

cional de las mismas, hace reducir el alto nivel de prueba y el carácter excepcional de la nulidad o no reconocimiento/ejecución del laudo. Esto pone en manifiesto la diferente naturaleza del instrumento.

#### D. CONCLUSIÓN Y COMENTARIO FINAL

Como puede apreciarse de lo anterior, el laudo arbitral y la sentencia extranjera son distintos en aspectos no sólo teóricos, sino prácticos. Tanto su naturaleza, filosofía, fisonomía, y mecanismo de coercibilidad son radicalmente distintos.

La reacción inicial de diversos expertos de considerar su procedimiento de ejecución como idéntico es natural y comprensible dado el bagaje jurídico y entrenamiento originalmente recibido en materia de sentencias extranjeras. Sin embargo, la diferencia subsiste. Y es radical.

El laudo es un instrumento de mayor ejecutabilidad que la sentencia. La sentencia extranjera, no obstante que el procedimiento seguido en su jurisdicción de origen con toda probabilidad fue más largo y formalista que el que dio lugar al laudo, para encontrar ejecución en México debe aún seguir formalidades y vencer obstáculos adicionales. Lo anterior pone en relieve por qué el arbitraje se ha convertido en el mecanismo por excelencia de solución de controversias mercantiles.

#### VIII. COMENTARIO FINAL

Se han analizado los aspectos más destacados del procedimiento existente en México para anular, reconocer y/o ejecutar un laudo. Como el lector pudo apreciar, existe mucho que afinar y poca experiencia que sirva para tratar *todos* los aspectos que pueden presentarse.

Una (encomiable) tendencia de la experiencia existente es que los tribunales mexicanos tienden a aplicar e interpretar dicho procedimiento de una en forma pro-arbitraje y en congruencia con la intención del legislador al diseñar el mismo: brindar un mecanismo de ejecución del legislador anterior da efectos a la intención de las partes al someter su disputa al arbitraje: contar con una decisión final, obligatoria y de inmediata ejecución en caso de que una de las partes incumpla con su obligación de cumplirla de inmediato.

## CAPÍTULO VIII ARBITRAJE DE INVERSIÓN

### I. INTRODUCCIÓN

Además de los negocios internacionales, el arbitraje ha encontrado otro nicho en donde sus características lo han convertido en un mecanismo útil para enfrentar y solucionar las fricciones que inherentemente surgen del mismo: el derecho de las inversiones extranjeras.

En México generalmente conocemos este tema como la condición jurídica del extranjero. Como parte del mismo existe una regulación especial y compleja tanto del status legal del extranjero en México, como de las actividades que puede hacer, no hacer y las limitantes para ello.

Para detallar el papel que el arbitraje juega en esta área, procederé a realizar una breve mención del tema desde la perspectiva internacional (SI) para luego tratar el tema de los tratados de inversión (SIII), abordando la institución arbitral especializada que para dicho efecto se ha creado: el CIADI (SIV), prosiguiendo con una reseña de los casos en los que México ha sido parte (SV) para finalizar con un comentario conclusivo (SVI).

### II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

#### A. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de las inversiones extranjeras es, con toda seguridad, uno de los dos temas más candentes del derecho internacional (el segundo siendo el derecho del uso de la fuerza armada).<sup>1</sup> Durante la segunda mitad del Siglo XX, ninguna otra área ha generado más controversia que las indicadas.

La controversia en torno al derecho internacional de las inversiones extranjeras es el resultado de varios factores. Para entenderlos, y apreciar

<sup>1</sup> Hay quien dice que es un área que no puede ser explicada de conformidad con las teorías existentes del derecho internacional (realistas, positivistas, idealistas) sino que es necesario buscar una teoría propia que la explique.

el desarrollo del área, así como la importancia de depositar en el arbitraje la solución (en forma casística) de las controversias que sobre el tema se generen, a continuación realizará una breve exposición histórica del tema para luego tratar la forma en que se ha regulado vía tratados internacionales.

*Definición de inversión extranjera.* Antes de abordar la historia del tema, vale la pena hacer una mención sobre lo que se entiende por inversión extranjera. La literatura económica distingue entre, por un lado, "inversión directa", y, por el otro, "inversión de portafolio". La inversión directa se refiere a la propiedad de bienes/activos por residentes extranjeros para propósitos de controlar el uso de dichos activos. Por el contrario, la inversión de portafolio es aquella en la cual existe un divorcio entre, por un lado, la administración y el control de la inversión, y, por el otro, la propiedad de la misma.

En forma importante, mientras que la inversión directa requiere la existencia física del inversionista en el Estado huésped, la inversión de portafolio no la requiere. Otro criterio importante de distinción es el control: mientras que la obtención del mismo tiende a ser importante para las compañías transnacionales que buscan implementar una estrategia global al momento de canalizar recursos en forma de la inversión extranjera, dicho factor no está presente en las inversiones de portafolio. Como comentario final, la inversión directa tiende a ser realizada por compañías transnacionales y los montos involucrados son importantes, lo cual no necesariamente es el caso en la inversión de portafolio.

La inversión extranjera también conlleva un aspecto que no debe perderse de vista: con frecuencia implica que el extranjero se involucre en los asuntos políticos y económicos del Estado huésped, ya sea como forma normal de operar o para obtener ventajas competitivas sobre empresarios locales, tanto en los mercados como ante las autoridades locales.

## B. RESEÑA HISTÓRICA

### 1. ORIGENES

Esta rama tiene aproximadamente de 400 a 500 años de historia. El origen del fenómeno de la inversión extranjera puede hallarse en las incursiones económicas realizadas dentro del contexto histórico del colonialismo. A partir de entonces surgieron posturas sobre el papel que la inversión extranjera jugaba —y debía jugar— y la postura que ante la misma debían tomar los Estados huéspedes.

La historia de la inversión extranjera ha sido pendular. Para describir por qué y los motivos de ello, a continuación la trataré bajo las siguientes etapas: el colonialismo, el post-colonialismo; la época de racionalización y fomento; y desarrollos recientes.

## 2. EL COLONIALISMO

Durante el colonialismo, las inversiones de extranjeros fueron esencialmente significativas en Asia, Medio Oriente, África y América Latina. Fue en dicha época en que los inversionistas internacionales, que buscaban oportunidades de negocios en mercados extranjeros, se preguntaron sobre la necesidad de contar con garantías en relación con sus derechos de propiedad. En forma ideal, las mismas lograrían que sus intereses se respetaran de la misma manera en que se respetaban en las jurisdicciones de donde se originaban. Es decir, buscaban "exportar" su noción y alcance de los derechos de propiedad.

Fue en esta época que se sostenía que a los extranjeros debería dárseles trato igual que a los nacionales. Además, con la finalidad de evitar que la satisfacción de dicho requisito fuera aún insuficiente, se llegó a sostener que los extranjeros debían ser tratados de conformidad con algún estándar internacional. Así lo expresaban académicos importantes. Por ejemplo, Vittoria sostenía que, dado que el comercio era una expresión de los sentimientos de una comunidad que es inherente al hombre, al extranjero debe dársele un trato igualitario al nacional.<sup>2</sup> Por su cuenta, Vattel sostenía que debería existir algún tipo de estándar externo de protección.<sup>3</sup> Ambos puntos de vista, aunque incluidos en términos idealistas, buscaban proteger los intereses de la expansión de la corona española en América Latina. A su vez, las ideologías planteadas estaban cimentadas en la idea de que el derecho debe estar diseñado para permitir el libre movimiento de bienes e inversión entre los diferentes países. Como era de esperarse, había quien estaba en contra de las teorías mencionadas. Como parte de los argumentos que se esgrimían en contra se soslayaba la preocupación de que las mismas partían de la premisa de que el trato a los nacionales del Estado huésped podía ser demasiado bajo, algo inaceptable. También se argumentaba que dichas posturas realizaban una (también inaceptable) evaluación sobre la legislación del Estado huésped.

Si bien es en este contexto que nace la preocupación, no es en dicha fase en que su desarrollo se acentúa. Al estar bajo el yugo colonial e integrados con los imperios a los cuales pertenecían, los territorios colonizados estaban obligados a dar el trato a la inversión que proviniera del imperio correspondiente que éste último exigiera. Ello se tradujo en la obtención de suficiente protección como resultado de la modificación de los sistemas legales coloniales para acomodarlos y hacerlos congruentes con los derechos de propiedad y libertad contractual existentes en los imperios. En este contexto, la necesidad de un derecho internacional de la

<sup>2</sup> De Indis III,5

<sup>3</sup> Vattel, II, B, 104.

inversión extranjera era mínimo. Fue con la terminación de la colonización que la preocupación apuntada dejó de ser teórica.

### 3. EL POST-COLONIALISMO

La súbita terminación de la colonización dio origen a nacionalismos. Una vez librados de la camisa de fuerza del colonialismo, los nuevos Estados independientes, agitados no solamente por la terminación de la dominación económica, sino también por el interés de participar en la creación de un nuevo orden económico que les permitiera un mayor margen de acción, el control de sus propias economías, así como el acceso a los mercados mundiales, tuvo como resultado que el derecho de las inversiones extranjeras se convirtiera en una de las puntas de lanza de las políticas descritas. Lo anterior en cuanto a los Estados en vías de desarrollo se refiere, pero también existieron motivos de los Estados ex-colonialistas para crear un derecho de la inversión extranjera: disuelto el yugo sobre las colonias, en los Estados antes colonizadores surgió el sentimiento de que era necesario contar con un sistema de protección a la inversión extranjera de los exportadores de capital (antes colonizadores).

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y durante la Guerra Fría, la materia del derecho internacional de las inversiones extranjeras se convirtió en una trinchera ideológica entre, por un lado, los países desarrollados y exportadores de capital, y, por el otro, los países en vías de desarrollo. El movimiento de no-alineados surgió como resultado de esta rivalidad y presionó porque cada Estado recientemente creado tuviera control completo sobre su propia economía. Un resultado de dicha presión fue la formulación de nuevas doctrinas que se apalancaron en la fuerza numérica de sus miembros en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas.

Las nacionalismos descritos dieron lugar a hostilidad y antagonismo en contra de la inversión extranjera. Las ex-colonias buscaban recobrar control sobre los sectores considerados vitales para sus economías de la intervención de inversiones extranjeras, que en su mayoría eran nacionales de los Estados que antes colonizaban. El resultado de ello fue una ola de nacionalizaciones de bienes extranjeros. Estas nacionalizaciones generaron debates intensos acerca de cuál es la protección que el derecho internacional debe contener. Cada grupo de Estados contenía un estándar distinto. Los países exportadores de capital argumentaban que existía un estándar internacional, proveniente del derecho internacional, que debería proteger su inversión; mientras que los Estados de reciente independencia argumentaban el control total sobre la inversión extranjera que tuviera lugar en su territorio, lo cual incluía la posibilidad de dar fin a la existencia de inversión extranjera mediante la nacionalización de las acti-

vidades que juzgaran prioritarias.<sup>4</sup> En esta época de nacionalismo político se generó más retórica que derecho, y la misma con frecuencia utilizada terminología jurídica. Un ejemplo<sup>5</sup> a lo anterior lo fue la famosa fórmula Hull<sup>6</sup> que sostiene que, para que una expropiación sea lícita bajo derecho internacional, debe realizarse mediante compensación por los bienes expropiados que sea pronta, adecuada y efectiva ("*prompt, adequate and effective compensation*").

Durante el periodo inicial fue el poder el árbitro final de las controversias en materia de inversión. El uso de la fuerza para cobrar deudas, particularmente en América Latina (que se llegó a conocer como "*Gunboat Diplomacy*"), jugó un papel importante en la evolución del derecho sobre la protección de la inversión extranjera. Existieron instancias especulaculares de uso de fuerza. Por ejemplo, el derrocamiento del Gobierno de Mossadegh en Irán y de Allende en Chile fueron las instancias más evidentes del uso de la fuerza e intervencionismo en la historia reciente. Para lo anterior, era necesario construir una doctrina que justificara el uso de la fuerza por los países exportadores de capital que operaban en el contexto colonial, y que justificara el uso de la fuerza para defender las reclamaciones de sus nacionales.

Las raíces del derecho internacional en materia de inversión extranjera residen en el esfuerzo para extender la protección diplomática a los activos del extranjero. La extensión de dicho derecho ha sido disputada bajo el argumento de que resulta en interferencia inapropiada en los asuntos locales del Estado huésped.

Históricamente, esta área ha sido incluida como parte del área de la protección diplomática a los nacionales en el extranjero y la responsabilidad del Estado por daños a extranjeros. Lo anterior puesto que la función de las misiones diplomáticas era proteger a los nacionales que vivían en Estados donde estaba localizada la misión diplomática. A su vez, la protección de los bienes de los nacionales también se convirtió en una preocupación de dichas misiones. El derecho de las misiones diplomáticas para interceder por parte de sus nacionales cuando sufrían (según ellos)

<sup>4</sup> No obstante que el nacionalismo aún sigue siendo una amenaza a la inversión extranjera, es poco probable que una ola de nacionalismo vuelva a generarse como aquella que arrasó en el periodo inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>5</sup> Existen argumentos para considerar que es una excepción más que un ejemplo. Considérese que, no obstante lo disputada de la fórmula Hull, la misma ha encontrado eco no sólo en la doctrina sobre el tema, sino en los casos que sobre el tema han existido y diversos tribunales de inversión (ver, por ejemplo, el artículo 1110 del TLCAN). Es cierto que en ningún lugar se utilizan los adjectivos de la fórmula Hull, pero el contenido que se les ha dado (vía jurisprudencia y doctrina) parece ser el mismo.

<sup>6</sup> La fórmula lleva el nombre del Secretario de Estado de Estados Unidos, Cordell Hull, quien, en la carta enviada al gobierno mexicano después la nacionalización petrolera de 1936, requería que la compensación fuera "*prompt, adequate and effective*".

daños en sus derechos de propiedad se convirtió en práctica diplomática de los Estados exportadores de capital. Dado que esta protección al extranjero puede ser extendida a la protección de la inversión extranjera, era un paso lógico el argumentar que dicho derecho pudiera ser utilizado para proteger las inversiones realizadas por extranjeros.

Fue en las relaciones entre Estados Unidos con su (aún incipiente) poder frente a sus vecinos latinoamericanos que la necesidad de desarrollar el derecho internacional de las inversiones extranjeras jugó un papel durante el período anterior a la Segunda Guerra Mundial.<sup>7</sup> En estas relaciones entre Estados Unidos y los Estados latinoamericanos puede evidenciarse una colisión frontal entre la idea de que un inversionista extranjero puede ser restringido del derecho de utilizar los recursos disponibles bajo derecho local, y, por otro, la idea de que dicho inversionista extranjero debe contar con un trato congruente con un estándar externo establecido por el derecho internacional. Al respecto los Estados latinoamericanos mantuvieron un debate intenso insistiendo que sus propias leyes y constituciones, al garantizar tratamiento igualitario a los inversionistas extranjeros, satisfacían los requisitos contenidos en el derecho internacional. Para lo anterior, sirvieron de inspiración los escritos de Carlos Calvo, un jurista y Ministro de Relaciones Exteriores argentino.<sup>8</sup>

La tensión entre Estados Unidos y América Latina fue repetida a escala global en diversas áreas del mundo en la etapa post-colonial. Sin embargo, el derecho que se generó durante esta primera etapa de confrontación entre Estados Unidos y América Latina tenía poco que ver con los "takings" de bienes extranjeros derivados de reformas económicas.<sup>9</sup> Por lo general involucraba situaciones en las cuales existían ataques por movimientos o grupos civiles o venganzas políticas conllevadas con fines de lucro por facciones en poder.<sup>10</sup>

La convergencia de los varios factores económicos como políticos históricos le ha dado forma al desarrollo del derecho de la inversión extranjera. Lo que es más, el derecho de la inversión extranjera puede verse

<sup>7</sup> En forma interesante, en sus años formativos Estados Unidos también fue un Estado importador de capital y tuvo experiencias similares a las que los Estados en vías de desarrollo con posterioridad enfrentaron. Sin embargo, con su crecimiento como un poder regional económico, insistió que los vecinos latinoamericanos le reconocieran un tratamiento a sus inversionistas extranjeros acorde con estándares de derecho internacional.

<sup>8</sup> En su libro *Le Droit International* (Vol. 6, 5ª edición, 1885, pg. 231) en donde dice que los extranjeros que se establezcan en un país cuentan con los mismos derechos de protección que los nacionales, pero no pueden solicitar protección adicional.

<sup>9</sup> Excepto en el caso de México y otras reformas de tierra en América Latina.  
<sup>10</sup> Un resultado de lo anterior fue la creciente aceptación que las nacionalizaciones que resultan de procesos de reorganización social o reforma económica de un Estado no se consideraran ilegales bajo el derecho internacional. De hecho, las nacionalizaciones de conformidad con reformas económicas parece ser que siempre fueron legales bajo el derecho internacional.

como un caso particular —pero acentuado— de la tendencia general que muestra el derecho internacional a reflejar los intereses nacionales. Es un área en la cual los intereses de los Estados exportadores de capital han chocado en forma frontal con los intereses de los Estados importadores de capital y el resultado de la resolución de dicho conflicto —en la medida en que pueda decirse que se ha resuelto el conflicto— indica cómo el derecho internacional está formado y qué tan abierta la formulación de sus principios es dado lo intenso de la oposición de los puntos de vista de los Estados involucrados.

### 3. LA ETAPA DE RACIONALIZACIÓN Y FOMENTO DE LA INVERSIÓN

El antagonismo a la inversión extranjera que caracterizó a la época post-colonialista cedió a la racionalización del tema. Esta nueva actitud surgió como resultado de percatarse que existían aspectos positivos de la inversión extranjera. En forma paralela, se dio un cambio de percepción de la compañía multinacional para considerarla como un promotor del desarrollo y no como una herramienta de opresión. Por consiguiente, las predisposiciones ideológicas y el nacionalismo económico fueron perdiendo terreno ante posturas más pragmáticas, aunque a veces inconsistentes. La aparente inconsistencia involucraba, por un lado, las posturas que los países en vías de desarrollo tomaban en el plano internacional, y por el otro, la celebración de tratados de inversión así como promulgación legislativa interna que buscaba atraer la misma mediante incentivos diversos (e.g., fiscales). Esta conducta aparentemente contradictoria puede ser explicada por el giro que derivó en la nueva postura más pragmática del papel de la inversión extranjera.

### 4. LA COMPETENCIA POR LA INVERSIÓN EXTRANJERA

La tendencia a *fomentar* la inversión extranjera se convirtió en una *competencia* por la misma —y en forma intensa. Muchos eventos agujeron esta tendencia. Entre ellos figuran la recesión en diferentes países del mundo (incluidos Estados Unidos y Europa), el éxito de países de nueva industrialización,<sup>11</sup> el surgimiento de Alemania y Japón como potencias económicas —lo cual conllevó una transferencia gradual de poder económico del Atlántico al Pacífico—, el cambio entre la relación de po-

<sup>11</sup> La competencia por inversión extranjera fue incentivada en forma importante por el éxito de los países de nueva industrialización cuyo progreso se originó, en buena medida, mediante el efecto que la inversión extranjera tuvo, máxima cuando era orientada a la exportación. El deseo de los países en vías de desarrollo de emular el éxito de dichos Estados mediante la atracción de inversión extranjera tuvo como resultado la disminución en lo estridente del tono de las reclamaciones que en el pasado tuvieron lugar, particularmente aquellas que se fundamentaban en el tema de soberanía.

der militar y económico de los actores más importantes, la industrialización rápida de áreas enormes como lo son China, India, Brasil, México y ciertos Estados africanos, la apertura económica de Estados tanto ex-comunistas de Europa del Este como actualmente comunistas (como China, Vietnam y Camboya), la desintegración de la Unión Soviética, la escasez de inversiones dada la recesión de muchas economías de los Estados exportadores de capital.<sup>12</sup> La conjugación de los eventos citados, y las fuerzas que los mismos desataron, dieron lugar a que se hablara de un mundo multipolar, a diferencia del status que le precedió.

No obstante el deseo de fomentar y atraer la inversión extranjera, siempre existió un temor de que se repitiera el período de dominancia económica de antaño como resultado de un flujo irrestricto de inversión extranjera directa, acompañada de, o realizada por, la compañía transnacional que no sólo tiene un poder económico importante sino que está respaldada por el poder de los Estados de origen. Hay quien considera que la mejor manera de resolver este dilema es admitir la inversión extranjera en una forma selectiva y asegurarse que dicha inversión promueva los objetivos económicos del Estado huésped, en forma paralela a la generación de ganancias al inversor extranjero.

El marco jurídico internacional no se mantuvo intacto ante el dinamismo descrito. El orden normativo que existió durante la hegemonía de Europa y Estados Unidos cambió en forma gradual. Este cambio afectó al derecho internacional en general, y al derecho internacional de inversión extranjera en particular.

Es durante esta época que las normas de derecho internacional eran más difusas. Incluso podría hablarse de un estado aparente de ambigüedad o caos. Ello tuvo como resultado que el derecho en materia de inversión extranjera se manifestara en un estado de fluidez en varios aspectos. Sin embargo, el que el derecho internacional de la inversión extranjera esté en conflicto no quiere decir que éste ausente.<sup>13</sup>

En la última década se han generado cambios importantes derivados de los tratados de inversión, que a continuación se abordarán.

<sup>12</sup> La crisis de deuda y la recesión de los Estados exportadores de capital precipitó una escasez de fondos para inversión extranjera.

<sup>13</sup> Dado que he calificado como caótico dicho marco jurídico, es procedente tomar presunta la teoría del caos desarrollada por las ciencias físicas. En resumen, la misma sostiene que existe caos cuando hay una desintegración de un orden físico existente hasta que es reemplazado por una nueva estructura estable. La analogía aplica en la medida en que se entiende que el paradigma legal actual está en movimiento y, durante el plazo en que se modifica, no hay reglas claras. Ello obedece a las fuerzas que han sido liberadas como resultado de los cambios rápidos que han precipitado el caos en el orden normativo.

### C. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Un tema relacionado con el de derecho internacional de las inversiones extranjeras es el de responsabilidad internacional del Estado. Este tema es uno que hasta hace poco era abstracto y, si bien había mucha doctrina, el derecho tenía carácter de *lege ferenda* y estaba abierto a debate.

En fechas recientes ha ocurrido un avance extraordinario sobre la materia. El 9 de agosto de 2001 la Comisión de Derecho Internacional<sup>14</sup> aprobó el proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*). Dicho evento concluyó una labor que comenzó hace casi 40 años y constituye una de las más importantes aportaciones a la codificación y desarrollo progresivo de una de las áreas más importantes del derecho internacional.<sup>15</sup>

No abundaré sobre el contenido de los mismos, sólo mencionaré que aborda la responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado, los elementos de la misma, las circunstancias en que cierta conducta es atribuible al Estado, la distinción entre "normas primarias" y "normas secundarias", las normas sobre violación de una obligación internacional, la responsabilidad de un Estado por conducta de otro, las excluyentes de responsabilidad, el contenido de la responsabilidad, la obligación de reparación por el daño derivado de la violación a una obligación de derecho internacional, las violaciones serias a obligaciones *ius cogens* del derecho internacional, la implementación de la responsabilidad internacional del Estado, y las medidas de retorsión.

Es difícil exagerar la importancia de los Artículos de Responsabilidad. Marcan un hito en el desarrollo de esta área y sirven de apoyo en arbitrajes de inversión al dar los elementos necesarios para cimentar la responsabilidad internacional del Estado en el contexto de un arbitraje de inversión. Así lo han reconocido casos que han tomado en cuenta estos principios.<sup>16</sup>

### III. LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

#### A. ANTECEDENTES

A partir de la celebración del primer tratado bilateral de inversión, o BIT (por sus siglas en inglés-*Bilateral Investment Treaty*) entre la Repú-

<sup>14</sup> La Comisión de Derecho Internacional (*International Law Commission*) fue creada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la finalidad de fomentar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

<sup>15</sup> Además de ser uno de los temas más importantes que ha abordado la Comisión de Derecho Internacional, es el que más ha tomado en cuenta.

<sup>16</sup> Por ejemplo, dicho instrumento fue utilizado en el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (Caso No. ARB(AF)/00/2).

ca Federal Alemana y Pakistán en 1959, miles de tratados de inversión han sido firmados entre múltiples Estados.<sup>17</sup> Y no sólo eso, el ritmo de ratificación ha crecido en forma exponencial, sumando aproximadamente 385 a finales de los años 1980, a más de 2000 en 2003.

En años recientes se ha desatado una competencia intensa entre las distintas economías por atraer el flujo de capitales que se derraman fuera de las fronteras de los países exportadores de capital. Ante esta realidad, una manera de competir ha sido otorgar a los inversionistas privados derechos y garantías adicionales a los que de otra manera existirían con la finalidad de que sean preferidos al momento de ser comparados con otros Estados huéspedes prospectivos. Es decir, si además de retribuididad, se ofrece mayor seguridad jurídica mediante un tratado internacional, la reducción en el riesgo inherente a toda incursión en un mercado foráneo se verá reducida, haciendo más atractivo un mercado/jurisdicción que otros. La estrategia ha funcionado. El último censo del tema sostiene que los tratados de inversión registrados ante las Naciones Unidas rebasa dos mil.

México no ha sido excepción. Todo lo contrario, se ha caracterizado por ser un país que activamente ha negociado y firmado tratados de inversión. El más importante está contenido en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte ("TLCAN") entre México, Estados Unidos y Canadá.<sup>18</sup> A continuación se hará una breve descripción del contenido del mismo.<sup>19</sup>

El Capítulo XI del TLCAN se divide en 3 secciones. En la sección A se

<sup>17</sup> Louis Henkin; Richard Crawford Pugh; Oscar Schachter; y Hans Smit, *INTERNATIONAL LAW, Cases and Materials*, West Publishing Co., Minn., third edition, 1993, 764.

<sup>18</sup> El TLCAN fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1º de enero de 1994.

<sup>19</sup> El propósito de esta sección no es la de hacer un análisis o estudio exhaustivo acerca de capítulo XI del TLCAN, sino el hacer una mera mención *grossa modo* de las disposiciones más importantes del mismo con miras a establecer un marco de referencia para el lector de contenido en el capítulo en cuestión se recomienda recurrir, entre otras, a las siguientes obras: (1) *BILATERAL INVESTMENT TREATIES*, The International Centre for Settlement of Investment Disputes, Rudolf Dulzer y Margrete Stevens, Mortuus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1995. (2) *ASPECTOS JURÍDICOS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE DE Fernando A. Vázquez Pando y Loreta Ortiz Ahlf*, Ed. Themis, México D.F., primera edición, 1994, pgs. 97 a 114. (3) *CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE: INVERSIÓN DE Fernando Heffye Etienne*, en *EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE. ANÁLISIS, DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS JURÍDICAS*, Tomo II, pgs. 55 a 96. (4) *ALGUNOS ASPECTOS DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TRATADO NORTEAMERICANO DE LIBRE COMERCIO*, de Leonal Pereznielo Castro, Jurídica #23. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1994. (5) *MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ESQUEMAS INTERAMERICANOS DE INTEGRACIÓN Y LIBRE COMERCIO DE José Luis Siqueiros en Juridica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 25, 1996-II, pgs. 335-346. (6) *TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE. INVERSIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS* de Francisco Ciscomani Frenzer, en *Arts Juris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Núm. 10, 1993, pgs. 285-295.

establecen las garantías con las que contará la inversión de un nacional de alguno de los Estados Parte del TLCAN. La sección B contempla el Mecanismo de Solución de Controversias entre una Parte y un Inversionista de otra Parte; y la sección C prevé las definiciones que regirán para efectos del mismo.

Algunas de las garantías más importantes plasmadas en la sección A son las siguientes:

1. *Apertura Sectorial*: Este rubro prescribe que en sectores específica y limitativamente identificados, la inversión extranjera podrá participar hasta el 100% sin necesidad de recabar cualquier tipo de autorización previa.

2. *Trato a la Inversión*: Esta garantía tiene vertebral importancia en el tema que nos concierne ya que, como se explicó, el objetivo<sup>20</sup> total del Capítulo XI es el de brindar seguridad jurídica al capital foráneo para que éste contribuya al desarrollo de la región. Esta garantía fue abordada de tres formas, que son las siguientes:

a) *Principio de Trato Nacional*:<sup>21</sup> Este principio que, por ser la piedra angular de todo esquema de libre comercio, permea en todo el TLCAN, establece que ninguno de los Estados Parte podrá otorgar a la inversión extranjera un trato menos favorable del que otorga a sus propios inversionistas. En otras palabras, que el gobierno anfitrión de una inversión no discrimine en contra de ésta en razón del origen de su capital.<sup>22</sup>

b) *Trato de Nación más Favorecida*:<sup>23</sup> Esta institución, que es la columna vertebral del GATT,<sup>24</sup> se define como la obligación de otorgar a un inversionista un trato no menos favorable que el trato más favorable que un gobierno otorgue a la inversión de un nacional de cualquier otro país. Consiste en la obligación de hacer extensivo a los inversionistas del TLCAN aquellos beneficios que cualquiera de las partes otorgue a inversionistas ajenos a la región.

c) *Trato Mínimo*:<sup>25</sup> Este principio se traduce en un "trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas". Aunque suene abstracto, muchos casos le han dado contenido a este principio. A su vez, la Comisión de Libre Comercio constituida bajo el artículo 2001 del TLCAN emitió una nota interpretativa del artículo 1105(1) del TLCAN el 31 de julio de 2001.

<sup>20</sup> Heffye, pg. 70.

<sup>21</sup> Artículo 1102 del TLCAN.

<sup>22</sup> Heffye, pg. 71.

<sup>23</sup> Artículo 1103 del TLCAN.

<sup>24</sup> Orrego Vicuña, Francisco, *AMÉRICA LATINA Y LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA*, en *Derecho Internacional Económico*, Fondo de Cultura Económica, México, primera edición, 1974, pg. 16.

<sup>25</sup> Artículo 1105 del TLCAN.



3. *Requisitos de Desempeño:*<sup>26</sup> Los requisitos de desempeño son condicionantes de tipo económico que repercuten directamente en el accionar de la empresa.<sup>27</sup> En capítulo XI, los Estados Parte del TLCAN se comprometieron a no imponer ni hacer cumplir ningún compromiso en relación con su inversión que pudiera obstaculizar las actividades del inversionista extranjero.

4. *Transferencias:*<sup>28</sup> El compromiso comprendido bajo este rubro consiste en que los gobiernos deberán permitir la libre repatriación de las utilidades derivadas del proyecto de inversión sin la imposición de obstáculos que pudieren estorbarles para ello.<sup>29</sup>

5. *Expropiación e Indemnización:* El derecho soberano de un Estado a expropiar no fue proscrito, sino que se establecieron lineamientos para el ejercicio del mismo, como lo son el que tenga que ser por causa de utilidad pública, no discriminatoriamente, acatando el principio de legalidad y mediante indemnización, la cual deberá ser igual al valor justo de mercado inmediatamente antes de la medida expropiatoria, en moneda del Grupo de los Siete, sin demora y completamente liquidable, entre otros.<sup>30</sup>

6. *Alta Dirección Empresarial y Consejos de Administración:*<sup>31</sup> Esta medida estipula que un gobierno no podrá exigir que en las sociedades constituidas conforme a sus leyes, los puestos de alta dirección sean ocupados por personas de determinada nacionalidad. Lo anterior tan sólo podrá decirlo en cuanto a la mayoría de los miembros de los consejos de administración, siempre y cuando este requisito no menoscabe la facultad del inversionista extranjero de controlar su empresa.<sup>32</sup>

7. *El mecanismo de solución de controversias:* una de las garantías más importantes contempladas en el TLCAN ha sido someter al arbitraje la solución de controversias que puedan surgir en caso de que un *Inversionista de una Parte*<sup>33</sup> considere que alguna de las garantías contempladas en la sección A no le ha sido respetada, y pueda combatir los actos violatorios de las mismas a través del arbitraje internacional.

El Tratado de Libre Comercio data de apenas una década. Los casos

<sup>26</sup> Artículo 1106 del TLCAN.

<sup>27</sup> Heffye, pg. 75.

<sup>28</sup> Artículo 1109 del TLCAN.

<sup>29</sup> Heffye, pgs. 75-76.

<sup>30</sup> Artículo 1110 del TLCAN.

<sup>31</sup> Artículo 1107 del TLCAN.

<sup>32</sup> Heffye, pg. 79.

<sup>33</sup> El término *Inversionista de una Parte* es uno expresamente definido en el artículo 1139 del TLCAN. 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 virtud de que a la fecha los únicos Estados Parte del TLCAN son México, Estados Unidos y Canadá, al hablar Capítulo XI de *Inversionista de una Parte* necesariamente debe entenderse por ello a un inversionista nacional de los países referidos.

que al amparo del mismo se han generado tienen apenas un lustro y los mismos muestran desarrollos importantes del área.

En los casos que han tenido lugar puede verse que, de las disciplinas contenidas en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio (mencionadas con anterioridad), dos que han generado más controversia y han dado más de que hablar son: (a) trato mínimo (artículo 1105 del TLCAN); y (b) expropiación y medidas equivalentes a la misma (artículo 1110 del TLCAN). No abundaré sobre las mismas por ser objeto de otra sección de este estudio, pero sí mencionaré que el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina sobre el tema es rico y, en buena medida, le ha dado contenido a lo que hasta hace poco eran normas muy abstractas, aun para estándares de derecho consuetudinario. Es cierto que la valoración es casuista, pero cada vez hay más elementos jurídicos y conceptuales para realizarla. Como resultado de ello, cada vez es más claro a lo que pueden atenerse inversionistas extranjeros.

## B. EL DEBATE CONSTITUCIONAL

Los tratados de inversión han atraído el interés de muchos estudiosos. Se ha argumentado la posibilidad de que exista contradicción entre preceptos constitucionales y dichos instrumentos. En resumidas cuentas, parecen existir tres aristas legales que a continuación se mencionarán —y desvirtuarán: (1) la garantía de igualdad; (2) la Cláusula Calvo; y (3) el principio de agotamiento previo de recursos locales.

### 1. LA GARANTÍA DE IGUALDAD

La preocupación reside en que, en la medida en que personas iguales (inversionistas nacionales y extranjeros) tienen derechos desiguales (unos tienen los derechos substantivos de la sección A y los derechos adjetivos de la sección B del capítulo XI del TLCAN mientras que otros —los nacionales— carecen de los mismos), se viola el artículo primero de la constitución que contempla la garantía de igualdad. A su vez, dicha violación genera dos adicionales y relacionadas, una al artículo 15º constitucional (que impide que se resten garantías individuales mediante tratados internacionales), y otra al artículo 133 (que supedita la validez de los tratados internacionales a su conformidad con la Constitución).

No abundaré sobre el tema,<sup>34</sup> tan sólo expondré su Talón de Aquiles: los extranjeros y los nacionales no son iguales, lo cual constituye la pre-

<sup>34</sup> En caso de desear abundar sobre ello puede consultarse la tesis "PROBLEMAS CONSTITUCIONALES QUE PRESENTA CAPÍTULO XI (INVERSIÓN) DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE", Francisco González de Cossío, Universidad Iberoamericana, 1995. Una versión (con ciertos ajustes) de la misma fue publicada en JURIDICA, Anuario de la Universidad Ibero-

misa esencial de aplicación del principio. Más aún, es de su desigualdad que se deriva el derecho adicional con el que cuentan los primeros. Por consiguiente, la proporcionalidad jurídica entre los sujetos y los derechos en juego está mantenida y, por consiguiente, se salvaguarda la constitucionalidad de la norma.

En caso de que el lector cuestione la aseveración de desigualdad entre extranjeros y nacionales, invito a que considere que la diferencia ha históricamente llegado a motivar (o, más bien, excusar) intervenciones políticas y bélicas. De persistir la postura, invitaría a que se considere entonces por qué existe un "condición jurídica del extranjero en México" como uno de los temas de la cátedra de derecho internacional privado que tiene, como propósito principal, detallar las diferencias del régimen jurídico entre nacionales y extranjeros. Los nacionales y los extranjeros son distintos —y así lo refleja su régimen jurídico.

## 2. LA CLÁUSULA CALVO

La Doctrina Calvo se fundamenta en dos principios:<sup>35</sup> (a) los Estados soberanos, estando libres y siendo independientes e iguales entre sí, gozan del derecho de estar libres de toda interferencia de cualquier tipo por parte de otros Estados, ya sea diplomática o por la fuerza; y (b) los extranjeros no pueden ser titulares de más derechos y/o privilegios o prerrogativas que aquellas concedidas a los nacionales, y por lo mismo no pueden accionar se más que en tribunales locales y ante autoridades del mismo tipo.<sup>36</sup>

La Doctrina Calvo se ha desarrollado en tres vertientes:<sup>37</sup>

j) El Estado no otorgará a los inversionistas extranjeros un trato más favorable que aquél que corresponde a los nacionales.

ii) El extranjero no invocará la protección diplomática de sus gobier-

nicana, REFLEXIÓN ACERCA DE ALGUNOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES SUSCRITOS POR LOS TRATADOS DE INVERSIÓN DE LOS QUE MÉXICO ES PARTE, JURÍDICA, No. 28, 1998, pg. 305. En este contexto vale la pena hacer una aclaración. Con frecuencia se me ha citado para la postura contraria a la que sostengo. Como aclaré en el segundo estudio (vid, pg. 355) mis cuestionamientos sobre la constitucionalidad bajo derecho mexicano de la institución del arbitraje de inversión están fundados, no en un deseo de demostrar la misma —dificilmente puedo opinar "día más"—, sino en el deseo que se limen las asperezas jurídicas que pudieren existir de tal forma que se eviten problemas futuros en su implementación. Es cierto que la primera versión del estudio presentado en el contexto de mi titulación fue algo más extrema; pero así es la juventud: es polar y maniqueísta. Afortunadamente, la juventud es un defecto que se quita con el tiempo.

<sup>35</sup> Donald R. Shea, *THE CALVO CLAUSE. A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955, pg. 19.

<sup>36</sup> En *Le droit international théorique et pratique*, Quinta ed., Paris, 1986. Citado por Shea, *ob. cit.*, pg. 18. (Traducción del autor).

<sup>37</sup> Dr. José Luis Siqueiros, *EL ARBITRAJE EN LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES DE NATURALEZA PRIVADA*, varía jurídica de la Escuela Libre de Derecho, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México D.F. Primera Edición, 1992, pgs. 40-41.

nos respecto de la adquisición o inversión que haga en el país receptor, bajo la sanción (en caso de hacer uso de ese recurso) que el Estado receptor le imponga.

iii) El extranjero deberá agotar los recursos locales, al amparo de la legislación interna, sujetándose a los fallos de los tribunales y autoridades del país. Sólo podrá apelar a la vía diplomática o instancias internacionales en caso de denegación de justicia (o retraso notoriamente malicioso y voluntario en su administración).

De esta doctrina se derivó el instrumento que la implementa: la Cláusula Calvo, definida como "la renuncia voluntaria, por un contratante particular a recurrir a la protección diplomática de su gobierno en cualquier causa relacionada con su contrato".<sup>38</sup>

La Cláusula Calvo fue incluida en la fracción I del Artículo 27 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos al decir:

I. Solo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus acciones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo.<sup>39</sup> (...)

De nuevo, no me explayaré sobre el tema.<sup>40</sup> El punto débil de la postura parece ser doble: En primer lugar, la forma en que fue reflejada en nuestro constitucionalismo únicamente establece la obligación del extranjero de no pedir la intervención diplomática. ¿Por qué habría ello de evitarse que México celebre tratados de inversión?

En segundo lugar, el arbitraje de inversión no sólo no viola la cláusula, sino que logra sus fines últimos: evitar que el extranjero busque socorro del Estado del que es originario. ¿Por qué habría de hacerlo si cuenta con un mecanismo que canaliza, ventila y resuelve sus controversias con el Estado huésped?

<sup>38</sup> F.S. Dunn, *THE PROTECTION OF NATIONALS*.

<sup>39</sup> Además del precepto constitucional citado, la Cláusula Calvo, y los principios que entraña, permean a lo largo y a lo ancho de nuestro sistema jurídico, ya que podemos encontrar varias otras leyes que regulan actividades económicas, como lo son: el artículo 2º de la Ley Orgánica de la Fracción I del artículo 27 de la Constitución y arts. 2º y 4º de su Reglamento; el artículo 3º de la abrogada Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera y artículo 31 de su Reglamento; el artículo 33 de la abrogada Ley de Nacionalidad y Naturalización; el artículo 12 de la Ley de Vías Generales de Comunicación; en la Ley de Instituciones de Fianzas; en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; y en el artículo 6º de la Ley de Pesca.

<sup>40</sup> Para ello, los dos estudios citados son abundantes al respecto.



Podría contestarse que, no obstante lo "escueto" del texto constitucional, la doctrina implica tres principios: (tratamiento igual a nacionales y extranjeros, limitaciones al ejercicio de la protección diplomática y jurisdicción exclusiva de los tribunales del Estado huésped), mismos que están siendo violados dando el derecho a extranjeros a acudir a foros internacionales (pasando por alto la jurisdicción de los tribunales estatales); a lo cual contestaría que, para que la práctica sea violatoria de la Constitución, tiene que (valga la redundancia) violar el texto constitucional o la interpretación del texto que los tribunales hayan realizado, los cuales no sólo no han abarcado dichos tres principios, sino parecería que carecen del cimiento textual para hacerlo.

### 3. EL PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO PREVIO DE RECURSOS LOCALES

Se ha argumentado que el principio encontrado en el derecho consuetudinario internacional de no agotamiento de recursos locales inhibe la contemplación del arbitraje en los tratados de inversión con anterioridad a que todos los recursos locales sean seguidos hasta su fin.<sup>41</sup>

Este es el argumento más fácil de refutar. Ello por dos motivos, por principio de cuentas, es cierto que el principio de agotamiento previo de recursos locales se encuentra profundamente enraizado en la costumbre internacional. También es cierto que muchas reclamaciones internacionales han sucumbido ante el mismo. Pero el principio no sostiene (ni caso alguno que lo ha tratado lo ha concebido de dicha forma)<sup>42</sup> que los Estados parte, que (dicho sea de paso) son los beneficiarios del mismo, no pueden —vía tratados internacionales— regular o inclusive renunciar al

41 Para abundar sobre la postura puede consultarse Bernardo Sepúlveda Amor, *EL TLC Y LA JURISDICCIÓN MEXICANA*, en revista "este País" Tendencias y Opiniones, Número 68, noviembre de 1996, México, D.F.; Bernardo Sepúlveda Amor, *DERECHO INTERNACIONAL Y LA SOBERANÍA NACIONAL: EL TLC Y LAS REVENDICACIONES DE LA JURISDICCIÓN MEXICANA*. EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN AMÉRICA: EL REPLANTEAMIENTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL EN LA ERA DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL. Conferencia organizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la *American Society of International Law*, 6 de junio de 1996, México, D.F., los argumentos están resumidos en: Francisco González de Cossío, *REFLEXIÓN ACERCA DE ALGUNOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES SUSCRITOS POR LOS TRATADOS DE INVERSIÓN DE LOS QUE MÉXICO ES PARTE*, JURÍDICA, No. 26, 1998, pp. 305 en especial, páginas 338 *et seq.*

42 Ver, por ejemplo, Corté Permanente de Justicia Internacional en el caso de *las Contensiones Polísticas de Marromatis* (1924) (P.C.I.J., Serie A, No. 2, p. 12.); el caso de *la Provedad Británica en Marruecos Español* donde Max Huber actuó como árbitro (1930) (RIAA Vol. II p. 731.); la Corte Internacional de Justicia en el caso *Interhandel* (1959) (I.C.J. Reports, 1959, p. 27.); el laudo del caso *Ambatielos*, (1958) (RIAA Vol. XII p. 118-119), lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia en *Caso concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (*United States of America v. Italy*), Sentencia de 20 de junio de 1989, *ICJ Rep.* (1989) p. 31, §50).

mismo. Y así fue concebido en el TLCAN.<sup>43</sup> Es decir, el principio es de derecho dispositivo, no derecho *ius cogens*, que puede ser regulado o renunciado en un tratado internacional.

El segundo motivo es que el principio de agotamiento previo de recursos locales es un principio de derecho internacional, no constitucional. Por consiguiente, aun asumiendo, *arguendo*, que lo explicado en el párrafo que precede fuera insuficiente, se violaría un principio de derecho internacional, no constitucional mexicano.

## IV. EL CIADI

### A. ANTECEDENTES<sup>44</sup>

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se creó el Banco Mundial<sup>45</sup> con la finalidad de fomentar y financiar proyectos, especialmente en países en vías de desarrollo.

En forma casi inmediata los padres de dicho órgano se percataron que los recursos con los que contaría el Banco Mundial serían insuficientes para alcanzar las ambiciosas metas de financiar proyectos de infraestructura en países en vías de desarrollo. Ante esto la importancia que los recursos privados revestirían en la consecución de los objetivos señalados se tornó evidente. Las inversiones extranjeras se convirtieron en un tema de gran importancia en la asociación que se daría entre países ricos y países pobres con la finalidad de lograr el desarrollo a nivel mundial su- pliendo las deficiencias financieras con las que necesariamente se encontraría el Banco Mundial.

43 Ver el respectivo artículo 1121 del TLCAN en el cual se da la opción para acudir al arbitraje de inmediato, pero se requiere que se renuncie a entablar o continuar con procedimientos locales. Ya existió un caso que ventiló y resolvió sobre el alcance el mismo: *Weste Management Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI ARB(AF)/98/2, laudo de fecha 2 de junio de 2000, 5 ICSID Reports, 2001, 443.

44 En la elaboración de este estudio diversas fuentes han sido de utilidad, dentro de las cuales destacan diversos artículos de Aron Broches (Ver, en general, Aron Broches, *SELECTED ESSAYS*. WORLD BANK, ICSID, AND OTHER SUBJECTS OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995) a su vez, el análisis encontrado en *INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ET ARBITRAGE ENTRE ÉTATS ET PERSONNES PRIVÉES*. La Convention B.I.R.D. du 18 Mars 1965. Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Dijon, Ed. Pedone, Paris, 1969; Christoph H. Schreuer, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Cambridge, University Press, 2001.; y Lucy Reed, Jan Paulsson, y Nigel Blackaby, *GUIDE TO ICSID ARBITRATION*, Kluwer Law International, The Hague, 2004.

45 El Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento (el "Banco Mundial") no es simplemente un banco que únicamente facilita fondos sino una institución que se ocupa del objetivo más trascendental del proceso de desarrollo económico.

En este contexto de fomento de las inversiones internacionales se percibió que uno de los obstáculos que presentaría el hecho consistente en que gran parte de los países que más necesitaban de los recursos aludidos a efecto de financiar programas de desarrollo presentaban un clima de inversión poco favorable en la medida en que el "riesgo político"<sup>46</sup> existente en los mismos constituía un obstáculo casi insuperable para convencer a inversionistas privados a invertir en los mismos, máxime el costo de oportunidad y oportunidades de inversión que otras jurisdicciones/mercados ofrecían. Después de todo, ¿cómo puede justificar un inversionista ante sus accionistas una inversión realizada en un mercado que ofrecía un alto riesgo cuando existían otras posibilidades de inversión que brindaban una renta a la inversión similar —o mejor— ante un menor riesgo? La respuesta era obvia.

Ante la anterior circunstancia, los padres del sistema financiero internacional idearon lo siguiente. Se estimó que si de alguna manera se lograba garantizar a inversionistas en países con un alto riesgo político un foro imparcial en donde se les asegurara un recurso para ventilar cualquier controversia que pudiere surgir en relación con su inversión, dicha circunstancia reduciría, en términos financieros, el riesgo político de invertir en el país en cuestión y ello justificaría el que las inversiones necesarias para el desarrollo se dieran.

Como resultado se creó el CIADI ("Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados") a través de la Convención que crea el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión (el "Convenio CIADI") que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y tiene sus instalaciones en el Banco Mundial en Washington, D.C.<sup>47</sup>

El objetivo del CIADI es el de facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes del Convenio CIADI y nacionales de otros Estados Contratantes del Convenio CIADI a un procedimiento que coadyuve a ventilar y resolver dicho género de controver-

<sup>46</sup> Para efectos financieros, éste término (también conocido como "Country-Risk Analysis") implica mucho más que el sistema político de un país. Abarca toda aquella circunstancia que influya sobre el "clima" político y el mercado de un país que pueda ser relevante para efectos de una inversión e incluye, pero no está limitado a, lo siguiente: el marco jurídico, el acatamiento de las leyes, aspectos sociales y económicos, las existencias de diferencias de idioma, étnicas y religiosas que puedan restar estabilidad a un país, movimientos nacionalistas extremos, movimientos xenofobos que puedan dar pie a preferencias de diferencias de trato frente a nacionales, condiciones sociales desfavorables (incluyendo polarización social), conflictos sociales como lo pueden ser manifestaciones frecuentes, violencia, la existencia de guerrillas, la fuerza y organización de grupos radicales, la existencia de deuda externa, las reservas internacionales, crecimiento económico, exportaciones, etc. (ver Steven Husted y Michael Melvin, INTERNATIONAL ECONOMICS, Ed. Addison-Wesley, U.S.A., Fourth Ed., 1996, pgs. 527-531.)

<sup>47</sup> A la fecha, el Convenio CIADI ha sido firmado por 155 Estados y ratificado por 143.

sias mediante alguno de los dos procedimientos que dicha institución ofrece: conciliación<sup>48</sup> o arbitraje.<sup>49</sup>

El éxito del Convenio CIADI es impresionante. A la fecha, 143 Estados lo han firmado de los cuales 155 lo han ratificado.<sup>50</sup> Ni siquiera la famosa Convención de Nueva York ha logrado tantas firmas.<sup>51</sup>

#### B. NATURALEZA JURÍDICA

El arbitraje que contempla el CIADI es de un género muy especial. Dentro del marco de la teoría general del arbitraje existen tres tipos de arbitrajes:

1. *Arbitraje Público*: Un arbitraje será considerado público cuando las partes del mismo sean entes Soberanos. Por ejemplo, el arbitraje de la Isla de la Pasión o Clipperton entre México y Francia, en 1909.<sup>52</sup>
2. *Arbitraje Privado*: Un arbitraje será considerado privado cuando las partes del mismo sean particulares. A manera de ejemplo, piénsese en un arbitraje entre dos sociedades mercantiles seguido de conformidad con el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Comercio Internacional.

3. *Arbitraje Mixto*: El arbitraje es mixto cuando se presenta entre Estados Soberanos, por un lado, y entes privados/particulares, por el otro. Es aquí donde se ubica el arbitraje CIADI.

#### C. REQUISITOS DE JURISDICCIÓN

El CIADI es una institución *sui generis* que tiene un ámbito restringido de "jurisdicción"; es decir, aunque las partes del mismo así lo pacten, no cualquier tipo de arbitraje podrá ser seguido de conformidad con las reglas del mismo. Sin embargo, debe de existir el consentimiento para acceder al mecanismo CIADI. El consentimiento por las partes es la piedra angular de la jurisdicción del CIADI.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> El procedimiento de Conciliación está regido por los artículos 28 a 35 del Convenio así como por las Reglas de Conciliación.

<sup>49</sup> Ver artículo 1(2) del Convenio CIADI. El procedimiento arbitral está regido por los artículos 36 a 55 del Convenio CIADI así como las Reglas de Arbitraje.

<sup>50</sup> La fecha de actualización de esta cifra es al 15 de abril de 2004. (Fuente: *Institute for Transnational Arbitration, Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties*).

<sup>51</sup> La Convención de Nueva York cuenta con 135 Estados Parte.

<sup>52</sup> Dicho arbitraje se acordó como resultado del Tratado entre México y Francia para Someter a Arbitraje la Propiedad de la Isla de la Pasión del 2 de Marzo de 1909. Otros ejemplos lo constituyen el arbitraje del Fondo Fiducioso de las Californias, el Chamizal, y diversas Comisiones Mixtas de Reclamaciones tanto contra Estados Unidos como países europeos.

<sup>53</sup> Report of the Executive Directors, 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 de marzo de 1965, en 1 ICISD Reports, pgs. 23-33, 1993.

Existen tres requisitos a satisfacer para que exista "jurisdicción"<sup>54</sup> CIADI:

1. Consentimiento
  2. Requisito *ratione personae*
  3. Requisito *ratione materiae*
- A continuación explicaré cada uno.

#### 1. CONSENTIMIENTO

Ambas partes deben haber consentido a la jurisdicción del CIADI. La adhesión por parte de un Estado al Convenio CIADI no satisface el requisito de consentimiento, sino que el mismo debe darse para la controversia específica. A su vez, la adhesión al Convenio CIADI no impone obligación alguna de someter al arbitraje alguna controversia en particular. Pero, una vez otorgado el consentimiento, no puede ser retirado unilateralmente. De ello se asegura el Convenio CIADI.

En este contexto vale la pena hacer alusión a una excepción, o, más bien, redefinición de éste concepto. Tradicionalmente ha prevaletido el paradigma consistente en que el fundamento y condición *sine qua non* para que se dé un procedimiento arbitral es la existencia de un acuerdo arbitral válido en el cual las partes en cuestión hayan consentido a someter cualquier controversia que pudieren tener al arbitraje. Lo anterior presupone la existencia de una relación contractual, ya sea que se manifestara mediante una cláusula arbitral o un compromiso arbitral independiente.

En fechas recientes este paradigma se ha venido relajando. Como resultado de la forma en la cual se han redactado ciertos cuerpos normativos con miras a atraer inversión extranjera, ha surgido lo que un comentarista prestigioso ha bautizado como "Arbitraje en Ausencia de Relación Contractual" ("*Arbitration Without Privity*"). Este tipo de arbitrajes han surgido con fundamento en una promesa por parte de un Estado huésped de la inversión para con los inversionistas extranjeros de ventilar cualquier controversia que pudiere surgir como resultado de su inversión mediante el arbitraje. Dicha promesa se ha presentado en dos tipos de cuerpos normativos:

#### a) *Leyes en Materia de Inversión Extranjera*: Como ejemplo de éste gé-

<sup>54</sup> Hablo de "jurisdicción" puesto que es el término que, por conveniencia, se le ha dado en el Convenio CIADI a los requisitos de procedibilidad para que el Secretario General del mismo considere admisible un caso. Sin embargo, en estricto sentido, en virtud de que no es el CIADI el que resuelve las controversias que se someten a su supervisión, sino los árbitros que para dicho propósito se designan, en estricto sentido no puede hablarse de jurisdicción ya que dicho término alude a la facultad de resolver controversias aplicando leyes generales a un caso particular controvertido.

<sup>55</sup> Jan Paulsson, *ARBITRATION WITHOUT PRIVITY*, 10 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 232 (1995). A su vez, véase Craig, Park y Paulsson, pgs. 663 a 670.

nero puede mencionarse el Caso *SPP v. Egipto*<sup>56</sup> en el cual el tribunal arbitral decidió que tenía jurisdicción en dicha controversia con base en el consentimiento que mediante la Ley de Inversiones Extranjeras de 1974 Egipto había otorgado.

b) *Tratados en Materia de Inversión*: Como ejemplo de éste género puede citarse el caso *APL v. Sri Lanka*<sup>57</sup> en el cual el demandante (una compañía de Hong Kong) fundó la jurisdicción del CIADI en base al consentimiento brindado en el tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Sri Lanka.

El primer arbitraje derivado de un tratado de inversión seguido bajo el régimen CIADI fue en 1987 y fue el caso *APL v. Sri Lanka*.<sup>58</sup> Con posterioridad a ello, el número de arbitrajes bajo los tratados de inversión ha incrementado en forma dramática. En general, ello ha tenido lugar bajo el mecanismo CIADI; sin embargo, no es el único mecanismo arbitral utilizado. Varios otros (por ejemplo, la CCI) comparten la experiencia.

Para el 2000 dos terceras partes de los 38 arbitrajes CIADI pendientes derivaban de un instrumento distinto a un acuerdo arbitral tradicional. Más aún, todos los 16 procedimientos CIADI registrados en 2000 se basaban en consentimiento otorgado fuera de una relación contractual.

Como puede observarse, el requisito de consentimiento puede ser satisfecho en formas distintas dependiendo de si se trata de un arbitraje CIADI contractual o meta-contractual. Ello puesto que, no obstante que el Convenio CIADI requiere consentimiento expreso, no exige que sea manifestado en una sola forma; sólo que exista. En un arbitraje CIADI contractual las partes dan su consentimiento en forma simultánea mediante un acuerdo arbitral o un compromiso arbitral. En un arbitraje meta-contractual las partes expresan su consentimiento en dos pasos: en primer lugar, el Estado consiente al incluir una oferta para someterse a la jurisdicción CIADI en su legislación nacional o en un tratado (sea bilateral o multilateral) de inversión; en segundo lugar, el inversionista —que puede no haber sido un inversionista al momento en que el Estado realizó la oferta— consiente al aceptar la oferta más tarde, ya sea por escrito ante el Estado, o en cualquier momento mediante la presentación de una solicitud de arbitraje, perfeccionando de esta manera un acuerdo arbitral CIADI.

Para ilustrar lo anterior, en el caso *Tradex v. Albania*<sup>59</sup> el tribunal sostuvo que el consentimiento unilateral del Estado para seguir un arbitraje CIADI se hace "efectivo a más tardar al momento en que el inversionista

<sup>56</sup> Caso CIADI No. ARB/84/3.

<sup>57</sup> Caso CIADI No. ARB/87/3.

<sup>58</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, laudo del 27 de junio de 1990, 4 ICSID Reports, 1997, 245.

<sup>59</sup> *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, decisión sobre jurisdicción, Caso ICSID No. ARB/94/2 del 24 de diciembre de 1996, 5 ICSID Reports 47, 2002, pgs. 54-57.

presente una reclamación ante el CIADI haciendo uso de su legislación nacional respectiva".

Habiendo mencionado lo referente a consentimiento, es necesario apuntar que el consentimiento por sí solo no basta, puesto que, en adición a lo anterior, el CIADI es una institución con jurisdicción limitada por la naturaleza de las partes y la naturaleza del conflicto. Lo anterior se deriva de los siguientes requisitos de jurisdicción.

## 2. REQUISITO RATIONE PERSONARUM

El requisito subjetivo o *ratione personarum* (como se le conoce en el medio) consiste en que una de las partes en el arbitraje debe ser un Estado Contratante del CIADI<sup>60</sup> y la otra un nacional (ente privado) de otro Estado Contratante.

En lo que concierne al requisito de nacionalidad del ente privado/inversionista, ello se traduce en un requisito positivo y uno negativo al mismo tiempo. El requisito positivo es que el inversionista debe contar con la nacionalidad de un Estado que sea parte del Convenio CIADI. El requisito negativo consiste en que el inversionista no puede tener la nacionalidad del Estado con el que tiene la controversia.<sup>61</sup>

Desde un punto de vista jurídico, en mi opinión, esta es la característica más asombrosa del Convenio CIADI. Me refiero a la capacidad de un ente privado de proceder en forma directa en contra de un Estado en un foro internacional. La parte demandante no necesita la intervención de su gobierno. Es más, el Convenio CIADI establece que cuando un inversionista y un Estado han consentido a someter sus controversias al arbitraje CIADI, el Estado del inversionista no puede otorgar protección diplomática o arrogarse/entablar reclamación internacional alguna con respecto a dicha controversia, a menos que el Estado huésped incumpla con el laudo.

## 3. REQUISITO RATIONE MATERIAE

El requisito *ratione materiae* u objetivo engloba dos requisitos: (a) que la controversia sea legal; y (b) que la controversia derive de una inversión. A continuación se explicarán.

### a) La controversia o diferencia debe ser de "naturaleza jurídica"

Durante las labores de redacción del Convenio CIADI se hizo hincapié en el hecho de que el único tipo de controversias que podían ventilarse

<sup>60</sup> O una parte, sub-división o agencia del mismo actuando con la aprobación del Estado.  
<sup>61</sup> Existe una excepción. Una persona jurídica que cuente con la nacionalidad del Estado parte de la diferencia puede considerarse como inversionista extranjero cuando las partes así lo hubieran acordado por estar sujeta a control extranjero (artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI).

en el CIADI eran aquellas de tipo jurídicas. Diferencias de carácter político, económica, financiera o comercial quedaban excluidas de la jurisdicción CIADI. Es decir, diferencias relacionadas o que involucran riesgos comerciales no están comprendidas dentro del ámbito de jurisdicción CIADI. A su vez, al hablar de una controversia legal, necesariamente se es-tima que ello excluye conflictos de intereses.

### b) La controversia o diferencia se derive directamente de una "inversión"

En los *travaux préparatoires* uno se encuentra con que este concepto ha sido enfatizado más no definido. La razón de ello obedece, no a un descuido por parte de los redactores de dicho instrumento, sino que al analizar el punto se encontraron con que la literatura económica variaba en lo que concierne a dicho concepto como también lo hacían las definiciones que acerca de ello brindaban diversas legislaciones en materia de inversión extranjera. Por consiguiente, se estimó más conveniente dejar el término sin definir a efecto de que así lo analizaran los árbitros teniendo todas las circunstancias del caso a su disposición. A su vez, se consideró que el llegar a una definición aceptable del término "inversión" estaba en un segundo plano frente al requisito esencial de consentimiento de las partes.<sup>62</sup>

La mayoría de los tratados de inversión definen "inversión" de una manera amplia y abierta que asegura un gran nivel de flexibilidad en su aplicación. Las definiciones con frecuencia incluyen redacción que se refiera a "cualquier tipo de activos"<sup>63</sup> o "cualquier tipo de inversión en el territorio".<sup>64</sup> Al margen de lo anterior, las definiciones varían en forma importante, por lo cual debe consultarse caso por caso. Inclusive algunos BIT's específicamente establecen que aplican a inversiones realizadas con posterioridad a la conclusión del tratado. En algunos BIT's el término "inversión" se vincula con criterios especiales.

La naturaleza amplia de la definición de "inversión" ha sido confirmada por muchas decisiones de tribunales CIADI derivados de tratado de

<sup>62</sup> En este contexto, y como un comentario al margen, creo conveniente citar el caso *Re-dax N.V. v. República de Venezuela* (Caso No. AKB/96/3. Laudo de fecha 9 de Marzo de 1996) en el cual se consideró que pagavés, que incluso habían circulado, debían ser considerados como una "inversión" y, por ende, se satisfacía el requisito correspondiente para jurisdicción CIADI. Si bien el resultado puede considerarse extremo, se invita al lector a estudiar los razonamientos del tribunal arbitral que son, desde un punto de vista legal y económico/financiero, sofisticados e interesantes.

<sup>63</sup> Por ejemplo, ver el *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Promotion and Receipt Promotion and Protection of the Investment*, del 3 de julio de 1991, artículo 1(a).

<sup>64</sup> Por ejemplo, ver tratado entre Estados Unidos y la República Argentina en relación con la promoción y protección recíproca de inversiones del 20 de octubre de 1994, artículo 1(1)(a).

inversión. Tal es el caso que *Fedax v. Venezuela*<sup>65</sup> en el cual el tribunal arbitral sostuvo que pagarés emitidos por Venezuela y adquiridos por el demandante del titular original en el mercado secundario, mediante endoso, constituían "inversión" de conformidad con el tratado de inversión entre Holanda y Venezuela. El tribunal arbitral analizó la noción de inversión entre bajo tratados bilaterales y multilaterales de inversión y se rehusó a limitarse a la definición clásica de inversión directa, es decir, el destino a limitados o propiedades en negocios con la finalidad de que produzcan ingresos, como así lo pretendía Venezuela.

Otro tribunal CIADI sostuvo que operaciones que, tomadas en forma aislada, podrían no calificarse como "inversiones", pueden de todos modos ser consideradas como "inversión" si la operación en su totalidad de la cual forman parte "se compone de varias transacciones interrelacionadas".<sup>66</sup>

Otro ejemplo lo fue un caso en el cual se declinó jurisdicción sosteniendo que gastos incurridos por el demandante con posterioridad a la firma de una carta de intención con el Estado huésped (*Sri Lanka*) con miras a construir un proyecto de energía, incluyendo las sumas importantes gastadas en la planificación y diseño de la estructura financiera y económica necesaria para la negociación y (eventualmente no exitosa) finalización del contrato, no era una inversión de conformidad con el BIT aplicable.<sup>67</sup> El tribunal arbitral explicó que el cuidado tomado por el Gobierno de *Sri Lanka* durante las negociaciones en el sentido de establecer que la realización de las primeras actividades no creaban derechos y obligaciones entre las partes, era suficiente para restarle tal carácter. Por lo anterior, el tribunal arbitral sostuvo que el demandante no había adquirido activo, derecho o interés alguno que pudiera caer dentro de la definición de inversión. En dicho caso se enfatizó la necesidad de evaluar caso por caso la existencia de una "inversión".

De la revisión de diversos tratados de inversión se percibe que no hay un texto que haya ganado aceptación general, y que, por el contrario, muchos se excluyen de su cobertura inversiones en ciertas industrias u otros sectores. Por consiguiente, la determinación de qué es una "inversión" necesariamente es casuista.

#### 4. "CONTROL" COMO NEXO JURISDICCIONAL CIADI

El Convenio CIADI (artículo 25(2)(b) *in fine*) contempla la posibilidad

<sup>65</sup> *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, decisión sobre objeciones a la jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/96/3, decisión del 11 de julio de 1997, 5 ICSID Reports, 2002, 183.

<sup>66</sup> *Cefkostoverska Obščina Banka A.S. v. The Slovak Republic*, Caso ICSID No. ARB/97/4, decisión sobre objeciones a la jurisdicción del 24 de mayo de 1999, 5 ICSID Reports, 2002, pá. 352.

<sup>67</sup> *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* de 2000, Laudo de 15 de marzo de 2002, 17 ICSID Review-FILJ, 2002, 142.

de un inversionista no extranjero pueda ser considerado como extranjero para efectos de los requisitos de jurisdicción CIADI cuando, por virtud de ser controlado por extranjeros, las partes han acordado tratarlo como tal.<sup>68</sup>

Si bien el acuerdo de las partes para tratarlo como extranjero es una cuestión de fácil verificación, la existencia de control es de verificación más difícil, máxime que el concepto no ha sido definido en el Convenio CIADI y no existe una definición generalmente aceptada del concepto. El tema de "control" ha surgido en cinco casos CIADI. A continuación se resumirán.

En *Amco v. Indonesia*<sup>69</sup> el demandante, una trasnacional estadounidense, constituyó una sociedad en Indonesia ("PT Amco") con la finalidad de que conllevara cierta inversión. Al realizar dicha inversión Amco realizó una solicitud de autorización a la autoridad de Indonesia en materia de inversión extranjera para constituir PT Amco como una compañía indonesia que tuviera como propósito construir y administrar un hotel en Indonesia. Cuando surgió el arbitraje CIADI, Indonesia objetó que PT Amco pudiera ser tratada como una sociedad estadounidense puesto que, no obstante que estuviera controlada por una trasnacional de Estados Unidos, las partes no habían expresamente acordado tratar a PT Amco como un inversionista de otro Estado. El tribunal arbitral sostuvo que, al aceptar la solicitud para constituir a PT Amco que expresamente contemplaba que dicha entidad fuera un "negocio extranjero" (*foreign business*), Indonesia había aceptado que PT Amco fuera tratada como una sociedad de Estados Unidos para propósitos del CIADI.

En *SOABI v. Senegal*<sup>70</sup> el demandante era una sociedad de Senegal propiedad de una sociedad panameña que, a su vez, era propiedad de nacionales belgas. Al momento en que el contrato de inversión fue firmado, Panamá no era una parte contratante de la Convención CIADI, pero Bélgica sí lo era. La cláusula arbitral relevante estableció que, en el caso de surgir una controversia debería ser regida bajo la Convención CIADI, para lo cual el gobierno expresamente acordó que el requisito de nacionalidad, de conformidad con el artículo 25 del Convenio CIADI, había sido acordado. Como es de imaginarse, el tribunal arbitral sostuvo que tenía jurisdicción sobre la controversia, interpretando que el acuerdo arbitral tenía

<sup>68</sup> Para ser exactos, el "control" no es per se el nexo jurisdiccional, sino que satisface el requisito de nacionalidad extranjera de personas morales, que sí es un requisito jurisdiccional.

<sup>69</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1 Decisión sobre jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Report 389, 1983.

<sup>70</sup> *Société Africaine de Bétons Industriels (SOABI) v. State of Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Decisión sobre jurisdicción del 1º de agosto de 1984, 2 ICSID Reports 175, 204, 1984.

como propósito tratar a la sociedad de Senegal como un nacional de Bélgica, para propósitos del CIADI.

En *LETCO v. Liberia*<sup>71</sup> el demandante, una sociedad de Liberia controlada por nacionales franceses, firmó un contrato de concesión con el gobierno de Liberia. No existió acuerdo expreso sobre nacionalidad de LETCO para efectos de la Convención CIADI. El tribunal arbitral sostuvo que tenía jurisdicción sobre la controversia ya que, entre otras cosas, un Estado Contratante, al firmar un contrato de inversión que contenía arbitraje CIADI con una sociedad controlada por extranjeros conociendo que sería sujeto a arbitraje CIADI únicamente si se trata a dicha persona como nacional de otro Estado, debe entenderse que acordó consentir en dar dicho trato al haber acordado una cláusula arbitral CIADI. Lo anterior era especialmente el caso cuando las leyes del Estado contratante requerían del inversionista extranjero el establecimiento localmente como una sociedad nacional, con la finalidad de llevar a cabo la inversión.

En *Vaccum Salt v. Ghana*<sup>72</sup> el demandante era una sociedad de Ghana cuyas acciones eran, en un 80%, propiedad de Vaccum Salt y el restante 20% de un nacional griego. A su vez, el nacional griego era miembro del Consejo de Administración y funcionaba como el consejero técnico de la compañía. No existía acuerdo entre las partes sobre la nacionalidad de Vaccum Salt. El tribunal arbitral sostuvo que no tenía jurisdicción sobre la controversia puesto que el papel individual del griego en la compañía no reunía bajo cualquier criterio objetivo el estándar de control y, por consiguiente, Vaccum Salt no podía ser tratado como un nacional griego para efectos de CIADI.

En *Autopista v. Venezuela*<sup>73</sup> un mexicano<sup>74</sup> era propietario en un 99% de Autopista Concesionada de Venezuela C.A. ("AUCOVEN"), una sociedad venezolana al momento en que el contrato fue firmado. El contrato de concesión establecía arbitraje *ad hoc* en Venezuela. Las partes también establecieron que, en caso de que el accionista mayoritario de AUCOVEN (en aquel entonces mexicano) se convirtiera en nacional del Estado Contratante, en lugar del arbitraje *ad hoc*, las controversias se dirimirían de conformidad con el Convenio CIADI. Eventualmente el accionista mexicano transfirió el 75% de las acciones de AUCOVEN a una sociedad estadouni-

<sup>71</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Republic of Liberia*, Caso CIADI No. ARB/83/2, decisión sobre rectificación (Decision on Rectification) del 17 de junio de 1986, 2 ICSID Report, 346, 1994.

<sup>72</sup> *Vaccum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, Caso CIADI No. ARB/92/1, laudo de fecha 16 de febrero de 1994, 4 ICSID Report, 329, 1997.

<sup>73</sup> *Autopista Concesionaria de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5 decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, 16 ICSID Reports-FILJ, 469, 503, 2001.

<sup>74</sup> México no era parte del Convenio CIADI.

nidense que era una parte relacionada. La transferencia tuvo lugar con autorización de Venezuela. Cuando AUCOVEN presentó su solicitud de arbitraje, Venezuela cuestionó la jurisdicción del tribunal CIADI argumentando que AUCOVEN continuaba siendo controlado por la sociedad controladora mexicana que tenía el 100% de las acciones de la sociedad estadounidense que, a su vez, controlaba a AUCOVEN. El tribunal arbitral sostuvo que sí tenía jurisdicción sobre la controversia. El tribunal arbitral consideró que las partes mismas en su contrato habían expresamente acordado ver hacia la propiedad del accionista mayoritario de AUCOVEN, en vez de la entidad que ejerciera control de AUCOVEN, para efecto del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.

Como comentario general a los casos mencionados debe hacerse hincapié en el acuerdo que documente la inversión sobre el consentimiento y jurisdicción CIADI, así como la nacionalidad de las partes al momento en que el contrato de inversión sea firmado. Este aspecto es de importancia medular para los inversionistas potenciales ya que la forma en que queda asentada la nacionalidad de las partes en su cláusula arbitral es de suma importancia. Al respecto es recomendable que las partes tomen alguna de las siguientes precauciones: (a) estipular en el contrato que el inversionista es un nacional de un Estado Contratante distinto al Estado huésped; o (b) establecer que, no obstante que el inversionista es un nacional del Estado huésped, está controlado por nacionales de otro Estado Contratante, y, por consiguiente, será tratado como un nacional de dicho Estado para efectos de jurisdicción CIADI.

##### 5. ÓRGANOS GUBERNAMENTALES COMO PARTES DE ARBITRAJE CIADI

Un tema complicado bajo el artículo 25 del Convenio CIADI es saber si un órgano gubernamental califica como parte para efectos del Convenio CIADI. Al respecto existen dos requisitos especiales:

1. Que el Estado huésped haya designado a dicho órgano o agencia ante el CIADI para efectos del artículo 25(1) como posible parte de un arbitraje CIADI; y

2. Que el Estado huésped haya específicamente aprobado el consentimiento otorgado por el órgano o agencia, o renuncié a su derecho para aprobarlo, de conformidad con el artículo 25(3) del Convenio CIADI.<sup>75</sup>

Un inversionista que negocie un contrato con una agencia u órgano de un Estado Contratante del Convenio CIADI debe, para asegurar acceso a CIADI, estipular dichos requisitos en el acuerdo arbitral. La cláusula arbitral debe identificar: (a) el nombre preciso de la agencia u órgano rele-

<sup>75</sup> La importancia de dicha designación está ilustrada por el caso *Cable Television of Nevada, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis*, Caso CIADI No. ARB/95/2, laudo de fecha 13 de enero de 1997, 5 ICSID Reports, 106, 2002.



vante; (b) los datos de la designación para efectos del CIADI por el Estado Contratante; y (c) el instrumento por el cual el Estado Contratante ha aprobado el consentimiento al arbitraje CIADI por la agencia u órgano, o notificando al CIADI dicha aprobación.

Es de sugerirse que se obtenga un compromiso por escrito del Estado Contratante para designar a cualquier entidad substituta o sucesora/cesionaria.

Es importante la designación por un Estado huésped de una agencia u órgano como una parte que puede someter controversias a arbitraje CIADI no implica que el Estado mismo haya consentido a la jurisdicción CIADI. Para ello, será necesario que el Estado otorgue dicho consentimiento en forma expresa.

#### D. RENUNCIA A INMUNIDAD SOBERANA

El tema de inmunidad soberana es uno delicado que tiene un impacto importante en el arbitraje CIADI puesto que de poco le servirá un laudo favorable a un inversionista si no puede ejecutarlo coactivamente en contra de la voluntad del Estado huésped.

Los casos internacionales han discernido entre dos tipos de inmunidad que deben diferenciarse: la inmunidad de ser demandado, y la inmunidad de ejecución. El régimen de cada uno es distinto.

El artículo 25 del Convenio CIADI establece que el consentimiento al arbitraje implica una renuncia irrevocable a la inmunidad de ser demandado, es decir, de ser parte en el arbitraje. Vinculado por su consentimiento el Estado no podrá interponer una excepción de inmunidad soberana que pudiera frustrar el arbitraje bajo la Convención CIADI. Es decir, el consentimiento al arbitraje CIADI implica una renuncia al primer tipo de inmunidad soberana: inmunidad a ser demandado.

Sin embargo, la Convención no altera ni prevalece sobre las disposiciones nacionales en materia de inmunidad soberana en relación con el reconocimiento y ejecución del laudo. El efecto combinado de los artículos 54(3) y 55 del Convenio CIADI es sujetar la ejecución del laudo CIADI a las leyes nacionales en materia de inmunidad soberana. La inmunidad soberana varía en cada jurisdicción. Mientras que algunos Estados tienen inmunidad absoluta de ejecución, otros permiten la ejecución en contra de sus activos soberanos utilizados para asuntos comerciales o en contra de los activos relacionados con la obligación que debe ser ejecutada. A su vez, algunas legislaciones extienden inmunidad soberana a sus subdivisiones y órganos.

A conocimiento del autor, solo en tres casos han inversionistas extranjeros tenido que seguir procedimiento de ejecución de laudos CIADI que les favorecen: *Benvenuti v. Congo*, *SOABI v. Senegal* y *LETCO v. Liberia*.

En *Benvenuti v. Congo*<sup>76</sup> el demandante solicitó que el Tribunal de Gran Instancia de París ordenara la ejecución de un laudo CIADI. La corte emitió una orden de ejecución agregando que no podría ser trabada en contra de activos de Congo ubicados en Francia al ser necesario recabar una autorización de la corte para su ejecución puesto que algunos de los activos podían estar protegidos por inmunidad soberana.<sup>77</sup> La Corte de Apelación eliminó el texto que limitaba la ejecución sosteniendo que contradecía el mecanismo simplificado de ejecución bajo el Convenio CIADI.

En *SOABI v. Senegal*<sup>78</sup> sucedió algo similar. El Tribunal de Gran Instancia de París le otorgó una orden a SOABI para ejecutar el laudo CIADI en contra de Senegal. La Corte de Apelación revocó la orden y bloqueó la ejecución puesto que no estaba convencida que SOABI ejecutaría la misma únicamente en contra de activos específicamente utilizados por Senegal para actividades económicas y comerciales.<sup>79</sup> La Corte de Casación revocó la decisión de la Corte de Apelación sosteniendo que la decisión de ejecución de la corte de primera instancia no era en sí un acto de ejecución que le da derecho a Senegal a reclamar la inmunidad soberana.<sup>80</sup>

En *LETCO v. Liberia*<sup>81</sup> Una corte federal estadounidense de primera instancia emitió una orden de reconocimiento y ejecución del laudo a favor de LETCO en contra de Liberia<sup>82</sup> y LETCO obtuvo una orden de ejecución que buscaba embargar derechos de registro e impuestos que se le debían al gobierno de Liberia. Liberia apeló la orden argumentando que dichos derechos de registro e impuestos eran activos soberanos inmunes de ejecución bajo la ley de inmunidad soberana de Estados Unidos.<sup>83</sup> La Corte de Apelación estuvo de acuerdo y anuló la orden de ejecución, pero autorizó a LETCO para solicitar la ejecución sobre activos utilizados para fines comerciales del Gobierno de Liberia, de conformidad con la excep-

<sup>76</sup> *Benvenuti & Bonfont Srl. v. The Government People's Republic of the Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/2, decisión del Tribunal de Gran Instancia de París del 13 de enero de 1981, 1 ICSID Reports, 1993, 368.

<sup>77</sup> *Benvenuti & Bonfont Srl. v. The Government People's Republic of the Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/2, decisión de la corte de apelación de París del 26 de junio de 1981, 1 ICSID Reports, 1993, 368.

<sup>78</sup> *Société Ouest Africaine de Bétons Industriels (SOABI) v. State of Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo de 25 de febrero de 1988, 2 ICSID Reports, 1994, 164.

<sup>79</sup> Corte de Apelación de París decisión de 5 de diciembre de 1989, 2 ICSID Reports, 1994, pg. 337.

<sup>80</sup> Decisión de la Corte de Casación del 11 de junio de 1991, 2 ICSID Reports, 1994, pg. 341.

<sup>81</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, Caso ICSID No. ARB/83/2, decisión sobre rectificación del 17 de junio de 1986, 2 ICSID Reports, 1994, pg. 346.

<sup>82</sup> Decisión del 5 de septiembre de 1986, *United States District Court for the Southern District of New York*, 2 ICSID Report, 1986, pg. 384.

<sup>83</sup> La *Foreign Sovereign Immunities Act* de E.U. ("FSIA")

ción comercial permitida en la FSIA.<sup>84</sup> Con posterioridad, LETCO obtuvo órdenes de ejecución para embargar cuentas bancarias de la embajada de Liberia en Washington DC. Otra corte federal de primera instancia anuló dicha orden sosteniendo que las cuentas eran inmunes de embargo bajo la FSIA, no obstante que contenían fondos utilizados para fines tanto públicos como comerciales, ya que la utilización por la embajada de ciertos fondos para fines comerciales no le restaban de inmunidad soberana a la totalidad de la cuenta bancaria.<sup>85</sup>

Como puede verse de los casos apuntados, el régimen en materia de ejecución de laudos en contra de Estados es variable, complejo e incierto. Ante ello se debe solicitar que el Estado renuncie, no sólo a la inmunidad de procedimiento, sino también de ejecución para asegurar su eventual ejecución. Claro, la factibilidad de que ello suceda es poca por razones políticas.

La realidad es que los inversionistas tienen recursos muy limitados en contra de Estados que incumplan con su obligación de reconocer y ejecutar laudos CIADI. Estos serán analizados en la sección IV.G del presente.

#### E. DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

Mucho se podría decir acerca del procedimiento CIADI, sin embargo, me limitaré a mencionar dos principios vertebrales del mismo que son con frecuencia pasados por alto por las cortes locales que analizan los laudos CIADI:

1. *Exhaustividad*: Todo lo relativo al procedimiento arbitral está regido en forma exhaustiva en el Convenio CIADI.<sup>86</sup> El Convenio CIADI constituye la *lex arbitri*.<sup>87</sup>
2. *Hermeticidad*: El Convenio CIADI establece un régimen especial aislando de procedimientos locales al laudo derivado de un procedimiento CIADI. Los únicos recursos son aquellos contemplados en el Convenio CIADI.<sup>88</sup>

Como dato interesante, por lo general los tribunales CIADI están compuestos por tres árbitros más que un solo árbitro, y nunca ha existido uno de cinco árbitros.

<sup>84</sup> Decisión del 12 de diciembre 1986, 2 ICSID Reports, 1994 384; (S.D.N.Y. 1986), 650, F. Supp.

<sup>85</sup> Decisión de *United States District Court for the District of Columbia*, 15 de abril de 1987, 2 ICSID Report, 1994, 390; 659 F. Supp. 606 D.C. 1987).

<sup>86</sup> Artículos 37-40 del Convenio CIADI.

<sup>87</sup> Ver artículo 44 del Convenio CIADI.

<sup>88</sup> Artículos 51-53 del Convenio CIADI.

#### F. DERECHO APLICABLE AL FONDO

El Reglamento CIADI, como en todas las reglas arbitrales modernas, rige el principio de autonomía de la voluntad.<sup>89</sup> Es decir, el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes.

En ausencia de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará la ley del Estado Contratante involucrado en la controversia en cuestión (incluyendo su normas de derecho internacional privado) y el derecho internacional que resulte aplicable.<sup>90</sup>

En este orden de ideas resulta conveniente mencionar otro de los aspectos más interesantes y asombrosos (en opinión del autor) del esquema CIADI: el artículo 42 del Convenio está diseñado de tal manera que, en la resolución de la controversia, el tribunal arbitral aplicará el derecho sustantivo del Estado huésped cotejándolo con el derecho internacional. Del anterior ejercicio puede suceder que el derecho local no se aplique, se vea desplazado, en caso de que el tribunal arbitral llegue a la conclusión que el mismo viola o no es conforme con el mínimo que exige el derecho internacional.<sup>91</sup>

Dicho de otra manera, el derecho internacional puede resultar *correctivo* del derecho local.<sup>92</sup> Mucho se ha comentado en la doctrina internacional en torno al mismo por la trascendencia que ello lleva aparejado.<sup>93</sup> Esta postura ha sido confirmada por la tendencia en virtud de la cual los arbitrajes CIADI están regidos por el derecho internacional por virtud del hecho de que el tratado de inversión implícita o explícitamente establece que las controversias deben ser solucionadas no exclusivamente en

<sup>89</sup> Ibrahim F.I. Shihata y Antonio R. Parra, *APPLICABLE SUBSTANTIVE LAW IN DISPUTES BETWEEN STATES AND PRIVATE FOREIGN PARTIES: THE CASE OF ARBITRATION UNDER THE ICSID CONVENTION*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 9, No. 2, 1994 pg. 189.

<sup>90</sup> Artículo 42 del Convenio CIADI.

<sup>91</sup> Cualquiera que ello sea. Como seguramente el lector habrá pensado al leer lo anterior, el derecho internacional es altamente abstracto en esta área —como en muchas otras— y la prueba de su contenido y exitoso convencimiento en el ánimo de los árbitros obedecerá con gran probabilidad a la habilidad y adiestramiento en temáticas internacionales con la que cuentan los abogados involucrados.

<sup>92</sup> Ver, por ejemplo, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, laudo de fecha 17 de febrero de 2000, 15 ICSID Review-FILJ 169, 191 (2000); *Köcker Industrie Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, S.A.*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre nulidad del 3 de mayo de 1985, 2 ICSID Reports, 95, 122 (1994) en donde se detalló que el derecho internacional prevalece sobre el derecho del Estado huésped en caso de que dicho derecho no se conforme con los principios del derecho internacional ("International law prevails over the host State's law should the State's law not conform on all points to the principles of international law").

<sup>93</sup> Ibrahim F.I. Shihata y Antonio R. Parra, pg. 192. Ver, a su vez, Christoph Schreuer, COMMENTARY ON THE ICSID CONVENTION, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 12, No. 2, 1997 pg. 398.

base a la disposición del tratado en cuestión, pero también, en general, por los principios y reglas del derecho internacional.<sup>94</sup>

### G. RECURSOS

En el esquema CIADI no hay apelación. Sin embargo, existen tres recursos que pueden utilizarse en contra del laudo emitido de conformidad con el CIADI:

1. Interpretación: Consiste en la solicitud de determinar/interpretar el significado o alcance de un laudo para alguna de las partes. Se procura que, en la medida de lo posible, dicho procedimiento sea sometido al mismo tribunal que emitió el laudo. En caso de que esto sea imposible, se constituirá un nuevo tribunal de conformidad con el Convenio CIADI.<sup>95</sup>
2. Revisión: Consiste en la solicitud basada en el descubrimiento de alguna circunstancia de hecho cuya naturaleza sea decisiva y afecte el laudo. El hecho debe haber sido desconocido por el tribunal y el solicitante y la ignorancia del solicitante de dicho hecho no se haya derivado de su propia negligencia.<sup>96</sup>
3. Nulidad: La nulidad del laudo puede ser solicitada en los siguientes casos:<sup>97</sup>
  - a) Que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
  - b) Que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
  - c) Que hubiera habido corrupción de algún miembro del tribunal;
  - d) Que hubiera quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento; <sup>98</sup>
  - e) Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

<sup>94</sup> Al respecto ver, casos *Emilio Maffezini v. The Kingdom of Spain* (Caso No. ICSID No. Arb/97/7, decisión sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000, 5 ICSID Reports, 2002, 396); *Compañía de Aguas de Acazuqio S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic (Vivendi)* (Caso CIADI No. ARB/97/3, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports, 2002, 296); *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo*, (Caso CIADI No. Arb/93/1, laudo de fecha 21 de febrero de 1997, 5 ICSID Reports, 2002, 14); *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (Caso CIADI No. Arb/98/4, decisión sobre nulidad del 5 de febrero de 2002, 41 I.L.M. 933, 2002).

<sup>95</sup> Regla 19 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario.

<sup>96</sup> Artículo 50 del Convenio CIADI.

<sup>97</sup> Artículo 51 del Convenio CIADI.

<sup>98</sup> Artículo 52 del Convenio CIADI.

en inglés del Reglamento CIADI. Sugiero que al estudiar el tema, se utilice la versión que pueden ser importantes. Por ejemplo, el adjetivo "fundamental" en la sección d) es omiso en la versión en español, mientras que la versión en inglés lo contempla, y los *travaux préparatoires* hacen ver que el mismo cumple un propósito importante.

<sup>98</sup> En *MINE v. Guinée* se sostuvo que el requisito bajo esta causal era doble: no sólo que el no cumplimiento de una norma fuera grave, sino que la norma de procedimiento fuera *fundamental* (*Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea* Caso

En los casos en que se solicite la nulidad, la solicitud no se somete al tribunal que emitió el laudo original sino a un Comité *ad hoc* constituido por tres miembros seleccionados por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI. El Comité podrá anular el laudo en todo o en parte.

En caso de que el Estado Contratante no cumpla con sus obligaciones bajo el laudo, se generaran dos consecuencias jurídicas:<sup>99</sup>

1. El renacimiento del derecho a la protección diplomática (mismo que hasta entonces había quedado suspendido, por virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Convenio CIADI);

2. Procedimientos en contra del Estado recalitrante ante la Corte Internacional de Justicia.<sup>100</sup>

Mientras no se instaure alguno de los recursos anteriormente mencionados, el laudo tiene fuerza de *res judicata* y, por virtud de lo dispuesto en el Artículo 54 del Convenio CIADI, se le da entera fe y crédito internacional al mismo (ante los demás Estados Contratantes) ya que dicho precepto requiere que los Estados Contratantes del Convenio CIADI otorguen el mismo trato a un laudo CIADI del que darían a una sentencia final de una corte de un juez estatal local.

La obligación anteriormente descrita es especialmente importante si se tiene en cuenta que, bajo el derecho consuetudinario internacional, no existe la obligación de reconocer o ejecutar sentencias y laudos arbitrales extranjeros,<sup>101</sup> ya que tal homologación queda sujeta a la ley interna del Estado ante el cual se solicitó a menos que existan tratados concluidos por el Estado en cuestión que resulten aplicables.

Este mecanismo auto-contenido de arbitraje de ejecución deslocalizado insula los laudos arbitrales CIADI del escrutinio de los jueces nacionales hasta que el laudo sea ejecutado, en cuyo momento las leyes del Estado de ejecución aplican.

Lo anterior hace que el arbitraje de inversión CIADI sea (junto con el arbitraje deportivo, que se tratará en el capítulo siguiente) la instancia que más se ha acercado a la consecución del sueño de los internacionalistas de crear un régimen de arbitraje deslocalizado o a-nacional.

CIADI ARB/84/4, decisión sobre nulidad, 22 de diciembre de 1989, 4 ICSID Reports, 1997, Pgs. 79, 87).

<sup>99</sup> A la fecha, ninguna de estas opciones ha tenido que ser ejercida.

<sup>100</sup> Artículo 64 del Convenio CIADI.

<sup>101</sup> Dicha deficiencia del derecho internacional se ha intentado enmendar mediante diversas convenciones internacionales en materia de ejecución de laudos arbitrales extranjeros como lo han sido la Convención de Ginebra de 1927, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958, la Convención Europea en materia de arbitraje internacional (Ginebra, 1961), la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), y la Convención de Montevideo de 1979.

### H. EXPERIENCIA EN MATERIA DE NULIDAD DE LAUDOS CIADI

La experiencia que a la fecha ha existido sobre la nulidad de laudos CIADI es interesante. Se comentará brevemente.<sup>102</sup> Por principio de cuentas debe mencionarse que de los (aproximadamente)<sup>103</sup> 32 casos<sup>104</sup> que han dado lugar a laudos que pueden ser recurridos mediante el mecanismo descrito en la sección que antecede, únicamente en siete se han iniciado procedimientos de nulidad y cinco han sido seguidos —como a continuación se detallarán.

La primera ronda de casos que involucraron la nulidad de laudos CIADI en los años 80's atrajo mucha atención en la comunidad legal internacional.

Los comités *ad hoc* en las primeras 3 casos de nulidad (*Klöckner v. Cameroon*, *AMCO Asia v. Indonesia*, y *MINE v. Guinea*) anularon en parte los laudos en cuestión. En cada uno de estos tres casos las partes procedieron a someter sus controversias a un segundo tribunal arbitral y, en dos de ellos, se generó una segunda ronda de procedimientos de nulidad.

En *Klöckner v. Cameroon*<sup>105</sup> la controversia surgió de contratos para el suministro para una fábrica de fertilizantes en Camerún. Tanto el inversionista privado Klöckner y el Gobierno de Camerún presentaron reclamaciones en el arbitraje, todas las cuales fueron rechazadas en 1983. Klöckner solicitó la nulidad del laudo y en 1985 el Comité *ad hoc* lo anuló en su totalidad sosteniendo que el tribunal arbitral había excedido manifiestamente sus poderes al aplicar el derecho local. El Comité *ad hoc* sostuvo que el tribunal arbitral había postulado, pero no demostrado, la aplicación de ciertos principios de derecho francés.<sup>106</sup> El Comité *ad hoc* también determinó que ciertas determinaciones del tribunal arbitral no podían ser explicadas.

Con posterioridad a la nulidad, se inició un nuevo procedimiento. El

<sup>102</sup> A enero de 2003, once solicitudes de nulidad habían sido presentadas en relación con nueve casos (en dos casos existieron dos procedimientos de nulidad). Dos de las once solicitudes fueron desechadas de inmediato, por solicitar la nulidad de decisiones que no eran laudos finales. Una tercera fue suspendida por falta de pago del anticipo para gastos por el demandante. Una cuarta fue transigida antes de que el Comité *ad hoc* diera una decisión. Dado que dos de las decisiones que a la fecha existen se mantienen confidenciales, únicamente existen 5 casos de nulidad públicamente disponibles.

<sup>103</sup> El motivo del adjetivo que resta exactitud al número obedece a que, dado el dinamismo del tema y el tiempo que toma publicar, para cuando el lector esté leyendo estas palabras, el número con toda probabilidad habrá cambiado.

<sup>104</sup> A enero de 2002, 37 laudos CIADI han sido emitidos, incluyendo cuatro bajo el Mecanismo Complementario. Un caso fue descontinuado (*S.P.L. v. The Arab Republic of Egypt*).

<sup>105</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, laudo de fecha 21 de octubre de 1983, 2 ICSID Reports, 1994, pg. 9.

<sup>106</sup> Tanto el segundo laudo del 26 de enero de 1988 como la segunda decisión del Comité *ad hoc* del 17 de mayo de 1990 no fueron publicados.

nuevo tribunal arbitral emitió un segundo laudo que fue atacado por ambas partes. Un segundo Comité *ad hoc* rechazó las solicitudes de las partes por motivos de imposible discernimiento dado que ni el laudo del Comité ni el laudo del tribunal son públicos.

*AMCO v. Indonesia*<sup>107</sup> involucró la revocación ilegal por parte del gobierno de Indonesia de una autorización para inversión que había otorgado a AMCO con la finalidad de desarrollar y administrar un hotel en Indonesia. El resultado fue que el laudo condenó a Indonesia a pagar a AMCO daños y perjuicios por 3.2 millones de dólares.

Indonesia solicitó la nulidad del laudo. El Comité *ad hoc* anuló el laudo casi en su totalidad considerando que, no obstante que el tribunal arbitral había correctamente identificado el derecho aplicable, no lo había aplicado en verdad.

Habiendo determinado que el tribunal arbitral había equivocadamente sostenido que la licencia otorgada por Indonesia fue ilegalmente revocada, el Comité *ad hoc* también anuló el otorgamiento de daños y perjuicios que se basó en dicha determinación.<sup>108</sup>

Se inició un nuevo procedimiento CIADI. El segundo tribunal emitió un laudo a favor de AMCO, el cual ambas partes solicitaron que fuera anulado.<sup>109</sup> El segundo Comité *ad hoc* decidió en contra de dicha solicitud de 1992, también por motivos que son desconocidos puesto que la segunda decisión de nulidad no fue publicada.

En *MINE v. Guinea*,<sup>110</sup> Guinea solicitó la nulidad parcial de un laudo emitido por un tribunal CIADI en el que otorgaba daños y perjuicios por el monto de 12 millones de dólares. El Comité *ad hoc* dejó intacta la validez de la decisión sobre la responsabilidad de Guinea pero anuló la determinación de daños con motivo de que no se dieron razones para ello. El Comité *ad hoc* determinó que el tribunal arbitral había omitido tratar dos puntos determinados por Guinea que, de ser correctos, hubiera sustancialmente reducido los daños y perjuicios y sus intereses. Las partes comenzaron un nuevo arbitraje que fue transigido en la mitad del camino.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> *AMCO Asia Corporation and others v. Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, laudo del 20 de noviembre de 1984, 1 ICSID Reports, 1993, pg. 413.

<sup>108</sup> *AMCO Asia Corporation and others v. Indonesia*, Caso ICSID No. ARB/81/1, decisión sobre la solicitud de nulidad del 16 de mayo de 1986, 1 ICSID Reports, 1993, pg. 509.

<sup>109</sup> *AMCO Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso ICSID No. ARB/81/1, laudo en el caso resometido el 31 de mayo de 1990, 1 ICSID Reports, 1993, pgs. 569 y 580.

<sup>110</sup> *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, Caso ICSID ARB/84/4, laudo del 6 de enero de 1988, 4 ICSID Reports, 1997, pg. 54.

<sup>111</sup> *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, Caso CIADI ARB/84/4, decisión sobre nulidad, 22 de diciembre de 1989, 4 ICSID Reports, 1997, pgs. 79, 87.

Los primeros Comités *ad hoc* en *Klöckner* y *AMCO* fueron muy criticados. Se argumentó que los comités se habían excedido de su mandato examinando el fondo de los laudos y que, por consiguiente, se transfirieron a los redactores del Convenio CIADI que el mecanismo *ad hoc* fuera únicamente una válvula de seguridad para laudos irregulares.<sup>112</sup> El temor de fondo era que el objetivo de finalidad de los laudos CIADI, lo cual era uno de los objetivos que los arquitectos del mismo tuvieron en mente al diseñarlo, estaba siendo comprometido en forma importante. Sin embargo, esta tendencia parece haberse corregido con las decisiones de los Comités *ad hoc* en *MINE* y las decisiones del primero y segundo Comité *ad hoc* en la segunda ronda de *Klöckner v. Cameroon* y de *AMCO v. Indonesia* en donde no se anuló la segunda ronda del laudo en dichos casos.<sup>113</sup>

Después de una década de casi inactividad, en diciembre de 2000 se registraron tres solicitudes de nulidad: *Gruslin v. Malaysia*,<sup>114</sup> *Wena v. Egipto*,<sup>115</sup> y *Vivendi*.<sup>116</sup> A continuación se tratarán someramente.<sup>117</sup>

En *Wena v. Egipto* el Gobierno Egipcio solicitó la nulidad de un laudo en el cual se le sostenía responsable por la expropiación de Wena, una compañía de administración hotelera de Reino Unido. El Comité *ad hoc* rechazó todas las bases de nulidad.

En *Vivendi*<sup>118</sup> el inversionista solicitó la nulidad parcial del laudo del tribunal arbitral CIADI que desechó las pretensiones del inversionista en su totalidad. El Comité *ad hoc* anuló parcialmente el laudo sosteniendo, entre otras cosas, que el tribunal arbitral se había excedido en sus poderes al determinar que tenía jurisdicción sobre las reclamaciones del inversionista basadas en el tratado de inversión en contra de la provincia de Tucumán, Argentina, pero rehusar a considerar el fondo de dichas reclamaciones puesto que se traslapaban con reclamaciones contractuales que requerían (en la opinión del tribunal arbitral) consideración por tribunales administrativos locales.

<sup>112</sup> Schreuer, ICSID CONVENTION, A Commentary, Cambridge University Press, 2001 pgs. XI-XIII.

<sup>113</sup> Schreuer, ICSID CONVENTION, A Commentary, pgs. 900-901.

<sup>114</sup> *Phillippe Gruslin v. Malaysia*, Caso CIADI No. ARB/99/3, laudo de fecha 27 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports, 2002, pg. 484.

<sup>115</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/98/4, decisión sobre nulidad del 5 de febrero de 2002.

<sup>116</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux v. República del Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports, 2002, pg. 296. Este caso es conocido como *Vivendi*.

<sup>117</sup> Salvo el primer caso puesto que no se siguió al no haber cubierto el demandante el anticipo de gastos.

<sup>118</sup> *Vivendi v. Argentina*, laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, Caso ICSID ARB/97/3, 5 ICSID Reports, 2002, pg. 296.

### I. EJECUCIÓN DE LAUDOS CIADI

La efectividad del arbitraje depende en buena medida (o en su totalidad —algunos dirían) en el grado de finalidad de un laudo y la facilidad con la que se puede ejecutar por la parte que prevalece. En este aspecto crítico las disposiciones sobre rigurosa finalidad y el procedimiento de ejecución auto-contenido del CIADI lo distinguen de cualquier otro régimen de arbitraje comercial internacional.

La experiencia demuestra que la mayoría de los casos CIADI se transigen. Sin embargo, conocer las medidas disponibles en caso de desatado por una de las partes es indispensable.

El régimen de reconocimiento y ejecución de los laudos CIADI es radicalmente distinto a aquél existente para los laudos arbitrales normales. No sólo eso, el régimen bajo el Convenio CIADI es aun más favorable que aquél de la Convención de Nueva York. La Convención CIADI no refleja las causales para no reconocimiento y ejecución de laudos que contempla el artículo V de la Convención de Nueva York. Tomó un umbral aun más alto: aquél detallado en la sección IV.G.3 anterior.

El Convenio CIADI no acepta ninguna causal para rehusar el reconocer o ejecutar un laudo CIADI. Requiere, en su lugar, que las cortes nacionales de los Estados Contratantes reconozcan y ejecuten los laudos en forma inmediata como si fueran sentencias judiciales emitidas por las cortes estatales. Es decir, les da "entera fe y crédito" internacional.

Al margen del anterior esquema jurídico de la ejecución del laudo CIADI, debe mencionarse que existe un aspecto meta-jurídico que impacta la ejecución de dichos laudos: el "factor Banco Mundial". Dado que el CIADI es una institución afiliada al Banco Mundial, existe un cierto "temor reverencial" al Banco Mundial, y sus políticas de extensión de créditos, que beneficia las posibilidades de ejecución de un laudo CIADI. Si bien dicho aspecto psicológico es inverificable, muchos practicantes le otorgan un peso importante.

### J. EL MECANISMO COMPLEMENTARIO

#### 1. INTRODUCCIÓN

Con posterioridad a la creación del CIADI, el Secretariado recibió múltiples cuestionamientos acerca de la posibilidad de que el mismo prestara sus servicios con respecto a controversias en las que figuraran Estados Contratantes y nacionales de otros Estados que no fueran contratantes del Convenio CIADI y, por consiguiente, no tuvieran acceso a la jurisdicción CIADI.

Como resultado de lo anterior el 27 de septiembre de 1978 el Consejo Administrativo del CIADI aprobó las reglas del Mecanismo Complementa-

rio del CIADI por virtud del cual el Secretariado del CIADI puede administrar procedimientos que originalmente están fuera del ámbito de jurisdicción de dicho centro.

## 2. ARBITRAJE BAJO EL MECANISMO COMPLEMENTARIO

Bajo el Mecanismo Complementario tres tipos de procedimientos pueden ser administrados que, de otra manera, no cumplirían los requisitos de jurisdicción CIADI:

- a) *Suplir la Deficiencia de Requisito Ratione Personae*: Cuando una de las partes no sea Estado Parte o nacional de un Estado Parte.
- b) *Suplir la Deficiencia de Requisito Ratione Materiae*: Cuando la controversia no surja directamente de la Inversión. En este caso el Secretario General del CIADI dará su aprobación únicamente si la transacción que dio origen a la controversia tiene características que lo distinguen de transacciones comerciales internacionales ordinarias. Lo anterior para evitar que el CIADI se convierta en un foro de arbitraje comercial internacional.
- c) *Determinación de Hechos ("Fact-Finding Proceedings")*: Procedimientos en los cuales se busca únicamente la determinación de hechos, mas no resolver controversias.

La razón de incluir procedimientos de Determinación de Hechos ("Fact-Finding") en el Mecanismo Complementario fue que se percibió la necesidad, tanto en los círculos públicos y privados, para dicho tipo de procedimientos en situaciones previas a que se detone una controversia. Lo anterior resulta útil en la medida que proporciona a las partes un análisis imparcial y frío de los hechos (*no derechos*) los cuales en ciertos casos pueden prevenir que diferencias de punto de vista o de apreciación de los hechos empeoren o se magnifiquen hasta convertirse en controversias legales.

La razón de todo lo anterior ha sido para promover el uso del Convenio CIADI en mayor número de casos posibles.

Un requisito que vale la pena tener en mente acerca del uso del Mecanismo Complementario es que el acceso al uso del Mecanismo Complementario está sujeto a la aprobación previa por parte del Secretario General.<sup>119</sup>

## 3. CONSECUENCIAS DE SEGUIR ARBITRAJES BAJO EL MECANISMO COMPLEMENTARIO

Es importante mencionar que un procedimiento seguido de conformidad con el Mecanismo Complementario lleva aparejado una consecuencia legal de suma importancia: ninguna de las disposiciones del Convenio

<sup>119</sup> Artículo 4º de las Reglas del Mecanismo Complementario.

CIADI serán aplicables a los procedimientos arbitrales en cuestión.<sup>120</sup> Por lo anterior, los procedimientos y laudos arbitrales no estarán aislados del derecho local y la ejecución del laudo estará regida por la ley del foro (*la lex arbitri*) incluidas las convenciones internacionales que resulten aplicables.

Lo anterior cobra mayor importancia si se tienen en mente los principios vertebrales que rigen el procedimiento CIADI, mismos que fueron expuestos con anterioridad.

## V. CASOS EN LOS QUE MÉXICO HA SIDO PARTE

Al momento de elaboración del presente comentario, México había sido parte de doce<sup>121</sup> procedimientos arbitrales ante el CIADI de los cuales únicamente cinco han concluido. A continuación se hará una somera mención de estos casos a efecto de proceder a comentar su incidencia sobre nuestro tema.

### 1. ROBERT AZINIAN Y OTROS V. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS<sup>122</sup>

Los Demandantes, Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca iniciaron un procedimiento al amparo del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte ("TLCAN") en su carácter de accionistas de la sociedad Desechos Sólidos de Naulcaplan, S.A. de C.V. ("Desona") que era concesionaria de un Contrato para la recolección de desechos de Naulcaplan de Juárez. En resumidas cuentas, el Ayuntamiento revocó la concesión fundamentando su actuar en una serie de 'irregularidades' detectadas en relación con la conclusión y cumplimiento de la Concesión. Después de un procedimiento se comprobó que de 27 aparentes irregularidades, 9 habían sido probadas. Después de haber perdido dicho proce-

<sup>120</sup> Artículo 3º de las Reglas del Mecanismo Complementario.

<sup>121</sup> *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2); *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2); *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (Caso No. ARB(AF)/99/1); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (Caso No. ARB(AF)/00/2); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3); *Adams et al v. United Mexican States* (Notificación de Arbitraje presentada el 16 de febrero de 2001); *Calmark Commercial Development Inc. and the United Mexican States* (Notificación de Arbitraje de fecha 11 de enero de 2002); *Corn Products International v. the United Mexican States* (Notificación de Arbitraje de 2002); *Fireman's Fund and the United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01); *Frank and the United Mexican States* (Notificación de arbitraje del 5 de agosto de 2002); *GAMI Investments, Inc. and the United Mexican States* (Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01); *International Thunderbird Gaming Corporation v. the United Mexican States* (arbitraje bajo el reglamento de arbitraje de la UNCITRAL iniciado en 10 de agosto de 2001). Esta información es vigente a junio de 2004.

<sup>122</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2. Laudo de fecha Noviembre 1, 1999.