

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 72, ISSN: 2463-1914

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

Aspectos prácticos del proceso ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

Laura Victoria García Matamoros
Ana Cecilia Restrepo Escobar



ASPECTOS PRÁCTICOS DEL PROCESO ANTE EL CENTRO
INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

Aspectos prácticos del proceso ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) / Laura Victoria García Matamoros, Ana Cecilia Restrepo Escobar. - Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Observatorio Laboral, 2016. 120 páginas. - (Borrador de Investigación, Facultad de Jurisprudencia)

Incluye referencias bibliográficas

ISSNe: 2463-1914

Arbitramiento internacional / Inversiones extranjeras - Legislación / Derecho internacional privado / Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones / I. Restrepo Escobar, Ana Cecilia / II. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Observatorio Laboral / III. Título / IV. Serie.

341.753 SCDD 20

Catalogación en la fuente - Universidad del Rosario. Biblioteca

JDA

marzo 16 de 2016

ASPECTOS PRÁCTICOS DEL PROCESO ANTE EL CENTRO
INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

Laura Victoria García Matamoras
Ana Cecilia Restrepo Escobar

BORRADOR NÚMERO 72 DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2016

Laura Victoria García Matamoros
Ana Cecilia Restrepo Escobar

Corrección de estilo
Carlos Eduardo Correa

Diseño y diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSNe: 2463-1914

Todos los derechos reservados
Primera edición: abril de 2016

Made in Colombia

CONTENIDO

1.	ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN	9
1.1	¿Cómo protegen los APPI y los TBI a los Inversionistas?	10
1.2	¿Cuáles son las Ventajas y las Desventajas de los APPI ?	12
2.	EL CIADI Y SU FUNCIÓN	17
2.1	¿Qué es el CIADI?	17
2.2	¿Cómo surgió el CIADI?	17
2.3	¿Cómo se puede acceder al CIADI?	18
2.4	¿Cuáles de los APPI o TBI suscritos por Colombia y vigentes a este momento contienen una cláusula de resolución de controversias en virtud del CIADI?	18
3.	LA ESTRUCTURA DEL CIADI	20
3.1	Artículos 3-8: El Consejo Administrativo	21
3.2	El Secretario General.....	23
3.3	Gastos administrativos	24
3.4	Personalidad Jurídica del Centro.....	25
4.	JURISDICCIÓN DEL CIADI: ¿QUIÉN, CÓMO, CUÁNDO Y EN VIRTUD DE QUÉ SE PUEDE ACCEDER AL CIADI?	28
4.1	Nociones básicas	28
5.	¿QUÉ SE DEBE SABER SOBRE LOS ÁRBITROS?	51
5.1	¿Cómo se constituye el tribunal?	51
5.2	Primacía de la voluntad de las partes	52
5.3	La nacionalidad de los árbitros.....	52
5.4	¿Qué sucede si un árbitro fallece o se incapacita?	53
5.5	¿Qué sucede si un árbitro renuncia?	53
5.6	¿Cómo se forman las listas de árbitros de las cuales elige el presidente?	54

5.7	¿Cuáles son las cualidades mínimas requeridas para ser árbitro?	55
5.8	¿Qué sucede si una de las partes considera que alguno de los árbitros no cumple con cualidades exigidas por el artículo 14(1) o si el tribunal no se constituye de manera adecuada?	55
5.9	¿Cómo resuelve el convenio los posibles conflictos de interés?	57
6.	¿CÓMO SE DEFINE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL?	63
6.1	¿Quién decide las facultades que tiene el tribunal arbitral?	63
6.2	¿Cuáles son los elementos del principio kompetenz-kompetenz?	63
6.3	¿Cuáles son las ventajas de que los árbitros decidan sobre su propia competencia?	64
7.	LAS NORMAS QUE APLICAN LOS TRIBUNALES DEL CIADI.....	65
7.1	¿Con base en cuáles normas deciden los tribunales del CIADI?	65
7.2	¿Tratándose de un tratado firmado entre dos Estados, y no de un acuerdo firmado entre el inversionista y el Estado, es posible que se invoque dicho tratado como norma de Derecho acordadas entre las partes?	65
7.3	¿Pueden los Tribunales aplicar el Derecho Internacional aunque haya acuerdo entre las partes sobre la ley aplicable o aún por encima de la ley de la legislación del Estado parte?	66
7.4	¿Cuándo se habla de aplicar el Derecho Internacional de qué estamos hablando?	66
7.5	¿Puede un tribunal abstenerse de fallar argumentando que hay silencio u oscuridad en la ley?	67
8.	LAS CLÁUSULAS PARAGUAS: CUANDO EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO LE ACARREA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AL ESTADO	68
8.1	¿Qué es una cláusula paraguas?	68
8.2	¿Por qué se llaman así?	68
8.3	¿Siempre que haya una cláusula paraguas y se dé un incumplimiento contractual, conocerá el CIADI?	68
8.4.	¿Cómo están escritas las cláusulas paraguas?	68
9.	ASUNTOS PROCESALES	70
9.1	¿Bajo qué reglas se tramita un procedimiento de arbitraje?	70
9.2	¿Cómo opera el principio de libre voluntad de las partes?	70

9.3 ¿Qué límites tienen las partes cuando deciden cambiar las normas procesales?.....	71
9.4 ¿Qué sucede si llegan a encontrarse lagunas en el procedimiento de arbitraje?	72
9.5 ¿Qué sucede si las reglas de procedimiento cambian entre la firma del Tratado y la Reclamación?.....	72
10. MEDIDAS CAUTELARES EN EL CIADI.....	73
10.1 ¿Cuál es el propósito de las medidas cautelares?	73
10.2 ¿Cuáles son los criterios para recomendar medidas cautelares?	74
10.3 Libertad de las partes y autoridad del tribunal:	74
10.4 ¿Cuál es el plazo para solicitar medidas cautelares?.....	74
10.5 Medidas cautelares dentro del CIADI:.....	75
10.6 Obligatoriedad de las medidas cautelares	78
11. ¿QUÉ SUCEDE SI ALGUNA DE LAS PARTES NO COMPARECE?	79
11.1 ¿Por qué se sigue adelante con el procedimiento independientemente aunque no comparezca la contraparte?	80
11.2 ¿Cuándo se considera que una parte no está compareciendo o haciendo uso de sus derechos, es decir que está “en rebeldía”?	80
11.3 ¿Ser declarado “en rebeldía” equivale a un allanamiento?	81
11.4 ¿Cuáles son las consecuencias de ser declarado en rebeldía?.....	82
12. LA ACUMULACIÓN DE DEMANDAS Y PRETENSIONES INCIDENTALES O SOLICITUDES ADICIONALES DENTRO DEL CIADI	83
12.1 ¿Es posible acumular demandas y/o solicitar que se fallen pretensiones incidentales o solicitudes adicionales dentro del CIADI?.....	83
12.2 ¿Cuál es la diferencia entre una solicitud adicional y una pretensión incidental?	83
12.3 ¿Con qué temas se relacionan normalmente las solicitudes adicionales o las pretensiones incidentales?	84
12.4 ¿Puede la parte reclamada interponer demandas reconventionales?	85
12.5 ¿En qué momento se pueden presentar las demandas de reconvenición y las solicitudes adicionales o pretensiones incidentales?	85

13. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO	87
13.1 ¿Cómo termina el proceso ante el CIADI típicamente?.....	87
13.2 ¿Qué es un laudo arbitral dentro del CIADI?	88
13.3 ¿Qué contiene un laudo?	88
13.4 ¿Cuáles decisiones no son laudos?	88
13.5 El tribunal arbitral: algunas precisiones	89
13.6 Publicación del Laudo.....	91
14. RECURSOS	95
14.1 Rectificación y omisión.....	96
14.2 Interpretación o aclaración	97
14.3 Revisión del Laudo	98
14.4 De la anulación del laudo	100
15. REFERENCIAS.....	116

ASPECTOS PRÁCTICOS DEL PROCESO ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

Laura Victoria García Matamoras*
Ana Cecilia Restrepo Escobar**

1. ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Los TBI (Tratado Bilateral de Inversión) o también denominado los APPI (Acuerdo de Protección y Promoción de las Inversiones) son acuerdos que buscan la Protección y la Promoción de las inversiones que hagan los nacionales de un Estado en otro Estado conocido como el “Estado Receptor”.

Los TBI y APPI fueron concebidos dentro del proceso de descolonización que le siguió a la Segunda Guerra Mundial. Esto se debe a que los Estados que habían colonizado otros territorios, ahora Estados soberanos y sus nacionales, seguían teniendo fuertes lazos e intereses económicos. Con el ánimo de protegerse de posibles expropiaciones, los Estados europeos liderados por Alemania, firmaron un número importante de TBI y APPI, no solamente con sus antiguas colonias, sino con otras. De esta manera, Alemania, Suiza, Holanda, Italia, Bélgica y Suecia suscribieron al menos cuarenta tratados de este tipo con varios Estados asiáticos, africanos y del medio oriente entre 1959 y 1965.¹

Estados Unidos se demoró unos veinte o treinta años más, porque los estadounidenses no solamente aspiraban a obtener protección para sus inversionistas, sino que además solicitaban que se abriera y liberara la economía de los Estados firmantes.

* Laura Victoria García Matamoras. Profesora Asociada y Directora del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Ana Cecilia Restrepo Escobar. Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Tributario, candidata a Magister en Derecho Tributario Internacional (LLM in International Taxation) de la Universidad de la Florida.

1 Elkins, Z., Guzman, A. T., & A., S. B. (2006). Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000. *International Organization*, (60)4, 816.

Finalmente, fue en la administración de Ronald Reagan que los Estados Unidos comenzó a suscribirlos.²

Durante este tiempo, los TBI y los APPI se han ido unificando de tal manera que puede decirse que en la mayoría de ellos se encontrarán una serie de capítulos uniformes así como una serie de protecciones para los inversionistas entre los cuales se encuentran los siguientes:

1. Requisitos y admisión para las inversiones extranjeras.
2. Tratamiento que se le dará a las inversiones extranjeras.
3. Expropiación.
4. La resolución de disputas.³

En la actualidad los APPI y los TBI, así como los capítulos que se incluyen dentro de los Tratados de Libre Comercio (TLC), son una herramienta fundamental para los inversionistas, quienes pueden encontrar en ellos un motivo más para decidir en dónde invertir su dinero.

1.1 ¿Cómo protegen los APPI y los TBI a los Inversionistas?

1. Hay un compromiso formal entre Estados al cual se llega al final de una negociación.
2. Existe la posibilidad de incluir la cláusula de la nación más favorecida que consiste en que si el Estado receptor A firma otro tratado sobre la misma materia con el Estado C que le de mayores beneficios a los inversionistas del Estado C, los mismos se le tendrán que extender a los inversionistas del Estado B.
3. Se puede incluir una cláusula paraguas que le otorga mayor protección a los derechos contractuales de los inversionistas puesto el incumplimiento meramente contractual conlleva al incumplimiento del tratado y por lo tanto es susceptible de generarle al Estado responsabilidad internacional.
4. Derecho a transferir las ganancias económicas hacia afuera del Estado receptor, lo cual está estrechamente relacionado con la convertibilidad de la moneda.
5. Protección o restricción al uso de requisitos de desempeño: no se le exige al

2 Ibid., p. 815.

3 Elkins, Z., Op. cit., p. 812.

inversionista que su inversión cumpla con ciertas metas acordadas entre las partes o fijadas por el Estado para que la misma sea sujeta de protección.

6. Dentro de la cláusula de resolución de disputas se le da cabida al arbitraje entre el Estado y el inversionista. Normalmente como foros se incluye el Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI), y la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros.

Tabla 1. Nota histórica: la controversia generada por los APPI

Desde su nacimiento y hasta este momento, los APPI, especialmente sus mecanismos de resolución de controversias, han sido ampliamente discutidos y cuestionados, especialmente por Estados en vías de desarrollo.⁴

Durante la Guerra Fría, con el mundo fuertemente dividido, los Estados en vías de desarrollo dieron la batalla dentro de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde eran mayoría y obtuvieron algunas victorias por lo menos temporales.

En este periodo se expidieron resoluciones como la Resolución 1803 de la Asamblea General del año 1962 que decía que en caso de expropiación se le otorgaría al afectado “una compensación apropiada”, en contravención de la pretendida costumbre internacional que decía que la compensación debía ser pronta, efectiva y adecuada.⁵ Sin embargo, en 1974 la Asamblea General fue aún más lejos y expidió la “Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados” en la que proclamó que “*Todo Estado tiene el derecho de... c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, esta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados, y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios*”.⁶

Soberanía sobre los recursos nacionales

No obstante, después de finalizada la Guerra Fría, la radicalización llegó a su fin. La cruda realidad era que muchos de los Estados en vías de desarrollo necesitaban atraer inversión extranjera para la construcción de infraestructura y para poder explotar sus recursos naturales de manera efectiva. Fue así que a partir de 1990 aumentó de una manera nunca antes vista la cantidad de Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados en Vías de desarrollo que esperan volverse receptores de la inversión extranjera directa de los nacionales de Estados desarrollados.⁷

Continúa

4 Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press.

5 Así se lo había hecho saber Cordell Hull, Secretario de Estado de los Estados Unidos a su contraparte mexicana después de que en 1938 se hubieran expropiado intereses norteamericanos en los sectores agrarios y petroleros.

6 Dolzer, R & Schreuer, C. (2012). Op. Cit., p. 4.

7 La lista de Estados miembros con la fecha de firma del tratado puede encontrarse en: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingStates&ReqFrom=Main>

Sin embargo, a partir del 2000 con la gran cantidad de demandas en contra de Argentina por las medidas de emergencia que tomó en razón de la crisis económica que la sacudió y el retiro de Bolivia, Ecuador y Venezuela del Centro Internacional de Arreglo a las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), se ha revivido el debate.⁸

Fuente: elaboración propia.

1.2 ¿Cuáles son las Ventajas y las Desventajas de los APPI ?

Entraremos a explicar brevemente las ventajas y desventajas tanto para el Estado Receptor de la Inversión, el Estado de Origen de la Inversión y para los Inversionistas en este orden.

1.2.1 El Estado Receptor de la Inversión

El Estado receptor tendrá que hacer un balance muy cuidadoso de las posibles ventajas y desventajas de firmar un APPI o un TBI, especialmente si se trata de alguno en el que se le permita a los inversionistas acudir directamente al arbitraje.

1.2.1.1 Las ventajas de los APPI para el Estado receptor de la inversión

La principal ventaja es la oportunidad de atraer nuevos inversionistas.⁹ Se habla de oportunidad o posibilidad porque no existen estudios concluyentes que afirmen que la firma de un APPI o un TBI de hecho aumente la inversión extranjera directa.¹⁰ La respuesta puede radicar en que ante la existencia de muchos Estados interesados en ser receptores, una de las maneras de volverse atractivo para los inversionistas es precisamente firmar un APPI o un TBI. Más aún, no firmarlo puede significar que el Estado ni siquiera sea tenido en cuenta por parte de potenciales inversionistas.¹¹ Adicionalmente, los Estados pueden percibir que la inversión extranjera directa les traerá beneficios adicionales como la creación de empleo, la transferencia de nueva tecnología y capacitación hacia su territorio, el fortalecimiento de sus conexiones con el Estado receptor

8 Eberhardt, P., & Olivet, C. (2012). *Cuando la Injusticia es Negocio*. Bruselas/Amsterdam: Corporate Europe Observatory and Transnational Institute. (CEO).

9 Elkins, op. cit., pp. 811-846.

10 Yackee, J. (2008). Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? *Law & Society Review* (42)4, 806. Yackee cita una serie de estudios: algunos dicen que la firma de TBIs llevan a mayor inversión extranjera directa, otros dicen que podrían incluso reducirla. En todo caso ninguno es concluyente.

11 Elkins, Z., T. G. A., & Simmons, B. A. (2006). Op. cit., pp. 811-846.

y los mercados internacionales, el fortalecimiento de la industria nacional y mayores ingresos por concepto de los impuestos cobrados a los inversionistas.¹²

1.2.1.2 Las Desventajas de los APPI para el Estado Receptor de la Inversión

Es claro que el Estado renuncia a una parte de su inmunidad y soberanía puesto que una vez empiezan a llegar las inversiones extranjeras, este tiene que tener en cuenta los compromisos adquiridos en los TBI y en los APPI antes de tomar cualquier medida que pueda afectar las mismas. Incluso, como se demuestra con el caso de Argentina, los Estados tienen que ser cuidadosos en el manejo de su economía puesto que podrán ser condenados aun cuando se invoque el estado de necesidad dentro del contexto de una crisis económica. De la misma manera, los Estados tienen que ser conscientes de que es el inversionista quién decide poner en marcha el mecanismo de solución de controversias del Centro de Inversiones pactado y que podrá ser demandado y eventualmente condenado por sumas multimillonarias en cualquier momento. No pagarlas se traducirá en costo a su reputación bastante elevado, tanto en la esfera política internacional, como en el gremio de los potenciales inversionistas, quienes contemplarán este incumplimiento dentro de los posibles riesgos.

Tabla 2. Ventajas y desventajas de los APPI para los países receptores de inversiones

Ventajas	Desventajas
• El Estado tiene mayores posibilidades de atraer inversión extranjera, la cual puede verse reflejada en varios aspectos . • Expectativa de generar empleo. • Expectativa de transferencia de nueva tecnología y capacitación en su territorio. • Expectativa de fortalecer el vínculo con el Estado de origen de la inversión y el mercado internacional. • Fortalecimiento de la industria nacional. • Mayores ingresos por concepto de impuestos recaudados de los inversionistas.	• El Estado compromete su soberanía y su inmunidad. • Tiene que tener en cuenta los compromisos adquiridos al momento de tomar cualquier decisión que pueda afectar los compromisos contraídos en el APPI o TBI. • Puede ser condenado a pagar sumas multimillonarias por incumplimiento del mismo.

Fuente: elaboración propia.

12 Salacuse, J. W. (2010). *The Law of Investment Treaties*. Nueva York: Oxford University Press. p. 38.

1.2.2 El Estado de Origen de la Inversión o de los Inversionistas

Si bien se ha dibujado en la literatura¹³ un esquema en el que el Estado de Origen de los posibles inversionistas normalmente es un Estado desarrollado que utiliza su poder para dominar al Estado receptor que será un Estado en vías de desarrollo, vale la pena mencionar dos puntos: el primero es que a partir de 1999 se empezaron a proliferar los APPI y los TBI entre Estados en vías de desarrollo¹⁴ y el segundo es que el Estado de origen de la inversión también puede tener preocupaciones frente a los potenciales riesgos y ventajas.

1.2.2.1 Ventajas para el Estado de Origen de la Inversión

Al Estado puede interesarle el incremento de la inversión, puede asegurarse el acceso a ciertos recursos naturales por medio de sus nacionales, la repatriación de las ganancias y puede fortalecer sus relaciones políticas y económicas. Adicionalmente, puede ahorrarse recursos económicos y riesgos diplomáticos si en el futuro dicho Estado le incumple a sus nacionales, puesto que dichas diferencias se llevarán ante un órgano despolitizado y no tendrá que poner en una balanza los derechos de sus nacionales frente a los costos diplomáticos que puede traer una confrontación o una demanda directa.¹⁵

1.2.2.2 Desventajas para el Estado de Origen de las Inversión

Es posible que a futuro el Estado de Origen perciba que el capital que está siendo invertido en el exterior se puede usar de manera más fructífera dentro de su territorio. Existe también el riesgo de que la inversión de capital en el exterior signifique despidos masivos cuando, por ejemplo, se traslada una planta de producción del Estado de origen al Estado receptor de la Inversión. Adicionalmente, si en el futuro el Estado amigo o aliado con el que se firmó un tratado de esta clase se convierte en su enemigo, sus nacionales podrán terminar por beneficiarlo. Finalmente, aun cuando exista un foro como el Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a

13 Ver: Elkins, Z., T. G. A., & Simmons, B. A. (2006). *Competing for Capital: The diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000. International Organization*, (60)4, 817. Y Eberhardt, P., & Olivet, C. (2012). *Cuando la Injusticia es Negocio*. Bruselas/Amsterdam: Corporate Europe Observatory and Transnational Institute. (CEO).

14 Elkins, Z., T. G. A., & Simmons, B. A. (2006). *Op.cit.*, p. 817.

15 Salacuse, J. W. (2010). *Op.cit.*, p. 39.

Inversiones (CIADI) en el que se resuelvan las disputas de manera despolitizada, el incumplimiento del Estado Receptor puede significar un dolor de cabeza en cuanto al escenario político internacional¹⁶. Esto sería aún más incómodo si el Estado receptor se rehúsa a pagar el monto de la condena y sus propios nacionales (es decir, los del Estado de Origen de la Inversión) le solicitan que ejerza la protección diplomática¹⁷.

Tabla 3. Ventajas y riesgos de los APPI para los países donde se originan las inversiones

Ventajas	Desventajas
• Incremento de la inversión. • Acceso a ciertos recursos naturales. • Repatriación de ganancias. • Fortalecimiento de relaciones diplomáticas y comerciales. • Ahorro de recursos diplomáticos dado que de haber alguna disputa, esta se lleva a un órgano despolitizado.	• Que hacia futuro perciba que el dinero invertido por fuera estaría mejor empleado dentro de su propio territorio. • Que las plantas de producción se trasladen y dejen a sus ciudadanos sin empleo. • Que sus nacionales terminen por beneficiar a un Estado “enemigo” por medio de sus inversiones. • Que el Estado receptor no pague una condena y el Estado de origen de la inversión tenga que salir a defender los intereses de sus nacionales en el plano internacional.

Fuente: elaboración propia.

1.2.3 Los Inversionistas

1.2.3.1 Ventajas para los Inversionistas

El potencial inversionista busca maximizar sus ganancias y reducir al máximo los riesgos asociados a su inversión. En este sentido, podrá elegir entre varios Estados interesados en su inversión y en algunos casos podrá negociar ciertas condiciones por ejemplo frente a tarifas e impuestos.¹⁸ Sin embargo, muchas de las inversiones necesitan infraestructura, lo cual al fin de cuentas significa que si el Estado cambia las reglas de juego, el dinero invertido será difícil, si no imposible, de recuperar. De esta

16 Ibídem. p. 40.

17 Hunter, J. M., & García Olmedo, J. (2011). ‘Enforcement/Execution’ of ICSID Awards Against Reluctant States. *The Journal of World Investment and Trade*, 307-319.

18 Salacuse, J. W. (2010). Op.cit., p. 39.

manera, el poder de negociación del inversionista va disminuyendo a medida que realiza su inversión, pues de alguna manera “entierra” su capital en el otro Estado y se vuelve supremamente sensible a los cambios legislativos, administrativos o incluso a los cambios de gobierno, puesto que es posible que un gobierno que apoya la inversión extranjera sea seguido por un gobierno que la expropie. Es por este motivo que los potenciales inversionistas están interesados en los APPI y los TBI: los protegen contra posibles cambios en las condiciones bajo las cuales se hizo la inversión, especialmente aquellas que dependen del gobierno y no del mercado.

1.2.3.2 Desventajas para los inversionistas

En realidad la firma y la expansión de los APPI y TBI no ha hecho más que beneficiar a los inversionistas. Mientras más de estos acuerdos o tratados se firmen, mayores son sus posibilidades de elegir un Estado que les sea favorable a sus inversiones. Esto se acentúa con la firma de APPI y TBI que de alguna manera u otra favorezcan el *treaty shopping* o la posibilidad de los inversionistas de cumplir con los requisitos de nacionalidad de un Estado para recibir la protección que les de dicho tratado. Esto se discutirá a fondo más adelante.

En este sentido, nuestra tabla de ventajas y desventajas no tiene columna de desventajas y se ve de la siguiente manera:

Tabla 4. Ventajas de los APPI para los inversionistas

El Futuro Inversionista	Se protege contra las contingencias no comerciales que puedan llegar a materializarse.
-------------------------	--

Fuente: elaboración propia.

2. EL CIADI Y SU FUNCIÓN

2.1 ¿Qué es el CIADI?

El Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI) es una institución del Banco Mundial que busca resolver disputas entre inversionistas y Estados de manera directa en virtud a un APPI o un TBI.

2.2 ¿Cómo surgió el CIADI?

Como se dijo anteriormente, los APPI o los TBI surgieron en el sistema económico creado con el final de la Segunda Guerra Mundial. La idea de crear una organización internacional para la protección de las inversiones fue del banquero alemán Hermann Josef Abs. No obstante, su proyecto era demasiado ambicioso puesto que proponía que se creara un tribunal arbitral que pudiera condenar a cualquier Estado del mundo sin importar si hacía parte de dicha organización.¹⁹ Si bien la OCDE retomó dicho esfuerzo, la misma no fue exitosa.

Finalmente, en 1962 el Banco Mundial se interesó en crear un marco jurídico que se ocupara del fenómeno del surgimiento de los APPI y los TBI. Uno podría preguntarse por qué tendría el Banco Mundial “velas en el asunto”. Pues bien, el Banco Mundial consideró en aquel momento que existía una relación entre la cooperación internacional, el desarrollo económico y la inversión internacional. El director del Banco Mundial, Aron Broches, entendió que sería imposible, en ese momento, llegar a un consenso en cuanto a la sustancia y decidió que el mayor aporte que podía hacer el Banco Mundial era crear un procedimiento y un centro de arbitraje al que pudieran acudir los inversionistas. En 1966 entró en vigor el Convenio del CIADI (también conocido como “El Convenio de Washington”). Hasta los años noventa el CIADI no conoció muchos casos. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, durante esta década la cantidad de APPI y TBI se multiplicó y lo mismo sucedió con los casos que empezó a conocer el CIADI.²⁰

19 Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). Op. cit., p. 8.

20 Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). Op. cit., p. 9.

2.3 ¿Cómo se puede acceder al CIADI?

Al CIADI se puede acceder siempre y cuando exista una cláusula que remita los conflictos entre los Inversionistas y los Estados a este Centro. Dicha cláusula puede encontrarse dentro de uno de los siguientes instrumentos: un TBI o APPI celebrado entre dos Estados, un capítulo de inversión en los Tratados de Libre Comercio o un contrato entre el Estado y el Inversionista.

2.4 ¿Cuáles de los APPI o TBI suscritos por Colombia y vigentes a este momento contienen una cláusula de resolución de controversias en virtud del CIADI?

Acuerdo	Entrada en vigencia	Título del acuerdo
México	TLC vigente desde 1995 Protocolo Modificatorio en 2011	Tratado de libre comercio entre Estados Unidos, México y la República de Colombia. Título XVII Inversión
Chile	Mayo de 2009	Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile - Protocolo adicional al Acuerdo de Complementación Económica para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado entre Colombia y Chile (ACE 24) del 6 de diciembre de 1993, suscrito en Santiago, Chile, el 27 de noviembre de 2006. Capítulo 9 Inversión
Triángulo Norte	Guatemala - Noviembre de 2009 El Salvador - Febrero de 2010 Honduras - Marzo de 2010	Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras Capítulo 12 Inversión
AELC	Vigente con Suiza y Liechtenstein, desde julio de 2011	Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC (EFTA) Capítulo 5 Inversión
Canadá	Agosto de 2011	Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá Capítulo 8 Inversión

Continúa

Acuerdo	Entrada en vigencia	Título del acuerdo
Estados Unidos	Mayo de 2012	Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, sus “cartas Adjuntas” y sus “Entendimientos” suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006. Capítulo 10 Inversión
Suiza	Octubre de 2009	Convenio entre la República de Colombia la Confederación suiza sobre la promoción protección recíproca de inversiones.
Perú	Diciembre de 2010	Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones.
China	Julio de 2012	Acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular China.
India	Julio de 2012	Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República de Colombia y la República de la India
Reino Unido	Octubre de 2014	Acuerdo Bilateral para la promoción y la protección de las inversiones.

Fuente: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Recuperado el 18 de enero de 2014, de: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6420&dPrint=1>

3. LA ESTRUCTURA DEL CIADI

A continuación se analizará el CIADI a partir de sus normas más importantes.

Preámbulo²¹:

Comentario:

Sobre el preámbulo se hacen los siguientes apuntes:

- a. Se entiende que las inversiones internacionales privadas son una herramienta para el desarrollo y que esta iniciativa es apoyada por el Banco Mundial.
- b. Al reconocer que “puede ser apropiado” someter las diferencias entre un Estado y los nacionales de otro Estado a un foro internacional, retirándolas así de la esfera de conocimiento de la jurisdicción nacional, se le otorga a los inversionistas extranjeros una garantía muy importante: no conocerán de sus diferencias con un Estado las cortes del mismo y se les asegura así cierto nivel de imparcialidad.
- c. El Convenio de Washington debe cumplirse de buena fe: es decir que se acatarán los laudos arbitrales y se tomarán en serio las recomendaciones de los conciliadores.
- d. El mero hecho de pertenecer al CIADI no significa que cualquier diferencia pueda ser sometida a esta institución. Para que esto suceda tiene que “mediar el consentimiento” que se expresa a través de un APPI, un TBI, el capítulo de inversiones de un Tratado de Libre Comercio o un contrato entre el Estado y el Inversionista.

Artículo 1

(1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro).

(2) El Centro tendrá por objeto 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.

21 CIADI. (2006, abril). Reglamento del CIADI, Reglamento y Reglas. Consultado el 1 de diciembre de 2014.

Comentario:

En consonancia con el preámbulo se facilita la creación de un foro independiente al que se puedan someter las diferencias entre Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados contratantes.

Se introducen dos temas de vital importancia: el de la nacionalidad y el de inversión. Ambos se tratarán a fondo en el capítulo sobre la jurisdicción del Centro.

Artículo 2

La sede del Centro será la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en lo sucesivo llamado el Banco). La sede podrá trasladarse a otro lugar por decisión del Consejo Administrativo adoptada por una mayoría de dos terceras partes de sus miembros.

Comentario:

La sede principal del Centro está en Washington DC, que es el sitio en el que están ubicadas en este momento, las oficinas del Banco Mundial.²²

3.1 Artículos 3-8: El Consejo Administrativo²³

Artículo 3

El Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Árbitros.

Artículo 4

(1) El Consejo Administrativo estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes. Un suplente podrá actuar con carácter de representante en caso de ausencia del titular de una reunión o de incapacidad del mismo.

(2) Salvo en caso de designación distinta, el gobernador y el gobernador suplente del Banco nombrados por un Estado Contratante serán ex officio el representante y el suplente de ese Estado, respectivamente.

Artículo 5

El Presidente del Banco será ex officio Presidente del Consejo Administrativo (en lo sucesivo llamado el Presidente), pero sin derecho a voto. En caso de ausencia o incapacidad

22 Ver: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Co-operation%20agreements&pageName=Coop_with_Oth_Inst Recuperado el 25 de marzo de 2014.

23 CIADI. (2006, abril). Op. cit. Recuperado el 1 de diciembre de 2014.

para actuar y en caso de vacancia del cargo de Presidente del Banco, la persona que lo sustituya en el Banco actuará como Presidente del Consejo Administrativo.

Artículo 6

(1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes:

- (a) adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro;*
- (b) adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje;*
- (c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje);*
- (d) aprobar los arreglos con el Banco sobre la utilización de sus servicios administrativos e instalaciones;*
- (e) fijar las condiciones del desempeño de las funciones del Secretario General y de los Secretarios Generales Adjuntos;*
- (f) adoptar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Centro;*
- (g) aprobar el informe anual de actividades del Centro.*

Para la aprobación de lo dispuesto en los incisos (a), (b), (c) y (f) se requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo.

(2) El Consejo Administrativo podrá nombrar las Comisiones que considere necesarias.

(3) Además, el Consejo Administrativo ejercerá todas las facultades y realizará todas las funciones que a su juicio sean necesarias para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 7

(1) El Consejo Administrativo celebrará una reunión anual, y las demás que sean acordadas por el Consejo, o convocadas por el Presidente, o por el Secretario General cuando lo soliciten a este último no menos de cinco miembros del Consejo.

(2) Cada miembro del Consejo Administrativo tendrá un voto, y, salvo disposición expresa en contrario de este Convenio, todos los asuntos que se presenten ante el Consejo se decidirán por mayoría de votos emitidos.

(3) Habrá quórum en las reuniones del Consejo Administrativo cuando esté presente la mayoría de sus miembros.

(4) El Consejo Administrativo podrá establecer, por mayoría de dos tercios de sus miembros, un procedimiento mediante el cual el Presidente pueda pedir votación del Consejo sin convocar a una reunión del mismo. Solo se considerará válida esta votación si la mayoría de los miembros del Consejo emiten el voto dentro del plazo fijado en dicho procedimiento.

Artículo 8

Los miembros del Consejo Administrativo y el Presidente desempeñarán sus funciones sin remuneración por parte del Centro.

Comentario:

El Consejo Administrativo es el órgano democrático del CIADI. Cada Estado parte tiene derecho a tener un representante que tendrá un voto y el mismo es presidido por el presidente del Banco Mundial quien no tiene derecho a voto.

De cierta manera, su composición así como sus funciones pueden equipararse a las de una asamblea de accionistas de una empresa. Cada Estado tiene una acción y se reúnen por lo menos una vez al año para aprobar el informe anual de actividades, adoptar el presupuesto para el siguiente año y tiene la posibilidad de modificar los Reglamentos.

En este sentido, hay que ser muy cuidadoso puesto que el Convenio y los Reglamentos son dos cosas diferentes que no pueden confundirse entre ellas. El Convenio es el Tratado que le da origen a la institución aprobado en 1962 y al cual se han ido adhiriendo los Estados con el paso del tiempo. Los Reglamentos por su parte desarrollan los aspectos prácticos del Convenio y a diferencia de este, han sido modificados en varias ocasiones. Desde el punto de vista pragmático, esto tiene mucho sentido dado que el Convenio difícilmente podría ocuparse de todos y cada uno de los aspectos de procedimiento y hace que el CIADI no se quede congelado en el tiempo puesto que sus miembros le pueden hacer cambios al Reglamento sin necesidad de renegociar el Convenio, lo cual sería bastante más complejo.

3.2 El Secretario General:**Artículo 9**

El Secretariado estará constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro.

Artículo 10

(1) El Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos serán elegidos, a propuesta del Presidente, por el Consejo Administrativo por mayoría de dos tercios de sus miembros por un período de servicio no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos. Previa consulta a los miembros del Consejo Administrativo, el Presidente presentará uno o más candidatos para cada uno de esos cargos.

(2) Los cargos de Secretario General y de Secretario General Adjunto serán incompatibles con el ejercicio de toda función política. Ni el Secretario General ni ningún Secretario General Adjunto podrán desempeñar cargo alguno o dedicarse a otra actividad, sin la aprobación del Consejo Administrativo.

(3) Durante la ausencia o incapacidad del Secretario General y durante la vacancia del cargo, el Secretario General Adjunto actuará como Secretario General. Si hubiere más de

un Secretario General Adjunto, el Consejo Administrativo determinará anticipadamente el orden en que deberán actuar como Secretario General.

Artículo 11

El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.

Comentario:

Si seguimos utilizando el ejemplo de la empresa, la secretaría sería la gerencia cuyo líder, el Secretario General, es elegido por la asamblea de accionistas de una lista que es elaborada por el presidente del Banco Mundial.

La Secretaría General se encarga de los asuntos administrativos y el funcionamiento general del Centro. Como veremos más adelante en la sección sobre el laudo, el Secretario General es el encargado de certificar la autenticidad de las copias de los laudos. También como veremos en la sección de Jurisdicción así como la de recursos, funciona como una especie de “primer filtro” que examina en primer término si el CIADI tiene o no jurisdicción para conocer sobre una disputa o en el caso de los recursos, si se han cumplido con los requisitos de forma.

(Los artículos 12-16 sobre la conformación de las listas de árbitros se tratarán en el capítulo sobre los árbitros).

3.3 Gastos administrativos

Artículo 17

Si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas subscripciones de capital del Banco, y por los Estados Contratantes no miembros del Banco de acuerdo con las reglas que el Consejo Administrativo adopte.

Comentario:

Lo ideal en teoría es que el CIADI se sostenga exclusivamente por medio de los aportes realizados por los Estados y particulares que participan en el procedi-

miento, por medio del cobro de un arancel a aquellos que deseen utilizar sus servicios²⁴.

Adicionalmente, se habla de “otros ingresos”. Si bien no se le crea al Banco Mundial la obligación expresa de financiar al CIADI en el Convenio, existe entre ambas instituciones un memorando de entendimiento en el que el Banco Mundial se compromete a sufragar los gastos administrativos. Es decir los gastos fijos, del Centro dado que el Banco Mundial ha venido sufragando dichos gastos, no ha sido necesario acudir a los Estados partes directamente²⁵. Siguiendo esta misma línea, puesto que el Banco Mundial se encarga de financiar el andamiaje administrativo, el arancel que se le cobra a las partes por acudir al Centro es relativamente bajo puesto que no se calcula con el fin de que con el mismo se cubran los gastos.²⁶

3.4 Personalidad Jurídica del Centro

Artículo 18

El Centro tendrá plena personalidad jurídica internacional. La capacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de:

- (a) contratar,*
- (b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos,*
- (c) comparecer en juicio.*

Artículo 19

Para que el Centro pueda dar cumplimiento a sus fines, gozará, en los territorios de cada Estado Contratante, de las inmunidades y privilegios que se señalan en esta Sección.

Artículo 20

El Centro, sus bienes y derechos gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial, salvo que renuncie a ella.

Artículo 21

El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado:

24 Artículo 59 del Convenio y Reglas 15, 16 y 17 del Reglamento Administrativo y Financiero.

25 Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary* (Second ed.). Cambridge: Cambridge University Press p. 57.

26 *Ibid.*, p. 57.

(a) gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad;

(b) cuando no sean nacionales del Estado donde ejerzan sus funciones, gozarán de las mismas inmunidades en materia de inmigración, de registro de extranjeros y de obligaciones, derivadas del servicio militar u otras prestaciones análogas, y asimismo gozarán de idénticas facilidades respecto a régimen de cambios e igual tratamiento respecto a facilidades de desplazamiento, que los Estados Contratantes concedan a los representantes, funcionarios y empleados de rango similar de otros Estados Contratantes.

Artículo 22

Las disposiciones del Artículo 21 se aplicarán a las personas que comparezcan en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio como partes, apoderados, consejeros, abogados, testigos o peritos, con excepción de las contenidas en el párrafo (b) del mismo, que se aplicarán solamente en relación con su desplazamiento hacia y desde el lugar donde los procedimientos se tramiten y con su permanencia en dicho lugar.

Artículo 23

(1) Los archivos del Centro, dondequiera que se encuentren, serán inviolables.

(2) Respecto de sus comunicaciones oficiales, el Centro recibirá de cada Estado Contratante un trato no menos favorable que el acordado a otras organizaciones internacionales.

Artículo 24

(1) El Centro, su patrimonio, sus bienes y sus ingresos y las operaciones y transacciones autorizadas por este Convenio estarán exentos de toda clase de impuestos y de derechos arancelarios. El Centro quedará también exento de toda responsabilidad respecto a la recaudación o pago de tales impuestos o derechos.

(2) No estarán sujetas a impuestos las cantidades pagadas por el Centro al Presidente o a los miembros del Consejo Administrativo por razón de dietas, ni tampoco los sueldos, dietas y demás emolumentos pagados por el Centro a los funcionarios o empleados del Secretariado, salvo la facultad del Estado de gravar a sus propios nacionales.

(3) No estarán sujetas a impuestos las cantidades recibidas a título de honorarios o dietas por las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio, por razón de servicios prestados en dichos procedimientos, si la única base jurisdiccional de imposición es la ubicación del Centro, el lugar donde se desarrollen los procedimientos o el lugar de pago de los honorarios o dietas.

Comentario:

El CIADI se crea como una organización internacional que tiene personalidad jurídica internacional y por lo tanto adquiere derechos y obligaciones en el plano del Derecho Internacional. Esto tiene varias consecuencias importantes:

- El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores, árbitros, miembros de una Comisión o los empleados del secretariado tienen inmunidad en relación con sus funciones. Así, a menos que el Centro renuncie a su inmunidad las personas mencionadas anteriormente no pueden ser llevados a juicio por sus actos. De esta manera, los árbitros pueden tener la tranquilidad de que no podrán ser llevados ante las Cortes de cualquier Estado por la parte que se sienta agraviada por ejemplo, si pierde en el arbitraje.
- Al igual que las embajadas de los Estados y las demás organizaciones internacionales con personalidad jurídica internacional, sus empleados y directivos tienen derecho a una serie de inmunidades como la que respecta a sus actos en el cumplimiento de sus funciones que les permite cumplir cabalmente su labor. De la misma manera, los apoderados, abogados, testigos y peritos obtienen inmunidad de desplazamiento desde y hacia el Centro.
- Es importante resaltar que los archivos y la correspondencia del Centro, al igual que lo serían los de cualquier embajada nacional son inviolables.

4. JURISDICCIÓN DEL CIADI: ¿QUIÉN, CÓMO, CUÁNDO Y EN VIRTUD DE QUÉ SE PUEDE ACCEDER AL CIADI?

4.1 Nociones básicas

4.1.1 ¿Cuál es el proceso a seguir para iniciar un proceso de arbitraje ante el CIADI?

Artículo 36 del Convenio

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de estas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Regla 2 del Procedimiento de Iniciación

Contenido de la solicitud:

(1) En la solicitud se deberá:

(a) identificar con precisión a cada persona en la diferencia y consignar su dirección;
(b) manifestar, si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante, que ha sido debidamente acreditado por dicho Estado ante el Centro, de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio;

(c) indicar la fecha en que se otorgó el consentimiento y acompañar los documentos que lo contienen, si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante. También deberá acompañarse de información similar sobre la aprobación de ese consentimiento por parte del Estado, salvo que se hubiere notificado al Centro que dicha aprobación no es necesaria;

(d) indicar respecto de la parte que es nacional de un Estado Contratante:

(i) su nacionalidad a la fecha del otorgamiento del consentimiento; y

(ii) si la parte es una persona natural:

(A) su nacionalidad a la fecha de presentar la solicitud; y

(B) que no tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia, tanto en la fecha del otorgamiento como en la fecha de la presentación de la solicitud; o
(iii) si la parte es una persona jurídica que a la fecha del otorgamiento del consentimiento tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia, debe acompañarse el acuerdo mediante el cual las partes consienten que la primera sea tratada como si fuese nacional de otro Estado Contratante a los fines del Convenio;
(e) acompañar informaciones sobre las cuestiones objeto de la diferencia, señalando que las partes tienen una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión; e

(f) indicar, si la parte solicitante es una persona jurídica, que ha tomado todas las acciones internas necesarias para autorizar la solicitud.

(2) La información requerida por los subpárrafos 1(c), (1)(d)(iii) y

(1)(f) deberá justificarse con documentos.

(3) “Fecha del otorgamiento del consentimiento” significa la fecha en que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho.

Artículo 16 del Reglamento Administrativo y Financiero

Derecho de registro de las solicitudes

La parte o partes (si la solicitud es conjunta) que quieran incoar un procedimiento de conciliación o arbitraje, que soliciten una decisión suplementaria, o una rectificación, aclaración, revisión o anulación de un laudo o que soliciten que una diferencia vuelva a ser sometida a un nuevo Tribunal después de la anulación de un laudo, pagarán al Centro el derecho no reembolsable que el Secretario General determine periódicamente.

El proceso de arbitraje inicia con una solicitud por escrito enviada al Secretario General, presentada en alguno de los idiomas oficiales del Centro (inglés, español o francés), con los datos solicitados en la Regla 2 de las Reglas de Iniciación²⁷ y el pago de la tarifa del registro que en virtud del artículo 16 del Reglamento Administrativo y Financiero determina periódicamente el Secretario General. Se deben enviar cinco copias firmadas tal como lo establece la Regla 4 de las Reglas de Iniciación.

¿El secretario general siempre deberá registrar una solicitud?

Sí, a menos que “encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del centro” tal como reza el art. 36 del Convenio.

27 Se solicitan los datos de ambas partes así como la dirección de notificación que hace el reclamo, demostración de que hay legitimación en la causa, indicar que la disputa nace directamente de una inversión, entre otras.

¿Cuándo se sabe si una solicitud de arbitraje fue registrada o no?

Según el artículo 36 del Convenio el Secretario general debe notificarle inmediatamente a las partes si registró o no la solicitud.

4.1.2 ¿En virtud de qué se puede acceder al CIADI?

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier 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.

(Subrayado fuera del texto)

Al CIADI se puede acceder si se realiza una inversión, pero el Convenio no define en ningún lugar lo que es una inversión. Es por este motivo que tenemos que acudir a la doctrina y a la jurisprudencia. Desde el punto de vista de la doctrina se han identificado ciertos elementos que diferencian una inversión de una transacción comercial, a saber²⁸:

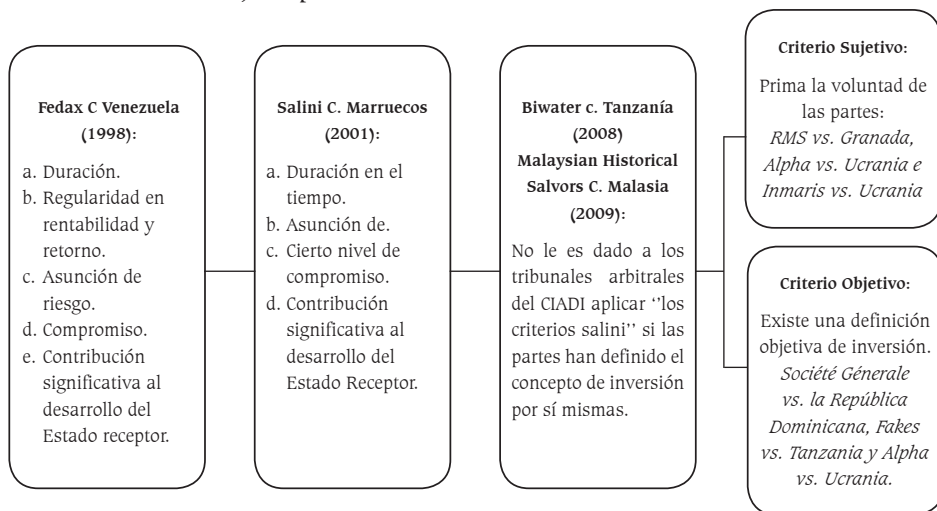
- a. Mientras que una transacción comercial consiste generalmente en un intercambio de bienes y dinero, una inversión implica una relación a largo plazo entre el inversionista y el gobierno, dado que el inversionista queda sujeto a las medidas legislativas que tome el mismo y que pueden afectar su inversión (un ejemplo típico serían medidas tributarias). De la misma manera, puede verse afectado por cambios ideológicos con el paso del tiempo. Por ejemplo, Estados con largas tradiciones democráticas pueden convertirse en dictaduras y viceversa.
- b. A diferencia de las transacciones comerciales, las inversiones implican que el inversionista deberá gastar grandes sumas de dinero que son muy difíciles, sino imposibles de recuperar una vez se realizan. El inversionista incurre en estos gastos porque espera recuperar su inversión inicial más un retorno a largo plazo. Los proyectos de inversión pueden prolongarse incluso durante décadas.

28 Dolzer, R. & C. Schreuer (2012). Op.cit., p. 24.

Dentro de los ejemplos típicos se encontrarían los proyectos de construcción, infraestructura y extracción de hidrocarburos.

Jurisprudencialmente se han establecido varios criterios para identificar cuándo se está ante una inversión, pero el tema no ha sido para nada pacífico. A continuación se muestra una gráfica con la línea jurisprudencial pertinente.

4.1.2.1 Desarrollo Jurisprudencial de la definición de inversión



Fuente: elaboración propia.

4.1.3 ¿Quién puede acceder al CIADI?

Al CIADI pueden acceder tanto Estados²⁹ ("o cualquier subdivisión política u organismo público en un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado")³⁰ como inversionistas, siempre y cuando exista entre las partes un instrumento que contenga una cláusula de solución de controversias que posibilite a las partes para acudir ante el CIADI. Puede tratarse de un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre el Estado de nacionalidad del Inversionista y el Estado receptor de la inversión, un capítulo sobre inversiones dentro de un tratado de libre comercio o un contrato entre

29 Se conocen tres casos en los que el Estado, sus subdivisiones o sus empresas acuden al CIADI. Estos son: Gabon vs. Société Serete S.A., Tanzania Electric Supply Co. Ltd. vs. IPTL, Government Province of East Kalimantan vs. PT Kaltim Prima Coal and others. Fuente: Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary* (Segunda ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 458.

30 Ver el artículo 25 del Convenio.

el Estado receptor y el inversionista directamente. La cuestión de la nacionalidad del inversionista se tratará más adelante.

4.1.3.1 ¿Contra quién puede interponer una acción un inversionista?

En general un inversionista puede interponer una acción contra un Estado. Pero la cuestión está en las entidades por las cuales responde el Estado. Para este fin el CIADI ha echado mano de los Artículos Sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. En este sentido, se incluye todo órgano del Estado. Dentro de los mismos se encuentran órganos que ejerzan:

- Funciones legislativas
- Funciones ejecutivas
- Funciones Judiciales
- “De otra índole cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”³¹

Según el Artículo 7 del Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos es irrelevante si se trata de una extralimitación en las funciones de los órganos del Estado. De la misma manera es irrelevante si se trata de subdivisiones estatales.

Tabla 5. Criterios para determinar la responsabilidad del Estado

Responsabilidad de los Órganos del Estado en General.	CMS contra Argentina. Decisión Sobre Jurisdicción, ARB/01/8 (CIADI 17 de Julio de 2003).
Órgano Estatal/Rama del Gobierno	Caso
Ministro de Gobierno	<i>Lowen contra Estados Unidos</i> . Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 70. <i>Alpha contra Ucrania</i> . Laudo. Párrafos 399-403
Las Fuerzas Armadas y la Policía	<i>Texaco contra Libia</i> . Laudo Preliminar. Párrafo 23
El Tesoro	<i>Eureko contra Polonia</i> . Laudo Parcial. Párrafos 115-134.

Continúa

31 Artículo 4 de los “Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”. Recuperado el 26 de marzo de 2014, de <http://www.gidh.org.co/files/RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20POR%20HECHOS%20INTERNACIONALMENTE%20ILICITOS..pdf>

Órgano Estatal/Rama del Gobierno	Caso
La rama legislativa	<i>Nycomb contra Latvia</i> . Laudo Sección 4.2.
La rama judicial	<i>Amco contra Indonesia</i> . Laudo. Párrafo 150. <i>Azinian contra México</i> . Laudo. Párrafos 97-103. <i>Lowen contra Estados Unidos</i> . Decisión sobre Jurisdicción. Párrafos 47-60. <i>Saipem contra Bangladesh</i> . Laudo. Párrafos 188-190. <i>RosInvest contra Rusia</i> . Laudo Final. Párrafos 602-603.

Fuente: elaboración propias con base en los pies de página de Dolzer, R. and C. Schreuer (2012). *Principles of International Investment Law*. OUP Oxford. pp. 218-220.

Tabla 6. Jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por actos de las Subdivisiones Estatales

Vivendi contra Argentina. Laudo. Párrafo 49.
 Enron contra Argentina. Decisión sobre Jurisdicción. Párrafo 32.
 Metaclad contra México. Laudo. Párrafo 73.
 Mondev contra Estados Unidos. Laudo. Párrafo 67.
 Kios Tokéles contra Ucrania. Decisión sobre jurisdicción., ARB/02/18 (CIADI 24 de Abril de 2004). Párrafo 102.

Fuente: elaboración propia con base en los pies de página de Dolzer, R and C. Schreuer (2012). *Principles of International Investment Law*. OUP Oxford. pp. 218-220.

¿Qué sucede si se da una interferencia ilícita sobre una inversión?

La responsabilidad estatal puede surgir además de los factores de atribución de responsabilidad, como consecuencia de la obligación independiente que tiene el Estado de proteger al inversionista.

Dicha obligación puede surgir directamente del Tratado Bilateral de Inversión celebrado por el Estado o de la costumbre internacional. Dentro de los Tratados Bilaterales de Inversión dicha obligación puede estar contenida dentro de los estándares de Trato Justo y Equitativo o Protección y Seguridad Plenas. En todo caso, ya sea por vía de la costumbre o los tratados bilaterales de inversión, los Estados están en la obligación de proteger a los inversionistas en contra de la interferencia ilícita.

El Estado no solamente tiene la obligación de proteger al inversionista de actos de entidades estatales, sino que también está en la obligación de protegerlo “dentro de los límites de la debida diligencia”.

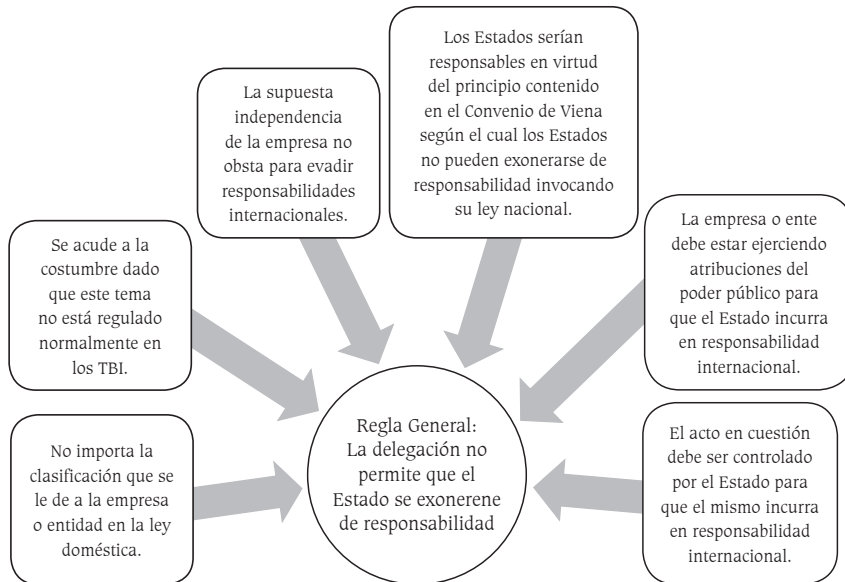
Por el control que ejerce el Estado sobre las entidades estatales la obligación del Estado es más intensa o fuerte cuando se trata de estas.

Tabla 7. Jurisprudencia sobre el Deber de Proteger

Amco vs. Indonesia. Laudo arbitral., ARB/81/1 (CIADI Noviembre 20, 1984)
Hoteles Wena vs. Egipto. Laudo arbitral, ARB/98/4 (CIADI Diciembre 8, 2000)

4.1.4 ¿Qué responsabilidad tiene el Estado con los entes y empresas estatales?

Gráfica 1. Responsabilidad del Estado en caso de delegación



Fuente: elaboración propia.

Por cuestiones de eficiencia y especialidad en la administración, los gobiernos pueden crear entidades estatales para encargarse de ciertos temas, entre ellos algunos relacionados con inversión extranjera. En este sentido, hay que tener en cuenta varios aspectos:

- La clasificación dentro de la ley doméstica de la empresa o el ente se considera irrelevante.
- La supuesta independencia del ente o la empresa no se tendrá en cuenta si esta se ha utilizado como vehículo para hacer fraude o evadir responsabilidades internacionales. Aquí se da una especie de levantamiento del velo corporativo.

- Lo normal es que los temas en relación a los entes y las empresas estatales no esté regulada dentro de los Tratados Bilaterales de Inversión, por lo tanto lo normal es que se acuda a la costumbre.

4.1.4.1 ¿Son los contratos que celebraron estas entidades obligatorios para los Estados a los cuales pertenecen dichas entidades?

En lo que respecta a este tema se ha aplicado el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados que establece que un Estado no puede invocar su ley doméstica para sustraerse de una obligación internacional.

4.1.4.2 El acto fuente de la disputa. ¿Estaba el ente/empresa/entidad estatal realizando actos netamente comerciales o estaba realizando actos de poder?

En este caso se aplicaría el artículo 5 de los Artículos Sobre Responsabilidad Estatal que reza:

Artículo 5.- *Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.*

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Aquí se plantea el clásico debate entre actividades de comercio y actividades propias del Estado.

Al respecto, James Crawford, un reconocido doctrinante sobre Derecho Internacional hace la siguiente anotación:

Para que sea entendido como un acto del Estado para propósitos de responsabilidad internacional, la conducta de una entidad debe concernir una actividad gubernamental y no otra actividad privada o comercial que pueda realizar. Así, por ejemplo, la conducta de una compañía ferroviaria a la que en uso de ciertos poderes de policía que se le hayan otorgado se considerará un acto del Estado, pero no si está envuelta en otras actividades (por ejemplo vender tiquetes de tren o comprar material rodante ferroviario).³²

32 Crawford, J. (2002). *The international Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, text and commentaries*. Cambridge University Press.

Sin embargo, no es siempre claro entender cuándo se está ante un acto de Estado y un acto netamente privado o comercial. Para este propósito se pueden tener en cuenta varios factores: las tradiciones y las particularidades del entorno social, lo que se considere en dicho momento como 'autoridad gubernamental' o se puede acudir a la ley doméstica, no obstante, teniendo en cuenta siempre que este no será un criterio decisivo.

4.1.4.3 ¿Cuál es el nivel de control que ejerce el Estado sobre la entidad?

“Artículo 8 de los Artículos de Responsabilidad del Estatal - Comportamiento bajo la dirección o control del Estado.”³³

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”.

Aunque parece bastante amplio, se ha entendido que el acto específico, no solamente la entidad en general, sino la operación que genera la disputa o partes claves de esta sean controlados por Estado.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que jurisprudencialmente se ha entendido que el nivel de control para que exista atribución puede diferir del estándar que se aplique en otros campos del Derecho Internacional, tales como las leyes sobre intervención armada o responsabilidad penal internacional.

Para concluir podría citarse a Dolzer y a Schreuer que dicen que “Generalmente, las decisiones de los tribunales son consistentes con la posición de que delegarle actividades estatales a entidades separadas no permitirá eludir la responsabilidad generada por la violación de un tratado”.³⁴

33 Aclaramos que no se trata de una norma del Reglamento del CIADI, sino de los Artículos Internacionales sobre Responsabilidad del Estado.

34 Dolzer, R. and C. Schreuer (2012). Op.cit., p. 225.

Tabla 8. Jurisprudencia relevante

Bayindir contra Pakistán. Laudo Arbitral, No. ARB/03/29 (CIADI 27 de agosto de 2009).ⁱ
 Maffezini contra España. Decisión sobre Jurisdicción, ARB/97/7 (CIADI 25 de enero de 2000).ⁱⁱ
 Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. contra el Reino de Marruecos. Decisión sobre jurisdicción, ARB/00/4 (CIADI julio de 23 de 2001).ⁱⁱⁱ

Fuente: elaboración propia.

4.1.5 La Nacionalidad del Inversionista (Jurisdicción Ratione Personae)

4.1.5.1 ¿Por qué es relevante la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas para poder reclamar ante el CIADI?

La nacionalidad es relevante desde el punto de vista sustancial porque es lo que le da derecho al sujeto a reclamar bajo el tratado que lo protege y desde el punto de vista procesal, porque es lo que determina la jurisdicción del tribunal arbitral del CIADI.

El segundo inciso del artículo 25 citado anteriormente reza:

Artículo 25

(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 Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 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.

Aclaración preliminar:

Antes de entrar en materia hay que aclarar que en cuestiones de arbitraje internacional no se aplican los principios ya establecidos sobre la protección diplomática. De esta manera, no se aplica necesariamente el Principio de Nacionalidad Efectiva de las personas naturales establecido por la Corte Internacional de Justicia en el Caso

Nottebohm.³⁵ Tampoco se aplica siempre el principio de que la nacionalidad de las personas jurídicas depende de su lugar de constitución y no el criterio de la nacionalidad de sus accionistas tal como se estableció en el Caso Barcelona Traction.³⁶

a. Personas naturales:

- La autonomía de los Estados para determinar cómo se consigue o se otorga su nacionalidad

Debe recordarse que cada Estado es autónomo para establecer la manera en la que se puede adquirir su nacionalidad, cada tribunal decide de acuerdo a su interpretación. Este principio está plasmado en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el fallo Nottenbohm, así como en el Convenio de la Haya de 1930 Sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes sobre Nacionalidad y ha sido reconocido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.³⁷

El caso emblemático en el CIADI es Soufraki contra Los Emiratos Árabes Unido Laudo Arbitral, ARB/02/7 (CIADI 7 de julio de 2004) porque el reclamante, Hussein Soufraki era un ciudadano italiano que había emigrado a Canadá y allí había adquirido la ciudadanía canadiense. A pesar de que tenía un pasaporte italiano y consiguió varias certificaciones de que era un ciudadano italiano, la parte reclamada logró demostrar que Soufraki había perdido su ciudadanía italiana a principios de

35 Friedrich Nottenbohm era un ciudadano alemán que había vivido durante más de tres décadas en Guatemala. Cuando estalló la Segunda Guerra Mundial renunció a su ciudadanía alemana y se volvió ciudadano del principado de Lichenstein. En Guatemala, recibió el tratamiento de ciudadano de un Estado Beligerante lo cual incluyó la expropiación de sus bienes sin compensación, su arresto, detención y posterior deportación sin que se le permitiera retornar a dicho Estado. Lichenstein demandó a Guatemala ante la Corte Internacional de Justicia que determinó que Nottenbohm tenía vínculos demasiado tenues con Lichenstein y no acogió sus pretensiones. Nottebohm Case, (Second Phase) (International Court of Justice abril 6, 1955). Recuperado el 10 de noviembre de 2013, de <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>

36 En el Caso Barcelona Traction la Corte Internacional de Justicia determinó que el Estado que puede ofrecerle protección diplomática a una persona jurídica es el de su constitución y no el de la nacionalidad de sus accionistas. En este sentido, quedó sentado el principio internacional de que la nacionalidad de las personas jurídicas es la del Estado de su incorporación y no el Estado del cual sus socios son nacionales. Barcelona Traction Case (Second Phase) (International Court of Justice abril 6, 1955). Recuperado el 10 de noviembre de 2013, de <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>

37 Pey Casado contra Chile, ARB/98/2 (CIADI 8 de mayo de 2008). Párrafos 254-60.

los años noventa al adquirir la ciudadanía canadiense de conformidad con las leyes italianas vigentes en ese momento.^{iv}

- Nacionalidad efectiva

En varios casos los Estados han tratado de negarle la protección contenida en el TBI a las personas naturales con el argumento de que las mismas no tienen doble nacionalidad, pero la suya no es la efectiva, hasta ahora sin éxito.

Los casos importantes son:

Eudoro Armando Olguín contra la República de Paraguay, No. ARB/98/5 (CIADI 26 de julio de 2001).^v

Saba Fakes contra el Estado de Turquía, No. ARB/07/20 (CIADI 14 de julio de 2010). Párrafo 69^{vi}

- Doble Nacionalidad

El artículo 25 que trata sobre la Jurisdicción del Centro, en el párrafo segundo, apartado A reza:

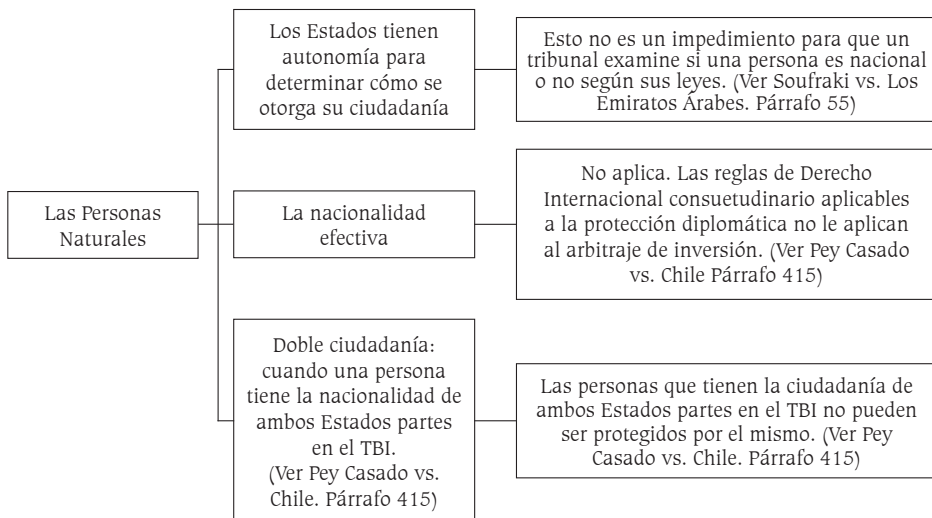
(...) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.

Teniendo en cuenta que el Centro no tiene jurisdicción para conocer de reclamaciones hechas por personas que tengan la nacionalidad de ambos Estados partes de un Tratado Bilateral a las Inversiones, los inversionistas que se encuentran en esta condición han tratado de argumentar que su nacionalidad efectiva no es la del Estado reclamado.

Esto se argumentó en:

Champion Trading vs. Egipto. Laudo, ARB/02/9 (CIADI octubre 27, 2006) y no prosperó.^{vii}

Gráfica 2. Nacionalidad de las personas naturales



Fuente: elaboración propia.

b. Las Personas Jurídicas

4.1.6 ¿Cómo se determina la nacionalidad de una Persona Jurídica para efectos del CIADI?

El principio general, en Derecho Internacional frente a la nacionalidad de las empresas o corporaciones entendidas como personas jurídicas, es que se toma como criterio para la nacionalidad su lugar de constitución, incorporación del asiento principal de sus negocios.

Si bien este parece un criterio simple y fácil de determinar, podríamos preguntarnos qué sucede si la empresa X domiciliada o constituida en el lugar A, es controlada por una empresa Y domiciliada o constituida en el lugar B. Para este caso entendemos por controlada que su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de su controlante. Así pues, si la sociedad X, independientemente del lugar de su constitución o su domicilio está efectivamente bajo el dominio de la sociedad Y, su controlante.³⁸

³⁸ Código de Comercio art. 260.

Sin embargo, el Convenio del CIADI no establece cuáles criterios han de tenerse en cuenta para determinar la nacionalidad de una persona jurídica para efectos de tener derecho a hacer una reclamación. Por este motivo, los Tribunales han analizado cada caso en particular a la luz del TBI en cuestión.

Procedemos entonces a agrupar y explicar algunas decisiones interesantes sobre la materia.

- i. Tratados que utilizan como criterio del lugar de incorporación o asiento principal de los negocios.

En Tokios Tokeles contra Ucrania³⁹, la empresa que buscaba protección bajo el manto del Tratado Bilateral de Protección a las Inversiones entre Ucrania y Lituania, era una empresa constituida bajo las leyes de Lituania, pero cuyo capital era 99% ucraniano. Sin embargo, como el Tratado definía a los inversionistas lituanos como “cualquier entidad establecida en el territorio de la República de Lituania conforme a sus leyes y regulación”, el tribunal rechazó el argumento de que no se trataba en realidad de una empresa lituana por la nacionalidad de sus dueños⁴⁰. En este sentido el Tribunal hizo prevalecer la definición convencional de la incorporación frente a la teoría del control.

- ii. Tratados que requieren requisitos adicionales

En el tratado entre Los Países Bajos y Venezuela se establece que puede tratarse de una entidad creada bajo las leyes de alguno de los Estados o de una empresa que sea controlada de manera efectiva por los nacionales de uno de los Estados. En este sentido, en el caso Mobil contra Venezuela⁴¹ se protegió la inversión realizada por un holding holandés por medio de sus controladas (tenía el 100% de las acciones en cada caso) de Estados Unidos y las Bahamas en Venezuela.⁴²

Algunos tratados establecen el asentamiento principal de los negocios con el “interés predominante del inversionista”. Como ejemplo interesante, está el Tratado Bilateral de Protección de las Inversiones entre Irán y Suiza que da el estatus de inversionista si la entidad está establecida bajo las leyes de alguno de los Estados parte, tiene su asiento allí y realiza actividades económicas “reales” en alguno de

39 Tokios Tokéles vs. Ucrania. Laudo sobre jurisdicción. Párrafos 70 y 71. ARB/02/18 (CIADI 24 de abril de 2004).

40 Dolzer, R., y Schreuer, C. (2012). Op.cit., p. 48.

41 Mobil vs. la República Bolivariana de Venezuela. Laudo sobre Jurisdicción. Párrafos 150 a 151 ARB/07/27 (CIADI 10 de junio de 2010).

42 Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). Op.cit., p. 49.

dichos Estados. Como criterio alternativo, se le ofrece protección a una entidad no incorporada bajo las leyes del Estado, pero controlada por una persona natural o jurídica del Estado.⁴³

4.1.6.1 ¿Qué sucede con la obligación que existe en algunos Estados de crear una sociedad en su Estado para poder realizar ciertas actividades?

Es muy común que los Estados determinen dentro de su legislación la obligación de que los inversionistas establezcan una sociedad, una sucursal o una filial dentro de su territorio para poder realizar sus actividades y en este sentido se tienen entes que están incorporados dentro del Estado receptor, pero que están controlados por inversionistas del otro Estado parte en el Tratado Bilateral de Inversiones.

Esta situación se contempla en el artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI⁴⁴ que establece que debe existir un acuerdo entre el Estado receptor y el inversionista para que a una empresa de esta naturaleza se le otorgue protección.

Se ha entendido que se llega a dicho acuerdo, cuando el inversionista hace su reclamación. Es como si el Estado receptor hubiese hecho una oferta al firmar el tratado y que esta oferta es aceptada por medio de la respectiva reclamación.

En todo caso, los tribunales deben examinar si realmente existe control puesto que se deben poner sobre la mesa varios factores tales como participación en el capital, el derecho al voto y los administradores.

4.1.6.2 ¿Pueden reclamar los accionistas?

En el caso *Barcelona Traction* quedó plenamente establecido que la nacionalidad de las personas jurídicas depende del Estado de incorporación y no de la nacionalidad de sus accionistas y de esta manera el Estado que estaría legitimado para reclamar la protección diplomática en su nombre sería el de su lugar de incorporación.

No obstante, en los Tratados Bilaterales de Inversión, es común que se incluyan cláusulas que les otorgan a los accionistas la calidad de inversionistas con derecho a protección bajo el respectivo tratado.

43 Ibid. p. 47.

44 Artículo 25 (2) (b) del Convenio: *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 Convenio hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.*

Tal como se mencionó, el Convenio en su artículo 25(2)(b) protege a los inversionistas que por la ley del Estado receptor se ven obligados a crear un vehículo para realizar su inversión. Sin embargo, este manto protector puede dejar desprotegidos a aquellos inversionistas minoritarios o que por cualquier motivo no ejerzan control sobre la compañía.

Si bien todo depende de la definición de inversionista que traiga el TBI, el Tribunal Arbitral que conoció el caso CMS contra Argentina⁴⁵ en el 2003 determinó que tenía jurisdicción a pesar de que Argentina alegó que CMS tenía una porción minoritaria (del 29,42%) del capital y por lo tanto no podía alegar que se le había causado un daño indirecto.⁴⁶

Se da también la figura de las “inversiones indirectas” que son aquellas en que un inversionista hace una inversión valiéndose de una empresa intermediaria o cuando se trata de una empresa cuyo lugar de incorporación no es el del Estado receptor. En estos casos, se tiene que mirar si el tratado tiene alguna cláusula de exclusión frente a la inversión indirecta. En este sentido, un caso interesante es *Standard Chartered Bank vs. La República de Tanzania*. Laudo Arbitral, ARB/10/12 (CIADI 2 de noviembre de 2012).^{47, 48}

En conclusión, la norma general es que los accionistas, sin importar si ejercen o no el control de una compañía o si se trata o no de una inversión directa tienen el estatus de “inversionista” y los privilegios que esto conlleva.

4.1.7. Nationality planning o treaty shopping

Nationality planning o *treaty shopping* son términos anglosajones que se refieren a la práctica de estudiar los Tratados Bilaterales de Inversión firmados por el Estado en el que se tienen inversiones o del lugar en el que se desea invertir, con el fin de obtener la protección contenida en el tratado y de esta manera acceder al CIADI. Si bien no se trata de una práctica ilegal, los Estados buscan evitarla.

45 CMS contra Argentina. Laudo Sobre Jurisdicción, Párrafo 48. ARB/01/8 (CIADI julio 17, 2003).

46 Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). Op.cit., p. 58.

47 Standard Chartered Bank vs. La República de Tanzania. Laudo Arbitral, ARB/10/12 (CIADI 2 de noviembre de 2012).

48 Ibid. p. 58.

En general, la jurisprudencia del CIADI indica que el *nationality planning* o *treaty shopping* es válido siempre y cuando el mismo se lleve a cabo con anterioridad al surgimiento de la disputa.

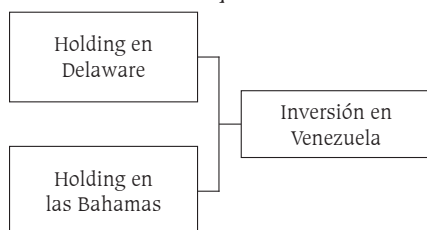
Veamos algunos ejemplos en los que los respectivos tribunales arbitrales rechazaron transacciones fraudulentas o posteriores a la disputa, que buscaban darles la posibilidad a los inversionistas de acceder al CIADI:

En el caso *Phoenix contra la República Checa*⁴⁹, en la que se trataba de un inversionista checo que creó una sociedad en Israel la cual compró la compañía Checa y a su vez interpuso la reclamación unos pocos días después. El Tribunal no aceptó esta situación puesto que era una forma abusiva de acceder al CIADI.⁵⁰

En *Cementownia contra Turquía*⁵¹, el reclamante era una empresa polaca que había adquirido acciones de la empresa unas dos semanas después de que el gobierno turco le cancelara el contrato de concesión. Luego se descubrió que dicha transacción nunca había tenido lugar y había sido fabricada.⁵² El Tribunal dijo que: “De haber ocurrido dichas transacciones, las mismas no habrían sido de buena fe, sino intentos (de cara a que el gobierno llevaba varios años tratando de dar por terminadas las concesiones) para crear jurisdicción internacional donde la misma era inexistente”.⁵³

No obstante, se han dado casos de reestructuraciones exitosas que han llevado a que tribunales del CIADI avoquen conocimiento. Veamos el caso de *Mobil vs. Venezuela*⁵⁴:

1. Mobil estaba organizado inicialmente de la siguiente manera: un holding en Delaware y otro en las Bahamas que son dueños de la inversión en Venezuela.



49 *Phoenix vs. La República Checa*. Laudo Arbitral., ARB/06/5 (CIADI abril 15, 2009).

50 Dolzer, R., y Schreuer, C. (2012). Op.cit., p. 53.

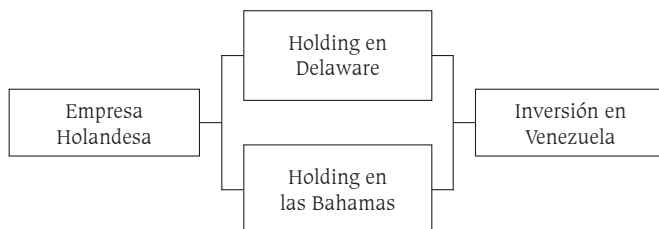
51 *Cementownia vs. Turquía*. Laudo Arbitral, ARB(AF)/06/2 Párrafo 117. (CIADI septiembre 17, 2009).

52 Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). Op. cit., p. 54.

53 *Cementownia “Nova Huta” S.A contra la República de Turquía*, ARB(AF)/06/2 (CIADI 17 de septiembre de 2009). Párrafo 117.

54 *Mobil vs. Venezuela*. Decisión sobre Jurisdicción, ARB/07/27 (CIADI junio 10, 2010).

2. Mobil tuvo dificultades con el gobierno venezolano y reestructuró su inversión. Crea una empresa holandesa que es dueña del 100% de las acciones de los Holdings en Delaware y las Bahamas:



3. Esta situación se le informó al gobierno venezolano sin que se pronunciara al respecto.
4. Venezuela expone a ExxonMobil.
5. ExxonMobil acude ante el CIADI. Venezuela se opone a la jurisdicción del CIADI por haber existido un cambio estructural, pero dicha oposición no prospera.^{55 viii}

4.1.8 ¿Cómo operan las cuestiones de tiempo en el Convenio? (*Jurisdicción ratione temporis*) Frente a los Estados

4.1.8.1. ¿Desde cuándo empieza a hacer parte un Estado del CIADI?

En virtud del artículo 68 (2) del Convenio, el mismo entra en vigor treinta (30) días después de la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación del Estado.

Cuando un Estado firma un APPI o TBI, ¿que contienen cláusulas de resolución de controversias frente al CIADI, están cubiertas las inversiones que se hayan realizado de manera previa a la firma del acuerdo o tratado?

El Acuerdo de Washington no trae ninguna disposición en este sentido. Doctrinalmente se ha entendido que si un Estado quiere excluir inversiones previas a la firma del APPI o TBI, puede en virtud del artículo 25(4) notificárselo al Centro.⁵⁶

⁵⁵ Dolzer, R. y Schreuer, C. (2012). Op.cit., p. 54.

⁵⁶ Ibid., p. 116.

Artículo 25(4):

Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.
(Subrayado fuera del texto)

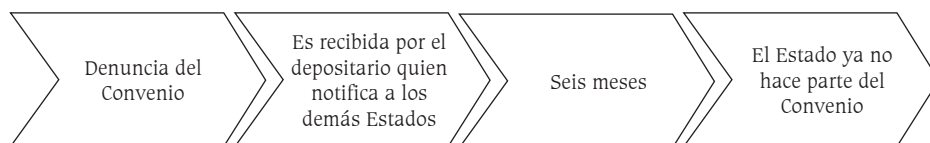
4.1.8.2 ¿Qué debe hacer un Estado si no quiere seguir haciendo parte del CIADI?

Artículo 71

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

Como en todos los tratados, un Estado debe denunciar (manifestar su voluntad de no hacer parte del tratado). En el caso del CIADI se debe denunciar el Convenio de Washington por medio de comunicación escrita ante el depositario, que es el Banco Mundial. En virtud del artículo 71, el Convenio deja de producir efectos seis meses después de la recepción de la denuncia que a su vez debe ser comunicada a los demás Estados miembros y a los que hayan sido invitados a firmar el Convenio.

Gráfica 3. Proceso de la denuncia del Convenio CIADI



Fuente: elaboración propia.

- a. ¿Qué sucede si se presenta una solicitud ante el CIADI antes de que la denuncia sea recibida por depositario?

Artículo 72

Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.

En virtud del artículo 72 del Convenio no se afectan ni los derechos ni las obligaciones del Estado denunciante. Es decir que hasta que no se reciba la denuncia y durante los siguientes seis (6) meses es como si el Estado hiciera parte del Convenio.

b. ¿Ha denunciado algún Estado el Convenio del CIADI?

Sí, pero es una situación relativamente nueva. Bolivia denunció el tratado en el 2007, Ecuador lo hizo en el 2009 y Venezuela lo hizo en el 2012. De manera general adujeron dos razones: que en su parecer el CIADI es violatorio de la soberanía y que falla siempre a favor de las multinacionales⁵⁷.

c. ¿Qué puede suceder, entonces, respecto a las reclamaciones que se quieran hacer ante el CIADI por los actos de estos Estados?

Esta es una pregunta que en este momento no se puede responder del todo. Evidentemente las reclamaciones que se presenten antes de la recepción de la denuncia o dentro de los seis meses siguientes tienen plena validez y el CIADI podría abocar conocimiento.

d. ¿Qué sucede si un inversionista no tiene ninguna disputa con alguno de estos Estados antes de la recepción de la denuncia o dentro de los seis meses siguientes?

Aún no existe jurisprudencia al respecto, así que de manera académica se pueden presentar las siguientes soluciones doctrinales, sin embargo, hay que aclarar que estos Estados han denunciado el convenio del CIADI más no los APPI y TBI que establecen al CIADI como órgano de solución de controversias, de esta manera, se podría discutir la posibilidad de que el CIADI conozca por este motivo.

1. La primera posibilidad que los APPI y los TBI establezcan, además del CIADI, otros centros u organismos a los que se pueda llevar la controversia. Por ejemplo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o la

57 Rodner, J., & Martínez Estévez, J. (2012). BIT's in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after de ICSID Convention has Been Denounced. *Journal of International Arbitration*. (29)4, 439.

posibilidad de iniciar un arbitraje de acuerdo a las reglas de UNCITRAL. No obstante, únicamente en el caso de Venezuela, existen siete APPI o TBI que traen únicamente la posibilidad de acudir ante el CIADI.⁵⁸

2. La segunda posibilidad es que los Tratados Bilaterales de Inversiones traigan “grandfather clauses” o “cláusulas de derechos adquiridos” que protegen a los inversionistas por cierto periodo de tiempo (normalmente diez o quince años) después de que el TBI haya sido denunciado o haya expirado (si traía límite de tiempo).⁵⁹
- e. ¿Qué pasa si no se tiene acceso a mecanismos alternos o a cláusulas de derechos adquiridos?

Nuevamente se advierte que se trata de un ejercicio académico basado en las soluciones doctrinales. Para entrar a analizarlas, recordamos que los APPI y los TBI son tratados firmados entre Estados, pero que son los particulares los que en la práctica hacen uso de los mismos. Existen varias teorías sobre el consentimiento y del momento en el que se dé el consentimiento puede depender si el CIADI aboca o no competencia.

4.1.8.3 Teoría restrictiva sostenida Dolzer y Schreuer⁶⁰

El consentimiento por parte del inversionista se da cuando este presenta la solicitud de arbitramento ante la secretaría del CIADI, algo que en teoría puede hacer durante los seis meses posteriores a la denuncia del tratado. Siguiendo esta línea, hacen una lectura literal del Artículo 25(1) que dice que: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente entre un Estado Contratante y el nacional del otro Estado Contratante”. Cuando el Estado B deja de ser contratante, el CIADI ya no es el foro aplicable sin que haya lugar a discusiones. Esto está en armonía con la interpretación que hace

58 Rodner, J., & Martínez Estévez, J. (2012). BIT's in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after de ICSID Convention has Been Denounced. *Journal of International Arbitration*. (29) 4, 439.

59 Rodner, J., & Martínez Estévez, J. (2012). BIT's in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after de ICSID Convention has Been Denounced. *Journal of International Arbitration*. (29) 4, 437.

60 Dolzer, R. & Schreuer (2012). Op. cit., p. 263.

Fouret⁶¹ que dice que el consentimiento a someter una disputa al CIADI es una oferta que el Estado puede revocar en cualquier momento.

Conclusión: si no se presenta un reclamo dentro de los seis meses siguientes a la denuncia, el inversionista no tiene nada qué hacer.

4.1.8.4 Teorías Amplias sostenidas por Rodner y Martínez

- a. Primera Teoría: no hay ninguna regla que establezca precisamente cómo debe dar su consentimiento el inversionista. En este sentido, se podrían separar el consentimiento del inicio del procedimiento arbitral. Esto viene de que el artículo 26 del Convenio explica que el consentimiento de un Estado se entiende dado al arbitraje, mas no explica cómo tiene que darse el consentimiento. Para estos autores, los inversionistas podrían enviar cartas a la secretaría general del CIADI diciendo que de antemano dan su consentimiento para que se resuelva cualquier disputa futura con el Estado en el que invirtieron.

Si dicha carta se envía dentro de los seis meses siguientes a la denuncia, también sería válida para Dolzer y Schreuer puesto que el Estado sigue siendo parte de la Convención.

Conclusión: por seguridad, los inversionistas que puedan acceder al CIADI por medio de un APPI o un TBI deberían enviarle una comunicación a la secretaría general aceptando la jurisdicción del CIADI de antemano.

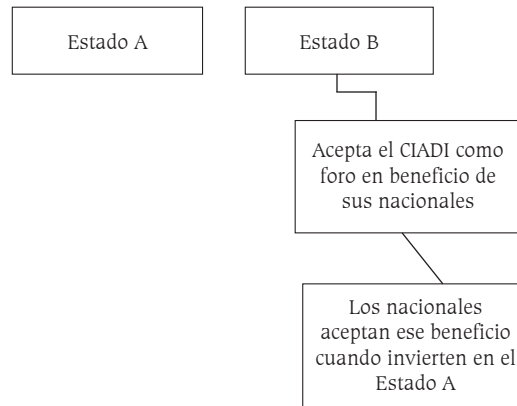
- b. Segunda Teoría: Rodner y Martínez van aún más lejos con lo que ellos llaman “La Interpretación Liberal (o Amplia) del Requisito del Consentimiento”, la cual consiste en entender que con el consentimiento plasmado en el TBI basta. Es como si cada uno de los Estados parte de un TBI aceptaran el tratado en general en beneficio de sus nacionales y a su vez estos nacionales aceptaran al intervenir.

“Un inversionista de un Estado con un TBI que establece arbitramento ante el CIADI podría entenderse que tiene el consentimiento de su Estado para su propio

61 Fouret, J. (2008). Denunciation of the Washington Convention in Non-Contractual Investment Arbitration: Manufacturing consent to the ICSID Arbitration, 25. *Journal of International Arbitration*, 80-81. Citado por Rodner y Martínez. p. 441.

beneficio cuando hace la inversión. La aceptación de este consentimiento se da cuando el inversionista hace su inversión”⁶².

Gráfica 4. Aceptación de las partes de la jurisdicción del Ciadi



Fuente: elaboración propia.

Conclusión: si no se le comunicó al secretario del CIADI la aceptación de la jurisdicción del centro, aún se podría utilizar la teoría del otorgamiento del consentimiento al momento de hacer la inversión.

Habrà que esperar y ver qué sucede con las controversias que se generen en el futuro por los actos de los gobiernos de Bolivia, Ecuador y Venezuela. No obstante, no todo parece estar perdido, pues aun después de la denuncia del convenio pueden buscarse caminos que lleven al CIADI. Falta ver qué dicen los tribunales arbitrales al respecto.

62 Rodner, J., & Martínez Estévez, J. (2012). BIT's in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after de ICSID Convention has Been Denounced. *Journal of International Arbitration*. (29) 4, 443-444.

5. ¿QUÉ SE DEBE SABER SOBRE LOS ÁRBITROS?

5.1 ¿Cómo se constituye el tribunal?

Artículo 37

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo llamado el Tribunal).

(2) (a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

Artículo 38

Si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 36, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de estas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados. Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este Artículo no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia.

Artículo 39

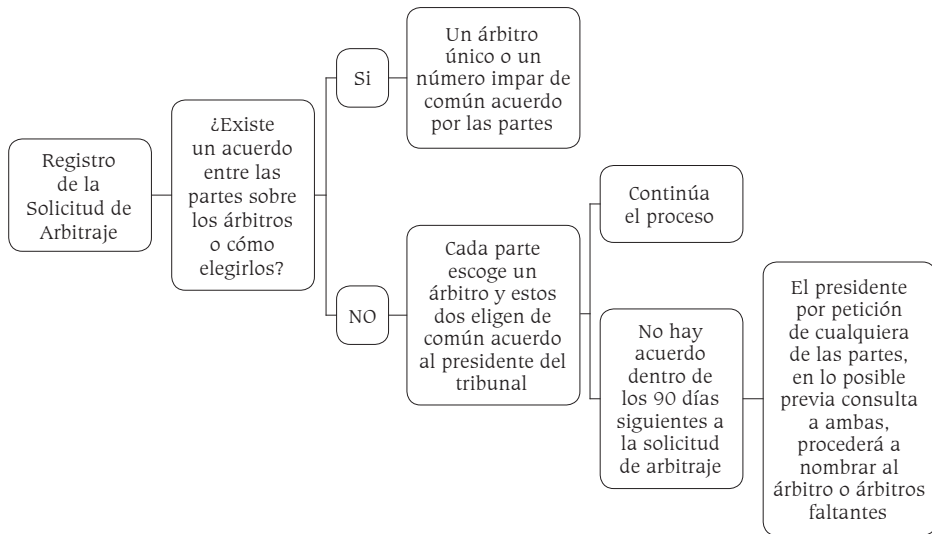
La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal.

Artículo 40

(1) Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Árbitros, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 38.

(2) Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.

Gráfica 5. Proceso de la solicitud de arbitraje



Fuente: elaboración propia.

5.2 Primacía de la voluntad de las partes

Hay que tener en cuenta que la voluntad de las partes es lo que rige el proceso de constitución del Tribunal Arbitral y las normas existentes al respecto son supletivas de la voluntad de las partes.

5.3 La nacionalidad de los árbitros

Los árbitros no podrán pertenecer ni al Estado del inversionista demandante ni al Estado del inversionista demandado.

Los árbitros que sean nombrados por el Presidente⁶³, en caso de no llegar a ningún acuerdo, no podrán ser nacionales ni del Estado demandado ni del Estado de la nacionalidad de los inversionistas demandantes.

Regla 7 de Las Reglas de Arbitraje

Reemplazo de árbitros

En cualquier momento antes de que se constituya el Tribunal, cada parte podrá reemplazar a cualquier árbitro nombrado por ella, y las partes podrán convenir de común

63 El "Presidente" es el presidente del Banco Mundial quien es "ex officio" el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI. (Ver artículo 5 del Convenio).

acuerdo en reemplazar a cualquier árbitro. El procedimiento de tal reemplazo se hará de conformidad con lo dispuesto en las Reglas 1, 5 y 6.

Regla 8 de las Reglas de Arbitraje

Incapacidad o renuncia de los árbitros

(1) Si un árbitro se incapacitare o no pudiere desempeñar su cargo, se aplicará el procedimiento establecido en la Regla 9 respecto a la recusación de los árbitros.

(2) Un árbitro puede presentar su renuncia a los otros miembros del Tribunal y al Secretario General. Si el árbitro fue nombrado por una de las partes, el Tribunal considerará sin dilación las razones de su renuncia y decidirá si la acepta. El Tribunal notificará su decisión sin demora al Secretario General. Fin de cita

5.4 ¿Qué sucede si un árbitro fallece o se incapacita?

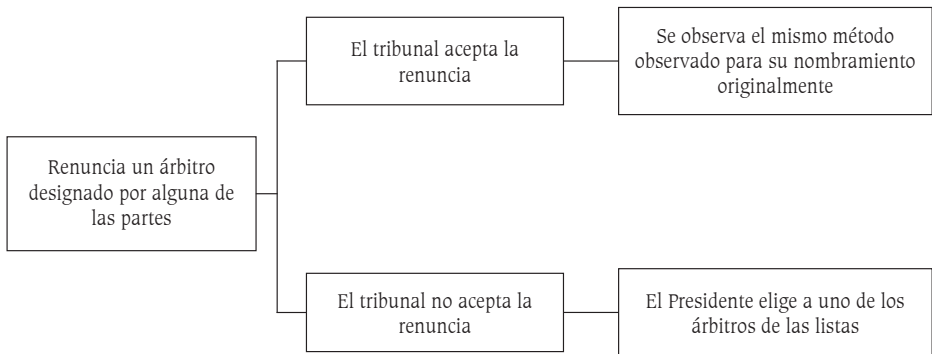
Se reemplaza siguiendo el mismo método empleado para su nombramiento.

5.5 ¿Qué sucede si un árbitro renuncia?

Según la Regla 8 de las Reglas de Arbitraje, un árbitro debe renunciar ante los demás miembros del Tribunal quienes pueden o no aceptar su renuncia. Si el Tribunal no acepta la renuncia del árbitro en cuestión y este fue nombrado por alguna de las partes, no es esta la que elige su reemplazo, sino que el Presidente lo elegirá de la lista.

Esta situación tiene dos aristas, de un lado, puede ser injusto para la parte que nombró dicho árbitro que por la renuncia injustificada del mismo, pierda la potestad de nombrar el árbitro de su escogencia. No obstante, nos imaginamos que se trata de una manera de agilizar el procedimiento evitando demoras innecesarias o injustificadas sin asumir directamente que estas vienen de las partes.

Gráfica 6. Tramite ante la renuncia de un árbitro



Fuente: elaboración propia.

5.6 ¿Cómo se forman las listas de árbitros de las cuales elige el presidente?

Artículo 12

La Lista de Conciliadores y la Lista de Árbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos.

Artículo 13

(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado.

(2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.

Artículo 14

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán 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. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.

Artículo 15

(1) La designación de los integrantes de las Listas se hará por períodos de seis años, renovables.

(2) En caso de muerte o renuncia de un miembro de cualquiera de las Listas, la autoridad que lo hubiere designado tendrá derecho a nombrar otra persona que le reemplace en sus funciones por el resto del período para el que aquél fue nombrado.

(3) Los componentes de las Listas continuarán en las mismas hasta que sus sucesores hayan sido designados.

Artículo 16

(1) Una misma persona podrá figurar en ambas Listas.

(2) Cuando alguna persona hubiere sido designada para integrar una Lista por más de un Estado Contratante o por uno o más Estados Contratantes y el Presidente, se entenderá que lo fue por la autoridad que lo designó primero; pero si una de esas autoridades es el Estado de que es nacional, se entenderá designada por dicho Estado.

(3) Todas las designaciones se notificarán al Secretario General y entrarán en vigor en la fecha en que la notificación fue recibida.

1. Cada Estado parte designa a cuatro personas. No necesariamente tienen que ser nacionales del Estado.
2. El presidente organiza listas de diez árbitros que deben ser de diferente nacionalidad teniendo presente que en las listas estén representados los diferentes sistemas jurídicos del mundo, así como representantes de “los ramos más importantes de la actividad económica”.
3. La designación se hace por un periodo de seis años y en caso de la muerte, renuncia o incapacidad de alguno de los árbitros, la autoridad que lo haya nombrado podrá nombrar a otro diferente.

5.7 ¿Cuáles son las cualidades mínimas requeridas para ser árbitro?

Según el artículo 14(1) del Convenio los árbitros deben:

- a. Gozar de amplia consideración moral
- b. Tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas. No obstante, el conocimiento en Derecho será de especial relevancia.
- c. Inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

De esta lista de cualidades podemos concluir que no se requiere ningún requisito objetivo para ser árbitro del CIADI. En este sentido, los criterios establecidos pueden ser sujetos a consideración puesto que no es claro exactamente “amplia consideración moral” o “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”. No es necesario que un árbitro sea abogado, pues si bien es una “circunstancia particularmente relevante”, no es necesaria y como bien sabemos, los árbitros elegidos por las partes no necesariamente tienen que figurar en la lista, y las partes los pueden elegir siguiendo las pautas acordadas por ellas mismas.

5.8 ¿Qué sucede si una de las partes considera que alguno de los árbitros no cumple con cualidades exigidas por el artículo 14(1) o si el tribunal no se constituye de manera adecuada?

En ese caso, cualquiera de las partes puede presentar una recusación.

Regla 9 de las Reglas de Arbitraje

Recusación de los árbitros

(1) La parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el Artículo 57 del Convenio presentará su propuesta al Secretario General sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde.

(2) El Secretario General procederá sin dilación:

(a) a transmitir la propuesta a los miembros del Tribunal y, si se refiere a un árbitro único o a una mayoría de los miembros del Tribunal, al Presidente del Consejo Administrativo;

y(b) a notificar la propuesta a la otra parte.

(3) El árbitro a quien se refiera la propuesta podrá sin dilación ofrecer explicaciones al Tribunal o al Presidente, según fuere el caso.

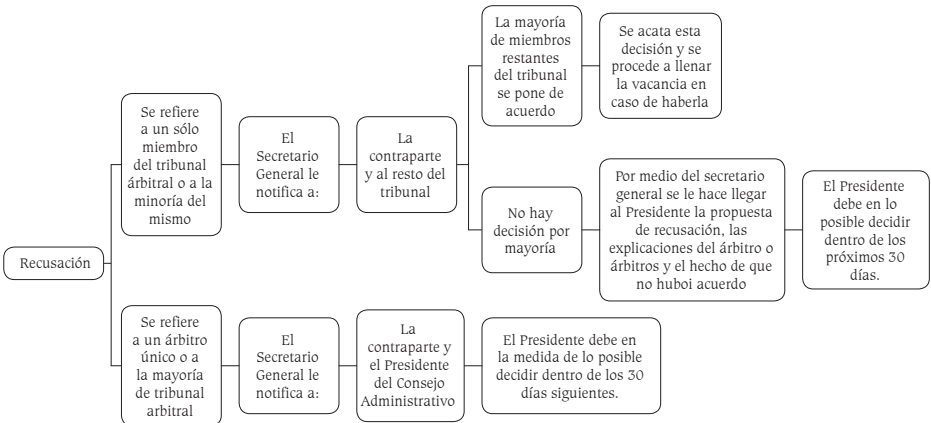
(4) Salvo cuando la propuesta se refiera a la mayoría de los miembros del Tribunal, los demás miembros la considerarán y votarán con prontitud en ausencia del árbitro cuya recusación se ha propuesto. Si su voto resultare en un empate, notificarán con prontitud al Presidente, a través del Secretario General, la propuesta, la explicación presentada por el árbitro cuya recusación se ha propuesto y el hecho que no lograron tomar una decisión.

(5) Siempre que el Presidente deba decidir sobre una propuesta de recusación de un árbitro, hará lo posible para tomar la decisión dentro de 30 días contados desde que haya recibido la propuesta.

(6) El procedimiento se suspenderá hasta que se haya tomado una decisión sobre la propuesta.

Una vez se presenta la recusación, en consonancia con la Regla 9 de las Reglas Aplicables al Procedimiento de Arbitraje el Secretario general le notifica tanto a la contraparte, al Presidente del Consejo Administrativo y a los árbitros sobre dicha recusación. A partir de ese momento, el árbitro o los árbitros recusados pueden dar las explicaciones que consideren pertinentes. Si se ha recusado un solo árbitro (o la minoría del tribunal arbitral), los demás decidirán en una reunión en la que el mismo o los mismos no estarán presentes. Si los demás miembros del tribunal no se ponen de acuerdo, le notificarán a través del Secretario General al Presidente del Consejo Administrativo las explicaciones dadas por el miembro recusado, su propuesta y el hecho de que no se han podido poner de acuerdo.

Gráfica 7. Trámite ante un eventual conflicto de interés



Fuente: elaboración propia.

5.9 ¿Cómo resuelve el convenio los posibles conflictos de interés?

Cuando se lee el Convenio del CIADI o Convenio de Washington nos encontramos con que la única “limitación” que existe frente a los árbitros, es que la mayoría de los que componen un panel en particular no tenga la nacionalidad del Estado demandado o del Estado de origen de los inversionistas demandantes. No obstante, esta limitación se queda corta frente a los conflictos de interés que actualmente enfrentan los tribunales arbitrales del CIADI.

La publicación “Cuando la Injusticia es Negocio” del Corporate Europe Observatory y Transnational Institute⁶⁴ si bien es bastante radical frente al tema, señala algunas de las dificultades que pueden existir al momento de enfrentar este tema y que no fueron contempladas en la redacción del Convenio de Washington, tal vez porque no eran previsibles.

Hay que señalar que el CIADI no entró en apogeo, sino hasta la década del noventa. En ese momento, como era de esperarse, algunas firmas de abogados, especialmente inglesas y norteamericanas se fijaron en el CIADI y se especializaron o crearon departamentos especializados en casos llevados ante el Centro. De la misma manera, algunos abogados pertenecientes a dichas firmas y algunos académicos especializados en el tema, se destacaron como árbitros y como abogados defensores.

64 CDC Group Plc c. la República de Seychelles. Laudo Arbitral, ARB/02/14 (CIADI 17 de diciembre de 2003).

El primer problema radica, precisamente en que no existe ninguna prohibición que impida las siguientes situaciones que por obvias razones dan lugar a conflictos de interés:

1. Que una misma persona pueda ser apoderado de parte en un caso y árbitro en otro de manera simultánea y aún en casos similares o que versen sobre la misma materia. Esto, en teoría, podría prestarse para que esta persona en posición de árbitro, se incline por la teoría de la defensa que más le convenga a su apoderado en el otro caso. Si bien los precedentes del CIADI no son obligatorios, se citan comúnmente en laudos posteriores.
2. Puede suceder que una de las partes se haga representar por la firma a la que pertenezca alguno de los árbitros (incluso el de su escogencia). En este caso, podría darse que dicho árbitro tenga incentivos (económicos o laborales) para inclinarse a favor del representado de su firma.
3. Como se trata de un número reducido de firmas y de abogados, es posible que se establezcan relaciones (abiertas o tácitas) en las que si el abogado A es árbitro en el caso 1 y apoderado de parte en el caso 2 y el abogado B es defensor en el caso 1 y árbitro en el caso 2, al abogado A le convenga fallar a favor del apoderado de B en el caso 1 para que después B falle a favor de su cliente en el caso 2. Incluso, aunque en ese momento no exista el caso 2, A sabe que B muy probablemente será árbitro en alguno de sus casos futuros y por lo tanto le interesa fallar a su favor con la expectativa de que B falle a favor de su cliente. Se puede dar la misma situación, pero sin que hablemos de abogados y árbitros personalmente, sino de abogados y árbitros que pertenezcan a dos firmas diferentes de las que litigan comúnmente ante el CIADI y cuyos abogados son árbitros con cierta frecuencia.

Tenemos que aclarar que cuando se selecciona a una persona para que sea árbitro del CIADI, debe firmar la declaración contenida en la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje en la que se materializa el deber de revelación. Parte de la declaración dice:

Adjunto una declaración sobre (a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes tanto anteriores como actuales y (b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi imparcialidad de juicio. Reconozco que al firmar esta declaración asumo una obligación

continúa de notificar prontamente al secretario general del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante el procedimiento.

Ahora bien, nótese cómo el inciso (a) de dicha declaración se refiere exclusivamente al contacto que el árbitro haya tenido con las partes, pero ¿dónde quedan sus abogados? ¿Tiene que mencionar que el abogado de la contraparte fue árbitro en un juicio en el que este actuó como defensa? Si vamos más allá, ¿cuáles son las circunstancias que pueden cuestionar la confianza en la imparcialidad de su juicio? Evidentemente se deja un amplio margen para que el árbitro interprete cuáles podrían ser dichas circunstancias. Adicionalmente, según dice Savarian, el deber de revelación de los árbitros es previo. Puede suceder y ha sucedido que una vez conformado el Tribunal, alguna de las partes elige un representante que ha tenido algún tipo de relación con alguna de las partes involucradas. Tal como señala el autor, en el caso *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. vs. Eslovenia* Laudo Especial sobre el Abogado. Párrafos 33 y 34 (Caso CIADI no. ARB/05/24) una vez constituido el tribunal, una de las partes nombró como su abogado a un colega del presidente del tribunal de arbitraje. Cuando la contraparte preguntó por la relación profesional existente entre ambos, la parte anteriormente mencionada se rehusó, pues consideró que no tenía ningún deber en este sentido. La contraparte recusó al presidente y los restantes miembros del tribunal decidieron remover al apoderado invocando sus “poderes inherentes” teniendo en cuenta que era mejor para las partes que el tribunal se quedara intacto.

No obstante, en el caso Grupo Rompetrol contra Rumania (Caso CIADI No. ARB/06/3), se dio una situación muy parecida. En este caso la parte afectada solicitó que se ordenara la remoción del abogado de la contraparte después de que este insistiera que no tenía deber alguno de revelación. Sin embargo, el tribunal interpretó la recusación como que se tenía que demostrar que el tribunal estuviera parcializado, en el sentido de que el miembro del tribunal tendría que haber tenido algún tipo de conflicto o resentimiento contra su antiguo colega y por lo tanto se mantuvo tanto al árbitro como al defensor.⁶⁵

65 Savarian, A. (2011). Problems of Ethican Standards for Representatives before ICSID Tribunals. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, p. 97.

Si no se decide de manera favorable la propuesta de reposición, continúa el proceso y este le es desfavorable a los intereses de quién la propuso, siempre se puede solicitar la aclaración, revisión y anulación del laudo contenido en la Regla 50 sobre Arbitraje invocando la causal del inciso (iii) que reza: “Que hubo corrupción de parte de un miembro del Tribunal”. Se trata de un requisito mucho más difícil de cumplir, el de que demostrar que no inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio, que es la causal de cierta manera “equivalente” que trae el Artículo 14.

Si bien los posibles conflictos de intereses de los árbitros son los que aparentemente llaman más la atención, debemos discutir en esta sección también los posibles conflictos o situaciones difíciles que se les presentan a los abogados representantes de las partes.

Uno de los inconvenientes del CIADI identificado por Savarian en su artículo *Problems of Ethical Standards for Representatives before ICSID Tribunals*⁶⁶ es que no existe ningún tipo de sistema que certifique la capacidad de los abogados defensores y que les impongan unos estándares éticos mínimos, cuyo incumplimiento pueda acarrearles algún tipo de sanción, tal como sucede en los Estados Unidos, país en el que se tiene que pasar un examen para hacer parte de la barra de los Estados y estos a su vez tienen comités disciplinarios efectivos.

Es importante que los abogados que representan a cualquiera de las partes tengan un mínimo de experiencia o por lo menos conocimiento sobre inversión extranjera así como del sistema del CIADI. Tal como lo señala Savarian, tanto Estados como particulares han sido víctimas de la incompetencia o el desconocimiento de sus propios abogados.

En el caso *Generation Ukraine, Inc vs. Ucrania* (Laudo del 16 de septiembre de 2003) el Estado de Ucrania tuvo un buen grupo de abogados mientras que los inversionistas contrataron abogados que por decir lo menos, no estaban calificados para llevar el caso. Al respecto, el tribunal dijo lo siguiente:

A la presentación del reclamante le ha faltado el rigor intelectual y la disciplina que uno esperaría de una parte que está buscando que se le reconozcan méritos a su reclamación frente a un tribunal internacional. Esta falta de rigor ha complicado de manera innecesaria el examen de los méritos de la reclamación

66 Savarian, A. (2011). Problems of Ethican Standards for Representatives before ICSID Tribuanals. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, p. 97.

*Aún en la etapa final de argumentos orales en marzo de 2003, los abogados del reclamante se apoyaron en dos laudos del CIADI que habían sido parcialmente anulados. Aunque afortunadamente el Tribunal conoció esa limitación frente a la pertinencia de dichos laudos, fue porque se dio la coincidencia de que uno de los árbitros los conocía. Este Tribunal asume en beneficio del abogado que no sabía sobre las anulaciones, lo cual es suficientemente negativo y no habla bien del reclamante.*⁶⁷

Como bien lo dice Savarian: “Si lo anterior no apunta hacia la deshonestidad de los abogados defensores, se trató al menos de un caso de incompetencia flagrante”.

Savarian también menciona el caso *CDC Group Plc vs. la República de Seychelles*. (Laudo Arbitral), ARB/02/14 (CIADI 17 de diciembre de 2003) en el cual el Estado, representado por sus propios abogados, perdió £2.000.000 que equivaldría a su Producto Interno Bruto para 2007, ya que “no presentó de manera adecuada el memorial de contestación y lo tuvo que volver a escribir y así presentar un argumento bizarro sobre la jurisdicción que luego retiró para aportar testigos que le eran adversos”.⁶⁸

Se pregunta el autor si los Países en Vías de Desarrollo deberían tener algún tipo de asesoría por parte del CIADI cuando son reclamados ante dicho organismo. Este sería un tema de discusión interesante, pero que no se tratará en este momento.

Así como han existido casos de abogados mal preparados o que no tienen los conocimientos necesarios para llevar casos ante el CIADI, se han señalado casos de firmas de abogados que aprovechan que están defendiendo a un Estado y lo hacen incurrir en costos innecesarios o excesivos.⁶⁹ No obstante, no hay una manera de medir esto de manera objetiva.

Para finalizar queremos mencionar un caso emblemático de corrupción que sucedió dentro del marco de una reclamación ante el CIADI.

En el caso *Piero Foresti y Otros vs. Sudáfrica* (Piero Foresti, Laura de Carli y Otros vs. Sudáfrica, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/01) abogado sudafricano Seth Nthai, quien representaba al gobierno sudafricano, trató de convencer a su contraparte de que podría conseguir que se les ofreciera cierto monto (contrario a los intereses de su

67 Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania. (Laudo), ARB/00/9 (CIADI 16 de Septiembre de 2003). Párrafo 24.

68 Savarian, A. (2011). Problems of Ethican Standards for Representatives before ICSID Tribunals. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, p. 79.

69 Eberhardt, P., & Olivet, C. Op. Cit., p. 15

representado) a cambio de un soborno. Cuando los abogados de la contraparte se enteraron denunciaron el hecho y el abogado finalmente perdió su licencia para ejercer Derecho en Sudáfrica.

Vemos así cómo los conflictos de interés, la imparcialidad e incluso la capacidad para llevar casos no son únicamente temas que les atañen a los árbitros, sino también a los abogados.

6. ¿CÓMO SE DEFINE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL?

Artículo 41

(1) *El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.*

(2) *Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que Convenio determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.*

6.1 ¿Quién decide las facultades que tiene el tribunal arbitral?

El tribunal del CIADI decide sobre su competencia en virtud del principio “*kompetenz-kompetenz*” o “*competencia-competencia*”.

Según la doctrina:

El principio de competencia-competencia, concebido por el Derecho del arbitraje internacional, faculta al tribunal arbitral para fallar sobre su jurisdicción sin que la naturaleza temporal del tribunal arbitral ni el hecho de que su competencia se base en el acuerdo de las partes constituyan óbice alguno para ello, y con independencia de que el tribunal arbitral determine finalmente que el acuerdo de las partes se halla viciado o es inexistente.⁷⁰

Tiene dos facetas este principio: de un lado, está la faceta positiva que significa que los tribunales arbitrales deciden sobre su propia competencia, y de esta manera nace la faceta negativa que significa que los jueces de los Estados no tienen poder alguno para pronunciarse al respecto.

6.2 ¿Cuáles son los elementos del principio kompetenz-kompetenz?

Según Blackaby, el principio kompetenz-kompetenz tiene dos elementos:

70 Banifatemi, Y. (2013). *La regla de Prioridad: ¿una prioridad en América Latina?* En E. Gaillard, & D. P. Fernández Arroyo, Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional (pp. 81-109). Bogotá D.C: Universidad del Rosario.

1. Que el tribunal puede decidir sobre su propia jurisdicción.
2. La cláusula arbitral es independiente de los términos del contrato que contiene el negocio entre las partes⁷¹.

6.3 ¿Cuáles son las ventajas de que los árbitros decidan sobre su propia competencia?

Esto es supremamente ventajoso dado que agiliza el proceso en la medida en que el tribunal arbitral no tiene que esperar la decisión de las cortes locales. Sin embargo, esta discusión carece de relevancia en el marco del CIADI dado que es un sistema auto-contenido y los jueces nacionales o locales no tienen la autoridad para interferir de ninguna manera dentro del proceso.

71 Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2009). *Redfern and Hunter on International Arbitration. Fifth Edition*. New York: Oxford.

7. LAS NORMAS QUE APLICAN LOS TRIBUNALES DEL CIADI

Artículo 42

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.

7.1 ¿Con base en cuáles normas deciden los tribunales del CIADI?

Según el artículo 42 del Convenio, el Tribunal deberá tener en cuenta las siguientes fuentes en el siguiente orden:

1. Las normas de derecho acordadas por las partes.
2. La legislación del Estado parte en la diferencia: esto incluye sus normas de derecho internacional privado.
3. Las normas de Derecho Internacional que puedan ser aplicables.

El Tribunal puede fallar en equidad siempre y cuando las partes así lo hayan acordado.

7.2 ¿Tratándose de un tratado firmado entre dos Estados, y no de un acuerdo firmado entre el inversionista y el Estado, es posible que se invoque dicho tratado como norma de Derecho acordadas entre las partes?

Inicialmente esta fue una gran pregunta para los Tribunales del CIADI^{ix}, pero con el tiempo se ha entendido que el consentimiento de las partes se da en dos momentos diferentes. Frente al Estado, se ha entendido que su consentimiento se da al momento en que se hace parte del Tratado o Acuerdo. Por parte del Inversionista, el consentimiento se da cuando este realiza la solicitud de arbitraje.⁷²

72 Banifatemi, Y. (10 de junio de 2010). *The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration*. Recuperado de Shearman el 6 de octubre de 2010, de <http://www.shearman.com/the-law-applicable-in-investment-treaty-arbitration>

Para dar un ejemplo, en el caso *Antoine Goetz vs. Burundi* (1995) en el párrafo 94 se dijo lo siguiente:

*Sin duda alguna, la ley aplicable no ha sido determinada en sentido estricto, por las partes del arbitraje (Burundi y los inversionistas) sino por las partes de Tratado Bilateral (Burundi y Bélgica). Al igual que el consentimiento de las partes (a llevar la disputa a arbitraje), el tribunal opina que Burundi aceptó la ley aplicable determinada en la cláusula anterior del tratado al hacerse parte de este, y que los reclamantes hicieron lo mismo al radicar su petición de arbitraje con base en el tratado.*⁷³

7.3 ¿Pueden los Tribunales aplicar el Derecho Internacional aunque haya acuerdo entre las partes sobre la ley aplicable o aún por encima de la ley de la legislación del Estado parte?

La práctica demuestra que sí, dado que la jurisprudencia muestra que los árbitros sienten que no pueden dejar de aplicar algunos principios básicos de Derecho Internacional so pena de aplicar leyes que contravienen dichos principios.⁷⁴

7.4 ¿Cuándo se habla de aplicar el Derecho Internacional de qué estamos hablando?

En primera medida estamos hablando de los tratados. Obviamente en una disputa ante el CIADI, el primer tratado que se considera es el TBI. No obstante, son también muy relevantes los acuerdos o tratados multilaterales en los que hagan parte los Estados y regulen temas relacionados. Es muy frecuente también que se aplique la Convención de Viena sobre Interpretación de Tratados y algunas veces tratados sobre Derechos Humanos.⁷⁵

En segunda medida se aplica la costumbre internacional. En este sentido se han invocado y/o aplicado, entre otros:⁷⁶

- Los artículos sobre responsabilidad del Estado
- El principio del respeto por los derechos adquiridos

⁷³ Antoine Goetz y otros vs. Burundi. Laudo dictado por acuerdo entre las partes, ARB/95/3 (CIADI 20 de enero de 1999).

⁷⁴ Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary (Segunda ed.)*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 585.

⁷⁵ Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 605.

⁷⁶ Ibid., p. 607.

- Las consecuencias del estado de necesidad
- Denegación de justicia

Se aplican también los principios generales del Derecho que pueden encontrarse contenidos tanto en las legislaciones nacionales como el Derecho Internacional como por ejemplo⁷⁷:

- Buena fe
- Prohibición a la corrupción
- Nadie puede beneficiarse de su propio fraude, mala fe o culpa.
- Pacta Sunt Servanda
- Excepción de contrato no cumplido
- Estoppel
- Enriquecimiento sin causa
- Compensación en caso de nacionalización
- Debido proceso
- Cosa Juzgada
- La prohibición del abuso del derecho

Finalmente, se aplican los laudos de Tribunales previos del CIADI (aunque no son vinculantes para futuros tribunales y pueden mencionarlas para descalificarlas), y decisiones de otros organismos tales como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos.⁷⁸

7.5 ¿Puede un tribunal abstenerse de fallar argumentando que hay silencio u oscuridad en la ley?

No. Esto lo prohíbe expresamente el numeral 2 del artículo 42 del Convenio.

⁷⁷ Ibid., pp. 608-609.

⁷⁸ Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 610.

8. LAS CLÁUSULAS PARAGUAS: CUANDO EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO LE ACARREA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AL ESTADO

8.1 ¿Qué es una cláusula paraguas?

Las cláusulas paraguas son aquellas que genéricamente obligan a los Estados a cumplir cualquier obligación adquirida con los inversionistas, que generalmente son de índole contractual.⁷⁹

8.2 ¿Por qué se llaman así?

Las cláusulas paraguas reciben este nombre porque le ofrecen mayor protección al inversionista, ya que le permiten acudir al CIADI por un incumplimiento meramente contractual.⁸⁰

8.3 ¿Siempre que haya una cláusula paraguas y se dé un incumplimiento contractual, conocerá el CIADI?

No. Jurisprudencialmente existen dos interpretaciones:

- a. La restrictiva, que conlleva a pensar que el incumplimiento de un contrato por parte del Estado con un inversionista no da lugar a la violación automática del tratado.
- b. La amplia, que conlleva a que una demanda pueda llegar a volverse un tema de Derecho Internacional Público puesto que incumplir el contrato significa violar el tratado y dichas reclamaciones de parte del inversionista pueden ser elevadas ante organismos tales como el CIADI.

8.4. ¿Cómo están escritas las cláusulas paraguas⁸¹?

Para responder a esta pregunta incluimos algunos ejemplos:

79 Gallus, N. (2008). An Umbrella just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract, *Arbitration International, Kluwer Law International* (24) 1 157-170

80 Ibid., pp. 157-170.

81 Volterra, R. & P. Grane (2013). *Protecciones a la Inversión Extranjera y Solución de Diferencias bajo Tratados Internacionales de Inversión*, Bogotá. p. 100.

- “Cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya contraído respecto a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante” (Reino Unido, modelo de tratado. Artículo 2(2)).
- “Cada Parte Contratante cumplirá los compromisos que ha asumido con respecto a las inversiones específicas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante” (Suiza-Filipinas. Artículo X(2)).
- “Cada Parte Contratante garantizará permanentemente el cumplimiento de los compromisos que ha contraído con respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante” (Suiza-Pakistán. Artículo 1.1)

En este orden de ideas se hace evidente que uno de los criterios a tener en cuenta al momento de hacer una inversión, se debe leer atentamente el APPI/TBI o el capítulo del Tratado de Libre Comercio relevante, para observar si se incluye una cláusula de esta naturaleza que podrá ser utilizada hacia futuro para obtener mayor protección. Si se trata de un contrato entre el Estado y el Inversionista, es altamente recomendable que el inversionista insista en la inclusión de una cláusula de esta naturaleza.

9. ASUNTOS PROCESALES

Artículo 43

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario:

(a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba; (b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicaren él las diligencias de prueba que considere pertinentes.

Artículo 44

Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.

9.1 ¿Bajo qué reglas se tramita un procedimiento de arbitraje?

El arbitraje ante el CIADI se lleva a cabo, de manera general, bajo la sección tercera del capítulo IV del Convenio y de acuerdo con las Reglas de Arbitraje vigentes al momento en que las partes prestaron su consentimiento. No obstante, a las partes se les da la oportunidad de modificar aquellas reglas.

9.2 ¿Cómo opera el principio de libre voluntad de las partes?

Se le permite a las partes pactar cuestiones procesales antes de que inicie el proceso. En este sentido algunos posibles cambios serían la forma de constituir el tribunal o la manera cómo va a estar constituido y que partes del proceso (o si el mismo en su totalidad) se llevará de manera oral o escrita.⁸²

De esta manera las partes pueden de común acuerdo y de manera previa:

- a. Pactar un procedimiento completamente diferente al contenido en las Reglas de Arbitraje.
- b. Modificar las mismas.
- c. Guardar silencio al respecto y en este sentido se aplicarán de manera supletiva a las del convenio tal y como están redactadas.

82 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 676-677.

Sin embargo, dado que no existe ninguna prohibición respecto al momento en que se pueden realizar dichas modificaciones, es lógico pensar que se puedan realizar algunas sobre la marcha. Por ejemplo, las partes podrían pactar extender o acortar plazos de común acuerdo una vez iniciado el procedimiento.⁸³

Además, la libre voluntad de las partes se extiende no solamente al procedimiento arbitral, sino también al de aclaración, revisión o anulación del laudo en virtud de la Regla 53 de Arbitraje que reza:

“Estas Reglas se aplicarán *mutatis mutandis* a todo procedimiento relacionado con la aclaración, revisión o anulación de un laudo y a la decisión del Tribunal o Comité”.

Es decir que si las partes acuerdan de manera previa al arbitraje hacerle cambios a las reglas procesales contenidas en el Convenio tienen que tener en cuenta que las mismas podrán aplicarse en el proceso de aclaración, revisión o anulación, si este llegare a darse. (Ver capítulo sobre recursos)

9.3 ¿Qué límites tienen las partes cuando deciden cambiar las normas procesales?

Si bien debemos considerar que por cuestiones éticas no se deben establecer normas procedimentales que violen los principios básicos como el derecho a un juicio justo, el derecho de defensa y la igualdad de armas, más allá de las posibles consideraciones éticas, convenir un procedimiento que sea manifiestamente violatorio de los derechos procesales mínimos de alguna de las partes podría ser una causal de anulación según la Regla 50 de Arbitraje (1) (iii) inciso cuarto que reza: “Que hubo una violación seria de una regla fundamental de procedimiento” y podría prosperar según lo que se haya pactado y lo que el Comité interprete como “violación seria a una regla de procedimiento”.

Adicionalmente, Schreuer⁸⁴ señala que existen algunas reglas del Convenio y del Reglamento de Arbitraje que no permiten que se pacte en contrario. Entre estas se encuentran los artículos 37-40 del Convenio que establecen la manera de seleccionar los árbitros. Si bien las partes pueden llegar a un acuerdo sobre el procedimiento para su nombramiento o sobre los árbitros, no sería negociable la potestad que tiene el Secretario General para nombrarlos en caso de que no haya acuerdo.

83 Ibid., pp. 676-677.

84 Ibid., p. 679.

También se encontraría la Regla 56 de las Reglas de Arbitraje que establece la invariabilidad del tribunal arbitral como principio general y que de generarse una vacante dentro del mismo, por la renuncia de uno de los árbitros nombrado por uno de los Estados sin el consentimiento del tribunal, será el Presidente del Consejo Administrativo el encargado de seleccionar de la lista de árbitros al reemplazo.

Finalmente, si bien las partes pueden acordar la manera en que se dividirán los costos, no les estaría dado reducir o eliminar los pagos al Centro Arbitral.

9.4 ¿Qué sucede si llegan a encontrarse lagunas en el procedimiento de arbitraje?

El artículo 44 establece que en lo no previsto por las partes, el Convenio o el Reglamento de Arbitraje, puede ser decidido por el Tribunal Arbitral. Ejemplos de decisiones que toman los tribunales habitualmente son: definir plazos, decidir si las actuaciones se llevarán a cabo de manera escrita u oral o decidir que va a definir la objeción a su jurisdicción antes de conocer sobre las cuestiones de fondo.⁸⁵

9.5 ¿Qué sucede si las reglas de procedimiento cambian entre la firma del Tratado y la Reclamación?

Como se ha desarrollado en capítulos anteriores, doctrinalmente se ha entendido que el consentimiento surge al momento de la presentación de la reclamación. Esto es porque el tratado se perfecciona entre dos Estados, pero la relación que da lugar a la reclamación ante el CIADI surge de una relación inversionista-Estado receptor. De esta manera el inversionista consiente llevar su disputa ante el CIADI al momento de hacer la reclamación. Así pues que el reglamento aplicable sería el vigente al momento de hacer la reclamación.⁸⁶

85 Schreuer, C. (2009). Op. cit., pp. 688-690.

86 Ibid., p. 687.

10. MEDIDAS CAUTELARES EN EL CIADI

Artículo 47

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

Regla 39 del Reglamento de Arbitraje

Medidas provisionales

(1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

(2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).

(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

(4) El Tribunal solo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

(5) Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo (1) antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido.

(6) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses.

Comentario:

10.1 ¿Cuál es el propósito de las medidas cautelares?

“El propósito de las medidas cautelares es inducir en las partes un comportamiento que sea conducente a un resultado exitoso de procedimientos tales como asegurar la obtención de pruebas, preservar los derechos de las partes, evitar que las mismas

hagan justicia por sus propios medios, asegurarse de que el futuro laudo se pueda implementar y evitar que escale el conflicto”.⁸⁷

10.2 ¿Cuáles son los criterios para recomendar medidas cautelares?

Tradicionalmente quien solicita la medida cautelar debe demostrar que se trata de una situación en la que no se puede esperar a que se dicte el fallo final, puesto que hacerlo conllevaría a que el mismo sufra un daño irreparable.

Sin embargo el tribunal arbitral de la *Occidental c. Ecuador*⁸⁸ se pronunció frente a las medidas cautelares solicitadas por el reclamante de la siguiente manera:

“Para que un tribunal internacional otorgue medidas provisionales, debe existir un derecho a preservar además de circunstancias de necesidad y urgencia para evitar que se cause un daño irreparable”. (Subrayado fuera del texto)

Cuando el Tribunal se refiere a un “derecho a ser preservado” no se refiere a la factibilidad de preservar dicho derecho, sino que ha hecho un análisis preliminar y ha determinado que el reclamante tiene la posibilidad de ser sujeto de dicho derecho. Si no se cumple este criterio, la solicitud no podrá prosperar.

10.3 Libertad de las partes y autoridad del tribunal:

Las partes pueden antes del procedimiento ampliar o restringir las facultades del tribunal para recomendar medidas cautelares. De la misma manera, no hay nada que impida que las partes lleguen a un acuerdo sobre alguna medida cautelar en particular durante el curso del proceso.

El Tribunal por su parte (a menos que se acuerde lo contrario) tiene la facultad de recomendar, levantar y modificar las medidas cautelares que considere pertinentes de oficio o a petición de parte.

10.4 ¿Cuál es el plazo para solicitar medidas cautelares?

El artículo 39 del Reglamento de Arbitraje fue modificado en 2006 de tal manera que cualquiera de las partes puede solicitar medidas cautelares aún antes de la conformación del Tribunal Arbitral, algo que no estaba contemplado en la versión anterior.

87 Schreuer, C. (2009). Op. cit.

88 Occidental Petroleum Corporation vs. Ecuador. Decisión Sobre Medidas Cautelares, ARB/06/11 (CIADI 17 de agosto de 2007).

Si bien puede sonar extraño que un Tribunal pueda recomendar medidas cautelares antes de determinar si tiene o no competencia, se han dado algunos casos entre los que se encuentran *Pey Casado vs. Chile*, *SGS vs. Paquistán* y *Azurix vs. Argentina*.⁸⁹ De todas maneras, vale la pena recordar que de acuerdo con el artículo 36 del Convenio, el Secretario General debe hacer un examen preliminar y no registrará solicitudes que estén “manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro”.

Según el segundo el inciso del artículo 39 del Reglamento Sobre Arbitraje las solicitudes de medidas cautelares deben tener prioridad, pero de la misma manera el artículo 39 (4) del Reglamento establece que el Tribunal debe darle “a cada parte una oportunidad para pronunciarse al respecto”. Por este motivo, una vez recibida la solicitud de medida cautelar, el Tribunal es libre de decidir el medio para darle la oportunidad a cada parte de que se pronuncie. Podrá convocar una audiencia extraordinaria o permitir que cada parte se pronuncie de manera escrita según lo que considere más conveniente.⁹⁰

Si se miran los casos expuestos por Schreuer⁹¹ se puede concluir que en casos anteriores las medidas cautelares se han demorado desde tres semanas hasta un año.

10.5 Medidas cautelares dentro del CIADI:

El artículo 47 del Convenio no contiene una lista cerrada de posibles medidas cautelares. No obstante, Schreuer⁹² ha identificado los propósitos más comunes con los que se han solicitado medidas cautelares, a saber:

- a. Preservación de evidencia.
- b. Evitar que la contraparte se insolvente de tal manera que no pueda cumplir con las obligaciones económicas que podrían estar eventualmente contenidas en el laudo.
- c. Solicitudes para que se recomiende que cesen procesos ante cortes locales.
- d. Preservación de la confidencialidad del proceso.

89 *Azurix C Argentina. Laudo Arbitral*, ARB/01/12 (CIADI julio 14, 2006).

90 Schreuer, C. (2009). *Op. cit.*, p. 769.

91 *Ibid.*, pp. 770-771.

92 *Ibid.*, pp. 757-804.

10.5.1 Preservación o conservación de evidencia:

Esta solicitud se da cuando parte de la evidencia que alguna de las partes quiere hacer valer, por cualquier motivo, se encuentra en manos de su contraparte o la misma le ha impedido el acceso a ella.

Dos casos interesantes en los que se otorgaron medidas cautelares expuestos por Schreuer son AGIP vs. Congo y Sempra vs. Argentina:

En AGIP vs. Congo⁹³ la empresa subsidiaria de la reclamante en el Congo había sido nacionalizada y por lo tanto no tenía acceso a ciertos documentos. La reclamante hizo una lista detallada de los documentos que se encontraban dentro de las instalaciones y solicitó que su preservación. El Tribunal hizo la respectiva recomendación, pero el gobierno no la cumplió.⁹⁴

En Sempra vs. Argentina⁹⁵ la reclamante solicitó el testimonio de dos personas que habían recibido la orden de no testificar ante el CIADI por parte de una corte federal de Argentina. El Tribunal solicitó que Argentina adoptara todas las medidas necesarias para que dichos testigos pudieran rendir testimonio teniendo en cuenta los artículos 21 y 22 del Convenio sobre la inmunidad de testigos así como la regla 34(3) que establece la obligación que tienen las partes de cooperar con el Tribunal para ordenar una medida cautelar que podríamos llamar de “preservación”.⁹⁶

10.5.2 Evitar que la contraparte se insolvente de tal manera que no pueda cumplir con las obligaciones económicas contenidas en el laudo:

Si bien el embargo preventivo de bienes es la regla a nivel nacional, Schreuer menciona varios casos en los que no se otorgó esta medida cautelar y concluye lo siguiente:

“Se concluye que los tribunales del CIADI son reticentes a conceder este tipo de garantías para cubrir los costos del proceso arbitral basadas en suposiciones hipotéticas sobre el resultado de un caso específico. Sin embargo, de esta práctica se puede concluir que si se prueba que una parte es insolvente o será incapaz de cumplir

93 AGIP vs. Congo, ARB/77/1 (CIADI 30 de noviembre de 1979).

94 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 780.

95 Sempra vs. Argentina. Decisión sobre medidas cautelares, ARB/02/16 (CIADI 6 de agosto de 2003).

96 Sempra vs. Argentina. Decisión sobre medidas cautelares, ARB/02/16 (CIADI 6 de agosto de 2003). p. 781.

con sus obligaciones contenidas en un laudo, un tribunal tiene el poder de ordenar que se aporten garantías financieras bajo el artículo 47".⁹⁷

10.5.3 Solicitudes para que se recomiende que cesen procesos ante cortes locales:

Se han dado casos en los que alguna de las partes está llevando un proceso en contra de la otra dentro de alguna jurisdicción local (no necesariamente la de la nacionalidad del reclamante o la del reclamado).

En virtud del artículo 26 del Convenio "(...)conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión a cualquier otro recurso". De esta manera, si el CIADI está conociendo de una disputa, prevalecerá sobre cualquier clase de proceso que se esté llevando ante una corte local de un Estado en virtud de los principios de cooperación y de que los tratados se ejecutan de buena fe.

10.5.4 Confidencialidad

Técnicamente no hay nada en el Convenio ni dentro de las Reglas de Arbitraje que le obliga a las partes a mantener silencio sobre el proceso. Esto quedó claro cuando en el caso *Amco vs. Indonesia*⁹⁸ se publicó un artículo en un diario que le fue atribuido a la controlante de la reclamante. Al respecto, el Tribunal no encontró falta alguna.

En *World Duty Free vs. Kenya*,⁹⁹ el reclamado solicitó como medida cautelar que su contraparte mantuviera la confidencialidad del procedimiento. El Tribunal la negó basado en que no existe ninguna regla expresa que le prohíba a las partes divulgar su versión del caso aunque hizo un llamado a no exacerbar la disputa.

No obstante, si consideró que había existido una violación cuando las minutas y las grabaciones de la audiencia preliminar se habían filtrado sin el consentimiento del reclamado y sin que se hubiera permitido la asistencia de la prensa dicha audiencia en violación de la Regla 22 (2) (Consentimiento de ambas partes para publicar laudos, actas y actuaciones de procedimiento) del Reglamento Administrativo y Financiero de la Regla 32 de las Reglas de Arbitraje, que permite que el tribunal solicite la presencia de terceras personas en las audiencias a menos que alguna de las partes tenga alguna objeción al respecto.

97 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 784.

98 *Amco vs. Indonesia*. Decisión sobre medidas cautelares, ARB/81/1 (CIADI 9 de diciembre de 1983).

99 *World Duty Free vs. Kenya*. Laudo arbitral, ARB/00/7' (CIADI 4 de octubre de 2006).

En este sentido, el Tribunal concluyó lo siguiente: “Cuando no se haya tomado ninguna decisión de abrir las audiencias al público, las grabaciones de las mismas no serán diseminadas unilateralmente por alguna de las partes”.¹⁰⁰

10.6 Obligatoriedad de las medidas cautelares

Tal como se desprende del artículo 47, los Tribunales pueden “recomendar” más no ordenar que se cumplan ciertas medidas cautelares.

Sin embargo, a juicio de la doctrina, las medidas cautelares son obligaciones internacionales derivadas de la pertenencia del Estado al CIADI. Tal como está establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados, las partes de un tratado, no pueden invocar en su ley nacional para incumplir una obligación contenida en un tratado, según el artículo 4 de los artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, los mismos son responsables por los actos de sus órganos incluyendo el judicial.¹⁰¹

Por otro lado, y lo que termina por suceder en la práctica, es que el tribunal tendrá en cuenta la conducta de la parte que no cumpla con dichas medidas y los costos adicionales que haya podido causarle a su contraparte a la hora de tasar perjuicios.

100 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 796.

101 Ibid., p. 766.

11. ¿QUÉ SUCEDE SI ALGUNA DE LAS PARTES NO COMPARECE?

Artículo 45

(1) El que una parte no comparezca en el procedimiento o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones.

(2) Si una parte dejare de comparecer o no hiciere uso de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo.

Antes de dictar laudo el Tribunal, previa notificación, concederá un periodo de convenio uso de sus derechos, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.

Regla 42 del reglamento de arbitraje

Rebeldía

(1) Si una parte (llamada en esta Regla la “parte rebelde”) no compareciere, o dejare de ejercer sus derechos en cualquier etapa del procedimiento, la otra parte podrá, en cualquier momento antes de la terminación del procedimiento, requerirle al Tribunal que se avoque a las cuestiones que se han sometido y dicte el laudo.

(2) El Tribunal notificará sin demora tal solicitud a la parte rebelde. A menos que estuviere convencido que esa parte no tiene la intención de comparecer o de ejercer sus derechos en el procedimiento, le otorgará, simultáneamente, un período de gracia, y a ese fin:

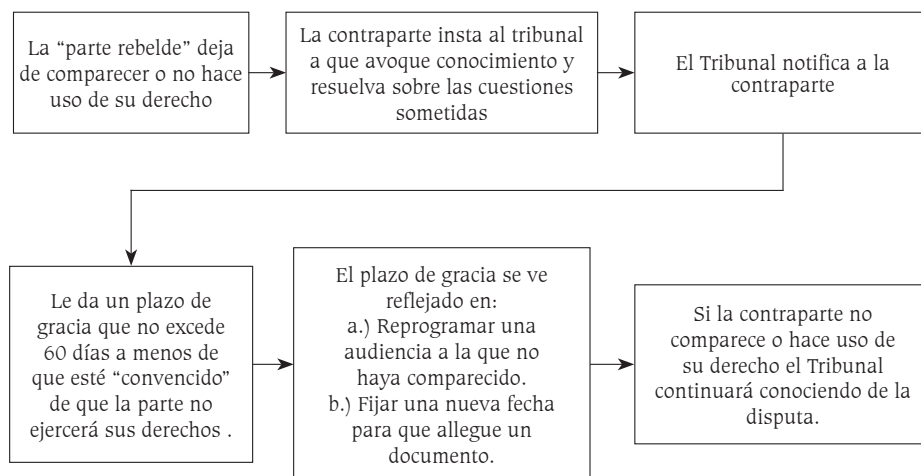
(a) si esa parte hubiere dejado de presentar un escrito o cualquier otro documento dentro del plazo que se le hubiere fijado al efecto, fijará un nuevo plazo para que lo presente; o (b) si dicha parte ha dejado de comparecer o hacer valer sus derechos en una audiencia, fijará una nueva fecha para la audiencia.

El período de gracia no excederá de 60 días sin el consentimiento de la otra parte.

(3) Después de la expiración del período de gracia o si, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (2), no se hubiere otorgado período de gracia alguno, el Tribunal continuará considerando la diferencia.

El hecho que la parte rebelde no comparezca o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones.

(4) El Tribunal examinará la jurisdicción del Centro y su propia competencia en la diferencia y, si queda convencido en ambos respectos, decidirá si las peticiones que se le han formulado están bien fundadas en los hechos y en derecho. A ese fin podrá, en cualquier etapa del procedimiento, requerirle a la parte que haya comparecido, que presente observaciones, rinda prueba o presente explicaciones orales.

Gráfica 8. El procedimiento a seguir¹⁰²

Fuente: elaboración propia.

11.1 ¿Por qué se sigue adelante con el procedimiento independientemente aunque no comparezca la contraparte?

El artículo 45 del Convenio contiene claramente el principio de “non-frustration” o el principio de que la inactividad o no comparecencia de alguna de las partes no evita que el proceso siga adelante. Lo que sucede es que se han establecido una serie de reglas para estos casos.¹⁰³

11.2 ¿Cuándo se considera que una parte no está compareciendo o haciendo uso de sus derechos, es decir que está “en rebeldía”?

Si bien en teoría pareciera bastante sencillo determinar cuándo una parte no comparece o deja de ejercer su derecho, no lo es tanto puesto que con muy pocas excepciones¹⁰⁴, no se trata de un Estado que se queda literalmente cruzado de brazos.

Realmente no existen criterios objetivos para determinar cuándo se está ante una situación de esta naturaleza. No obstante, Schreuer¹⁰⁵, identifica algunas conductas

¹⁰² Artículo 45 del Convenio.

¹⁰³ Schreuer, C. (2009). Op. cit., p.711.

¹⁰⁴ En *Kaiser Bauxitec Company vs. Jamaica*. Caso CIADI No. ARB/74/3 que terminó en un acuerdo entre las partes.

¹⁰⁵ Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 714-719.

(o combinaciones de las mismas) que podrían constituirse en un motivo para concluir que alguna de las partes no está compareciendo o no está ejerciendo sus derechos. A saber:

- a. No pagar o demorar en el pago de los derechos económicos del Centro.¹⁰⁶
- b. No participar en la integración del tribunal.
- c. No cumplir con los plazos otorgados para luego solicitar extensiones sin que medie ninguna justificación lógica.
- d. No cooperar con el Tribunal en las pruebas adicionales que requiera según el numeral 3 de las Reglas Sobre Arbitraje.

Cuando se de alguna de las situaciones anteriormente enunciadas o una combinación de las mismas, la contraparte tiene la posibilidad de solicitar que se le declare “en rebeldía” siempre y cuando el proceso no haya concluido.

En este momento, el tribunal tiene cierto margen de discrecionalidad para decidir si piensa que notificar a la contraparte potencialmente en rebeldía y otorgarle un plazo adicional es conveniente o no según las intenciones de la parte. Si el tribunal está “convencido” de que no ejercerá sus derechos o comparecerá no está en la obligación de otorgar dicho plazo.

11.3 ¿Ser declarado “en rebeldía” equivale a un allanamiento?

No. Una vez vencido el plazo, el Tribunal puede seguir adelante con el procedimiento. Sin embargo, dicha conducta no se tiene como un allanamiento a las pretensiones de la contraparte.

Esto significa en la práctica que el tribunal tiene que ser mucho más cuidadoso en su estudio del caso. Por ejemplo, lo normal sería que en lugar de hacer un estudio oficioso y muy detallado de su competencia, resuelva este punto con base en las

¹⁰⁶ Ver Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero (3) (d). Cada parte debe aportar la mitad del pago estimado (si el estimado no alcanza). Si alguna de las partes no lo hace dentro de los 30 días posteriores a la solicitud del Secretario General, el mismo le informará a ambas partes para que cualquiera de ellas haga el pago correspondiente. Si ninguna lo ha hecho dentro de los 15 días siguientes el Secretario General podrá suspender el procedimiento. Si se suspende el mismo por más de 6 meses seguidos, el Secretario General, en lo posible luego de consultar con las partes, podrá poner fin al mismo.

objeciones de las partes.¹⁰⁷ Sin embargo, si la declaración de rebeldía se da antes del estudio de la competencia, el tribunal tendrá que hacer un estudio muy cuidadoso en este punto.

Lo mismo sucederá en la práctica con las pretensiones alegadas y las pruebas aportadas por la parte demandante, ya que no es posible dar por cierto aquellos hechos que no sean objeto de contradicción, el tribunal tendrá que hacer un estudio muy crítico y muy juicioso de cada uno de los hechos, pruebas alegadas y pretensiones alegadas.

11.4 ¿Cuáles son las consecuencias de ser declarado en rebeldía?

Técnicamente no existe sanción alguna para la parte que sea declarada en rebeldía. Esto es curioso porque este comportamiento es de alguna manera una violación al artículo (25)(1) del Convenio que establece que: “El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”¹⁰⁸ y puede interpretarse como una conducta de mala fe tal como sucedió en el caso LETCO vs. Liberia.¹⁰⁹

Puesto que en la práctica, dicha conducta le genera costos y desgastes adicionales tanto al tribunal como a la contraparte, algunos tribunales han optado por responsabilizar a la parte declarada en rebeldía de algunos o todos los costos.

Por ejemplo, en el caso Benvenuti & Bonfant vs. Congo¹¹⁰ el Tribunal decidió que la parte rebelde asumiría todos los costos, incluyendo los de su contraparte desde el momento en el que se le declaró como tal.

No obstante, los tribunales no siempre han impuesto sanciones económicas. Así sucedió en los siguientes casos: AMT vs. Zaire¹¹¹ y Antoine Goetz y otros vs. Burundi¹¹².

¹⁰⁷ Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 725.

¹⁰⁸ Ibid., p. 726.

¹⁰⁹ LETCO vs. Liberia. Laudo Arbitral, ARB/83/2 (CIADI 31 de marzo de 1986).

¹¹⁰ Benvenuti & Bonfant c Congo. Laudo Arbitral, ARB/77/2 (CIADI 15 de agosto de 1980).

¹¹¹ AMT vs. Zaire, ARB/93/1 (CIADI 10 de febrero de 1997)

¹¹² Antoine Goetz y otros vs. Burundi. Laudo dictado por acuerdo entre las partes, ARB/95/3 (CIADI 20 de enero de 1999).

12. LA ACUMULACIÓN DE DEMANDAS Y PRETENSIONES INCIDENTALES O SOLICITUDES ADICIONALES DENTRO DEL CIADI

Artículo 46

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

12.1 ¿Es posible acumular demandas y/o solicitar que se fallen pretensiones incidentales o solicitudes adicionales dentro del CIADI?

Sí, siempre y cuando las partes no hayan acordado lo contrario¹¹³. De hecho, el Tribunal está en la obligación de pronunciarse sobre todas las pretensiones que sean sometidas a él por las partes.¹¹⁴

Según Schreuer este artículo fue incluido dentro del convenio por dos razones:

1. El deseo de ahorrar costos.
2. Evitar que se tomaran decisiones frente a la misma disputa que pudieran entrar en conflicto unas con las otras.¹¹⁵

12.2 ¿Cuál es la diferencia entre una solicitud adicional y una pretensión incidental?

Según Schreuer no existe una diferencia clara entre demandas adicionales o incidentales. Ambas son solicitudes o pretensiones subsidiarias que estando dentro de la competencia del tribunal se refieren a cuestiones directamente relacionadas con la disputa y pueden ser interpuestas¹¹⁶ por cualquiera de las partes.

¹¹³ Artículo 46 del Convenio.

¹¹⁴ El artículo 48 (3) del Convenio establece que el laudo debe contener una declaración sobre todas las pretensiones sometidas al tribunal y debe ser motivado

¹¹⁵ Schreuer, C (2009). Op. cit., p. 732.

¹¹⁶ Palabra inadecuada.

12.3 ¿Con qué temas se relacionan normalmente las solicitudes adicionales o las pretensiones incidentales?

Schreuer ha identificado dos temas con los cuales normalmente se relacionan las demandas incidentales/adicionales: terceros e intereses.¹¹⁷

- Relaciones con Terceras Personas:

Los tribunales tienen que entrar a decidir según el caso y en este sentido la jurisprudencia es variada. Por dar algunos ejemplos

En *Siemens vs. Argentina*¹¹⁸ el tribunal aceptó la demanda incidental de Siemens frente a los perjuicios que le estaban reclamando sus subcontratistas y sus proveedores. Finalmente, el tribunal decidió a favor de Siemens y dictaminó que la empresa no tenía que soportar la carga de responderle a sus subcontratistas y proveedores.¹¹⁹

En *Zhinvali vs. Georgia*¹²⁰ el reclamante quiso cobrar en nombre de tres de los accionistas de la empresa. El tribunal no aceptó dado que los accionistas no hacían parte de la disputa.

En *PSEG vs. Turquía*¹²¹ el reclamante quiso recibir compensación por “gastos hechos en su nombre” por terceras personas. El tribunal no aceptó dado que estas terceras partes no hacían parte en la disputa.

- Intereses

La tasación de intereses puede llegar a ser compleja. Se tasan según la ley acordada por las partes, la ley del Estado parte en la disputa o según la ley internacional en ese orden.

Hay que tener en cuenta que cuando se trate de aplicar la ley de Estados musulmanes, es muy probable que no se causen intereses dado que los mismos están prohibidos.¹²²

117 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 741-748.

118 Siemens A.G vs. República de Argentina, ARB/02/8 (CIADI febrero 6, 2007).

119 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 742.

120 Zhinvali vs. Georgia. Laudo, ARB/00/1 (CIADI enero 24, 2003).

121 PSEG vs. Turquía, ARB/02/5 (CIADI enero 19, 2007).

122 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 742.

12.4 ¿Puede la parte reclamada interponer demandas reconconvencionales?

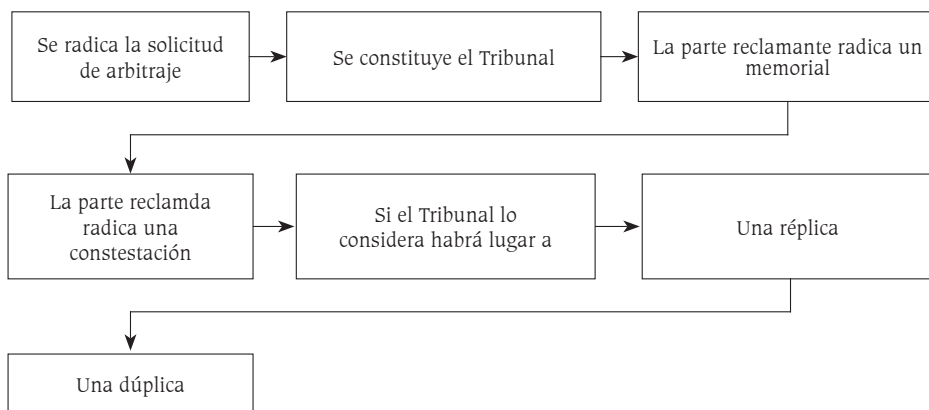
Sí. Las demandas reconconvencionales son aquellas que interpone la parte reclamada originalmente, es decir el Estado.¹²³

Tienen que estar relacionadas de manera directa o indirecta con la disputa y buscan justificar de alguna manera los actos del Estado.

Según el artículo 46 las demandas reconconvencionales tienen que estar relacionadas con la disputa en cuestión. No obstante, algunos tribunales han ampliado dicho concepto e incluye la inversión en su totalidad y no solamente la parte de la misma que esté en disputa.

¿Cómo funciona el procedimiento?

Gráfica 9. Procedimiento general ante el CIADI



Fuente: elaboración propia.

12.5 ¿En qué momento se pueden presentar las demandas de reconvencción y las solicitudes adicionales o pretensiones incidentales?

No obstante, y si las circunstancias lo ameritan, el tribunal podría fijar tantas rondas de réplicas y dúplicas que considere necesarias. Por ejemplo en *Atlantic Triton vs. Guinea*¹²⁴ el Tribunal permitió una ronda adicional de réplicas y dúplicas.

¹²³ Aunque lo normal es que la parte reclamada sea el Estado, hay que tener en cuenta que el Estado también puede reclamarle al inversionista, incluso iniciando la acción.

¹²⁴ *Atlantic Triton vs. Guinea*, ARB/84/1 (CIADI abril 21, 1986)

De otro lado, puesto que no hay un límite específico, se ha dado el caso de un Estado que no actúa dentro de la parte escrita del procedimiento y le solicita autorización al Tribunal para que pueda presentar su memorial de contestación durante la etapa oral del proceso. En *Benvenuti & Bonafont vs. Congo* se le permitió al gobierno que se presentara dicho memorial dado que “habían existido circunstancias especiales de naturaleza política doméstica que habían evitado que ciertas agencias estatales del Congo funcionaran con normalidad”.^{125, 126}

125 *Benvenuti & Bonafont vs. Congo*. Laudo, ARB/77/2 (CIADI agosto 15, 1980). Párrafos 1.32-1.34.

126 Schreuer, C. (2009). *Op. cit.*, p. 737.

13. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO

El laudo

Artículo 48

- (1) El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.*
- (2) El laudo deberá dictarse por escrito y llevará la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor.*
- (3) El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.*
- (4) Los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella.*
- (5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes.*

Regla 47 del Reglamento de Arbitraje

El laudo

- (1) El laudo será escrito y contendrá:*
 - (a) la identificación precisa de cada parte; (b) una declaración de que el Tribunal ha sido constituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, y una descripción del método de su constitución;*
 - (c) los nombres de los miembros del Tribunal, y la identificación de la persona que designó a cada uno;*
 - (d) los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes;*
 - (e) las fechas y lugares en que tuvieron lugar las reuniones del Tribunal;*
 - (f) un resumen del procedimiento;*
 - (g) un resumen de los hechos, a juicio del Tribunal;*
 - (h) las pretensiones de las partes;*
 - (i) la decisión del Tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión; y*
 - (j) la decisión del Tribunal sobre las costas procesales.*
- (2) El laudo será firmado por los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor, y deberá indicarse la fecha de cada firma.*
- (3) Cualquier miembro del Tribunal podrá adjuntar al laudo su opinión individual, sea que disienta o no con la mayoría, o una declaración sobre su disensión.*

13.1 ¿Cómo termina el proceso ante el CIADI típicamente?

Lo que se espera normalmente es que un proceso llevado ante el CIADI termine con un laudo arbitral. No obstante como veremos más adelante, ese no siempre es el caso.

13.2 ¿Qué es un laudo arbitral dentro del CIADI?

No existe ni en el Convenio ni en las Reglas de Arbitraje una definición de un laudo arbitral. Schreuer lo ha definido como:

“La decisión final de un tribunal arbitral en el que responde a todos los interrogantes que le plantearon” Además, agrega que: *“No es necesario que un laudo sea una decisión sobre el fondo del caso. La conclusión de un tribunal de que no tiene jurisdicción para conocer también será un laudo”*.¹²⁷

13.3 ¿Qué contiene un laudo?

La Regla 47 de las Reglas de Arbitraje establece que los laudos arbitrales deben dictarse por escrito y contendrán:

- La identificación precisa de cada parte.
- Una declaración de que el Tribunal ha sido constituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, y una descripción del método de su constitución.
- Los nombres de los miembros del Tribunal.
- La identificación de la persona que designó a cada uno.
- Los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes.
- Las fechas y lugares en que tuvieron lugar las reuniones del Tribunal.
- Un resumen del procedimiento.
- Un resumen de los hechos, a juicio del Tribunal.
- Las pretensiones de las partes.
- La decisión del Tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión.
- La decisión del Tribunal sobre las costas procesales.

13.4 ¿Cuáles decisiones no son laudos?

1. Una decisión sobre jurisdicción (siempre y cuando el tribunal haya decidido se incorporará al laudo final).
2. Decisiones sobre medidas cautelares.

127 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 737.

3. Órdenes procesales.
4. Avenencia y terminación.
5. Adición, rectificación y suplementación. No son laudos aunque vayan por escrito y se firmen.

13.5 El tribunal arbitral: algunas precisiones

Artículo 37

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo llamado el Tribunal).

(2) (a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

Regla 16 del Reglamento de Arbitraje

Decisiones del Tribunal

(1) Las decisiones del Tribunal se adoptarán por mayoría de votos de todos sus miembros. Las abstenciones se contarán como votos en contra.

(2) Salvo que estas Reglas o una decisión del Tribunal disponga otra cosa, las decisiones podrán tomarse por correspondencia entre los miembros, siempre que se consulte a todos ellos. Las decisiones que así se tomen serán certificadas por el Presidente del Tribunal.

13.5.1 ¿Cuántos árbitros debe tener un tribunal arbitral?

No hay un número preestablecido, pero el artículo 37 del Convenio establece que debe tratarse de un árbitro único o un número impar. Esto le aplica a todo tipo de decisiones, no solamente para los laudos arbitrales.

13.5.2 ¿Si la mayoría de los integrantes de un panel arbitral está de acuerdo en tomar una decisión en algún sentido, tiene la obligación de escuchar a los demás integrantes?

Sí. La Regla 16 de arbitraje establece que siempre hay que consultarle a todos los miembros del tribunal. Ahora bien, a menos que el Tribunal disponga otra cosa, no es necesaria la presencia física de todos los miembros y las consultas pueden hacerse por correspondencia.

13.5.3 Supongamos que tengo un tribunal arbitral compuesto por un número impar de árbitros y cada uno toma una decisión diferente. ¿Qué sucede en este caso?

En este caso es interesante ver como si bien, a primera vista proscribir la existencia de tribunales con un número par de árbitros puede considerarse como una medida efectiva para evitar que el tribunal no logre llegar a una decisión por la existencia de un empate entre sus miembros. Sin embargo, no se tuvo en cuenta la posibilidad de que cada árbitro llegara a una conclusión diferente. A la luz de que no se establece ninguna otra solución, es necesario que los árbitros del tribunal tomen una decisión por mayoría.¹²⁸

13.5.4 ¿Qué sucede si un árbitro no está de acuerdo con la decisión de la mayoría o está de acuerdo, pero por otros motivos?

Pueden darse opiniones disidentes o concurrentes.

Una opinión disidente es aquella que no está de acuerdo con lo resuelto en el laudo. En el CIADI, aquel árbitro que no esté de acuerdo con la conclusión alcanzada con la mayoría no firmará el laudo final y puede, además, dejar una declaración escrita en la que afirma que disiente o si lo prefiere, formular opinión disidente, es decir dar una explicación detallada sobre los motivos por los cuales está en desacuerdo con lo resuelto.

Existen también opiniones concurrentes, que son aquellas que si bien están de acuerdo con lo resuelto en el laudo, no están de acuerdo con todos los puntos contenidos en el mismo o con el razonamiento que hace el tribunal para llegar a dicha conclusión.

Como ya vimos, dentro del CIADI, es necesario que exista mayoría. Sin embargo, esta mayoría se da respecto al resultado final y no necesariamente respecto a todos y cada uno de los puntos tratados en el laudo. Es decir que si dos árbitros se ponen de acuerdo en fallar en algún sentido y ambos firman la decisión, no hay inconveniente en que alguno de los dos, o incluso ambos podrían formular un voto concurrente; es decir que no están de acuerdo con el laudo final en algunos aspectos, pero concuerdan en el resultado final.

128 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 832.

Las opiniones disidentes o concurrentes no solamente se dan dentro del proceso de arbitraje. Pueden darse dentro del marco de una decisión de jurisdicción, dentro de un recurso de revisión, de interpretación o de anulación.¹²⁹

13.6 Publicación del Laudo

Artículo 49

(1) El Secretario General procederá a la inmediata remisión a cada parte de una copia certificada del laudo. Este se entenderá dictado en la fecha en que tenga lugar dicha remisión.

13.6.1 ¿Cuándo se entiende que el laudo le ha sido comunicado a las partes con el fin de contar términos?

El día en que se le comunica a las partes junto con las decisiones disidentes y concurrentes.

13.6.2 ¿El laudo es confidencial?

En principio el CIADI no lo puede publicar sin el consentimiento de las partes, aunque debe publicar apartes con fines académicos (48 del Reglamento). Pero no, porque cualquiera de las partes puede publicar o difundir el laudo.

Existen varios motivos por los cuales el inversionista o el Estado pueden querer mantener el laudo en secreto. El Estado puede pensar que la reclamación desincentivará a los inversionistas extranjeros, el inversionista puede temer que salgan a luz pública datos confidenciales sobre su negocio. Ambas partes podrán querer que no se conozcan algunas de sus actuaciones.

Si bien es muy respetable que las partes quieran mantener sus acuerdos y los laudos confidenciales, estamos de acuerdo con Schreuer¹³⁰ en que las partes no deberían dudar en publicarlas (omitiendo la información confidencial, claro está). En la práctica es casi imposible mantener la existencia del litigio en secreto dado que un Estado es parte y estos temas se vuelven de conocimiento público y la publicación de los laudos, además de ser de gran utilidad educativa para la comunidad jurídica, puede

129 Schreuer, C. (2009). Op. cit., pp. 829-824.

130 Schreuer, C. (2009). Op. cit., pp. 838-839.

generar mayor confianza en el inversionista y el Estado dado que ambos le envían el mensaje de que no tienen nada que esconder.

Incluso, si la publicación de los laudos se volviera obligatoria, podría generarse mayor confianza para los potenciales usuarios del CIADI y se estimularía la buena conducta tanto de los Estados como de los inversionistas.

13.6.3 ¿Cuáles son otras formas de terminación del proceso?

Regla 43

13.6.3.1 Avenencia y terminación

(1) Si las partes convinieren, antes que se dicte un laudo, en avenirse respecto de la diferencia, o en poner término al procedimiento, el Tribunal, o el Secretario General si no se ha constituido aún el Tribunal, a solicitud escrita de las partes, dejará constancia en una resolución de la terminación del procedimiento.

(2) Si las partes le presentan al Secretario General el texto completo y firmado de su avenimiento y solicitan por escrito al Tribunal que incorpore dicho avenimiento en un laudo, el Tribunal podrá hacerlo.

Regla 44

13.6.3.2 Terminación a solicitud de una de las partes

Si una de las partes solicita que se ponga término al procedimiento, el Tribunal, o el Secretario General si aquel no se ha constituido todavía, fijará mediante resolución el plazo dentro del cual la otra parte podrá oponerse a la terminación. Si no se formula objeción alguna por escrito dentro del plazo fijado, se presumirá que la otra parte ha consentido en la terminación y el Tribunal, o en su caso, el Secretario General, dejará constancia, en una resolución, de la terminación del procedimiento. Si se formula una objeción se continuará el procedimiento.

Regla 45

13.6.3.3 Terminación por abandono de la instancia

Si las partes dejan de intervenir en el procedimiento durante seis meses consecutivos u otro plazo que puedan acordar, con aprobación del Tribunal o del Secretario General si aquel no se hubiere constituido todavía, se entenderá que las partes han puesto término al procedimiento, y el Tribunal, o en su caso el Secretario General, previa notificación a las partes, dejará constancia en una resolución de dicha terminación.

Las otras formas de terminación del proceso son aquellas en las que el proceso se puede dar por terminado sin que se dicte necesariamente un laudo. Podemos dividir estas formas en dos categorías:

13.6.3.4 Terminación por desinterés de alguna de las partes

Cuando una parte deja de actuar en el proceso

En virtud de la Regla 44 del Reglamento de Arbitraje, una de las partes puede solicitar que se ponga término al procedimiento. En este caso el Tribunal, si ya se constituyó, o el Secretario General, le darán un plazo a la otra parte para que se oponga. Si la parte no lo hace, se presume que está de acuerdo con la terminación y el Tribunal o el Secretario General (en caso de que el tribunal no se haya constituido), entiende que la contraparte está dando su consentimiento y dejará constancia en una resolución. Si la contraparte se opone, se continúa el procedimiento.

En estos casos no estamos ante laudos arbitrales dado que lo que emite el tribunal, de existir aún, será una resolución, no un laudo.

No obstante, cuando existe un acuerdo expreso entre las partes, es posible que el Tribunal emita un laudo total o parcial.

13.6.3.5 Terminación por acuerdo de las partes

¿Y si las partes se ponen de acuerdo en dar por terminado el proceso?

La Regla 43 del Reglamento de Arbitraje dice lo siguiente:

Avenencia y terminación

El primer punto no tiene ninguna arista puesto que en caso de que se le informe al tribunal que las partes llegaron a un acuerdo, este emitirá una resolución, tal como las ya mencionadas.

El segundo, no obstante, puede llegar a contener varias aristas.

Primeramente, el acuerdo no tiene que ser total, sino que puede ser parcial. En este sentido, el tribunal partiendo de la base del acuerdo entre las partes tendrá que decidir sobre las cuestiones planteadas en las que las partes no hayan llegado a un acuerdo.¹³¹

De la misma manera, es posible que las partes hayan llegado a un acuerdo de fondo, pero que no hayan plasmado en su acuerdo las costas procesales, punto sobre el cual el tribunal tendrá que pronunciarse necesariamente en virtud de la Regla 47 del Reglamento sobre Arbitraje.

¹³¹ Schreuer, C. (2009). Op. cit., pp. 829-830.

Tratándose de un acuerdo total o parcial, de todas maneras estos laudos son susceptibles de rectificación y revisión. (Artículos 49, 50 y 51).

La ventaja de que el acuerdo se plasme en un laudo es que puede ser ejecutado en cualquiera de los Estados partes del CIADI y que eventualmente el inversionista le puede solicitar a su gobierno la protección diplomática.

14. RECURSOS

Nombre	¿Para qué sirve?	Término para interponerlo	Artículos en los que está regulado y jurisprudencia	Particularidades
Rectificación y Omisión	Para cuando el Tribunal omitió resolver algún punto sencillo o cometió un error aritmético.	45 días a partir de la notificación del laudo.	Artículo 49 (2) del Convenio Reglas 49 y 50 del Reglamento de Arbitraje.	Necesariamente debe fallarlo el mismo tribunal que profirió el laudo. De no ser posible, se deberá presentar recurso de anulación.
Interpretación o Aclaración	La Existencia una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo.	Se puede presentar en cualquier momento una vez haya un laudo en firme.	Artículo 51 del Convenio. Reglas 50 y 51 del Reglamento de Arbitraje Wena Hotels vs. Egipto. Decisión sobre Interpretación, ARB/98/4 (CIADI octubre 31, 2005). Párrafo 81	Es el único recurso que no tiene límite de tiempo para presentarse. Esto se debe, muy probablemente a que el laudo se ejecuta en el transcurso de varios años. La interpretación entrará a hacer parte del laudo. No hay que probar con documentos y comunicaciones que haya una diferencia entre las partes. Basta con que ambas hayan manifestado su desacuerdo ¹³²

Continúa

132 Wena Hotels vs. Egipto. Decisión sobre Interpretación, ARB/98/4 (CIADI octubre 31, 2005). Párrafo 81.

Nombre	¿Para qué sirve?	Término para interponerlo	Artículos en los que está regulado y jurisprudencia	Particularidades
Revisión del laudo	El descubrimiento de un hecho que hubiese podido influir decisivamente en el sentido de la decisión del Tribunal	Dentro de los 90 días siguientes al descubrimiento del hecho dentro de un límite máximo de 3 años a partir de la emisión del laudo.	Artículo 51 del Convenio. Reglas 50 y 51 del Laudo.	
Anulación del Laudo.	Que el Tribunal se haya constituido incorrectamente. Que el Tribunal se haya excedido manifestamente en sus funciones. Que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.	120 días en términos generales. Para corrupción de un miembro del Tribunal se tienen 120 días con un término máximo de tres años desde que se expidió el laudo.	Artículo 52 del Convenio. Las artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 del Convenio Reglas 50 y 52 del Reglamento de Arbitraje. CMS contra Argentina. Decisión de Anulación, ARB/01/8 (CIADI septiembre 25, 2007).	Nunca se ha solicitado la anulación por la causal de corrupción de alguno de los miembros del Tribunal.

Fuente: elaboración propia.

14.1 Rectificación y omisión

14.1.1 ¿Cuándo se interpone?

Cuando una de las partes considera que el Tribunal omitió decidir puntos o cometió errores materiales o aritméticos.

Un ejemplo sería que se hable de un integrante de las Fuerzas Armadas del Estado en vez de un integrante de la Policía del Estado.

14.1.2 ¿Quién conoce?

Este recurso necesariamente tiene que ser conocido por el mismo tribunal. Por lo tanto si es imposible reunirlo de nuevo, sería viable solicitar la anulación del laudo.

De la misma manera, jurisprudencialmente¹³³ se entiende que el recurso de rectificación contenido en el artículo 49, no es suficiente para tratar con omisiones sustanciales del laudo y que no es necesario interponerlo antes de interponer el recurso de anulación.¹³⁴ Esto se debe a que este recurso está para corregir errores menores y no errores de grandes dimensiones como no pronunciarse sobre aquellos argumentos que de haber sido tenido en cuenta podrían haber modificado el sentido del fallo.

En este sentido, se puede solicitar el recurso de anulación bajo el amparo del artículo 52 (d) del laudo que se refiere al “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”, la (b) que es “que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus funciones”. Si bien se podría interponer este recurso bajo el amparo del literal (e) que sería la falta de motivación, hay que recordar que estrictamente hablando estamos bajo una omisión y no falta de motivación.

14.1.3 ¿Cuál es el término para interponer el recurso?

Se tienen 45 días desde la comunicación del laudo para interponer el recurso que deberá interponerse con una solicitud ante el Secretario General que debe contener lo estipulado por la Regla 49 del Reglamento de Arbitraje. El Secretario General registra la solicitud, notifica a las partes y les envía una copia a los miembros del Tribunal.

14.2 Interpretación o aclaración

Artículo 50

(1) Si surgiera una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General.

¹³³ Schreuer, C. (2009). Op. cit., pp. 860-865.

¹³⁴ Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia es mixta. Existe jurisprudencia que dice que el recurso adecuado es el de “rectificación”.

(2) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo. Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración.

14.2.1 ¿Cuándo se interpone este recurso?

Cuando hay una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo. Jurisprudencialmente se ha establecido que no se puede interponer aduciendo en general que al laudo le falta claridad, pues debe versar sobre puntos específicos del mismo. De la misma manera, la interpretación o aclaración no se refiere a hechos posteriores a la emisión del laudo.¹³⁵

14.2.2 ¿Para cuáles decisiones se interpone este recurso?

Este recurso procede únicamente para laudos, no para otro tipo de decisiones tales como las medidas cautelares.

14.2.3 ¿Cuánto tiempo se tiene para registrar la solicitud?

No existe ni un término fijo ni un número preestablecido de solicitudes. Esto puede deberse a que un laudo se cumple durante un lapso de tiempo prolongado. Por este motivo, no se limita ni el término para interponer el recurso ni el número de veces que puede interponerse.

14.2.4 ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la decisión sobre la solicitud de aclaración o interpretación?

Frente a la naturaleza jurídica de la interpretación o aclaración del laudo, esta queda incorporada al mismo en virtud del artículo 53 (2) que reza: “A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo”.

14.3 Revisión del Laudo

Artículo 51

(1) Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido

¹³⁵ Wena Hotels vs. Egipto. Decisión sobre Interpretación, ARB/98/4 (CIADI octubre 31, 2005). Párrafo 81.

influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de esta no se deba a su propia negligencia.

(2) La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

(4) Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal decida sobre dicha petición.

14.3.1 ¿Cuándo se da la Revisión del Laudo?

14.3.1.1 El descubrimiento de un hecho que hubiese podido influir decisivamente en el sentido de la decisión del Tribunal:

El hecho en el que debe fundarse este recurso debe ser de tal magnitud que de haber sido conocido por el tribunal hubiese podido haber influido en el sentido del laudo. Puede ser el descubrimiento de un documento, por ejemplo.

Los hechos decisivos pueden afectar temas tanto procesales como de fondo: se puede atacar la decisión sobre jurisdicción, un tema de fondo como la legalidad o ilegalidad de un acto o incluso el cálculo de la indemnización si el descubrimiento afecta los hechos que dieron lugar a la forma como la misma fue calculada.¹³⁶

14.3.1.2 El hecho no era conocido ni por el tribunal ni por la parte que solicita la revisión antes de la emisión del laudo y este desconocimiento no puede deberse a la negligencia de la parte que lo invoca.

Aquí encontramos el principio según el cual “Nadie puede beneficiarse de su propia culpa”. En la solicitud, la parte debe limitarse a hacer una declaración en este sentido y se parte de su buena fe. La contraparte será la encargada de demostrar la negligencia de la parte que solicita dicho recurso.

136 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 882.

14.3.1.3 ¿Cuánto tiempo se tiene para solicitar la revisión del laudo?

Dentro de los 90 días siguientes al descubrimiento del hecho dentro de un límite máximo de tres años a partir de la emisión del laudo.

14.3.1.4 ¿Puede darse la suspensión de la ejecución del laudo?

En la Regla 50 del Reglamento de Arbitraje encontramos que cuando se trata de una revisión, y alguna de las partes pide la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspende de manera automática mientras se reconstituye el antiguo tribunal o se constituye uno nuevo.

Una vez se constituye el mismo, este tendrá 30 días para decidir, a petición de parte si mantiene o no en pie la suspensión de la ejecución.

De ahí en adelante cualquiera de las partes puede solicitar que se continúe con la suspensión o que se levante la misma. En todo caso antes de tomar cualquier decisión en este sentido, el tribunal debe escuchar a ambas partes y no puede ni suspender la ejecución del laudo ni levantar dicha suspensión de oficio.

14.4 De la anulación del laudo

Artículo 52

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

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

(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho, pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido

designado para integrar la Lista de Arbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

(4) Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, mutatis mutandis, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.

(5) Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.

(6) Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

14.4.1 ¿Se trata de una apelación?

Tabla 9. Diferencias entre anulación y apelación

	Anulación	Apelación
Resultado	Se invalida la decisión pero no se puede tomar una nueva decisión que reemplace la anterior.	Modificación de la decisión: se emite una decisión que reemplaza a la anterior
Aspectados de la decisión sujetos a revisión	Se enfoca únicamente en la legitimidad del proceso. No se fija en el fondo de la decisión.	Se ocupa en la forma o legitimidad del proceso y se revisan también aspectos de fondo.

Fuente: elaboración propia.

No. En Derecho existe siempre la tensión de entre la firmeza de las decisiones y que sean “correctas”. Dentro del CIADI se eligió la firmeza de la decisión como principio general y se creó la anulación para ser utilizado en situaciones extraordinarias contenidas de manera taxativa en el artículo 52 del Convenio que se traducen a violaciones extremas a ciertos derechos que se entiende que tienen las partes dentro del proceso y que podrían contenerse dentro del principio del debido proceso: la imparcialidad del “juez” (en este caso árbitro), a ser escuchadas, igualdad de armas, a conocer los motivos que dieron lugar a que se tomara una decisión en algún sentido entre otros.

El recurso de anulación jamás debe traducirse en una oportunidad para presentar nuevos argumentos o en apelación, institución expresamente prohibida por el Convenio en el artículo 53 que reza: “(1) *El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso excepto en los casos previstos en este convenio*”. (Subrayado fuera del texto).

En términos generales la anulación y la apelación se diferencian en que la primera se fija únicamente en aspectos de forma y se limita a invalidar la decisión mientras que la segunda analiza aspectos de forma y de fondo y puede emitir una decisión que invalide la anterior.

Diferencia entre apelación y anulación¹³⁷:

14.4.2 Evolución del Proceso de Anulación:

Ha existido una evolución jurisprudencial dentro del CIADI:

Las decisiones que anularon los fallos Klöckner I y Amco I tomadas en los años ochenta han sido fuertemente criticadas puesto que la doctrina ha entendido que realmente se trataron como recursos de apelación y no como anulaciones.

Los Comités de Anulación han ido perfeccionando la técnica y actualmente se habla de “Recursos de Anulación de tercera generación” en las que se ha evitado analizar el fondo de la decisión y se ha tenido en cuenta el impacto que pueda llegar a tener la causal invocada sobre la decisión. Si la causal existe, pero no genera cierto impacto sobre la decisión, los comités se abstienen de anular la decisión. Ver (*CMS vs. Argentina*)¹³⁸

14.4.3 ¿Qué decisiones pueden ser sujetas al recurso de anulación?

El recurso de anulación solamente se podrá solicitar frente a decisiones que tengan el carácter de laudo. No podrá ser invocada frente a las decisiones procesales emitidas por el tribunal en el transcurso del proceso (por ejemplo la decisión sobre su jurisdicción antes de que se incorpore al laudo) o frente a solicitudes de medidas cautelares.

Una pregunta interesante sería si un laudo dictado dentro de la avenencia y terminación podría ser anulado. La respuesta es positiva, ya que aunque las partes

137 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 901.

138 CMS contra Argentina. Decisión de Anulación, ARB/01/8 (CIADI septiembre 25, 2007).

decidan llegar a un acuerdo, el tribunal sigue estando sujeto a las normas del CIADI y el mismo tiene la autoridad para rechazar la solicitud de las partes y emitir una orden procesal que da por terminado el proceso o puede declarar falta de jurisdicción.

Ahora bien, si el tribunal no rechaza la petición de las partes, el laudo puede quedar expuesto a una solicitud de anulación. Se podría descartar inmediatamente la conformación inadecuada del tribunal o la corrupción porque serían irrelevantes dentro del marco del acuerdo de las partes. Sin embargo, el tribunal podría excederse en sus facultades si plasma un acuerdo en el que excede su competencia o la del CIADI o si deja de pronunciarse sobre aspectos no cubiertos en el acuerdo, por ejemplo la división de costas.¹³⁹ Habría que mirar caso por caso si el tribunal tiene que dar razones para el laudo teniendo en cuenta que las partes llegaron a un acuerdo, pensamos que en ese caso, frente a lo acordado de las partes, la única razón que podría invocar el tribunal es el acuerdo de las mismas. Pensamos que si el acuerdo no es total, el tribunal debe dar razones por aquellas cuestiones que luego entre a decidir.

14.4.4 ¿Quién tiene legitimación en la causa?

Las partes son las que deciden si presentan o no el recurso de anulación. No existe anulación de las decisiones de oficio.

Schreuer señala que este recurso se presenta por la parte que considera que “fue vencida”. Si se trata de un Estado, sus motivaciones para presentar el recurso pueden ser políticas dado que podrá verse mal que el Estado se quede cruzado de brazos ante una decisión desfavorable. De otro lado, cualquiera de las partes podría querer tratar de evitar que se cree un precedente que le sea adverso. Si bien el precedente no es obligatorio dentro del CIADI, el mismo podrá ser invocado por la contraparte en casos futuros.

14.4.5 Anulación y el Principio de que nadie puede alegar su propia negligencia:

Antes de entrar a analizar las causales de anulación contenidas en el artículo 52 vale la pena entrar a analizar la Regla 27 del Reglamento de Arbitraje que contiene el principio de que “Nadie puede alegar su propia culpa o negligencia”.

139 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 924.

Regla 27**Renuncias**

Si una parte que sabiendo, o debiendo haber sabido, que no se ha observado alguna disposición del Reglamento Administrativo y Financiero, de estas Reglas o de cualquier otra regla o algún acuerdo aplicable al procedimiento, o alguna resolución del Tribunal, y no objeta con prontitud dicho incumplimiento, se considerará, salvo respecto de lo dispuesto en el Artículo 45 del Convenio, que ha renunciado a su derecho a objetar.

De esta manera no descalificar a un árbitro de manera oportuna, no objetar la decisión de la jurisdicción del tribunal o no señalar una irregularidad procesal de manera oportuna dentro del proceso podrá ser entendido por el Comité. Aún más, podría considerarse un acto que falta al principio de lealtad procesal y a la buena fe puesto que una parte no puede esperar los resultados del proceso para después mirar si le conviene y solicitar la anulación en caso negativo.

14.4.6 ¿Qué causales pueden dar lugar a anulación?

A continuación explicaremos de manera pormenorizada las causales que pueden dar lugar a anulación.

14.4.6.1 Que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente:

La constitución inadecuada de un Tribunal Arbitral del CIADI podría darse por varias razones: el no cumplimiento de los requisitos de la nacionalidad de los árbitros, una falla en el proceso de declaración de situaciones que podrían dar lugar a incompatibilidades o una recusación a la que no se le dé el trámite adecuado solamente por poner algunos ejemplos.

Esta es una causal frente a la cual que Schreuer advierte que al momento de la publicación de su libro, no se conoce ninguna decisión sobre una solicitud de anulación en la que se hubiese invocado esta causal¹⁴⁰. Así en el caso *Azurix vs. Argentina*¹⁴¹ se niega la existencia de la causal de nulidad por constitución incorrecta del tribunal. La misma fue propuesta por la República de Argentina en virtud de un recurso de reposición propuesto contra el presidente del Tribunal que no prosperó. El Comité se basa en dos argumentos claves para emitir su decisión:

140 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 933.

141 *Azurix vs. Argentina*. Decisión sobre Anulación, ARB/01/12 (CIADI septiembre 1, 2009)

1. Que el procedimiento de recusación se llevó a cabo de manera adecuada dentro de los parámetros del reglamento de arbitraje y por este motivo no habría lugar a la anulación¹⁴².
2. Que en virtud del artículo 27, Argentina renunció de manera tácita a su derecho a recusar al Presidente del Tribunal dado que se enteró de la situación que daría lugar a la recusación, teniendo en cuenta que en marzo y en mayo del mismo año (2004) se le advirtió sobre la situación que podría dar lugar a la recusación y no presentó este argumento, sino hasta octubre cuando el Tribunal había escuchado ya los argumentos de fondo¹⁴³.

Esto confirma que los recursos dentro del arbitraje deben ser presentados dentro de un plazo razonable y de no hacerlo, la parte tendría que dar una explicación válida del por qué.¹⁴⁴ En adición, este Tribunal reitera que su examen de la situación debe limitarse a la forma y no al fondo del asunto cuando se rehúsa a analizar los hechos que habrían dado pie para recusar al presidente del Tribunal.

14.4.6.2 Que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades:

Al igual que las demás causales, no existe una definición clara de lo que significa que un tribunal se haya excedido manifiestamente en sus facultades. Incluso la palabra “manifiestamente” ha sido objeto de discusión: ¿Significa que la extralimitación tiene que ser obvia cuando se estudie el laudo? ¿Significa que tiene que ser significativa?, o ¿significa que tiene que ser obvia y significativa? La jurisprudencia del CIADI es encontrada.¹⁴⁵

En cuanto a lo que significa que el Tribunal se exceda en sus poderes sucede lo mismo. Se han propuesto una serie de situaciones en las que supuestamente se evidenciaría esta situación. Entre estas están:

- a. Que el tribunal decida favorablemente sobre su jurisdicción cuando en realidad no existen los requisitos del artículo 25 del Convenio.

¹⁴² Ver párrafo 282 de la decisión.

¹⁴³ Ver párrafo 291 de la decisión.

¹⁴⁴ Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 937.

¹⁴⁵ Esto se evidencia en la jurisprudencia citada en Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary (Second ed.)*. Cambridge: Cambridge University Press. 938-941

- b. Que no aplique la ley correcta en virtud de acuerdo con el artículo 42 del Convenio.¹⁴⁶

Se han dado discusiones muy interesantes sobre puntos como los siguientes¹⁴⁷:

- a. ¿Qué hacer si la falta de jurisdicción es parcial y no total? (un ejemplo sería que un tribunal falle frente a asuntos que considere que están de alguna manera relacionados con la disputa).
- b. ¿Qué pasa si se aplica la ley adecuada, pero se aplica de manera incorrecta?
- c. ¿Qué pasa si se aplica la ley adecuada, pero no se aplica una cláusula de la misma? (Empezamos a meternos en terreno fangoso porque este análisis empieza a tener ciertos matices de fondo y no de forma cómo debería ser en realidad).
- d. Frente a la aplicación de la ley internacional es válido preguntar si principios tales como “pacta sunt servanda”, el deber de actuar de buena fe, el estándar de trato mínimo para los extranjeros y los artículos sobre responsabilidad del Estado son de aplicación obligatoria aunque no estén contemplados en la legislación nacional.
- e. ¿Constituiría la aplicación de dichos principios un fallo en equidad y no en Derecho?¹⁴⁸

14.4.6.3 Que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal:

Según Schreuer¹⁴⁹ no se conoce ninguna decisión en la que se haya argumentado la corrupción del algún miembro del tribunal. Esto sería porque el término corrupción significaría que el miembro del tribunal recibió algún tipo de compensación a

146 Establece que el Tribunal debe aplicar las leyes en el siguiente orden jerárquico: 1.) La que haya sido acordada por las partes. 2.) (de no haber acuerdo) La Legislación del Estado parte y 3.) Normas de Derecho Internacional que puedan llegar a ser aplicables.

147 Schreuer, C. (2009). Op. cit., pp. 937-977.

148 En *Amco vs. Indonesia*. Segunda decisión sobre anulación, ARB/81/1 (CIADI 2 de diciembre de 1992) se dio este debate, pues el Estado acusó al Tribunal de haber fallado en equidad y no en razón de la ley por haber aplicado el principio de trato mínimo para los extranjeros. El Comité dijo al respecto que se hubiera llegado a la misma conclusión tanto por la aplicación del principio como con la aplicación de la ley del Estado.

149 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 933.

cambio de fallar en determinada forma, y esto tendría que ser probado por la parte afectada y evidentemente el acto de corrupción se llevaría a cabo de manera secreta.

De esta manera, ciertas conductas tales como la parcialización de un árbitro a favor de una parte, comunicación no autorizada entre un árbitro y una parte podrían constituir conformación inadecuada del tribunal, pero si no se demuestra que hubo alguna compensación a cambio no habría corrupción en estricto sentido.

14.4.6.4 Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento: Hay que empezar por aclarar que al texto en español le faltó la palabra “fundamental” y que tanto el texto en francés como el texto en inglés se refieren a una norma “fundamental de procedimiento”. Por lo tanto, la jurisprudencia del CIADI ha entendido que las normas fundamentales se refieren a ciertos principios básicos tales como aquellas que dan la oportunidad de refutar a la contraparte o aquellas que hacen referencia al derecho a un juicio justo.

En el caso *Hoteles Wena vs. Egipto* se da una explicación muy interesante sobre el tema:

El quebrantamiento debe ser sustancial de tal forma “que se le quite a una parte el beneficio o la protección que la norma le otorgase”.¹⁵⁰

Algunas causales que se han invocado en este sentido han sido: parcialidad del tribunal, la inexistencia de deliberación entre los miembros del mismo y derecho a ser escuchada.¹⁵¹

Por ejemplo, Indonesia logró que se anulara una la Decisión de Rectificación del Laudo¹⁵² ya que el Tribunal no fijó un límite de tiempo para que esta, como contraparte, se pronunciara frente a la rectificación solicitada por la contraparte.¹⁵³

14.4.6.5 Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde

Esta causal significa que las partes tienen derecho a conocer las consideraciones de hecho y de derecho que llevaron a un tribunal a tomar una decisión en uno u otro sentido.

150 *Hoteles Wena vs. Egipto*. Decisión sobre anulación., ARB 98/4 (CIADI 5 de febrero de 2002).

151 Schreuer, C. (2009). Op. cit., pp. 979-986.

152 *Amco vs. Indonesia*. Caso sometido para reconsideración: Rectificación, ARB 81/1 (CIADI 17 de octubre de 1990).

153 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 987.

Como nunca se ve un laudo en el que no se expresen razones, esta causal puede generar una línea bastante difusa entre una anulación y una apelación.

En este sentido, se ha discutido y se ha aceptado la posibilidad de que existan razones implícitas y con el tiempo se ha pasado de exigir razones o argumentos “satisfactorios” como sucedió en las primeras anulaciones¹⁵⁴, luego se habló de que no se tratara de razones “frívolas” o superficiales¹⁵⁵ y finalmente se ha entendido que las razones dadas bastan si un lector informado como las partes logra entender los motivos y no encuentra contradicciones dentro de las mismas.¹⁵⁶

Tal como se explicó previamente, el artículo 49 (2) del Reglamento de Arbitraje permite la rectificación del laudo cuando hay un error aritmético o el tribunal deja de pronunciarse sobre alguna cuestión. En algunos casos se ha entendido que si el tribunal no se pronuncia sobre una cuestión de fondo, esto equivale a no dar razones y por lo tanto la decisión podría ser objeto del recurso de anulación.¹⁵⁷

Schreuer establece una serie de criterios útiles para examinar la motivación de un laudo¹⁵⁸:

1. Debe tener argumentos de calidad, coherentes y convincentes
2. Su conclusión debe estar soportada por una línea de argumentación o de razonamiento consistente y lógica, particularmente para una persona informada sobre el caso como lo serían las partes.
3. El Tribunal debe referirse a todos los argumentos relevantes o necesarios para llegar a su decisión: tanto para usarlos de apoyo o para descalificarlos.
4. El tribunal no tiene que referirse a argumentos que por lógica sean excluyentes. Por ejemplo, si concluye que no tiene jurisdicción para conocer, no tendrá que entrar a examinar los argumentos de fondo.
5. El tribunal no tiene que referirse a todos los argumentos presentados para sostener una decisión. Por ejemplo, la ilegalidad de una conducta. Si una conducta puede ser ilegal por A, B o C y resulta que es ilegal por el argumento A, no hay necesidad de referirse a los argumentos B y C.

154 Ibid., p. 1003.

155 Ibid., p. 1006.

156 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 1009.

157 Ibid., pp. 1015-1019.

158 Ibid., p. 824.

14.4.7 Elementos Procesales del Recurso de Anulación

14.4.7.1 ¿Cuánto tiempo se tiene para interponer la solicitud de anulación?

En la regla 50 (3) se establece un límite de tiempo general de 120 días para presentar solicitudes de anulación. No obstante, se contemplan dos plazos acumulativos para la causal de corrupción de alguno de los miembros del tribunal. Se trata de máximo tres años desde la emisión del laudo y 120 días a partir de que se descubre el hecho de corrupción. El motivo por el cual se establece un plazo más largo para la causal de corrupción es porque la corrupción se da en secreto de la parte afectada.

Hay que tener en cuenta que el Secretario General no tiene la competencia para cuestionar que el descubrimiento de que hubo corrupción se dio 120 días antes de la solicitud mientras esto se afirme en la solicitud. No obstante, una vez formado el comité de anulación, el mismo examinará si la afirmación es cierta.

14.4.7.2 Consideraciones especiales sobre la solicitud de anulación:

Jurisprudencialmente se ha entendido que la solicitud es la oportunidad que tiene la parte que interpone el recurso de listar todas las causales en que se funda la solicitud de anulación y de detallar los hechos en que se fundan las causales. La parte no puede reservarse el derecho a agregar más hacia el futuro ni podrá luego esgrimir argumentos que no se encuentren dentro de la solicitud general.

Esto no significa que la parte no vaya a tener la oportunidad de ampliar sus argumentos; significa que no podrá adicionar argumentos. En este sentido, las discusiones se han dado en torno a si la parte solicitante está ampliando un argumento incluido en la solicitud o si por el contrario está adicionando uno nuevo que no estaba incluido.

De la misma manera, los Comités Ad Hoc no pueden anular un laudo por hechos o causales que la(s) parte(s) solicitantes no hayan señalado. Por este motivo, dado que las causales de anulación son en cierto grado difusas, sería recomendable que la parte solicitante invoque todas aquellas en las que se podrían enmarcar los hechos. Si el Comité descubre que la anulación se enmarca dentro de alguna de las causales no tendrá que pronunciarse sobre las demás.

14.4.8 Conformación del Comité de Anulación o el *Comité Ad Hoc*

El Comité de Anulación es elegido directamente por el Presidente del Consejo Administrativo —es decir el Presidente del Banco Mundial—. Para la conformación de

un comité no se le da a las partes la opción de elegir cada una a un árbitro ni se les consulta al respecto para darle al proceso cierta celeridad. Los árbitros se eligen de entre las personas que integran las listas de árbitros según los artículos 12-14 del Convenio. (Para más detalles ver capítulo sobre los árbitros.)

Al igual que con los tribunales de arbitramento las personas elegidas para el Comité de Anulación tienen que hacer la declaración contenida en el artículo 6 del Reglamento de Arbitraje en la que revelan posibles conflictos de interés, se comprometen a ser imparciales y a mantener la confidencialidad.

Adicionalmente, se les exige cumplir con una serie de condiciones contenidas en el artículo 52(3) que son a saber:

1. No haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo.
2. No haber actuado como conciliador en la misma disputa.
3. No tener la nacionalidad de ninguna de las partes.
4. No haber sido designado para conformar las listas de árbitros ni por el Estado parte, ni por el Estado del cual el inversionista es nacional.

14.4.8.1 ¿Qué autoridad tiene el Comité Ad Hoc?

El Comité de Anulación tiene únicamente la autoridad para decidir si anula o no una diferencia. Contario a lo que se podría pensar, si un Comité determina que se encuentra ante una causal de anulación, el mismo no está en la obligación de anular el laudo o las partes relevantes del mismo.

Doctrinalmente se ha entendido que ya los Comités Ad Hoc siguen dos pasos al momento de decidir si anulan o no un laudo: primero se preguntan si los hechos se enmarcarían dentro de alguna causal de anulación y luego se preguntan si se trata de una violación grave teniendo en cuenta el criterio material sobre el técnico.

A pesar de que han existido Comités que han querido extenderse o quisieron darle instrucciones al siguiente Tribunal como sucedió en *Klöckner vs. Camerún* sus opiniones no son vinculantes. Si anulan el laudo en su integridad, el próximo tribunal (si alguna de las partes vuelve a someter el conflicto al CIADI) podrá conocer sobre toda la diferencia o podrán anular partes de la misma y el nuevo tribunal tendrá competencia exclusivamente sobre lo anulado.^x

14.4.8.2 ¿Se puede suspender la ejecución del laudo?

Al igual que con la aclaración o revisión del laudo, la parte que interpone el recurso puede solicitar la suspensión de la ejecución del laudo (o un parte del mismo) y si la solicitud es interpuesta en tiempo, el Secretario General registrará la solicitud y notificará a la contraparte quien siempre debe tener la oportunidad de pronunciarse al respecto.

De la misma manera, el Comité una vez convenido tiene treinta días para pronunciarse al respecto y a petición de las partes, podrá levantar, modificar o mantener la suspensión de la ejecución del laudo. Sin embargo, existe una gran diferencia: según la regla 54 del Reglamento de Arbitraje, el Comité de oficio puede suspender la ejecución de la parte no anulada de un laudo para darle la oportunidad a cualquiera de las partes que se lo soliciten a un nuevo tribunal.

Como el artículo dice que la suspensión se ordena “cuando así las circunstancias lo exigen”, realmente no existe dentro del Convenio o el Reglamento condiciones determinadas, jurisprudencialmente se han tenido en cuenta algunas entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a. La solidez de la solicitud.
- b. El riesgo de que la parte obligada a hacerle pagos a su contraparte no pueda recuperar el pago realizado para darle cumplimiento al laudo si este se anulare.
- c. Que la solicitud de anulación sea una maniobra dilatoria.
- d. Los perjuicios que se le causarían a las partes si la ejecución del laudo se suspendiere, o por el contrario, no se suspendiere.¹⁵⁹

Una de las soluciones que se han adoptado ha sido obligar a quien solicita la suspensión de la ejecución que constituya una garantía bancaria como especie de caución para los daños que la no ejecución del laudo le puedan generar a la contraparte. Es una buena solución

159 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 1071.

La Obligatoriedad de los Laudos para los Estados:



160

Artículo 53

- (1) *El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.*
- (2) *A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.*

Artículo 54

- (1) *Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.*
- (2) *La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.*
- (3) *El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.*

Artículo 55

Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

160 Lavado, Joaquín Salvador. Mafalda Toda. (Vigésimo quinta edición). Buenos Aires: Ediciones de la Flor S.R.L. p. 53.

14.4.8.2.1 ¿Si es un laudo arbitral, es obligatorio para las partes?

Doctrinalmente se ha entendido que lo que hace que un laudo arbitral sea de obligatorio cumplimiento para las partes es el principio *de pacta sunt servanda*, el cual significa que los acuerdos son ley para las partes¹⁶¹.

14.4.8.2.2 ¿Cómo opera la obligatoriedad en cuanto al CIADI?

La obligatoriedad del laudo para las partes emana de la cláusula dentro del TBI, APPI o contrato en el que las partes se obligan a llevar cualquier disputa ante el CIADI. El Convenio a su vez contiene el artículo 53 que establece la obligatoriedad para las partes.

14.4.8.2.3 ¿Pueden las cortes locales revisar o modificar el fondo de los laudos del CIADI?

No. El artículo 53 excluye tajantemente la posibilidad de que las cortes locales, no solamente de los Estados involucrados (el de nacionalidad del inversionista y el Estado receptor de la inversión), hagan revisiones de fondo del laudo. En este sentido, puede decirse que el sistema del CIADI es autocontenido.

Se entiende que hacen parte del laudo las aclaraciones, revisiones y decisiones sobre anulación del mismo.

14.4.8.2.4 ¿Cuándo no están obligadas las partes a acatar el laudo?

La obligación de las partes de acatar el laudo se suspende cuando un Tribunal o un Comité ordenen la suspensión o la ejecución del mismo.

14.4.8.2.5 ¿Qué motivaciones externas tiene un Estado para acatar el laudo?

En primer lugar, a los Estados les interesa acatar los laudos aunque les sean desfavorables puesto que no hacerlo implica un riesgo alto para la confianza de sus inversionistas a futuro. De la misma manera, dado que el CIADI es una organización internacional que hace parte del Banco Mundial, a los Estados le interesa pagar las sumas a las que sean condenados si desean tener la posibilidad de acceder a un crédito en el futuro.

161 Schreuer, C. (2009). Op. cit.

14.4.8.2.6 ¿Qué sucede si un Estado se rehúsa a acatar el laudo?

En este caso, se puede solicitar el reconocimiento y la ejecución del laudo en cualquier Estado que haga parte del CIADI.

¿En el artículo 52 se hace referencia a dos términos: reconocer y ejecutar. Cuál es la diferencia entre reconocer y ejecutar un laudo?

Todos los Estados que hacen parte del CIADI están obligados a reconocer los laudos emitidos por este organismo-es decir a considerarlos como si se tratara de una sentencia emitida por sus propias cortes. No obstante, la siguiente fase es la ejecución, es decir cobrar el laudo de manera coactiva.

14.4.8.2.7 ¿Si un Estado reconoce un laudo esto significa automáticamente que lo ejecuta?

En Derecho Internacional los Estados tienen dos tipos de inmunidades: la de jurisdicción, es decir que no pueden ser juzgados por Cortes de otros Estados y la de ejecución, que significa que los bienes que tengan en otros Estados en general no pueden ser ejecutados. Cuando un Estado hace parte del CIADI renuncia a su inmunidad de jurisdicción, pues se somete al arbitraje del CIADI, pero no renuncia a su inmunidad de ejecución.

La inmunidad de ejecución, que antes se consideraba absoluta, ha ido evolucionando con el tiempo y ahora se reconoce que cobija solamente bienes que estén relacionados directamente con la actividad propia del Estado (por ejemplo las propiedades en las que están asentadas las embajadas y las misiones diplomáticas así como sus cuentas bancarias, bienes de uso militar y de propiedad del banco central¹⁶²) los cuales no pueden ser ejecutados. Si el Estado tiene cuentas o propiedades directamente relacionadas con actividades no soberanas o no propias del Estado, por ejemplo relacionadas al comercio, estos bienes sí podrían ser ejecutados. No obstante, si una Corte no puede determinar con toda certeza que los bienes que se encuentran en su territorio no son de uso soberano, se abstendrá de ejecutarlos. Adicionalmente algunos Estados exigen que los bienes a ser ejecutados estén directamente relacionados con la disputa.¹⁶³

162 Schreuer, C. (2009). Op. cit., p. 1168.

163 Ibid., p. 1168.

14.4.8.2.8 ¿Qué medidas puede tomar un inversionista para mitigar las posibilidades de que no se ejecute el laudo?

Un inversionista puede solicitarle al Estado que antes de hacer su inversión firme una cláusula en la que renuncia de antemano a su inmunidad de ejecución en cualquier Estado parte del CIADI de tal manera que se puedan perseguir sus bienes en cualquier lugar.

Los inversionistas también pueden asegurar una parte del pago tomando una póliza de seguro con el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA por sus siglas en inglés), que también hace parte del Banco Mundial y cuya misión es promover la inversión en países en vías de desarrollo al darle mayor confianza a los inversionistas ofreciendo pólizas de seguro que pueden ir de quince a veinte años para inversiones a largo plazo y cubre hasta el 90% del total de la Inversión¹⁶⁴.

Este organismo asegura lo que se conoce como el “riesgo político”-es decir los riesgos no comerciales de una inversión tales como:

- a. no convertibilidad y no transferencia de la divisas
- b. Expropiación
- c. guerra y problemas de orden público
- d. incumplimiento de contratos por un ente gubernamental

14.4.8.2.9 ¿Qué se puede hacer si definitivamente el Estado se rehúsa a cumplir el laudo?

Si no se logran ejecutar los bienes del Estado en otros Estados, y no se cuenta con cobertura de MIGA o se quiere perseguir el restante, los inversionistas en última instancia pueden solicitarle a su Estado de origen que vaya ante la Corte Internacional de Justicia en consonancia con el artículo 64 del Convenio para otorgarle protección diplomática, es decir, reclamar en su nombre dado que al no honrar la deuda se incurre en responsabilidad internacional. Sin embargo, hay que tener en cuenta dos cosas: la primera es que es potestad del Estado decidir si lleva o no el caso ante la Corte Internacional de Justicia y la segunda es que se considera que es el Estado quien sufrió el daño y por lo tanto no está en la obligación de entregarle a sus nacionales el dinero que recupere.

¹⁶⁴ MIGA. (Marzo de 2012). Multilateral Investment Guarantee Agency: World Bank Group. Recuperado el 17 de febrero de 2014, de Investment Guarantee Guide: <http://www.miga.org/documents/IGGenglish.pdf>

15. REFERENCIAS

- AGIP v. Congo, ARB/77/1 (CIADI Noviembre 30, 1979).
- Amco v. Indonesia. Decisión Sobre Anulación, ARB/81/1 (CIADI Mayo 16, 1986).
- Amco v. Indonesia. Decisión sobre medidas cautelares, ARB/81/1 (CIADI Diciembre 9, 1983).
- Amco v. Indonesia, ARB/81/1 (CIADI Noviembre 1984, 20).
- AMT v. Zaire. , ARB/93/1 (CIADI Febrero 10, 1997).
- Antoine Goetz y otros v. Burundi. Laudo dictado por acuerdo entre las partes, ARB/95/3 (CIADI Enero 20, 1999).
- Azurix C Argentina. Laudo Arbitral, ARB/01/12 (CIADI Julio 14, 2006).
- Barcelona Traction Case (Second Phase (International Court of Justice Abril 6, 1955).
- Bayindir v. Pakistán. Laudo Arbitral, ARB/03/29 (CIADI Agosto 27, 2009).
- Benvenuti & Bonfant v. Congo. Laudo Arbitral, ARB/77/2 (CIADI Agosto 15, 1980).
- Biwater Gauff v. Tanzania. Laudo Arbitral, ARB/05/22 (CIADI Julio 24, 2008).
- British Institute of International and Comparative Law*. (2008, Septiembre 1). Retrieved from Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v Republic of Indonesia: <http://www.biiicl.org/publications/view/-/id/126/>
- CDC Group Plc v. la República de Seychelles. (Laudo Arbitral), ARB/02/14 (CIADI Diciembre 17, 2003).
- Cementownia "Nova Huta" S.A v. la República de Turquía, Laudo Arbitral. ARB(AF)/06/2 (CIADI Septiembre 17, 2009).
- Cementownia v. Turquía. Laudo Arbitral, ARB(AF)/06/2 (CIADI Septiembre 17, 2009).
- Champion Trading v. Egipto. Laudo Arbitral, ARB/02/9 (CIADI Octubre 27, 2006).
- CIADI. (2006, abril). *Reglamento del CIADI, Reglamento y Reglas*. Retrieved diciembre 1, 2014
- CMS v. Argentina. Decisión Sobre Jurisdicción, ARB/01/8 (CIADI Julio 17, 2003).
- CMS v. Argentina. Laudo Arbitral, ARB/01/12 (CIADI Mayo 12, 2005).
- Crawford, J. (2002). *The international Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, text and commentaries*. Cambridge University Press.
- Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law. Second Edition*. Oxford: Oxford University Press.
- Eberhardt, P., & Olivet, C. (2012). *Cuando la Injusticia es Negocio*. Bruselas/Amsterdam: Corporate Europe Observatory and Transnational Institute. (CEO).
- Enron v. Argentina. Decisión sobre Jurisdicción, ARB/01/3 (CIADI Enero 14, 2004).
- Enron v. Argentina. Laudo Arbitral, ARB/01/3 (CIADI 22 2007, Mayo).
- Eudoro Armando Olguín v. la República de Paraguay, Laudo Arbitral. ARB/98/5 (CIADI Julio 26, 2001).
- Fedax v. la República de Venezuela. Decisión sobre jurisdicción, ARB/96/3 (CIADI Julio 11, 1997).
- Fouret, J. (2008). Denunciation of the Washington Convention in Non-Contractual Investment Arbitration: Manufacturing consent to the ICSID Arbitration, 25. *Journal of International Arbitration*, 80-81.

- Generation Ukraine, Inc. v. Ucraina. Laudo Arbitral, ARB/00/9 (CIADI Septiembre 16, 2003).
- Hochtief c Argentina. Decisión sobre Jurisdicción. Opinión disidente y separada de J. Christopher Thomas, ARB/07/31 (CIADI Octubre 24, 2011).
- Hochtief v. Argentina. Decisión sobre Jurisdicción, ARB/07/31 (CIADI Octubre 24, 2011).
- Hoteles Wena v. Egipto. Laudo Arbitral, ARB/98/4 (CIADI Diciembre 8, 2000).
- Lavado, J. S. (2011). *Mañfalta Toda*. Uruguay: Ediciones La Flor S.R.L.
- LETCO v. Liberia. Laudo Arbitral, ARB/83/2 (CIADI Marzo 31, 1986).
- Maffezini v. España. Decisión sobre Jurisdicción, ARB/97/7 (CIADI Enero 25, 2000).
- Malasyan Historial Salvors v. El Gobierno de Malasia. Decisión sobre Anulación, ARB/05/10 (CIADI Abril 16, 2009).
- MIGA. (2012, Marzo). *Multilateral Investment Guarantee Agency: World Bank Group*. Retrieved Febrero 17, 2014, from Investment Guarantee Guide: <http://www.miga.org/documents/IGGenglish.pdf>
- MIGA. (2013, Diciembre 17). *Multilateral Investment Guarantee Agency: World Bank*. Retrieved Febrero 17, 2014, from MIGA Member Countries: <http://www.miga.org/whoweare/index.cfm?stid=1789>
- Mobil c Venezuela. Decisión sobre Jurisdicción, ARB/07/27 (CIADI Junio 10, 2010).
- Mobil contra la República Bolivariana de Venezuela. Decisión sobre Jurisdicción, ARB/07/27 (CIADI Junio 10, 2010).
- Murphy Exploration and Production Company International c. La República de Ecuador. Decisión sobre Jurisdicción, ARB/08/4 (CIADI Diciembre 15, 2010).
- Noble Ventures c. Rumania. Laudo Arbitral, ARB01/11. (CIADI Octubre 12, 2005).
- Nottebohm Case, (Second Phase) (International Court of Justice April 6, 1955).
- Occidental Petroleum Corporation c. Ecuador. Decisión Sobre Medidas Cautelares, ARB/06/11 (CIADI Agosto 17, 2007).
- Pey Casado contra Chile. Laudo Arbitral, ARB/98/2 (CIADI Mayo 8, 2008).
- Phoenix c La República Checa. Laudo Arbitral, ARB/06/5 (CIADI Abril 15, 2009).
- Rodner, J., & Martínez Estévez, J. (2012). BIT's in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after de ICSID Convention has Been Denounced. *Journal of International Arbitration. Volume 29 Issue 4.*, 437-451.
- Saba Fawkes contra el Estado de Turquía, Laudo Arbitral, ARB/07/20 (CIADI Julio 14, 2010).
- Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. contra el Reino de Marruecos. Decisión sobre jurisdicción, ARB/00/4 (CIADI 23 Julio, 2001).
- Savarian, A. (2011). Problems of Ethican Standards for Representatives before ICSID Tribunals. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 64-134.
- Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary* (Second ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary* (Segunda ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

Sempra c. Argentina. Decisión sobre medidas cautelares, ARB/02/16 (CIADI Agosto 6, 2003).
 SGS Société Générale de Surveillance S.A contra la República de Paraguay. Decisión Sobre Jurisdicción, ARB/07/29 (CIADI Febrero 12, 2010).
 Siemens A.G contra Argentina. Decisión sobre jurisdicción, ARB 02/8 (CIADI Agosto 3, 2004).
 Siemens A.G c Argentina. Laudo, ARB/02/8 (CIADI Febrero 6, 2007).
 Soufraki c Los Emiratos Árabes Unidos. Decisión del Comité Ad Hoc sobre la Solicitud de Anulación. , ARB/02/07 (CIADI Junio 5, 2007).
 Soufraki contra Los Emiratos Árabes Unidos. Laudo Arbitral, ARB/02/7 (CIADI Julio 7, 2004).
 Southern Pacific Properties (Middle East) contra Egipto, Laudo Arbitral, ARB/84/3 (CIADI Mayo 20, 1992).
 Standard Chartered Bank c La República de Tanzania. Laudo Arbitral, ARB/10/12 (CIADI Noviembre 2, 2012).
 Timmer, L. J. (2012). The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae. *Journal of International Arbitration (Kluwer Law International)* , 363-373.
 Tokios Tokéles c Ucrania. Decisión sobre jurisdicción, ARB/02/18 (CIADI Abril 24, 2004).
 World Duty Free c Kenia. Laudo arbitral, ARB/00/7’ (CIADI Octubre 4, 2006).

- i “Finalmente, el Tribunal es consciente de que los niveles de control requeridos para que se determine la existencia de atribución bajo el Artículo 8 (de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional por los Hechos Ilícitos) en otros contextos tales como intervención armada internacional o responsabilidad penal, pueden ser diferentes. Cree (el tribunal), no obstante que el enfoque desarrollado en dichas áreas del Derecho internacional no siempre se adapta a las realidades de del Derecho Económico internacional y que no deben ser obstáculo para que se declare que existe atribución si los hechos específicos de una inversión así lo justifican”.
- ii En *Maffezini contra España* se hizo una lista presunciones que pueden ser desvirtuadas por la contraparte que dan lugar a que se presuma que el acto que genera la disputa se trata de un acto atribuible al Estado. Estas son:
 1. Que desde el punto de vista estructural se trate de una empresa de propiedad del Estado.
 2. Que se trate de una empresa controlada por el Estado de manera directa o indirecta.
 3. Que la empresa o ente lleve a cabo actividades de naturaleza gubernamental que normalmente no desempeñen ni empresas privadas ni personas naturales
- iii En *Salini contra Marruecos* el Tribunal tuvo que enfrentarse a una empresa que estructuralmente era comercial y estaba constituida como una sociedad de responsabilidad limitada, pero cuyas acciones eran 89% propiedad del Estado, cuya junta de directores estaba compuesta por el Ministro de infraestructura y varios oficiales del Ministerio de Economía y finanzas, es decir que, era una empresa evidentemente controlada por el Estado. Adicionalmente, desde el punto de vista de las funciones, dicha empresa se dedicaba a la construcción de carreteras y autopistas que pueden entenderse como actividades de naturaleza gubernamental. Basado en estos criterios, el Tribunal decidió que si bien por la manera en que estaba constituida no era una empresa del gobierno marroquí, era de facto controlada por este.
- iv En *Soufraki contra los Emiratos Árabes Unidos* el reclamante, Hussein Soufraki era un ciudadano italiano que había emigrado a Canadá y allí había adquirido la ciudadanía canadiense. A pesar de

- que tenía un pasaporte italiano y consiguió varias certificaciones de que era un ciudadano italiano, la parte reclamada logró demostrar que Soufraki había perdido su ciudadanía italiana a principios de los años noventa al adquirir la ciudadanía canadiense de conformidad con las leyes italianas vigentes en ese momento.
- v En *Olguín contra Paraguay*, el reclamante, quien buscaba protección bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre Perú y Paraguay, tenía nacionalidad peruana y estadounidense. Paraguay alegó que el reclamante residía en Estados Unidos y que por lo tanto su nacionalidad peruana no era efectiva. El Tribunal desechó este argumento ya que consideró que ambas ciudadanía eran efectivas
 - vi En *Fakes contra Turquía*, Saba Fakes, el reclamante tenía nacionalidad tanto turca como holandesa y buscaba protección bajo el Tratado Bilateral de Protección a las inversiones entre Holanda y Turquía. Turquía, el Estado reclamado, trató de argumentar que la nacionalidad holandesa del Sr. Fakes no era efectiva. Al respecto el tribunal dijo:
El Tribunal toma nota de que los tratados para promoción y protección de inversiones junto con el Convenio del CIADI, establece un mecanismo separado en que se recurre a la inversión internacional en contra del Estado receptor. De acuerdo con el artículo 27(1) del Convenio del CIADI, las Partes Contratantes han renunciado a su derecho a otorgarle protección diplomática a sus nacionales o hacer cualquier reclamación en nombre de sus nacionales quienes acuden al arbitramento bajo el auspicio del Centro. Las reglas del Derecho Internacional consuetudinario aplicables a la protección diplomática no le aplican al arbitraje entre inversionistas y el Estado.
 - vii Esto fue lo que el reclamante intentó en el caso *Champion Trading contra Egipto* sin que se acogieran dichos argumentos. Se trataba de un grupo de personas que habían constituido una empresa en Egipto y que tenían ciudadanía egipcia y estadounidense. Estas personas buscaban recibir protección bajo el Tratado Bilateral a las Inversiones celebrado entre Egipto y Estados Unidos. El Tribunal Arbitral desechó el argumento de que la nacionalidad efectiva del reclamante era la estadounidense y no la egipcia. Sin embargo, como se trataba de una persona jurídica, el tribunal determinó que el TBI establecía como requisitos que se hubiera incorporado en alguno de los Estados partes y que fuera controlado por nacionales. Como en el tratado no se prohibía que dichos nacionales tuvieran doble ciudadanía, el tribunal determinó que tenía jurisdicción para conocer del asunto.
 - viii Dijo al respecto que: El fin de reestructurar sus inversiones en Venezuela por medio de un *holding* holandés era proteger aquellas inversiones en contra de violación de sus derechos por parte de las autoridades venezolanas por medio de los TBIs....Con respecto a disputas preexistentes, la situación es diferente.
 - ix El primer caso llevado ante el CIADI en que se enfrentaron a esta pregunta fue el de *Asian Agricultural Products Ltd contra la República de Sri Lanka* que se falló en 1990.
“El presente caso es la primera vez en la que el Centro ha recibido una solicitud de arbitraje basada exclusivamente en un la provisión de un tratado y no en un acuerdo negociado directamente entre las partes entre las cuales ha surgido la disputa.
Por consiguiente, las partes no han tenido la oportunidad para ejercer su derecho de escoger la ley aplicable a los distintos aspectos de sus disputas eventuales.”
El tribunal resolvió esta cuestión porque entendió que las partes se habían puesto de acuerdo, pues el tanto el reclamante (en su solicitud) como el reclamado (en su respuesta) invocaron el Tratado Bilateral sobre Inversiones entre Reino Unido y Sri Lanka. (*Asian Agricultural Products Ltd vs. la República de Sri. Lanka*, ARB 87/3 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones 27 de junio de 1990).
 - x En *MINE vs. Guinea*, el Tribunal se equivocó al citar el artículo 1134 del Código Civil Francés en vez del mismo artículo con el mismo contenido “Code Civil de l’Union Française” que era la ley de

Guinea, pactada por las partes. El Comité encontró que si bien esta situación podría encajar dentro de la causal de extralimitación del tribunal en sus funciones, se rehusó a anular la decisión ya que “la anulación en este caso no remediaría una injusticia procesal y la anulación del mismo erosionaría la fuerza vinculante y el principio de finalidad de los laudos del CIADI”.

En *Hoteles Wena vs. Egipto* el Comité no anuló el laudo pues si bien los motivos del Tribunal original no eran claros, el Comité ad hoc pudo reconstruirlos y en ese sentido no habría necesidad de anular. En el caso *Mitchell vs. Congo* determinó que en efecto se había interpretado de manera errónea el Tratado, pero una interpretación correcta habría llevado al mismo resultado. Por este motivo no anuló el laudo.