

El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Pedro Claros Alegría

(★)

Abstract

This paper aims to summarize the arbitration system created under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention). Firstly, it addresses the origin and purposes of ICSID (or the Center), established in 1966 pursuant to the referred convention, as well as its nature and organization. Secondly, the main characters of the ICSID mechanism for settlement of investment disputes are addressed by defining the Jurisdiction of the Center.

Additionally, the paper deals with ICSID arbitration proceedings, with specific reference both to delocalized arbitration as the main feature of ICSID awards, and the Additional Facility Rules. Finally, the present status of the ICSID Convention is analyzed, covering both the reasons for the recent proliferation of ICSID arbitration and the challenges it will probably have to face in the forthcoming years.

I. Introducción: Origen Y Finalidad Del CIADI

A. El CIADI como institución del Grupo del Banco Mundial

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI o el Centro) es una institución afiliada al Banco Mundial, creada bajo los auspicios de éste en virtud del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” hecho en Washington, D.C. el 18 de marzo de 1965 (en adelante, el Convenio).

Se trata, pues, de una de las instituciones que conforman lo que se ha dado en denominar el “Grupo del Banco Mundial”. Las dos instituciones principales del Banco Mundial son el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), [page "11"](#) que inició sus actividades en 1946, en cumplimiento de los Acuerdos de posguerra de Bretton Woods de julio de 1944, y la Asociación Internacional de Fomento (AIF), creada a iniciativa de la Junta de Gobernadores del propio BIRF en 1960. Ambas instituciones comparten una misma estructura orgánica y se denominan conjuntamente como el Banco Mundial. Junto a ellas, las llamadas “instituciones afiliadas” al Banco Mundial son la Corporación Financiera Internacional (CFI, creada por el BIRF en 1956), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI, creado por el BIRF en 1985) y el CIADI ⁽¹⁾.

Author

Pedro Claros Alegría

Organization

International Centre for Settlement of Investment Disputes

Source

Pedro Claros Alegría, **El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)** in David Arias and Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (© Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España 2008, Volume 2008 Issue 1) pp. 11 - 55

Según el art. 1 del Convenio, el objeto del Centro es “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio ⁽²⁾”.

B. Origen histórico del CIADI

Las disputas de ciudadanos extranjeros con las autoridades locales del lugar donde realizaban negocios han existido siempre, y ciertas formas de protección jurídica de estos intereses pueden rastrearse igualmente a lo largo de toda la historia ⁽³⁾.

Como antecedente inmediato del CIADI debe señalarse que en los años cincuenta del siglo pasado el Presidente del BIRF ya había ejercido buenos oficios y funciones de conciliador y árbitro entre Gobiernos de Estados miembros e inversores extranjeros ⁽⁴⁾.

page "12"

De hecho, a finales de esa década, la Organización para la Cooperación Económica Europea (hoy la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, OCDE) estaba trabajando en la elaboración de una Convención Multilateral para la Protección de la Propiedad Privada Extranjera, llegándose a publicar un Borrador en 1963, y una versión revisada fue aprobada por el Consejo de la OCDE en 1967. Sin embargo, esta Convención, que trataba de una manera general los aspectos sustantivos de la protección jurídica de las inversiones extranjeras, nunca fue adoptada ni entró jamás en vigor ⁽⁵⁾.

Por su parte, en esa misma época, el Banco Mundial se afanaba en una agenda de iniciativas, tanto para la constitución de una agencia que garantizase los riesgos políticos y de expropiación de las inversiones extranjeras (lo que hoy es la OMGI), como para la constitución de la AIF. Estas líneas de actuación estaban ya apuntadas en forma de recomendaciones, y derivaban en última instancia, de los trabajos conjuntos de la Naciones Unidas (a través del Consejo Económico y Social —ECOSOC—) y el Banco Mundial durante esa década de los años cincuenta, en los que también se hacía referencia, de manera más vaga y general, a la necesidad de fomentar tratados de protección de inversiones y mecanismos de solución de disputas que incrementaran la seguridad jurídica de las inversiones ⁽⁶⁾.

Téngase en cuenta que el BIRF es un Organismo Especializado de las Naciones Unidas desde 1947, de manera que en estas materias las Naciones Unidas se coordinan con el Banco Mundial, y, de hecho, se apoyan fundamentalmente en los informes y trabajos del Banco Mundial. De ahí que la sede natural para el establecimiento de un centro para resolución de controversias sobre inversiones extranjeras fuera el Banco Mundial.

page "13"

A finales de los años cincuenta, los trabajos en el seno del Banco Mundial para la constitución de la agencia de garantía de inversiones no fructificaron, debido a las dificultades políticas para el acuerdo ⁽⁷⁾.

Se procuró entonces un intento más modesto, centrado únicamente en el establecimiento de un mecanismo voluntario de resolución de disputas sobre inversiones extranjeras (sin abordar los aspectos sustantivos de la protección de inversiones), bajo el impulso

personal de D. Aron Broches, en aquel momento Consejero Jurídico Principal del BIRF ⁽⁸⁾ .

El 28 de agosto de 1961, D. Aron Broches preparó una Nota sobre el tema para los Directores Ejecutivos del BIRF. La idea fue asumida por el Presidente del Banco Mundial en la Reunión Anual de la Junta de Gobernadores de 1961 ⁽⁹⁾ , iniciándose posteriormente los trabajos en el seno del Banco. El 5 de junio de 1962 se presentó un primer Borrador de Convenio por el que se constituía el CIADI, y sobre el que un Comité especial de los Directores Ejecutivos estuvo trabajando en sucesivas versiones. La Reunión Anual de la Junta de Gobernadores de 1962 adoptó una resolución solicitando a los Directores Ejecutivos que estudiaran el asunto.

A partir de ese momento se decidió convocar una serie de reuniones consultivas de carácter regional con juristas designados por los gobiernos de los Estados miembros del BIRF. Para estas reuniones se contó con la colaboración de las Comisiones Económicas de las Naciones Unidas y la Oficina Europea de las Naciones Unidas, celebrándose en Addis Abeba (16 al 20 de diciembre de 1963), Santiago de Chile (3 al 7 de febrero de 1964), Ginebra (17 al 21 de febrero de 1964), y Bangkok (27 de abril al 1 de mayo de 1964), con la participación de juristas de 86 países.

page "14"

Los Directores Ejecutivos elaboraron un completo informe de fecha 6 de agosto de 1964 que sometieron a la Junta de Gobernadores del BIRF, que lo aprobó en su Reunión Anual de 1964, adoptando su Resolución núm. 214, de 10 de septiembre de 1964, por la que se solicitó a los Directores Ejecutivos que formularan un convenio “para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y Nacionales de otros Estados contratantes, mediante la conciliación y el arbitraje”, y lo sometieran a la consideración de los Estados miembros.

El BIRF invitó a los Estados miembros a que designaran representantes para conformar un Comité Legal que asesorara a los Directores Ejecutivos en esa labor de elaboración final del Convenio. Representantes de 61 países participaron en este Comité Legal que se reunió en Washington del 23 de noviembre al 11 de diciembre de 1964, concluyendo su labor con un Borrador revisado del Convenio. Los Directores Ejecutivos consideraron este Borrador en diversas reuniones entre el 16 de febrero y el 4 de marzo de 1965, introduciendo algunos cambios. El 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos adoptaron una resolución aprobando el “Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” (en adelante, el Informe de los Directores Ejecutivos), al que se adjuntaba el texto definitivo del Convenio, y que se sometía a los gobiernos de los Estados miembros “para su consideración con vista a su firma y ratificación, aceptación o aprobación” ⁽¹⁰⁾ . El Convenio quedaba así depositado en el BIRF y abierto a la firma de los Estados miembros del mismo ⁽¹¹⁾ .

De conformidad con su art. 68, el Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, a los 30 días del depósito del vigésimo instrumento de ratificación.

C. Finalidad del CIADI: el sentido de la protección jurídica internacional de las inversiones extranjeras

El Informe de los Directores Ejecutivos de 18 de marzo de 1965 se considera sin duda como un instrumento de interpretación auténtica del Convenio. Según el Informe (*vid.* pfo. 9), “la creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros puede constituir un paso importante para promover un ambiente de confianza mutua y por consiguiente, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo”.

page "15"

Y el primer Considerando del Preámbulo del propio Convenio hace referencia a “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”.

Así, el propósito declarado del Convenio no es otro que servir, en alguna medida, a la promoción de las inversiones extranjeras en otros países. En definitiva, se trata de coadyuvar al objetivo de fomentar la inversión extranjera directa, particularmente en países emergentes, como instrumento de desarrollo.

Con todo, en los últimos años, ante la extraordinaria proliferación del número de Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, APPRI), así como del número de arbitrajes de inversión (incluidos los arbitrajes ante el CIADI), se ha suscitado una encendida polémica sobre si los instrumentos de protección jurídica de las inversiones tienen realmente el efecto económico de aumentar la inversión extranjera directa en países en vías de desarrollo.

Numerosos autores desde el área de la economía política y el análisis económico del derecho han planteado estudios empíricos analizando el efecto de los instrumentos de protección jurídica sobre el flujo de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo. Muchos han concluido que no hay correlación estadística significativa entre estos instrumentos y un aumento de las inversiones. Otros han concluido justamente lo contrario ⁽⁽¹²⁾⁾.

Se suele argüir que países que son grandes receptores de inversión extranjera no han firmado el Convenio, sin que por ello se haya resentido el volumen de *page "16"* las inversiones extranjeras en esos países ⁽⁽¹³⁾⁾. Todo ello puede ser cierto, como cierto es que los factores que influyen en la decisión empresarial de invertir en el extranjero son múltiples, y de ellos, la posibilidad de acudir a un mecanismo internacional de resolución de disputas es sólo una variable menor. Pero, sin perjuicio de todas estas consideraciones y los estudios econométricos al respecto, la idea bastante intuitiva es que, *ceteris paribus* (a iguales niveles de rentabilidad y riesgo, definido este último por otras variables), la existencia de una vía alternativa para resolución de disputas en un foro internacional es simplemente un elemento positivo más para el inversor extranjero. Este análisis, ponderado y modesto, ya se encontraba en el propio Informe de los Directores Ejecutivos de 18 de marzo de 1965 ⁽⁽¹⁴⁾⁾.

II. Naturaleza Y Estructura Orgánica Del CIADI

A. Naturaleza jurídica y estructura orgánica del CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones, constituido en virtud del Convenio (*vid.* art. 1.1), tiene el carácter de organización internacional autónoma (*vid.* Informe de los Directores Ejecutivos, pfo. 15), gozando de personalidad jurídica internacional, y del status, privilegios e inmunidades propios de las

organizaciones internacionales (*vid.* arts. 18 a 24 del Convenio) ⁽⁽¹⁵⁾⁾

El CIADI se compone de un Consejo Administrativo y un Secretariado. Los Gobernadores del BIRF, como representantes de cada uno de los Estados miembros son, *ex officio*, los representantes de cada Estado miembro en el Consejo Administrativo del CIADI. El Presidente del BIRF es, *ex officio*, el Presidente del Consejo Administrativo, que se reúne al menos una vez al año (*vid.* arts. 4 a 8 del Convenio).

El Secretariado se compone a su vez de un Secretario General, uno o más Secretarios Generales Adjuntos y el personal del Centro. El Secretario General es el representante legal y funcionario principal del CIADI, responsable administrativo del mismo. Ejerce las funciones que le confiere el Convenio, incluyendo la fe pública de las actuaciones del Centro (*vid.* arts. 9 a 11 del Convenio). La [page "17"](#) tradición mantenida hasta hoy es que el Consejero Jurídico Principal del BIRF sea elegido Secretario General del CIADI ⁽⁽¹⁶⁾⁾.

El CIADI en sí no realiza las actividades de conciliación y arbitraje, es decir, ni media ni decide las disputas. Tal labor corresponde a los conciliadores o árbitros que sean nombrados para cada caso. Así, el CIADI funciona como una institución arbitral que simplemente administra los procedimientos de resolución de controversias, coadyuvando al desarrollo de los mismos, particularmente en su fase de iniciación, con carácter previo al nombramiento de los conciliadores o árbitros que hayan de mediar o decidir la controversia.

B. Institución permanente de Derecho internacional público para administración de procedimientos de resolución de controversias entre Estados e inversores extranjeros privados

Así, el CIADI es un órgano permanente, lo que lo diferencia de Tribunales Arbitrales o Comisiones constituidas ad hoc con un propósito especial o para solucionar una controversia específica ⁽⁽¹⁷⁾⁾.

Por otro lado, como tal institución arbitral que administra procedimientos de resolución de controversias, el CIADI se distingue netamente de Comisiones de Conciliación Internacional o Tribunales Internacionales en los que las disputas son mediadas o decididas por los propios órganos internacionales ⁽⁽¹⁸⁾⁾. En este [page "18"](#) sentido, el CIADI se asemeja en su funcionamiento a cualquier otra institución arbitral de carácter privado o corporativo que administra procedimientos de resolución de disputas ⁽⁽¹⁹⁾⁾. Sin embargo, se distingue claramente de éstas en que el CIADI es propiamente una organización internacional, constituida bajo Derecho Internacional Público.

Siendo una institución de Derecho Internacional Público, el CIADI reconoce legitimación a los inversores extranjeros privados, con lo que su mecanismo se distingue claramente de los medios tradicionales del Derecho Internacional Público, y señaladamente de la Protección Diplomática, que sólo cabe ejercerse entre Estados ⁽⁽²⁰⁾⁾.

Vemos así que el CIADI ofrece una serie de peculiaridades que conforman una especial condición, caracterizada por tratarse de una institución permanente constituida bajo Derecho Internacional Público, que administra procedimientos de resolución de disputas en los que se otorga legitimación directa a inversores privados

frente a Estados. En este sentido, el CIADI emparenta con el Tribunal Permanente de Arbitraje, otra organización internacional con el carácter de institución arbitral, que se constituyó en 1899 para promover el arbitraje y otras formas de resolución de disputas entre Estados ⁽⁽²¹⁾⁾. Posteriormente, el mandato del Tribunal Permanente de Arbitraje fue ampliado en 1935, a fin de administrar un arbitraje entre un inversor extranjero y un Estado (*Radio Corporation of America v. China*), sentando el primer precedente de arbitraje institucional de inversiones ⁽⁽²²⁾⁾. Finalmente, en 1962, el Tribunal Permanente de Arbitraje adoptó su “Reglamento de Arbitraje y Conciliación [page "19"](#) para Resolución de Disputas Internacionales entre Dos Partes, de las cuales sólo una es un Estado” ⁽⁽²³⁾⁾.

El Tribunal Permanente de Arbitraje tiene una vocación generalista para resolución de cualquier tipo de disputas internacionales, no sólo disputas de inversión. Sin embargo, el CIADI tiene una vocación especializada para la resolución únicamente de disputas de inversión, hasta el punto de que en los últimos años se ha convertido en la sede natural para el arbitraje institucional de controversias entre un inversor extranjero y un Estado, y se reputa como la única institución arbitral específicamente diseñada para tratar disputas entre inversores extranjeros y Estados receptores de inversión ⁽⁽²⁴⁾⁾.

Sin duda, el extraordinario desarrollo del arbitraje CIADI en los últimos años ha servido de espaldarazo definitivo al pleno reconocimiento de la subjetividad de individuos y empresas en el Derecho Internacional Público. Ciertamente, una de las claves del CIADI es cierta inspiración iusprivatista, y su proliferación en los últimos años está sirviendo de cauce a una progresiva confluencia del Derecho Internacional Público y el Derecho Comercial Internacional, al menos en materia de inversión y desarrollo económico ⁽⁽²⁵⁾⁾.

[page "20"](#)

III. Principales Características Del Mecanismo Del Ciadi Para Resolución De Disputas De Inversión: La Jurisdicción Del Centro

La Jurisdicción del CIADI viene determinada en el art. 25 de su Convenio ⁽⁽²⁶⁾⁾. Ante todo, tal y como es consustancial a la institución jurídica del arbitraje, las partes deben haber consentido por escrito a la Jurisdicción del Centro. Pero, a su vez, existe una delimitación objetiva de la Jurisdicción del CIADI: *ratione materiae* (“diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”) y *ratione personae* [“entre un Estado Contratante (...) y el nacional de otro Estado Contratante”].

A. Consentimiento de las partes como piedra angular de la Jurisdicción del CIADI: voluntariedad del procedimiento ante el CIADI, irrevocabilidad del consentimiento prestado y exclusividad del sometimiento a arbitraje ante el CIADI

Característica esencial del sistema del CIADI es que la mera ratificación del Convenio no supone el sometimiento del Estado Contratante a los mecanismos de arbitraje o conciliación del CIADI. Así lo declara expresamente el último párrafo del Preámbulo del Convenio ⁽⁽²⁷⁾⁾. Hace falta el consentimiento escrito de las dos partes (Estado e inversor) para que determinada controversia esté sometida a la Jurisdicción del CIADI. El procedimiento de resolución de disputas ante el Centro es por tanto totalmente

voluntario, también para el Estado parte del Convenio.

Lo más sencillo será que ese necesario consentimiento de las partes para someter sus disputas al CIADI quede reflejado en un pacto o cláusula suscrito directamente por escrito entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, bien de manera anticipada en una cláusula del contrato que instrumente la inversión, bien posteriormente al surgimiento de la controversia mediante un [page "21"](#) acuerdo separado y específico de sometimiento al CIADI (a modo de contrato de compromiso arbitral entre las partes). Éste era el supuesto habitual en los casos sometidos al CIADI hasta los años 90.

Sin embargo, el Convenio no exige ninguna fórmula rituarial, solemne y única para el otorgamiento de ese consentimiento. Es más, “tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento” (*vid.* Informe de los Directores Ejecutivos, pfo. 24). Esto es, el acuerdo de someter una disputa al CIADI puede perfeccionarse sucesivamente en el tiempo, sin necesidad de que concurren simultáneamente el consentimiento del Estado y el del inversor extranjero. De esta manera, el Estado puede realizar una “oferta” de sometimiento al CIADI, que podrá ser posteriormente aceptada por el inversor extranjero. Y este concurso de oferta y aceptación determinan la formación del consentimiento que exige el art. 25 del Convenio y la definitiva perfección de un pacto de sometimiento al CIADI.

No estamos aquí ante una evolución posterior de la Jurisprudencia Arbitral del CIADI, sino que el recurso a la figura de la oferta contractual vinculante para fundar la Jurisdicción del Centro y todo este funcionamiento del sistema CIADI ya estaba previsto en la intención de los redactores del Convenio, como evidencia el propio Informe de los Directores Ejecutivos, que expresamente señala en su párrafo 24 que “(a) sí, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta” ⁽²⁸⁾.

Aun cuando esta explicación del Informe de los Directores Ejecutivos sólo hiciera mención a la legislación interna sobre promoción de inversiones de cada uno de los Estados, el mismo razonamiento sobre existencia de una auténtica oferta vinculante se ha aplicado posteriormente para fundar la Jurisdicción del Centro sobre la base de Cláusulas de Resolución de Disputas introducidas en APPRI's suscritos entre países y que proveen mecanismos de resolución de controversias entre el Estado receptor de la inversión y un inversor extranjero [page "22"](#) del otro Estado contratante. En los últimos años, este supuesto se ha convertido en el habitual de los casos presentados ante el CIADI ⁽²⁹⁾.

Por tanto, existen tres tipologías a la hora de entender prestado el consentimiento del Estado receptor de la inversión y en consecuencia, de considerarlo sometido a la Jurisdicción del CIADI: 1) en virtud de cláusula o pacto suscrito directamente por escrito entre Estado receptor de la inversión e inversor extranjero; 2) en virtud de una “oferta” establecida en una norma del Derecho interno del Estado receptor de la inversión; y 3) en virtud de una “oferta” establecida en acuerdo internacional (APPRI) suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversor extranjero.

El mecanismo se completa con otra importante característica: según dispone el art. 25 del Convenio, el consentimiento prestado no puede ser unilateralmente retirado, esto es, una vez que se

perfecciona el consentimiento de las partes mediante el concurso de oferta y aceptación, el mismo es irrevocable ⁽⁽³⁰⁾⁾ .

A continuación haremos una breve referencia a cada una de las fuentes posibles del consentimiento del Estado receptor de la inversión:

a). Pacto o cláusula de sometimiento al CIADI suscrita directamente entre inversor extranjero y Estado receptor de la inversión

En la Jurisprudencia Arbitral del CIADI el otorgamiento del consentimiento en pactos o cláusulas de sometimiento al CIADI se interpreta de manera flexible, de conformidad con la historia legislativa del Convenio (*vid.* Informe de los Directores Ejecutivos, pfo. 24) y, sobre todo, haciendo acopio de toda la evolución doctrinal que en materia de arbitraje comercial ha conducido hacia una progresiva flexibilización y espiritualización del convenio arbitral ⁽⁽³¹⁾⁾ .

page "23"

Así, por ejemplo, se ha entendido que ha existido sometimiento al CIADI con base en el intercambio de documentos o correspondencia, conforme a los cuales se pueda interpretar, de buena fe, que las partes estaban de acuerdo en acudir al CIADI ⁽⁽³²⁾⁾ . Sin embargo, se mantiene la exigencia de que exista un consentimiento explícito por escrito, sin que éste pueda inferirse de meros actos de las partes ⁽⁽³³⁾⁾ .

b). Oferta de sometimiento al CIADI establecida en una norma del Derecho interno del Estado receptor de la inversión

Para la perfección del consentimiento, a la oferta de sometimiento al CIADI realizada por el Estado receptor de la inversión en su legislación interna debe suceder la aceptación del propio inversor extranjero. Desde el momento en que se produce el concurso de oferta del Estado y aceptación del inversor, se perfecciona el consentimiento, operando la regla de irrevocabilidad del art. 25.1, *in fine*, del Convenio, según hemos visto.

Por ello, en un contexto de posible disputa, se hace muchas veces aconsejable para la mejor tutela de los intereses del inversor, verificar con diligencia esa aceptación a la oferta general de sometimiento al CIADI que se pueda contener en la legislación interna del país receptor de la inversión. La aceptación del inversor se puede formalizar de una manera muy sencilla, bastando una mera comunicación escrita en tal sentido. En la Jurisprudencia Arbitral del CIADI también se ha establecido que la propia solicitud de iniciación del procedimiento ante el CIADI por el inversor extranjero constituye una forma válida de aceptación del sometimiento al Centro, y por tanto de perfección del consentimiento de las partes ⁽⁽³⁴⁾⁾ .

En todo caso, la disposición de Derecho interno del Estado receptor de la inversión debe suponer una auténtica oferta que contenga todos los elementos *page "24"* necesarios para que pueda entenderse como perfecta y válida expresión del consentimiento del Estado a la Jurisdicción del Centro. En la práctica existe una variadísima casuística, en la que el sometimiento al CIADI puede aparecer condicionado a un posterior acuerdo específico entre Estado e inversor, a un acto posterior del Estado receptor (autorización o permiso), a la aceptación del inversor en un plazo

determinado desde el inicio de la inversión, etc. ⁽⁽³⁵⁾⁾. Lógicamente para determinar si se está realmente ante una oferta pura de sometimiento al CIADI se exige un análisis de interpretación legal de cada caso concreto ⁽⁽³⁶⁾⁾.

Debe señalarse que en algunos países de Latinoamérica se han promovido últimamente recursos de inconstitucionalidad, de interés de ley o de interpretación frente a estas leyes internas de promoción de inversiones extranjeras, precisamente a efectos de la eventual inconstitucionalidad o ilegalidad de la oferta de sometimiento del Estado receptor de la inversión a la Jurisdicción de Tribunales internacionales ⁽⁽³⁷⁾⁾. Por ahora, no ha habido decisiones claramente contrarias a este estándar internacional, pero los efectos y desarrollos que pudiera tener en el futuro este revisionismo judicial, y particularmente cualquier posible declaración de inconstitucionalidad de tales disposiciones por parte de Tribunales nacionales (por tanto, a meros efectos internos), está por ver ⁽⁽³⁸⁾⁾.

page "25"

c). Oferta de sometimiento al CIADI establecida en acuerdo internacional (APPRI) suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversor extranjero

Igualmente, la oferta de sometimiento al CIADI puede contenerse en un compromiso internacional del Estado receptor de la inversión, habitualmente en un tratado de promoción y protección de inversiones extranjeras (APPRI) ⁽⁽³⁹⁾⁾. Estos acuerdos internacionales pueden ser bilaterales entre dos Estados o multilaterales. La proliferación de los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones ha sido extraordinaria en los últimos años, estimándose que hoy en día hay casi 2.500 tratados de este tipo firmados entre Estados ⁽⁽⁴⁰⁾⁾. Asimismo, contienen cláusulas de resolución de disputas de inversores con recurso al CIADI los siguientes tratados multilaterales ⁽⁽⁴¹⁾⁾: el Tratado sobre la *page "26"* Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994 (art. 26) ⁽⁽⁴²⁾⁾; el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que entró en vigor el 1 de enero de 1994 entre Canadá, EE.UU. y México (art. 1120) ⁽⁽⁴³⁾⁾; el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, de 17 de enero de 1994 (art. 9) ⁽⁽⁴⁴⁾⁾; el Tratado de Libre Comercio entre México y Colombia de 13 de junio de 1994 (arts. 17-18) ⁽⁽⁴⁵⁾⁾, y el Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos-República Dominicana de 5 de agosto de 2004 (art. 10.16) ⁽⁽⁴⁶⁾⁾.

La tipología de las cláusulas de resolución de disputas que se prevén en estos instrumentos internacionales es variadísima, y habitualmente prevén un elenco de mecanismos de solución, de los que el recurso al CIADI es sólo uno de los posibles. Un esquema habitual puede ser, por ejemplo ⁽⁽⁴⁷⁾⁾, el recurso a Tribunales nacionales; o a arbitraje ad hoc según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL); o al CIADI; aunque sin duda las variantes son múltiples ⁽⁽⁴⁸⁾⁾.

page "27"

Las modalidades de opción entre uno u otro mecanismo de resolución de disputas son también distintas según el caso. Así, hay disposiciones que establecen las alternativas como mutuamente excluyentes ⁽⁽⁴⁹⁾⁾; mientras otras consideran las

distintas opciones como subsidiarias [según un orden de preferencia ⁽⁵⁰⁾] o complementarias (de manera que hay un auténtico derecho de opción para las partes, y si el intento de solución a través de una vía resulta frustrado, puede intentarse otro mecanismo) ⁽⁵¹⁾.

Si estamos ante opciones complementarias, de las que una es el recurso a Tribunales nacionales, y otra u otras, el recurso a Tribunales internacionales, surge también la cuestión de si el recurso a Tribunales internacionales (e.g., CIADI) puede considerarse como *ultima ratio*, de manera que una disputa planteada inicialmente ante Tribunales nacionales podría ser en todo caso conocida y revisada posteriormente por Tribunales internacionales ⁽⁵²⁾.

A falta de otros principios hermenéuticos que resulten de preferente aplicación a cada caso, puede señalarse que el carácter excluyente de los distintos mecanismos previstos para solución de disputas debe interpretarse restrictivamente, y que debe entenderse que las distintas opciones resultan complementarias mientras no pueda alcanzarse razonablemente un pronunciamiento sobre el fondo de la disputa ⁽⁵³⁾.

page "28"

d). Exclusividad del sometimiento a arbitraje ante el CIADI: la cuestión de la concurrencia de distintos convenios arbitrales en distintos instrumentos: acciones al amparo de un tratado internacional y acciones al amparo de un contrato

En relación a lo que se acaba de exponer sobre la interpretación de las cláusulas de resolución de disputas contenidas en tratados internacionales, debe señalarse que, según dispone el art. 26 del Convenio, "*salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso*", esto es, que el sometimiento a arbitraje ante el CIADI es en principio excluyente de cualquier otra jurisdicción y por tanto preferente a cualquier otro mecanismo de resolución de la disputa, salvo pacto en contrario ⁽⁵⁴⁾.

Esta regla de exclusividad tiene su original razón de ser en la previsión del posible conflicto de jurisdicciones entre Tribunales nacionales y Tribunales arbitrales internacionales, en este caso, ante el CIADI. La institución de la Protección Diplomática exige con carácter general el previo agotamiento de los recursos nacionales internos, salvo renuncia expresa del Estado ⁽⁵⁵⁾. En el Convenio se pretendió invertir la regla consuetudinaria, sentando el principio general de exclusividad del arbitraje internacional ante el CIADI, salvo excepción expresa del Estado receptor de la inversión ⁽⁵⁶⁾.

Sin embargo, en la práctica, como hemos visto en el apartado anterior, esta regla general de exclusividad cede ante la libertad de pacto que reconoce el propio Convenio ("*salvo estipulación en contrario*", comienza el art. 26), y que ha dado lugar a todas esas ricas variaciones en las cláusulas de resolución de disputas (ya sea en un acuerdo directo entre las partes, en un disposición legal de derecho interno, o en un APPRI), y en las que el arbitraje ante el CIADI es sólo una de las opciones posibles.

La situación puede resultar más compleja cuando para una misma disputa concurren distintas cláusulas de resolución de disputas, con recurso a distintos mecanismos, insertas en distintos instrumentos de consentimiento igualmente aplicables (por ejemplo,

contrato entre las partes con sometimiento a Tribunales [page "29"](#) nacionales y APPRI con sometimiento a CIADI). Estas incompatibilidades suelen dar lugar a procedimientos paralelos difícilmente conciliables.

Para resolver estos conflictos de jurisdicciones, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha elaborado una distinción entre acciones iniciadas al amparo de un APPRI (las llamadas *treaty claims*), y las acciones iniciadas al amparo de un contrato entre las partes (*contract claims*), a fin de separar el ejercicio jurisdiccional del Tribunal arbitral internacional y de los Tribunales estatales ⁽⁵⁷⁾.

De esta manera, las acciones iniciadas en reclamación de incumplimientos contractuales deberán seguir los mecanismos de resolución estipulados contractualmente, mientras las acciones en reclamación de vulneraciones de compromisos internacionales asumidos en virtud de un APPRI deberán decidirse según los mecanismos de resolución previstos en dicho tratado internacional.

Con todo, la cuestión puede complicarse un poco más respecto de aquellos APPRI's en los que se prevé una "cláusula paraguas" (*umbrella clause*), en virtud de la cual se eleva a rango de compromiso internacional el respeto y cumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión de las obligaciones contractuales que hubiera contraído con el inversor extranjero. En tal caso se considera que el Tribunal arbitral internacional establecido conforme a los mecanismos de resolución de disputas del APPRI tiene competencia también para conocer de reclamaciones contractuales ⁽⁵⁸⁾.

[page "30"](#)

B. Extensión objetiva de la Jurisdicción del CIADI *ratione materiae*

Existe además una delimitación de la Jurisdicción del CIADI que es objetiva e independiente de la voluntad de las partes, al menos en el espíritu del Convenio, tal y como se explica en el Informe de los Directores Ejecutivos, pfo. 25, que señala que "aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes". Y así, la primera de estas dos condiciones objetivas es la relativa a la materia objeto de controversia, que según el art. 25 del Convenio debe referirse a "diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión".

a). Diferencias de naturaleza jurídica

El Informe de los Directores Ejecutivos señala (pfo. 26) que "la expresión "diferencia de naturaleza jurídica" se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal".

De hecho, en los trabajos preparatorios del Convenio llegó a especificarse en uno de los Borradores que "diferencia de naturaleza legal significa cualquier disputa relativa a un derecho u obligación jurídica, o relativa a un hecho relevante para la

determinación de un derechos u obligación jurídica”, pero esta mención fue posteriormente eliminada. Los trabajos preparatorios evidencian que la intención de este requisito no es otra que excluir de la Jurisdicción del Centro controversias meramente políticas, morales o comerciales que no impliquen conflicto de derechos u obligaciones jurídicas ⁽⁵⁹⁾. Por lo demás, esta delimitación de la Jurisdicción del Centro no ha planteado grandes problemas en la práctica ⁽⁶⁰⁾.

page "31"

b). Que surjan directamente de una inversión

El Convenio no define el concepto básico de “inversión”. Durante sus trabajos preparatorios se debatió extensamente esta cuestión y se produjeron intentos de definición que no fueron finalmente adoptados ⁽⁶¹⁾. La opinión expresada por el Sr. Broches fue siempre que no se debía intentar definir el difícil concepto de “inversión” para evitar conflictos jurisdiccionales y en aras de la flexibilidad y la primacía de la voluntad de las partes. Esta visión fue la que finalmente prevaleció y así aparece reflejada en el Informe de los Directores Ejecutivos (pfo. 27), que señala que “no se ha intentado definir el término “inversión”, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (art. 25)”.

Esta interpretación del Convenio (no exenta de cierta ambigüedad) lleva a acudir de nuevo a la voluntad de las partes como criterio de delimitación objetiva de su ámbito *ratione materiae*, de forma que “inversión” será, en primer lugar, aquello que las partes consideren como “inversión”.

Es así que a la hora de analizar su Jurisdicción, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI realiza un doble análisis ⁽⁶²⁾: por un lado, debe determinarse si el objeto de la disputa está dentro del ámbito que las partes han consentido someter al CIADI como una disputa de inversión. Esto tiene que ver con una interpretación del alcance del consentimiento de las partes, y si la disputa en cuestión no se encuentra en realidad entre las que las partes han acordado someter al CIADI, estaremos ante una falta de consentimiento (*vid.* apartado 3.1 *supra*).

Por otro lado, debe determinarse si el objeto de la disputa está dentro del ámbito *ratione materiae* que marca el art. 25 del Convenio, lo que tiene que ver con una interpretación de lo que es objetivamente una “inversión” en términos del Convenio, si bien este segundo análisis queda determinado en gran medida por la resultancia del análisis de la voluntad de las partes, lo que a su vez tiene que ver con el instrumento a través del cual se ha prestado el consentimiento.

page "32"

Pacto expreso entre las partes

En este sentido, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI tiende a considerar que cuando estamos ante un pacto de sometimiento a CIADI suscrito directamente por inversor y Estado, la mera inclusión de tal cláusula de sometimiento en el contrato que articule la relación es un poderoso indicio de que las partes consideran que su operación constituye una auténtica “inversión” a los efectos del Convenio del CIADI. Y si se quiere dar un *efecto útil* a la cláusula

de sometimiento al CIADI debe concluirse la competencia del Centro para conocer la disputa ⁽⁶³⁾.

Legislación interna o Tratado internacional

Cuestión distinta es cuando el consentimiento a la Jurisdicción del CIADI se ha prestado anticipadamente por un Estado en virtud de su legislación interna o de un tratado internacional de protección de inversiones (APPRI). En estos supuestos el instrumento del consentimiento contiene invariablemente una definición de cuál es el ámbito objetivo de su regulación y de lo que debe entenderse a sus efectos por una “inversión” protegida.

Según hemos visto, la amplísima mayoría de las disputas de inversión se plantean al amparo de algún APPRI, por lo que interesa sobre todo la definición de “inversión” que se da en estos instrumentos internacionales. En este sentido, la tendencia actual es sin duda a incluir una definición lo más amplia posible del concepto de “inversión”, por referencia a la expresión “*cualquier tipo de activo*”, seguida de un *numerus apertus* de posibles ejemplos de inversión, entre los que típicamente se citan cinco categorías: 1) propiedad de bienes muebles o inmuebles, y cualquier derecho real relacionado, como hipotecas, prendas o gravámenes; 2) cualquier forma de interés en compañías, empresas o asociaciones de empresas, tales como acciones, participaciones, bonos u obligaciones; 3) deudas dinerarias y otros créditos derivados de contratos con un valor financiero o préstamos directamente relacionados a una concreta inversión; 4) derechos de propiedad intelectual e industrial; y 5) concesiones y otros derechos a realizar actividades económicas o comerciales conferidos en virtud de una disposición legal o contrato ⁽⁶⁴⁾.

page “33”

Con todo, en numerosos APPRI's estas amplias definiciones se limitan con algunos requisitos (conformidad con la legislación nacional; efectiva transmisión de fondos al territorio del Estado receptor...) ⁽⁶⁵⁾. Otros APPRI's recurren a listas cerradas de operaciones consideradas como “inversión”, y otras veces, se especifica lo que no se considera una “inversión” ⁽⁶⁶⁾.

Es así que el consentimiento del Estado se entenderá prestado para el ámbito de definición de inversión del correspondiente APPRI, pero en la mayoría de los casos se encuentra una definición expansiva en la que tiene cabida prácticamente cualquier tipo de operación económica ⁽⁶⁷⁾.

Ante esto, la definición objetiva de “inversión” a los efectos *ratione materiae* del art. 25 del Convenio, se entiende también de manera muy amplia, equiparán-dose sin mayores inconvenientes a esa noción que va emergiendo de la práctica internacional de tratados de protección de inversiones ⁽⁶⁸⁾.

En todo caso, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha enunciado unos criterios objetivos, de carácter general, para delimitación del concepto de “inversión” a los efectos del art. 25 del Convenio, conocidos como el *Test de Salini*, y que son: 1) una aportación económica efectiva por parte del inversor; 2) cierta duración en la ejecución del proyecto; 3) asunción de riesgo empresarial por el inversor, y 4) una aportación al desarrollo del Estado receptor de la inversión ⁽⁶⁹⁾. La misma Doctrina Jurisprudencial que los ha enunciado declara que estos elementos dependerán de las circunstancias de cada caso, pudiendo estar estrechamente interrelacionados. Igualmente, declara que deben ser examinados

teniendo en [page "34"](#) cuenta la totalidad de la operación en la que se encuadre la disputa en cuestión ⁽⁽⁷⁰⁾⁾.

El requisito de que la disputa surja “directamente” de la inversión se ha interpretado igualmente de modo muy flexible, bajo esa misma doctrina de la “unidad general de una operación de inversión” ⁽⁽⁷¹⁾⁾.

En definitiva, como puede apreciarse, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha asumido un concepto amplio y expansivo de “inversión”, que ha atraído a la Jurisdicción del Centro operaciones de prácticamente cualquier sector de la actividad económica ⁽⁽⁷²⁾⁾.

C. Extensión objetiva de la Jurisdicción del CIADI *ratione personae*

La segunda condición objetiva e independiente de la voluntad que delimita la Jurisdicción del Centro es la relativa a la naturaleza “mixta” de las partes de la disputa. Así, el art. 25 del Convenio señala que la Jurisdicción del Centro se extenderá a disputas “entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante”.

a). Un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado)

Por lo que respecta a la “parte estatal”, la Jurisdicción y legitimación ante el Centro es clara en el caso de los órganos estatales pertenecientes a la Administración de un Estado Contratante. Sin embargo, en el art. 25 del Convenio se quiso añadir una especificación que permitiera la extensión de la Jurisdicción y la legitimación ante el Centro de “subdivisiones políticas” u “organismos públicos”.

Como se puso de manifiesto en los trabajos preparatorios, es habitual que el negociador y firmante de acuerdos de inversión con inversores extranjeros no sea el Gobierno estatal central, sino un ente territorial menor (Estados federados, regiones, provincias o municipios) u organismos que en razón a intereses estatales actúan bajo una personalidad jurídica distinta e independiente a la estatal. De ahí la inclusión de esta mención en el Convenio ⁽⁽⁷³⁾⁾.

[page "35"](#)

Pero para que opere tal extensión de la Jurisdicción del Centro, el propio art. 25 del Convenio exige que tales subdivisiones políticas u organismos públicos estén “acreditados ante el Centro” por el respectivo Estado Contratante. Esta “acreditación” no se somete a requisito formal alguno, consistiendo en una mera comunicación al CIADI a tal efecto. Hoy en día, muy pocos Estados Contratantes han verificado esta “acreditación” de “subdivisiones políticas” u “organismos públicos” ante el Centro ⁽⁽⁷⁴⁾⁾.

Además, como requisito adicional, el art. 25.3 del Convenio exige también que el consentimiento prestado por una subdivisión política u organismo público de someterse a la Jurisdicción del CIADI, deba ser aprobado por el Estado Contratante, “salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria” ⁽⁽⁷⁵⁾⁾.

El juego de estos requisitos para que “subdivisiones políticas” puedan someterse válidamente a la Jurisdicción del Centro pudo verse en el Asunto *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federación de las Islas S.*

Cristóbal y Nieves (caso núm. ARB/95/2), en el que el Tribunal Arbitral estimó su falta de Jurisdicción para conocer de una solicitud de arbitraje frente al Gobierno de la Isla de Nieves en base a un contrato, ya que esta subdivisión política no había sido acreditada ante el CIADI por el Estado federal de ambas islas, que era el signatario del Convenio⁽⁷⁶⁾.

Sin embargo, posterior Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha considerado que, en reclamaciones bajo un Tratado internacional de protección de inversiones extranjeras (*treaty claims*) y a los efectos de determinar la Jurisdicción del CIADI, pueden “atribuirse” a un Estado Contratante los actos realizados por sus subdivisiones políticas u organismos públicos, aplicando principios generales de Derecho internacional público sobre responsabilidad internacional de Estados⁽⁷⁷⁾, y por tanto, como si fueran actos realizados por el propio Estado. [page "36"](#) Esta Jurisprudencia ha venido sin duda a diluir los requisitos de acreditación y aprobación previstos en el art. 25.1 y 3 del Convenio.

Por lo demás, la noción de “organismo público” se interpreta también de manera amplia, pudiendo abarcar desde entidades estatales u organismos autónomos constituidos bajo Derecho público hasta empresas o personas jurídicas constituidas bajo Derecho privado pero controladas o participadas por capital público. El Tribunal en el Asunto *Maffezzini v. España* adoptó un doble análisis para determinar si una entidad es un “organismo público” a efectos jurisdiccionales: i) desde un punto de vista formal o estructural, si es una dependencia o está integrada en la organización del Estado, o bien si es propiedad o está controlada, directa o indirectamente, por el Estado; y ii) desde un punto de vista funcional, si cumple o desarrolla “*funciones esencialmente gubernamentales*”. El carácter público o privado de la entidad en cuestión desde el punto de vista del Derecho interno del Estado Contratante no es vinculante para el Tribunal Arbitral⁽⁷⁸⁾.

b). El nacional de otro Estado Contratante

En lo referente a la parte privada del procedimiento, esto es, al inversor extranjero, el art. 25 del Convenio es más minucioso en su determinación, regulando en su apartado 2 los requisitos que deben verificarse, distinguiendo el caso de persona física o natural y el de persona jurídica⁽⁷⁹⁾.

1. Persona física o natural

En el caso de personas físicas, el Convenio simplemente exige que el inversor persona física sea nacional de un Estado Contratante distinto del [page "37"](#) Estado parte en la diferencia, sin que pueda tener también la nacionalidad del Estado receptor de la inversión [en supuestos de doble nacionalidad⁽⁸⁰⁾]. Cabe apuntar que algunos APPRI establecen también un requisito de residencia⁽⁸¹⁾.

2. Persona jurídica

En el caso de personas jurídicas, éstas también deben tener la condición de nacional de otro Estado Contratante, distinto del Estado parte en la diferencia. Sin embargo, muchas legislaciones nacionales requieren que las inversiones extranjeras se instrumenten a través de sociedades locales. Por ello, el art. 25.2.b), *in fine*, previó una excepción a la regla anterior, para el caso de las personas jurídicas que, aun siendo nacionales del

Estado receptor de la inversión, las partes hubieran acordado atribuirle carácter extranjero a los efectos del Convenio, por razón de estar sometidas a “control extranjero”.

(i). Nacionalidad de una persona jurídica

La determinación de la nacionalidad de una persona jurídica puede no ser evidente. El criterio tradicional en Derecho internacional para determinar la nacionalidad de una persona jurídica ha sido, preferentemente, el de lugar de constitución o del domicilio social ⁽⁽⁸²⁾⁾. Éste ha sido también el criterio adoptado por la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ⁽⁽⁸³⁾⁾.

page "38"

(ii). Atribución de carácter extranjero a una persona jurídica por acuerdo de las partes, con base en un “control extranjero”

Por otro lado, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha considerado que el acuerdo de atribución de nacionalidad puede ser implícito, incluso por la mera inclusión de la cláusula de sometimiento al CIADI en un acuerdo suscrito directamente con el inversor ⁽⁽⁸⁴⁾⁾. Sin embargo, la posibilidad de acuerdo tácito no podrá operar en los supuestos de consentimiento sobre la base de una disposición de Derecho interno o un tratado internacional. En estos casos, las disposiciones aplicables suelen contener definiciones de “inversor extranjero” que concretan claramente este requisito de nacionalidad según criterios diversos ⁽⁽⁸⁵⁾⁾.

En todo caso, el propio art. 25.2.b) del Convenio exige que el acuerdo de las partes para atribuir carácter de nacional de otro Estado distinto al de inversión esté basado en la circunstancia objetiva de que la persona jurídica está ciertamente sometida a control extranjero. Para que opere la excepción se impone así un segundo análisis del que debe resultar una conexión suficiente que justifique el acuerdo de trato extranjero, y que evidencie que, de hecho, el inversor está “sometido a control extranjero”. Se adopta así un criterio sustantivo complementario que finalmente tiene que ver con el control de la sociedad ⁽⁽⁸⁶⁾⁾.

page "39"

El primer parámetro para determinar el “control” sobre una entidad es sin duda el de la titularidad de sus participaciones ⁽⁽⁸⁷⁾⁾. Sin embargo, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha matizado que éste no debe ser el único criterio, y que pueden tenerse en cuenta otros indicadores como la nacionalidad de las personas que efectivamente llevan la gestión y dirección de la sociedad ⁽⁽⁸⁸⁾⁾.

La misma Jurisprudencia ha considerado que el control puede ser directo o indirecto, esto es, a través de otras sociedades ⁽⁽⁸⁹⁾⁾. En algún caso el argumento del control indirecto se rechazó para poder establecer la Jurisdicción del Centro ⁽⁽⁹⁰⁾⁾, mientras se suele admitir cuando sirve para apoyar la Jurisdicción del Centro ⁽⁽⁹¹⁾⁾.

IV. Procedimientos Ante El Ciadi: El Arbitraje

El Convenio regula dos tipos de procedimientos de resolución de disputas: la conciliación (arts. 28 a 35) y el arbitraje (arts. 36 a 55). Las disposiciones del Convenio sobre los procedimientos se desarrollan por medio de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas

de Iniciación), las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos [page "40"](#) de Conciliación (Reglas de Conciliación) y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje). A su vez, el Reglamento Administrativo y Financiero desarrolla el Convenio en los aspectos organizativos y de funcionamiento del Centro ⁽⁽⁹²⁾⁾.

La inmensa mayoría de los procedimientos ante el CIADI son de arbitraje ⁽⁽⁹³⁾⁾, por lo que nos centraremos exclusivamente en el estudio de este método de resolución de disputas, si bien las Reglas de Iniciación son comunes tanto para conciliación como para arbitraje.

A. Iniciación del procedimiento: solicitud y registro

El procedimiento se inicia mediante solicitud presentada por escrito, en idioma oficial del CIADI (español, inglés o francés), al Secretario General del Centro por cualquiera de las partes (inversor extranjero o Estado receptor de la inversión), si bien la absoluta mayoría de los procedimientos se inician a instancia del inversor. Las Reglas de Iniciación también prevén la posibilidad de una solicitud conjunta por ambas partes (*vid.* Regla 1).

La solicitud deberá indicar si se pretende incoar un procedimiento de conciliación o de arbitraje, y deberá contener la información básica de la disputa, acompañando la documentación que acredite la perfección del consentimiento de las partes, la verificación de los requisitos de legitimación de la parte inversora, y, si la parte solicitante es una persona jurídica, la autorización de la solicitud por parte de sus órganos decisorios (Regla 2 de las Reglas de Iniciación) ⁽⁽⁹⁴⁾⁾.

El Secretario General revisa la solicitud y la registra, salvo si considera que, con base en la información presentada por el solicitante, la cuestión suscitada "*está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro*" (Regla de Iniciación 6.1.b). En ese mismo momento, el Secretario General debe notificar a las partes el acto de registro, trasladando a la otra parte una copia de la solicitud y de la documentación que la acompañe, e invitando a las partes a que procedan, en cuanto sea posible, a constituir una Comisión de Conciliación o un Tribunal de Arbitraje (Reglas de Iniciación 5, 6 y 7).

[page "41"](#)

B. El Arbitraje ante el Centro: constitución del Tribunal Arbitral

Una vez registrada una solicitud de arbitraje, se abre la fase de constitución del Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, que serán nombrados conforme al método que hayan acordado las partes (art. 37.2.a del Convenio). Si al momento del registro de la solicitud de arbitraje las partes no hubieran acordado el número y el método de nombramiento de los árbitros, se sigue un intercambio de propuestas entre las partes conforme al procedimiento previsto en la Regla de Arbitraje 2.

Si transcurridos 60 días a partir del registro de la solicitud las partes no hubieran alcanzado ningún acuerdo, se aplicará, a solicitud de parte, el método previsto en el art. 37.2.b) del Convenio. De conformidad con esta norma, el Tribunal Arbitral se integrará por tres árbitros, uno nombrado por cada parte, y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo. El árbitro designado por cada una de las partes no podrá tener la nacionalidad de las partes

(Regla de Arbitraje 3.1).

Si el Tribunal Arbitral no se constituyere en el plazo de 90 días desde el registro de la solicitud o en el plazo que las partes hayan pactado, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, a petición de cualquiera de las partes, nombrará a los árbitros que aún no hayan sido nombrados y designará a uno para que actúe como Presidente (Regla de Arbitraje 4.1). Los árbitros nombrados por el Presidente del Consejo Administrativo tampoco podrán tener la nacionalidad de cualquiera de las partes.

El CIADI mantiene una Lista de Conciliadores y una Lista de Árbitros, para la que cada Estado Contratante puede designar cuatro personas, que pueden ser o no nacionales suyos. El Presidente del Consejo Administrativo puede también nombrar hasta diez personas para cada Lista. Las personas designadas para figurar en las Listas deben “gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio” (art. 14.1 Convenio).

Los árbitros nombrados no tienen por qué pertenecer a la Lista del CIADI, pero si el Presidente del Consejo Administrativo tiene que nombrar a alguno, lo será de entre la Lista de Árbitros del Centro (art. 40.1 Convenio).

Se entenderá que se ha constituido el Tribunal y que el procedimiento se ha iniciado en la fecha en que el Secretario General notifique a las partes que todos los árbitros han aceptado el nombramiento (Regla de Arbitraje 6.1). Los árbitros se comprometen a guardar sus obligaciones de imparcialidad e independencia, debiendo firmar una declaración a tal efecto (Regla de Arbitraje 6.2), e igualmente están sujetos a un régimen de sustitución y recusación (arts. 56 a 58 Convenio).

page "42"

C. Desarrollo y terminación del procedimiento arbitral

Conforme a las Reglas de Arbitraje, y salvo que las partes hayan acordado alguna derogación de las mismas, el procedimiento ordinario comprende en general una fase de actuaciones escritas y una fase de actuaciones orales (Capítulo IV de las Reglas de Arbitraje).

A efectos organizativos, tan pronto como sea posible desde su constitución, el Presidente del Tribunal puede consultar a las partes acerca de cuestiones procesales tales como el número de miembros del Tribunal necesario para constituir quórum en sus reuniones; idioma o idiomas del procedimiento; número, orden y plazos de los escritos; exención de la fase escrita u oral; y prorrateo de costas, entre otras (Regla de Arbitraje 20).

Asimismo, existe la posibilidad de celebrar una audiencia preliminar para fijar los hechos no controvertidos a fin de agilizar el procedimiento. Igualmente, a solicitud de las partes podrá celebrarse la audiencia preliminar a fin de intentar un avenimiento (Regla de Arbitraje 21).

La fase de actuaciones escritas comprende la presentación, dentro de los plazos fijados, de un Memorial de la parte solicitante y un Memorial de contestación de la otra parte, por lo general de manera sucesiva. En su caso, las partes pueden presentar escritos de Réplica y Dúplica. En ambos supuestos, dichos escritos deberán incluir la fundamentación fáctica y jurídica, y las peticiones que se

realizan al Tribunal (Regla de Arbitraje 31).

Cualquier petición incidental o adicional se presentará a más tardar en la Réplica, y cualquier reconvencción, en el Memorial de Contestación, salvo que el Tribunal autorice su formulación en un momento posterior del procedimiento (Regla de Arbitraje 40).

Cada parte, dentro de los plazos fijados por el Tribunal, hará su proposición de prueba, y el Tribunal decidirá sobre su admisibilidad.

Las actuaciones orales comprenden las audiencias del Tribunal para oír a las partes, sus representantes, y los testigos y peritos. El Tribunal goza de amplia discrecionalidad para ordenar la práctica de prueba. En este sentido, el Tribunal puede solicitar de las partes, en cualquier etapa del procedimiento, la aportación de documentos o de otro medio de prueba, o visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia y practicar diligencias en él (Reglas de Arbitraje 36 a 37).

El procedimiento se declara cerrado cuando las partes han presentado todas sus alegaciones y pruebas, si bien puede ser reabierto por el Tribunal para realizar nueva prueba o aclarar puntos específicos (Regla de Arbitraje 38).

La decisión final del Tribunal se plasma por medio del laudo donde se resuelven todas las pretensiones de las partes. El laudo es motivado y, en su caso, [page "43"](#) pueden acompañar votos particulares (Regla de Arbitraje 47). Debe formularse y firmarse a los 120 días del cierre del procedimiento, ampliables por otros 60 días (Regla de Arbitraje 46).

El procedimiento puede concluir anticipadamente por 1) avenencia de las partes; 2) a solicitud de una parte, sin oposición de la otra; 3) por abandono de la instancia si las partes dejasen de intervenir durante seis meses consecutivos u otro plazo fijado por ellas. El avenimiento podrá ser incorporado a un laudo por el Tribunal si así lo solicitaran las partes (Reglas de Arbitraje 43 a 45).

D. Excepciones preliminares de falta de jurisdicción y "manifiesta falta de mérito jurídico"

a). Excepción preliminar de falta de jurisdicción

Es bastante frecuente en la práctica del CIADI que se presente una excepción preliminar por falta de jurisdicción. Esta excepción debe plantearse lo antes posible y a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del Memorial de Contestación o, si se refiere a una petición incidental o adicional, de la Dúplica (Regla de Arbitraje 41.1) [\(\(95\)\)](#).

En cuanto se oponga una excepción de este tipo, el Tribunal podrá suspender el procedimiento y ordenar las actuaciones convenientes para el necesario debate de las partes sobre la excepción planteada. El Tribunal podrá decidir la excepción como una cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la controversia.

b). Excepción preliminar de manifiesta falta de mérito jurídico

A más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en todo caso antes de la primera sesión del Tribunal, la parte demandada puede oponer una excepción por falta manifiesta de fundamento ("mérito jurídico"). El Tribunal, después de dar oportunidad a las partes de hacer sus alegaciones al respecto, debe decidir la excepción a la mayor prontitud, sin que esta decisión

prejuzgue su jurisdicción o el fondo del asunto (Regla de Arbitraje 41.5) ⁽⁽⁹⁶⁾⁾ .

page "44"

E. Medidas provisionales

Según el art. 47 del Convenio, y salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal podrá recomendar ⁽⁽⁹⁷⁾⁾ la adopción de las medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes. Se trata por tanto de una amplia facultad del Tribunal, que puede actuar incluso de oficio, en cualquier fase del procedimiento y con independencia de si se ha excepcionado la falta de Jurisdicción del propio Tribunal ⁽⁽⁹⁸⁾⁾ .

El contenido de las medidas admite amplia variedad, alcanzando típicamente a cauciones, medidas de obtención o aseguramiento de prueba, o prohibiciones de hacer.

F. Costas del Arbitraje

Como parte del laudo, y salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal determinará los gastos del procedimiento y decidirá la distribución entre las partes de los gastos del procedimiento, los honorarios y gastos de los árbitros, y los derechos devengados por el CIADI (art. 61.2 Convenio).

Aparte del derecho de registro no reembolsable del Centro, los honorarios de los árbitros resultan a razón de 3.000 US\$ por día de trabajo, más gastos de manutención, suplidos por gastos directos incurridos, y gastos de viaje, dentro de los límites establecidos en la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero. El CIADI tiene un cargo administrativo anual de 10.000 US\$.

A todos estos gastos y honorarios se hace frente con los pagos anticipados que efectúan las partes, de conformidad con la Regla 14(3) del Reglamento Administrativo y Financiero.

V. Características Del Laudo Ciadi: Arbitraje Deslocalizado

La peculiaridad más característica del sistema arbitral del CIADI frente al de otras instituciones arbitrales es, precisamente, el régimen jurídico de sus laudos. Así, por un lado, el art. 54 del Convenio establece la obligación internacional de los Estados Contratantes de reconocer automáticamente todo laudo CIADI, así como de ejecutar sus pronunciamientos de condena pecuniaria como si de una sentencia firme de un Tribunal nacional se tratara.

page "45"

Por otro lado, el art. 53 del Convenio establece que el laudo CIADI es obligatorio para las partes, sin que pueda ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el propio Convenio. Esta salvedad hace referencia a los recursos de revisión y anulación previstos en los arts. 51 y 52 del Convenio, y que necesariamente se sustancian ante el propio Centro ⁽⁽⁹⁹⁾⁾ .

En este sentido, se suele argüir por la doctrina que el sistema arbitral del CIADI es el más puro ejemplo de arbitraje "deslocalizado", esto es, no sujeto a control o revisión por parte de ninguna autoridad judicial nacional, particularmente en cuanto al control de las autoridades del lugar donde se haya dictado el laudo (*situs review*), por aplicación de la Ley nacional de Arbitraje vigente

en ese lugar (*lex arbitri*)⁽¹⁰⁰⁾ .

A. Reconocimiento y ejecución del laudo CIADI

El art. 54.1 del Convenio establece que “*todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio*”. Recuérdese que el art. 53.1 del Convenio establece también la inimpugnabilidad de todo laudo CIADI fuera de los mecanismos previstos en el propio Convenio. Este marco dispositivo del Convenio determina el compromiso internacional de los Estados Contratantes de reconocer automáticamente todo laudo CIADI, sin necesidad de control ni procedimiento alguno de reconocimiento (y que típicamente, para el reconocimiento de sentencias o laudos extranjeros, se lleva a cabo en el procedimiento de exequátur)⁽¹⁰¹⁾ .

Por tanto, se considera que el laudo CIADI está exento de la necesidad de exequátur, y particularmente, no le es de aplicación el régimen general de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, que para la mayoría de los países está gobernado por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958 (Convenio de Nueva York)⁽¹⁰²⁾ .

La parte que inste el reconocimiento y ejecución de un laudo CIADI en el territorio de un Estado Contratante deberá simplemente presentar, ante el Tribunal o autoridad competente que ese Estado haya designado, una copia del laudo debidamente certificada por el Secretario General del CIADI (art. 54.2 del Convenio).

page "46"

Sólo 82 Estados Contratantes han realizado tal designación, y muy pocos han legislado específicamente para prever tan especial régimen de reconocimiento y ejecución⁽¹⁰³⁾ . En general, tanto por las designaciones realizadas por los Estados como por la falta de regulación específica, se produce cierta confusión e incorrecta asimilación de los laudos CIADI a laudos extranjeros.

Por lo demás, en cuanto a las actuaciones ejecutivas concretas, éstas se llevarán a cabo conforme a la Ley Procesal del Estado del lugar de la ejecución, y concretamente, conforme a las normas procesales sobre ejecución de sentencias (art. 54.3 Convenio).

Los casos conocidos de ejecución forzosa de laudos CIADI, al menos hasta 2006, han sido cuatro: *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. Congo* (caso núm. ARB/77/2)⁽¹⁰⁴⁾ ; *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* (caso n.º ARB/82/1)⁽¹⁰⁵⁾ ; *Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia* (caso núm. ARB/83/2)⁽¹⁰⁶⁾ ; y *AIG Capital Partners, Inc. y CJSC Tema Real Estate Company v. Kazajistán* (caso núm. ARB/01/6)⁽¹⁰⁷⁾ .

page "47"

Estos casos evidencian las dificultades prácticas que encuentra la ejecución forzosa de las condenas pecuniarias⁽¹⁰⁸⁾ de los laudos CIADI, particularmente por razón del principio de inmunidad de ejecución de los Estados, expresamente reconocido en el propio Convenio (art. 55)⁽¹⁰⁹⁾ . Las propuestas de algunos autores pasan por un uso más extendido y reconocido de cláusulas de renuncia previa por parte del Estado a la inmunidad de ejecución⁽¹¹⁰⁾ .

Ciertamente, hasta ahora han sido pocos los casos de ejecución forzosa de laudos CIADI, pero su actual proliferación puede hacer

cambiar la situación. He aquí sin duda uno de los retos que tiene frente a sí el sistema arbitral del CIADI. La cuestión se hace especialmente interesante en contextos de crisis, como ocurrió en Argentina en el año 2002, cuando se adoptaron medidas de emergencia económica que han originado más de una treintena de demandas de arbitraje frente a Argentina ante el CIADI.

En todo caso, siempre se ha considerado que un laudo CIADI tiene un importante componente de peso político, por la relación institucional del Centro con el Banco Mundial, e indirectamente con el Fondo Monetario Internacional, y que puede jugar un papel para reconducir situaciones de incumplimiento ⁽⁽¹¹¹⁾⁾.

page "48"

B. El recurso de anulación del laudo CIADI ante el propio Centro

Lógicamente, si no existe posibilidad de control o revisión por parte de ninguna autoridad judicial nacional, el Convenio tiene que articular algún mecanismo propio y autónomo de posible revisión del laudo. Así, el Convenio regula la posibilidad de solicitud de aclaración del laudo (art. 50), de revisión sobre la base de hechos nuevos (art. 51), y de anulación (art. 52). Además, el art. 49.2 prevé la posibilidad de complemento o rectificación ⁽⁽¹¹²⁾⁾.

Por su mayor relevancia trataremos únicamente del llamado "recurso" de anulación, y que permite una auténtica impugnación del laudo CIADI, sobre motivos tasados, ante el propio Centro, y de la que conocerá un nuevo Tribunal Arbitral (denominado "Comité *ad hoc*") ⁽⁽¹¹³⁾⁾.

Los motivos tasados para fundar una solicitud de anulación son los siguientes (art. 52.1 Convenio): a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Como puede apreciarse, se trata de un control formal del laudo y de las garantías de defensa y debido proceso en el procedimiento arbitral que dio lugar al mismo. Sin embargo, en la práctica, la naturaleza y ámbito de este "recurso de anulación" no están claramente establecidos, y así, por ejemplo, bajo el motivo e) de anulación (falta de motivación), se han considerado causas de anulación la insuficiencia o "inadecuación" de motivos, o el empleo de métodos page "49" "demasiado especulativos" ⁽⁽¹¹⁴⁾⁾. Igualmente, bajo el motivo b) de anulación (extralimitación manifiesta del Tribunal Arbitral en sus facultades), algún Comité *ad hoc* ha revisado la determinación de cuál es el Derecho aplicable al caso ⁽⁽¹¹⁵⁾⁾. También se discute por la doctrina si para anular el laudo basta con la verificación formal de la causa de nulidad, o debe hacerse también un análisis sobre si tal causa de nulidad ha afectado materialmente al sentido del fallo del laudo (asumiendo así un criterio de "vulneración material") ⁽⁽¹¹⁶⁾⁾.

El procedimiento se inicia mediante solicitud por escrito de cualquiera de las partes al Secretario General del CIADI dentro de los 120 días siguientes a la fecha del laudo, salvo en el caso del motivo c) de anulación (corrupción de algún miembro del Tribunal), en el que el plazo se computa desde el descubrimiento del hecho, dentro de los 3 años siguientes al dictado del laudo (art. 52 Convenio).

Recibida la solicitud, no existe control alguno de admisibilidad, más allá de la presentación en plazo, y el Presidente del Consejo Administrativo nombrará un Comité *ad hoc* formado por tres árbitros elegidos de la Lista que mantiene el Centro (art. 52.3 Convenio).

Ninguno de estos tres árbitros puede haber formado parte del Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los árbitros que dictaron el laudo, ni ser de la nacionalidad de las partes, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros del Centro por el Estado receptor de la inversión o el Estado del inversor extranjero de la controversia, ni haber actuado como conciliador en la disputa (art. 52.3 Convenio).

El procedimiento de anulación se regula, *mutatis mutandis*, por las mismas reglas aplicables al procedimiento de arbitraje (art. 52.4 Convenio). Si en la solicitud de anulación se solicitare la suspensión de la ejecución del laudo, ésta se suspenderá provisionalmente hasta que el Comité *ad hoc* se constituya y decida, con carácter preferente, sobre tal petición de suspensión (art. 52.5 Convenio). En su caso, el Comité *ad hoc* puede condicionar la suspensión a la prestación de garantía.

page "50"

La Decisión sobre Anulación sólo puede confirmar o anular el laudo, si bien la anulación puede ser total o parcial. Si el laudo es anulado, total o parcialmente, el convenio arbitral sigue vigente, y las partes podrán volver a iniciar el arbitraje y someter la controversia ante un Tribunal CIADI de nueva constitución (art. 52.6 Convenio). Si se hubiese anulado parcialmente, el nuevo Tribunal Arbitral podrá suspender o mantener la suspensión de la ejecución de la parte no anulada del primer laudo que se dictó (Regla de Arbitraje 55.3).

El nuevo Tribunal Arbitral que conoce del segundo sometimiento de la controversia estará vinculado por los pronunciamientos sobre nulidad del Comité *ad hoc* (Regla de Arbitraje 55.3), pero se considera que no lo estará respecto de los razonamientos fácticos o jurídicos de la decisión de anulación ⁽⁽¹¹⁷⁾⁾.

En dos ocasiones se ha producido que el nuevo laudo ha vuelto a ser objeto de un segundo procedimiento de anulación ⁽⁽¹¹⁸⁾⁾. A septiembre de 2007, se han sustanciado 17 procedimientos de anulación, estando pendientes de decisión otros tres casos, en los que la parte demandada es la República Argentina.

VI. El Mecanismo Complementario

Durante muchos años el CIADI conoció de un número de asuntos ciertamente escaso. Las exigencias relativas a la Jurisdicción del Centro unidas al número limitado de ratificaciones del Convenio limitaban la cantidad de casos de los que podía conocer el CIADI. Por esta razón, y bajo el impulso de D. Aron Broches, el Consejo Administrativo aprobó, el 27 de septiembre de 1978 ⁽⁽¹¹⁹⁾⁾, el Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del CIADI (Reglamento del Mecanismo Complementario), un cuerpo normativo dirigido, en lo esencial, a posibilitar el sometimiento al CIADI de determinados casos que, según el Convenio, quedan fuera de la Jurisdicción *ratione personae* o *ratione materiae* del Centro.

Así, el Reglamento del Mecanismo Complementario autoriza al Secretariado del CIADI a administrar cierto tipo de procedimientos que están fuera del ámbito del Convenio, y que son (art. 2):

page "51"

- a) Procedimientos de conciliación o arbitraje que no sean de la competencia del CIADI porque el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no es un Estado Contratante.
- b) Procedimientos de conciliación o arbitraje que no sean de la competencia del CIADI porque tratan de diferencias de carácter jurídico que no surgen directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante.
- c) Procedimientos de comprobación de hechos.

De esta manera, mediante la autorización del art. 2.a) se intentaba superar las limitaciones *ratione personae* de la Jurisdicción del CIADI; y mediante la del art. 2.b), las limitaciones *ratione materiae*, concretamente en cuanto a las dificultades de definición del concepto de “inversión” (*vid. supra* apartado 3.2.2). Pero nótese que en ambos supuestos, el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia, tiene que ser necesariamente un Estado Contratante del Convenio CIADI. Esto es, al menos una de las dos partes de la disputa tiene que estar sujeta al Convenio.

Mediante la autorización del art. 2.c) se establecía un tipo de procedimiento de “comprobación de hechos” (*fact-finding*), no previsto en el Convenio, y que no es más que un mecanismo dirigido al esclarecimiento de aspectos fácticos de controversias ((120)). Por esta razón, este tipo de procedimiento no está sujeto a ningún tipo de requisito *ratione personae* o *ratione materiae*.

Naturalmente, en todo caso, se mantienen siempre para cualquier tipo de procedimiento bajo el Mecanismo Complementario (tanto arbitraje como conciliación o comprobación de hechos) las exigencias de consentimiento previo de las partes, y el carácter “mixto” de la diferencia, entre un Estado y un inversor privado.

En cuanto a las solicitudes de conciliación o arbitraje al amparo del art. 2.a) y b) del Reglamento del Mecanismo Complementario, el Secretario General del CIADI admitirá la tramitación de las mismas si se cumplen además las siguientes condiciones:

- Respecto de procedimientos bajo el art. 2.a), si ambas partes aceptan anticipadamente la Jurisdicción del Centro conforme al art. 25 del Convenio para el caso de que al tiempo de iniciarse el procedimiento se cumplieran los requisitos *ratione personae*, esto es, que ambos Estados involucrados, el receptor de la inversión y el del inversor extranjero, lleguen a ser Parte del Convenio CIADI (art. 4.2 del Reglamento del Mecanismo Complementario). [page "52"](#)
- Respecto de procedimientos bajo el art. 2.b), si la transacción de que se trata tiene características que la distinguen de una transacción comercial ordinaria (art. 4.3 del Reglamento del Mecanismo Complementario) ((121)).

Al Reglamento del Mecanismo Complementario acompañan tres Anexos que regulan cada uno de los tres tipos de procedimientos: el Anexo A contiene el Reglamento de Comprobación de Hechos; el Anexo B, el Reglamento de Conciliación (Mecanismo Complementario); y el Anexo C, el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

La regulación de los procedimientos de conciliación y arbitraje bajo el Mecanismo Complementario es una reproducción de las Reglas de Conciliación y las Reglas de Arbitraje bajo el Convenio CIADI. Pero téngase en cuenta que el art. 3 del Reglamento del

Mecanismo Complementario declara expresamente la inaplicabilidad de las disposiciones del Convenio a los procedimientos y decisiones adoptadas bajo este mecanismo especial.

Así, el arbitraje bajo el Mecanismo Complementario se distingue netamente del arbitraje al amparo del Convenio en que el laudo que se dicte bajo el Mecanismo Complementario no goza del especial régimen que sí tiene el laudo dictado al amparo del Convenio.

En consecuencia, por un lado, el procedimiento de anulación del laudo ante el propio Centro que regula el art. 52 del Convenio no resulta de aplicación, y el laudo dictado al amparo del Mecanismo Complementario queda sujeto al posible control y revisión de Tribunales nacionales ⁽⁽¹²²⁾⁾.

Por otro lado, el reconocimiento y ejecución del laudo no se regula por los arts. 53 y 54 del Convenio, siendo aplicables las Leyes nacionales y Tratados internacionales pertinentes, en particular el Convenio de Nueva York de 1958.

El primer caso registrado al amparo del Mecanismo Complementario data de 1997 ⁽⁽¹²³⁾⁾. Hoy en día, muchos APPRI entre Estados, de los cuales uno no es parte del Convenio CIADI, prevén el recurso a este Mecanismo Complementario, de manera que el consentimiento a esta forma de arbitraje opera de maneramuy page "53" similar a como lo hace bajo el Convenio. A septiembre de 2007, se han registrado hasta 24 casos bajo el Mecanismo Complementario, de los que 11 están pendientes de decisión.

VII. Estatus actual del convenio ciadi. Proliferación del arbitraje ciadi en los últimos años y retos futuros

A 9 de mayo de 2007, 156 Estados han firmado el Convenio CIADI, y 144 lo han ratificado ⁽⁽¹²⁴⁾⁾. Se trata, por tanto, de una convención ampliamente aceptada por la Comunidad Internacional.

Al principio, desde su constitución, el CIADI tuvo una escasa actividad, pero desde la década de los años 90 el número de disputas sometidas al Centro se ha incrementado extraordinariamente. A septiembre de 2007, el CIADI ha registrado un total de 249 casos desde su constitución, de los que 115 están pendientes en la actualidad ⁽⁽¹²⁵⁾⁾.

Esta proliferación de asuntos tiene que ver sin duda con la expansión de la suscripción entre Estados de APPRI's, y que se estiman en la actualidad en unos 2500 tratados ⁽⁽¹²⁶⁾⁾.

Pero este desarrollo del arbitraje CIADI está también concitando las críticas de algunos Estados y ciertos sectores de la sociedad civil, que lo consideran como un instrumento de presión sobre los Estados receptores de inversión y de interferencia en su soberanía ⁽⁽¹²⁷⁾⁾.

Esta corriente de opinión parece que ha cristalizado en la primera denuncia del Convenio CIADI por parte de un Estado Contratante: el 2 de mayo de 2007 Bolivia presentó ante el Banco Mundial su denuncia del Convenio CIADI, con efectos a los seis meses de su notificación, esto es, el 3 de noviembre de 2007, de conformidad con el art. 71 del Convenio ⁽⁽¹²⁸⁾⁾.

page "54"

Bolivia ha justificado su denuncia, entre otras razones, porque la

vinculación del CIADI con el Banco Mundial puede afectar a su independencia como institución arbitral. Así, en ocasiones el Banco Mundial puede tener interés indirecto en determinadas inversiones privadas, particularmente a través de la CFI, que es la institución afiliada al Grupo del Banco Mundial que se dedica a prestar asesoramiento y financiación a empresas privadas. Ciertamente el Presidente del Banco Mundial es a la vez el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, que ostenta funciones de nombramiento de árbitros. Por lo demás, el CIADI depende financieramente del Banco Mundial.

Con independencia de las motivaciones políticas que pueden subyacer a estos alegatos, la reputación internacional que ha ganado el CIADI como institución arbitral podría verse aún más reforzada con una separación orgánica y funcional más clara respecto al Banco Mundial. Tal reforma estructural es sin duda difícil, en cuanto requiere necesariamente una reforma del propio Convenio CIADI.

Por otro lado, el sistema arbitral del CIADI ha recibido también críticas por falta de uniformidad de su Jurisprudencia Arbitral a la hora de abordar cuestiones de indudable interés público⁽¹²⁹⁾. Próximamente, en los procedimientos de anulación que han de llegar (y particularmente para los asuntos derivados de la crisis Argentina), el Centro cuenta con una oportunidad a la hora de seleccionar a los árbitros que hayan de integrar los Comités *ad hoc* que conozcan de tales solicitudes de anulación. Estos árbitros, además de decidir la justicia del caso concreto, deberían poder ofrecer un cuerpo doctrinal más articulado, coherente y uniforme. Sin duda una labor difícil, que sólo se podrá valorar en años venideros.

page "55"

★ Pedro Claros Alegría: Abogado de Cuatrecasas, Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales (Empresa), LLM *with distinction* de la Universidad de Georgetown (Washington, D.C.), Fulbright Scholar. Profesor de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)

(1) Sobre el Grupo del Banco Mundial, así como el origen, estructura y fines de cada una de las instituciones que lo conforman, puede verse en general la página web del Banco Mundial (www.worldbank.org).

(2) El texto del Convenio CIADI puede verse en www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm.

(3) Por ejemplo, en I Macabeos 8,17 puede encontrarse una reseña al pacto de amistad y comercio entre Roma y la nación judía, en el siglo ii A.C. Otro ejemplo puede ser el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre los Estados Unidos de Norteamérica y España en 1795. En el Derecho internacional clásico, la protección jurídica de los intereses económicos de los extranjeros en otros países se reconoce por medio de la Protección Diplomática: "Es un principio elemental del Derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho internacional cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias" (Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, 1922, *Recueil de la Cour*, Serie A, núm. 2, pág. 12, citada en Díez de Velasco Vallejo, M., *Instituciones de Derecho*

Internacional Público, tomo I, Tecnos 2001, pág. 485). La Protección Diplomática puede consistir en el ejercicio de buenos oficios, mediación o acción diplomática del Estado del inversor lesionado; o bien en el recurso a Arbitraje Internacional o a Tribunales Internacionales por el Estado del inversor lesionado.

(4) *Vid.* Shihata, I., "The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investments: the Role of the World Bank Group", en *The World of the Bank in a Changing World*, vol. I, Nijhoff 1990, págs. 287 y 289.

(5) Los intentos de un Tratado que regulase de manera global la Protección Jurídica de las Inversiones Extranjeras se retomaron en el seno de la OCDE entre 1995 y 1998, a instancias principalmente de EE.UU., que había planteado sin éxito la necesidad de este tipo de Tratado Global sobre Inversiones en la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Un Borrador fue hecho público en 1997, conjurando las críticas de amplios sectores de la sociedad civil. En 1998, tras la retirada de Francia, las negociaciones en el seno de la OCDE se abandonaron. Estos intentos de un Convenio Multilateral sobre Inversión se han intentado retomar en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC), incluyéndose en 2001 en la Agenda de Doha. Sin embargo, en la Conferencia Ministerial de Cancún de 2003 la iniciativa ha quedado finalmente excluida de la Ronda de Doha.

(6) Pueden verse en este sentido la Resolución 368 (XIII) del Consejo Económico y Social sobre métodos para financiar el desarrollo económico de los países suficientemente desarrollados, de 22 de agosto de 1951, E/RES/368 (XIII), particularmente su apartado B; o la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 824 (IX), sobre corriente internacional de capitales privados para el desarrollo económico de los países insuficientemente desarrollados, de 11 de diciembre de 1954, A/RES/824 (IX).

(7) Hubo que esperar hasta 1985 para que el Banco Mundial pudiera establecer tal agencia, hoy el OMGI (MIGA, en inglés), mediante la adopción de la Convención de Seúl de 11 de octubre de 1985. La agencia inició sus operaciones en 1988.

(8) En su modestia, la constitución del CIADI se planteó de manera muy inteligente y audaz por el personal del BIRF, a fin de asegurar la adopción de un instrumento internacional que pudiera servir de base para desarrollos posteriores. Personas que pudieron vivir aquellos momentos convienen en señalar a la figura de D. Aron Broches como el auténtico artífice e impulsor del Convenio CIADI, en lo que se ha reconocido públicamente como un ejercicio de eficaz diplomacia y buen hacer por parte del entonces Consejero Jurídico Principal del BIRF.

(9) La Junta de Gobernadores del BIRF es el máximo órgano de la institución, que se reúne una vez al año, y donde se sientan los representantes de cada uno de los Estados miembros (accionistas del Banco), por lo común los Ministros de Economía o Hacienda de cada Estado. La Junta de Gobernadores delega facultades en los Directores Ejecutivos (en número de 24, antes 20), que se reúnen normalmente dos veces por semana. El Presidente del Banco preside las reuniones de los Directores Ejecutivos y es el responsable de la gestión administrativa del BIRPF, junto a los Vicepresidentes y el resto del personal del Banco.

(10) El texto del Informe de los Directores Ejecutivos puede verse en www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm.

(11) Para una completa documentación sobre los trabajos preparatorios del Convenio CIADI, puede verse la colección *Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, en cuatro volúmenes, editados por el propio CIADI, 1968-1970. El vol. IV corresponde a la versión en español de los trabajos preparatorios.

(12) La propia Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que gestiona un programa de seguimiento sobre el tema, publicó un completo estudio en el que se concluía que la influencia de los Tratados Bilaterales de Inversión sobre la Inversión Extranjera Directa era débil, *vid.* UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990's*, Ginebra 1998, pág. 122. El propio Banco Mundial ha publicado un estudio que concluye que no existe correlación estadística significativa, *vid.* Hallward-Driemeier, M., “Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite”, *World Bank Policy Research Paper* WPS 3121, 31 de agosto de 2003 (disponible en www.worldbank.org). Tobin, J. y Rose-Ackerman, S., en “Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties”, Yale School Center for Law, *Economics and Public Policy Research Paper* n.º 293 (2005), encuentran incluso una correlación negativa para la mayoría de los países. Por contra, Salacuse, J. W. y Sullivan, Nicholas, P., en “Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, en *Harvard International Law Journal*, 46, 67-130, consideran que hay un efecto positivo, al menos para las inversiones exteriores de EE.UU. Neumayer, E. y Spess, L., “Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?”, en *World Development* 33 (10), Elsevier 2005, págs. 1567-1585, disponible en <http://eprints.lse.uk/archive/00000627>, sostienen que hay un claro efecto positivo.

(13) *Vid.* Neumayer, E. y Spess, L. Neumayer, *ibidem*, pág. 1570. Es el caso evidente de países como Brasil, México o India.

(14) *Vid.* pfo. 12: “Los Directores Ejecutivos creen que el capital privado continuará fluyendo hacia los países que ofrezcan un clima favorable para inversiones provechosas aunque tales países no se adhieran al convenio, o siendo parte no hagan uso del Centro. Pero por otro lado, la adhesión de un país al convenio proporcionaría un incentivo adicional y estimularía un mayor flujo de inversiones privadas internacionales hacia su territorio, lo que constituye el propósito principal del convenio”.

(15) Determinados privilegios e inmunidades se extienden también a las personas que actúen como conciliadores o árbitros, así como a otros sujetos que participen en los procedimientos ante el CIADI, *vid.* arts. 21, 22 y 24 del Convenio CIADI.

(16) Desde su constitución, en 1966, el CIADI ha tenido 6 Secretarios Generales. En la actualidad el cargo lo ocupa D.^a Ana Palacio, antigua Ministra de Asuntos Exteriores de España. El primer Secretario General Adjunto, D. Antonio Parra, no fue nombrado hasta 1999, retirándose en 2005. Existe además un Consejero Jurídico Principal. Según el Informe Anual de 2006, el CIADI cuenta también con una plantilla de 8 consejeros jurídicos, 5 consultores jurídicos y 6 asistentes paralegales, además del personal administrativo (disponible en www.worldbank.org/icsid/pubs/main.htm).

(17) El Arbitraje de Derecho internacional público ha sido tradicionalmente un arbitraje ad hoc entre Estados, como por ejemplo el arbitraje entre EE.UU. y Reino Unido en el asunto del buque *Alabama* (1872). Históricamente, esta fórmula de arreglo ha servido para decidir reparaciones de guerra o derivadas de nacionalizaciones o crisis revolucionarias, en las que progresivamente se fue dando entrada a los propios inversores privados (el antecedente claro son los Tribunales Arbitrales Mixtos constituidos por los Tratados de Paz de Versalles tras la Primera Guerra Mundial). Por otro lado, la progresiva generalización de contratos comerciales con entidades estatales fue dando lugar a arbitrajes de este tipo entre inversores y Estados, como por ejemplo en el caso entre *Lena Goldfields Ltd. v. U.S.S.R.* (1930), referido en Nussbaum, A., *The Arbitration Between the Lena*

Goldfields Ltd. and the Soviet Government, 36 Cornell L.Q. 43.

(18) El más destacable de todos los Tribunales Internacionales es sin duda el Tribunal Internacional de Justicia, órgano de las Naciones Unidas. Otro ejemplo es el *Iran-US Claims Tribunal*. Sobre las Comisiones Internacionales de Conciliación, hoy en desuso, puede verse el Acta General para Arreglo Pacífico de Controversias de la Sociedad de Naciones de 26 de septiembre de 1928, revisada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de abril de 1949.

(19) Algunas de las instituciones arbitrales de carácter privado más conocidas son la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); la *London Court of International Arbitration*; la *American Arbitration Association*; el *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, el *Singapore International Arbitration Centre*, o la Corte de Arbitraje de Madrid.

(20) Así, el art. 27 del Convenio CIADI excluye expresamente la compatibilidad entre las vías del CIADI y el ejercicio de la Protección Diplomática por el Estado del inversor lesionado, salvo para el caso, precisamente, de que un Estado condenado por un laudo CIADI no lo acate o deje de cumplirlo. Se entiende que la legitimación directa del inversor extranjero frente al Estado receptor de la inversión sirve a la despolitización de las disputas de inversión. *Vid.* Shihata, I., "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, pág. 1 (1986).

(21) El Tribunal Permanente de Arbitraje, con sede en La Haya, fue creado en virtud de la Convención sobre Arreglo Pacífico de Controversias de 29 de julio de 1899, aprobada por la Primera Conferencia de Paz de La Haya. Esta Convención fue revisada en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya en 1907, que aprobó la Convención sobre Arreglo Pacífico de Controversias de 18 de octubre de 1907.

(22) *Vid. Informe Anual 2006 del Tribunal Permanente de Arbitraje*, pág. 2, accesible en www.pca-cpa.org.

(23) Este Reglamento fue sucedido por otro más moderno que entró en vigor el 6 de julio de 1993, accesible en www.pca-cpa.org.

(24) *Vid.* UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor-State*, UNCTAD/ITE/IIT/30 (UNCTAD Series on issues in international investment agreements), 27 de julio de 2003, págs. 35-36.

(25) Esta confluencia es apreciable no sólo en la Jurisprudencia Arbitral del CIADI (en gran medida conformada por decisiones de árbitros formados en la práctica comercial internacional), sino también en otras instituciones arbitrales: el Tribunal Permanente de Arbitraje ha adoptado Reglamentos inspirados en gran medida en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) de 28 de abril de 1976, pensado inicialmente para el arbitraje comercial. A su vez, una institución arbitral privada como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI administra cada vez más arbitrajes entre inversores privados y entidades estatales o paraestatales. Según su Presidente, D. Pierre Tercier, en 2005 el porcentaje de arbitrajes administrados por la CCI que involucraban a Estados alcanzaba más del 13% del volumen total de casos ante la CCI, con una tendencia claramente creciente (*vid.* "Emerging Trends in ICC Arbitration and Institution's vision for the future" en *Global Arbitration Review*, febrero 2007, accesible en www.globalarbitrationreview.com). Por su parte, el Grupo de Trabajo de Arbitraje y Conciliación (Working Group II) de la UNCITRAL se encuentra ahora mismo discutiendo una revisión del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL de 1976, a fin de acomodarlo a las exigencias de orden público que están implícitas en los arbitrajes con intervención de un Estado o una entidad paraestatal (publicidad, acceso a los documentos, posibilidad de personación de *amicus*

curiae, etc.). El Informe de su 46.º período de sesiones (5-9 de febrero de 2007) y la agenda para su próxima reunión en septiembre de 2007 pueden consultarse en

www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups.

(26) El art. 25.1 del Convenio CIADI señala: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. En puridad técnica, como ya sabemos (*vid.* apartado 2.1. *supra*), la “Jurisdicción” no corresponde al Centro, sino a los árbitros o conciliadores designados conforme a los procedimientos ante el Centro. Esta forma de expresarse, según el tenor literal del Convenio CIADI, se ha generalizado, y en realidad obedece a un concepto más general que es explicado en el Informe de los Directores Ejecutivos, pfo. 22.

(27) “Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”.

(28) He aquí la verdadera inteligencia del sistema CIADI, que tenía ínsita la fórmula de su éxito y que ha llevado a los autores anglosajones a hablar de un auténtico arbitraje “*without privity*” (esto es, un pacto arbitral sin que haya realmente una conexión transaccional entre las dos partes, *vid.* Paulsson, J., “Arbitration without privity”, en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, núm. 10-2, 1995, págs. 232 y ss.). Con todo, siendo tan trascendental al sistema del CIADI, la Jurisprudencia Arbitral recaída en las disputas ante el Centro no ha terminado de agotar el análisis jurídico de la oferta vinculante a arbitrar emitida por un Estado. En general, sobre la oferta vinculante, puede verse el art. 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (accesible en la página www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales).

(29) El primer caso ante el CIADI en el que se estimó el sometimiento a arbitraje sobre la base de una disposición de Derecho interno del Estado demandado fue el asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto* (caso núm. ARB/84/3). El laudo parcial sobre Jurisdicción es de 14 de abril de 1988, publicado en *ICSID Reports*, vol. 3, pág. 131 (1995). El primer caso en el que se estimó el sometimiento a arbitraje sobre la base de un APPRI suscrito por el Estado demandado fue el asunto *Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka* (caso núm. ARB/87/3), laudo de 27 de junio de 1990, publicado en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, pág. 526 (1991). En la actualidad, la abrumadora mayoría son casos sobre la base de APPRI suscritos por el Estado receptor de la inversión.

(30) *Vid.* Schreuer, C., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press 2001, pág. 253, pfo. 386.

(31) Lo que se dio en denominar en la Doctrina arbitral como “la batalla de las formas”. *Vid.*, *e.g.*, los materiales y comentarios recopilados en Várady, T., Barceló, J. y Von Mehren, A., *International Commercial Arbitration*, West Group 1999, págs. 166-169.

(32) *Vid.*, *e.g.*, el asunto *Amco Asia Corporation y otros v. Indonesia* (caso núm. ARB/81/1), laudo parcial sobre Jurisdicción de 25 de septiembre de 1983, *ICSID Reports*, vol. 1, pág. 400 (1993), en el que se trataba de la solicitud de inversión presentada por el inversor extranjero ante las autoridades indonesias, que fue aceptada por éstas, y que contemplaba el sometimiento al CIADI.

(33) *Vid., e.g.,* el asunto *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federación de las Islas St. Kitts y Nevis* (caso núm. ARB/95/2), laudo de 13 de enero de 1997, en *ICSID Review – Foreign International Law Journal*, vol. 13, 1998, págs. 328 y ss., en el que se intentó fundar la Jurisdicción del Centro frente al Estado federal sobre la base del inicio de procedimientos judiciales contra el inversor por parte del Estado federal, sin éxito.

(34) *Vid., e.g.,* el asunto *American Manufacturing & Trading, Inc. v. República Democrática del Congo* (caso núm. ARB/93/1), laudo de 21 de febrero de 1997, *ICSID Reports*, vol. 5, pág. 14 (2002); o el asunto *Tradex Hellas S.A. v. Albania* (caso núm. ARB/94/2), laudo parcial sobre Jurisdicción de 24 de diciembre de 1996, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 14, pág. 187 (1999).

(35) El propio CIADI publica una colección actualizable de 10 volúmenes titulada *Investment Laws of the World*, donde se compilan las legislaciones nacionales de promoción de inversiones. Para una posible clasificación de distintos tipos, puede verse Parra, A., “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 12-2, págs. 287 y ss. (1997).

(36) Por ejemplo, el art. 16 del Decreto Legislativo núm. 662 por el que se aprueba la Ley peruana de Promoción de las Inversiones Extranjeras no constituiría una oferta en este sentido, por cuanto exige un acuerdo específico entre Estado e inversor en virtud de los llamados Convenios de Estabilidad (disponible en www.mef.gob.pe/peruinv/esp/legal/dl662.htm). Las dificultades que puede suponer en la práctica la interpretación de la legislación estatal interna de promoción de inversiones extranjeras están bien ilustradas en el asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto* (caso núm. ARB/84/3, *cit. supra* n. 29), en el que se discutió y decidió el alcance a estos efectos del art. 8 de la Ley egipcia núm. 43 de 1974, sobre inversión de capital árabe y extranjero y zonas libres, que tras el caso fue objeto de reforma legislativa.

(37) Téngase en cuenta la importancia que históricamente tuvo en Latinoamérica la Doctrina Calvo, que en algunos países quedó sancionada con rango constitucional, según la cual la Jurisdicción nacional es igualmente soberana tanto para nacionales como extranjeros, ejerciéndose territorialmente sin posibilidad de injerencia externa. *Vid.* Tamburini, F., “Historia y destino de la “Doctrina Calvo”: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, en *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 24, Valparaíso 2002, págs. 81-101.

(38) Tal revisionismo judicial se ha dado, por ejemplo, en Bolivia, donde se planteó recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad contra la Ley de ratificación de la adhesión al Convenio CIADI, así como contra otras Leyes de ratificación de APPRI. El Tribunal Constitucional de Bolivia declaró la constitucionalidad de estas Leyes en su Sentencia núm. 31/2006, de 10 de mayo de 2006. Asimismo, en Colombia se planteó acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional contra diversos artículos de la Ley núm. 963 de 8 de julio de 2005, de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, que fueron declarados exequibles en virtud de Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional de 24 de abril de 2006, C-320/2006. Otra acción pública de inconstitucionalidad se planteó, por razones contrarias, frente al art. 7 de dicha Ley que establece que la cláusula compromisoria que se incluya en los Contratos de Estabilidad Jurídica sólo lo podrá ser con sometimiento a arbitraje nacional regido por leyes colombianas. La Sala Plena de la Corte Constitucional también declaró la exequibilidad de este artículo en virtud de su Sentencia de 7 de marzo de 2007, C-155/2007.

Igualmente, en Venezuela se planteó recurso de inconstitucionalidad contra el art. 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (Decreto-Ley núm. 356, de 3 de octubre de 1999), que fue desestimado en virtud de la Sentencia núm. 186 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 14 de febrero de 2001 (caso Fermín Toro Jiménez y otro).

Posteriormente se volvió a plantear recurso, esta vez de interpretación, en el sentido de si el citado art. 22 podía entenderse o no, justamente, como una oferta incondicionada de sometimiento al CIADI. La Sala Constitucional remitió el caso a la Sala Político-Administrativa, que declaró inadmisibile el recurso por falta de legítimo interés de los recurrentes, en virtud de Sentencia del pasado 5 de junio de 2007.

(39) Aquí también hará falta el consentimiento concurrente del inversor, de la misma manera que cuando la oferta de sometimiento al CIADI aparece en una disposición de derecho interno (*vid. supra* apartado 3.1.2).

(40) De los que se estima que un 70% están en vigor. Para un completo análisis de los APPRI existentes puede verse UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, febrero 2007; e igualmente, UNCTAD, *Recent Developments in international investment agreements*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1, 30 de agosto 2005, pág. 7, ambos disponibles en www.unctad.org.

(41) Sobre la posibilidad de un Tratado Mutilateral de Protección de Inversiones a nivel mundial, *vid. supra* n. 5. Además de los que se citan, el Acuerdo para Promoción y Protección de Inversiones de 15 de diciembre de 1987 suscrito en el seno de Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) entre Brunei, Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia, ya preveía el recurso a arbitraje CIADI, si bien exigiendo el posterior consentimiento expreso de las partes en disputa.

(42) Disponible en www.encharter.org.

(43) Disponible en www.nafta-sec-alena.org.

(44) Disponible en www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/colonia/pcolonia_s.asp.

(45) Acuerdo de Cartagena o del “Grupo de los 3”, Acuerdo de Complementación Económica núm. 33 en el seno de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Venezuela, el otro país miembro del “Grupo de los 3” denunció este Tratado con efectos del 19 de noviembre de 2006. Disponible en www.sice.oas.org/Trade/go3/G3INDICE.ASP#Inversión.

(46) Disponible en www.sice.oas.org.

(47) Éste es el caso de la cláusula de resolución de disputas entre una parte contratante e inversores de la otra parte contratante incluida en el art. 9 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República del Perú y el Reino de España, de 17 de noviembre de 1994, y que entró en vigor el 16 de febrero de 1996 (disponible en www.sice.oas.org/Investment/BITSbycountry/BITs/PER_Spain_s.pdf), que reza: “1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente acuerdo, será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la parte contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso. 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección del inversor: a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; al tribunal de arbitraje ad hoc establecido por el reglamento de arbitraje de la

comisión de las naciones unidas para el derecho comercial internacional; al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el “convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente acuerdo se haya adherido a aquél”.

(48) Para un completo análisis de los distintos tipos y modalidades, *vid.* el documento elaborado en el marco del programa de trabajo UNCTAD sobre acuerdos internacionales de inversión, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, *cit. supra* n. 40, especialmente págs. 100-129. Por lo demás, toda esta tipología puede reproducirse también en la cláusula de resolución de disputas contenida en las otras dos fuentes de sometimiento: un contrato entre las partes, o una disposición legal de derecho interno sobre protección de inversiones extranjeras.

(49) Son las llamadas “*fork-in-the-road clauses*”, de las que un ejemplo es el art. 1121, apartado 2(b) del TLCAN (*vid.* www.nafta-sec-alena.org). Sobre este tipo de cláusulas, puede verse Schreuer, C., “Travelling the BIT Route, Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, en *Journal of World Investment & Trade*, núm. 5 (2004), págs. 231 y ss.

(50) Por ejemplo, exigiendo el agotamiento previo del recurso a los tribunales nacionales. Cfr. art. 26, *in fine*, del Convenio CIADI.

(51) La saga del llamado “Caso de las Pirámides” ofrece una primera ilustración de las complicaciones y procedimientos sucesivos que pueden ocurrir en la práctica. Allí, a un Arbitraje ante la CCI, posteriormente anulado, sucedió un Arbitraje ante el CIADI (si bien sobre la base de una oferta en legislación interna): asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto* (caso núm. ARB/84/3), *cit. supra* n. 29 y 36. Una explicación del caso puede verse en El-Kosheri, A., “Contractual claims and treaty claims within the ICSID arbitration system”, en *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ICC Publishing 2005, págs. 43-48.

(52) Consideramos, con Schreuer, C., *The ICSID Convention... op. cit.*, pág. 363, pfo. 36, que la respuesta puede ser en principio positiva, en atención al art. 26 del Convenio CIADI y la original vinculación del arbitraje de inversiones con la institución de la protección diplomática, en donde se exigía el recurso inicial a tribunales nacionales con posterior revisión en sede internacional. Duda de esta posibilidad, en términos generales, Fernández Masiá, E., *Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los tratados de protección y promoción de inversiones*, IVADP 2005, pág. 6, n. 9.

(53) Según el aforismo *odiosa restringenda, favoralia amplianda* (Decio, P., *Consilia sive responsa*, Frankfurt 1588), y según un canon teleológico y de eficacia en la interpretación de las cláusulas de resolución de disputas.

(54) Esta exclusividad se predica únicamente del procedimiento de arbitraje ante el CIADI (no de la conciliación), ya que éste es el mecanismo propiamente jurisdiccional (decisión del derecho y solución justa del caso concreto, con carácter obligatorio para las partes). La conciliación, por su propia naturaleza, aconseja el posible recurso a otros mecanismos, y además, puede concluir sin solución de la disputa y por tanto puede no ser definitiva.

(55) *Vid.* Díez de Velasco Vallejo, M., *op. cit.*, tomo I, Tecnos, 2001, pág. 492.

(56) De ahí el inciso final del propio art. 26 del Convenio CIADI: “Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”. *Vid.* el Informe de los Directores Ejecutivos, pfo. 32, y en general, Schreuer, C., *The*

ICSID Convention... op. cit., págs. 388 y ss., pfo. 94 y ss.

(57) *Vid.* el laudo de 21 de noviembre de 2000, publicado en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, pág. 641 (2001), y su posterior anulación parcial por laudo de Anulación de 3 de julio de 2002, publicado en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, pág. 89 (2004), en el Asunto *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A., y Vivendi Universal v. Argentina* (caso núm. ARB/97/3). Igualmente puede verse el Asunto *Azurix Corp. v. Argentina* (caso núm. ARB/01/12), laudo parcial sobre Jurisdicción de 8 de diciembre de 2003, disponible en www.worldbank.org/icsid/cases/azurix-decision-sp.pdf. En general, sobre la distinción *treaty/contract claims*, puede verse Cremades, B. y Cairns, D., “Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment disputes”, en *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ICC Publishing 2005, págs. 13 y ss.

(58) Con lo que también se difumina la distinción conceptual entre *treaty/contract claims*. Contra una interpretación aún más extensiva de la Jurisdicción del CIADI con base en esta artificiosa distinción, puede verse Fadlallah, I., “La distinction “treaty claims-contract claims” et la compétence de l'arbitre (CIRDI: faisons-nous fausse route?)”, en *Gazette du Palais: Les cahiers de l'arbitrage*, vol. III, 2006, pág. 3. En el sentido de una interpretación aún más extensiva de la Jurisdicción de los Tribunales CIADI para conocer de reclamaciones contractuales, puede verse Gaillard, E., “CIRDI: Chronique des sentences arbitrales”, en *Journal du Droit International*, n.º 1/2005, *JurisClasseur*, págs. 206-210. Por otro lado, parece que la tendencia de la Jurisprudencia Arbitral del CIADI en los casos en que hay un procedimiento paralelo en el que se está conociendo de reclamaciones contractuales relacionadas con la disputa es que el Tribunal del CIADI puede enjuiciar las reclamaciones al amparo del tratado internacional de manera separada e independiente de las reclamaciones contractuales. Después de un precedente en sentido contrario (Asunto *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Filipinas*, caso núm. ARB/02/6, laudo parcial sobre Jurisdicción de 29 de enero de 2004), puede verse, *e.g.*, Asunto *Impregilo, S.p.A. v. Pakistán*, caso núm. ARB/03/3, laudo parcial sobre Jurisdicción de 22 de abril de 2005 (disponibles ambos en www.worldbank.org/icsid/cases).

(59) *Vid.* Schreuer, C., *The ICSID Convention... op. cit.*, pág. 104, pfo. 39.

(60) Quizá lo único que se ha podido plantear al respecto por los autores (sin que haya surgido todavía en la Jurisprudencia Arbitral del CIADI) es la cuestión de si la intención de renegociar un contrato puede ser o no una disputa jurídica. *Vid.* Bernardini, P., “The renegotiation of the Investment Contract”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 13-2, págs. 411 y ss. (1998). A nuestro modo de ver, la cuestión no es de gran alcance puesto que siempre habrá cauces para plantearla en términos jurídicos.

(61) *Vid.* Schreuer, C., *The ICSID Convention... op. cit.*, pág. 122, pfo. 81. El primer Borrador contenía una definición según la cual, “inversión” significaba “toda aportación de dinero u otros activos de valor económico por plazo indefinido o, en caso de un plazo definido, por no menos de cinco años”.

(62) *Vid.*, por todos, Asunto *Fedax N.V. v. Venezuela* (caso núm. ARB/96/3), laudo parcial sobre Jurisdicción de 11 de julio de 1997, publicado en *ICSID Reports*, vol. 5, pág. 186 (2002); así como Asunto *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Marruecos* (caso núm. ARB/00/4), laudo parcial sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, publicado en *ICSID Reports*, vol. 6, pág. 400 (2004).

(63) *Vid.* Asunto *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica* (caso núm. ARB/74/3), laudo parcial sobre Jurisdicción de 6 de julio de 1975, publicado en *ICSID Reports*, vol. 1, pág. 296 (1993), en el que se considera tal circunstancia como de “gran peso” en la determinación

de la jurisdicción objetiva del tribunal; así como Asunto *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v. Eslovaquia* (caso núm. ARB/97/4), laudo parcial sobre Jurisdicción de 24 de mayo de 1999 (disponible en www.worldbank.org/icsid/cases), en el que se consideró que un préstamo podía considerarse como “inversión” a los efectos del Convenio cuando en el contrato se hacía referencia a un APPRI que contemplaba la sumisión al CIADI.

(64) *Vid.* el completo análisis en el estudio de la UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, cit. *supra* n. 40, págs. 4-20. *Vid.* también Rubins, N., “The notion of investment in International Investment Arbitration”, en *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 19 (*Arbitrating Foreign Investment Disputes*), Kluwer 2004, págs. 283-324.

(65) *Vid.* como ejemplo de definición amplia, con lista abierta y requisito de conformidad a la legislación nacional, el art. 1.2 del APPRI entre Perú y España, cit. *supra* n. 47.

(66) La Jurisprudencia Arbitral del CIADI interpreta muy restrictivamente estas limitaciones al concepto de inversión que se incluyen en los APPRI. *Vid.* Asunto *Salini v. Marruecos*, cit. *supra* n. 62, que dejó sentado que el requisito de conformidad con la legislación nacional no se refiere a la definición de “inversión” sino a su validez a efectos internos.

(67) Uno de los escasos ejemplos de declaración de incompetencia por la definición restrictiva incluida en un APPRI puede verse en el Asunto *Philippe Gruslin v. Malasia* (caso núm. ARB/99/3), laudo final de 27 de noviembre de 2000, publicado en *ICSID Reports*, vol. 5, pág. 484 (2002), sobre inversión en bonos malayos desde un fondo en Luxemburgo.

(68) *Vid.* Fernández Masiá, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch 2004, págs. 65-66. Algunos laudos CIADI llegan a apuntar que la definición objetiva del art. 25 del Convenio CIADI no es más que una “especificación del concepto de inversión previsto en el APPRI”. *Vid.* *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Pakistán* (caso núm. ARB/03/29), laudo parcial sobre Jurisdicción de 14 de noviembre de 2005, pfo. 122, disponible en www.worldbank.org/icsid/cases.

(69) *Vid.* Asunto *Salini v. Marruecos*, cit. *supra* n. 62. El último criterio, implícitamente referido en Salini, fue explicitado por primera vez en *Joy Mining Machinery Limited v. Egipto* (caso núm. ARB/03/11), laudo de 6 de agosto de 2004, disponible en www.worldbank.org/icsid.

(70) Y que llevó a que en el Asunto *CSOB v. Eslovaquia*, cit. *supra* n. 63 se considerase como inversión un préstamo, incluso aunque no hubiese habido una transferencia efectiva de fondos a territorio eslovaco.

(71) *Vid.* Asunto *Fedax N.V. v. Venezuela*, cit. *supra* n. 62, en el que se asumió Jurisdicción sobre una disputa relativa a unos efectos comerciales emitidos por Venezuela.

(72) Desde préstamos, bonos estatales, efectos cambiarios, contratos de construcción, concesiones administrativas, y hasta contratos de servicios. Una referencia a las materias objeto de disputa ante el CIADI puede verse en www.worldbank.org/icsid/cases.

(73) *Vid.* Schreuer, C., *The ICSID Convention... op. cit.*, pág. 149, pfo. 143.

(74) Sólo 10 Estados Contratantes han realizado acreditaciones con carácter general; *vid.* www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-c.htm.

(75) Sólo 4 Estados Contratantes han comunicado al Centro que no es necesaria su aprobación, *ibídem.*

(76) *Cit. supra* n. 33. En el laudo, el Tribunal también razonó

expresamente que el Estado Federal tampoco había dado su aprobación conforme al art. 25.3 del Convenio CIADI.

(77) Particularmente en el Asunto *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A., y Vivendi Universal v. Argentina* (caso núm. ARB/97/3), *cit. supra* n. 57, en el que se admitió la Jurisdicción del CIADI para discutir la responsabilidad de Argentina por actos de la Provincia de Tucumán. *Vid.* también Asunto *E. A. Maffezini v. España* (caso núm. ARB/97/7), laudo parcial sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000 (disponible en www.worldbank.org/icsid), en el que se admitió la Jurisdicción del CIADI para discutir la responsabilidad de España por actos de la empresa “Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia” (SODIGA), participada por determinadas entidades públicas. Los principios de Derecho internacional público sobre responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales se consideran codificados en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Ilícitos Internacionales de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2001, disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments>. Para una crítica de la extensión de la Jurisdicción del CIADI en el Asunto *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A., y Vivendi Universal*, puede verse Larsen, C. “ICSID Jurisdiction; The Relationship of Contracting States to Sub-States Entities”, en *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 19 (*Arbitrating Foreign Investment Disputes*), Kluwer 2004, págs. 354-386.

(78) *Ibidem*, laudo parcial sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000, pfo. 77 y ss.

(79) El art. 25.2 del Convenio CIADI señala: “(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del art. 28 o en el apartado (3) del art. 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

(80) Rige aquí de manera estricta la norma de no sometimiento a jurisdicción internacional de disputas de un Estado con sus propios nacionales, largamente establecida en Derecho internacional para los casos de Protección Diplomática. Así, el Informe de los Directores Ejecutivos señala en su pfo. 29 que “la persona natural que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia no puede ser parte en los procedimientos que se tramiten bajo los auspicios del Centro, ni aun cuando al propio tiempo tuviere la nacionalidad de otro Estado. Esta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento”. La cuestión se está discutiendo en el Asunto *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. Chile* (caso núm. ARB/98/2), pendiente, y en el que la parte demandante intenta hacer valer la doctrina de la “nacionalidad efectiva”, también reconocida en la Jurisprudencia Internacional.

(81) *E.g.*, art. 1.1.a) del APPRI entre la República del Perú y el Reino de España, *cit. supra* n. 47.

(82) La referencia constante a este respecto es el caso *Barcelona Traction*, Decisión de la Corte Internacional de Justicia de 5 de

febrero de 1970 (Segunda Fase, Segunda Demanda), *I.C.J. Reports* 1970, págs. 3 y 42, disponible en www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf.

(83) *Vid.*, e.g., *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* (caso núm. ARB/82/1), laudo sobre Jurisdicción de 1 de agosto de 1984, *ICSID Reports*, vol. 2, pág. 180; el asunto *Amco Asia Corporation y otros v. Indonesia* (caso núm. ARB/81/1), *cit. supra*, n. 32; o el asunto *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Venezuela* (caso núm. ARB/00/5), laudo parcial sobre Jurisdicción de 27 de septiembre de 2001, disponible en www.worldbank.org/icsid. Este criterio formal, más tradicional, deja paso poco a poco a un criterio más sustantivo como el de la sede de la dirección efectiva, al menos en determinadas circunstancias excepcionales como cuando existe control extranjero y la sociedad no desarrolla actividad en el lugar de constitución o del domicilio social. *Vid.* Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2006, disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments>.

(84) Esta posibilidad fue rechazada en el primer caso ante el CIADI, Asunto *Holiday Inns S.A. y otros v. Marruecos* (caso núm. ARB/72/1), laudo parcial sobre Jurisdicción de 1 de julio de 1973, *ICSID Reports*, vol. 1, pág. 663, pero la evolución Jurisprudencial posterior llevó a la conclusión contraria: Asunto *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros v. Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (caso núm. ARB/81/2), laudo de 21 de octubre de 1983, *ICSID Reports*, vol. 2, pág. 9; Asunto *Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia* (caso núm. ARB/83/2), laudo parcial sobre Jurisdicción de 24 de octubre de 1984, *ICSID Reports*, vol. 2, pág. 349.

(85) La mayoría de los APPRI siguen el criterio tradicional de lugar de constitución o sede social, aunque muchos de ellos lo combinan con criterios materiales de control efectivo, bien para ampliar o restringir el concepto de “inversor extranjero”. *Vid.* UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, *cit. supra* n. 40, págs. 15 y ss. El art. 1.1.b) del APPRI entre Perú y España, *cit. supra* n. 47, declara que son inversores las “personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa parte contratante y estén controladas efectivamente en el territorio de esa misma parte”.

(86) *Vid.* Asunto *Vacuum Salt Products Ltd. v. Ghana* (caso núm. ARB/92/1), laudo de 16 de febrero de 1994, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, pág. 72 (1994).

(87) La cuestión del control extranjero de la sociedad local que demanda protección por estar participada por personas extranjeras (cuestión de legitimación o Jurisdicción *ratione personae*) debe distinguirse claramente de los casos en que es la persona extranjera la que demanda directamente la protección de su participación en una sociedad local, al considerarse como “inversión” dicha participación en una sociedad local (cuestión de Jurisdicción *ratione materiae*, *vid. supra* apartado 3.2.2). Los Tribunales Arbitrales se han expresado a veces de manera equívoca, pero téngase en cuenta que el otorgamiento de protección en el segundo caso (*ratione materiae*) no tiene por qué exigir una participación mayoritaria o de “control”. Eso sí, en este caso, salvo expropiación o medidas directas contra la propia titularidad de las acciones, la acreditación y reconocimiento de daños resulta más complicada y limitada, debiendo acudir a la teoría de la disminución del valor de las participaciones para poder obtener algún resarcimiento cuando las medidas en realidad tienen su efecto sobre la sociedad local. Según el daño que se pretenda reclamar, así deberá plantearse la demanda por la sociedad local o

por la persona extranjera que la controla.

(88) *Ibíd.* *Vid.* también Asunto *Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia* (caso núm. ARB/83/2), *cit. supra* n. 84.

(89) Esto permite que se pueda montar una estructura societaria que permita el amparo del Convenio CIADI o de un APPRI determinado (*treaty shopping*). La Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha tratado escasamente esta cuestión, y cuando lo ha hecho, ha sido para otorgar protección considerando que la sociedad que ejercía el control extranjera era una sociedad constituida durante largo tiempo, con numerosas filiales en distintos países, bajo la supervisión de entidades reguladoras en el país de origen de la inversión, que no era ningún paraíso fiscal o normativo (*vid.* Asunto *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Venezuela*, caso núm. ARB/00/5, *cit. supra* n. 83).

(90) *Vid.* Asunto *Amco Asia Corporation et al. v. Indonesia* (caso núm. ARB/81/1), *cit. supra* n. 32.

(91) *Vid.* Asunto *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* (caso núm. ARB/82/1), *cit. supra* n. 83.

(92) El Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas de Iniciación, las Reglas de Conciliación y las Reglas de Arbitraje, están también disponibles en www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc-2003.htm.

(93) A 31 de agosto de 2007, el CIADI ha registrado 249 casos, de los que están pendientes 116. De todos los casos, sólo 6 han sido de conciliación (información obtenida de www.worldbank.org/icsid).

(94) La solicitud deberá acompañarse de 5 copias (Regla de Iniciación 4), y asimismo deberá abonarse un derecho de registro no reembolsable de 25.000 US\$ (Regla 16 del Reglamento Administrativo y Financiero). Mientras no se abone este derecho, no se tramita la solicitud.

(95) La versión española de esta Regla 41.5 en las publicaciones habituales del propio CIADI contiene una errata, confundiendo Réplica con Dúplica.

(96) Esta excepción preliminar por manifiesta falta de mérito jurídico fue introducida en la última reforma del Reglamento Administrativo y Financiero y las Reglas de Conciliación y Arbitraje, que entró en vigor el 10 de abril de 2006. Esta reforma afectó además a otros aspectos concretos del procedimiento arbitral, tales como la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la constitución del Tribunal Arbitral (Regla 39.5); una mayor explicitación de las obligaciones de independencia e imparcialidad de los árbitros en la declaración que deben firmar (Regla 6.2); una mayor posibilidad para que puedan asistir terceros observadores a las actuaciones orales (Regla 32.2); la posibilidad de que terceros ajenos al procedimiento puedan presentar consideraciones escritas sobre la disputa (a modo de *amicus curiae*, Regla 37.2); un criterio algo más amplio para la publicación de los laudos del Centro (Regla 48.4).

(97) La antigua discusión doctrinal sobre el carácter obligatorio o no de las medidas provisionales, sobre la base del uso de esta expresión (“recomendar”), ha sido finalmente superada por la Jurisprudencia Arbitral del Centro, concluyendo la naturaleza obligatoria de las medidas que acuerde el Tribunal. *Vid.* Asunto *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. Chile* (caso núm. ARB/98/2), *cit. supra* n. 80, Decisión sobre Medidas Provisionales de 25 de septiembre de 2001, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, pág. 567 (2001).

(98) *Ibíd.*, pfo. 4 y ss.

(99) *Vid.* Informe de los Directores Ejecutivos, pfo. 41.

(100) Uno de los autores que primero recogió la noción de “arbitraje deslocalizado” fue P. Fouchard. A este respecto pueden consultarse las interesantes reflexiones de Cuartero Rubio, M.^a V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje*

comercial internacional, Eurolex 1997, págs. 32-37.

(101) Vid. Schreuer, C., *The ICSID Convention... op. cit.*, pág. 1114, pfo. 42 y ss.

(102) Esta Convención, adoptada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, es uno de los instrumentos internacionales más reconocidos en la práctica comercial, del que son parte 142 Estados (vid. www.uncitral.org).

(103) Vid. la información disponible en www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-e.htm. España y Perú no han realizado ninguna designación, a pesar de que el art. 69 del propio Convenio CIADI exige que los Estados Contratantes adopten las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para asegurar la vigencia de sus disposiciones. Entre los Estados que han aprobado legislación específica sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos CIADI puede mencionarse a los EE.UU., Reino Unido y Holanda.

(104) Laudo de 8 de agosto de 1980, *ICSID Reports*, vol. 1, pág. 330 (1993), que se intentó ejecutar en Francia: Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de 23 de diciembre de 1980, y confirmatoria de 13 de enero de 1981, que fue parcialmente revocada por la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 26 de junio de 1981. Un posterior intento de ejecutar el laudo frente a activos del Banque Commerciale Congolaise fue finalmente rechazado por la Corte de Casación en su Sentencia de 21 de julio de 1987. Finalmente, el Congo pagó voluntariamente la condena del laudo. Extractos de todas estas decisiones judiciales francesas pueden encontrarse en *ICSID Reports*, vol. 1, pág. 369 y ss. (1993).

(105) Laudo de 25 de febrero de 1988, *ICSID Reports*, vol. 2, pág. 164 (1994), cuya ejecución fue ordenada en primer lugar por el Tribunal de Gran Instancia de París. Esta decisión fue revocada por la Corte de Apelación de París de 5 de diciembre de 1989 (*ICSID Reports*, vol. 2, pág. 337, 1994). Posteriormente, la Corte de Casación revocó la decisión de la Corte de Apelación de París en su Sentencia de 11 de junio de 1991 (*ICSID Reports*, vol. 2, pág. 341, 1994).

(106) Laudo de 31 de marzo de 1986 (*ICSID Reports*, vol. 2, pág. 346, 1994), que fue reconocido y ejecutado en una Orden de la *Southern District Court of New York* de 25 de septiembre de 1986 (*ICSID Reports*, vol. 2, pág. 384, 1994). Esa Orden fue luego revocada por el mismo tribunal en Sentencia de 12 de diciembre de 1986 (*ICSID Reports*, vol. 2, pág. 385, 1994), posteriormente confirmada por Sentencia de la Corte de Apelaciones (2.º Circuito) en Sentencia de 19 de mayo de 1987. La ejecución se intentó de nuevo ante la *District Court of District of Columbia*, pero este Tribunal reconoció inmunidad a los activos embargados de Liberia en una Decisión de 16 de abril de 1987 (*ICSID Reports*, vol. 2, pág. 390, 1994).

(107) Laudo de 7 de octubre de 2003, que se intentó ejecutar en Inglaterra. La *High Court of Justice (Queen's Bench Division, Commercial Court)*, en Sentencia de 20 de octubre de 2005, reconoció la inmunidad de ejecución de los activos situados en Londres del Banco Nacional de Kazajistán, [2005] EWHC 2239 (Comm).

(108) El art. 54.1 sólo se refiere a la ejecución de las condenas pecuniarias. La razón de esta limitación tiene que ver con la tradicional dificultad de la cultura jurídica anglosajona para reconocer la ejecutabilidad de obligaciones de hacer (*specific performance*). Así, por lo general, los fallos de laudos CIADI contienen condenas pecuniarias o los Tribunales Arbitrales se esfuerzan por traducir a términos pecuniarios la solución de la controversia.

(109) Téngase en cuenta que la abrumadora mayoría de los casos CIADI son de demanda frente al Estado receptor de la inversión

(sólo ha habido dos casos de demanda por el Estado). La Doctrina internacionalmente reconocida es que gozan de inmunidad de ejecución los bienes del Estado que están afectos al ejercicio de las prerrogativas de poder soberano de ese Estado (actos *iure imperii*), mientras los bienes del Estado afectos a actividades comerciales, industriales o financieras no estarían protegidos por la inmunidad estatal de ejecución (actos *iure gestionis*).

(110) *Vid., e.g.*, Baldwin, E., Kantor, M. y Nolan, M., "Limits to Enforcement of ICSID Awards", en *Journal of International Arbitration*, vol. 23, núm. 1, 2006, págs. 1 a 24; Meessen, K., "State Immunity in the Arbitral Process", en *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 19, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer 2004, págs. 387 a 397.

(111) Como podría ser el caso de Argentina, a pesar de su anunciada resistencia a los laudos CIADI derivados de la crisis de 2002. Sin duda se ha abierto un compás de espera para la vía de la negociación política. *Vid., e.g.*, "Will the Argentine Government pay what it owes to Foreign Firms?", en *Economist Intelligence Unit: Views Wire*, 23 de mayo de 2005; "Argentina: Kirchner asks to meet French, German and Spanish Leaders in New York", en *World News Connection*, 23 de agosto de 2005. En algunos Tratados Multilaterales de Protección de Inversiones se han previsto incluso mecanismos institucionales para el caso de incumplimiento del laudo CIADI: *vid.* Capítulo XX TLCAN.

(112) Los comentaristas anglosajones consideran indistintamente estas figuras como formas de "impugnación" contra el laudo, en una imprecisión seguida a veces por autores de tradición civilista. Los únicos "recursos" son los de revisión y anulación (*vid.* Informe de los Directores Ejecutivos, pfo. 41). Y aún tales "recursos" lo son de manera discutible: técnicamente, el "recurso de revisión" es una acción autónoma de impugnación de la firmeza de un laudo sobre la base de hechos nuevos. El llamado "recurso de anulación" es igualmente una acción autónoma de nulidad sobre motivos tasados, aunque su especial configuración en el sistema CIADI lo asemeja mucho más a un "recurso" ante el propio Centro. La precisión técnica ayudaría a aclarar la confusión sobre la naturaleza de estas solicitudes, y que en la práctica ha resultado a veces, por ejemplo, en "solicitudes de aclaración" poco técnicas y sobre cuestiones nuevas (*vid., e.g.*, asunto *Wena Hotels Limited v. Egipto*, caso núm. ARB/98/4). Aunque en relación a las "solicitudes de aclaración", la posibilidad que prevé el art. 50.2 del Convenio de que las mismas sean conocidas por un Tribunal Arbitral de nueva constitución alimenta justamente esa confusión.

(113) En el arbitraje comercial internacional se conocen arbitrajes institucionales con "doble instancia" o posibilidad de revisión ante la propia institución, particularmente en arbitrajes especializados en mercados de *commodities*. El mecanismo de anulación en el arbitraje CIADI constituye sin duda una de sus características peculiares, única en el arbitraje de inversiones.

(114) *Vid.* Asunto *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros v. Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (caso núm. ARB/81/2), primera Decisión sobre Anulación de 3 de mayo de 1985 (*ICSID Reports*, vol. 2, pág. 95, 1994); y Asunto *Maritime International Nominees Establishment v. Guinea* (caso núm. ARB/84/4), Decisión sobre Anulación de 22 de diciembre de 1989 (*ICSID Reports*, vol. 4, pág. 79, 1997).

(115) *Vid.* Asunto *Klöckner*, *ibídem*; y Asunto *Amco Asia Corporation y otros v. Indonesia* (caso núm. ARB/81/1), primera Decisión sobre Anulación de 16 de mayo de 1986 (*ICSID Reports*, vol. 1, pág. 509, 1993).

(116) Según una distinción que se introdujo por primera vez en la Decisión sobre Anulación del Asunto *Maritime International Nominees Establishment v. Guinea* (caso núm. ARB/84/4), *cit. supra* n. 114.

- (117) *Vid.* Decisión sobre Jurisdicción de 10 de mayo de 1988 del segundo Tribunal Arbitral en el Asunto *Amco Asia Corporation y otros v. Indonesia*, caso núm. ARB/81/1 (*ICSID Reports*, vol. 1, pág. 543, 1993).
- (118) En los dos primeros casos de anulación, *Klöckner y Amco*, *cit. supra* n. 114 y 115.
- (119) La aprobación fue inicialmente provisional por un período de cinco años, y luego se hizo definitiva por Decisión del Consejo Administrativo de 26 de septiembre de 1984. *Vid.* Schreuer, C., *The ICSID Convention... op. cit.*, pág. 92, n. 4.
- (120) Las Comisiones de Comprobación de Hechos están reconocidas en Derecho internacional público, y también en la práctica privada de métodos alternativos de resolución de disputas. En el caso del CIADI, no se conoce que haya habido un uso práctico reseñable de este tipo de procedimientos.
- (121) La autorización que supone el Reglamento del Mecanismo Complementario aproxima sin duda el CIADI, aún más, a una institución arbitral privada. Es por ello que se hacía necesaria esta reserva a criterio del Secretario General del Centro para poder rechazar solicitudes sobre disputas comerciales ordinarias que desnaturalizarían los fines y funciones del CIADI.
- (122) En los últimos años se han dado varios casos de revisión por tribunales nacionales de laudos del Mecanismo Complementario. Una relación puede encontrarse en la página web http://ita.law.uvic.ca/annulment_judicialreview.htm. De ahí precisamente que el art. 19 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) prevea que los procedimientos de arbitraje se celebren únicamente en Estados que sean parte del Convenio de Nueva York de 1958.
- (123) Asunto *Metalclad Corporation v. México* [caso núm. ARB(AF)/97/1].
- (124) Una lista de los Estados Contratantes y firmantes del Convenio CIADI puede encontrarse en www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm.
- (125) El primer caso no se registró hasta 1972 (Asunto *Holiday Inns S.A. y otros v. Marruecos*), y desde entonces sólo se registraban pocos casos. A partir de 1997, el número de casos que se registran ante el CIADI ha venido creciendo anualmente. Sólo en el año 2006 se registraron 26 nuevos casos de arbitraje. *Vid.* www.worldbank.org/icsid.
- (126) *Vid.* UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, febrero 2007; e igualmente, UNCTAD, *Recent Developments in international investment agreements*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1, 30 de agosto 2005, ambos disponibles en www.unctad.org.
- (127) Puede visitarse, e.g., www.bilaterals.org, página web de varias ONG.
- (128) *Vid.* www.worldbank.org/icsid/highlights/2005-16-07.htm. A finales de abril de 2007, Bolivia había hecho pública su intención de denunciar el Convenio CIADI, en una cumbre con Venezuela, Cuba y Nicaragua, a la que también asistieron como observadores representantes de Ecuador y Haití. En la cumbre se formalizó una declaración en la que Venezuela y Nicaragua expresaron también su compromiso de denunciar el Convenio CIADI. Esta cumbre se enmarca en las reuniones periódicas del ALBA (Alternativa Bolivariana para América Latina y el Caribe), una iniciativa internacional encabezada por Venezuela.
- (129) *Vid.* intervención de D. Osvaldo Siseles, Subsecretario de Asuntos Legales del Ministerio de Economía de la República Argentina, en las Jornadas sobre *La Seguridad Jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina: el caso argentino*, organizadas por el Real Instituto El Cano, Madrid, 11 y 12 de

diciembre de 2003.

© 2015 Kluwer Law International BV (All rights reserved).

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwerarbitration.com or contact our Sales staff at sales@kluwerlaw.com or call +31 (0)172 64 1562.