ejemplo, arbitraje entre particulares. Todas las instituciones mencionadas con anterioridad son de naturaleza privada. Ellas no proporcionan el arbitraje en sí, sino que acompañan el proceso arbitral, el cual es conducido bajo su auspicio, pues ellas proporcionan el apoyo administrativo necesario para conducir el caso hasta la consecución de un laudo arbitral, tales como listas de árbitros, administración del proceso arbitral, cálculo de honorarios, entre otros.

Las partes en un conflicto de arbitraje son libres para someter sus diferencias en materia de inversión a cualquiera de estos foros, aunque en la realidad el más concurrido es la Cámara de Comercio de Estocolmo. Lo anterior no se debe a la belleza de la ciudad de Estocolmo, ni tampoco a que ahí se lleva a cabo la entrega de los premios Nobel, sino que obedece a una previsión como foro de solución de controversias a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT).²⁹⁸ Sin embargo y teóricamente, podría ser cualquiera de los foros antes mencionados, el elegido para dirimir una controversia en la materia al amparo del ECT,²⁹⁹ el cual concede libertad a las partes para que elijan cualquier procedimiento de solución de controversias posible.

La SCC cobró relevancia como foro para solución de controversias entre oriente y occidente en los años setenta; desde entonces Rusia y Estados Unidos lo reconocen como un foro neutral de solución de controversias. A través de su Instituto de Arbitraje³⁰⁰ se prestan servicios de arbitraje. Hasta diciembre del 2006 se aplicaron las Reglas de Arbitraje adoptadas en 1999.³⁰¹ A

²⁹⁸ ECT, artículo 26 (4) (c).

²⁹⁹ *Ibidem*, artículo 26 (2) (b).

³⁰⁰ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Véase: <http://www.sccinstitute.com/uk/Home>. El Instituto de la SCC también pone a disposición de sus usuarios una serie de lineamientos, a saber, Reglas de Arbitraje, cláusula modelo, lineamientos para los árbitros, entre otros.

³⁰¹ Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (*Rules of the Arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce*). Adoptadas y en vigor el 1o. de abril de 1999. Véase: http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/web_a4_vanliga_2004_eng_rev_2005.pdf.

partir del 1o. de enero del 2007³⁰² existen nuevas reglas que son aplicables a conflictos sometidos ante la SCC con posterioridad a dicha fecha.

La CCI a través de la Corte Internacional de Arbitraje, ofrece los servicios de arbitraje. El último Reglamento de Arbitraje entró en vigor el 1o. de enero del 2012.³⁰³ La AAA ha desarrollado un gran número de reglas de arbitraje según la materia en cuestión. Relevantes en nuestra materia son las Reglas de Arbitraje Comercial enmendadas y vigentes el 1o. de septiembre del 2007.³⁰⁴ La LCIA y su Reglamento de Arbitraje de 1998 son de mencionarse por su relevancia en arbitraje internacional.³⁰⁵ Las tres instituciones privadas de arbitraje mencionadas con anterioridad carecen de relevancia para el presente estudio debido a la baja frecuencia como foros de solución de controversias en el caso que nos atañe y a que no se tiene acceso público a la mayoría de los laudos emitidos por los tribunales conformados en estos foros. Los mismos gozan de prestigio, aun cuando detectamos desventajas fundamentales en el uso de estos para dirimir las controversias que nos competen: (1) no son instituciones especializadas para dirimir controversias en materia de inversión, y (2) tampoco para dirimir controversias de naturaleza mixta como son las controversias entre inversores y Estados debido a que hablamos de controversias entre un sujeto de DIP y un inversor extranjero (ya sea persona física o jurídica), es decir, un sujeto de derecho internacional privado, nacional de otro Estado.

3. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*

Dicho lo anterior, realizaremos una breve sinopsis del sistema que nos ocupa, el cual consideramos el más adecuado para dirimir controversias en materia de inversión entre inversores extranjeros y Estados.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI/ICSID o Centro, en adelante) se creó en 1965 a través del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

³⁰² Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (*Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*). Adoptadas y en vigor el 1o. de enero de 2007. Véase http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/2007_Arbitration_Rules_eng.pdf.

³⁰³ Reglamento de Arbitraje de la CCI. Entró en vigor el 1o. de enero de 2012. Véase http://www.icmex.mx/documentos/publicos/2011/septiembre/2012_Arbitration%20and%20ADR%20Rules%20ENGLISH.pdf, febrero de 2012.

³⁰⁴ AAA, *Commercial Arbitration Rules*, enmendadas y vigentes el 1o. de septiembre de 2007. Véase <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440>.

³⁰⁵ LCIA, el Reglamento de Arbitraje de la LCIA de 1998. Véase <http://www.lcia-arbitration.com>.

entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio de Washington).³⁰⁶ El Convenio fue preparado bajo los auspicios del Banco Mundial cuyo propósito fue proveer un foro especial para dirimir controversias en materia de inversión a través de dos mecanismos de diferente alcance y aceptación, la conciliación y el arbitraje; mientras que en el primero se emiten recomendaciones,³⁰⁷ del segundo emanan laudos.³⁰⁸ El CIADI no es en sí el que realiza la conciliación y el arbitraje, estas funciones son llevadas a cabo por conciliadores y árbitros expertos en el ramo. El CIADI más bien asiste en la iniciación y conducción de los procedimientos de conciliación y arbitraje, en este sentido, este realiza funciones administrativas. Además, en 1978 fue creado el Mecanismo Complementario del CIADI, con el fin de poder dirimir controversias de arbitraje para el caso de que alguna de las partes de la controversia no pertenezca al Convenio de Washington.

El Convenio de Washington entró en vigor el 14 de octubre de 1966 tras haber sido ratificado por veinte Estados. A enero 2011, 147 Estados han ratificado el Convenio de Washington.³⁰⁹ Desde el primer laudo emitido por un tribunal arbitral del CIADI en agosto de 1977 se han resuelto, a la fecha, más de 225 casos y hay más de 130 casos pendientes.³¹⁰ Cada

³⁰⁶ Se puede encontrar el texto reproducido de la versión original en inglés en 4 *ILM* 532, 1965; también se puede consultar la página web del CIADI: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.

³⁰⁷ En el preámbulo del Convenio de Washington se hace hincapié respecto a que deberá prestarse la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores.

³⁰⁸ Véase el preámbulo y el artículo 53 del Convenio de Washington: “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”.

³⁰⁹ CIADI, Convenio, Reglamento y Reglas del CIADI, octubre de 2007. <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/intro.htm>. Cabe mencionar que a partir de principios del 2007 se ha desatado un movimiento en Latinoamérica en el que se comienza a poner en duda el rol del CIADI. Bolivia denunció el Convenio de Washington, *cit.*, el 2 de mayo de 2007 y surtió efectos a partir 3 de noviembre del 2007. Ecuador comenzó por notificar el 4 de diciembre del 2007 al CIADI su decisión de limitar el tipo de controversias que someterá al CIADI de conformidad con el artículo 25 (4) de la Convención de Washington. Para el 6 de julio del 2009, este denunció el Convenio de Washington. Dicha denuncia tuvo efectos a partir de enero del 2010. Véase <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement9>; <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement20>, septiembre de 2011.

³¹⁰ Actualizado a septiembre de 2011. Una lista detallada de casos puede ser consultada en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>.

vez más cláusulas arbitrales en materia de inversión extranjera contemplan al Centro como foro para dirimir controversias en esta materia, ya sea por el Convenio de Washington o a través de su Mecanismo Complementario. Estas cláusulas arbitrales se encuentran contenidas en numerosos contratos de Estado internacionales (CEI), acuerdos internacionales sobre inversiones (AIIs), en distintos tratados de libre comercio (TLCs) y tratados multilaterales especializados, como el caso del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT), así como en legislaciones nacionales en materia de inversión.

Una de las características más importantes del Convenio de Washington es que crea un Centro especializado para dirimir controversias entre Estados receptores de capital e inversores extranjeros, el cual cierra la puerta a la protección diplomática a través de la renuncia que se realiza al someterse a la jurisdicción del Centro.³¹¹ Lo anterior no es de menor importancia, ya que por un lado, despolitiza el proceso de reclamación al dejar a un lado al Estado origen de la inversión, y por otro lado, crea una vía de reclamación directa para el inversor extranjero (*jus standi*), el cual no dependerá de la conveniencia o no de su Estado origen para presentar una reclamación contra el Estado anfitrión.³¹² Otro punto relevante es la obligatoriedad de los laudos de un tribunal arbitral constituido al amparo del Centro desde el punto de vista del derecho internacional.³¹³

A. El procedimiento arbitral del CIADI

El arbitraje del CIADI, de conformidad con el Convenio de Washington, es un ejemplo de procedimiento de arbitraje regulado únicamente por el derecho internacional, pues no se somete a ninguna disposición de derecho nacional en lo relativo al procedimiento arbitral. Se destaca especialmente el impedimento de los tribunales nacionales para decidir sobre la anulación de un laudo arbitral del CIADI.³¹⁴ Las únicas posibilidades de

³¹¹ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 27.

³¹² Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.*, p. 500; Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 3a. ed., Munich, C. H. Beck, 2002, §19, párr. 2, p. 237; Broches, Aron, "The Convention on the Settlement of Investment Disputed between States and Nationals of Other States", *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht, Boston y London, 1995, pp. 188 y ss.; Broches, Aron, *Arbitration under the ICSID Convention*, ICSID, 1994, pp. 1-16; Broches, Aron, *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht, Boston y London, 1995.

³¹³ Convenio de Washington, *cit.*, artículos 53 y 54; Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, *cit.*, §19, párr. 2, p. 237; Congyan, Cai, "Structure and Its Implications towards ICSID Mechanism: An empirical Analysis", *JWIT*, vol. 9, nr. 3, junio de 2008, pp. 333-349.

³¹⁴ Convenio de Washington, artículos 53-55. Dicho rasgo se pierde en el Mecanismo Complementario, pues los laudos emitidos de conformidad con este pueden ser revisados

presentar un recurso contra un laudo del CIADI son ante el propio Centro a través de la aclaración, revisión y anulación.³¹⁵

El arbitraje del CIADI, por definición, involucra a un Estado como parte en la controversia, en el entendido de que según las reglas del CIADI, ningún Estado puede invocar su inmunidad soberana con el fin de modificar la jurisdicción del tribunal. El someterse al arbitraje del CIADI lleva consigo una renuncia a la inmunidad soberana en cuestiones de jurisdicción, incluyendo los procedimientos de *exequátur*. En contraste a dicha norma, el artículo 55 del Convenio de Washington prevé que dicha renuncia no se extiende a la ejecución del laudo, en cuyo caso se regirá por las reglas del derecho nacional en que deba ejecutarse.

En caso de no existir reserva alguna, la existencia de una cláusula válida de arbitraje CIADI, de conformidad con el artículo 26 del Convenio de Washington, excluye cualquier otro recurso legal para hacer valer una reclamación. Las partes pueden acordar el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento para someterse al Centro. Sin embargo, este tipo de cláusulas no son muy comunes.³¹⁶ Explícitamente han presentado esta declarativa al Centro Costa Rica y Guatemala.³¹⁷

en segunda instancia por los tribunales nacionales del Estado en el cual se llevó a cabo el arbitraje; Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.*, p. 510.

³¹⁵ Convenio de Washington, artículos 50-52. El procedimiento de anulación es realizado por un Comité *ad hoc*. El recurso de anulación es el más recurrido.

³¹⁶ Por ejemplo, el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania tiene una combinación de agotamiento previo de recursos locales combinado con un periodo fijo para dicho fin de dieciocho meses: “artículo 10.

(1) Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado deberán... ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

(2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo... será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

a. A petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes;

b. ...

(4) En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias... serán sometidas..., sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”...

³¹⁷ Costa Rica notificó el 27 de abril de 1993 al CIADI su voluntad de exigir el agotamiento de recursos administrativos y judiciales internos como requisito obligatorio para someterse a la jurisdicción del Centro, así lo expuso, “There may only be recourse to arbi-

a. Ámbito de aplicación del Convenio del CIADI en breve

Es importante saber cuándo una disputa puede ser presentada ante el CIADI. El ámbito de aplicación del Convenio de Washington está definido en su artículo 25 (1):

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

En consecuencia, disputas en materia de inversión entran en el ámbito del Convenio del CIADI si los siguientes cuatro requisitos son cumplidos:

- Ser una disputa de naturaleza jurídica;
- Las partes deben haber consentido por escrito someterse al Centro;
- La disputa debe ser entre un Estado contratante, o una de sus subdivisiones políticas u organismos públicos acreditados ante el Centro por dicho Estado, y un inversor extranjero de otro Estado contratante;
- Debe surgir directamente de una inversión.³¹⁸

El primer requisito es cumplido siempre que se trate de una disputa sobre diferencias de naturaleza jurídica. Algunos Estados han utilizado el derecho consagrado en el artículo 25 (4), el cual concede la posibilidad de realizar reservas para someter o no cierto tipo de disputas al Centro.

tration pursuant to [the Convention] where all existing administrative or judicial remedies have been exhausted”. Por su parte, Guatemala notificó el 16 de enero del 2003 su voluntad de exigir el agotamiento de recursos locales de conformidad con el artículo 26 del Convenio de Washington como condición previa para su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio, así lo dijo, “the Republic of Guatemala will require the exhaustion of local administrative remedies as a condition of its consent to arbitration under the Convention”. Para consultar ambas notificaciones véase CIADI, Search membership: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDataRH&req_From=Main&actionVal=ViewContractingStates&range=A~B~C~D~E, septiembre de 2011.

³¹⁸ Véase Jarvin, Sigvard, “Objections to Jurisdiction”, en *The Leading Arbitrators’ guide to International Arbitration*, Nueva York, Juris Publishing, 2004; Lamm, Carolyn B., “Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *ICSID Rev-FILJ*, 1991, pp. 462 y ss.

El Convenio del Washington no define el término “disputas de naturaleza jurídica”. Los tribunales arbitrales del CIADI han utilizado esta frase para referirse a cualquier disputa relativa a la existencia o alcance de un derecho u obligación jurídicos, o a disputas relativas a la naturaleza o alcance de la reparación que debe realizarse por incumplir una obligación jurídica.³¹⁹

Debido a la imposibilidad de las partes para poder prever todo tipo de disputas que pudieran originarse durante su relación jurídica, particularmente en un proyecto de inversión a mediano o largo plazo, sería muy impreciso y molesto realizar una lista de posibles disputas e incluirlas en la cláusula de arbitraje correspondiente.

i) Requisito de consentimiento al arbitraje (ratione voluntatis)

Para que pueda someterse una controversia al arbitraje del CIADI se requiere que todas las partes involucradas hayan consentido someterse al Centro. La simple ratificación del Convenio de Washington no es por sí solo el consentimiento requerido para someterse al Centro. En el preámbulo del Convenio se ilustra que la ratificación de este no obliga al Estado a someter una disputa existente al arbitraje. Esta sirve únicamente para hacer al Estado parte del Convenio del Washington pero no garantiza la jurisdicción a un tribunal del CIADI.³²⁰

Según el artículo 25 del Convenio el consentimiento de las partes para someter una disputa al arbitraje del CIADI es el umbral para establecer la

³¹⁹ *Fedax N. V. vs. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, decision on jurisdiction, 11 de julio de 1997. También citado como caso *Fedax vs. Venezuela*, decisión a la jurisdicción, párrs. 15 y 16. Así lo estableció el tribunal arbitral en el caso *Fedax vs. Venezuela*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 15: “In deciding on the question of jurisdiction of the Centre and its own competence in this case, the Tribunal must first consider whether there is a legal dispute between de parties as requires by Article 25 (1) of the Convention. Although the term ‘legal dispute’ is not defined in the Convention, its drafting history makes abundantly clear that such term refers to conflicts of rights as opposed to mere conflicts of interests: ‘the dispute must concern the existence or scope of legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation’. The discussions held on the drafts leading to this provision also evidence that legal disputes were meant to exclude moral, political, economic or purely commercial claims”; García Bolívar, Omar E., “Foreign Investment Disputes under ICSID. A Review of its Decisions on Jurisdiction”, *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero de 2004, pp. 187 y ss.

³²⁰ Para el llamado “doble consentimiento” del Convenio de Washington y de acuerdo con el arbitraje, véase Cremades, “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties”, *cit.*, pp. 152 y ss.; Véase Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.*, pp. 377- 448.

jurisdicción de un tribunal del CIADI sobre la materia en cuestión. Este requisito es tan importante que los directores ejecutivos del Banco Mundial, en su Reporte de 1965 sobre el Convenio de Washington, apuntaron que “El Consentimiento de las partes es la piedra angular de la jurisdicción del Centro”.³²¹

Consentimiento es la expresión explícita de la aceptación de ambas partes al arbitraje del CIADI. Debe constar por escrito. Generalmente el inversor consciente al arbitraje con base en una inversión específica de dos formas: la primera, a través de una cláusula específica de arbitraje ante el CIADI contenida en algún contrato de Estado internacional del cual este sea parte; la segunda, al presentar directamente ante el CIADI una solicitud de arbitraje basada en un APPRI o cualquier otro tratado internacional de inversiones celebrado entre el Estado anfitrión y el Estado del cual el inversor es nacional. Para que el inversor exteriorice su voluntad para someterse a la jurisdicción del Centro basta que este presente una solicitud de arbitraje ante la Secretaría del Centro o invoque las disposiciones de forma escrita ante las autoridades del Estado.³²²

A su vez, el Estado consentirá al arbitraje frente a un tipo determinado de disputas. En arbitrajes originados de un contrato de Estado internacional, el Estado suele consentir en una cláusula específica al respecto. Además, el Estado puede consentir a través de su legislación nacional o en acuerdos internacionales sobre inversiones (AIIs) bilaterales (APPRI) o multilaterales. Un escenario menos recurrente es cuando él no consciente de manera directa, sino a través de una entidad de Estado, de naturaleza pública o privada con pertenencia a este.³²³ Cuando el Estado externa su consentimiento a través de un contrato de Estado Internacional pueden sus-

³²¹ International Bank for Reconstruction and Development, “Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (18 March 1965)”, en *ICSID Reports*, 23-33 (1993).

³²² *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, decision on jurisdiction and dissenting opinion, 14 de abril de 1988, XVI *YBCA*, 1991, p. 28. También citado como *SPP vs. Egipto*, decisión a la jurisdicción; *Asian Agricultural Products Limited vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, final award, 27 de junio de 1990, XVII *YBCA*, 1992, p. 106. También citado como caso *Asian vs. Sri Lanka*, laudo; *Tradex Hellas, S. A. vs. Albania* (Tradex), ICSID Case No. ARB/94/2, decision on jurisdiction, 24 de diciembre de 1996, 14 *ICSID Rev-FILJ*, 1999, p. 187. También citado como caso *Tradex vs. Albania*, decisión a la jurisdicción; *Československa obchodní banka, a.s. vs. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, decision on jurisdiction, 24 de mayo de 1999, XXIVa *YBCA*, 1999, p. 54. También citado como *C SOB vs. Eslovaquia*, decisión a la jurisdicción.

³²³ *SPP vs. Egipto*, decisión a la jurisdicción, XVI *YBCA*, 1991, p. 16. En *SPP vs. Egipto*, por ejemplo, el contrato de inversión fue celebrado entre SPP y la Organización General Egipcia

citarse escenarios interesantes, como sucedió en el caso *Millicom vs. Senegal*, en el que fue muy complejo para el tribunal arbitral determinar si Senegal externó su consentimiento para someterse al arbitraje del CIADI derivado de un contrato de concesión.³²⁴

La controvertida y oscura sección del contrato de concesión estaba contenida en su artículo 11, que a la letra establece:

[primera oración] Las partes harán todo lo posible para resolver de manera amistosa cualquier controversia que resulte de la ejecución del presente Convenio. [segunda oración] Deberán, previamente si las leyes y reglamentos vigentes lo permiten, recurrir a todo organismo de conciliación de reglamentación y de arbitraje competente en materia de telecomunicación. [tercera oración] Será lo mismo en caso de conflicto entre operadores, especialmente respecto a acuerdos de interconexión. [cuarta oración] Si la controversia persiste, las partes podrán finalmente recurrir al arbitraje de organismos internacionales, tales como la Corte de Arbitraje de la OHADA, el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), etcétera.³²⁵

Así, tras analizar extensamente el significado del artículo 11,³²⁶ el tribunal arbitral asintió su jurisdicción para conocer de las acciones de la segunda demandante y conocer acerca de sus pretensiones contra Senegal.³²⁷

En caso de que no existiese un consentimiento previo, el Estado puede expresarlo en todo momento, incluso una vez iniciada una controversia en

de Turismo y Hoteles, una entidad pública con personalidad jurídica independiente, pero situada bajo el Ministerio de Turismo egipcio.

³²⁴ *Millicom International Operations B. V. and Sentel GSM SA vs. The Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, decisión a la jurisdicción, 16 de julio de 2010. También citado como *Millicom vs. Senegal*, decisión a la jurisdicción.

³²⁵ *Ibidem*, párr. 88, *cf.* orig. “[sentence 1] Les parties feront tout leur possible pour régler à l’amiable tout différend résultant de l’exécution de la présente convention. [sentence 2] Elles devront, au préalable si les lois et règlement en vigueur le permettent, recourir à tout organisme de conciliation de réglementation et d’arbitrage compétent en matière de télécommunications. [sentence 3] Il en sera de même en cas de conflit entre opérateurs notamment lors des accords d’interconnexions. [sentence 4] Si le litige persiste, les parties pourront en définitive recourir à l’arbitrage d’organismes internationaux tels que la cour d’arbitrage de l’OHADA, le Centre international de règlement des différends sur les investissements (CIRDI) ou la Chambre de Commerce international de Paris (CCIP) etc.”. Corchetes agregados por el tribunal arbitral para tener una mejor comprensión del artículo contenido en el contrato de concesión.

³²⁶ *Ibidem*, párrs. 92-105.

³²⁷ *Ibidem*, “2.4. Conclusion. It follows from the preceding discussion that: The Arbitral Tribunal has jurisdiction to entertain the action that Claimant 2 is bringing against the Republic of Senegal”.

materia de inversión. El consentimiento *a posteriori* no es común, y cuando se presenta, obedece a grandes presiones del Estado origen del inversor.³²⁸

Una vez externado el consentimiento del Estado, este se entenderá como una oferta estatal constante al arbitraje del CIADI que puede ser aceptada por el inversor en cualquier momento. Esto es, si un Estado ha consentido en algún instrumento internacional, en un contrato de Estado internacional o, en su legislación nacional, esta oferta se entenderá como una *invitatio ad offerendum* para que el inversor extranjero pueda hacer uso de ella en todo momento.

En el caso *Cemex vs. Venezuela*³²⁹ el tribunal arbitral recordó respecto al consentimiento que:

De acuerdo con el artículo 25, el consentimiento de ambas partes de una diferencia constituye, por lo tanto, una condición indispensable para que exista jurisdicción. Ese consentimiento debe darse a través de un acuerdo directo entre el Estado anfitrión y el inversionista. Conforme a la jurisprudencia del CIADI, dicho consentimiento puede asimismo surgir de una oferta unilateral formulada por el Estado anfitrión, expresada en su legislación o en un tratado, subsiguientemente aceptada por el inversionista.³³⁰

Una vez otorgado el consentimiento este no podrá ser retirado unilateralmente.³³¹

El caso *Cemex vs. Venezuela* se trató de una disputa en el marco del APPRI Venezuela-Países Bajos, cuyo tribunal arbitral señaló: “el 22 de octubre de 1991, el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela firmaron un Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones, que entró en vigor el 1o. de noviembre de 1993, después de su ratificación por ambas partes”.³³² En cuanto al consentimiento incondicional ofrecido por las

³²⁸ Para uno de los casos extraordinarios en los que un Estado consintió al arbitraje del CIADI bajo enorme presión del Estado del cual el inversor era nacional (por ejemplo, a través del retraso de un crédito del Banco Interamericano de Desarrollo) después de originada una disputa, véase *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A. vs. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, award, 17 de febrero de 2000.

³²⁹ *CEMEX Caracas Investments B. V. and CEMEX Caracas II Investments B. V. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/08/15, decisión a la jurisdicción, 30 de diciembre de 2010. También citado como *CEMEX vs. Venezuela*, decisión a la jurisdicción.

³³⁰ *Ibidem*, párr. 58.

³³¹ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 25 (1) última oración; *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. vs. Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/2, decision on jurisdiction and competence, 6 de julio de 1975. También citado como caso *Alcoa vs. Jamaica*, decisión a la jurisdicción, *YBCA*, 1979, pp. 207 y ss.

³³² En adelante APPRI Venezuela-Países Bajos. Véase *CEMEX vs. Venezuela*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 140.

partes, el tribunal recordó el contenido del artículo 9o. (4) “cada parte contratante por medio de la presente otorga su consentimiento incondicional para que las controversias sean sometidas en la forma prevista en el párrafo 1 de este Artículo al arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones de este artículo”.³³³

Por su parte, en el caso *Murphy Corporation vs. Ecuador*,³³⁴ controversia que versó en el marco del APPRI Ecuador-USA,³³⁵ Ecuador intentó refutar el consentimiento contenido en el artículo VI (4) del APPRI en cuestión, el cual prevé:

Cada una de las Partes consciente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme al párrafo 3, cumplirá el requisito de:

a) Un ‘consentimiento por escrito’ de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro).³³⁶

Ecuador refutó el contenido del artículo antes citado al argumentar que había limitado su consentimiento de conformidad con el artículo 25 del CIADI a través de su notificación presentada al Centro de fecha 4 de diciembre del 2007, la cual citamos a continuación:

La República del 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

³³³ APPRI Venezuela-Países Bajos, artículo 9o. (4); *CEMEX vs. Venezuela, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 141; *cfr.* APPRI Venezuela-Países Bajos, artículo 9o. (1) “Disputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the latter, shall at the request of the national concerned be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, for settlement by arbitration Of conciliation under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965”.

³³⁴ *Murphy Exploration and Production Company International vs. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/4, decisión sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2010. También citado como caso *Murphy Exploration vs. Ecuador*, decisión a la jurisdicción.

³³⁵ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección de Inversiones del 7 de agosto de 1993. En adelante APPRI Ecuador-USA.

³³⁶ *Murphy Exploration vs. Ecuador*, decisión a la jurisdicción, párr. 77.

to de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada 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.³³⁷

Sin embargo, el tribunal arbitral recordó que el retiro, la terminación o la enmienda del APPRI Ecuador-USA deben regirse por las normas de ese Tratado y, supletoriamente, por el derecho internacional general, codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Recordó que el artículo 54 de la Convención de Viena dispone que “la terminación de un tratado o el retiro de una Parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado; o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las Partes después de consultar a los demás Estados Contratantes”. El artículo relevante de la Convención de Viena relativo a la enmienda de un Tratado es el artículo 39 de esta, el cual prevé que “un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las Partes”. Por otro lado, el artículo XII.2 del APPRI Ecuador-USA expresa que “cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación”.³³⁸ Por tanto, el tribunal arbitral decidió que ni el Convenio de Washington ni el APPRI Ecuador-USA permiten a las partes retirarse de su aplicación con efecto inmediato.³³⁹ Así, ante los esfuerzos en vano de Ecuador, el tribunal afirmó que:

Ecuador pretende desconocer los alcances y efectos hacia el futuro que tiene la segunda oración de su notificación de diciembre del 2007, ignorar la irrevocabilidad de su consentimiento al arbitraje CIADI otorgado en el TBI y violentar las normas aplicables al retiro y a la modificación de las obligaciones contraídas por esa Nación, tanto en el TBI como en el Convenio CIADI.³⁴⁰

Por tanto, el tribunal arbitral rechazó la objeción sobre la falta de jurisdicción alegada por Ecuador fundamentada en su notificación del 4 de diciembre de 2007.

³³⁷ *Ibidem*, párr. 82.

³³⁸ *Ibidem*, párr. 86.

³³⁹ *Ibidem*, párr. 87.

³⁴⁰ *Ibidem*, párr. 88.

ii) Requisitos de las partes involucradas (*ratione personae*)

Para que el Convenio de Washington sea aplicable una de las partes involucradas en la disputa debe ser un Estado contratante, o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante registrado ante el Centro por este.³⁴¹ El registro tiene en primera instancia la finalidad informativa de no dejar lugar a duda que una entidad de Estado puede ser parte en un arbitraje del CIADI. Por otro lado, la ausencia del registro formal no exime a una entidad de Estado para ser parte en una disputa ante el CIADI, a través de su Estado si se demuestra que ostenta este carácter, es decir, que está ligado a este *de facto* o *de iure*.³⁴²

La otra parte debe ser un nacional de otro Estado contratante.³⁴³ Este requisito debe ser cumplido por una persona física, al momento de celebración del acuerdo de arbitraje y al momento de la solicitud al arbitraje.³⁴⁴ Para ejemplificar lo dicho, el tribunal arbitral en el caso *Nations Energy vs. Panamá*³⁴⁵ recordó:

...el artículo 25.2 (a) del Convenio CIADI prevé que ‘en ningún caso’, el concepto de ‘nacional de otro Estado contratante’, en el sentido del artículo 25 del Convenio CIADI comprenderá personas que, en la fecha en que las partes consintieron en someter la diferencia a arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud de arbitraje, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.³⁴⁶

Además, es necesario prestar atención a una persona física que tenga más de una nacionalidad, puesto que no es de menor importancia y complejidad determinar la nacionalidad de un inversor. Los tribunales arbitrales al respecto han optado por seguir la corriente de la nacionalidad efectiva de

³⁴¹ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 25 (1), última oración.

³⁴² Existe un enorme universo de figuras jurídicas que pueden considerarse entidades de Estado. Por ejemplo, en *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, decision on jurisdiction, 29 de noviembre de 2004. También citado como caso *Salini vs. Jordania*, decisión a la jurisdicción. En este caso, el tribunal arbitral realizó una prueba para comprobar si la Entidad de Aguas jordana era, en efecto, una “entidad del Reino de Jordania” y se le podía imputar la responsabilidad de esta a Jordania, situación que fue afirmada por el tribunal arbitral. Véase *Salini vs. Jordania, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 80-92.

³⁴³ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 25 (2).

³⁴⁴ Lew, Julian *et al.*, *op. cit.*, párrs. 28-51.

³⁴⁵ *Nations Energy, Inc. and others vs. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/06/19, laudo, 24 de noviembre de 2010. También citado como *Nations Energy vs. Panamá*, laudo.

³⁴⁶ *Ibidem*, párr. 376.

un inversor extranjero. Asimismo, los inversores extranjeros debieron contar con la nacionalidad relevante en el momento en que sucedió la presunta violación a su inversión.³⁴⁷ Por otra parte, la determinación de la nacionalidad es una cuestión doméstica,³⁴⁸ es decir, la nacionalidad de una persona física se determinará a través del análisis del derecho nacional sobre nacionalidad del Estado en cuestión, tal como lo reconoce el derecho internacional. En el caso *Nations Energy vs. Panamá* el tribunal arbitral recordó: “En cuanto a las reglas que determinan la nacionalidad, es generalmente aceptado en derecho internacional que las condiciones de adquisición y de pérdida de la nacionalidad están sometidas a la ley nacional”.³⁴⁹

El caso *Soufraki vs. Emiratos Árabes* demuestra que el tema de la nacionalidad del inversor es detonante para declinar la jurisdicción de un tribunal arbitral para conocer del caso. En esta controversia el señor Soufraki, demandante, intentó someter su diferencia ante el CIADI a través del uso de la nacionalidad italiana, la cual perdió al adquirir la nacionalidad canadiense y que pudo haber recuperado bajo ciertos supuestos. El tribunal arbitral realizó una exhaustiva prueba de nacionalidad. De conformidad con el Convenio de Washington y el APPRI Italia-Emiratos Árabes Unidos, el tribunal arbitral hubiera tenido jurisdicción para conocer del caso únicamente si el Sr. Soufraki hubiera ostentado la nacionalidad italiana en las fechas en las que se presentaron los hechos relevantes de la controversia en cuestión.³⁵⁰ Según el derecho internacional, el tribunal es competente para decidir si el Señor Soufraki contaba con la nacionalidad italiana en las fechas relevantes en que sucedieron las presuntas violaciones convencionales. Para determinar dicha nacionalidad, el tribunal estaba en su derecho de recopilar las pruebas necesarias para comprobarlo. Por el contrario, el tribunal no estaba obligado a aceptar los certificados de nacionalidad presentados por el Señor Soufraki como prueba contundente de su nacionalidad italiana.³⁵¹ Así, el tribunal arbitral determinó que para ser nacional italiano el Señor Soufraki tuvo que haber cumplido con lo establecido en el derecho

³⁴⁷ *Soufraki vs. Emiratos Árabes*, cit., laudo, párr. 84; Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, párrs. 542-550.

³⁴⁸ El tribunal arbitral en el caso *Soufraki vs. Emiratos Árabes* rezó “it is accepted in international law that nationality is within the domestic jurisdiction of the State”, *Soufraki vs. Emiratos Árabes*, cit., laudo, párr. 55; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, decisión a la jurisdicción, 11 de abril de 2007. También citado como caso *Siag vs. Egipto*, decisión a la jurisdicción, párr. 159.

³⁴⁹ *Nations Energy vs. Panamá*, cit., laudo, párr. 378.

³⁵⁰ *Soufraki vs. Emiratos Árabes*, cit., laudo, párrs. 21, 23 y 84.

³⁵¹ *Ibidem*, párrs. 51 y 63.

italiano relativo a la nacionalidad.³⁵² A pesar de que Soufraki ostentaba la nacionalidad italiana, este la perdió en 1991, cuando adquirió la nacionalidad canadiense.³⁵³ Sin embargo, este pudo haberla recobrado; bajo derecho italiano se puede recuperar la nacionalidad italiana de dos formas, la primera, al presentar una declaración de intento para su recuperación; o la segunda, al residir en Italia por lo menos durante un año.³⁵⁴ Soufraki no presentó dicha declaración,³⁵⁵ por ello, el punto clave para determinar si Soufraki volvió a adquirir la nacionalidad italiana fue si este vivió durante por lo menos un año en Italia, además, dicho suceso debió haber acaecido antes de los acontecimientos relevantes que dieron origen a las presuntas violaciones de controversia en cuestión.³⁵⁶ Sin embargo, Soufraki no pudo probar al tribunal su residencia en Italia durante un año en fechas anteriores a los sucesos que dieron nacimiento a la controversia.³⁵⁷ Por tanto, el tribunal arbitral declinó su competencia para conocer de la controversia puesto que Soufraki no ostentó la nacionalidad italiana en el momento relevante en que acaecieron los presuntos hechos violatorios.³⁵⁸ Como vemos, será importante determinar no solo la nacionalidad efectiva del inversor,³⁵⁹ sino probar si el inversor ostentaba dicha nacionalidad en las fechas relevantes para el caso en cuestión.³⁶⁰

Cabe resaltar lo decidido por el tribunal arbitral en el caso *Siag vs. Egipto*, controversia desarrollada en el marco del APPRI Italia-Egipto. En este caso, el señor Siag codemandante, nació en Egipto, de padres egipcios, el 12 de marzo de 1962. El 15 de diciembre de 1989 Siag adquirió la nacio-

³⁵² *Ibidem*, párr. 69.

³⁵³ *Ibidem*, párr. 52.

³⁵⁴ *Ibidem*, párr. 27.

³⁵⁵ *Ibidem*, párr. 28.

³⁵⁶ *Ibidem*, párr. 69.

³⁵⁷ *Ibidem*, párr. 81.

³⁵⁸ *Ibidem*, párr. 84. El Sr. Soufraki interpuso recurso de anulación sin éxito. El Comité *ad hoc* declinó las pretensiones de Soufraki. *Hussein Nuaman Soufraki vs. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, decisión sobre solicitud anulación, 5 de julio de 2007. También citado como caso *Soufraki vs. Emiratos Árabes*, decisión sobre solicitud de anulación, párr. 139 (a).

³⁵⁹ *Nottebohm Case* (Lichtenstein vs. Guatemala), Second-Phase, ICJ, Judgment, 6 de abril de 1955, *ICJ Reports* 4. También citado como caso *Nottebohm*, pp. 20-24 y 26.

³⁶⁰ Véase también caso *Siag vs. Egipto*, *cit.*, decisión a la jurisdicción; *Siag vs. Egipto*, *cit.*, opinión disidente al laudo de Francisco Orrego Vicuña, 11 de mayo de 2009; *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/3, decisión sobre anulación, 3 de julio de 2002. También citado como caso *Vivendi vs. Argentina*, decisión sobre anulación.

nalidad libanesa, por lo que el 19 de diciembre de 1989 pidió permiso a las autoridades para adquirir la nacionalidad libanesa, y al mismo tiempo, conservar la egipcia. El 5 de marzo de 1990, el Ministerio del Interior egipcio, con decreto de número 1353 de 1990, reconoció la adquisición de la nacionalidad libanesa y otorgó permiso para mantener la nacionalidad egipcia, con fundamento en el artículo 10 de la Ley de Nacionalidad egipcia.³⁶¹ Los artículos 10 y 16 de la Ley de Nacionalidad egipcia prevén:

Artículo 10. Un egipcio no puede obtener una nacionalidad extranjera excepto después de que le sea autorizado por virtud de un decreto del Ministro del Interior; de otro modo, tal persona deberá ser considerada todavía como egipcio en todo sentido y bajo todas las circunstancias, a menos de que el Gabinete decida retirarle su nacionalidad bajo la disposición del artículo 16 de esta Ley.

En el caso de que le sea permitido a un egipcio obtener una nacionalidad extranjera, esto deberá llevar al retiro de la nacionalidad Egipcia.

No obstante, la autorización para adquirir una nacionalidad extranjera podrá permitir a la persona a la que le es dada la autorización, que su esposa e hijos menores retengan la nacionalidad Egipcia, a condición de que exprese su deseo de tomar ventaja de tal beneficio dentro de un periodo que no exceda un año a partir de la fecha de adquisición de la nacionalidad extranjera, y en ese caso, ellos podrán retener la nacionalidad Egipcia a pesar de haber adquirido una nacionalidad extranjera.

Artículo 16. La nacionalidad Egipcia podrá ser retirada de cualquiera en virtud de un decreto aprobado por el Ministro de Defensa en cualquiera de los siguientes casos:

- (i) Adquirir una nacionalidad extranjera en violación al artículo 10.³⁶²

³⁶¹ Egyptian Nationality Law No. 26 of 1975. Véase *Siag vs. Egipto, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 16.

³⁶² *Siag vs. Egipto, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 22, *cf.* orig. "Article 10. An Egyptian may not gain a foreign nationality except after being permitted by virtue of a decree from the Minister of Interior; otherwise such person shall still be considered an Egyptian in every respect and under all circumstances, unless the Cabinet decides to withdraw his nationality under the provision of Article 16 of this Law.

In the event an Egyptian is permitted to gain a foreign nationality, then this shall lead to the withdrawal of the Egyptian nationality.

However, permission to acquire a foreign nationality may allow the person for whom such permission is given, his wife and minor children to retain the Egyptian nationality, provided he notifies his wish to take advantage of such benefit within a period not exceeding one year from the date of gaining the foreign nationality, and in such case they may retain the Egyptian nationality despite having gained a foreign nationality.

Article 16. Egyptian nationality may be withdrawn from anybody by virtue of a justified decree by the Minister of Defense in any of the following cases:

- (i) Gaining foreign nationality in breach of Article 10".

El Señor Siag consiguió su pasaporte libanés el 19 de junio de 1990. El 3 de mayo de 1993 el señor Siag obtuvo la nacionalidad italiana por decreto del Ministerio del Interior italiano, con fundamento en el artículo 5o. de la ley italiana número 91 de 1992, debido a que contrajo matrimonio con una nacional italiana. El señor Siag recibió su pasaporte italiano el 12 de julio de 1995 y mantuvo su nacionalidad italiana hasta la fecha.³⁶³

Relevante al caso fue determinar si al adquirir la nacionalidad libanesa el señor Siag perdió la nacionalidad egipcia, con fundamento en el artículo 10 en conexión con el 16 de la Ley de Nacionalidad egipcia, para poder de este modo ostentarse como nacional italiano, nacionalidad adquirida en 1995.

Para determinar si el señor Siag era egipcio o no, el tribunal arbitral razonó de modo similar al caso Soufraki, en el sentido de que el tribunal arbitral se remitió a lo establecido en el derecho egipcio y lo conectó con el momento en que sucedieron los hechos relevantes del caso en cuestión:

El Tribunal encuentra que está asentado en la Ley Egipcia que bajo el artículo 10 (3) un aspirante debe hacer una declaración formal dentro del periodo de un año de habersele otorgado autorización para poder retener su nacionalidad gipcia.

Si la fecha relevante fue 5 de marzo de 1990 o 14 de junio de 1990, el señor Siag no realizó tal declaración dentro del periodo de un año y por lo tanto perdió su nacionalidad egipcia en virtud de la ley egipcia en 1991. La única forma para él de recuperar esa nacionalidad era a través de la ley egipcia. Esto no ha sucedido.³⁶⁴

Así, el tribunal arbitral en el caso *Siag vs. Egipto* aceptó su competencia para conocer del caso y comprobó que Siag ostentaba la nacionalidad italiana y que este perdió la nacionalidad egipcia basado en la aplicación de derecho egipcio de nacionalidad.³⁶⁵

Otro ejemplo similar se presentó en el caso *Nations Energy vs. Panamá*.³⁶⁶ Al respecto, el Sr. Jurado, codemandante, ostentaba originalmente la nacio-

³⁶³ *Siag vs. Egipto, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 154.

³⁶⁴ *Ibidem*, párr. 172, *cfi.* orig. “The Tribunal finds that it is settled under Egyptian law that under Article 10 (3) an applicant must make a formal declaration within one year of permission being granted in order to retain his or her Egyptian nationality. Whether the relevant date was 5 March 1990 or 14 June 1990, Mr Siag made no such declaration within the one year period and so lost his Egyptian nationality by operation of Egyptian law in 1991. The only way for him to regain that nationality was through Egyptian law. This has not taken place”.

³⁶⁵ *Ibidem*, párr. 173.

³⁶⁶ *Nations Energy vs. Panamá, cit.*, laudo.

alidad panameña, pero en 1954 adquirió la nacionalidad estadounidense. El tribunal arbitral tuvo que resolver si Jurado tenía doble nacionalidad (panameña y estadounidense) o únicamente la nacionalidad estadounidense. Al respecto el tribunal arbitral decidió:

Este tribunal ya ha determinado que Jurado perdió su nacionalidad panameña y es un nacional estadounidense. El que Jurado haya actuado o no de mala fe respecto de su nacionalidad en otros negocios es una cuestión ajena a la decisión de este Tribunal Arbitral sobre su nacionalidad para efectos de determinar su competencia en este procedimiento arbitral. Además, como ha sido establecido, el ostentarse como nacional panameño no le otorgaba a Jurado el derecho a recuperar de nueva cuenta la nacionalidad panameña.³⁶⁷

En el caso de una persona jurídica es necesario que posea la nacionalidad de otro Estado contratante únicamente al momento de presentar su consentimiento a la jurisdicción del Centro. En este sentido, hay que recordar que, a diferencia de las personas físicas, las personas jurídicas no poseen nacionalidad sino pertenencia a un Estado.³⁶⁸ No es necesario que la persona jurídica sea propiedad de personas privadas, ya sea en parte o en su totalidad. Algunos autores y tribunales arbitrales del CIADI sostienen que las empresas estatales están igualmente cubiertas siempre y cuando la naturaleza de sus actividades sea comercial y privada.³⁶⁹ Sin embargo, queremos subrayar nuestra reserva respecto a esta aseveración, puesto que puede presentarse un escenario en el que una empresa estatal “EE” perteneciente a un gobierno determinado “A” pueda invertir en el Estado anfitrión “B”, a través de una subsidiaria constituida en forma de sociedad anónima, a pesar de existir prohibición expresa en el derecho nacional del Estado anfitrión “B” para hacerlo. Una prohibición de este tipo puede observarse en el contenido del artículo 34 de la Ley de Aeropuertos mexicana (LAM)³⁷⁰ relativa a la participación de inversores privados e inversores extranjeros como concesionarios o permisionarios para regular la construcción, administración, operación y explotación de los aeropuertos del territorio mexicano y la prohibición expresa a la participación a cualquier gobierno o Estado extranjero en las concesiones o permisos. El artículo 34 de la LAM establece: “artículo 34. Los concesionarios o permisionarios en ningún caso podrán ceder, ni

³⁶⁷ *Ibidem*, párr. 409. Véase también los párrs. 374-408.

³⁶⁸ Ipsen, *op. cit.*, §24, párr. 24.

³⁶⁹ Véase Lew, Julian *et al.*, *op. cit.*, párrs. 28-51; *CSOB vs. Eslovaquia, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 24-27.

³⁷⁰ Ley de Aeropuertos mexicana, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* mexicano el 22 de diciembre de 1995. En vigor a partir del 23 de diciembre de 1995.

en forma alguna gravar, transferir o enajenar la concesión o el permiso, los derechos en ellos conferidos, así como los bienes afectos a la concesión o al permiso, a ningún Gobierno o Estado extranjero”.

Que sucedería si el mencionado Estado “A” participa en una concesión en México a través de una subsidiaria, constituida en forma de sociedad anónima, de una empresa estatal “EE”. ¿Realmente calificaría esta sociedad anónima como inversor en el sentido del artículo 25 (1) del CIADI, asumiendo que México fuera parte del Convenio de Washington?

Muy frecuentemente los inversores extranjeros están obligados a canalizar sus inversiones en el Estado anfitrión a través del establecimiento de compañías locales, esta realidad fue reflejada en la redacción del artículo 25 (2) (b) del Convenio de Washington, el cual establece que una persona jurídica que sea nacional del Estado anfitrión podrá ser considerado “nacional de otro Estado Contratante”, es decir, del Estado origen, bajo determinadas circunstancias.³⁷¹ Para estos casos será determinante mirar con lupa el control extranjero de dichas empresas a través del análisis de su estructura accionaria y de control extranjero.³⁷²

Así, otro escenario típico de control indirecto de una sociedad se presenta cuando una compañía local no es controlada de manera directa por un inversor extranjero, pero sí lo será al analizar la estructura de control de esta de forma piramidal. El escenario para determinar la nacionalidad de una persona jurídica se complica cada vez más si a eso añadimos que ciertas personas que forman parte de la pirámide de control no son nacionales de Estados contratantes. Un ejemplo claro de una compleja organización societaria la encontramos en el caso *CEMEX vs. Venezuela*.³⁷³

Recordamos que la controversia se originó por dos decretos de nacionalización emitidos por el gobierno venezolano, el primero el 27 de mayo de 2008, y el segundo, del 15 de agosto de 2008. Venezuela sostuvo que la controversia surgió de la nacionalización por parte de Venezuela de su subsidiaria indirecta, Cemex de Venezuela, S. A. C. A. (CemVen), en relación con la reestructuración de las principales empresas cementeras de Venezuela en el 2008 y sostuvo que Cemex, como inversor indirecto de CemVen, no tenía inversión alguna en Venezuela que diera origen a obligaciones incumplidas por Venezuela.³⁷⁴ Por su parte, las demandantes sostuvieron que el tribunal tenía jurisdicción en virtud del APPRI Venezuela-Países Bajos.³⁷⁵

³⁷¹ Lew, Julian *et al.*, *op. cit.*, párrs. 28-52.

³⁷² *CEMEX vs. Venezuela*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 142-145.

³⁷³ *Idem*.

³⁷⁴ *Ibidem*, párr. 142.

³⁷⁵ *Idem*.

La realidad es que en este caso tenemos un ejemplo claro de una compleja organización societaria, la cual es descrita en el laudo arbitral como sigue:

La primera demandante, Cemex Caracas (a veces denominada Cemex Caracas I) fue constituida en 1999 como una *Besloten Vennootschap* holandesa. Es una subsidiaria de propiedad total de Cemex España S. A., que, a su vez, es una subsidiaria indirecta de Cemex S. A. B. de C. V., una empresa mexicana que desarrolla operaciones en todo el mundo.

La segunda Demandante, Cemex Caracas II, también fue constituida en los Países Bajos en 2001 como una *Besloten Vennootschap* holandesa. Es una subsidiaria de propiedad total de Cemex Caracas. Cemex Caracas II es la propietaria del 100% de una empresa de las Islas Caimán denominada Vencement Investments (Vencement), que a su vez, es propietaria del 75,7% de Cemex Venezuela (CemVen).³⁷⁶

Así, el tribunal se refirió a lo fallado en varias decisiones y laudos del CIADI, en las cuales se ha analizado la cuestión de las “inversiones indirectas”. En la mayoría de los casos, la cuestión fue planteada por el Estado demandado cuando una empresa local era de propiedad de una demandante o era controlada por esta a través de otra empresa.³⁷⁷ Después de analizar el artículo 1o. (a) del APPRI Venezuela-Países Bajos,³⁷⁸ el cual contiene la definición de inversión, el tribunal arbitral observó que en dicho precepto no hay ninguna referencia expresa a inversiones directas o indirectas en el TBI, sobre todo en el artículo 1o. (a). También nota que la definición de inversión contenida en ese artículo es muy amplia. Abarca “todos los tipos de activos” y enumera categorías específicas de inversiones como ejemplos. Una de esas categorías está integrada por “acciones, bonos y demás formas de interés en

³⁷⁶ *Idem.*

³⁷⁷ *Ibidem*, párr. 149.

³⁷⁸ APPRI Venezuela-Países Bajos, artículo 1o. (a). “A los fines del presente Convenio:
a. El término ‘inversiones’ comprenderá todos los tipos de activos y, de manera más particular pero no exclusiva:
i) bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos *in rem* sobre todo tipo de activo;
ii) derechos derivados de acciones, bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas;
iii) títulos dinero, a otros activos o cualesquiera prestaciones con valor económico;
iv) derechos en los campos de propiedad intelectual, procesos técnicos, valor extrínseco (“goodwill”) y conocimientos técnicos (“know-how”);
v) derechos otorgados bajo el Derecho Público, incluyendo derechos para la prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales”.

empresas y sociedades conjuntas”.³⁷⁹ Así que después de realizar un análisis del caso decidió que

...las inversiones según se definen en el artículo 1o. del TBI podrían ser *directas o indirectas*. Por definición, una inversión indirecta es una inversión hecha por un inversionista indirecto. Como el TBI abarca las inversiones indirectas, los inversionistas indirectos están facultados para formular reclamaciones por presuntas violaciones del Tratado con respecto a las inversiones de las que son propietarios indirectos [énfasis añadido].³⁸⁰

Respecto a la nacionalidad de los inversores sostuvo que

...cuando en el TBI se mencionan las inversiones “de” nacionales de la otra parte contratante, ello significa que esas inversiones deben pertenecer a dichos nacionales a fin de estar comprendidas en el Tratado. Pero ello no entraña que dichos nacionales deban tener la propiedad directa de esas inversiones. Análogamente, cuando en el TBI se menciona a las inversiones hechas “en” el territorio de una parte contratante, todo lo que exige es que el lugar en que se realice la misma inversión se encuentre en ese territorio. Ello no entraña que esas inversiones deban ser hechas “directamente” en dicho territorio.

Así, el tribunal arbitral asintió que las demandantes contaban con *justi standi* para el caso en cuestión.³⁸¹

A primera vista extraemos que a pesar de que la controladora original de ambas empresas es Cemex A. A. B de C. V., empresa multinacional mexicana, el tribunal arbitral aceptó su competencia para conocer del caso.

Pero el caso *Cemex vs. Venezuela* no es el único ejemplo de ese tipo de organizaciones societarias complejas, también en el caso *Mobil Corporation vs. Venezuela*, del mismo modo que el caso *Cemex vs. Venezuela*, la controversia versó en el marco de presuntas violaciones al APPRI Venezuela-Países Bajos. Al respecto, el CIADI recibió la solicitud de arbitraje con fecha 6 de septiembre de 2007 contra Venezuela. Dicha solicitud fue presentada por tres compañías estadounidenses, a saber Mobil Corporation (Mobil), Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. (Mobil CN Holding) y Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Ltd. (Mobil Venezolana Holdings); dos compañías de las Bahamas, a saber Mobil Cerro Negro, Ltd. (Mobil CN) y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. (Mobil Venezolana) y una holandesa, Venezuela Holdings, B. V. (Venezuela Holdings).

³⁷⁹ *CEMEX vs. Venezuela, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 151.

³⁸⁰ *Ibidem*, párr. 156.

³⁸¹ *Ibidem*, párr. 158.

En los años noventa se presentó una política de apertura petrolera a la inversión extranjera mediante la cual los inversores extranjeros podían participar en la industria petrolera venezolana. En este contexto se celebró un acuerdo el 28 de octubre de 1997 entre Lagoven Cerro Negro S. A. (ahora PDVSA Cerro Negro, S. A., en adelante PDVSA CN, una subsidiaria de PDVSA y Veba Oel Venezuela Orinoco GMBH (Veba), empresa incorporada en Alemania y Mobil Producción e Industrialización de Venezuela, Inc. (MPIV), una empresa estadounidense incorporada en Delaware, para la producción y extracción de crudo extra pesado en la Faja del Orinoco.³⁸² En este caso, al igual que en el caso *Cemex*, Venezuela intentó que el tribunal arbitral declinara su competencia para conocer del caso debido a que después de una reestructuración societaria se creó una pirámide de empresas controladoras unas de otras, teniendo como resultado final el control de dos terceras partes de la asociación Cerro Negro³⁸³ y del 50% de los intereses de la asociación de la Ceiba, proyectos objeto de la disputa.³⁸⁴ Relevante al caso es que el control originario de la empresa recaía en manos de la empresa madre Mobil (Delaware), con incorporación y control en los Estados Unidos quien realmente ejercía el control sobre el resto de empresas a través de Venezuela Holdings (Países Bajos).

En el caso *Mobil vs. Venezuela*, el tribunal arbitral aceptó su jurisdicción con base en el artículo 9o. del APPRI Venezuela-Países Bajos³⁸⁵ sobre las reclamaciones presentadas por *Venezuela Holdings* (Países Bajos), *Mobil CN* y *Mobil Venezolana* (Bahamas) en la medida en que estas estuvieran basadas

³⁸² *Mobil Corporation vs. Venezuela, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 17. En este punto no entraremos al estudio de si un acuerdo de este tipo crea obligaciones internacionales entre el Estado venezolano y los inversores extranjeros.

³⁸³ Mobil (Delaware) era accionista del 100% de la nueva empresa, Venezuela Holdings, la cual a su vez era propietaria al 100% de Mobil CN Holding (Delaware), la que a su vez controlaba al 100% a Mobil CN (Bahamas), la que a su vez representaba dos terceras partes de la Asociación Cerro Negro.

³⁸⁴ Venezuela Holdings era propietaria al 100% de Mobil Venezolana Holdings que a su vez era propietaria al 100% de Mobil Venezolana quien finalmente era propietaria al 50% de las acciones de La Ceiba.

³⁸⁵ El artículo 9o. (1) y (4) del APPRI Venezuela-Países Bajos prevé: “1) Disputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the latter, shall at the request of the national concerned be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, for settlement by arbitration or conciliation under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965.

4) Each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of disputes as referred to in Paragraph 1 of this Article to international arbitration in accordance with the provisions of this Article”.

en presuntas violaciones al citado APPRI y que dichas violaciones tengan su origen después del 21 de febrero de 2006 para el proyecto Cerro Negro, y después del 23 de noviembre de 2006 para el proyecto de la Ceiba, y en particular en la medida en que estas se relacionen con las medidas de nacionalización realizadas por el gobierno venezolano.³⁸⁶ Por otra parte, declinó su jurisdicción para conocer de las pretensiones de Mobil Corporation (Delaware) debido a que dicha empresa era de nacionalidad estadounidense.³⁸⁷

Crucial en este caso es que el tribunal arbitral arribó a las conclusiones antes citadas a través de la realización de la prueba de control (*control test*) de la composición accionaria de las empresas subsidiarias en Venezuela que eran controladas al 100% por Venezuela Holding (Países Bajos) con base en la definición de inversor contenida en el APPRI Venezuela-Países Bajos en su artículo 1o. (b) (ii) y (iii) que a la letra dice:

Para el propósito de este Acuerdo... (b) El término “nacionales” deberá comprender con respecto a cualquier parte Contratante...; (ii) personas jurídicas constituidas de conformidad con la ley de esa Parte Contratante; (iii) personas jurídicas no constituidas bajo la ley de esa Parte Contratante, pero controladas, directa o indirectamente, por personas físicas como las definido en (i) o por personas jurídicas como las definidas en (ii) anteriormente.³⁸⁸

Hay que recalcar que el tribunal únicamente aplicó este *test* de abajo hacia arriba, es decir, desde las empresas incorporadas en Venezuela hasta la empresa incorporada en Holanda, ahí se detuvo y no siguió probando el control de esta última empresa hasta llegar a su empresa madre, Mobil Corporation (Delaware).

A pesar de que Venezuela intentó desestimar dicho razonamiento a través de la interpretación del artículo 25 (2) del Convenio de Washington,³⁸⁹ el

³⁸⁶ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrs. 206 y 208.

³⁸⁷ *Ibidem*, párr. 207.

³⁸⁸ APPRI Venezuela-Países Bajos, artículo 1o. (b) (ii) y (iii), *cf.* orig. “For the purpose of this Agreement... (b) The term ‘nationals’ shall comprise with regard to either Contracting Party...: (ii) legal persons constituted under the law of that Contracting Party; (iii) legal persons nor constituted under the law of that Contracting Party, but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in (i) or by legal persons as defined in (ii) above”.

³⁸⁹ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 25 (2) (b): “(2) Se entenderá como ‘nacional de otro Estado Contratante’...: (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

tribunal arbitral recordó que dicho artículo no apoya ni la teoría del control (*control theory*)³⁹⁰ ni la de la incorporación (*siège social*),³⁹¹ sino que deja abierta dicha interpretación a las partes; por ello en este caso fueron las partes (Venezuela y los Países Bajos) las que decidieron quien sería inversor en los términos del artículo 1o. (b) del APPRI Venezuela-Países Bajos.³⁹²

Venezuela intentó desestimar lo antes dicho al hablar del “control genuino” de una empresa, por lo que el APPRI en cuestión no aplicaría, es decir, llamando la atención del tribunal acerca del control real que es ejercido por la empresa madre Mobil Corporation (Delaware). Haciendo alusión a lo contenido en el protocolo del mismo APPRI, al artículo 1o. (b) (iii), el tribunal realizó dicho *test* pero únicamente a partir de Venezuela Holdings (Países Bajos) hacia las empresas que esta controlaba, no hacia la empresa que controlaba a Venezuela Holdings (Países Bajos); es decir, Mobil Corporation (Delaware).³⁹³

Además el tribunal arbitral realizó un análisis de los conceptos de inversión, directa e indirecta, concluyendo que, al igual que el tribunal arbitral en el caso *Cemex vs. Venezuela*, dicha diferencia no estaba contenida en el APPRI Venezuela-Países Bajos.³⁹⁴

Continuó con el análisis de los conceptos de abuso de derechos y ley aplicable e hizo referencia a los conceptos de buena fe, abuso de derecho y abuso de poder; ahora bien, lo relevante a nuestro parecer es la referencia a los casos *Autopista vs. Venezuela*,³⁹⁵ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*,³⁹⁶ *Aguas del Tunari vs. Bolivia*³⁹⁷

³⁹⁰ La teoría del control, *Kontrolltheorie* o *control theory* de una persona jurídica apoya que la pertenencia social (a la que llamaremos nacionalidad porque la personas jurídicas no tienen nacionalidad sino pertenencia a un Estado) de una empresa está ostentada por el control de sus accionistas; por ejemplo, aunque una persona jurídica haya sido incorporada en el Estado “A”, puede ser que el verdadero control de ella esté ejercida por nacionales (sean personas físicas o jurídicas) del Estado “B”.

³⁹¹ La teoría de la incorporación societaria, *siège social*, *Sitztheorie* o *Incorporation theory* de una persona jurídica defiende el lugar en que se incorporó una sociedad para determinar su nacionalidad o pertenencia social.

³⁹² *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrs. 154-157.

³⁹³ *Ibidem*, párrs. 158-161.

³⁹⁴ *Ibidem*, párrs. 162-166.

³⁹⁵ *Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, decisión on jurisdiction, 27 de septiembre de 2001, award, 23 de septiembre de 2003. También citado como caso *Autopista vs. Venezuela*, párrs. 123-126.

³⁹⁶ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, ICSID Case No. ARB/02/18, decisión on jurisdiction, 29 de abril de 2004. También citado como caso *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, párrs. 53-56.

³⁹⁷ *Aguas del Tunari vs. La República de Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, decisión on jurisdiction, 21 de octubre de 2005. También citado como caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, párr. 321.

y *Phoenix vs. República Checa*,³⁹⁸ de este modo concluyó que todos esos casos utilizaron criterios diferentes para determinar si existió o no un abuso de derecho e incluso se citó a Prosper Weil, quien emitió una opinión disidente en el caso *Tokios Tokelés*³⁹⁹ y habló del efecto del objeto y propósitos del Convenio de Washington y sobre la preservación de su integridad.⁴⁰⁰

No es posible presentar una reclamación dentro del ámbito del Convenio si resulta que el inversor es nacional del Estado contratante ante el que se presenta esta. Tal situación contravendría, es decir, violaría el principio básico *ratione personae* previsto en el Convenio de Washington. No hay que olvidar que el Centro se instituyó para dirimir controversias entre un Estado contratante y nacionales de otro Estado contratante. Sin embargo, queremos fijar la atención en lo decidido en el caso *Tokios Tokelés vs. Ucrania*⁴⁰¹ y resaltar la opinión disidente de Prosper Weil emitida al respecto.

En este caso la demandante, Tokios Tokelés, empresa publicitaria incorporada en Lituania en 1989, abrió una subsidiaria en Ucrania en 1994, Taki Spravi, establecida bajo el derecho ucraniano. Tokios Tokelés demandó a Ucrania alegando una serie de medidas que desembocarían en la pérdida de su inversión originadas tras publicar un libro del líder de la oposición ucraniana en el 2002.⁴⁰² En realidad, la empresa era controlada en un 99% por accionistas ucranianos.⁴⁰³

La cuestión era determinar si Tokios Tokelés era considerado inversor en el marco del artículo 25 del Convenio de Washington y del artículo 1o. (2) (b) del APPRI Lituania-Ucrania.⁴⁰⁴ El Tribunal arbitral al aplicar la teoría de la incorporación (*incorporation theory*) determinó que sí lo era.⁴⁰⁵ Al

³⁹⁸ *Phoenix Action Ltd. vs. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, award, párr. 113.

³⁹⁹ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, *cit.*, opinión disidente a la jurisdicción, Prosper Weil, 29 de abril de 2004, párrs. 23-25.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, párr. 184.

⁴⁰¹ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 53-56. En este caso, a pesar de que la mayoría de las acciones de una empresa eran controladas por nacionales del Estado demandado, el tribunal arbitral aceptó su jurisdicción al apoyar la teoría de la incorporación (*incorporation theory*) de la empresa. *Cfr. Tokios Tokelés vs. Ucrania*, *cit.*, opinión disidente a la jurisdicción.

⁴⁰² *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 3.

⁴⁰³ *Ibidem*, párr. 21.

⁴⁰⁴ Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Republic of Lithuania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Feb. 8, 1994 (entered into force on Feb. 27, 1995), en adelante APPRI Lituania-Ucrania. The Treaty was done in the “Ukrainian, Lithuanian and English languages, both texts being equally authentic. In case of divergence [sic] of interpretation the English text shall prevail”.

⁴⁰⁵ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 71.

respecto sostuvo que la definición de pertenencia de una persona jurídica (*corporate nationality*) en el APPRI Lituania-Ucrania era consistente con el derecho internacional. Recordó que tal y como lo ha decidido la CIJ en el caso *Barcelona Traction*: “La regla tradicional atribuye el derecho de protección diplomática a una entidad corporativa al Estado bajo el cual está constituida legalmente y en cuyo territorio tiene su sede oficial. Estos dos criterios han sido confirmados por la práctica y por numerosos instrumentos internacionales”.⁴⁰⁶

No obstante lo anterior, el tribunal arbitral omitió citar lo que también agregó la CIJ en el mismo caso:

En efecto, ha sido práctica de algunos Estados otorgar a una compañía constituida de conformidad con su ley protección diplomática exclusivamente cuando tiene su sede (*siège social*) o administración o centro de control en su territorio, o cuando una mayoría o una proporción sustancial de las acciones ha sido propiedad de nacionales del Estado afectado. Solamente entonces, se ha sostenido, que existe ahí entre la corporación y el Estado en cuestión una conexión genuina de tal clase conocida en otras ramas de derecho internacional [énfasis añadido].⁴⁰⁷

En este sentido la CIJ apoya no únicamente la teoría de la incorporación (*siège social*) para determinar la pertenencia de una persona jurídica a un Estado. También apoya la teoría del control (*control theory*), la cual era relevante para el caso *Tokios Tokelés*. La finalidad de dichas pruebas debería ser en el sentido de comprobar que efectivamente se trata de una sociedad extranjera, no debiendo tratarse únicamente de una sociedad extranjera ficticia por conveniencia. Es realmente cuestionable calificar a una empresa como extranjera si claramente se puede probar el control nacional al analizar el fondo de la estructura accionaria y de control real de esta y confirmar que, en efecto, se trata de una empresa nacional.

⁴⁰⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica vs. España), fallo del 5 de febrero de 1970, *cit.*, párr. 70, *cf.* orig. “The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office. These two criteria have been confirmed by long practice and by numerous international instruments”.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, *cit.*, párr. 70. “Indeed, it has been the practice of some States to give a company incorporated under their law diplomatic protection solely when it has its seat (*siège social*) or management or centre of control in their territory, or when a majority or a substantial proportion of the shares has been owned by nationals of the State concerned. Only then, it has been held, does there exist between the corporation and the State in question a genuine connection of the kind familiar from other branches of international law [énfasis añadido]”.

No obstante, el tribunal arbitral en el caso *Tokios Tokelés* añadió que de acuerdo a Oppenheim “es usual atribuir una corporación al Estado, bajo cuyo derecho ha sido incorporada y al que le debe su existencia jurídica; a ésta condición inicial se añade frecuentemente la necesidad de que la matriz de la corporación, la oficina registrada o su incorporación deba estar en el mismo Estado”.⁴⁰⁸ Así, concluye el tribunal arbitral que el APPRI Lituania-Ucrania utiliza el mismo método para determinar la pertenencia de una corporación como lo hace el derecho internacional consuetudinario.⁴⁰⁹ Dicha decisión también es apoyada por algunos autores quienes desvían el punto de atención del caso a cuestiones tales como si el gobierno ucraniano realizó actos dañinos de desprestigio en contra de la empresa *Tokio Tokelés*. Actos de desprestigio en contra de una empresa son sin duda deplorables, siempre y cuando realmente lo hayan sido, pero dicho tema nos aleja de la cuestión central del caso *Tokios Tokelés* que es determinar la nacionalidad de la demandante, por ello, dichos argumentos no justifican de modo alguno la instauración de un tribunal arbitral del CIADI para conocer del caso.⁴¹⁰

Contrario a lo decidido por el tribunal arbitral en el caso *Tokios Tokelés* tenemos la opinión disidente de Prosper Weil, el cual no está de acuerdo con lo fallado por la mayoría del tribunal arbitral, que aceptó a Tokios Tokelés como nacional lituano en el sentido del artículo 25 (1) del Convenio de Washington, ya que en la realidad la empresa estaba controlada al 99% por accionistas ucranianos. En este caso se trata *de facto* de una controversia entre un Estado y sus nacionales. Prosper Weil con razón defiende la naturaleza jurídica del CIADI, estamos de acuerdo en que debe respetarse la finalidad con la que se creó el CIADI.⁴¹¹ Es claro que con fines estratégicos los inversores ucranianos incorporaron una empresa madre en Lituania, sin embargo, el tribunal arbitral no realizó prueba alguna del origen del capital de la empresa ni tampoco de la composición accionaria de esta, así que en realidad el tribunal arbitral no comprobó una conexión genuina entre el origen del capital y su composición accionaria con la incorporación de la empresa. Esta falla sin duda alguna deja una cicatriz en el sistema del CIADI y nuevamente torna nuestra atención hacia la pertinencia de la creación de un mecanismo de apelación de los laudos arbitrales emitidos por el CIADI.

⁴⁰⁸ Jennings, Robert Q. C. y Watts, Arthur (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9a. ed., 1996, pp. 859-60, cit. en *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 70.

⁴⁰⁹ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 70.

⁴¹⁰ Al respecto véase Alexeyev, Andriy y Voitovich, Sergiy, “Tokios Tokelés Vector: Jurisdictional Issues in ICSID Case Tokios Tokelés vs. Ukraine”, *JWIT*, vol. 9, nr. 6, diciembre de 2008, pp. 519 y ss.

⁴¹¹ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, cit., opinión disidente a la jurisdicción, párrs. 3, 4, 8, 10-26, 29.

Prosper Weil con razón añade que

...el mecanismo del CIADI y sus recursos no están pensados y no han sido diseñados para permitir a nacionales de un Estado parte del Convenio del CIADI usar una corporación extranjera, ya sea preexistencia o creada para dicho propósito, con el fin de evadir la jurisdicción de las cortes domésticas y la aplicación de su derecho nacional.⁴¹²

Un ejemplo aún más escandaloso es el caso *Rompetrol vs. Rumania*,⁴¹³ controversia originada en el marco del APPRI Rumania-Países Bajos, el cual nuevamente rompe la línea clara entre las inversiones que deben ser protegidas por el mecanismo del CIADI y las que no.

Esta controversia trata, como en el caso *Tokelés*, de una empresa incorporada en los Países Bajos cuyo capital de origen, control efectivo y nacionalidad de la mayoría accionaria es de origen rumano. Realmente es momento de aclarar cuál debe ser el papel del CIADI y de los APPRIs. ¿Es realmente finalidad de los APPRIs crear un muro virtual para que los nacionales de cierto país intenten sortear las fallas del sistema judicial interno a través de la incorporación de empresas fantasma en un tercer Estado conveniente para protegerse de su propio sistema jurídico y su derecho nacional? En este punto no queremos ni podemos adentrarnos en el análisis de la efectividad o carencia de la efectividad de los sistemas judiciales nacionales, sino más bien, preguntarnos ¿cuál es la finalidad y principios que deben seguir los árbitros del CIADI?

En efecto existen varias teorías para determinar la nacionalidad de una persona jurídica extranjera, ya las hemos mencionado, la del control (*control theory*), la de la incorporación (*incorporation theory*), la de la sede (*effective seat o siège réel*), pero, ¿debe conformarse un tribunal arbitral con tomar en cuenta que una empresa fue incorporada en un país diferente al Estado anfitrión sin analizar a fondo la estructura corporativa, procedencia del capital, nacionalidad de los accionistas y control efectivo de la corporación? ¿Realmente queremos un sistema de arbitraje internacional de inversiones que sirva como escudo para proteger a los nacionales de sus propios Estados a

⁴¹² *Cfr.*: “The ICSID mechanism and remedy are not meant for, and are not to be construed as, allowing... nationals of a State party to the ICSID Convention to use a foreign corporation, whether preexistent or created for that purpose, as a means of evading the jurisdiction of their domestic courts and the application of their national law”. *Tokios Tokelés vs. Uerania, cit.*, opinión disidente a la jurisdicción, párr. 30.

⁴¹³ *The Rompetrol Group N. V. vs. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, decision on jurisdiction, 18 de abril de 2008. También citado como caso *Rompetrol vs. Rumania*, decisión a la jurisdicción.

través de la creación de una corporación extranjera? A nuestro parecer es un punto muy delicado, cuya respuesta carece de unanimidad.

El caso *Rompetrol vs. Rumania* encierra una alta complejidad corporativa, la cual sintetizaremos del siguiente modo:

En 1993 la segunda empresa estatal rumana más grande, Rompetrol S. A., fue privatizada y adquirida por un grupo empresarial encabezado por el señor Patriciu.⁴¹⁴ A partir de entonces se realizaron un sinnúmero de modificaciones corporativas. En septiembre de 1999 el señor Sorin Marin y Dinu Patriciu, ambos de nacionalidad y residencia Rumana, ostentaban cada uno el 32,15% de Rompetrol S. A. y eran accionistas en aproximadamente las mismas proporciones del “Grupul de Societati Rompetrol”. El restante 35,7% estaba en manos de inversores minoritarios.⁴¹⁵

De manera independiente el señor Patriciu fundó en noviembre de 1999 en los Países Bajos una compañía privada de responsabilidad limitada llamada Waverton B. V., la cual cambió de nombre el 18 de abril de 2000 a “The Rompetrol Group B. V.” (TRG B.V.). El 31 de mayo de 2000 TRG B. V. adquirió la propiedad del 84.6% de Rompetrol S. A. y Grupul de Societati Rompetrol.⁴¹⁶

Tras una serie de cambios corporativos, el 28 de mayo de 2002, TRG B. V. cambió su personalidad jurídica de una compañía privada de responsabilidad limitada (B. V.) a una compañía pública de responsabilidad limitada (*public limited liability company*), The Rompetrol Group, N. V. (TRG, en adelante).⁴¹⁷

Al 14 de diciembre de 2005, Rompetrol Holding, empresa fundada en Suiza en 1998 por el señor Patriciu, estaba controlada al 80% por este y al 20% por el señor Patrick Stephenson. Rompetrol Holding a su vez era una empresa controladora al 100% de TRG.⁴¹⁸

El 31 de octubre del 2000 TRG celebró un contrato de adquisición con la entidad rumana de privatización, “State Ownership Fund”, para adquirir y controlar el 50.5% de “Petromidia Rafinare, S. A.”, una empresa petrolera propietaria de una de las refinerías más grandes en Rumania. Además TRG era propietario indirecto de un 27,41% de Petromidia a través de cuatro subsidiarias rumanas en las cuales TRG era accionista mayoritario. Desde el 2003 Petromidia es conocida como Rompetrol Rafinare S. A. (RRC)

⁴¹⁴ *Ibidem*, párr. 33.

⁴¹⁵ *Ibidem*, párr. 36.

⁴¹⁶ *Ibidem*, párrs. 37 y 38.

⁴¹⁷ *Ibidem*, párr. 40.

⁴¹⁸ *Ibidem*, párrs. 42 y 43.

quien en la actualidad refina aproximadamente 30% de los productos requeridos en Rumania.⁴¹⁹

En este complejo tenor se originó la controversia cuando en mayo de 2004 la Oficina Nacional Anticorrupción rumana (la PNA) inició una investigación relativa a la privatización de Petromidia, la cual inició poco después de que fuera adquirida por la demandante. En septiembre de 2004 el caso fue transferido por el PNA a la Oficina de la Fiscalía General (*the General Prosecutor's Office*, GPO), la cual es competente, entre otras cosas, para investigar presuntos crímenes económicos. Así, en enero del 2005 la GPO abrió una investigación a Rompetrol Rafinare S. A., como parte de esta investigación el señor Patriciu fue detenido por corto tiempo y la investigación sigue activa.⁴²⁰

Así, la esencia de la reclamación era determinar si la reclamación presentada ante el CIADI era derivada de una controversia internacional entre un inversor neerlandés y Rumania en el marco del APPRI Rumania-Países Bajos. Según Rumania se trata de una controversia nacional, no internacional, debido a que el señor Patriciu es un nacional y residente rumano, por tanto, la fuente efectiva de todos los fondos que fueron destinados a la compra de la Refinería son rumanos y no internacionales, en consecuencia, según Rumania, el CIADI carece de jurisdicción y el tribunal arbitral de competencia *ratione personae* para conocer del caso.⁴²¹

En el caso *Rompetrol vs. Rumania* es muy claro que el tribunal arbitral determinó a todas luces la nacionalidad holandesa de Rompetrol, basada en una aplicación estricta de lo dispuesto por el artículo 1o. (b) del APPRI Rumania-Holanda el cual establece lo siguiente:

(b) el término “inversores” deberá comprender con respecto a cualquier Parte Contratante:

- i. personas físicas que tengan la ciudadanía o la nacionalidad de tal Parte Contratante de conformidad con sus leyes;
- ii. personas jurídicas constituidas conforme al derecho de esa Parte Contratante;
- iii. personas jurídicas propiedad o controladas, directa o indirectamente, por personas naturales como son definidas en el i, o por personas jurídicas como son definidas en ii arriba.⁴²²

⁴¹⁹ *Ibidem*, párrs. 45 y 47.

⁴²⁰ *Ibidem*, párr. 48.

⁴²¹ *Ibidem*, párr. 71.

⁴²² APPRI Rumania-Holanda, artículo 1o. (b), *efr* orig. “(b) the term ‘investors’ shall comprise with regard to either Contracting Party:

- i. natural persons having the citizenship or the nationality of that Contracting Party in accordance with its laws;

Para determinar la nacionalidad de Rompetrol el tribunal arbitral aplicó lo dispuesto en el numeral (ii) del artículo 1o. (b); ahora bien, sinceramente ante la evidencia clara de que el control efectivo de la empresa, la nacionalidad de los accionistas y el origen del capital evidentemente es rumano, ¿es correcto que el tribunal arbitral cierre los ojos y se limite a mirar el lugar de incorporación de una empresa? Pensamos que casos y decisiones como esta en realidad están dañando al mecanismo del CIADI y dejan claro que los nacionales de determinados Estados recurren a figuras jurídicas extranjeras para protegerse de su propio Estado; no obstante, esa no es la finalidad con la que el CIADI fue creado. El CIADI no fue creado como escudo de protección supranacional para defender a los nacionales de su propio Estado, no, esa es competencia evidentemente nacional. El CIADI fue creado con la finalidad de dirimir controversias entre inversores extranjeros y Estados anfitriones. En este momento, nos colocamos en la posición defendida por Prosper Weil, quien con toda razón crítica lo decidido en el caso *Tokelés* e invitamos a reflexionar sobre el papel del CIADI; estamos seguros que de existir una instancia de apelación del CIADI estas decisiones serían anuladas.

Sin embargo, y contrario a esta corriente, el tribunal arbitral en el caso *Rompetrol vs. Rumania* rechazó la aplicación de la teoría del control, de la sede efectiva y del origen del capital para determinar la pertenencia o nacionalidad de la demandante y se ciñó a aplicar la interpretación literal del texto del BIT, así añadió: “El Tribunal en consecuencia encuentra que ni el control corporativo, ni la sede efectiva, ni el origen del capital juegan parte alguna para la determinación de la nacionalidad de conformidad con el APPRI Rumania-Países Bajos, y que la demandante califica como un inversor con derecho a invocar la jurisdicción de este Tribunal en virtud del artículo 1o. (b) (ii) del APPRI”.⁴²³

El tribunal arbitral tomó como pilares para determinar su competencia el texto del CIADI y del APPRI, lo cual es correcto y no es la crítica que hacemos al tribunal arbitral, sino su falta de capacidad para mirar detrás de una aplicación literal de lo establecido en el APPRI, así lo estableció este:

- ii. legal persons constituted under the law of that Contracting Party;
- iii. legal persons owned or controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in i. or by legal persons as defined in ii. above”.

⁴²³ *Rompetrol vs. Rumania, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 110, *cfx* orig., “the Tribunal accordingly finds that neither corporate control, effective seat, nor origin of capital has any part to play in the ascertainment of nationality under The Netherlands-Romania BIT, and that the Claimant qualifies as an investor entitled to invoke the jurisdiction of this Tribunal by virtue of Article 1 (b) (ii) of the BIT”.

En derecho, la jurisdicción del Tribunal está determinada por los pilares gemelos del capítulo II del Convenio del CIADI (que, como su título lo indica, establece la jurisdicción del Centro) y el artículo 8o. del APPRI Rumania-Países Bajos (que regula la solución de controversias entre una parte contratante y un inversor de la otra). Apuntando a su incorporación de conformidad con el derecho de los Países Bajos, la demandante basa la jurisdicción de este Tribunal en el primer supuesto del artículo 25 (2) (b) del Convenio, que requiere que éste califique como un “nacional de un Estado contratante distinto al del Estado parte en la disputa”, y en el artículo 1o. (b) (ii) del APPRI.⁴²⁴

Bajo el siguiente tenor el tribunal arbitral calificó a TRG, como inversor extranjero basado en la teoría de la incorporación y rechazó todas las excepciones a la jurisdicción y admisibilidad interpuestas por la demandada, Rumania:⁴²⁵

Desde el punto de vista del Tribunal, el margen otorgado para definir la nacionalidad para los propósitos del artículo 25 debe estar en su máximo en el contexto de nacionalidad corporativa de conformidad con un APPRI, donde, por definición, las partes contratantes del APPRI por sí mismas, teniendo de conformidad con el derecho internacional el poder exclusivo para determinar el estatus nacional bajo su propia ley, las que deciden por acuerdo mutuo y recíproco qué personas o entidades serán tratadas como sus “nacionales” para los propósitos de disfrutar los beneficios que el APPRI tiene intención de conferir. Recurriendo a los conceptos de derecho internacional privado, la demandada menciona que no hay tal cosa como una “nacionalidad” de entidades corporativas en el mismo sentido que para las personas físicas. Al tal grado que de ser así, reforzaría el punto: no únicamente cada parte contratante tiene la autoridad exclusiva para determinar el status de las entidades jurídicas de conformidad con su propia ley, sino que las partes contratantes conjuntamente tienen la autoridad exclusiva para determinar los criterios por los cuales las personas jurídicas con un estatus definido de conformidad con el derecho de cada una de las partes pueda disfrutar de las protecciones de su APPRI.⁴²⁶

⁴²⁴ *Ibidem*, párr. 77, *cf.* orig., “in law, the jurisdiction of the Tribunal is determined by the twin pillars of Chapter II of the ICSID Convention (which, as its heading indicates, establishes the jurisdiction of the Centre) and Article 8 of The Netherlands-Romania BIT (which regulates the settlement of disputes between a Contracting Party and an investor of the other). Pointing to its incorporation under the law of The Netherlands, the Claimant bases this Tribunal’s jurisdiction on the first prong of Article 25 (2) (b) of the Convention, which requires that it qualify as a ‘national of a Contracting State other than the State party to the dispute’, and on Article 1 (b) (ii) of the BIT”.

⁴²⁵ *Ibidem*, párr. 116.

⁴²⁶ *Ibidem*, párr. 81, *cf.* orig., “in the Tribunal’s view, the latitude granted to define nationality for purposes of Article 25 must be at its greatest in the context of corporate nation-

En consecuencia, rescatamos la importancia de esclarecer, por un lado, bajo qué supuestos, inversores son nacionales de un Estado contratante diferente al Estado anfitrión, y por otro, en qué casos una persona jurídica es considerada una entidad de Estado, del Estado anfitrión, para cumplir con el requisito *ratione personae* derivado del artículo 25 del Convenio del CIADI,⁴²⁷ esta tarea es fundamental para fortalecer el mecanismo de solución de controversias del CIADI.

iii) Requisito material - inversión (*ratione materiae*)

Otro de los requisitos necesarios para activar el mecanismo del CIADI es cumplir con el requisito *ratione materiae*. Es decir, que debe tratarse de una inversión comprendida por el artículo 25 del Convenio de Washington. A pesar de que el Convenio no contiene una definición de “inversión” dicho concepto es central para este.

Existen determinados rasgos que caracterizan a las llamadas inversiones extranjeras directas (IED). Ellas envuelven desde el aspecto económico (a) transferencia de fondos, (b) un proyecto a largo plazo, (c) el propósito de un ingreso regular, (d) la participación de una persona transfiriendo los fondos y que dicha persona, por lo menos, participe en la dirección del proyecto, y (e) un riesgo de negocios. Para que se trate de una inversión extranjera le añadiremos el ingrediente de inversor extranjero. Así este término difiere de las inversiones de portafolio, las cuales no pretenden realizar negocios a largo plazo en un lugar determinado sino únicamente transacciones de carácter especulativo y meras transacciones económica.⁴²⁸ Las transacciones de naturaleza puramente comercial también quedan fuera de la definición

ality under a BIT, where, by definition, it is the Contracting Parties to the BIT themselves, having under international law the sole power to determine national status under their own law, who decide by mutual and reciprocal agreement which persons or entities will be treated as their ‘nationals’ for the purposes of enjoying the benefits the BIT is intended to confer. Drawing on concepts of private international law, the Respondent says that there is no such thing as a ‘nationality’ of corporate entities in the same sense as for physical persons. To the extent that that were so, it would reinforce the point: not only does each Contracting Party have the sole authority to determine the status of juridical entities under its own law, but the Contracting Parties jointly have the sole authority to determine the criteria by which juridical persons with a defined status under each other’s law may enjoy the protections of their BIT”.

⁴²⁷ Véase Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.*, pp. 227-376; Wisner, Robert y Gallus, Nick, “Nationality Requirements in Investor-State Arbitration”, *JWIT*, vol. 5, nr. 6, diciembre de 2004, pp. 927 y ss.

⁴²⁸ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 63.

de inversión en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington, tal como sucedió en el caso *Global Trading vs. Ucrania*,⁴²⁹ donde el tribunal arbitral apuntó:

The Tribunal finds that the foregoing considerations, in and of themselves, are sufficient for it to conclude that the sale and purchase contracts entered into by the Claimants are pure commercial transactions that cannot on any interpretation be considered to constitute “investments” within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention.⁴³⁰

Las razones por las que se carece del concepto de “inversión” en el Convenio son múltiples y plausibles.⁴³¹ Es de extrema complejidad la creación de una definición que abarque todas las inversiones posibles. Aunque se hubiera llegado a un acuerdo respecto a una definición ideal de lo que significa “inversión”, esta seguramente estaría obsoleta en la actualidad. Así, se optó por delegar a las partes, la determinación del concepto de inversión. Las inversiones en sí y las figuras jurídicas a través de las cuales se materializan, son muy dinámicas. Otro punto importante es, que un Estado es capaz de modificar una figura jurídica determinada, de modo tal que podría diferir de la enunciación del tipo de inversión, y con ello burlar sus obligaciones internacionales. Este tipo de razonamientos nos lleva a concluir que, efectivamente, una definición del término inversión representaría en la realidad una limitante práctica para activar el mecanismo del CIADI. Si por el contrario, se intentara realizar una lista exhaustiva de lo que podría ser una inversión, seguramente se olvidaría algún supuesto, eso sin contar la creación de nuevas figuras jurídicas las cuales quedarían fuera de la lista.

Así, preferimos ubicarnos en una definición amplia de “inversión”, donde las partes tienen completa libertad para decidir lo que se considera una inversión.⁴³² El parámetro real de lo que será considerado o no inversión estará contenido en los APPRI, los contratos de Estado internacionales, en

⁴²⁹ *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. vs. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11, laudo, 1o. de diciembre de 2010. También citado como caso *Global Trading vs. Ucrania*, laudo.

⁴³⁰ *Ibidem*, párr. 57.

⁴³¹ Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., artículo 25, párrs. 80-88.

⁴³² Shihata, “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA”, 1 *ICSID Rev-FILJ* 1, 1986, p. 5; véase también ICSID, decision on objections to jurisdiction, 24 de mayo de 1999, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS (Czech Republic) vs. The Slovak Republic*, XXIV *YBCA* 44, 1999, 61.

los tratados de libre comercio o cualquier tipo de acuerdo internacional de inversión que sea pactado por las partes, e incluso en leyes nacionales.

Así, por ejemplo, el artículo 1139 del TLCAN define qué se entiende por inversión y qué se excluye de este concepto.⁴³³ En el caso del TLCAN se incluye además las definiciones de “inversión de un inversionista de una parte”⁴³⁴ e “inversionista de una parte”.⁴³⁵

⁴³³ TLCAN, artículo 1139: “inversión significa;

- (a) una empresa;
- (b) acciones de una empresa;
- (c) instrumentos de deuda de una empresa:
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (d) un préstamo a una empresa,
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);
- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales, y
- (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:
 - (i) contratos que involucren la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa.

Pero inversión no significa:

- (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte, o
 - (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d), o
- (j) cualquier otra reclamación pecuniaria; que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h)”.

⁴³⁴ TLCAN, artículo 1139, *inversión de un inversionista de una parte* significa la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha parte.

⁴³⁵ TLCAN, artículo 1139, *inversionista de una parte* significa una parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión.

En el Tratado sobre la Carta de la Energía el concepto de inversión está definido en su artículo 1o. (6)⁴³⁶ el cual es muy precavido al no limitar su definición de inversión, sino dejarla abierta para que cualquier figura jurídica con la que se pretenda modificar el concepto de inversión pueda tener cabida para la aplicación de dicho tratado en el sector energético.

El concepto de inversión contenido en un AII, en contratos de Estado internacionales, y en ofertas unilaterales de inversión, tales como leyes nacionales que consideren al CIADI como foro para dirimir controversias, se considera de forma implícita como inversión en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington. Estos documentos contemplan el arbitraje del CIADI como opción para dirimir todo tipo de controversias relacionadas con las inversiones cubiertas por el instrumento legal relevante. Como consecuencia de una definición amplia de “inversión” contenida, por ejemplo, en el NAFTA o en el Tratado sobre la Carta de la Energía, estas son indirectamente relevantes para determinar qué constituye una inversión para los propósitos del artículo 25 (1) del Convenio de Washington. Al tomar en cuenta el número tan elevado de APPRI existentes, que son más de 2,800, podríamos afirmar que existen variaciones en el concepto de inversión según el caso concreto de APPRI en cuestión. En este sentido, no existen únicamente inversiones directas, que son las que de manera

⁴³⁶ ECT, artículo 1o. (6): “Investment means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

(a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;

(b) company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;

(c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;

(d) Intellectual Property;

(e) Returns;

(f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licenses and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term ‘Investment’ includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the ‘Effective Date’) provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

‘Investment’ refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as ‘Charter efficiency projects’ and so notified to the Secretariat”.

directa ostenta un inversor extranjero, sino que existen además inversiones indirectas.⁴³⁷

Para ejemplificar claramente nuestra idea nos remitimos a lo expuesto por el tribunal arbitral en el caso *Siemens vs. Argentina* el cual decidió que

...a los efectos del Artículo 25 (1), una controversia puede surgir directamente de una inversión realizada directa o indirectamente por un inversor. *Si el inversor califica como tal dependerá de la definición de inversor recogida en el tratado o de los términos del contrato de inversión. El requerimiento directo en el Convenio está relacionado con la diferencia y no con la cuestión de si el inversor es directo o indirecto* [énfasis añadido].⁴³⁸

El concepto de inversión puede ser amplio o estricto y cabe destacar los conceptos de inversión directa e indirecta.

En el caso *Cemex vs. Venezuela*,⁴³⁹ el gobierno venezolano intentó refutar que las inversiones de las demandantes estuvieran comprendidas por las previstas en el artículo 1o. del APPRI Venezuela-Países Bajos. Este caso trata los conceptos de inversión directa e indirecta. El artículo 1o. del APPRI en cuestión prevé:

A los fines del presente Convenio:

a. El término “inversiones” comprenderá todos los tipos de activos y, de manera más particular pero no exclusiva:

- i) bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos *in rem* sobre todo tipo de activo;
- ii) derechos derivados de acciones, bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas;
- iii) títulos dinero, a otros activos o cualesquiera prestaciones con valor económico;
- iv) derechos en los campos de propiedad intelectual, procesos técnicos, valor extrínseco (*goodwill*) y conocimientos técnicos (*know-how*);

⁴³⁷ Véase *Gas Natural SDG, S. A. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, decisión a la jurisdicción, 17 de junio de 2005. También citado como caso *Gas Natural vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párrs. 50-52; *CMS vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, párr. 68; *Azurix Corp. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, decision on jurisdiction, 8 de diciembre de 2003. También citado como caso *Azurix vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párrs. 65 y 66.

⁴³⁸ *Siemens vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, decision on jurisdiction, 3 de agosto de 2004. También citado como caso *Siemens vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 150.

⁴³⁹ *CEMEX vs. Venezuela, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 146-158.

- v) derechos otorgados bajo el derecho público, incluyendo derechos para la prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales.⁴⁴⁰

El tribunal encontró que en la definición de inversión no había ninguna referencia expresa a inversiones indirectas, sino que se trataba de una definición muy amplia que “abarca todos los tipos de activos” y enumeraba categorías específicas de inversiones como ejemplos.⁴⁴¹ Las inversiones definidas en el artículo 1o. del APPRI Venezuela- Países Bajos podrían ser directas o indirectas. El tribunal define una inversión indirecta como aquella hecha por un inversor indirecto. Añade que como el APPRI en cuestión abarca inversiones indirectas, los inversores indirectos están facultados para formular reclamaciones por presuntas violaciones al Tratado respecto a las inversiones de las que son propietarios indirectos.⁴⁴² El tribunal aclara además que cuando en el APPRI se mencionan las inversiones de nacionales de la otra parte, ello significa que esas inversiones deben pertenecer a dichos nacionales a fin de estar comprendidas en el Tratado en cuestión. Sin embargo, ello no requiere que dichos nacionales deban tener propiedad directa de esas inversiones. De manera análoga, cuando en el APPRI se menciona a las inversiones hechas en el territorio de una de las partes, todo lo que se exige es que el lugar en que se realice dicha inversión se encuentre justo en el territorio de la parte contratante, sin suponer que esas inversiones deban ser o no hechas directamente en dicho territorio.⁴⁴³ Para Cemex dicho razonamiento fue favorable. En efecto, el término de inversiones e inversores indirectos es frecuentemente incluido en diversos tratados internacionales. En el caso en estudio el tribunal arbitral concluyó que las demandantes tenían *jus standi* y rechazó la excepción a la jurisdicción presentada por Venezuela.⁴⁴⁴

En el caso *Siemens vs. Argentina*⁴⁴⁵ el Tribunal del CIADI observó que

...no hay ninguna referencia explícita a inversiones directas o indirectas como tales en el Tratado [APPRI Argentina-Alemania]. La definición de “inversión” es muy general. Una inversión es cualquier clase de bien considerado así en virtud de la ley de la parte contratante donde la inversión haya sido hecha. Las categorías específicas de inversión incluidas en la definición son incluidas como ejemplos y no con el propósito de excluir aquéllas no men-

⁴⁴⁰ *Ibidem*, párr. 150.

⁴⁴¹ *Ibidem*, párr. 151.

⁴⁴² *Ibidem*, párr. 156.

⁴⁴³ *Ibidem*, párr. 157.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, párr. 158.

⁴⁴⁵ *Siemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción.

cionadas. Los redactores tuvieron la precaución de utilizar las palabras “no exclusiva” antes de referirse a las categorías de inversiones “particularmente” incluidas. Una de las categorías consiste en “acciones, derechos de participación en sociedades y otro tipo de participaciones en sociedades”. El sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad. Por tanto, una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas.⁴⁴⁶

Como vemos, no será tarea fácil determinar qué es una inversión en el sentido del AII relevante al caso; sin embargo, si este considera al CIADI como foro para dirimir controversia en materia de inversión, la definición de inversión del tratado relevante será determinante para calificarla como tal en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington.⁴⁴⁷

Otro medio que actualmente han utilizado los tribunales arbitrales del CIADI para determinar si se trata o no de una inversión es el conocido *test Salini*,⁴⁴⁸ originalmente utilizado en el caso *Fedax vs. Venezuela*.⁴⁴⁹ Se trata de un *test* en el que se deben cumplir ciertos requisitos para que una inversión sea reconocida como tal, en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington y se realiza de manera accesoria a la definición relevante del APPRI en cuestión. En dicho *test* se toman en cuenta:

- duración de la inversión (*duration*);
- frecuencia de las ganancias y rendimientos (*regularity of profit and return*);
- asunción de riesgo (*assumption of risk*);
- compromiso sustancial (*substantial commitment*), y
- relevancia para el desarrollo del Estado anfitrión (*significance for the host State's development*).

El *test Salini* ha tenido relevancia, por ejemplo, en el caso *Biwater vs. Tanzania*⁴⁵⁰ en el que se recurrió a este para determinar si existía o no una inver-

⁴⁴⁶ *Ibidem*, párr. 137.

⁴⁴⁷ Véase Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.*, pp. 448-495.

⁴⁴⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, decision on jurisdiction, 23 de julio de 2001. También citado como caso *Salini vs. Marruecos*, decisión a la jurisdicción, párrs. 52 y 58.

⁴⁴⁹ *Fedax vs. Venezuela*, decisión a la jurisdicción, párrs. 27-29, 32-38, 42 y 45.

⁴⁵⁰ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, award, 24 de julio de 2008. También citado como caso *Biwater vs. Tanzania*, laudo.

sión en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington;⁴⁵¹ también fue utilizado dicho *test* en el caso *Malaysian Historical vs. Malasia*⁴⁵² en el que el Comité *ad hoc* anuló la decisión a la jurisdicción emitida por el tribunal arbitral en la que declinaba su jurisdicción para conocer del caso.⁴⁵³ En el caso *Inmaris vs. Ucrania*⁴⁵⁴ el tribunal arbitral también utilizó el *test Salini* para determinar si se trataba de una inversión. Al respecto, el tribunal señaló:

El *test Salini* podría ser útil en el caso de que un tribunal estuviera preocupado de que la definición de inversión de un APPRI o contrato fuera tan amplia que pudiera parecer capturar una transacción que normalmente no fuera caracterizada como una inversión de conformidad con cualquier definición razonable. Esos elementos podrían ser útiles para identificar aberraciones como estas.⁴⁵⁵

Respecto a la validez de la inversión ha sido confirmado por diversos tribunales arbitrales que será determinado conforme al derecho doméstico si una inversión ha sido realizada de manera válida. Al respecto, el tribunal arbitral en el caso *Railroad vs. Guatemala* recordó que: “apoyado en una larga línea casuística, que ‘confiere conforme al derecho doméstico’ no es una característica de la inversión para calificar como tal, pero sí una condición de su validez conforme al derecho doméstico”.⁴⁵⁶

⁴⁵¹ *Ibidem*, párrs. 310, 312-318.

⁴⁵² *Malaysian Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia*, ICSID Case no. ARB/05/10, award on jurisdiction, 10 de mayo de 2007. También citado como caso *Malaysian Historical vs. Malasia*, decisión a la jurisdicción; *Malaysian Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia*, ICSID Case no. ARB/05/10, decision on the application for annulment, 16 de abril de 2009. También citado como caso *Malaysian Historical vs. Malasia*, decisión sobre solicitud de anulación.

⁴⁵³ *Malaysian Historical vs. Malasia*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 151; *Malaysian Historical vs. Malasia*, *cit.*, decisión sobre solicitud de anulación, párrs. 79-83.

⁴⁵⁴ *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others vs. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, decision on jurisdiction, 8 de marzo de 2010. También citado como caso *Inmaris vs. Ucrania*, decisión a la jurisdicción.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, párr. 131, *cf.* orig. “The *Salini* test may be useful in the event that a tribunal were concerned that a BIT or contract definition of investment was so broad that it might appear to capture a transaction that would not normally be characterized as an investment under any reasonable definition. These elements could be useful in identifying such aberrations”. Véase también los párrs. 132-134.

⁴⁵⁶ *Railroad Development Corporation vs. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, second decision on objection to jurisdiction, 18 de mayo de 2010. También citado como caso *Railroad vs. Guatemala*, segunda decisión a la jurisdicción, párr. 140, *cf.* orig. “...supported by a long line of case law, that ‘conferred pursuant to domestic law’ is not a characteristic of the investment to qualify as such but a condition of its validity under domestic law”; *Salini vs. Marruecos*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 46, el tribunal apuntó: “to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty

Otro tema del cual dejamos nota es el correspondiente a las pre-inversiones, entendidas estas como las medidas que se toman previas a la realización de una inversión, tales como estudios de mercado, entre otras, y que han sido motivo de algunas controversias.⁴⁵⁷ Un tópico más controvertido es el referente a supuestas inversiones que se realizan en negocios ilegales. Buen ejemplo de esto es el caso *Anderson vs. Costa Rica*, en el que el inversor pretendió que Costa Rica lo indemnizara por dinero que había invertido en una compañía de inversión ilegal.⁴⁵⁸

b. El procedimiento arbitral del CIADI en breve

El procedimiento de arbitraje del CIADI es similar en muchos aspectos al de otros tipos de arbitraje institucional. Está regulado por el Convenio de Washington y las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor al tiempo que las partes consintieron al arbitraje del Centro.⁴⁵⁹ Ningún derecho nacional es aplicable para el procedimiento. Si las disposiciones procesales contenidas en el Convenio y las reglas de arbitraje no proveyeran solución para determinado problema procesal, el tribunal arbitral posee la facultad de decidir sobre este, del modo que considere más apropiado.⁴⁶⁰

Las disposiciones relevantes del Convenio de Washington contienen un número de normas especiales, las cuales se refieren a la composición del tribunal,⁴⁶¹ los procedimientos, las facultades del tribunal en general⁴⁶² y la competencia para garantizar medidas provisionales,⁴⁶³ así como reglas para determinar el derecho sustantivo aplicable.⁴⁶⁴

from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal”.

⁴⁵⁷ Dejamos nota de este tema. El lector podrá profundizar al respecto en Chatterjee, C., *op. cit.*, pp. 909 y ss.

⁴⁵⁸ *Alasdair Ross Anderson and others vs. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, award, 19 de mayo de 2010. También citado como caso *Anderson vs. Costa Rica*, párrs. 58 y 59.

⁴⁵⁹ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 44, primera oración.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, artículo 44, última oración; Broches, “Convention on the Settlement of Investment Disputes”, XVIII *YBCA* 627 (1993) 676, párr. 136; Schreuer, “Commentary on the ICSID Convention”, 12 *ICSID Rev-FJL* 365 (1997), p. 404.

⁴⁶¹ Convenio de Washington, *cit.*, artículos 37-40.

⁴⁶² Por ejemplo el artículo 41 del Convenio de Washington que establece la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*, según el cual el tribunal arbitral es competente para resolver sobre su competencia. Además véase otras facultades contenidas en los artículos 41-47 del Convenio.

⁴⁶³ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 47.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, artículo 42.

i) Composición del tribunal

Las partes tienen la libertad de nombrar el número de árbitros que deseen. En ausencia de acuerdo al respecto un tribunal de tres miembros resolverá el caso. Cada parte nombrará a un árbitro y el tercero, que presidirá el tribunal, será nombrado de común acuerdo. A falta de acuerdo en común, este será nombrado por el CIADI. Cualquiera de las partes podrá dirigir una solicitud por escrito al presidente del Consejo Administrativo, a través del secretario general, para nombrar al árbitro o árbitros faltantes y para designar a uno de ellos como presidente del Tribunal.⁴⁶⁵

Las partes no están obligadas a designar árbitros de la lista administrada por el CIADI, pero estos deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 39 del Convenio, acorde con el cual, la mayoría de los árbitros deben tener una nacionalidad distinta a la de las partes involucradas en el conflicto. El efecto de esta disposición se pierde si las partes, de común acuerdo, deciden nombrar a todos los miembros del tribunal, en tal caso, los árbitros sí podrán poseer la nacionalidad de las partes.⁴⁶⁶

Si los árbitros no han sido designados dentro de los noventa días después de que haya sido enviada la notificación de arbitraje, o dentro de cualquier periodo acordado por las partes, el CIADI nombrará a los restantes, que no deberán ser nacionales de una de las partes. Para minimizar los procedimientos de nulidad, el CIADI recomienda que el tribunal solicite a las partes confirmar que el tribunal ha sido constituido apropiadamente.⁴⁶⁷

El artículo 14 del Convenio de Washington prevé que los árbitros deben ser personas con alta calidad moral, y tener calificaciones profesionales especiales e inspirar plena confianza en su “imparcialidad de juicio”. La noción de “imparcialidad de juicio” encierra tanto independencia de la parte que lo designó como imparcialidad en su calidad de árbitro.⁴⁶⁸ Las partes en el conflicto son libres para intentar refutar el nombramiento de árbitros, cuando consideren que existe conflicto de intereses de estos respecto al proceso arbitral en curso que se traduzca en la imparcialidad del

⁴⁶⁵ *Ibidem*, artículo 37 (2) (b) en conexión con las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje), reglas 3 y 4.

⁴⁶⁶ Parra, Antonio, *op. cit.*, 308.

⁴⁶⁷ Broches, “Convention on the Settlement of Investment Disputes”, *cit.*, 663, párr. 101.

⁴⁶⁸ *Idem*. En algunos casos pueden existir conflictos como el de presunta falta de neutralidad de los árbitros nombrados en un tribunal arbitral. Para mayor detalle al respecto véase *Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, decisión sobre la propuesta de recusación del profesor Campbell McLachlan, 12 de agosto de 2010. También citado como caso *Urbaser vs. Argentina*, recusación de árbitro.

árbitro.⁴⁶⁹ Cualquiera de las partes puede recusar al árbitro que no cuente con las cualidades exigidas por el artículo 14 (1) del Convenio de Washington de conformidad con el artículo 57 del mismo instrumento.⁴⁷⁰ En el caso *Urbaser vs. Argentina* la demandada intentó refutar el nombramiento de uno de los miembros del tribunal arbitral por haber publicado su opinión respecto a temas calificados como “claves” por la República Argentina para su defensa en el caso en cuestión. Se trata de Campbell McLachlan quien externó su opinión respecto a dos temas claves para el caso en una obra académica; el primero, sobre la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a derechos adjetivos, el segundo tema fue el “estado de necesidad”. Según la demandada, la opinión externada por Mc Lachlan ponía en entredicho su imparcialidad para decidir en el procedimiento en cuestión.⁴⁷¹

Los dos árbitros restantes que componían el tribunal decidieron rechazar la propuesta de recusación de Campbell Mc Lachlan como árbitro presentada por las demandantes.⁴⁷² Así lo decidieron:

A la luz de los elementos contenidos en las declaraciones del Prof. McLachlan sobre el *rol* de las cláusulas NMF en cuestiones de solución de controversias previstas en un TBI y sobre la base de la confianza que los dos miembros tienen en la capacidad del Prof. McLachlan para analizar la cuestión desde una perspectiva más amplia, así como considerando la totalidad de los hechos, las circunstancias y los argumentos planteados por las partes en el presente procedimiento; los dos miembros concluyen que las opiniones académicas del Prof. Mc Lachlan no cumplen con el umbral de apariencia de que no está preparado para escuchar y considerar las posiciones de las partes con plena independencia e imparcialidad.⁴⁷³

Esta conclusión implica necesariamente que las declaraciones del Prof. Mc Lachlan en las que se basa la Propuesta de Recusación, no indican una carencia “manifiesta” de independencia o imparcialidad, como lo exige el artículo 57 del Convenio del CIADI.⁴⁷⁴

También en el caso *Suez/AWG vs. Argentina*⁴⁷⁵ se intentó recusar a la árbitra Gabrielle Kaufmann-Kohler por presunta falta de independencia o

⁴⁶⁹ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 14 en conexión con el artículo 57.

⁴⁷⁰ *Urbaser vs. Argentina*, recusación de árbitro, párrs. 34, 36 y 43.

⁴⁷¹ *Ibidem*, párrs. 44-59.

⁴⁷² *Ibidem*, VI. Conclusión (1).

⁴⁷³ *Ibidem*, párr. 58.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, párr. 59.

⁴⁷⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro

imparcialidad. Sin embargo, dicha solicitud presentada por Argentina fue refutada por los dos miembros restantes del tribunal arbitral.⁴⁷⁶

Finalmente, en caso de requerirse un cambio de árbitro, este lo puede realizar el resto del tribunal arbitral, o en su defecto, el Centro.⁴⁷⁷

ii) Procedimientos frente al tribunal arbitral

Los procedimientos se inician con la solicitud de arbitraje que debe contener información concerniente al asunto objeto de la diferencia, la identidad de las partes y su consentimiento al arbitraje. La solicitud debe ser presentada ante el secretario general del CIADI. Como filtro al acceso al CIADI el secretario general puede rehusarse a registrar la solicitud si, basado en la información proporcionada, la disputa, de forma manifiesta, está fuera de la jurisdicción del Centro (*screaming power*).⁴⁷⁸

Las Reglas de Arbitraje del CIADI prevén dos fases distintas del procedimiento: procedimiento escrito seguido de procedimiento oral. Después de la constitución del tribunal arbitral, el presidente de este o el tribunal unitario, debe llamar a una audiencia preliminar para acordar la forma del procedimiento.⁴⁷⁹ Las objeciones a la jurisdicción del tribunal deben ser presentadas lo antes posible y a más tardar antes de que cierre el procedimiento.⁴⁸⁰ Las objeciones a la jurisdicción son generalmente atendidas en un procedimiento especial,⁴⁸¹ mientras tanto el procedimiento sobre el fondo del asunto será suspendido.⁴⁸²

De conformidad con la regla 21 (2) de las reglas de Arbitraje del CIADI, una de las partes del conflicto podrá solicitar una audiencia preliminar para considerar el objeto de la diferencia con el fin de lograr un avenimiento.

del tribunal de arbitraje, 22 de octubre de 2007. También citado como caso *Suez/AWG vs. Argentina*, recusación de árbitro.

⁴⁷⁶ *Suez/AWG vs. Argentina, cit.*, recusación de árbitro, párr. 43.

⁴⁷⁷ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 58.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, artículo 36 (3). Para conocer en detalle sobre los abusos por parte del secretario general, al momento del registro de una solicitud de arbitraje, que pudieran llegar a darse, véase Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

⁴⁷⁹ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje del CIADI), reglas 29, 31 y 32.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, regla 41 (1).

⁴⁸¹ *Ibidem*, regla 41 (3).

⁴⁸² *Ibidem*, regla 41 (4).

iii) Facultades y funciones del tribunal

El tribunal resolverá sobre su propia competencia⁴⁸³ (principio *Kompetenz-Kompetenz*). El registro de una solicitud de arbitraje ante el secretario general no influirá en la decisión del tribunal arbitral, es decir, aun si el secretario general sostuviera que *prima facie* existe un acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral puede concluir lo contrario en otra etapa del procedimiento.⁴⁸⁴ El tribunal a su discreción puede decidir sobre su jurisdicción como cuestión preliminar o incluirla en la decisión de fondo.⁴⁸⁵ Siguiendo el principio de economía procesal no tiene sentido iniciar un procedimiento costoso, desde el punto de vista económico y temporal, si no se ha determinado de manera definitiva la jurisdicción del tribunal. Si se interpusiera una excepción a la jurisdicción automáticamente se suspenderá el procedimiento para que el tribunal arbitral pueda conocer sobre el fondo del asunto.⁴⁸⁶ Es por ello que la mayoría de los tribunales se ocupan de las objeciones a la jurisdicción en una decisión preliminar. Aun así, habrá casos en los que las cuestiones relativas a la jurisdicción no podrán separarse de las del fondo del asunto.⁴⁸⁷

De cualquier forma, una decisión preliminar a la jurisdicción no constituirá un laudo en el sentido del artículo 48, 49, 50 o 51 del Convenio de Washington y de la Regla de Arbitraje 50 o 52 del CIADI, las cuales pueden ser objeto de una acción de anulación por separado en el sentido del artículo 52 del Convenio. En *SPP vs. Egipto* el secretario general en su actuación rechazó la solicitud de anulación interpuesta por Egipto contra la decisión a favor de la jurisdicción del tribunal. El secretario general se refirió al procedimiento de anulación contra el laudo final para tratar las objeciones a la jurisdicción y exhortó a Egipto para que lo realizara en ese momento. Sin duda, la falta de posibilidad de un remedio inmediato contra la decisión

⁴⁸³ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 41; Barceló III, John J., *op. cit.*, 1115-1136.

⁴⁸⁴ Reglas de Arbitraje del CIADI, artículo 41 en conexión con el artículo 41 (1) del Convenio de Washington; Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, *cit.*, article 41, pp. 520-548.

⁴⁸⁵ Reglas de Arbitraje del CIADI, artículo 41 (3). Tal y como sucedió en el caso *Global Trading vs. Ucrania*, cuyo tribunal arbitral decidió en el laudo que no existía controversia en el sentido del artículo 25 y declinó su competencia en el sentido del artículo 41 (5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, *op. cit. Global Trading vs. Ucrania*, laudo, párrs. 57 y 58; Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, *cit.*, article 41, pp. 523-531;

⁴⁸⁶ Reglas de Arbitraje del CIADI, artículo 41 (3).

⁴⁸⁷ *Global Trading vs. Ucrania*, laudo, párrs. 57 y 58.

preliminar a favor de la jurisdicción acelerará la emisión de un laudo sobre las cuestiones de fondo del asunto; sin embargo, cabe preguntarnos, si es justo y económico —en tiempo y dinero— que únicamente se pueda anular la decisión sobre la jurisdicción una vez dictado el laudo final. En realidad no debería ser necesario tener que esperar hasta que termine un largo y tedioso proceso para que fuera revisada dicha cuestión esencial.⁴⁸⁸

iv) Derecho aplicable

El derecho aplicable a la sustancia del caso puede ser elegido por las partes. Dicha elección no debe ser expresa o de una forma específica si el tribunal encuentra una evidencia clara del acuerdo de las partes al respecto. El Convenio prevé que en cuestiones de aplicación de derecho sustantivo en primera instancia estará a lo acordado por las partes, a falta de acuerdo se aplicará lo dispuesto por la legislación nacional del Estado anfitrión, siempre y cuando dichas disposiciones no trasgredan las normas estándar de derecho internacional. También serán aplicables al caso las normas de derecho internacional y de derecho internacional privado.⁴⁸⁹

El Convenio establece además una obligación al tribunal arbitral para que este no deje de resolver pretensión alguna so pretexto de oscuridad o silencio de la ley nacional del Estado anfitrión.⁴⁹⁰ En dicho caso, el tribunal deberá rescatar los principios de derecho internacional aplicables al caso.

v) Laudos del CIADI

El laudo dictado por cualquier tribunal del CIADI deberá resolver sobre todas las cuestiones por mayoría de votos de sus miembros y constar por escrito, incluyendo la firma de los miembros del tribunal que hayan resuelto a su favor (artículo 48 (1) y (2) del Convenio). Además es obligatorio que contenga declaración y motivación sobre todas y cada una de las pretensiones sometidas por las partes al tribunal.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ Hirsch, *The Arbitration Mechanism of ICSID*, p. 46; Schreuer, “Commentary on the ICSID Convention”, *cit.*, p. 380.

⁴⁸⁹ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 42 (1) en conexión con las Reglas de Arbitraje del CIADI, artículo 31 (3). Una amplia gama de situaciones controvertidas relacionadas con el derecho aplicable puede encontrarse en Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, *cit.*, pp. 40-133.

⁴⁹⁰ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 42 (2).

⁴⁹¹ *Ibidem*, artículo 48 (3).

Para los casos en que algún miembro del tribunal no haya estado de acuerdo con lo resuelto por la mayoría de los miembros del tribunal, podrá emitir una opinión disidente en un voto contrario. En todo caso, los miembros del tribunal podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría.⁴⁹²

El laudo se tendrá por dictado en la fecha en la que el secretario general remita, que deberá ser inmediatamente, a cada parte una copia certificada del laudo.⁴⁹³ El Estado y el inversor están obligados a cumplir con lo fallado en el laudo del tribunal arbitral y las obligaciones jurídicas derivadas de este.⁴⁹⁴ En caso de no hacerlo se generan dos consecuencias jurídicas: la primera es el renacimiento de la protección diplomática, suspendido bajo el amparo del artículo 27 del Convenio del CIADI; la segunda, el Estado que incumpla podrá ser demandado, según lo dispuesto por el artículo 64 del Convenio del CIADI, ante la Corte Internacional de Justicia.⁴⁹⁵

c. Recursos contra un laudo emitido por un tribunal arbitral bajo el CIADI

La autonomía del sistema del CIADI queda consagrada en el artículo 53 del Convenio de Washington al añadir que el laudo arbitral, como anotado en el punto anterior, no puede ser revisado por ningún tribunal local, dicho rasgo marca una diferencia fundamental con el Mecanismo Complementario del CIADI, en cuyo caso los laudos arbitrales sí pueden ser revisados por tribunales locales. Todo Estado contratante deberá reconocer su carácter obligatorio y contra este únicamente se admiten los recursos contemplados en el Convenio, a saber: el de rectificación o requerimiento de decisión complementaria (artículo 49 (2) del Convenio), aclaración (artículo 50 del Convenio), revisión (artículo 51 del Convenio) y anulación (artículo 52 del Convenio) del laudo.⁴⁹⁶

i) Rectificación, aclaración y revisión

Rectificación, aclaración y revisión no son recursos en sentido estricto pues ellos no requieren que sea enviado a otro cuerpo de toma de decisiones

⁴⁹² *Ibidem*, artículo 48 (4).

⁴⁹³ *Ibidem*, artículo 49 (1).

⁴⁹⁴ *Ibidem*, artículo 53 (1).

⁴⁹⁵ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, p. 489.

⁴⁹⁶ Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., pp. 828-1075.

para que modifique el laudo, sino que se intentará que sea el mismo tribunal arbitral el que realice las rectificaciones, aclaraciones o revisiones de este. La rectificación se llevará a cabo por el tribunal arbitral original.⁴⁹⁷ Las otras dos solicitudes, la aclaración y la revisión, preferentemente deben ser tratadas por el tribunal original, el cual está en la mejor posición para decidir al respecto, pues es el que mejor conoce el caso. Si por cualquier razón el tribunal no estuviese disponible en el momento de interponer cualquiera de estos recursos se puede constituir un tribunal nuevo para tal finalidad. En ambos casos la ejecución del laudo puede suspenderse mientras la decisión esté pendiente a petición de parte.⁴⁹⁸

La rectificación del laudo sobre errores materiales, aritméticos o similares y la decisión sobre cualquier punto que haya omitido resolver el tribunal, podrá solicitarse dentro de los cuarenta y cinco días después de la fecha en que se dicte el laudo, que será aquella fecha en que este sea remitido a cada parte en copia certificada.⁴⁹⁹

La solicitud de rectificación debe ser dirigida al secretario general y debe contener de forma detallada el error que debe ser rectificado o la cuestión que quedó omitida.⁵⁰⁰ Así, la rectificación no modificará el fondo del laudo. Sin embargo, el tribunal arbitral debe dar vista a la contraparte al respecto, antes de que sea dictada la resolución a la rectificación del laudo.⁵⁰¹ Dicha decisión formará parte íntegra de este, con el efecto de modificar la fecha en que se dictó el laudo por la fecha en que sea rendida la rectificación o complementación.⁵⁰²

La revisión de un laudo arbitral únicamente es posible si es descubierto un hecho por cualquiera de las partes, de tal importancia que hubiera podido influir decisivamente en el sentido del laudo, y que al tiempo de dictarse el mismo hubiere sido desconocido por el tribunal y la parte que solicite la revisión, siempre y cuando su desconocimiento no sea a causa de la negligencia de la parte que lo inste.⁵⁰³ La revisión deberá interponerse por escrito al secretario general dentro de los noventa días siguientes al día en que el

⁴⁹⁷ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 49 (2) en conexión con el artículo 49 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

⁴⁹⁸ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 50 (2).

⁴⁹⁹ *Ibidem*, artículo 49 (2).

⁵⁰⁰ Reglas de Arbitraje del CIADI, artículo 49 (1) (c).

⁵⁰¹ En la apelación contra el laudo AMCO II (no publicado), el Comité *ad hoc* anuló la rectificación al laudo porque el tribunal no le dio vista a la contraparte y con ello negó su oportunidad de ser escuchado al respecto.

⁵⁰² Convenio de Washington, *cit.*, artículo 49 (2).

⁵⁰³ *Ibidem*, artículo 51 (1).

hecho fue descubierto (artículo 51 (2) del Convenio) y, en su caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se dictó el laudo.⁵⁰⁴ La revisión deberá, en la medida de lo posible, someterse al mismo tribunal arbitral que conoció del caso y de no ser posible, se constituirá un nuevo tribunal arbitral para conocerlo.⁵⁰⁵ Es posible suspender provisionalmente la ejecución del laudo si el tribunal considera que es necesario, hasta que sea resuelta la revisión.⁵⁰⁶

ii) Recurso de anulación

El recurso de anulación previsto por el artículo 52 del Convenio de Washington establece limitativamente las causales por las que el recurso pueda ser interpuesto, dicho precepto establece:

Artículo 52

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

A diferencia de otros regímenes de procedimientos arbitrales en donde la revisión de un laudo la lleva a cabo una corte nacional, regularmente, del lugar donde se llevó a cabo el arbitraje, el procedimiento de anulación del CIADI será resuelto por un cuerpo denominado Comité *ad hoc*, el cual se integrará de tres miembros, que serán tres árbitros seleccionados de las listas por el presidente del Consejo Administrativo del CIADI.⁵⁰⁷ Para su selección se tendrá la limitante de que ningún miembro del Comité podrá haber pertenecido al tribunal arbitral ni ostentar la nacionalidad de cualquiera de ellos. Tampoco podrá ser nacional de cualquiera de las partes en

⁵⁰⁴ Reglas de Arbitraje del CIADI, artículo 50 (3) (a).

⁵⁰⁵ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 51 (3).

⁵⁰⁶ *Ibidem*, artículo 51 (4).

⁵⁰⁷ *Ibidem*, artículo 52 (3). Las reglas específicas sobre cómo serán integradas las listas y las personas que pueden ser parte de ellas, así como las cualidades y requisitos que estos deben cumplir y el periodo de permanencia en las listas están previstos en los artículos 12 al 16 del Convenio del CIADI.

conflicto, ni haber sido seleccionado para integrar las listas por cualquiera de los Estados relacionados con el conflicto, ni haber actuado como conciliador de la disputa en cuestión.⁵⁰⁸ El Comité quedará oficialmente constituido en la fecha en que el secretario general notifique a las partes que sus miembros han aceptado el encargo.⁵⁰⁹

La solicitud de anulación debe ser presentada dentro de los ciento veinte días siguientes a la fecha en la que se dictó el laudo.⁵¹⁰ Si la causa de la acción fuera la corrupción de algún árbitro miembro del tribunal, el término se computará a partir del descubrimiento del hecho,⁵¹¹ con una limitante temporal de tres años a partir de la fecha en que se dictó el laudo.⁵¹² El laudo puede ser anulado parcial o totalmente por el Comité *ad hoc*, salvo que la causa sea corrupción en cuyo caso se realizará una anulación total del laudo.⁵¹³ Las normas referentes a las facultades del tribunal, al laudo y a la ejecución del laudo, se aplicarán *mutatis mutandi*, es decir, de forma análoga al procedimiento tramitado ante el Comité *ad hoc*.⁵¹⁴

La suspensión de la ejecución del laudo podrá solicitarse a petición de parte. La suspensión puede requerirse en la solicitud de anulación o posteriormente. En caso de que se haga junto con la solicitud, el secretario general notificará a las partes la suspensión provisional junto con el acto de registro, el cual será revisado para su confirmación o levantamiento por el Comité *ad hoc*, previa vista otorgada a la contraparte. Toda suspensión de la ejecución del laudo terminará automáticamente en la fecha en que sea dictada la decisión final.⁵¹⁵ La suspensión puede levantarse en todo momento por el Comité, a petición de parte, siempre y cuando se haya dado vista a la contraparte para que esta tenga oportunidad para que se hagan presentes sus observaciones. La excepción a la regla se presenta cuando el Comité anule parcialmente el laudo, en cuyo caso, únicamente se suspenderá la parte que no fue anulada del laudo, esto con la finalidad de darle oportunidad a las partes para que soliciten la suspensión de la ejecución ante el nuevo tribunal arbitral que se llegue a formar para conocer del caso, de conformidad con el artículo 52 (6) del Convenio y la regla de arbitraje 55 (3).

⁵⁰⁸ *Ibidem*, artículo 52 (3).

⁵⁰⁹ Reglas de Arbitraje del CIADI, regla 52 (2).

⁵¹⁰ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 52 (2).

⁵¹¹ *Ibidem*, artículo 52 (2) en conexión con el inciso (1) (c).

⁵¹² *Idem*.

⁵¹³ Vives Chillida, Julio, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, 1998, p. 201.

⁵¹⁴ Convenio de Washington, *cit.*, artículo 52 (4).

⁵¹⁵ *Ibidem*, artículo 52 (5).

A septiembre del 2011 en treinta y ocho disputas se han interpuesto recursos de anulación; treinta y un recursos han sido decididos, suspendidos o fueron descontinuados antes de la decisión⁵¹⁶ y siete están pendien-

⁵¹⁶ Actualizado a septiembre de 2011, a saber: *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1. Primer procedimiento de anulación. *Ad hoc* Committee Decision on the Application for Annulment of May 16, 1986, 25 *ILM* 1439, 1986. Segundo procedimiento de anulación, Decision rejecting the parties' applications for annulment of the Award and annulling the Decision on Supplemental Decisions and Rectification issued on December 17, 1992; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others vs. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, *Ad hoc* Committee Decision on Annulment of May 3, 1985, 114 *Journal du droit international* 163, 1987, (excerpts); English translations of French original in 1 *ICSID Rev.—FILJ* 89, 1986; 11 *Y.B. Com. Arb.* 162, 1986 (excerpts); 2 *ICSID Rep.* 95, 1994; 114 *I.L.R.* 243, 1999. Segundo procedimiento de anulación, Decision rejecting the parties' applications for annulment signed by the *ad hoc* Committee on May 17, 1990; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Settlement agreed by the parties and proceeding discontinued at their request (Order taking note of the discontinuance issued by the Committee on March 9, 1993 pursuant to Arbitration Rule 43 (1)); *Maritime International Nominees Establishment vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, *Ad hoc* Committee Decision of December 22, 1989, 5 *ICSID Rev.—FILJ* 95, 1990; 5 *Int'l Arb. Rep.*, No. 2, at Sec. E (Feb. 1990); 16 *Y.B. Com. Arb.* 40, 1991 (excerpts); 4 *ICSID Rep.* 79, 1997; French translation of English original in 118 *Journal du droit international* 166, 1991 (excerpts); *Wena Hotels Limited vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Application for Annulment of February 5, 2002, 41 *ILM* 933, 2002; 6 *ICSID Rep.* 129, 2004; French translation of English original in 130 *Journal du droit international* 167, 2003; *Philippe Gruslin vs. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/99/3, Proceeding discontinued for lack of payment of advances pursuant to Administrative and Financial Regulation 14 (3) (d) (Order for the discontinuance of the proceeding issued by the *ad hoc* Committee on April 2, 2002); *Patrick Mitchell vs. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on November 1, 2006; *Consortium R.F.C.C. vs. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of Consortium R.F.C.C. rendered on January 18, 2006; *MTD vs. Chile, cit.*, *Ad hoc* Committee's Decision on the Respondent's Request for a Continued Stay of Execution of June 1, 2005, 20 *ICSID Rev.—FILJ* 615, 2005; *CMS vs. Argentina, cit.*, decisión sobre anulación, *Repsol YPF Ecuador S.A. vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on the Application for Annulment issued on January 8, 2007; *Hussein Nuaman Soufaki vs. United Arab Emirates, cit.*, decision on the application for the annulment of the award issued on June 5, 2007; attached to the decision is a dissenting opinion by one of the committee members. Decision on the rectification of the *ad hoc* Committee's decision of June 5, 2007 issued on August 13, 2007; *CDC Group plc vs. Republic of Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Republic of the Seychelles issued on June 29, 2005; *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. vs. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on September 5, 2007; attached to the Decision is a Dissenting Opinion by one of the Committee members; *Joy Mining Machinery Limited vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, settlement agreed

tes.⁵¹⁷ Los casos más famosos en los que se ha interpuesto el recurso de

by the parties and proceeding discontinued at their request (Order taking note of the discontinuance issued by the Tribunal on December 16, 2005 pursuant to Arbitration Rule 43(1)); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentine Republic*, cit., procedimiento de anulación al segundo laudo, decisión sobre anulación, 10 de agosto de 2010, el Comité *ad hoc* decide rechazar la solicitud de anulación del segundo laudo emitido por el Segundo Tribunal el 20 de agosto de 2007, presentada por Argentina; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, decisión a la solicitud de anulación, 30 de julio de 2010; *Azurix vs. Argentina*, cit., decisión a la solicitud de anulación, 1o. de septiembre de 2009, el Comité *ad hoc* rechazó la solicitud de anulación; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 19 de septiembre de 2008, suspensión de procedimiento por acuerdo de las partes el 23 de noviembre de 2010; *Siemens vs. Argentina*, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 16 de julio de 2007, procedimiento suspendido de conformidad con la regla de arbitraje del CIADI no. 43 (1) el 28 de septiembre de 2009; *Sempra Energy International vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, decisión a la solicitud de anulación, 29 de junio de 2010, se anuló el laudo del 28 de septiembre de 2007; *Ahmonseto, Inc. and others vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/15, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 2 de noviembre de 2007, el 13 de octubre de 2010 el Comité *ad hoc* dicta procedimiento discontinuado por falta de pago solicitados; *M. C. I. Power Group, L. C. and New Turbine, Inc. vs. Republic of Ecuador*, cit., decisión a la solicitud de anulación, 19 de octubre de 2009, solicitud de anulación rechazada; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, decisión a la solicitud de anulación, 23 de diciembre de 2010, decisión no pública; *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais vs. Gabonese Republic*, ICSID Case No. ARB/04/5, decisión a la solicitud de anulación, 11 de mayo de 2010, decisión no pública; *Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/04/7, decisión sobre la solicitud de anulación, 10 de diciembre de 2010; *Malaysian Historical vs. Malasia*, cit., decisión sobre la solicitud de anulación; *Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, decision no pública; *Helnan International Hotels A/S vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, decisión sobre la solicitud de anulación, 14 de junio de 2010; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. República de Argentina*, cit., laudo, 25 de julio de 2007, registro de inicio de procedimiento de anulación 19 de septiembre de 2008; *Continental Casualty Company vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, laudo, 5 de septiembre de 2008, decisión sobre la solicitud de anulación, 6 de septiembre de 2011, el tribunal rechazó la solicitud.

⁵¹⁷ Actualizado a enero de 2011, a saber: *Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services vs. República de Togo*, ICSID Case No. ARB/06/7, laudo 10 de agosto de 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación el 4 de noviembre de 2010; *ATA Construction, Industrial and Trading Company vs. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, laudo 18 de mayo de 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación 27 de septiembre de 2010; *Ron Fuchs vs. Georgia*, ICSID Case No. ARB/07/15, laudo, 3 de marzo de 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación el 16 de julio de 2010; *Loannis Kardassopoulos vs. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, laudo, 3 de marzo de 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación 16 de julio de 2010; *RSM Production Corporation vs. Grenada*,

anulación son *Klöckner vs. Camerún*,⁵¹⁸ *Amco vs. Indonesia*⁵¹⁹ y *Vivendi vs. Argentina*.⁵²⁰ Sin embargo, a partir del 2006 es conveniente repasar la tendencia de las resoluciones. Para ello encuadraremos los casos en cinco grupos. (1) El primero lo integran los casos en los que se suspendió o discontinuó el procedimiento por falta de pago de las partes, por lo general, de los gastos procesales del Centro así como de los honorarios de los miembros del Comité *ad hoc*. En este grupo está el caso *Ahmonseto, Inc. and others vs. Egipto*.⁵²¹ (2) El segundo grupo lo integran los casos que se suspendieron por acuerdo de las partes, en este grupo están los casos *Joy Mining Machinery Limited vs. Egipto*,⁵²² *Siemens A.G. vs. Argentina*⁵²³ y *LG&E Energy Corp. et al. vs. Argentina*.⁵²⁴ (3) El tercer grupo lo integran los casos en los que se negó la anulación parcial o total del laudo recurrido, tales fueron los casos *Repsol vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*

ICSID Case No. ARB/05/14, laudo, 13 de marzo de 2009, registro de inicio de procedimiento de anulación 10 de julio de 2009; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation vs. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, laudo 8 de mayo de 2008, registro de inicio de procedimiento de anulación 6 de julio de 2009; *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. vs. República de Perú*, ICSID Case No. ARB/03/28, laudo 18 de agosto de 2008, registro de inicio de procedimiento de anulación 24 de septiembre de 2008.

⁵¹⁸ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others vs. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, primera decisión sobre anulación del 3 de mayo de 1985; segunda decisión sobre anulación 17 de mayo de 1990, *ICSID Reports*, vol. 1, 1993, pp. 509 y ss.

⁵¹⁹ *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, primera decisión de anulación 16 de mayo de 1986; segunda decisión sobre anulación 17 de diciembre de 1992, *ICSID Reports*, vol. 2, 1994, pp. 95 y ss. Para conocer al detalle los casos *Klöckner* y *Amco* se recomienda consultar Vives Chillida, Julio, *op. cit.*, pp. 202-211.

⁵²⁰ *Vivendi vs. Argentina*, *cit.*, decisión de anulación, *ICSID Reports*, vol. 5, 2002, pp. 296 y ss.; segundo laudo, 20 de agosto de 2007. En el caso se anuló parcialmente el laudo; Suarez Anzorena, Carlos Ignacio, "Vivendi v. Argentina: on the Admissibility of Request for Partial Annulment and the Ground of a Manifest Excess of Powers", *Annulment of ICSID Awards*, IAI International Arbitration Series No. 1, Washington, D. C., 2004.

⁵²¹ *Ahmonseto, Inc. and others vs. Arab Republic of Egypt*, *cit.*, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 2 de noviembre de 2007, el 13 de octubre de 2010 el Comité *ad hoc* dicta procedimiento discontinuado por falta de pago de costos del Centro solicitados.

⁵²² *Joy Mining Machinery Limited vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, arreglo alcanzado por las partes y procedimiento discontinuado (Order taking note of the discontinuance issued by the Tribunal on December 16, 2005 pursuant to Arbitration Rule 43 (1)).

⁵²³ *Siemens vs. Argentina*, *cit.*, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 16 julio de 2007, procedimiento suspendido de conformidad con la regla de arbitraje del CIADI no. 43 (1) el 28 de septiembre de 2009.

⁵²⁴ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. República de Argentina*, *cit.*, laudo, 25 de julio de 2007, registro de inicio de procedimiento de anulación 19 de septiembre de 2008. Procedimiento suspendido por acuerdo de las partes el 23 de noviembre de 2010.

(*Petroecuador*),⁵²⁵ *Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos*,⁵²⁶ *Vivendi vs. Argentina*,⁵²⁷ *Azurix vs. Argentina*,⁵²⁸ *M.C.I. Power Group et al. vs. Ecuador*,⁵²⁹ *Eduardo Vieira vs. Chile*,⁵³⁰ *Rumeli Telekom et al. vs. Kazajstán*⁵³¹ y *Continental Casualty Company vs. Argentina*.⁵³² (4) En un cuarto grupo integraremos los laudos no públicos, los cuales se perderán en las estadísticas del Centro al no dar a conocer su contenido. En este grupo se encuentran *Consortium R.F.C.C. vs. Marruecos*,⁵³³ *Fraport AG Frankfurt Airport vs. Filipinas*⁵³⁴ y *Chemin de Fer Transgabonais vs. República Gabonesa*.⁵³⁵ (5) Así, el rubro más interesante lo integran aquellos casos en los que se decidió la anulación parcial o total del laudo recurrido o en su caso la suspensión de los efectos de este. Se trata de los casos *Patrick Mitchell*

⁵²⁵ *Repsol YPF Ecuador S. A. vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on the Application for Annulment issued on January 8, 2007; Solicitud de anulación rechazada.

⁵²⁶ *Hussein Nuaman Soufraki vs. United Arab Emirates, cit.*; Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on June 5, 2007. Decision on the rectification of the *ad hoc* Committee's decision of June 5, 2007 issued on August 13, 2007; solicitud de anulación rechazada.

⁵²⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentine Republic, cit.*, procedimiento de anulación al segundo laudo, decisión sobre la solicitud de anulación, 10 de agosto de 2010; el Comité *ad hoc* decidió rechazar la solicitud de anulación del segundo laudo emitido por el Segundo Tribunal el 20 de agosto de 2007, presentada por Argentina. En el caso *Vivendi vs. Argentina*, se dictó un primer laudo el 21 de noviembre del 2000, el cual fue parcialmente anulado con la decisión de 3 de julio del 2002. Un nuevo laudo fue dictado el 20 de agosto de 2007.

⁵²⁸ *Azurix vs. Argentina, cit.*, decisión a la solicitud de anulación, 1o. de septiembre de 2009, el Comité *ad hoc* rechazó la solicitud de anulación y condenó al gobierno argentino al pago de los gastos relacionados con el Centro, incluidos los honorarios de los miembros del Comité.

⁵²⁹ *M. C. I. Power Group, L. C. and New Turbine, Inc. vs. Republic of Ecuador, cit.*, decisión sobre la solicitud de anulación, solicitud de anulación rechazada.

⁵³⁰ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. República de Chile, cit.*, decisión sobre la solicitud de anulación; se rechazó en su totalidad la solicitud de anulación interpuesta por Vieira, pues este no logró probar ninguna falta grave de procedimiento de conformidad con el artículo 52 del Convenio de Washington y se condenó a este al pago de las costas de los miembros del Comité y los gastos administrativos del CIADI.

⁵³¹ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. Republic of Kazakhstan, cit.*, decisión sobre la solicitud de anulación, 25 de marzo de 2010, decisión no pública.

⁵³² *Continental Casualty Company vs. República Argentina, cit.*, laudo y decisión sobre solicitud de anulación.

⁵³³ *Consortium R.F.C.C. vs. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of Consortium R.F.C.C. rendered on January 18, 2006, decisión no pública.

⁵³⁴ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines, cit.*, decisión sobre la solicitud de anulación, decisión no pública.

⁵³⁵ *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais vs. Gabonese Republic, cit.*, decisión sobre la solicitud de anulación, decisión no pública.

vs. Congo,⁵³⁶ *CMS vs. Argentina*,⁵³⁷ *Empresas Lucchetti et al. vs. Perú*,⁵³⁸ *Enron et al. vs. Argentina*,⁵³⁹ *Sempra Energy International vs. Argentina*,⁵⁴⁰ *Malaysian Historical et al. vs. Malasia*⁵⁴¹ y *Helnan International vs. Egipto*.⁵⁴²

d. Reconocimiento y ejecución de los laudos de un tribunal arbitral del CIADI

Nuevamente queremos hacer hincapié en las bondades del procedimiento arbitral del CIADI en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados por tribunales arbitrales formados bajo el amparo del Centro. En este sentido cabe resaltar la autonomía del laudo del CIADI, esto es, de conformidad con el artículo 53 del Convenio, el laudo es obligatorio y no puede ser objeto de apelación ni cualquier otro recurso excepto por los contemplados en el Convenio y que son los previstos por los artículos 50, 51 y 52 y la rectificación del laudo prevista en el artículo 49 (2), los cuales hemos analizado en el punto anterior. Recordamos que la consecuencia de lo anteriormente citado, en el marco del Convenio de Washington, es la imposibilidad de cualquier tribunal local de conocer del laudo para su apelación, ya sea para su revisión o anulación. Por lo tanto, un laudo arbitral dictado por un tribunal del CIADI es *res judicata*, siempre y cuando no exista recurso alguno en su contra de los contemplados por el Convenio.⁵⁴³ Los Estados contratantes del CIADI se obligan a reconocer

⁵³⁶ *Patrick Mitchell vs. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, laudo, 9 de febrero de 2004, Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on November 1, 2006.

⁵³⁷ *CMS vs. Argentina, cit.*, decisión sobre anulación.

⁵³⁸ *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. vs. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on September 5, 2007; attached to the Decision is a Dissenting Opinion by one of the Committee members, Decision on the Rectification of the Decision on Annulment of the *Ad Hoc* Committee (November 30, 2007).

⁵³⁹ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentine Republic, cit.*, decisión sobre la solicitud de anulación.

⁵⁴⁰ *Sempra Energy International vs. Argentine Republic, cit.*, decisión sobre la solicitud de anulación, se anuló el laudo del 28 de septiembre de 2007.

⁵⁴¹ *Malaysian Historical vs. Malasia, cit.*, decisión sobre la solicitud de anulación, se dictó la anulación de la decisión a la jurisdicción el 17 de mayo de 2007.

⁵⁴² *Helnan International Hotels A/S vs. Arab Republic of Egypt, cit.*, decisión sobre la solicitud de anulación, el comité anuló parcialmente el laudo arbitral del 3 de julio de 2008.

⁵⁴³ Orlu Nmehielle, Vicent O., "Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)", *Annual survey of international & comparative law*, t. 7, 1, 2001, pp. 29-31.

el carácter obligatorio del laudo y lo reconocerán como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado y en caso de que este tenga una organización federal, se podrán utilizar los tribunales federales para ejecutar dicho laudo (artículo 54 (1) del Convenio). Las normas aplicables a la ejecución de la sentencia serán aquellas vigentes dentro del territorio del Estado contratante en el cual se deba ejecutar el laudo (artículo 54 (3) del Convenio). Para ello, la parte que inste a su reconocimiento deberá presentar una copia certificada por el secretario general del laudo en cuestión ante los tribunales competentes o cualquier otra autoridad competente en la cuestión, que haya sido notificada al secretario general por el Estado contratante.

El punto más fuerte y regla no escrita del porqué los laudos del CIADI son tan efectivos hasta el momento, es, a nuestro parecer, una respuesta política. No hay que olvidar que el CIADI es un miembro del Grupo del Banco Mundial y que este tiene todo su apoyo. Seguramente a los Estados no les gustará recibir medidas represivas en la adjudicación de créditos del Banco Mundial si estos se niegan a ejecutar un laudo del Centro o de su Mecanismo Complementario. Así que podemos decir que el Centro tiene el apoyo de su “hermano mayor” para hacer presión política e intimidar a los Estados incumplidos. La coacción no escrita en este sentido es un muy buen punto a favor del Sistema del CIADI, además de que los Estados tratan de cuidar su imagen y prestigio internacional.

B. El procedimiento arbitral bajo el Mecanismo Complementario del CIADI (ICSID Additional Facility)

El Mecanismo Complementario y su Reglamento (Reglamento del Mecanismo Complementario, en adelante) fueron creados en 1978 para proveer un mecanismo de solución de conflictos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI.⁵⁴⁴ De conformidad con el artículo 2o. (a) del Reglamento del Mecanismo Complementario, la jurisdicción requiere que una de las partes, ya sea el Estado o el inversor, sea un Estado contratante del Convenio del CIADI o sea nacional de uno de ellos. El tipo de diferencia debe ser de naturaleza jurídica y puede⁵⁴⁵ o no⁵⁴⁶ derivarse directamente de una inversión.

⁵⁴⁴ Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. En adelante Reglamento del Mecanismo Complementario.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, artículo 2o. (a).

⁵⁴⁶ *Ibidem*, artículo 2o. (b).

En caso de que la controversia no se origine de una inversión, esta deberá tratarse de una transacción que vaya más allá de una simple relación comercial ordinaria.⁵⁴⁷

El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos (anexo A), el Reglamento de Conciliación (anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (anexo C). El 29 de septiembre de 2002, el Consejo Administrativo aprobó las enmiendas al Reglamento del Mecanismo Complementario. Las enmiendas entraron en vigor el 1o. de enero de 2003. Objeto de estudio del presente punto será, además del Reglamento del Mecanismo Complementario, el Reglamento de Arbitraje.

El Reglamento del Mecanismo Complementario establece que ninguna de las disposiciones del Convenio del CIADI será aplicable a los procedimientos y laudos contemplados por el Mecanismo.⁵⁴⁸ El Mecanismo se compone de una serie de reglas basadas en las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, de disposiciones de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y del Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio.

El Mecanismo se asemeja más a otros tipos de arbitraje institucional que al del Convenio del CIADI, en el sentido de que los laudos pronunciados bajo las Reglas del Mecanismo Complementario son sujetos de revisión y en su caso anulación, por lo tanto, es posible modificar su sentido por los tribunales nacionales del lugar donde se llevó a cabo el arbitraje.⁵⁴⁹ No son aplicables el mecanismo de revisión y anulación del Convenio del CIADI. Además, los laudos emitidos no tendrán el carácter de sentencia firme, como sí es el caso de los laudos emitidos según el Convenio de Washington (artículo 54 (1) del Convenio del CIADI). En este sentido, su reconocimiento y ejecución se realizan con base en la Convención de Nueva York,⁵⁵⁰ por ello, y para asegurar el reconocimiento y cumplimiento de los laudos, el procedimiento de arbitraje únicamente puede llevarse a cabo en un Estado miembro de dicha Convención.⁵⁵¹

Por ejemplo en el caso *Metalclad*,⁵⁵² controversia que versó entre Metalclad Corporation, empresa norteamericana y México. Metalclad presentó una de-

⁵⁴⁷ *Ibidem*, artículo 2o. (b) en conexión con artículo 4o. (3).

⁵⁴⁸ *Ibidem*, artículo 3o.

⁵⁴⁹ Como ejemplo tenemos la anulación parcial de la sentencia fallada por la Suprema Corte de British Columbia, 2001 BCSC 664, de un laudo pronunciado en un procedimiento basado en el NAFTA. *Estados Unidos Mexicanos vs. Metalclad Corporation*, 40 *ILM* 36, 2001.

⁵⁵⁰ Convención de Nueva York, *cit.*

⁵⁵¹ *Idem.*

⁵⁵² *Metalclad vs. México*, *cit.*, laudo.

manda contra México alegando que no obstante que contaba con una autorización del gobierno federal mexicano respecto de la instalación de un confinamiento de residuos peligrosos en “La Pedrera”, situado en el estado de San Luis Potosí, el gobierno del estado y el municipio de Guadalcázar le impidieron instalar dicho confinamiento, por lo que la empresa instauró una demanda contra México y solicitó una indemnización que ascendía a la cantidad de 120 millones de dólares, alegando violaciones a los principios de trato nacional, trato de la nación más favorecida, conforme al derecho internacional, violación a la prohibición de imponer requisitos de desempeño y actos equivalentes a la expropiación. El tribunal aceptó el alegato de Metalclad respecto a que este había confiado en las afirmaciones de las autoridades federales para construir sin necesidad de contar con un permiso municipal, y que, en cualquier caso, el permiso municipal constituía una mera formalidad. El tribunal afirmó que los actos de la entidad eran equivalentes a la expropiación, así que condenó a México a pagar indemnización a Metalclad. México impugnó el laudo en un procedimiento de nulidad ante los tribunales de British Columbia, Vancouver, Canadá. Dicho recurso es de carácter extraordinario el cual puede ser sustentado debido a la presencia de exceso de competencia o irregularidades graves en la actuación de un tribunal arbitral. La norma de revisión que utilizan los tribunales ordinarios suele ser más elevada con el fin de respetar el acuerdo de las partes para arbitrar, así como el carácter predecible de la resolución de disputas en el sistema comercial internacional. No obstante, la Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el fallo del caso Metalclad.⁵⁵³ La Corte convino con México que el tribunal arbitral había interpretado y aplicado las normas de transparencia municipal y que el procedimiento para solicitarlo constituían una infracción a la obligación de brindar un trato acorde con el derecho internacional (artículo 1105 del TLCAN), cuando el tribunal debió haber aplicado únicamente las disposiciones contenidas en el capítulo XI. Después de dicho proceder el tribunal arbitral había utilizado dicha conclusión como parte de su argumento para resolver que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación en contra de Metalclad, sin haberle otorgado indemnización alguna de conformidad con el artículo 1110 del TLCAN. México no logró impugnar exitosamente lo fallado por el tribunal respecto de violaciones a los artículos 1105 y 1110 del TLCAN.⁵⁵⁴ Sin embargo, el decreto ecológico fue reconocido como medida equivalente

⁵⁵³ *United Mexican States vs. Metalclad Corporation*, Supreme Court of British Columbia, 2001 BCSC 664, 2 de mayo de 2001, párr. 134.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, párr. 133.

a la expropiación y la Corte fijó la fecha de su promulgación para calcular los daños.⁵⁵⁵ Así, la Corte ordenó recalcular la indemnización a pagar, de la cual excluyó gastos argumentados por Metalclad.⁵⁵⁶

La importancia práctica del Mecanismo Complementario se ha incrementado con las disputas dirimidas a raíz del TLCAN⁵⁵⁷ y del Tratado sobre la Carta de la Energía.⁵⁵⁸ Otros tratados multilaterales que contemplan al Mecanismo Complementario como foro de solución de controversias en materia de inversión son los protocolos sobre el tratamiento de las inversiones originadas dentro y fuera del área del Mercosur de 1994 y el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela, también conocido como el TLC G-3.⁵⁵⁹ Sin embargo, Venezuela denunció el tratado y no es miembro desde noviembre de 2006.⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ *Idem.*

⁵⁵⁶ *Idem.*

⁵⁵⁷ Casos contra México finalizados, al amparo del Mecanismo Complementario: *Metalclad Corporation vs. United Mexican States*, *cit.*; *Robert Azinian and others vs. United Mexican States*, *cit.*; *Waste Management, Inc. vs. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/98/2, *cit.*; *Marvin Roy Feldman Karpa vs. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/99/1; *Teched vs. México*, *cit.*; *Waste Management, Inc. vs. United Mexican States* (número 2), Case No. ARB(AF)/00/3, *cit.*; *Fireman's Fund Insurance Company vs. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/02/1; *Gemplus, S. A., SLP, S. A. and Gemplus Industrial, S. A. de C. V. vs. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/04/3; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. vs. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/04/5; *Bayview Irrigation District and others vs. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/05/1; *Talsud, S. A. vs. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/04/4. Casos pendientes contra México: *Corn Products International, Inc. vs. United Mexican States*, *cit.*; *Cargill, Incorporated vs. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/05/2; *Abengoa, S. A. y COFIDES, S. A. vs. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/09/2. Casos finalizados contra Estados Unidos de América (USA): *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of America*, *cit.*; *Mondev International Ltd. vs. United States of America*, Case No. ARB(AF)/99/2; *ADF vs. USA*, *cit.* El Mecanismo Complementario es frecuentemente usado al amparo del TLCAN, pues México no es Estado contratante del CIADI, y Canadá no lo era sino hasta el 15 de noviembre de 2006, fecha en que Canadá firmó el Convenio, pero no ha depositado el instrumento de ratificación y por lo tanto no ha entrado en vigor, marzo de 2011.

⁵⁵⁸ Por ejemplo, *Cementownia "Nowa Huta" S. A. vs. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, laudo, 17 de septiembre de 2009. También citado como caso *Cementownia vs. Turquía*, laudo; *Europe Cement Investment and Trade S. A. vs. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, award, 13 de agosto de 2009. También citado como caso *Europe Cement vs. Turquía*, laudo.

⁵⁵⁹ Firmado en Cartagena de Indias, Colombia el 13 de junio de 1994, en vigor el 1o. de enero de 1995; Álvarez Ávila, Gabriela, "Las características del arbitraje del CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. II, 2002, p. 205 (210).

⁵⁶⁰ El 22 de mayo de 2006 Venezuela denunció el TLC G-3 y esta denuncia surtió efecto 180 días después de comunicada. A partir del 20 de noviembre de 2006, Venezuela no hace parte del TLC-G3.

Debido a la relevancia derivada del número de casos y su complejidad dirimidos al amparo del Mecanismo Complementario, sus laudos arbitrales también serán objeto de análisis en la presente investigación.

III. CONSULTAS, PERIODOS DE ESPERA, RENUNCIAS Y OTROS PROCEDIMIENTOS PREVIOS O PREPARATORIOS

La finalidad de las consultas y otros procedimientos previos o preparatorios, así como el famoso periodo de espera (*waiting o cooling off period*) están previstos en algunos tratados multilaterales y bilaterales con el fin de otorgar la oportunidad a las partes de resolver sus diferencias de manera amistosa previo inicio del procedimiento arbitral.

1. *Periodo de espera* (waiting o cooling off period)

El periodo de espera no es de menor importancia, pues de *facto*, en caso de no respetarse, niega a la contraparte, que en general será el Estado anfitrión, la posibilidad de tomar alguna medida para arreglar la controversia antes de que sea sometida al arbitraje. En el caso *Murphy Corporation vs. Ecuador*⁵⁶¹ se discutió acaloradamente sobre la importancia del periodo de espera. La controversia se desarrolló en el marco del APPRI Ecuador-USA; el precepto relevante respecto al periodo de espera es el artículo VI (3) (a) del APPRI Ecuador-USA el cual expresa textualmente:

- a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y *hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia*, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio [énfasis añadido].

En el caso que nos ocupa el tribunal concluyó que el plazo de seis meses fijado en el artículo VI (3) del APPRI Ecuador-USA es de acatamiento obligatorio. Además este considera que los reclamos de Repsol (otra code mandante) y de Murphy International son distintos y que, por tanto, los intentos realizados por Repsol “no satisfacen la obligación que tenía Murphy Internacional de cumplir con esa exigencia” antes de presentar su reclamo frente al CIADI.⁵⁶²

⁵⁶¹ *Murphy Exploration vs. Ecuador, cit.*, decisión a la jurisdicción.

⁵⁶² *Ibidem*, párr. 132.

Una vez asentado lo anterior el tribunal arbitral centró su análisis en dos cuestiones. La primera es la utilidad o inutilidad de las negociaciones; la segunda, la naturaleza del plazo de seis meses.

Respecto a la utilidad o inutilidad de las negociaciones, en el entendido de las comprendidas dentro del periodo de enfriamiento de seis meses, la demandante arguye que cumplió con la exigencia del artículo VI del APPRI de procurar resolver la diferencia que tenía con Ecuador mediante consultas y negociaciones, y que aun en el caso de que no lo hubiera hecho, "... estaría excusado de hacerlo ya que las negociaciones con Ecuador resultaban inútiles", apoyó su dicho en el texto de Schreuer.⁵⁶³ Por su parte el tribunal arbitral anotó que la obligación de negociar es una "obligación de medio, no de resultado".⁵⁶⁴ El tribunal recordó que nadie está obligado a llegar a un acuerdo, pero sí a intentarlo. La conducta de *Murphy International* de decidir, *a priori* y unilateralmente, no intentar resolver sus diferencias con Ecuador mediante la negociación, constituye un incumplimiento grave al artículo VI Ecuador-USA.⁵⁶⁵ Por tanto, el tribunal rechazó el argumento de la demandante sobre la inutilidad de las negociaciones exigidas por el artículo VI del APPRI en cuestión.⁵⁶⁶

En cuanto a la naturaleza del periodo de espera o enfriamiento se discutió si este es de naturaleza jurisdiccional o procesal. La demandante afirma que los requisitos jurisdiccionales son normas de una categoría tal que su incumplimiento conduce a la incompetencia del tribunal que conoce la disputa. En cambio, los "requisitos procesales" pueden incumplirse sin que ese hecho tenga consecuencia alguna. El tribunal no compartió ese criterio. Tampoco compartió las consecuencias que *Murphy International* pretendía derivar de la diferencia entre "requisitos procesales" y "requisitos jurisdiccionales". Según la demandante, los "requisitos procesales" son de una categoría inferior a los "jurisdiccionales" y, por tanto, su inobservancia no tiene consecuencias jurídicas. Sin embargo, el tribunal no entró al análisis profundo de las diferencias y consecuencias entre los requisitos procesales y los requisitos jurisdiccionales, sino únicamente se centró en intentar interpretar la norma contenida en el artículo VI del APPRI Ecuador-USA.⁵⁶⁷

⁵⁶³ *Ibidem*, párr. 134; Schreuer, Christoph H., "Travelling the BIT Route—Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *JWIT*, vol. 5, nr. 2, abril de 2004.

⁵⁶⁴ *Murphy Exploration vs. Ecuador, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 135.

⁵⁶⁵ *Idem*.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, párr. 139.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, párrs. 142-150.

Queremos rescatar las citas que realiza el tribunal arbitral respecto al caso *SGS vs. Pakistán*⁵⁶⁸ el cual señaló que “...los tribunales generalmente tendieron a tratar los periodos de consulta como etapas de naturaleza no obligatoria y procesal y no como obligatorias y jurisdiccionales”.⁵⁶⁹ El tribunal arbitral en el caso *SGS vs. Pakistán* precisó:

Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature.⁵⁷⁰ Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction... The investor’s consent was given... and the Respondent has not... tried to enter into consultations in respect of the BIT claims. Indeed, considering what the Supreme Court of Pakistan has said about the BIT, it would have been surprising had the Respondent manifested an inclination to comply with Article 9’s consultation provisions. It should also be noted that in the prolonged period of time from termination of the PSI Agreement by Pakistan to the submission of SGS’s written consent under the BIT, there was little indication of any inclination on the part of either party to enter into negotiations or consultations in respect of the unfolding dispute. Finally, it does not appear consistent with the need for orderly and cost-effective procedure to halt this arbitration at this juncture and require the Claimant first to consult with the Respondent before re-submitting the Claimant’s BIT claims to this Tribunal.⁵⁷¹

Cabe mencionar que en el caso *SGS vs. Pakistán* el escenario fue distinto al de *Murphy Exploration* pues en el primer caso se volvió a someter la controversia presentada ante las cortes pakistaníes al CIADI. Interesante sería cuestionar si el hecho de haber sometido una controversia ante una instan-

⁵⁶⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S. A. vs. República Islámica de Pakistán*, ICSID Case No. ARB/01/13, decision on jurisdiction, 6 de agosto de 2003. También citado como caso *SGS vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción.

⁵⁶⁹ *Murphy Exploration vs. Ecuador, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 148; *SGS vs. Pakistán, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 184.

⁵⁷⁰ *Ethyl Corporation vs. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), decision on jurisdiction, 24 de junio de 1998, párr. 85. El tribunal arbitral en el caso Ethyl señaló: “it is important to distinguish between jurisdictional provisions, i. e., the limits set to the authority of this Tribunal to act at all on the merits of the dispute, and procedural rules that must be satisfied by Claimant, but the failure to satisfy which results not in an absence of jurisdiction *ab initio*, but rather in a possible delay of proceedings, followed ultimately, should such non-compliance persist, by dismissal of the claim”, párr. 58. Al respecto el tribunal concluyó: “in the specific circumstances of this case the Tribunal decides that neither article 1119 nor article 1120 should be interpreted to deprive this tribunal of jurisdiction”, párr. 85.

⁵⁷¹ *SGS vs. Pakistán, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 184.

cia nacional contaría como parte del periodo de espera antes de someter una controversia al CIADI.

A criterio del tribunal arbitral en el caso *Murphy Exploration vs. Ecuador* la exigencia de las partes a procurar resolver su controversia mediante consultas y negociaciones, durante un periodo de seis meses, no es una “regla procesal” o una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal” que el interesado puede satisfacer o no. Por el contrario, se trata de un requisito obligatorio de la parte demandante antes de presentar una pretensión frente al CIADI.⁵⁷² Así, le dio una carga jurisdiccional al periodo de espera de seis meses. Para fundamentar su dicho recordó lo decidido por el tribunal arbitral en el caso *Burlington vs. Ecuador*,⁵⁷³ el cual sostuvo:

...al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la *oportunidad* de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar la jurisdicción.⁵⁷⁴

Así, el tribunal arbitral concluye

...que con el fin de “promover una mayor cooperación económica” y estimular “el flujo de capital privado y el desarrollo económico”, como se enuncia en el preámbulo del TBI, así como para crear una relación armoniosa entre los inversionistas y los Estados, los gobiernos que suscribieron ese Tratado y los que firmaron otros similares consagraron la exigencia de un plazo de seis meses de negociaciones. El propósito de esa exigencia es que durante ese “periodo de enfriamiento” las partes traten de resolver sus diferencias amigablemente, sin acudir a un proceso arbitral o judicial, el cual generalmente dificulta las relaciones comerciales futuras. No se trata pues de una intrascendente exigencia procesal sino de una pieza clave del engranaje consagrado en el TBI y en muchos otros tratados similares, que tiene el propósito de que las partes traten de resolver armoniosamente las disputas que pudieran presentarse con motivo de la inversión hecha por una persona o sociedad de una parte contratante en el territorio del otro Estado.⁵⁷⁵

⁵⁷² *Murphy Exploration vs. Ecuador*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 149.

⁵⁷³ *Burlington vs. Ecuador*, cit., decisión a la jurisdicción.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, párr. 315; *Murphy Exploration vs. Ecuador*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 150.

⁵⁷⁵ *Murphy Exploration vs. Ecuador*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 151.

Consideramos que el tribunal arbitral llegó al resultado correcto, que fue rechazar el argumento de la demandante —la cual argüía que el periodo de espera de seis meses exigido por el artículo VI (3) (a) del APPRI en cuestión no constituía un requisito jurisdiccional—⁵⁷⁶ y concluyó que Murphy International incumplió las exigencias del artículo VI del APPRI en cuestión, de tal modo que dicha omisión constituía un grave incumplimiento y que debido a ese incumplimiento, el tribunal carecía de competencia para conocer del proceso.⁵⁷⁷

El tribunal acogió por mayoría la excepción a la jurisdicción del CIADI interpuesta por Ecuador, fundada en la inobservancia de la demandante de respetar el plazo de seis meses de consultas y negociaciones que establece el artículo VI del APPRI Ecuador-USA.⁵⁷⁸ Sin embargo, sentimos falta de fundamentación de la decisión. Extrañamos la diferencia clara entre requisitos procesales y jurisdiccionales. Debido a tal ausencia consideramos que todo el razonamiento subsecuente carece de una lógica razonable. A pesar de que el tribunal arbitral se esfuerza por destacar la importancia del periodo de espera no fundamenta de manera clara el porqué de su dicho. Por otra parte, mezcla razonamientos de otras materias que carecen de cualquier lógica como, por ejemplo, la aseveración del tribunal arbitral de que “el propósito de esa exigencia es que durante ese ‘periodo de enfriamiento’, las partes traten de resolver sus diferencias amigablemente, sin acudir a un proceso arbitral o judicial, el cual generalmente dificulta las relaciones comerciales futuras”.⁵⁷⁹ Al respecto, no entendemos bien que tiene que ver la existencia de la controversia analizada con las relaciones comerciales futuras entre las partes.

En su opinión disidente a la decisión del tribunal arbitral en el caso que nos ocupa, Horacio Grigera Naón no estuvo de acuerdo con la mayoría del tribunal arbitral que afirmó que Murphy International no había respetado el periodo de espera de seis meses y realizó un recuento detallado de los eventos relativos al nacimiento de la controversia, sin embargo, tampoco profundizó en el estudio relativo a la naturaleza y efectos del periodo de espera. En su opinión disidente concluyó “rechazar la objeción jurisdiccional del Ecuador basada en el no agotamiento del periodo de negociaciones previsto en el artículo 6 del TBI, con costas de la demandada”.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ *Ibidem*, párr. 156.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, párr. 157.

⁵⁷⁸ *Idem*.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, párr. 151.

⁵⁸⁰ *Murphy Exploration vs. Ecuador, cit.*, opinión disidente a la decisión sobre jurisdicción, Horacio A. Grigera Naón, 19 de noviembre de 2010, párr. 33.

Otro ejemplo es lo previsto en el TLCAN en su artículo 1118 que establece que las partes deberán solucionar sus diferencias por medio de consulta o negociación. En caso de que las negociaciones o consultas no tuvieran éxito, el inversor remitirá al Estado contendiente una “carta intención” de someter su diferencia al arbitraje. Esta carta debe presentarse al Estado contendiente por lo menos 90 días antes de que se pretenda presentar la reclamación ante uno de los foros arbitrales previstos en el capítulo XI del TLCAN, a saber, conforme al Convenio del CIADI, según el Mecanismo Complementario del CIADI, o conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.⁵⁸¹ En todo caso, deberán haber transcurrido por lo menos seis meses desde la fecha en que se originó el motivo de la reclamación, y el momento en que se presente formalmente la diferencia.⁵⁸²

El Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT) también establece en su artículo 26 (1) que un Estado contratante y un inversor de otra parte contratante deben intentar resolver sus diferencias amigablemente. Si esto no es posible dentro de un periodo de tres meses (*waiting period*), a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes solicitó la solución amigable de la controversia, el inversor puede optar por someter su controversia ante (a) las Cortes o tribunales administrativos del Estado contratante parte en la disputa; (b) de conformidad con cualquier procedimiento previamente acordado de solución de controversias; o ante el CIADI (artículo 26 (4) (a) (i) ECT); ante el CIADI de conformidad con su Mecanismo Complementario (artículo 26 (4) (a) (ii) ECT); conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 26 (4) (a) (i) ECT) o al procedimiento arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

2. *Renuncia* (fork in the road)

Otra cláusula prevista en un sinnúmero de APPRI y AII es la llamada cláusula de bifurcación o *fork in the road*, esta por lo general conlleva una renuncia a iniciar o continuar con otro procedimiento judicial o alternativo antes de iniciar un procedimiento frente al CIADI u otras instancias internacionales.

Por su parte, el artículo 1121 (1) (b) del TLCAN prevé la renuncia para continuar o iniciar cualquier procedimiento administrativo o judicial conforme al derecho de una de las partes u otros procedimientos frente a otros foros; dicha renuncia no es otra cosa que una cláusula de bifurcación, la

⁵⁸¹ TLCAN, capítulo XI, artículo 1120 (1).

⁵⁸² *Idem.*

cual es tan importante, que puede resultar en una falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de un caso concreto. Así sucedió en el caso *Waste Management vs. México*⁵⁸³ en el cual el tribunal arbitral falló a favor de México. Así lo decidió:

A la vista de cuanto antecede, de los documentos y de las alegaciones formuladas por las partes, este Tribunal de Arbitraje, resuelve que carece de jurisdicción para enjuiciar el fondo de la controversia planteada, debido al incumplimiento de la parte demandante de uno de los requisitos considerados esenciales para proceder al sometimiento de una reclamación a arbitraje establecido en el artículo 11212 (b) del TLCAN, cual es, la renuncia a iniciar o continuar ante otros foros procedimientos de resolución de disputas respecto a las medidas tomadas por el demandado presuntamente violatorias del TLCAN, todo ello de acuerdo con las disposiciones del citado texto legal y del Mecanismo Complementario del CIADI... El presente laudo arbitral ha sido adoptado por mayoría del Tribunal de Arbitraje.⁵⁸⁴

A su vez, existe la opinión disidente del árbitro Keith Highet,⁵⁸⁵ quien intentó desestimar lo decidido por la mayoría del tribunal arbitral, destacamos los siguientes razonamientos:

La mayoría del Tribunal considera que el comportamiento sustantivo del demandante al mantener y apelar las acciones mexicanas es determinante de su falta de jurisdicción en esta materia, pues se considera que descalifica o torna nula cualquier renuncia formal presentada al comienzo del arbitraje dentro del ámbito del TLCAN. La esencia del laudo se sustenta en este razonamiento y en esta conclusión.⁵⁸⁶ Sin embargo, si la existencia de litigios mexicanos en este caso no fue incompatible con los términos de la renuncia conforme al artículo 1121, tampoco pudo ser incompatible el comportamiento del demandante al mantener o apelar esos litigios.⁵⁸⁷

Si la renuncia de conformidad con el artículo 1121 hubiera tenido por objeto abarcar todas y cualesquiera actividades legales concurrentes, es evidente que el comportamiento del demandante en México sería incongruente y viciaría la renuncia [presentada al incoarse los procedimientos de arbitraje al amparo del TLCAN por incumplimiento de la condición previa estipulada en el Artículo 1121.1 (b)]. Así sería aunque la renuncia hubiera sido formalmente suficiente al momento de su presentación. Empero, si la renuncia

⁵⁸³ *Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID Case No. ARB(AF)/ 98/2, *cit.*

⁵⁸⁴ *Ibidem*, laudo, § 32.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, opinión disidente de Keith Highet, 8 de mayo de 2000.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, laudo, §§ 24-29, pp. 16-22.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, opinión disidente, párr. 27.

de conformidad con el artículo 1121 sólo hubiera tenido por objeto referirse a ciertos tipos de actividad legal concurrente, el comportamiento del demandante en México sólo sería incongruente con la renuncia si ese comportamiento guardara relación precisamente con esa actividad. Las causas de acción son diferentes: reclamaciones comerciales locales ante los tribunales mexicanos y reclamaciones relacionadas con un tratado internacional ante este Tribunal.⁵⁸⁸

El elemento clave del razonamiento de la mayoría en este caso es la premisa de que el requisito formal y jurisdiccional de la renuncia conforme al artículo 1121 no sólo depende del cumplimiento de los prerrequisitos del artículo 1121, párrafo 3,⁵⁸⁹ por parte de un demandante, sino también del comportamiento del demandante después de la redacción, entrega e inclusión requeridos por dicho párrafo.⁵⁹⁰ Por ende, la mayoría ha entendido que el texto del artículo 1121 incluye el requisito adicional de que se desista efectivamente de los litigios incluidos en la renuncia, que no se inicien nuevos litigios y que no se presenten apelaciones.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ *Ibidem*, párr. 28.

⁵⁸⁹ “El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje”.

⁵⁹⁰ *Waste Management vs. Mexico, cit.*, laudo, § 24, p. 16. El tribunal arbitral añadió al respecto: “este Tribunal deberá comprobar que Waste Management ha presentado la renuncia de acuerdo con las formalidades previstas en el TLCAN y que ha respetado los términos de la misma a través del acto material de desistir o no iniciar procedimientos paralelos ante otros tribunales” (Laudo, § 20, p. 15). Se razona en el Laudo que:

“Se hace necesaria pues una valoración del comportamiento del sujeto que renuncia así como de la responsabilidad que deberá asumir si se produce una divergencia entre lo manifestado y el comportamiento efectivamente realizado ya que él y sólo él responde de la eficacia de tal declaración en virtud del llamado principio de la autorresponsabilidad” (Laudo, §24, p. 16).

La mayoría continúa y determina que:

“A tenor de lo hasta ahora expuesto, es claro que la renuncia exigida en virtud del Artículo 1121 del TLCAN requiere una manifestación de voluntad por parte de quien la emite en cuanto a la renuncia a iniciar o continuar cualesquiera procedimientos ante otros foros respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a que se refiere el TLCAN” (*idem*).

A lo que sigue esta conclusión:

“Asimismo, esta dejación de derechos debió hacerse efectiva a partir de la fecha de presentación de la renuncia, esto es, el 29 de septiembre de 1998. La referida declaración de voluntad también exige un determinado comportamiento de la declarante, Waste Management, exteriorizador del compromiso adquirido en virtud de la citada renuncia” (*idem*).

⁵⁹¹ *Waste Management vs. México, cit.*, opinión disidente, párr. 32.