XII

EL ARBITRAJE ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)(*)

XII.1. **ANTECEDENTES**

Como bien explica Kundmuller,[1] "…las posibilidades de acceso directo de un inversionista privado a un foro internacional, han estado históricamente mediatizadas por el hecho y la necesidad de que su Estado de origen le brinde la protección diplomática del caso, para luego y por la vía del endoso, el mismo Estado hacer suya la causa del inversionista, con la finalidad de recurrir al foro jurisdiccional correspondiente o con la finalidad de buscar soluciones políticas o diplomáticas que pongan fin a la controversia".[2]

(*) La presente sección se basa parcialmente en los siguientes trabajos del autor: "Necesidad de que el Perú suscriba la Convención de Washington (CIADI)". En: Ius Et Veritas, Revista de Derecho, No. 2, Lima, 1991; "Algunos apuntes acerca del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)". En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, No. 56, Año XVIII, Lima, 2003; "Condiciones para acceder al CIADI: A propósito del Caso Lucchetti". En: Revista de Economía y Derecho, Vol. 1, No. 1, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004; y, "Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje". En: Revista de Economía y Derecho, Vol. 1, No. 2, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004.

[1] Franz Kundmuller Caminiti, "El arbitraje y los Tratados de Libre Comercio". En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 1, Lima, 2005, p. 156. Dámaso Javier Vicente Blanco, "La Protección de las Inversiones Extranjeras y la Codificación Internacional del Arbitraje". En: Agenda Internacional, No. 3, Lima, 1995, p. 115. Explica el autor que mediante la protección diplomática lo "...que se produce es un endoso por el que se transfiere la reclamación del particular, cuyos derechos han sido conculcados, al Estado del que es nacional. Este endoso se deriva de que el Derecho Internacional no considera a los particulares sujetos en el plano internacional, por lo que en este marco jurídico precisan de la intervención de su Estado nacional para proteger sus derechos. Por ello sólo el Estado del que es nacional el dañoso está legitimado para formular la reclamación internacional".

[2] En el presente trabajo no trataremos el acceso al arbitraje para la solución de los conflictos, en los que intervienen exclusivamente estados soberanos u organizaciones internacionales.

Somos conscientes que esta decisión es arbitraria, ya que desde hace años existe un marco supranacional importante para la práctica del arbitraje entre estados, a partir de textos internacionales como la OMC, el NAFTA, el MERCOSUR, los BITs, entre otros. Sin embargo, nuestra principal preocupación está referida a la participación de los agentes privados. Sobre este particular, leer a: Pierre Pascatore, *"The GATT Dispute Settlement Mechanism –Its Present Situation and its Prospects"*. En:

El tradicional ejercicio de la protección diplomática ha estado presente por muchas décadas en las relaciones de inversión, sin que fuera una vía eficiente para el inversionista, para el estado que se encontraba habilitado para asumir esta facultad, como para el estado receptor de la inversión.

En efecto, el inversionista se veía obligado en primer lugar a agotar la vía interna del estado receptor de la inversión, lo que muchas veces implicaba un largo y tedioso proceso en un territorio que se había convertido en hostil frente a la inversión realizada.[3] Luego había que demostrar la existencia de la nacionalidad del estado al cual se acudiría en apoyo, condición no siempre fácil de cumplir.[4] Finalmente, el inversionista se veía envuelto en los quehaceres

---

Journal of International Arbitration, Vol. 10, 1993, pp. 27 y ss; William C. Graham, *"Dispute Resolution in the Canada-United States Free Trade Agreement: One Element of a Complex Relationship"*. En: Mc Gill Law Journal, Vol. 37, 1992, pp. 544 y ss.; Andreas F. Lowenfeld, *"The Free Trade Agreement Meets its First Challenge: Dispute Settlement and the Pork Case"*. En: Mc Gill Law Journal, Vol. 37, 1992, pp. 597 y ss.; Jorge Witker V., "Mecanismos alternativos de solución de controversias comerciales en OMC, TLCAN-ALCA". En: Universidade Federal de Santa Catalina y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Jornadas de Derecho Internacional 2002, Washington D.C., 2003, pp. 248-252; Lisa C Thompson, *"International Dispute Resolution in The United States and Mexico: A practical guide to terms, arbitration clauses, and the enforcement of judgments and arbitral awards"*. En: Syracuse Journal of International Law and Commerce, Vol. 24, 1997, p. 12 y ss.; Adriana Breyzin de Klor, "Los laudos arbitrales del Mercosur: una visión prospectiva". En: Universidade Federal de Santa Catalina y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Jornadas de Derecho Internacional 2002, Washington D.C., 2003, pp. 19-39; Roberto Puceiro Ripoll, "Nuevos avances en el régimen de solución de controversias del MERCOSUR: El 'Protocolo de Olivos para la solución de controversias'". En: Universidade Federal de Santa Catalina y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Jornadas de Derecho Internacional 2002, Washington D.C., 2003, pp. 121-131; y, Roque J. Caivano, "El Arbitraje y los Procesos de Integración (Su futuro en el Mercosur)". En: Revista Jurisprudencia Argentina, T. 1996-II, Buenos Aires, 1996, p. 784 y ss.

[3] Prosper Weil, *"The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage Á Trois"*. En: ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 15, No. 2, 2000, p. 403. *"As the Permanent Court of International Justice repeatedly stated, the investor first had to exhaust internal remedies available…"*.

[4] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2001, p. 397. *"The individual's or corporation's nationality of the protecting State must be established. This bond of nationality must have existed continuously from the time of the injury until the claim is made or, according to some, until the claim is settled"*.

políticos de los estados, ya que el ejercicio de la protección diplomática implicaba una decisión discrecional del estado del cual el inversionista era su nacional, tanto para asumir el endoso, como para defender los intereses en juego.[5]

Respecto del estado llamado a ejercer la protección diplomática, la decisión de hacer suya la reclamación de su nacional implicaba que el caso dejaba de ser uno en el que se planteaba un reclamo de un privado para convertirse en una controversia estado-estado, en la que el conflicto giraba en torno a la violación del estado receptor de la inversión de las reglas del Derecho Internacional.[6] Esta decisión, obviamente, podía afectar significativamente las relaciones entre los estados involucrados.

Por último, en el caso del estado receptor de la inversión, especialmente los estados latinoamericanos, estos muchas veces sufrían una fuerte presión diplomática, la que inclusive llegaba al extremo de la intervención militar.

---

[5] Ibídem, pp. 397-398. *"In addition to these stringent legal requirements, a number of political factors reduce the usefulness of this device to the private party. The individual or corporation has no right to diplomatic protection under international law but depends on the political discretion of his government. The government may refuse to take up the claim. It may discontinue diplomatic protection at any time. It may waive the national's claim or agree to a reduced settlement. As soon as the national State has taken up the claim, it becomes part of the foreign policy process with all the attendant political risks"*. Franz Kundmuller Caminiti, "El arbitraje y los Tratados de Libre Comercio", ob. cit., p. 156. "Evidentemente que esta estructura pasa por el interés soberano del Estado para brindar la protección del caso al ciudadano de su nacionalidad y que aquel solicite oportunamente la protección, en el ejercicio de sus derechos ciudadanos".

[6] Prosper Weil, *"The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage Á Trois"*, ob. cit., p. 403. *"…if a Government decided to 'tak(e) up the case of one of its subjects… by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf', it was 'in reality asserting its own rights –its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law'. In other words, when the investor's home State exercised diplomatic protection, it did so not on the grounds that the rights of its national had violated, but rather on the grounds that the host State had violated its obligations vis-á-vis the investor's home State. The relationship between the investor and the host State were one thing, and the relationship between the host State and the investor's home State were another"*.

Recordemos sino las acciones armadas de tropas francesas en suelo mexicano (1838 y 1861)[7] o la intervención militar realizada por Alemania, Inglaterra e Italia en contra de Venezuela en 1902, con la finalidad de cobrar por medios violentos unos empréstitos.[8]

Este ejercicio abusivo de la protección diplomática motivó que muchos estados latinoamericanos reaccionaran mediante el reconocimiento de la validez de la Doctrina Calvo,[9] e implementaran constitucional o

[7] Bret Fulkerson, "*A Comparison of Commercial Arbitration: The United States & Latin America*". En: Houston Journal of International Law, Vol. 23, 2001, pp. 547-548. "*The protectionist policies that developed in Latin American countries during the nineteenth and twentieth centuries can be viewed as a direct result of colonialism and gunboat diplomacy. One series of events, in particular, strained the relationship between these countries and the United States and Europe. In 1838, and again in 1861, France sent armed troops into Mexico to effectuate certain claims of French citizens against the Mexican government. These transgressions led to the development of the Calvo Doctrine...*". Nigel Blackaby, "El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio". En: El Contrato de Arbitraje, Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinosa (Coord.), Lexis, Bogotá, 2005, pp. 285-286, cita el caso Mackintosh con Colombia, respecto al pago de unos bonos para la adquisición de material bélico. Cuando Colombia se negó a honrar los bonos, Inglaterra mandó buques de guerra a Cartagena para bombardearla (23 de abril de 1857). Para suerte de los colombianos, los marinos ingleses enfermaron, evitándose así el ataque.

[8] Eduardo Zuleta Jaramillo "¿El regreso a las cañoneras y Calvo?: hacia dónde va el arbitraje entre inversionistas y Estados". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 2, Bogotá, 2005, p. 155. "Desde el 9 de diciembre de 1902 las costas de Venezuela fueron bloqueadas y bombardeadas por naves de guerra de Gran Bretaña y Alemania, a las que se sumaron naves italianas. Estos países recibieron el apoyo de Estados Unidos. Su propósito era cobrar las deudas que el gobierno venezolano tenía con particulares europeos". Leer además a: Ulises Montoya Alberti, "El Arbitraje, la Ley y la Jurisdicción Extranjera en los Contratos de Préstamos Internacionales en algunos países de América Latina". En: Revista del Foro, No. 1, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1988, p. 231.

[9] Silvia A. Fernández, "El Arbitraje para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras". En: Uncitral y el futuro del derecho comercial, Ana I. Piaggi (Coord.), Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 69. "En el siglo pasado, los países de América Latina estuvieron particularmente expuestos al ejercicio violento de la protección diplomática por parte de las potencias europeas en defensa de sus inversores nacionales. La Doctrina Drago y, fundamentalmente, la Doctrina Calvo, formuladas como reacción a tales intervenciones, fueron el punto de partida de una tradición jurídica regional de defensa a ultranza de las prerrogativas territoriales del Estado nacional en materia de inversiones. Varios países latinoamericanos se inspiraron en la Doctrina Calvo en sus constituciones nacionales, en diversas declaraciones regionales y en contratos celebrados con empresas extranjeras para impedir la protección diplomática de los inversores extranjeros y reafirmar su sometimiento a los tribunales y legislaciones nacionales".

legislativamente lo que se conoce como la "Cláusula Calvo, la cual "...es una cláusula-tipo usada por los Estados Latinoamericanos por medio de la cual los extranjeros (sean personas naturales o jurídicas), que celebren un contrato o realizan un negocio económico con el Estado, se someten expresamente a las leyes y tribunales de ese país, renunciando a exigir la recurrencia a tribunales internacionales o a solicitar la protección diplomática de su país de origen".[10]

No es el momento ni el lugar para participar en el debate acerca de si procede o no que un inversionista privado vincule con su renuncia a la protección diplomática al estado del cual es su nacional,[11] porque

[10] Beatriz Ramacciotti de Cubas, **Estudios de Derecho Internacional**, IPRI-PNUD, Lima, 1990, p. 101. Ulises Montoya Alberti, "El Arbitraje, la Ley y la Jurisdicción Extranjera en los Contratos de Préstamos Internacionales en algunos países de América Latina", ob. cit., p. 230. Explica el autor que "Calvo sostenía que debido al desbalance de poder económico, militar y político entre Europa y América del Norte, por una parte, y los países de América Latina, por la otra había conducido a muchos gobiernos de estos países a acordar privilegios especiales a los extranjeros, colocando a los latinoamericanos en una posición de inferioridad legal en sus países. Calvo quería que esta inferioridad legal fuese eliminada. Propuso el principio de trato igual de nacionales y extranjeros y sugirió que ésto sería aplicado en toda Latinoamérica, y que sólo en el caso de encontrar una auténtica denegación de justicia, podía legalmente un país intervenir impartiendo protección". Marco Gerardo Monroy Cabra, **Arbitraje Comercial Nacional e Internacional**, 2da. Ed., Legis Editores, Colombia, 1998, p. 237. Explica el autor, que la doctrina Calvo "...dio origen a la denominada cláusula Calvo que es una estipulación inserta en los contratos celebrados entre un Estado con personas o corporaciones de otro Estado y por el cual éstos renuncian a la protección del mismo país y se obligan a sujetarse a las autoridades judiciales nacionales. Esto significa que las reclamaciones de los nacionales extranjeros contra los Estados anfitriones deben dirimirse exclusivamente de conformidad con la legislación de estos últimos y en sus tribunales. La intervención de los Estados de los nacionales extranjeros constituye un acto violatorio de la soberanía del Estado respectivo".

[11] Beatriz Ramacciotti de Cubas, **Estudios de Derecho Internacional**, ob. cit., p. 101. "Debe señalarse que a pesar de que la Cláusula Calvo está consagrada en Latinoamérica, la doctrina clásica tiende a desconocer la eficacia de dicha cláusula. No se considera que la Cláusula sea nula, porque tiene valor entre el Estado huésped y el inversionista extranjero, sino que no sería oponible al Estado del cual este último es nacional. Esto en virtud de que el Estado que otorga la Protección Diplomática puede ejercer un derecho que le es propio y que, por lo tanto, sólo puede renunciar". Ibrahim F.I. Shihata, *"Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA"*. En: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 1, 1986, p. 3. *"Neither the Calvo Doctrine in its general application, nor any specific Calvo Clause, has inhibited States outside the Latin American region from the espousal of the claims of their nationals against other States, when they deemed such action necessary or appropriate. Diplomatic protection remains very much part of the realities of international life, the Calvo Doctrine notwithstanding".* Sobre el tema, leer además a: Alden F. Abbott, *"Latin*

simplemente nos interesa destacar que tanto el ejercicio de la protección diplomática como la implementación de la Cláusula Calvo que pretende el sometimiento exclusivo a la ley y a la jurisdicción del foro, no son más que dos caras de la misma moneda: En una se busca sustraer del foro la solución de los conflictos en materia de inversiones y, en la otra, se pretende reducir las alternativas de solución a la jurisdicción de las cortes nacionales del estado receptor de la inversión.

Esta situación conflictiva acerca de cual debía ser la instancia competente para resolver las controversias en materia de inversiones, afectó significativamente en las décadas pasadas el flujo de inversiones foráneas hacia Latinoamérica,[12] e inclusive los propios inversionistas nacionales prefirieron depositar sus excedentes o invertir sus utilidades fuera de nuestros países, aunque también debemos reconocer que las políticas estatistas y populistas de las décadas de 1960s a 1980s fueron en gran medida las responsables de esta situación.[13]

Felizmente, en las últimas décadas identificamos dos cambios de particular importancia, uno en el ámbito mundial y el otro en Latinoamérica.

America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification". En: Harvard International Law Journal, Vol. 17, 1976, pp. 137-138; y, Louis Henkin, Richard C. Pugh, Oscar Schachter & Hans Smit, **International Law –Cases and Materials**, 2da. Ed., West Publishing, 1987, pp. 1064-1068.

[12] Jessica S. Wiltse, *"An Investor-State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA Chapter Eleven"*. En: Buffalo Law Review, Vol. 51, 2003, pp. 1174-1175. *"...capital-exporting nations were reluctant to heavily invest in Latin America for a number of reasons, among them the use of so-called Calvo Clauses in foreign investment contracts, which limit dispute resolution to the host country's domestic courts, fears of currency fluctuations, restrictive foreign investment laws, and a history of nationalizing foreign entities with less-than-adequate compensation"*.

[13] Roberto Dañino, "Inversión Extranjera, la tentación pendular y otras opciones". En: Themis, Revista de Derecho, No. 8, Lima, 1987, p. 34. "En el Perú, como lo han comprobado diversos estudios durante la década de los setenta, mucho más que la Decisión 24, desalentó a la inversión extranjera el ambiente conflictivo con los Estados Unidos, las expropiaciones de inversiones de ese país, la creación de la Comunidad Laboral, la Ley de Estabilidad Laboral y el agudo intervencionismo estatal, entre otros".

El primero, y que realmente es revolucionario, consiste, como bien explican Cremades y Cairns,[14] en que si bien "[l]a postura convencional en derecho internacional es que los tratados no crean derechos ni obligaciones directas para los individuos privados. No obstante, el derecho internacional público ha reconocido de forma creciente que los Estados parte en algunos tratados, en especial los que se ocupan de derechos humanos o de protección de las inversiones, pretenden la creación de derechos para las partes privadas frente a los Estados.[15] Esta intención se ha puesto en práctica mediante el reconocimiento de la 'capacidad procesal' de los individuos para hacer valer estos derechos frente a los Estados, a través de reclamaciones dirigidas contra los mismos".[16]

---

[14] Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 1, Bogotá, 2004, p. 87.

[15] Corte Superior de Ontario, fallo de 8 de julio de 2005, en los seguidos por The Council of Canadians y otros c. Canadá, sobre inconstitucionalidad de las disposiciones sobre arbitraje en materia de inversiones contenidas en el NAFTA (Court File No. 01-CV-208141): *"40. Traditionally, investment rules or agreements amongst states were enforced through diplomacy and the state would pursue the causes and cases of its nationals. Convenience and deficiencies in diplomatic procedures resulted in the evolution of commissions allowing for direct investor participation and the system of investment arbitration is now widespread"*. La sentencia se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/councilofCanadianschallengetoNAFTA.pdf. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 397-398. *"…The foreign investor no longer depends on the uncertainties of diplomatic protection but obtains direct access to an international remedy"*.

[16] Francisco Orrego Vicuña, "*The Globalization of Nationality*", documento presentado en la Conference on Nationality and Investment Treaty Claims, British Institute of International and Comparative Law, 2005, www.biicl.org/admin/files/The%20Globalization%20of%20Nationality%20(3)%20%20Vicuna.doc, pp. 1-2. *"This process began with a rather simple but fundamental question concerning whose rights are asserted in international claims. The Permanent Court of International Justice had well laid down the rule characterizing an inter-State system of international law when it held in the Mavrommatis Concessions case that by taking up the case of one of its subjects the State was in reality asserting its own rights. It was the time of classic diplomatic protection and its discretionary espousal of claims and the disposition of compensation by the State". (…)*
The inherent legal contradictions embodied in this approach and the political use of diplomatic protection as an instrument of power politics had been noted since the very outset, as it has been recently reminded to us by the work of the International Law Commission and the International Law Association on this matter. The Calvo Clause, aiming at eliminating the role of diplomatic protection and replacing it by the resort to domestic courts, was a first major reaction against this situation.
There was, however, a different kind of reaction in line with the requirements of the international legal system. This was the view that in protecting their nationals States were not asserting their own rights but those of the injured individual. This new approach would have major

El segundo cambio se observa en Latinoamérica recién hacia finales de la década de 1980s, momento en el que la gran mayoría de los ciudadanos hemos comenzado a pagar la factura dejada por los gobiernos que se dedicaron a "desarrollar" nuestros países a partir de doctrinas estatistas que pontificaron la actividad del estado en desmedro de la inversión privado, nacional y foránea,[17] amparados en ingentes sumas de dinero que les fueron prestadas casi sin control,[18] y que una vez que se cortaron de golpe, nos obligaron a comprobar la cruda realidad: economías de guerra, con un aparato productivo totalmente ineficiente, con una tremenda carga burocrática, una impresionante deuda externa[19] y la inexistencia de capitales privados nacionales suficientes para garantizar un crecimiento razonable y permanente.

La situación descrita, que por otro lado es perfectamente conocida por todos, ha llevado a que en especial en la última década, muchos estados latinoamericanos consideren necesario atraer nuevamente

---

consequences. First, protection began to loose its diplomatic or political character as the State was no longer the claimant but rather the conduit for bringing an international claim. Next, why could not the individual have direct standing on his own for claiming under international law?
This premise brought about one of the biggest changes in international law ever: the gradual reshaping of the whole system of international dispute settlement and the direct access of individuals to such system. Human rights and foreign investments are but two examples of a change that is likely to continue. More and more disputes will be handled outside the system of diplomatic protection, which has in fact become the residual mechanism for international claims".

[17] La inestabilidad política y económica de los países latinoamericanos no sólo motivó una importante retracción de la inversión foránea, sino que también generó una fuerte fuga de capitales nacionales, situación que dejó a muchos estados casi totalmente descapitalizados. En un artículo publicado en el World Financial Markets de marzo de 1986 utilizando como fuente al Fondo Monetario Internacional y al Tesoro norteamericano, se informó que a septiembre de 1985 existían depósitos por 1.2. billones de dólares en bancos norteamericanos y extranjeros provenientes principalmente de: 9.6 de Argentina, 0.4 de Bolivia, 8.5 de Brasil, 2.2. de Chile, 1.6 de Colombia, 1.3 de Ecuador, 15.3 de México, 1.5 de Perú, 2.0 de Uruguay y 12.6 de Venezuela.

[18] Manuel Ulloa, "Problemas y Perspectivas del Capital Extranjero en el Perú". En: El Perú frente al capital extranjero: Deuda e Inversión, Centro Peruano de Estudios Internacionales, Lima, 1985, p. 19. "...la deuda de América Latina en 1960, crece 40 veces en 20 años...".

[19] Pedro Pablo Kuczynski, *"Latin American Debt"*. En: Foreign Affairs, 1982-1983, pp. 344-364.

la inversión extranjera[20] e incentivar el regreso de los capitales nacionales.[21]

[20] Jeswald W. Salacuse y Nicholas P. Sullivan, *"Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain"*. En: Harvard International Law Journal, Vol. 46, 2005, p. 60. *"In the 1980s and 1990s, as other forms of financial assistance became less available from commercial banks and official aid institutions, developing countries increasingly felt the need to promote foreign investment in order to foster economic development…"*. Jorge González Izquierdo, "Rol del Financiamiento Internacional". En: Derecho Internacional Económico, Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y Dante Negro (Ed.), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, pp. 142-143. El autor en muy simples palabras explica las ventajas de atraer la inversión extranjera, frente al facilista uso de los préstamos al estado: "Definamos entonces los componentes del llamado ahorro externo. En primer lugar, tenemos los préstamos, en segundo lugar, la inversión directa. En un país esos son los dos componentes cuya sumatoria se conoce como ahorro externo. En este sentido, cada país capta ahorro externo porque se endeuda o lo hace porque viene inversión a crear trabajo y a crear empresa.
Las connotaciones de estas dos clases de ahorro externo son diferentes. En el caso de la deuda, ésta genera un compromiso de pago del principal y de los intereses devengados. En el caso de la inversión directa, ésta no genera un compromiso de pago de deuda pero sí genera una exigencia de remesa de utilidades, ya que el capital extranjero que viene a invertir espera obtener y llevarse la rentabilidad; de allí que, los dos componentes del ahorro externo sean de diferente naturaleza y tengan diferentes implicancias en la economía a donde se dirijan.
Cuando uno habla de financiamiento internacional se está refiriendo a la captación de esos dos componentes: deuda y capitales privados que vienen del exterior para ser invertidos. Tradicionalmente en el Perú lo preponderante ha sido el endeudamiento y lo secundario ha sido la inversión que ha venido a nuestro país. Actualmente la deuda externa, que es el primer componente del ahorro está girando alrededor de los 22 mil millones de dólares. Eso es lo que debe el Perú. Ese es el monto del endeudamiento que se ha estado acumulando desde mucho tiempo atrás. En cambio, el otro componente, que es la inversión directa extranjera, no ha tenido ese dinamismo ni esa importancia. Hoy en día la inversión directa extranjera por períodos es negativa. Esto produce en nuestro caso que estemos captando un componente asimétrico del ahorro externo: mucha deuda y poca inversión directa.
En el caso de la deuda, los beneficios van a depender mucho de la inversión a la que se destine porque luego deberá pagarse con sus intereses y en moneda extranjera. Si se hace una mala inversión o simplemente se consume, se crean dificultades para el repago de dicha deuda en el futuro. En cambio, el caso de la inversión directa extranjera es diferente, ya que viene capital (normalmente privado), crea una empresa o compra una dentro del proceso de privatización de empresas públicas inyectándole capital fresco, y directamente genera inversión de calidad para poder luego obtener una rentabilidad, factor que no necesariamente se da en los casos de endeudamiento". Sobre el tema, recomendamos leer a: Ibrahim F.I. Shihata, *"Factors Influencing the Flow of Foreign Investment and the Relevance of a Multilateral Investment Guarantee Scheme"*. En: The International Law Institute, Negotiating Foreign Investment –A Manual for the Third World, Vol. I, Robert Hellawell y Don Wallace (Ed.), Georgetown University Law Center, Washington D.C., 1982, pp. III.C.2.1.-III.C.2.24.

[21] Ibídem, p. III.C.2.6. *"Many development countries now recognize the advantages inherent in foreign investments, in both its direct and portfolio forms, and its vital role in their future development, particularly in view of the decline in other external sources of funds. This has necessitated a fundamental change of attitude from the previous*

La competencia que existe para atraer inversiones foráneas[22] tardó en calar en países como los de la Comunidad Andina de Naciones, que recién de manera coordinada en 1987 aprobaron la Decisión 220 y luego la Decisión 291, mediante las cuales se autorizó a cada uno de los estados miembros a establecer con libertad sus propias reglas sobre inversiones, así como a determinar los mecanismos de resolución de conflictos correspondientes.[23]

---

two decades, which were characterized by increasingly restrictive investment environments reflecting nationalistic sentiments, the availability of alternative bank lending and negative perceptions about earlier experiences with foreign investment".

[22] Ibídem, p. III.C.2.7. *"…a great number of developing countries are now competing to promote foreign investment and to restore the confidence of foreign investors, which had been impaired by the wave of expropriations and other discriminatory actions in the 1960s and the early 1970s and by the growing difficulties in the convertibility and transfer of income".* Franz Kundmuller Caminiti, "El arbitraje y los Tratados de Libre Comercio", ob. cit., p. 149. "Por lo pronto, UNCTAD informa respecto del volumen de cambios jurídicos e institucionales producidos en el ámbito global, por parte de los países del mundo. En donde se puede apreciar una proyección interesante, dado que mientras en 1991 solamente 35 países introdujeron cambios en sus regímenes de inversiones, en el año 2003, lo hicieron 82 países, es decir, mas del doble. A su vez, mientras en 1991, solamente se pudieron registrar a escala global unos 80 nuevos tipos regulatorios más favorables a la inversión extranjera; en el año 2003, se registraron 220, en UNCTAD, "World Investment Report", The Shift Towards Services, United Nations Publication, ISBN 92-1-112644-4, Switzerland, 2004, p. 8".

[23] El aparente desarrollo de las economías latinoamericanas, sustentadas fundamentalmente en una participación casi asfixiante de los estados gracias a los créditos internacionales, llevó a considerar a la inversión foránea como prescindible, lo que se tradujo en fuertes restricciones como las establecidas en la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena, que obviamente antes que alentar la inversión extranjera, la auyentó. En efecto, como señala Gonzalo Biggs, *"The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investment and the Chile-U.S. Free Trade Agreement"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 19, No. 1, 2004, p. 70. *"…Decision No. 24 of 1970 adopted within the Andean Pact was perhaps the most restrictive foreign investment regulation in the world"*. El cambio en las circunstancias debido a la deuda externa, al fracaso del estado como empresario y a la necesidad de capitales frescos, llevaron a que los países de la Comunidad Andina de Naciones reemplazaran la Decisión 24 por normas más liberales. Entre los diversos cambios, destaca la autorización para que cada estado miembro regule de conformidad con su legislación interna las vías de solución de los conflictos en materia de inversiones. Jorge Muñiz Ziches, "Régimen de Inversión Privada". En: Guía Legal de Negocios -Invirtiendo en el Perú, 3era. Ed., Beatriz Boza (Ed.), Promperú, Lima, 1998, p. 101. "En 1969, con el propósito de establecer un mercado común con la eliminación de barreras entre los países del área, Perú junto con Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela formaron el Pacto Andino. La Decisión 24 del Pacto Andino, en cuanto al tratamiento de los capitales extranjeros, estableció el marco legal de una política controlista y discriminatoria frente a estos capitales, causal por la que Chile se retiró del Pacto en 1976. La diferencia en el tratamiento de los capitales nacionales, regionales y

Para mantener y si es posible acrecentar la inversión extranjera en los países latinoamericanos y crear el ambiente propicio para el regreso masivo del capital nacional, son necesarias una serie de condiciones,[24] entre las que destacan la estabilidad política, económica y social,[25] la seguridad interna y la existencia de ventajas comparativas, las que por el contenido del presente trabajo escapan a nuestro análisis.[26]

---

extranjeros, evidenciaba una posición restrictiva frente a los inversionistas extranjeros acorde con las políticas nacionalistas adoptadas por los gobiernos de la época. Esta postura empezó a cambiar en los 80. Es así que la Decisión 24 fue sustituida por la Decisión 220, de modo que los países miembros tuvieran potestad para reglamentar en materia de inversión extranjera a nivel de legislación interna. La Decisión 220 fue sustituida por la Decisión 291, que otorgó especial prioridad a la promoción de capitales extranjeros y a la transferencia de tecnologías, en base a un tratamiento igualitario entre capitales nacionales y extranjeros, adoptándose así una política más acorde con las realidades de nuestros países".

[24] Carsten Thomas Ebenroth & Joachim Karl, *"International Investment Contracts and the Debt Crisis"*. En: The International Law Institute. Negotiating Foreign Investments -A Manual for the Third World, Vol. I, Robert Hellawell y Don Wallace (Ed.), Georgetown University Law Center, Washington D.C., 1982, p. VI.5.8. *"A highly competitive market exists today for foreign direct investment. In this market natural, economic, technological, political, and legal factors of investment conditions can be distinguished, although it is not possible to draw a clear line between these items. These investment conditions together form the specific host country environment for a potential investor".*

[25] Ibrahim F.I. Shihata, *"Factors Influencing the Flow of Foreign Investment and the Relevance of a Multilateral Investment Guarantee Scheme"*, ob. cit., p. III.C.2.9. *"Institutional aspects of the investment climate particularly cover the political stability of the government of the host country, its economic policies (especially policies and behavior toward private investment, both domestic and foreign), the degree of sophistication of its financial and administrative institutions, as well as the administrative procedures for initiating and operating investments in the country".*

[26] Franz Kundmuller Caminiti, "ICSID, 'bella durmiente' despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.htm, p. 5. "...el clima favorable a las inversiones en un determinado país estará... conformado por la conjunción de diversos factores políticos y económicos, tales como el acceso a mercados, la disponibilidad y costo de los factores de producción, estructura tributaria doméstica, las facilidades para el flujo de recursos, la existencia de infraestructura idónea, los eventuales niveles de corrupción y la turbulencia política, la competitividad, entre otros". Carlos G. García, *"All the other dirty little secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration"*. En: Florida Journal of International Law, Vol. 16, 2004, p. 320. *"Foreign investors bear in mind many factors when deciding to commit capital abroad. These include the cost of and accessibility to trained labor, natural resources, capital, and property; proximity and access to markets; external and internal trade policies; taxation; foreign*

Pero adicionalmente a estas condiciones, los estados requieren promover, como de hecho lo vienen haciendo, la utilización del arbitraje como mecanismo alternativo a sus cortes nacionales para la solución de los conflictos que se presenten no solo con inversionistas extranjeros, sino también con nacionales, ya que en ambos casos se requiere garantizar una vía neutral ajena a las presiones políticas.[27]

En efecto, para quienes consideramos que es fundamental atraer con dinamismo el capital foráneo hacia nuestras fronteras,[28] somos concientes que los potenciales inversionistas no se van a sentir cómodos con la exigencia de que los conflictos que se generen con el estado receptor de la inversión necesariamente tengan que ser resueltos de manera exclusiva por el poder judicial de ese estado.

Este es un sentimiento legítimo, que además sentiría cualquier particular que se viera obligado a litigar en la jurisdicción de la contraparte, con el agravante que en el tema de las inversiones la otra parte es un estado.[29]

---

investment laws; political stability; and transparency, efficiency, and stability in the legal order".

[27] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, Kluwer Law International, La Haya, 2004, p. ix. *"One of the chief impediments to foreign investment in developing countries has been the investor's perception that, in the event of disputes with the host State, they would find themselves without an effective legal remedy. Investors may no longer realistically rely on their own governments to espouse their claims, at least promptly and successfully, under traditional avenues of diplomatic protection. It investors proceed alone against the host State, they fear discrimination in the local courts".*

[28] En ese sentido, compartimos plenamente la siguiente afirmación: United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.1. Overview**, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 5. *"Foreign direct investment (FDI) plays a pivotal role in economic development. It provides access to a number of economic factors which are indispensable in this context. These include capital, technology and know-how. The volume of capital transfers through FDI is considerably larger than all forms of development aid, bilateral and multilateral".*

[29] Ibídem, p. 7. *"Rightly or wrongly, the courts of the host State are often not seen as sufficiently impartial in this type of situation. In addition, domestic courts are bound to apply domestic law even if that law should fail to protect the investor's rights under international law. In addition, the regular courts will often lack the technical expertise required to resolve complex international investment disputes...".*

Pero, al mismo tiempo, es razonable que el estado receptor de la inversión sienta como una potencial violación a su soberanía, el hecho que un conflicto derivado de una inversión realizada en su territorio puede ser resuelto por el poder judicial de otro estado,[30] o que éste otro estado responda ejerciendo la protección diplomática.

Pues bien, ¿resulta acaso imposible encontrar algún mecanismo de solución de conflictos que satisfaga las legítimas expectativas de los inversionistas y el interés de los estados de atraer hacia sus fronteras inversiones foráneas?

La respuesta es que sí existe un mecanismo de solución de conflictos que asegura al inversionista una instancia neutral y que, al mismo tiempo, no implica para los estados una rendición de soberanía en favor de la jurisdicción de otros estados: el arbitraje,[31]

---

[30] Jakob Ragnwaldh, *"A State's Plea to decline Arbitration –the inapplicability of the internal law of the State–".* En: La Revue de Droit International des affaires, No. 1, 1998, p. 18. *"...it is highly unlikely that a State would accept the submission of disputes to a national court in the country of its foreign partner".* W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3era. Ed., Oceana Publications/ICC Publishing, 2000, p. 661. *"A State may seek arbitration to avoid publicity, or to avoid subjection to a foreign State court which may appear as an affront to its sovereignty".* United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement – International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.2. Selecting the Appropriate Forum**, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 10. *"Dispute settlement before the courts of home States of investors or of third States may be impracticable in the context of investment disputes because it involves sovereign States in an area where they frequently act not only commercially (jure gestionis), but also in the exercise of their sovereignty (jure imperii). Thus, even in jurisdictions following a restrictive concept of State/sovereign immunity, actions brought by private parties against host States of investments would face major procedural obstacles, in particular, a high likelihood that the courts would regard such actions inadmissible. This is especially true in the case of outright expropriations or regulatory action which may amount to an expropriation ('constructive takings' or 'de facto expropriations')".*

[31] Jakob Ragnwaldh, *"A State's Plea to decline Arbitration –the inapplicability of the internal law of the State–",* ob. cit., p. 18. *"...the natural solution is to provide for... arbitration".* Aníbal Sierralta Ríos, "Arbitraje y Conciliación Comercial Internacional". En: Revista Jurídica del Perú, No. 49, Lima, 2003. El autor al referirse a la utilización del arbitraje por parte de muchos estados latinoamericanos, señala que "...fue un medio alternativo que rápidamente fue admitido por nuestros países en mérito a su carácter confidencial y a que no restañaba el sentimiento soberano de sus Estados, ya que se hacía a través de una institución especializada que tenía carácter internacional acordada así por los propios Estados compromitentes... De esa manera no era un tribunal extranjero el que imponía su decisión...".

especialmente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

XII.2. **FINALIDAD DEL CIADI, BENEFICIOS DE ARBITRAR ANTE ESTA INSTITUCIÓN Y CASOS TRAMITADOS**

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI o ICSID en sus siglas en inglés),[32] fue aprobado por el Banco Mundial en 1965 con la expresa finalidad de despolitizar la solución de los conflictos sobre inversiones mediante la utilización de la vía arbitral. Este acuerdo internacional entró en vigencia el 14 de octubre de 1966.[33]

Esta Convención tuvo y tiene como misión principal la de crear un foro arbitral neutral[34] que se encargue de

---

[32] El texto del tratado se ubica en: www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/icsid-Spanish.pdf.

[33] Sobre los antecedentes de este tratado, leer a: Aron Broches, *"The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction"*. En: Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 5, No. 2, 1966, pp. 263-280; C.F. Amerasinghe, *"The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation"*. En: Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 9, 1976, pp. 793-816; y, Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 1-30.

[34] El CIADI también provee una instancia conciliatoria (artículos 28° al 35° del Convenio CIADI) que no será analizada en este trabajo. Las Reglas Procesales aplicables a los procedimientos de conciliación (Reglas de Conciliación), se ubican en: www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa-archive/95.htm. Ucheora Onwuamaegbu, *"Resolution of Oil and Gas Disputes at ICSID"*. En: News from ICSID, Vol. 21, No. 1, 2004, p. 14, identifica que hasta el año 2003, únicamente se habían presentado cuatro procedimientos de conciliación: SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft fur die Textilindustrie mbH c. República de Madagascar (Caso CONC/82/1), Tesoro Petroleum Corporation c. Trinidad y Tobago (Caso CONC/83/1), SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft fur die Textilindustrie m.b.H. c. Madagascar (Caso CONC/94/1) y TG World Petroleum Limited c. República de Niger (Caso CONC/03/1). Todos, salvo el tercero de los nombrados, culminaron en una transacción. Sobre el tema, leer a: Lester Nurick & Stephen J. Schnably, *"The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 1, 1986, pp. 340-350. En el año 2005 se inició un quinto procedimiento de conciliación, en los seguidos por Togo Electricité c. República de Togo (Caso CONC/05/1), que concluyó en el año 2006, dando paso a un arbitraje.

En todo caso, sí conviene aclarar qué sucederá en caso las partes pacten el sometimiento a la Convención del CIADI sin establecer si se someterán directamente al arbitraje: ¿Deberán acudir previamente a la instancia conciliatoria? Sobre este particular, en Southern Pacific Properties

resolver los conflictos referidos a inversiones entre estados miembros y particulares de otros estados miembros, con la finalidad de incentivar la inversión foránea en dichos países. En ese sentido, en el Reporte del Directorio Ejecutivo de la Convención se señala que "[l]a creación de una institución designada para facilitar la solución de disputas entre estados e inversionistas de otros estados puede significar un paso importante en la promoción de un ambiente de confianza mutua, estimulando así el crecimiento de la inversión privada internacional en aquellos estados que deseen atraerla".[35]

(Middle East) Limited c. República de Egipto (Caso ARB/84/3), el artículo 8° de la Ley No. 43 de 1974 sobre inversiones establecía en su parte pertinente que la solución de las disputas se desarrollaría conforme a las estipulaciones del Convenio CIADI. Cuando el demandante solicitó la iniciación del arbitraje, Egipto se opuso afirmando que las partes no habían consentido de manera expresa su sometimiento a la instancia arbitral. Sin embargo, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 14 de abril de 1988, dijo: *"Nowhere… does the Washington Convention say that consent to the Centre´s jurisdiction must specify whether the consent is for purposes of arbitration or conciliation. Once consent has been given 'to the jurisdiction of the Centre', the Convention and its implementing regulations afford the means for making the choice between the two methods of disputes settlement. The Convention leaves that choice to the party instituting the proceedings"*. Esta decisión ha sido bien recibida por los expertos en la materia. Así, Christoph Schreuer, *"Commentary on the ICSID Convention, Article 25"*. En: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, No. 2, 1996, p. 334, opina que: *"The position taken by the Tribunal is clearly preferable and is supported by a considerable number of consent clauses that fail to distinguish between conciliation and arbitration. It follows that undifferentiated references to the Centre's jurisdiction leave the party instituting proceedings with a choice between the two methods. A choice once made can only be changed by agreement between the parties. Nevertheless, it is advisable to specify in advance which of the two methods is to be used, possibly providing for conciliation followed by arbitration, if necessary. If both methods are offered, it is desirable to indicate which party has the choice between them. Failure to clarify these points in advance may lead to surprising results. For instance, a host State that has become aware of an investor's intention to institute arbitration may rush to institute conciliation thereby blocking access to arbitration"*.

[35] Traducción libre del autor. C.F. Amerasinghe, *"The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation"*, ob. cit., p. 794. *"The creation of an institution designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors can be a major step toward promoting an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it"*. Michael M. Moore, *"International Arbitration between States and Foreign Investors -The World Bank Convention"*. En: Stanford Law Review, Vol. 18, No. 6, 1966, p. 1375. *"The World Bank Convention offers all countries wishing to increase the flow of private investment into their economies a flexible new instrument for their investment promotion policy"*. Okezie Chukwumerije, *"International Law and Article 42 of the ICSID Convention"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 14, No. 3, 1997, pp. 79-80. *"As an independent, non-State entity established by an*

Para estos efectos, como bien señala Di Rosa se reconoce que el inversionista tiene la capacidad procesal de demandar directamente en sede arbitral al estado receptor de la inversión, sin tener que recurrir más al procedimiento tradicional de la protección diplomática.[36]

Es más, la instancia arbitral del CIADI es única en su género, ya que como veremos a lo largo de las próximas páginas, todo el procedimiento arbitral hasta la etapa del reconocimiento del laudo arbitral se encuentra libre de la interferencia de las leyes e instancias judiciales de cualquier estado.

En otras palabras, cuando el arbitraje se desarrolla bajo los auspicios del CIADI, sólo serán de aplicación las normas arbitrales del CIADI, con prescindencia absoluta de la legislación arbitral y del poder judicial del lugar en el que físicamente se lleve a cabo el procedimiento, como de cualquier otro estado.[37]

---

international treaty, ICSID is expected to depoliticize the arbitration of State investment disputes. It purports to provide a neutral forum in which parties can arbitrate their disputes free from the intervention of municipal courts. The ICSID system provides the parties with a great degree of autonomy and flexibility in the resolution of their disputes".

[36] Paolo Di Rosa, *"The Recent Wave of Arbitrations against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues".* En: Inter-American Law Review, Vol. 36, No. 1, 2004, p. 42. *"The right… [conferred] on individual investors to seek legal recourse directly against States is a novel feature, as it obviates the need for investors to follow the traditional procedure in international law of obtaining redress against a foreign State by seeking diplomatic protection and espousal of its claim by its state of nationality against the State hosting the investment. An ICSID Tribunal stressed in a recent case: [T]he greatest innovation of ICSID and other systems directed at the protection of foreign investments is precisely that the rights of the investors are not any longer subject to the political and other considerations by their governments, as was the case under the old system of diplomatic protection, often resulting in an interference with those rights. Investors may today claim independly from the view of their governments".* El autor se refiere a la decisión sobre jurisdicción de 2 de agosto de 2004, en los seguidos por Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina (Caso ARB/01/3).

[37] Albert Jan van den Berg, *"Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions".* En: ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 2, 1987, p. 441. *"The ICSID Convention… provides for a comprehensive, self-sufficient system of truly international arbitration in the area of investment disputes. Arbitration under this Convention is administered by the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), solely on the basis of the provisions of the Convention and the Rules and Regulations issued thereunder, excluding the application of any national arbitration law. In an ICSID arbitration, the place of arbitration is, therefore, legally*

Esta característica propia del CIADI, permite asegurar al inversionista que una vez que el estado receptor de la inversión ha pactado el arbitraje no podrá desconocerlo en el futuro,[38] a diferencia de lo que puede suceder fuera de esta institución.

En efecto, debido a que todavía en muchos lugares los estados gozan de inmunidad, el pacto de remitir el conflicto al arbitraje no siempre puede ser ejecutado en el poder judicial de algunos estados, por lo que no en pocas oportunidades el inversionista se ve obligado a litigar ante el poder judicial del país receptor de la inversión.[39] Es más, a veces esta negativa a apoyar la

---

irrelevant since it does not trigger the application of the national law on arbitration of that place". Mark B. Feldman, *"The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards".* En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 1, 1987, pp. 86-87. *"…the ICSID process is not subject to supervision by national courts. Even if it is necessary to call upon judicial authority for enforcement of an award, the court is not competent to review the award on any grounds whatsoever".* Emmanuel Gaillard, *"Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses".* En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 3, No. 2, 1988, p. 141. *"…the arbitral forum has absolutely no legal consequence in ICSID arbitration. This is because the Washington Convention, which created ICSID, is sufficient, as a Convention, to justify the binding character of the whole arbitration system and provide, inter alia, for recourse available against an ICSID arbitration award, for provisional measures and for the enforcement of the award without any reference to any national legal order".* Francisco González de Cossío, *"The International Centre for Settlement of Investment disputes –The Mexican Experience".* En: Journal of International Arbitration, Vol. 19, No. 3, 2002, p. 232. *"[A]ll aspects of the arbitral procedure are thoroughly covered in the ICSID Convention: the ICSID Convention constitutes the lex arbitri".*

[38] Barry E. Carter & Phillip R. Trimble, **International Law**, Little, Brown and Company Law Book Division, Boston, 1991, p. 342. Los autores citan a Delaume, quien afirma que: *"ICSID arbitration is compulsory arbitration. Once the parties have consented to ICSID arbitration, each of them is assured that neither of them can unilaterally withdraw its consent. If one of the parties defaults or does not cooperate in the conduct of the proceedings, the ICSID Convention provides the means for the proceedings to go and to lead eventually to an award whose recognition is assured in all of the… states that have ratified the Washington Convention".* Michael M. Moore, *"International Arbitration between States and Foreign Investors -The World Bank Convention"*, ob. cit., p. 1372. *"The Convention provides for ex parte awards, so neither party can frustrate the proceedings by refusing to appear or refusing to name an arbitrator. Nor may either party unilaterally withdraw its consent to the jurisdiction of the Centre".*

[39] John T. Schmidt, *"Arbitration under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica".* En: Harvard International Law Journal, Vol. 17, No. 1, 1976, pp. 90-91. *"Resolution of investment disputes between states and foreign investors has frequently hampered by the refusal of the host state to honor a prior agreement to arbitrate. Lacking a remedy to compel arbitration, the investor must ordinarily resort to litigation in the*

ejecución de los convenios arbitrales se debe a la falta de jurisdicción de las cortes nacionales para conocer el caso.[40]

En cambio, en el CIADI existen tres antecedentes en los que un mismo estado que había pactado el acceso al CIADI, luego intentó incumplir su compromiso, sin lograrlo. Nos referimos a los casos arbitrales Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c. Jamaica (Caso ARB/74/2), Kaiser Bauxita Co. c. Jamaica (Caso ARB/74/3) y Reynolds Jamaica Mines, Ltd. y Reynolds Metals Co. c. Jamaica (Caso ARB/74/4), que fueron conocidos y resueltos en tres procedimientos arbitrales independientes, pero constituidos por los mismos árbitros.

Aquí las tres empresas celebraron sendos contratos de concesión con el gobierno de Jamaica para la explotación de minas de bauxita a cambio de estabilidad tributaria, pactándose en todos los casos la sumisión de cualquier conflicto al arbitraje bajo los auspicios del CIADI.

Luego de un tiempo, Jamaica intentó renegociar con las tres empresas la modificación de los contratos de estabilidad tributaria y, ante la negativa de las empresas y en forma previa a la dación de una ley que unilateralmente modificaba las condiciones tributarias, el gobierno jamaiquino notificó al CIADI que la jurisdicción de ese centro arbitral no podía referirse a controversias sobre recursos naturales.

Dictada la norma legal, las tres empresas interpusieron demanda arbitral ante el CIADI por la violación de los

---

courts of the host state, a forum where national bias and the political pressures which attend foreign investment may result in favoritism toward the sovereign".

[40] Georges R. Delaume, *"Judicial Decisions related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 3, 1987, p. 404. *"In the first place, a court will not intervene if it does not have jurisdiction under the rules of international jurisdiction obtaining at the forum. In the second place, a court having jurisdiction may be compelled not to exercise it because of considerations of sovereign immunity from either suit or execution.*
There is not need to stress the point that domestic rules of immunity are not uniform. To be sure, the restrictive doctrine of immunity has made much progress in recent years in a number of countries in Western Europe, North America and other parts of the world. However, the fact remains that, although the law of these countries evolves in the same direction, the immunity rules obtaining in individual countries are not always concordant and may be still in a state of flux".

contratos de estabilidad tributaria, ante lo cual Jamaica optó por no apersonarse, al parecer por considerar que su acción previa ante el CIADI lo liberaba del pacto arbitral acordado con los inversionistas.

Sin embargo, los respectivos tribunales arbitrales consideraron que en aplicación del artículo 25° del Convenio CIADI, el consentimiento dado por las partes no podía ser unilateralmente retirado y que, por lo tanto, la notificación del gobierno de Jamaica sólo tenía un efecto hacia el futuro. En consecuencia, los árbitros afirmaron su jurisdicción y resolvieron estos conflictos, aún sin el apersonamiento de Jamaica.[41]

Por otro lado, el laudo que se dicte en contra del estado receptor de la inversión podrá ser más fácilmente reconocido y ejecutado, que tratándose de sentencias judiciales o laudos arbitrales privados.

En efecto, mientras que los laudos arbitrales referidos a cuestiones comerciales en los que intervienen los estados suelen ser reconocidos y ejecutados ante el poder judicial de muchos países al amparo de la Convención de Nueva York de 1958,[42] los laudos arbitrales que se emiten respecto de cuestiones referidas a inversiones no siempre son reconocidos y ejecutados, ya que, por ejemplo, en aplicación de la Convención de Nueva York, el poder judicial que conoce

---

[41] Para un análisis completo, leer a: John T. Schmidt, *"Arbitration under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica",* ob. cit., pp. 93-103. El laudo en el caso Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c. Jamaica (Caso ARB/74/2), se ubica en Yearbook Commercial Arbitration, Vol. IV, 1979, p. 197 y ss.; y el de Kaiser Bauxite Co. c. Jamaica (Caso ARB/74/3), en ICSID Reports No. 1, 1993. El fallo en el otro caso no ha sido publicado.

[42] Georges R. Delaume, *"Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement".* En: The American Journal of International Law, Vol. 91, 1997, p. 477. *"It is well established that the New York Convention is applicable to awards involving states. The issue has been adjudicated in European countries, as well as in the United States".* Así, el autor cita, por ejemplo, los siguientes precedentes judiciales: Societe Europeene d'Etudes et d'Entreprises/Socialist Federal Republic of Yugoslavia (Holanda, 1973); Societe Europeene d'Etudes et d'Entreprises v. Republique Federale de Yougoslavie (Francia, 1985); y, La Societe Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures v. Shaheen Natural Resources Co. (S.D.N.Y, 1983). Ver supra puntos Nos. II.1.2. y XI.2.5.

de un pedido de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral puede denegar la solicitud amparado en las causales de orden público o que el objeto de la diferencia no es susceptible de solución en la vía arbitral.[43]

A estos problemas que hay agregar el referido al posible reconocimiento de inmunidad soberana a favor de los estados,[44] como ha quedado ilustrado en el famoso

[43] Artículo V(2)(a) y (b) de la Convención de Nueva York de 1958. John T. Schmidt, *"Arbitration under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica"*, ob. cit., pp. 104-105. *"…the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (U.N. Convention)… is inadequate to guarantee enforcement against a state. Nonenforcement of a private arbitral award is permitted by the U.N. Convention if the arbitration concerned a matter incapable of arbitral settlement under the law of the state in which the court sits, or if enforcement is found to be 'contrary to the public policy of that country'. These two grounds offer great leeway to a court handling a suit seeking enforcement against a state, and the investor who has prevailed in private arbitration may thus discover that the award is legally worthless*". Noah Rubins, *"Judicial Review of Investment Arbitration Awards".* En: Transnational Dispute Management, Vol. 2, No. 2, 2005, pp. 41-42. *"...that the award violates public policy at the place of arbitration. This is the biggest difference between NAFTA challenges or UNCITRAL challenges on the one hand, and ICSID challenge grounds on the other. The ICSID Convention does not include a public policy challenge".* Noah Rubins, *"Judicial Review of Investment Arbitration Awards".* En: NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects, capítulo 15, Todd Weiler (Ed.), documento presentado en la Conference on Nationality and Investment Treaty Claims, British Institute of International and Comparative Law, 2005, www.biicl.org/admin/files/Rubins%20NAFTAChallenge.pdf, p. 363. *"The most common of the Model Law grounds that losing parties use to challenge arbitration awards, are that the arbitrators decided issues outside the scope of their authority, and that the award violates public policy. Non-arbitrability of the subject matter and procedural irregularity are grounds for challenge that have yet to appear prominently in cases related to investment arbitration awards, but which could find increasing currency should challenges become more common".*

[44] Sobre este tema, debemos de destacar el fallo de la Corte de Casaciones de Francia de julio de 2000, en los seguidos por Société Creighton c. Ministére des Finances de l'Etat du Qatar, en el que se consideró que un laudo arbitral dictado contra un estado bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), implicaba bajo los principios del derecho internacional y del reglamento arbitral de ese centro, la renuncia a la inmunidad en materia de ejecución. Sin embargo, como bien explica Eduardo Silva Romero, *"ICC Arbitration and State Contracts".* En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 13, No. 1, 2002, p. 45, *"...the Creighton judgment should not be considered as a panacea. Its significance has been considerably tempered and limited through the identification of the public property which the private company could ask to be seized in connection with the enforcement of an arbitral award against a public law entity. For instance, the Paris Court of Appeal indicated that the implicit waiver of immunity from enforcement affirmed by the Creighton judgment applies only to the property of a state or its offshoot that is not put to the use of a public service".*

caso LIAMCO, en el que luego de que se venciera en un proceso arbitral al estado de Libia respecto a un litigio por la nacionalización de unas concesiones petroleras,[45] la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral recibió respuestas contradictorias en las cortes de Suiza (no aceptó reconocer y ejecutar el fallo aunque había sido dictado en Ginebra),[46] Francia (reconoció el laudo arbitral),[47] Suecia (hizo lo mismo)[48] y los Estados Unidos de América (que denegó el reconocimiento conforme al *Act of States,*[49] aunque meses después en otro fallo se arribó a una solución distinta).[50]

---

[45] W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era. Ed., p. 672. *"In LIAMCO v. Libya… [a]n American oil company brought suit to enforce an arbitral award against Libya, which in 1973 and 1974 had nationalized rights in petroleum concessions and equipment. Libya had refused to participate in the proceedings. The award was rendered in Geneva in 1977 by Dr. Sobhi Mahmassani, sole arbitrator, in the amount of US$ 80 million".*

[46] Ibídem, p. 673. *"...the Federal Tribunal... ruled... that the Zurich tribunal had no jurisdiction to order attachments against a State when the litigation lacks a 'sufficient domestic relationship'. Such a relationship might be established, for example, by activities that justify jurisdictional venue in Switzerland. Neither the location of assets in Switzerland, nor the choice of Geneva as the Arbitral seat, established a 'sufficient domestic relationship' in the LIAMCO case".*

[47] Aunque luego se presentaron problemas debido a la inmunidad de ejecución de los bienes embargados por LIAMCO al estado de Libia.

[48] Libyan American Oil Co. c. Socialist People's Arab Republic of Libya (CA Svea, 1980).

[49] W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era. Ed., p. 672. *"…the oil company sought to have the award recognized in the District of Columbia. The judge of the federal court of first instance agreed that he had jurisdiction over the claim under the Foreign Sovereign Immunities Act. As in Ipitrade, the State had implicitly waived its sovereign immunity by agreeing to arbitration. He nevertheless declined to exercise his jurisdiction on the grounds of the act of State doctrine. In refusing to confirm the award, the judge referred to Article V(2)(a) of the New York Convention, which allows courts to refuse to recognize foreign awards the 'subject matter of which is not capable of arbitration under the law of that country'. In this judge's view, an act of state could not lead to an arbitration claim".* El caso fue apelado, pero en el camino se llegó a una transacción.

[50] Ibídem, pp. 672-673. *"Only six months later, a decision of the U.S. District Court for the District of Columbia ignored the LIAMCO decision and recognized an award in favor of insurance companies seeking compensation for nationalization of their Iranian business".* El caso fue American International Group c. Irán, 493 F. Supp. 522 (D.d.C. 1980).

Si bien es cierto que, como afirman Craig, Park & Paulsson,[51] cada vez se acepta más que la existencia de un pacto arbitral implica una renuncia a la inmunidad soberana,[52] el antecedente del caso LIAMCO ilustra la falta de consenso y predictibilidad que todavía existe en esta materia.[53]

En cambio, como trataremos más adelante,[54] el CIADI cuenta con un sistema de reconocimiento de laudos arbitrales único en su género que lo hace especialmente eficiente[55] y, en lo que se refiere a la ejecución de las sentencias arbitrales si bien no da una respuesta óptima, igual otorga mayores garantías que las que uno encontrará fuera del ámbito del CIADI.

Por su parte, el CIADI también es beneficioso para los estados, debido a lo siguiente: En primer lugar, genera

---

[51] Ibídem, p. 670. *"Whereas judicial action might be dismissed due to the sovereign immunity of the defendant government, an arbitration clause is generally deemed to constitute a waiver of immunity"*.

[52] Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, 2da. Ed., Kluwer Law International, La Haya, 2001, p. 896. *"The prevailing view is illustrated by M.B.L. Int'l Contractors, Inc. v. Republic of Trinidad & Tobago. There, the Republic of Trinidad & Tobago agreed to arbitrate a construction dispute with a Canadian contractor. The arbitration was conducted in Trinidad & Tobago, under Trinidad & Tobago law. The Canadian contractor prevailed and, when it encountered difficulties in collecting the award, filed suit in U.S. district court to confirm the award. The district court rejected Trinidad & Tobago's claims of immunity. It held that the arbitral award was governed by the New York Convention and that, under 1605(a)(1), when a foreign state agrees to an arbitration governed by the New York Convention, it impliedly waives its immunity in a subsequent enforcement action –even if the arbitration is conducted within the foreign sovereign's territory and under its laws".*

[53] W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era. Ed., p. 674. *"The LIAMCO saga illustrates the lack of consensus and predictability of national laws with respect to enforcement of awards against foreign sovereigns".*

[54] Ver infra punto No. XII.8.

[55] Fallo de la Corte de Apelaciones de París, en el proceso seguido por Atlantic Trinton Co. c. República de Guinea y Guinean Fishing Co. - SOGUIPECHE, sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral CIADI (1981): *"Under the ICSID Convention, there is no exception (not even on the ground of public policy) to the binding character of ICSID awards and to their recognition and enforcement in Contracting States".* Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. ix. *"ICSID awards –unlike any other international arbitration awards– are immune from any form of national court review, and yet are enforceable in the courts of the more than 135 signatory States as if they were national court judgments".*

un clima aceptable para atraer inversiones.[56] Además, el acceso a la mecánica arbitral del CIADI es totalmente voluntario; es decir, el estado miembro no se encuentra obligado a arbitrar los conflictos sobre inversiones simplemente por haber ratificado el Convenio CIADI.[57] De esta manera, los estados pueden utilizar al CIADI como una legítima herramienta para atraer inversiones hacia sus fronteras, al garantizar al inversionista un foro neutral de resolución de controversias, ajeno a los vaivenes políticos.[58]

Pactar la utilización de la vía arbitral del CIADI también le permite al estado receptor de la inversión, asegurar que el país de origen del inversionista no ejercerá protección diplomática.[59]

---

[56] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.2., p. 17. *"Legal security for investors attracts investment; it creates a 'favourable investment climate'. In this respect the mere availability of an effective remedy and not necessarily its ultimate use is likely to be crucial for increasing the respect of investment rules".*

[57] Silvia A. Fernández, "El Arbitraje para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras", ob. cit., p. 78. "La ratificación del Convenio de Washington solamente implica para el Estado la posibilidad de utilizar las facilidades del Centro cuando lo desee. De ninguna manera constituye una obligación de someter una controversia concreta a los mecanismos de conciliación o de arbitraje que el Centro provee". Ibrahim F.I. Shihata, *"Towards a Greater Despoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA"*, ob. cit., p. 4. *"ICSID's facilities are available on a voluntary basis… Ratification does not constitute an obligation to use that machinery… In other words, the decision of a State to consent to ICSID arbitration is a matter within the sole discretion of each Contracting State".* Francisco González de Cossío, *"The International Centre for Settlement of Investment disputes –The Mexican Experience"*, ob. cit., p. 229. *"Being a contracting state to the ICSID Convention does not fulfill the consent requirement. Consent to arbitration must be given to the specific dispute. Likewise, being a contracting state to the ICSID Convention does not impose any obligation to submit any particular dispute to arbitration. Nevertheless, once consent has been granted, it cannot be withdrawn unilaterally"*. Ver infra punto No. XII.3.1.

[58] Carolyn B. Lamm y Abby Cohen Smutny, *"The Implementation of ICSID Arbitration Agreements".* En: ICSID Review –Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, No. 1, 1996, p. 64. *"As domestic economies become increasingly interconnected, the importance of effective, neutral international dispute resolution continues to grow. As long as foreign investment remains an integral part of the growth of the world's economies, the unique and vital role filled by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID or the Centre) of providing a voluntary system of arbitration or conciliation for the resolution of investment disputes between states and foreign nationals remains assured".*

[59] Mark B. Feldman, *"The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards"*, ob. cit., p. 86. *"ICSID arbitration is particularly important to the governments of developing countries because it provides an exclusive procedure for the settlement of disputes with foreign*

Esto está expresamente dispuesto en el artículo 27(1) del Convenio CIADI: "Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional[60] respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo".[61]

Por último, el CIADI garantiza al estado receptor de la inversión que el inversionista no podrá litigar ante los tribunales de otros estados miembros.[62]

---

investors. The capital-exporting States which have acceded to the ICSID Convention have agreed to forego diplomatic protection of their nationals in respect of disputes submitted to ICSID unless the host State fails to comply with the award…". W. Michael Reisman, **Systems of Control in International Adjudication & Arbitration –Breakdown and Repair-**, Duke University Press, 1992, p. 47. *"The fundamental idea underlying the ICSID experiment was brilliantly simple: developing countries anxious to induce private foreign investment in their countries would agree to submit disputes about those investments to a tribunal while the governments of foreign investors would agree to refrain from what is often euphemistically called 'diplomatic protection', a term which includes national actions on behalf of investors abroad ranging from the gentlest of persuasion to very high coercion".*

[60] Ver infra punto No. XII.4.1, a propósito del caso Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. República del Perú (Caso ARB/03/4), en el que el Estado peruano pretendió discutir con su par de Chile acerca de la jurisdicción de un tribunal arbitral CIADI, como paso previo al inicio del arbitraje con el inversionista.

[61] Omar E. García-Bolívar, "La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/articulo_ciadi.html, p. 12. "En el caso Banro, la compañía matriz, un nacional de Canadá había usado el mecanismo de protección diplomática a la par que una subsidiaria americana había sometido la disputa a CIADI.
El tribunal enfatizó que: '...una vez que el arbitraje ante CIADI está disponible para arreglar una disputa relacionada con una inversión extranjera privada, la protección diplomática está excluida: el inversionista no tiene mas el derecho de buscar protección diplomática y el Estado sede del inversionista no tiene mas el derecho de otorgar al inversionista protección diplomática".

[62] Barry E. Carter & Phillip R. Trimble, **International Law**, ob. cit., p. 343. Los autores citan a Delaume, quien explica que: *"…the Washington Convention protects Contracting States from other forms of foreign or international litigation. Because consent to ICSID arbitration is just as binding upon the investor as it is on the state party to the dispute, that state is assured that the investor cannot bring suit in a non-ICSID forum whether in the investor's state or elsewhere".* United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.2., p. 17. *"The case of Attorney-General v. Mobil Oil NZ Ltd. [High Court, Wellington, 1987] provides*

Todas estas ventajas del CIADI, conjuntamente con otras mas que analizaremos seguidamente, han llevado a que a noviembre de 2006, 143 estados formen parte de este tratado,[63] entre los que figuran un gran número de estados latinoamericanos y del caribe, a saber: Argentina (1994), Bahamas (1995), Barbados (1983), Bolivia (1995), Colombia (1997), Costa Rica (1993), Chile (1991), Ecuador (1986), El Salvador (1984), Granada (1991), Guatemala (2003), Guyana (1969), Honduras (1989), Jamaica (1966), Nicaragua (1995), Panamá (1996), Paraguay (1983), Perú (1993), San Vicente y las Granadinas (2003), Trinidad y Tobago (1967), Uruguay (2000) y Venezuela (1995).[64]

---

an example of a domestic court respecting the Centre's exclusive right to determine its own jurisdiction. In this case the New Zealand government instituted parallel proceedings before its own domestic courts in order to obtain an interim injunction seeking to restrain Mobil Oil from continuing the proceedings before ICSID. Basing its decision, inter alia, on Art. 26 of the ICSID Convention, the New Zealand High Court stayed the proceedings until the ICSID Tribunal had determined its jurisdiction in Mobil Oil v. New Zealand". Sobre este y otros casos, leer a: Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 374-375.

[63] Afganistán, Albania, Alemania, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarús, Bélgica, Benin, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Camerún, Colombia, Comoras, Congo, Corea del Sur, Costa de Marfíl, Costa Rica, Croacia, Chad, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Arabes Unidos, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Granada, Grecia, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Hungría, Indonesia, Irlanda, Islandia, Islas Salomón, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenya, Kuwait, Lesotho, Letonia, Líbano, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malasia, Malawi, Mali, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Micronesia, Mongolia, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Niger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Centroafricana, República Checa, República Democrática de Congo, República del Yemen, República Eslovaca, Rumania, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Samoa, Santa Lucía, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Suecia, Suiza, Swazilandia, Tanzania, Timor-Leste, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Zambia y Zimbabwe. Fuente: ICSID-List of Contracting States (www.worldbank.org/icsid). El Perú suscribió el Convenio CIADI el 4 de septiembre de 1991, habiéndolo ratificado mediante Resolución Legislativa No. 26210, publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de julio de 1993. El tratado entró en vigencia para el Perú el 08 de septiembre de 1993.

[64] A partir de la lista de estados adherentes, podemos afirmar que existe un amplio consenso acerca de la conveniencia de utilizar esta herramienta en la solución de los conflictos sobre inversiones. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement – International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit.,

Sobre este particular, cabe destacar que en un inicio la mayoría de los estados latinoamericanos no ratificaron esta convención.[65]

Según opinión de influyentes autores, esto se debió fundamentalmente a la aplicación de la Doctrina Calvo[66] y al profundo temor que inspiró en su momento la creación del CIADI, que se pensó que había sido ideado con la finalidad de perjudicar a los países en desarrollo.[67]

2.1., pp. 9-10. *"All major industrialized countries are parties. The majority of Arab countries are represented. Most Asian countries, including China, are parties. A number of former Soviet Republics, including the Russian Federation, have signed… the Convention.*
...During the 1990s... most countries in Latin America ratified the Convention".

[65] Situación que, como hemos visto, ha cambiado significativamente en la última década. Ibrahim F.I. Shihata y Antonio R. Parra, *"The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 2, 1999, p. 316. *"Particularly impressive has been the increase in the number of ICSID members in Latin America, from two at the beginning of the period to thirteen today".*

[66] Sobre el tema, leer a: Ibrahim F.I. Shihata, *"Towards a Greater Despoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA"*, ob. cit., pp. 1-3.

[67] Michael M. Moore, *"International Arbitration between States and Foreign Investors -The World Bank Convention"*, ob. cit., p. 1376. *"Perhaps the best way to determine how the developing States view the Convention is to consider some of the objections that have already been voiced. It was widely reported in the press after the 1964 World Bank meeting in Tokyo that many of the Latin American governors had opposed the idea of an international body to hear disputes between States and foreign investors. The objections – 'el No de Tokyo'- were answered point by point in a speech by the General Counsel of the World Bank, Mr. Broches, in Puerto Rico on May 27, 1965. First, according to Mr. Broches, the Convention does not introduce compulsory arbitration. Signing the Convention does not impose any obligation on a contracting State to submit any particular dispute to arbitration unless it has previously agreed to do so in writing. Second, submission to international arbitration of a dispute between the State and a foreign investor is not prohibited by Latin American constitutions, except possibly that of Venezuela. Third, the Convention does not grant to aliens any substantive rights not possessed by nationals of the contracting State. It only provides a new forum for arbitral proceedings against the State when the State so consents. Fourth, the international arbitration facilities of the Convention do not evidence a distrust of the integrity and independence of the national courts. Any lack of confidence on the part of investors is based on a fear that the executive and legislative branches may take some political actions with which the courts are powerless to deal. Fifth, the history of arbitration in Latin America may not have been a happy one, but that is no reason to oppose the creation of facilities for conciliation and arbitration of investment disputes to which investors may have access if and only if the State gives its consent".* Paul C. Szasz, *"The Investment Disputes Convention and Latin America"*. En: *Virginia Journal of International Law,*

Felizmente la historia del CIADI (con más de 40 años de funcionamiento) ha demostrado que los temores eran y son infundados, y que su creación tuvo y tiene como única finalidad la de promover una instancia despolitizada para la solución de los conflictos sobre inversiones.

Y esto último se refleja en el hecho que hasta octubre de 2006 el CIADI ha recibido 196 solicitudes de arbitraje,[68] habiéndose llegado a una transacción en un número significativo de casos,[69] lo que demuestra que el CIADI es un buen foro para resolver pacíficamente los conflictos sobre inversiones.[70]

Vol. 11, No. 2, 1971, pp. 256-265. En este artículo el autor analiza una a una las objeciones que esgrimieron los países latinoamericanos en 1965 para no suscribir la Convención del CIADI y que llevó al famoso pronunciamiento conjunto conocido como el "No de Tokio". En nuestra opinión, en ese entonces, como ahora, estas objeciones no tienen sentido. Sobre el tema, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, "Necesidad de que el Perú suscriba la Convención de Washington (CIADI)", ob. cit., pp. 14-17.

[68] No se consideran los procedimientos arbitrales iniciados ante el Mecanismo Complementario del CIADI que será tratado más adelante. Ver infra punto No. XII.9.

[69] Jason Fry, *"Enforcement of the Award",* documento presentado en la "Conference on the Resolution of Disputes under International Construction Contracts", ICC-FIDIC, París, 2004, p. 10. *"Out of 84 concluded cases, 28 have been settled amicably…"*. Andrés Rigo Sureda, *"ICSID: An Overview"*. En: World Arbitration & Mediation Report, Vol. 13, No. 6, 2002, p. 168. *"About half of the arbitration proceedings and one of the conciliation cases have concluded with a settlement reached by the parties"*. Sobre el particular, leer a: Michael T. Sprague, *"A Courageous Course for Latin America: Urging the Ratification of the ICSID"*. En: Houston Journal of International Law, Vol. 5, No. 1, 1982, p. 166; Georges Delaume, *"Experience with ICSID"*. En: International Arbitration between Private Parties and Governments, Comparative Law and Practice Course Handbook Series, No. 399, Gerold Aksen & Robert B. Von Mehren (Ed.), 1982, pp. 263-265; e, Ibrahim F.I. Shihata, *"Towards a Greater Despoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA"*, ob. cit., pp. 5-6.

[70] Pierre Lalive, *"Some threats to International Investment Arbitration"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 1, 1986, pp. 26-27. *"When direct negotiation has failed and a request for arbitration has been filed, the arbitration proceedings often facilitate an amicable settlement, at least when certain conditions are fulfilled and, in particular, when the proceedings are properly conducted. 'It is one of the major purposes of arbitration- an advantage which is often underestimated- to encourage conciliation'… Suffice it to mention that the arbitral procedure enables or compels both parties to appreciate better their respective strengths or weaknesses and to make concessions which they might be reluctant to make or be incapable of making in public, outside the framework of such proceedings.*
[This observation is] borne out by the experience of ICSID: out of the many ICSID clauses known to have been inserted in international investment agreements, only twenty were in fact used. Aside from two requests for conciliation, these include eighteen requests for arbitration. Out of these last requests that the Centre has received since its establishment

Según información del propio CIADI,[71] a octubre de 2006 los conflictos que han sido resueltos son los siguientes:[72]

1. Holidays Inns S.A. y Occidental Petroleum c. Marruecos (Caso ARB/72/1). La inversión se refirió a la construcción y operación de hoteles. El caso estuvo en el CIADI 7 años y fue finalmente resuelto mediante transacción en el año 1978.

2. Adriano Gardella SpA c. Costa de Marfíl (Caso ARB/74/1). El conflicto se refirió a un contrato para la explotación de una fábrica de fibras y textiles. El caso fue resuelto mediante laudo dos años y medio después de que fue registrado.

3. Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c. Jamaica (Caso ARB/74/2). Conflicto derivado de un contrato de

---

in 1965, seven resulted in an amicable settlement and only five so far in an award". Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention"*. En: XII ICCA Arbitration Congress, Viena, 1994, p. 60. *"One-half of the cases that have been submitted to arbitration under the ICSID Convention have been discontinued following a settlement by the parties of their dispute. There have therefore been relatively few ICSID arbitral awards".* El autor señala que de los 28 casos sometidos al ICSID hasta marzo de 1994, solo 14 culminaron con un laudo arbitral.

[71] En www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm, puede identificarse la información actualizada.

[72] Según Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, "*The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*", ob. cit., pp. 318-319, los conflictos que se han sometido al CIADI son: *"...in somewhat fewer than half of the cases, the investment have been equity interests, such as shareholdings in companies or interests in joint ventures. Somewhat more than half of the cases have concerned non-equity direct investments, including natural resource concession agreement and projects for the construction and operation of major production and service facilities in the host country. In two of the cases, the investments could have been placed in the category of medium- and long- term loans. In terms of their sectorial distribution, the investments involved in the cases have been varied. They have included investments in the agriculture, banking, energy, health, industrial, mining and tourism sectors.*
In most of the cases submitted to arbitration under the ICSID Convention, the claim has been for monetary damages. In a few cases, however, the principal remedy sought has been a declaration as to the rights of the investor (with respect, for example, to taxation by the host country). (…) The majority of the claims submitted to arbitration under the ICSID Convention have concerned disputes over the performance of an investment agreement between the State and the foreign investor concerned… [including] revocation of investment incentives, civil strife in the host State and alleged expropriations…".

explotación de bauxita. El caso fue resuelto mediante transacción en el año 1977.

4. Kaiser Bauxite Co. c. Jamaica (Caso ARB/74/3). Igual al caso anterior.

5. Reynolds Jamaica Mines, Ltd. y Reynolds Metals Co. c. Jamaica (Caso ARB/74/4). El asunto, similar a los dos anteriores, se resolvió mediante una transacción en el año 1977.

6. Gabón c. Société Serete S.A. (Caso ARB/76/1). El conflicto se refirió a un contrato para la construcción de un hospital. Se llegó a una transacción un año y 7 meses después de registrado.

7. AGIP SpA c. República Popular del Congo (Caso ARB/77/1). Conflicto derivado de un contrato de joint venture para la distribución de petróleo. El asunto terminó con un laudo dictado dos años después de registrada la controversia.

8. S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo (Caso ARB/77/2). El conflicto se refirió a un contrato para la explotación de una fábrica de botellas. Se dictó un laudo a los 2 años y 7 meses de registrada la causa.

9. Guadalupe Gas Products Corp. c. Nigeria (Caso ARB/78/1). El contrato de inversión se refirió a la explotación de gas natural. Se dictó un laudo conteniendo el acuerdo transaccional de las partes 2 años y 4 meses después de registrado el caso.

10. Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1). El contrato se refirió a la construcción de hoteles. El laudo se dictó en el año 1984. Sin embargo fue anulado, rindiéndose un nuevo laudo en el año 1990.

11. Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. y Klockner Handel-smaatschappij B.V. c. República del Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Caso ARB/81/2). La inversión consistió en la construcción y explotación de una planta de fertilizantes. El laudo

que se dictó en el año 1983 fue anulado, rindiéndose un nuevo laudo en el año 1988.

12. Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal (Caso ARB/82/1). La inversión consistió en la construcción de viviendas urbanas. Se resolvió mediante laudo en el año 1988.

13. SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft fur die Textilindustrie mbH c. República de Madagascar (Caso CONC/82/1). El contrato de inversión estuvo referido a la explotación de una fábrica de algodón. Se llegó a una transacción en 1983.

14. Swiss Aluminium Ltd. e Icelandic Aluminium Co. Ltd. c. Islandia (Caso ARB/83/1). El conflicto estuvo referido a un contrato de producción de aluminio. Se resolvió mediante transacción en 1985.

15. Liberian Eastern Timber Corporation y Letco Lumber Industry Corporation c. República de Liberia (Caso ARB/83/2). La inversión se refirió a la explotación de caucho y el conflicto fue resuelto mediante laudo en 1986.

16. Tesoro Petroleum Corporation c. Trinidad y Tobago (Caso CONC/83/1). La inversión fue en el área de la explotación petrolera. Se resolvió mediante transacción.

17. Atlantic Triton Company Ltd. c. República Revolucionaria Popular de Guinea (Caso ARB/84/1). La inversión se refirió al equipamiento y operación de barcos de pesca. Se resolvió mediante laudo en el año 1986.

18. Colt Industries Operating Corporation c. República de Corea (Caso ARB/84/2). El conflicto derivó de un contrato de inversión para la producción de armas. Las partes arribaron a una transacción.

19. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República de Egipto (Caso ARB/84/3). La inversión fue para la explotación de centros turísticos. En el año 1992 se resolvió mediante laudo, el que, impugnado, fue descontinuado ante la transacción de las partes.

20. Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4). El conflicto derivó de un contrato de joint venture para el transporte de bauxita. Se resolvió mediante laudo en 1988. Anulado parcialmente el laudo en 1989, se resolvió el problema mediante una transacción.

21. Ghaith R. Pharaon c. República de Túnez (Caso ARB/86/1). El conflicto se generó de un proyecto de resorts. Las partes arribaron a una transacción.

22. Société d'Etudes de Travaux et de Gestion SETIMEG S.A. c. República de Gabón (Caso ARB/87/1). El contrato estuvo referido a la refacción y administración de un complejo residencial. Las partes arribaron a una transacción.

23. Mobil Oil Corporation y otros c. Nueva Zelanda (Caso ARB/87/2). Contrato referido a un proyecto de hidrocarburos sintéticos. Las partes arribaron a una transacción.

24. Asian Agricultural Products Limited c. República Democrática Socialista de Sri Lanka (Caso ARB/87/3). Contrato de joint venture para la explotación de camarones. Se dictó laudo en el año 1990.

25. Occidental of Pakistán Inc. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/87/4). Conflicto derivado de un contrato de concesión petrolera. Las partes arribaron a una transacción.

26. Manufacturers Hanover Trust Company c. República Árabe de Egipto y General Authority for Investment and Free Zones (Caso ARB/89/1). El conflicto se generó de la explotación de una sucursal bancaria. Las partes arribaron a una transacción.

27. Vacuum Salt Products Ltd. c. República de Ghana (Caso ARB/92/1). Conflicto derivado de un contrato de explotación de salitreras. En el laudo dictado en 1994, el tribunal arbitral se declaró sin jurisdicción para conocer la controversia.

28. Scimitar Exploration Limited c. Bangladesh y Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation (Caso ARB/92/2). Contrato referido a la explotación de

petróleo. Se dictó laudo en 1994 declinando jurisdicción.

29. American Manufacturing & Trading Inc. c. República de Zaire (Caso ARB/93/1). Conflicto derivado de un contrato para la explotación de una empresa de manufactura. El laudo dictado en el año 1997 fue impugnado, pero en el ínterin las partes arribaron a una transacción.

30. Philippe Gruslin c. Malasia (Caso ARB/94/1). Contrato para la creación de una empresa de construcciones. Se arribó a una transacción.

31. SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft fur die Textilindustrie m.b.H. c. Madagascar (Caso CONC/94/1). Conflicto derivado de un contrato de explotación de textiles. Se arribó a una transacción.

32. Tradex Hellas S.A. c. República de Albania (Caso ARB/94/2). Contrato para el desarrollo de un proyecto agrícola. Laudo dictado en el año 1999.

33. Leaf Tobacco A. Michaelides S.A. y Greek-Albanian Leaf Tobacco & Co. S.A. c. República de Albania (Caso ARB/95/1). Contrato para la manufactura de tabaco. Las partes arribaron a una transacción.

34. Cable Television of Nevis Ltd. y Cable Television of Nevis Holding Ltd. c. Federación de Saint Kitts and Nevis (Caso ARB/95/2). Contrato de franchising. El tribunal arbitral se declaró incompetente para resolver este conflicto.

35. Antoine Goetz y otros c. República de Burundi (Caso ARB/95/3). Contrato de concesión minera. Se dictó un laudo incorporando la transacción de las partes.

36. Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica (Caso ARB/96/1). Expropiación de tierras. Laudo dictado en el año 2000 a favor de la demandante.

37. Misima Mines Pty. Ltd. c. Estado Independiente de Papua Nueva Guinea (Caso ARB/96/2). Contrato de concesión minera. Las partes arribaron a una transacción.

38. Fedax N.V. c. República de Venezuela (Caso ARB/96/3). Contrato de deuda externa. Se dictó el laudo en 1998.

39. Société d'Investigation de Recherche et d´Exploitation Miniére c. Burkina Faso (Caso ARB/97/1). Contrato de explotación de oro. Laudo dictado en el año 2000.

40. Société Kufpec Limited c. República del Congo (Caso ARB/97/2). Contrato para la explotación de hidrocarburos. El procedimiento terminó con el desistimiento del demandante.

41. Ceskoslovenska obchodni banka a.s. c. República de Eslovaquia (Caso ARB/97/4). Contrato de deuda externa. Se dictó laudo a favor de la demandante el 29 de diciembre de 2004.

42. WRB Enterprises y Grenada Private Power Limited c. Grenada (Caso ARB/97/5). Contrato para la explotación de una empresa de electricidad. Se dictó un laudo conteniendo la transacción de las partes.

43. Lanco International, Inc. c. República de Argentina (Caso ARB/97/6). Contrato de concesión de un puerto. El demandante se desistió del procedimiento.

44. Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso ARB/97/7). Contrato para la explotación de productos químicos. Laudo dictado en noviembre de 2000.

45. Compagnie Francaise pour le Développement des Fibres Textiles c. Costa de Marfíl (Caso ARB/97/8). Contrato para la explotación de una industria de textiles. Se emitió laudo en abril de 2000.

46. Houston Industries Energy Inc. y otros c. República de Argentina (Caso ARB/98/1). Contrato de concesión eléctrica. Se dictó laudo en agosto de 2001.

47. International Trust Company of Liberia c. República de Liberia (Caso ARB/98/3). Registro naviero. Se archivó el proceso por falta de pago de los honorarios.

48. Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4). Contrato de administración de un hotel. Laudo dictado en diciembre de 2000. Una Comisión Ad Hoc declaró infundado un pedido de anulación el 5 de febrero de 2002.

49. Eudoro A. Olguín c. República de Paraguay (Caso ARB/98/5). Contrato para la explotación de una empresa de alimentos. Se dictó laudo en julio de 2001.

50. Compagnie Miniére Internationale Or S.A. c. República del Perú (Caso ARB/98/6). Contrato de explotación de oro. Las partes arribaron a una transacción.

51. Banro American Resources Inc. y Société Aurifére du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. República Democrática del Congo (Caso ARB/98/7). Concesión para la explotación de oro. Se dictó laudo declinando jurisdicción.

52. Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Limited (Caso ARB/98/8). Contrato para la compra de electricidad. Se emitió laudo en julio de 2001.

53. Mobil Argentina S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/99/1). Concesión de exploración y explotación petrolera. El demandante se desistió del procedimiento.

54. Alex Genin y otros c. República de Estonia (Caso ARB/99/2). Contrato para la explotación de un banco. El laudo se dictó en junio de 2001.

55. Philippe Gruslin c. Malasia (Caso ARB/99/3). Contrato de fondos mutuos. El tribunal arbitral emitió laudo declinando jurisdicción en noviembre de 2000. Se inició un proceso de anulación que fue archivado.

56. Empresa Nacional de Electricidad S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/99/4). Contrato de concesión de una hidroeléctrica. Se archivó a solicitud del demandante.

57. Alimenta S.A. c. República de Gambia (Caso ARB/99/5). Contrato para la explotación de una empresa de alimentos. Las partes arribaron a una transacción.

58. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/99/6). Contrato de distribución de cemento. Se emitió laudo en abril de 2002.

59. Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A. c. República de Honduras (Caso ARB/99/8). Contrato para la reconstrucción de caminos. Laudo dictado en octubre de 2000 que incorporó la transacción arribada por las partes.

60. Zhinvali Development Ltd. c. República de Georgia (Caso ARB/00/1). Contrato de rehabilitación de una planta eléctrica. El laudo se emitió en enero de 2003.

61. Mihaly International Corporation c. República Democrática Socialista de Sri Lanka (Caso ARB/00/2). Proyecto de explotación de electricidad. El laudo se dictó en marzo de 2002.

62. GRAD Associates P.A. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso ARB/00/3). Contrato para la construcción y modernización de penales. El procedimiento fue descontinuado ante la falta de pago de los gastos administrativos del Centro.

63. Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos (Caso ARB/00/4). Contrato de construcción de carreteras. El proceso arbitral se archivó.

64. Autopista Concesionada de Venezuela C.A. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso ARB/00/5). Contrato de concesión para la construcción de caminos. Se dictó laudo en septiembre de 2003.

65. Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos (Caso ARB/00/6). Contrato de construcción de caminos. El laudo fue dictado el 22 de diciembre de 2003. Iniciado un proceso de anulación, éste fue desestimado el 18 de enero de 2006.

66. World Duty Free Company Limited c. República de Kenya (Caso ARB/00/7). Concesión para la explotación de un duty free. El laudo fue emitido el 4 de octubre de 2006.

67. Ridgepointe Overseas Developments Ltd. c. República Democrática del Congo y Générale des Carriéres et des Mines (Caso ARB/00/8). Concesión para la explotación de cobalto y cobre. El procedimiento se archivó a instancia de las partes.

68. Generation Ukraine Inc c. Ucrania (Caso ARB/00/9). Contrato de construcción de un edificio de oficinas. Se dictó laudo en septiembre de 2003.

69. Impregilo, S.p.A y Rizzani De Eccher S.p.A. c. Emiratos Árabes Unidos (Caso ARB/01/1). Contrato de construcción de una mezquita. El caso se archivó a solicitud del demandante.

70. AES Summit Generation Limited c. República de Hungría (Caso ARB/01/4). Contrato de compra de electricidad. Las partes arribaron a una transacción.

71. Société d'Exploitation des Mines d'Or de Sadiola S.A. c. República de Mali (Caso ARB/01/5). Concesión minera. El laudo se emitió en febrero de 2003.

72. AIG Capital Partners, Inc y CJSC Tema Real Estate Company c. República de Kazakhtan (Caso ARB/01/6). Construcción de complejos residenciales. El laudo se dictó en octubre de 2003.

73. Booker plc c. República de Guyana (Caso ARB/01/9). Documento de deuda. El árbitro dispuso el archivo del procedimiento.

74. Noble Ventures Inc. c. Rumania (Caso ARB/01/11). Contrato de compra de acciones. El procedimiento culminó en un laudo emitido el 12 de octubre de 2005.

75. Azurix Corporation c. República de Argentina (Caso ARB/01/12). Concesión de servicio de agua. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción mediante decisión de 8 de diciembre de 2003. Con fecha 14 de julio de 2006, se emitió el laudo arbitral.

76. SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/01/13). Contrato de servicios de supervisión de exportaciones. Las partes arribaron a una transacción.

77. F-W Oil Interests Inc. c. Trinidad & Tobago (Caso ARB/01/14). Contrato de explotación de petróleo y gas. El caso culminó con un laudo dictado el 3 de marzo de 2006.

78. Impregilo S.p.A c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/02/2). Proyecto de construcción. Se archivó.

79. Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia (Caso ARB/02/3). Concesión de servicio de agua. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción, mediante decisión de 21 de octubre de 2005. Seguidamente, las partes arribaron a una transacción.

80. Lafarge c. República de Camerún (Caso ARB/02/4). Empresa cementera. El Secretario General dispuso archivar el procedimiento.

81. IBM World Trade Corporation c. República de Ecuador (Caso ARB/02/10). Se dictó laudo incorporando la transacción arribada por las partes el 22 de julio de 2004.

82. Enrho St Limited c. República de Kazarkhstan (Caso ARB/02/11). Empresa de energía. Las partes arribaron a una transacción.

83. JacobsGibb Limited c. Reino de Jordania (Caso ARB/02/12). Las partes arribaron a una transacción.

84. Salini Construttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Jordania (Caso ARB/02/13). Proyecto de construcción de una represa. El tribunal arbitral emitió resolución acerca de su jurisdicción el 29 de noviembre de 2004 y dictó el laudo arbitral el 31 de enero de 2006.

85. CDC Group plc c. República de Seychelles (Caso ARB/02/14). Documentos de deuda. El laudo fue emitido el 17 de diciembre de 2003. Recurrido en anulación, fue desestimado mediante decisión de una Comisión Ad Hoc de 29 de junio de 2005.

86. TG World Petroleum Limited c. República de Niger (Caso CONC/03/1). Concesión de explotación de petróleo. El caso culminó en una transacción en el año 2005.

87. Ed. Zublin AG c. Reino de Arabia Saudita (Caso ARB/03/1). Construcción de edificios de universidad. Las partes arribaron a una transacción.

88. Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/03/3). Proyecto de una hidroeléctrica. Las partes arribaron a una transacción en el año 2005, luego de que el tribunal arbitral declarara que tenía jurisdicción para conocer esta controversia el 22 de abril de 2005.

89. Consortium Groupement L.E.S.I. –DIPENTA c. Argelia (Caso ARB/03/8). Construcción de una represa. Laudo emitido el 10 de enero de 2005.

90. Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/03/11). Proyecto de una mina de fosfato. Se dictó un laudo declinando jurisdicción el 6 de agosto de 2004. Iniciado un proceso de anulación, las partes arribaron a una transacción en el año 2005.

91. Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. y Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/12). Concesión eléctrica. Las partes arribaron a una transacción en el año 2005.

92. ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría (Caso ARB/03/16). Proyecto de un aeropuerto. El tribunal arbitral emitió laudo el 2 de octubre de 2006.

93. Western NIS Enterprise Fund c. Ucrania (Caso ARB/04/2). Contrato de joint venture para la producción de aceite. Las partes arribaron a una transacción en el año 2006.

94. Alstom Power Italia SpA y Alstom SpA c. República de Mongolia (Caso ARB/04/10). Proyecto de una central de generación eléctrica. Las partes arribaron a una transacción en el año 2006.

95. Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría (Caso ARB/04/15). Concesión de telecomunicaciones. Se emitió el laudo arbitral el 13 de septiembre de 2006.

96. Interbrew Central European Holding B.V. c. República de Eslovenia (Caso ARB/04/17). Fábrica de cerveza. Las partes arribaron a una transacción en el año 2005.

97. France Telecom S.A. c. República Argentina (Caso ARB/04/18). Concesión de telecomunicaciones. Se llegó a una transacción en el año 2006.

98. RGA Reinsurance Company c. República Argentina (Caso ARB/04/20). Servicios de reaseguros financieros. Se arribó a una transacción en el año 2006.

99. Motorola Credit Corporation, Inc. c. República de Turquía (Caso ARB/04/21). Empresa de comunicaciones celulares. Las partes transaron su disputa en el año 2005.

100. Togo Electricité c. República de Togo (Caso CONC/05/1). Concesión de electricidad. El caso concluyó en el año 2006.

Por su parte, a octubre de 2006,[73] estos son los casos pendientes de solución:

1. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso ARB/97/3). Contrato de concesión de agua. Laudo dictado en noviembre de 2000. El laudo fue anulado por una Comisión Ad Hoc designada para estos efectos mediante decisión de 3 de julio de 2002 y se ha iniciado un nuevo procedimiento arbitral.

2. Víctor Pey Casado y Fundación Allende c. República de Chile (Caso ARB/98/2). Empresa de publicidad. En etapa de pruebas.

3. Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo (Caso ARB/99/7). Conflicto referido a un bufete de abogados. Se dictó laudo en mayoría el 9 de febrero de 2004. Se ha iniciado un procedimiento de anulación.

[73] No se consideran los procedimientos arbitrales iniciados ante el Mecanismo Complementario del CIADI que será tratado más adelante. Ver infra punto No. XII.9.

4. Antoine Goezt y otros c. República de Burundi (Caso ARB/01/2). Contrato de explotación minera y otros. El procedimiento se encuentra suspendido.

5. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina (Caso ARB/01/3). Contrato de transporte de gas natural. Se ha emitido decisión sobre jurisdicción el 14 de enero de 2004. En trámite.

6. Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile (Caso ARB/01/7). Construcción de complejo residencial y comercial. El laudo ha sido dictado el 25 de mayo de 2004. Se ha iniciado un proceso de anulación.

7. CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina (Caso ARB/01/8). Empresa distribuidora de gas. El tribunal arbitral resolvió la impugnación a su jurisdicción, mediante resolución de 17 de julio de 2003. El 12 de mayo de 2005, se emitió el laudo arbitral. Se ha iniciado un proceso de anulación.

8. Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (Caso ARB/01/10). Contrato de explotación petrolera. Se dictó laudo el 20 de febrero de 2004. Se ha iniciado un proceso de anulación.

9. LG&E Energy Corporation, LG&E Capital Corporation y LG&E International Inc. c. República de Argentina (Caso ARB/02/1). Contrato de distribución de gas. El tribunal arbitral se declaró competente, mediante decisión de 30 de abril de 2004. En trámite.

10. PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation y Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía (Caso ARB/02/5). Proyecto de estación de generación eléctrica. El tribunal arbitral ha declarado que tiene jurisdicción, mediante decisión de 4 de junio de 2004. En trámite.

11. SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas (Caso ARB/02/6). Contrato de servicios. El tribunal arbitral dispuso suspender el procedimiento en su decisión sobre jurisdicción de 29 de enero de 2004.

12. Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (Caso ARB/02/7). Concesión para la administración de un puerto. Se dictó laudo arbitral el 7 de julio de 2004. Se ha iniciado proceso de anulación.

13. Siemens A.G. c. República Argentina (Caso ARB/02/8). Contrato de servicios informáticos. El tribunal arbitral ha declarado que tiene jurisdicción, mediante decisión de 3 de agosto de 2004. En trámite.

14. Champion Trading Company y otros c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/02/9). Empresa de procesamiento de algodón. El tribunal arbitral ha declarado que tiene jurisdicción, mediante decisión de 9 de agosto de 2004. En trámite.

15. Ahmonseto Inc. y otros c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/02/15). Empresa de textiles. En trámite.

16. Sempra Energy International c. República de Argentina (Caso ARB/02/16). Empresa de distribución de gas. En su decisión de 11 de mayo de 2005, el tribunal arbitral ha declarado que tiene jurisdicción. En trámite.

17. AES Corporation c. República de Argentina (Caso ARB/02/17). Empresa de generación y distribución de electricidad. Ante el pedido de las partes, el procedimiento se encuentra suspendido.

18. Tokios Tokelés c. Ucrania (Caso ARB/02/18). Empresa Gráfica. Decisión sobre jurisdicción emitida el 29 de abril de 2004. En trámite.

19. Camuzzi International S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/2). Empresa de distribución de gas. El tribunal arbitral declaró que tiene jurisdicción, mediante decisión de 11 de mayo de 2005. En trámite.

20. Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. República del Perú (Caso ARB/03/4). Fábrica de fideos. El tribunal arbitral dictó laudo el 7 de febrero de 2005, declinando jurisdicción. Se ha iniciado un proceso de anulación.

21. Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/5). Empresa de fabricación de

automóviles. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción, mediante decisión de 27 de abril de 2006. En trámite.

22. M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine Inc. c. República del Ecuador (Caso ARB/03/6). Empresa de generación eléctrica. Pendiente decisión sobre jurisdicción.

23. Camuzzi International S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/7). Empresa de distribución y transporte de electricidad. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción, mediante decisión de 10 de junio de 2005. En trámite.

24. Continental Casualty Company c. República de Argentina (Caso ARB/03/9). Compañía de Seguros. Pendiente decisión sobre jurisdicción.

25. Gas Natural SDG, S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/10). Compañía de distribución de gas. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción, mediante decisión de 17 de junio de 2005. Se encuentra suspendido a pedido de las partes.

26. Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República de Argentina (Caso ARB/03/13). Concesión eléctrica. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción, mediante decisión de 27 de julio de 2006. En trámite.

27. Miminco LLC y otros c. República Democrática del Congo (Caso ARB/03/14). Concesión de una mina de diamantes. En trámite.

28. El Paso Energy International Company c. República de Argentina (Caso ARB/03/15). Concesión eléctrica. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción, mediante decisión de 27 de abril de 2006. En trámite.

29. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/17). Concesión de servicios de agua. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción, mediante decisión de 16 de mayo de 2006. En trámite.

30. Aguas Cordobesas, S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/18). Concesión de servicios de agua. Pendiente decisión sobre jurisdicción. Se encuentra suspendido a solicitud de las partes.

31. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/19). Concesión de servicios de agua. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción, mediante decisión de 3 de agosto de 2006. En trámite.

32. Telefónica S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/20). Empresa de telecomunicaciones. Pendiente decisión sobre jurisdicción. Se encuentra suspendido a solicitud de las partes.

33. Enersis, S.A. y otros c. República de Argentina (Caso ARB/03/21). Empresa de distribución eléctrica. Pendiente decisión sobre jurisdicción. Se encuentra suspendido a solicitud de las partes.

34. Electricidad Argentina S.A. y EDF International S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/22). Empresa de distribución eléctrica. Pendiente decisión sobre jurisdicción. Se encuentra suspendido a solicitud de las partes.

35. EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/23). Empresa de distribución eléctrica. Se encuentra suspendido a solicitud de las partes.

36. Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso ARB/03/24). Refinería de petróleo. El tribunal arbitral emitió resolución acerca de su jurisdicción el 8 de febrero de 2005. En trámite.

37. Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas (Caso ARB/03/25). Construcción de terminal aéreo. En trámite.

38. Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador (Caso ARB/03/26). Empresas de inspecciones técnicas vehiculares. El tribunal arbitral ha emitido laudo el 2 de agosto de 2006.

39. Unisys Corporation c. República de Argentina (Caso ARB/03/27). Proyecto de manejo de información. En trámite.

40. Duke Energy International Peru Investment No. 1 Ltd. c. República del Perú (Caso ARB/03/28). Concesión de generación eléctrica. El tribunal arbitral ha declarado que tiene jurisdicción, mediante decisión de 1 de febrero de 2006.

41. Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/03/29). Construcción de autopista. El tribunal arbitral ha declarado que tiene jurisdicción, mediante decisión de 14 de noviembre de 2005.

42. Azurix Corp. c. República de Argentina (Caso ARB/03/30). Concesión de servicios de agua. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

43. Total S.A. c. República Argentina (Caso ARB/04/1). Concesión para la producción y distribución de gas y planta de generación eléctrica. El tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción, mediante decisión de 25 de agosto de 2006. En trámite.

44. Cemex Asia Holdings Ltd. c. Indonesia (Caso ARB/04/3). Empresa cementera. En trámite.

45. SAUR International c. República Argentina (Caso ARB/04/4). Concesión de servicios de agua potable. Se encuentra suspendido a solicitud de las partes.

46. Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. República de Gabón (Caso ARB/04/5). Concesión de ferrocarril. En trámite.

47. OKO Asuuspankkien Keskuspankki Oyj y otros c. República de Estonia (Caso ARB/04/6). Documentos de deuda. En trámite.

48. Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile (Caso ARB/04/7). Compañía pesquera. En trámite.

49. BP America Production Company y otros c. República Argentina (Caso ARB/04/8). Concesión para la

explotación de carbón y proyecto de generación eléctrica. En trámite.

50. CIT Group Inc. c. República Argentina (Caso ARB/04/9). Empresa de leasing. En trámite.

51. Russell Resources International Limited y otros c. República Democrática de Congo (Caso ARB/04/11). Concesión minera. En trámite.

52. ABCI Investments N.V. c. República de Túnez (Caso ARB/04/12). Adquisición de acciones. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

53. Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/04/13). Proyecto de dragado. En trámite.

54. Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina (Caso ARB/04/14). Concesión para la producción de petróleo y gas. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

55. Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. c. República Argentina (Caso ARB/04/16). Concesión para la producción de gas. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

56. Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República de Ecuador (Caso ARB/04/19). Proyecto de generación de energía eléctrica. En trámite.

57. DaimlerChrysler Services AG c. República Argentina (Caso ARB/05/01). Empresa de leasing. En trámite.

58. Compañía General de Electricidad S.A. y CGE Argentina S.A. c. República Argentina (Caso ARB/05/02). Concesión de distribución de electricidad. En trámite.

59. LESI, S.p.A. y Astaldi, S.p.A. c. Argelia (Caso ARB/05/3). Construcción de una represa. El tribunal arbitral ha declarado que tiene jurisdicción, mediante decisión de 12 de julio de 2006.

60. I&I Beheer B.V. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso ARB/05/4). Documentos de deuda. En trámite.

61. TSA Spectrum de Argentina, S.A. c. República Argentina (Caso ARB/05/5). Concesión de telecomunicaciones. En trámite.

62. Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. República de Zimbabwe (Caso ARB/05/6). Haciendas comerciales. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

63. Saipem S.p.A c. República de Bangladesh (Caso ARB/05/7). Proyecto de gaseoducto. En trámite.

64. Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania (Caso ARB/05/8). Concesión de playa de estacionamiento. En trámite.

65. Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC) c. República de Ecuador (Caso ARB/05/9). Compañía eléctrica. En trámite.

66. Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia (Caso ARB/05/10). Contrato de salvataje. En trámite.

67. Asset Recovery Trust S.A. c. República Argentina (Caso ARB/05/11). Papeles comerciales. En trámite.

68. Noble Energy Inc. y Machala Power Cía Ltd. c. República de Ecuador y el Consejo Nacional de Electricidad (Caso ARB/05/12). Empresa de electricidad. En trámite.

69. EDF (Services) Limited c. Rumania (Caso ARB/05/13). Servicio de duty free. En trámite.

70. RSM Production Corporation c. Grenada (Caso ARB/05/14). Contrato de exploración de petróleo. En trámite.

71. Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecci c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/05/15). Proyecto de un resort. En trámite.

72. Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazakhstán (Caso ARB/05/16). Empresa de telecomunicaciones. En trámite.

73. Desert Line Projects LLC c. República de Yemen (Caso ARB/05/17). Contrato de construcción de caminos. En trámite.

74. Ioannis Kardossopoulos c. Georgia (Caso ARB/5/18). Empresa de distribución de gas y petróleo. En trámite.

75. Helnan Internacional Hotels A/S c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/05/19). Contrato de arrendamiento financiero de un hotel. El tribunal arbitral emitió decisión sobre jurisdicción el 17 de octubre de 2006.

76. Ioan Micula, Viorel Micula y otros c. Rumania (Caso ARB/05/20). Contrato de producción de alimentos. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

77. African Holding Company of America, Inc. y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. República Democrática del Congo (Caso ARB/05/21). Contrato de construcción. En trámite.

78. Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania (Caso ARB/05/22). Concesión de servicios de saneamiento. En trámite.

79. Ares Internacional S.r.l. y MetalGeo S.r.l. c. Georgia (Caso ARB/05/23). Industria del acero. En trámite.

80. Hrvatska Elecktroprivreda d.d. c. República de Eslovenia (Caso ARB/05/24). Planta de energía nuclear. En trámite.

81. Spyridon Roussalis c. Rumania (Caso ARB/06/1). Compañía de comercialización de alimentos. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

82. Química e Industrial del Borax Ltda. y otros c. República de Bolivia (Caso ARB/06/2). Concesión minera. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

83. The Rompetrol Group N.V. c. Rumania (Caso ARB/06/3). Refinería de petróleo. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

84. Vestey Group Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso ARB/06/4). Compañía agrícola. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

85. Phoenix Action Ltd. c. República Checa (Caso ARB/06/5). Proyecto de industria metalmecánica. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

86. Rail World LLC y otros c. República de Estonia (Caso ARB/06/6). Compañía de ferrocarriles. En trámite.

87. Togo Electricité c. República de Togo (Caso ARB/06/7). Concesión eléctrica. En trámite.

88. Libananco Holdings Co. Limited c. República de Turquía (Caso ARB/06/8). Concesión de generación y distribución eléctrica. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

89. Branimir Mensik c. República de Eslovaquia (Caso ARB/06/9). Proyecto de explotación de agua mineral. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

90. Chevron Block Twelve & Chevron Blocks Thirteen and Fourteen c. República de Bangladesh (Caso ARB/06/10). Exploración y explotación de gas natural. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

91. Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Caso ARB/06/11). Concesión de hidrocarburos. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

92. Scancem Internacional ANS c. República de Congo (Caso ARB/06/12). Producción y distribución de cemento. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

93. Aguaytia Energy, LLC c. República de Perú (Caso ARB/06/13). Generación y transmisión de electricidad. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

94. Shell Brands Internacional AG y Shell Nicaragua S.A. c. República de Nicaragua (Caso ARB/06/14). Marcas. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

95. Azpetrol Internacional Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. y Azpetrol Oil Services Group B.V. c. República de Azerbaiján (Caso ARB/06/15). Compañía de distribución y transporte de gas y petróleo. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

96. Barmek Holding A.S. c. República de Azerbaiján (Caso ARB/06/16). Concesión eléctrica. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

XII.3. **CONDICIONES PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL DEL CIADI**

De conformidad con el artículo 25° de este tratado,[74] para que proceda el arbitraje bajo los auspicios del CIADI, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:[75]

- Que exista consentimiento por escrito de someter el conflicto al arbitraje del CIADI.[76]

---

[74] Christoph Schreuer, "*Commentary on the ICSID Convention, Article 25*", ob. cit., p. 319. "*Article 25 is the core provision on jurisdiction…*".

[75] Georges R. Delaume, "*ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects*". En: Pace Law Review, Vol. 5, 1985, p. 557.

[76] El CIADI, a diferencia del resto de instituciones arbitrales que ofrecen una cláusula modelo multi-propósitos, ha desarrollado 22 cláusulas arbitrales (cláusulas modelos) aplicables para diferentes escenarios, con una explicación de cada una de ellas:

Cláusula 1. Consentimiento con respecto a diferencias futuras.
Cláusula 2. Consentimiento con respecto a diferencias existentes.
Cláusula 3. Estipulación de que la transacción constituye una inversión.
Cláusula 4. Limitación de las diferencias que pueden someterse al Centro en razón de la materia.
Cláusula 5. Subdivisión política u organismo público.
Cláusula 6. Estipulación relativa a la nacionalidad del inversionista.
Cláusula 7. Acuerdo acerca de que una persona jurídica está sujeta al control de otro estado.
Cláusula 8. Amparo de los derechos del inversionista después del pago de una indemnización.
Cláusula 9. Método para constituir el tribunal.
Cláusula 10. Especificación del sistema jurídico para el derecho aplicable.
Cláusula 11. Facultad de decidir ex aequo et bono.
Cláusula 12. Acuerdo acerca de la no exclusión de otros recursos.
Cláusula 13. Requisito de agotamiento de los recursos locales.
Cláusula 14. Medidas provisionales.
Cláusula 15. Renuncia a la inmunidad con respecto a la ejecución del laudo.
Cláusula 16. Uso de la versión vigente de las reglas procesales.
Cláusula 17. Sustitución de reglas procesales especiales.
Cláusula 18. División de las costas.

- Que la disputa sea entre un Estado Miembro y el nacional de otro Estado Miembro.

- Que se trate de una disputa de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.[77]

Pasemos a analizar cada uno de estos requisitos por separado.

XII.3.1. **Consentimiento por escrito**

Como hemos mencionado, el artículo 25° del Convenio CIADI dispone que las partes tienen que acordar "por

---

Cláusula 19. Lugar de tramitación del proceso.
Cláusula 20. Conciliación y arbitraje conforme al Mecanismo Complementario.
Cláusula 21. Comprobación de hechos del Mecanismo Complementario.
Cláusula 22. Designación del Secretario General del CIADI como autoridad facultada para nombrar árbitros ad hoc. Estas cláusulas se ubican en: www.worldbank.org/icsid/model-clauses-spa/main-spa.htm.

[77] "Artículo 25°.- Jurisdicción del Centro
(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.
(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.
(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.
(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".

escrito", el someter una controversia al arbitraje del CIADI.[78]

XII.3.1.1. **Consentimiento "por escrito" a partir de un convenio arbitral**

La manera tradicional como se da cumplimiento a éste requisito del consentimiento "por escrito", es mediante la celebración de un convenio arbitral entre el estado receptor de la inversión y el inversionista[79] antes o después de que nazca el conflicto,[80] contenido en el

---

[78] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.3. Consent to Arbitration**, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 5. *"Participation in the Convention alone does not carry any obligation or even expectation that there will be consent to jurisdiction. A Contracting State remains free as to whether or not, and if so to what extent, it wishes to give consent"*.

[79] La cláusula modelo 1 del CIADI aplicable a conflictos futuros, dispone lo siguiente: "El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el 'Estado Receptor') y nombre del inversionista (en adelante denominado 'el Inversionista') convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el 'Centro') toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el 'Convenio')".

Por su parte, la cláusula modelo 2 del CIADI aplicable a conflictos actuales, dispone lo siguiente: "El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el 'Estado Receptor') y nombre del inversionista (en adelante denominado 'el Inversionista') convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el 'Centro') para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la siguiente diferencia surgida de la inversión que se describe a continuación:...".

[80] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 7. *"The majority of cases brought to ICSID arbitration are based on agreements between the parties containing a consent clause for future disputes. Agreements to submit to the Centre disputes that have arisen already are rare".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 194. *"An agreement between the parties recorded in a single instrument is the most common form of consent. This may be achieved through a compromissory clause in an investment agreement between*

contrato de inversión que celebran para dichos efectos,[81] en un documento independiente o en un intercambio de comunicaciones.[82]

---

the host State and the investor submitting future disputes arising from the investment operation to ICSID jurisdiction. It is equally possible to submit a dispute that has already arisen between the parties through consent expressed in a compromis. Therefore, consent may be given with respect to existing or future disputes…". C. Ignacio Suárez Anzorena, "Introducción a los requisitos ratione materiae y ratione personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI". En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 2, Lima, 2006, p. 270. "La forma más utilizada para expresar este tipo de consentimiento es la de un acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, en donde se acuerda someter ciertas disputas futuras a la jurisdicción del Centro. Otra modalidad posible es la de un compromiso arbitral, sometiendo a la jurisdicción del Centro una disputa ya existente. Este último supuesto no es usual dado que usualmente las partes son reticentes a acordar mecanismos de solución de disputas alternativas, luego de surgido un conflicto".

[81] Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, "*The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 302. Los autores citan el reporte del Directorio Ejecutivo del Banco Mundial de 1965, en el que se indica lo siguiente: *"Consent may be given, for example, in a clause included in an investment agreement, providing for the submission to the Centre of future disputes arising out of that agreement, or in a compromis regarding a dispute which has already arisen".* Kathigamar V.S.K. Nathan, *"Submissions to the International Centre for Settlement Disputes in Breach of the Convention"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 12, No. 1, 1995, p. 27. *"Submission to ICSID arbitration can take place pursuant to:*
(i) contracts or contractual arrangements, between a State or State entity and a foreign national, which contain an arbitration clause providing for ICSID arbitration".

[82] Como explica Broches, nada impide que el convenio arbitral se genere de un intercambio de comunicaciones o que conste en un documento independiente al contrato de inversión. Aron Broches, *"The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction"*, ob. cit., p. 268. *"With respect to the manner in which consent may be given, the Report comments as follows:*
Consent may be given, for example, in a clause included in an investment agreement, providing for the submission to the Centre of future disputes arising out of that agreement or in a compromis regarding a dispute which has already arisen. Nor does the Convention require that the consent of both parties be expressed in a single instrument".

Sobre este particular, Delaume identifica el caso Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), en el que el convenio arbitral se generó a partir de una solicitud en ese sentido formulada por el inversionista a la autoridad estatal responsable de la inversión foránea, la que seguidamente aprobó la solicitud. Georges Delaume, *"ICSID Arbitration: Practical Considerations"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 1, No. 2, 1984, p. 104. *"In Amco-Asia et al v. the Republic of Indonesia… the arbitration clause was contained in an application submitted in 1968 by the applicant, a United States Corporation to the Indonesian Investment board. The application was approved. During the proceedings, the respondent argued that this application did not constitute 'express consent in writing' to the ICSID machinery. The Tribunal disagreed. It held that: While a consent in writing to ICSID arbitration is indispensable, since it is required by article 25(1) of the Convention,*

Así, por ejemplo, podemos hacer referencia al convenio arbitral suscrito entre el Estado peruano y la empresa Duke Energy International Perú Investment No 1, Ltd., incorporado en el Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado el 24 de julio de 2001: "Novena.- Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente Convenio se resuelva de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio, será sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser resuelta mediante arbitraje internacional de derecho sujetándose a las Reglas sobre Conciliación y Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, aprobado por el Perú, mediante Resolución Legislativa No. 26210.
Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida".[83]

---

such consent in writing is not be expressed in a solem, ritual and unique formulation. The Investment agreement being in writing, it suffices to establish that its interpretation in good faith shows that the parties agreed to ICSID arbitration… To conclude, there is a written consent to ICSID arbitration in the investment agreement… The formal requirement of article 25(1) of the Convention is thus fulfilled and what is left, is to interpret said written consent. Such interpretation will lead the Tribunal to decide that the arbitration clause may be invoked by (the applicant) over which it has, accordingly, jurisdiction". El laudo arbitral se ubica en: ICSID Reports No. 1, 1993, pp. 509 y ss.

[83] En: www.proinversion.gob.pe/transparencia/docs/convenios-pdf/d_year_inv.asp. Para un análisis preciso de los Convenios de Estabilidad Jurídica celebrados por el Estado peruano, ver infra punto No. XIII.4.

Al momento en que se escriben estas líneas, existe un procedimiento arbitral seguido por Duke Energy International Perú Investment No 1, Ltd. c. República del Perú (Caso ARB/03/28), al amparo del pacto arbitral citado. Con fecha 1° de febrero de 2006, el tribunal arbitral ha declarado que tiene jurisdicción para conocer la demanda referida a la violación de las garantías de no discriminación e igualdad de trato, estabilización del impuesto a la renta y libertad en la repatriación de utilidades contenidas en el Convenio de Estabilidad Jurídica, debido a una acotación tributaria realizada por la Superintendencia de Administración Tributaria (Sunat) a la firma Egenor –receptora de la inversión de Duke. La decisión sobre jurisdicción se ubica en: www.investmentclaims.com/decisions/Duke-Jurisdiction.pdf.

También identificamos que la empresa Aguaytia Energy, LLC ha iniciado un procedimiento arbitral contra el Estado peruano (Caso ARB/06/13) al amparo de la cláusula novena del Convenio de Estabilidad Jurídica de fecha 17 de mayo de 1996, que contiene un pacto expreso de sometimiento a la

La existencia de este tipo de consentimiento por escrito no genera mayor problema[84] y ha sido la forma en que tradicionalmente los estados han pactado con los inversionistas el acceso a la mecánica del CIADI.[85]

---

jurisdicción del CIADI. Desgraciadamente a la fecha en que se escriben estas líneas, no existe información pública acerca del contenido de los reclamos.

[84] Cuando quién suscribe el convenio arbitral es una "subdivisión política u organismo público", debe recordarse que el artículo 25(3) del Convenio CIADI exige la aprobación expresa del estado receptor de la inversión, salvo que éste notifique al CIADI que tal aprobación no es necesaria. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., pp. 41-42. *"Approval may be contained in a separate agreement between the host State and the investor. On the approval may be contained in an instrument of designation communicated to the Centre. It may be practical to obtain approval by way of making the host State a party to the consent agreement. Alternatively, written approval by the host State may be affixed directly to the agreement between the constituent subdivision or agency and the investor. In addition, the consent clause may confirm that the investor's partner is indeed a designated subdivision or agency".* Para un mayor análisis, ver infra punto No. XII.3.2.1.

[85] Emmanuel Gaillard, *"The International Centre for Settlement of Investment Disputes"*. En: The New York Law Journal, April 2, 1998, p. 1. *"Until recently, in most arbitrations before the center, ICSID derived its jurisdiction from specific arbitration clauses in the parties' contracts that make explicit reference to ICSID in an arbitration clause"*.

Entre los casos que fueron ingresados al CIADI al amparo de un convenio arbitral suscrito antes de que surja una controversia, tenemos, por ejemplo, los siguientes: Holidays Inns S.A. y Occidental Petroleum c. Marruecos (Caso ARB/72/1), Adriano Gardella SpA c. Costa de Marfíl (Caso ARB/74/1), Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c. Jamaica (Caso ARB/74/2), Kaiser Bauxite Co. c. Jamaica (Caso ARB/74/3), Reynolds Jamaica Mines, Ltd. y Reynolds Metals Co. c. Jamaica (Caso ARB/74/4), AGIP SpA c. República Popular del Congo (Caso ARB/77/1), S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo (Caso ARB/77/2), Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. y Klockner Handel-smaatschappij B.V. c. República del Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Caso ARB/81/2), Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal (Caso ARB/82/1), Liberian Eastern Timber Corporation y Letco Lumber Industry Corporation c. República de Liberia (Caso ARB/83/2), Atlantic Triton Company Ltd. c. República Revolucionaria Popular de Guinea (Caso ARB/84/1), Mobil Oil Corporation y otros c. Nueva Zelanda (Caso ARB/87/2) y Vacuum Salt Products Ltd. c. República de Ghana (Caso ARB/92/1).

Por su parte, existen algunos pocos casos que han sido sometidos al CIADI al amparo de un convenio arbitral suscrito una vez surgida la controversia, destacando los siguientes: Swiss Aluminium Ltd. e Icelandic Aluminium Co. Ltd. c. Islandia (Caso ARB/83/1), Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4) y Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica (Caso ARB/96/1).

Sin embargo, como veremos seguidamente, también se considera que existe consentimiento, cuando el estado acepta de antemano someterse al CIADI en su ley sobre inversiones o mediante la aplicación de algún tratado, y el inversionista exprese su conformidad.[86]

XII.3.1.2. **Consentimiento "por escrito" a partir de la legislación nacional sobre inversiones**

Como explica Shihata,[87] "en el Reporte acerca de la Convención, los Directores Ejecutivos del Banco Mundial sugirieron, como una alternativa al consentimiento manifestado en un solo documento, que 'el Estado receptor de la inversión puede ofrecer en su legislación local sobre inversiones el sometimiento de disputas que surjan de cierta clase de inversiones al Centro, y que el inversionistas puede dar su consentimiento aceptando tal oferta por escrito'".[88]

---

[86] Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, "*The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes",* ob. cit., p. 567. *"Consent may also result from the acceptance by an investor of a unilateral offer made by a Contracting State either in its investment legislation or in a bilateral treaty with the Contracting State of which the investor is a national". G*eorges R. Delaume, *"ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects",* ob. cit., p. 567. *"Consent may also result from the acceptance by an investor of a unilateral offer made by a Contracting State either in its investment legislation or in a bilateral treaty with the Contracting State of which the investor is a national".*

[87] Traducción libre del autor. Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The case of Arbitration under the ICSID Convention"*, ob. cit., pp. 52-53. "I*n their 1965 Report on the Convention, the Executive Directors of the World Bank suggested, as one alternative to consents in a single instrument, that a 'host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investment to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing'".* El propio Shihata explica que a la fecha de su artículo (1994), alrededor de 20 estados ofrecían el acceso al CIADI en sus leyes sobre inversiones: *"Since the Convention was opened for signature in 1965, some 20 countries have followed this suggestion and included in their investment legislation provisions containing such a general 'offers' or consents to submit disputes with foreign investors to arbitration under the ICSID Convention".*

[88] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 6. *"Another technique… is a provision in the national legislation of the host State, most often its investment code. Such a provision offers ICSID dispute settlement to foreign investors in general terms. Many capital importing countries have adopted such provisions".*

Generalmente esta clase de ofrecimiento unilateral se encuentra incluido en las leyes sobre tratamiento de las inversiones foráneas como, por ejemplo, en el artículo 8(2) de la Ley de Inversión Extranjera de Albania No. 7764 de 2 de noviembre de 1993: "...el inversionista extranjero puede someter la disputa para su resolución y la República de Albania da su consentimiento expreso a tal sometimiento, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones".[89]

Conforme a esta disposición legal, en el caso Tradex Hellas S.A. c. República de Albania (Caso ARB/94/2), el

---

[89] Traducción libre del autor. Ibídem, pp. 11-13. "[T]*he foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic of Albania hereby consents to the submission thereof, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes".* En esta obra sobre la Convención del CIADI se afirma que disposiciones similares a la de Albania pueden ubicarse en las legislaciones sobre inversiones de la República del África Central (1988), Costa de Marfíl (1984) y Mauritania (1989). Además se señala que otras legislaciones como las de Camerún (1990), Kazakhtán (1995), Somalia (1991) y Zambia (1991), si bien no son tan claras, puede inferirse la misma consecuencia: *"...national laws state that the foreign investor 'shall be entitled to request' that the dispute be conclusively settled by one of several methods including the ICSID Convention, that any of the parties to the dispute 'may transfer the dispute' to one of several institutions, including ICSID, or that the dispute 'shall be settled' by one of these methods".* En cambio, otras legislaciones sobre inversiones, como las de El Salvador (1988), Madagascar (1989), Malawi (1991), Mozambique (1993), Yugoslavia (1988), Egipto (1989), entre otras, sí exigen que se celebre entre el estado receptor de la inversión y el inversionista un convenio arbitral específico: *"Some legislative provisions referring to the settlement of disputes by ICSID make it clear that further action on the part of the host State is necessary to establish consent".*

Antonio R. Parra, *"The role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes".* En: ICSID News, Vol. 16, No. 1, 1999, p. 3. *"Since the ICSID Convention was opened for signature in 1965, some 30 countries have… included in their investment legislation provisions containing such general 'offers' or consents to submit disputes with foreign investors to ICSID arbitration. A simple provision of this kind provides that all disputes between the State and foreign investors over the interpretation or application of the investment law concerned shall, unless the disputing parties agree otherwise, be settled by arbitration under the ICSID Convention or, if the investor is not a national of a Contracting State, then by arbitration under the ICSID Additional Facility Rules".* Franz Kundmuller Caminiti, "ICSID, 'bella durmiente' despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera", ob. cit., p. 14. "...un número superior a los 50 estados parte del Convenio ICSID han adoptado legislación interna que establece el sometimiento al arbitraje y conciliación de ICSID". Andrés Rigo Sureda, *"ICSID: An Overview"*, ob. cit., p. 167. *"…there are more than fifty Contracting Parties that have introduced legislation on investments permitting ICSID arbitration or conciliation".* Sobre la legislación peruana, ver infra punto No. XIII.5.

tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 24 de diciembre de 1996, consideró que efectivamente existía consentimiento para arbitrar ante el CIADI, aunque limitado a controversias relativas a expropiaciones.[90]

En estos casos, como el Convenio CIADI exige que las partes consientan por escrito, el inversionista necesariamente deberá aceptar la oferta por escrito, cuidando de observar, cuando corresponda, las condiciones, plazos y formalidades que cada legislación disponga sobre el particular[91] o simplemente podrá iniciar un procedimiento arbitral ante el CIADI mientras esa legislación permanezca vigente.[92]

---

[90] *"Starting with Art. 25 of the ICSID Convention, the Tribunal notes that although consent by written agreement is the usual method of submission to ICSID jurisdiction, it can now be considered as established and not requiring further reasoning that such consent can also be effected unilaterally by a Contracting State in its national laws the consent becoming effective at the latest if and when the foreign investor files its claim with ICSID making use of the respective national law. Therefore, the 1993 Law together with Tradex's Request for Arbitration must be considered as sufficient consent..."*. El fallo ha sido publicado en ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 1, 1999, pp. 161 y ss.

[91] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 14. *"The investor may express its acceptance in a variety of ways… These include an investment agreement with the host State, a simple communication to the host State that consent to ICSID's jurisdiction in accordance with the legislation is accepted, a statement contained in an application for an investment license or a mere application if under the law in question the successful applicant automatically gets specified benefits including access to ICSID".* Michael M. Moore, *"International Arbitration between States and Foreign Investors -The World Bank Convention"*, ob. cit., p. 1370. *"The consent must be in writing, but in order to accommodate the various methods States use to carry out their investment promotion programs, that consent may be manifested in a variety of ways. If the State's investment promotion program contemplates individual agreements between the State and foreign investors, the consent may be included as a clause in a specific investment agreement. If the State's investment program is based on legislation of general application to interested foreign investors, the consent may be expressed by the State by a clause in that investment promotion legislation. The investor, in turn, may express his consent by written notification to the State that he assents to the jurisdiction of the Settlement Centre"*.

[92] Jan Paulsson, *"Arbitration without Privity"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 10, No. 2, 1995, p. 234. *"The principle that national investment laws may create compulsory arbitration without privity is beyond cavil. The Report of the Executive Directors of the World Bank that accompanied the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) stated in paragraph 24 that 'a host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain*

Y esto último resulta de suma importancia, porque al tratarse de una oferta unilateral el estado receptor de la inversión puede modificar en cualquier momento la legislación y retirar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI.[93] Sin embargo, si el inversionista aceptó la oferta antes del cambio legislativo, el estado se encontrará obligado a arbitrar la controversia.[94]

---

classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent thereto in writing'. In other words, unless the law is abrogated in the interim, an investor may wait until a dispute has arisen to announce its intention to avail itself of the arbitral mechanism -which until that moment is compulsory only as to the State". United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 6. *"Since consent to jurisdiction is always based on an agreement between the parties, the mere existence of such a provision in national legislation will not suffice. The investor may accept the offer in writing at any time while the legislation is in effect. In fact, the acceptance may be made simply by instituting proceedings".* Georges R. Delaume, *"ICSID Arbitration and the Courts".* En: American Journal of International Law, Vol. 77, 1983, pp. 792-793. *"Consent may also result from a unilateral offer by one of the parties subsequently accepted by the other party. Examples are found in domestic investment laws intended to promote investments… concluded by contracting states. In such cases, the state involved may agree in advance to submit investment disputes to ICSID arbitration and 'consent' becomes binding when the investor indicates that it also agrees to this method of settlement. The investor's acceptance of the offer may be recorded either at the time of the investment or subsequently, including at the time, when the investor submits a request for arbitration to ICSID".*

[93] M. Sornarajah, *"Power and Justice in Foreign Investment Arbitration".* En: Journal of International Arbitration, Vol. 14, No. 3, 1997, pp. 129-130. *"States, desiring foreign investment, make many unilateral promises in the hope of attracting foreign investors. The most common among them are not to expropriate foreign investment except on the payment of full compensation and to submit disputes to ICSID arbitration. The validity of these unilateral promises has been discussed in other works. The view that is most supported is that these unilateral promises are of little validity as the giver can always revoke them. It may be possible to argue something like estoppel but few legal systems restrain a sovereign through such a doctrine. There is certainly no such doctrine in international law. If at all, it must be found in the law of the host State itself but estoppel hardly ever prevents a state in any municipal system from violating its past promises".* Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 36. *"The consent becomes effective when the foreign investor accepts the State's offer to arbitrate, at the latest when the foreign investor files its claim with ICSID. Until then, however, the host State my be at liberty to withdraw its consent to ICSID arbitration by amending or repealing the investment law in which it offered to submit disputes to ICSID (subject to estoppel arguments that may be raised by investors having relied on the offer in the meantime)".*

[94] Siempre y cuando se cumplan además los demás requisitos dispuestos en el artículo 25° de este tratado. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 38. *"A host State is free to change its investment legislation including the provision*

En efecto, como explica Paulsson,[95] en 1984 se inició el famoso caso Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República de Egipto (Caso ARB/84/3), más conocido como el "Pyramids Oasis *case*", al amparo del artículo 8° de la Ley sobre Inversión Extranjera No. 43 de 1974 de ese país, que disponía que las controversias referidas a su implementación debían resolverse conforme al Convenio CIADI.[96] Esta redacción fue considerada por el tribunal arbitral como una oferta de Egipto para arbitrar ante el CIADI, que fue aceptada por el inversionista cuando un año antes del conflicto le informó al Ministro de Turismo egipcio que aceptaba la jurisdicción del CIADI, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley No. 43 de 1974.

En otro caso, Manufacturers Hanover Trust Company c. República Árabe de Egipto y General Authority for Investment and Free Zones (Caso ARB/89/1), el demandante amparó su demanda en la misma interpretación de la norma legal para iniciar el arbitraje ante el CIADI, pero el conflicto fue resuelto mediante una transacción antes de que hubiera un pronunciamiento sobre la jurisdicción del tribunal arbitral.

Luego de estas experiencias, Egipto modificó su legislación, a efectos de que quedara claro que para acceder al CIADI se requería suscribir un convenio arbitral expreso.[97]

---

concerning consent to ICSID's jurisdiction. An offer of consent contained in national legislation that has not been taken up by the investor will lapse when the legislation is repealed. The situation is different if the investor has accepted the offer in writing while the legislation was still in force. The consent agreed to by the parties then becomes insulated from the validity of the legislation containing the offer. It assumes a contractual existence independent of the legislative instrument that helped to bring it about. Therefore, repeal of investment legislation providing for ICSID's jurisdiction will not effect a withdrawal of consent if the investor has accepted the offer during the legislation's lifetime".

[95] Jan Paulsson, *"Arbitration without Privity"*, ob. cit., p. 235.

[96] "*Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled… within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries [sic] to which Egypt has adhered by virtue of law no. 90 of 1971, where it applies".*

[97] Leer a: Christoph Schreuer, *"Commentary on the ICSID Convention, Article 25"*, ob. cit, pp. 432-438.

Un caso adicional en el que un inversionista amparó su demanda arbitral ante el CIADI conforme a una ley sobre inversiones, es el seguido por Ghaith R. Pharaon c. República de Túnez (Caso ARB/86/1). Sin embargo, la controversia fue resuelta mediante una transacción antes que el tribunal arbitral se pronunciara acerca de su jurisdicción.[98]

XII.3.1.3. **Consentimiento "por escrito" a partir de un tratado**

También se considera que existe consentimiento por escrito, cuando algún tratado así lo dispone y el inversionista manifiesta su conformidad.[99]

Nos estamos refiriendo fundamentalmente a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs en sus siglas en inglés –*Bilateral Investment Treaties*) y, además, a varios tratados multilaterales.[100]

---

[98] Respecto a la legislación peruana sobre inversiones y el sometimiento al arbitraje, ver infra punto No. XIII.4.

[99] Kathigamar V.S.K. Nathan, *"Submissions to the International Centre for Settlement Disputes in Breach of the Convention"*, ob. cit., p. 27. *"Submission to ICSID arbitration can take place pursuant to: (…) (ii) a bilateral, or occasionally a multilateral, investment treaty between States which provides for disputes between one State and an investor national of another State to be settled by reference to ICSID…"*. Silvia A. Fernández, "El Arbitraje para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras", ob. cit., p. 79. "Tal consentimiento escrito podrá... [expresarse] anticipadamente para cierta clase de disputas en un convenio entre Estados, como es el caso de los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones, en virtud de los cuales los Estados partes aceptan someter las controversias que se planteen con los inversores extranjeros al Centro o a su Mecanismo Complementario". *United Nations Conference on Trade and Development*, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 6. *"The third method… is through a treaty between the host State and the investor's State of nationality. Most bilateral investment treaties (BITs) contain clauses offering access to ICSID to the nationals of one of the parties to the treaty against the other party to the treaty. The same method is employed by a number of regional multilateral treaties such as the NAFTA and the Energy Charter Treaty".*

[100] Invitamos al lector a revisar los siguientes estudios que han medido el impacto de los BITs en el flujo de inversiones: Jeswald W. Salacuse y Nicholas P. Sullivan, *"Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain"*, ob. cit., pp. 67-130; Jennifer Tobin y Susan Rose-Ackerman, *"Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties (May, 2 2005)"*. En: www.law.yale.edu/outside/html/faculty/sroseack/FDI_BITs_ may02.pdf; Peter Egger y Michael Pfaffermayr, *"The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct*

Como bien informan Cremades y Cairns,[101] "[u]n Tratado Bilateral de Inversión ("TBI") es un tratado entre dos Estados que establece un marco legal para el tratamiento de los flujos de inversión entre las dos naciones. Crea derechos para los inversores de ambos Estados, esto es, derechos derivados de un tratado, mientras que las actuaciones legales procedentes de estos derechos pueden ser llamadas reclamaciones derivadas de un tratado. Las partes intervinientes en una reclamación derivada de un tratado son un inversor de un Estado Parte (conocido como el Estado Nacional del inversor) y el Estado en donde se llevó a cabo la inversión concreta (conocido como el Estado Receptor de la inversión)".[102]

Investment". En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=694283; Zachary Elkins, Andrew T. Guzman y Beth Simmons, *"Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000"*. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578961; Eric Neumayer, *"Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?"*. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=616242; y, Eric Neumayer y Laura Spess, *"Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?"*. En: World Development, 2005, www.elsevier.com/locate/worlddev.

[101] Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", ob. cit., p. 66. Sobre los antecedentes que dieron origen a los BITs, leer a: Andreas F. Lowenfeld, *"Investment Agreements and Internacional Law"*. En: Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 42, 2003, pp. 123-130; y, A.A. Fatouros, *"Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 10, No. 2, 1995.

[102] Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", ob. cit., pp. 87-88. "La definición y el contenido de los derechos de un tratado dependerán de los términos del TBI en concreto del que procedan los derechos. La forma de los TBIs varía en gran medida reflejando las diferentes prioridades, enfoques y posiciones de negociación de los Estados. Sin embargo, los TBIs pretenden facilitar la inversión y tratar por tanto cuestiones de leyes, políticas o actuaciones oficiales que podrían dificultar o poner en peligro los flujos de inversión. Por consiguiente, cuestiones sobre la admisión de inversiones, el tratamiento de las mismas, las garantías de la libre transferencia de fondos y compensación de capital y beneficios, la compensación en case de expropiación y la resolución de controversias se incluyen de forma invariable en los TBIs. Estos últimos podrían también incluir provisiones referentes a requisitos de actuación, subrogación, transparencia de leyes nacionales, así como actividades y sectores reservados.
Hay, sin embargo, un núcleo de derechos genéricos derivados de un tratado, bien fundamentados y definidos en el derecho internacional, que en la práctica han constituido la base de las reclamaciones derivadas de un tratado por parte de los inversores frente a los Estados Receptores...
(a) El Derecho de trato nacional: la mayor parte de los TBIs imponen sobre el Estado Receptor la obligación de conceder al inversor extranjero el mismo trato de que disfrutan sus propios nacionales. Este derecho protege

No es fácil conocer el número de BITs existentes a la fecha, pero Parra afirma que durante la década de los 60s había 65 BITs, luego se suscribieron otros 86 BITs en la siguiente década y, a la fecha de su trabajo (año 2000), habían aproximadamente entre 1,400 a 1,800 BITs.[103]

---

a los inversores extranjeros de exigencias especiales que se traducirían en una desventaja competitiva en comparación con los inversores nacionales.
(b) El derecho de trato de nación más favorecida: Este derecho garantiza a los inversores del Estado Receptor un trato no menos favorable que el que dicho Estado Receptor otorga a los nacionales de cualquier otro país...
(c) El derecho a un trato no discriminatorio: Los TBIs contienen a menudo una prohibición de medidas discriminatorias frente al inversor extranjero.
(d) El derecho a un trato justo y equitativo: El contenido del derecho a un trato justo y equitativo constituye una cuestión controvertida en el arbitraje inversor-Estado en la actualidad. Una opinión, recientemente apoyada por la Comisión de Libre Cambio TLCAN, consiste en que un trato justo y equitativo se considera equivalente al criterio mínimo de protección a extranjeros en el derecho internacional consuetudinario. El punto de vista alternativo es que un trato justo y equitativo constituye un criterio independiente y de contenido propio.
(e) El Derecho de Compensación por Expropiación: Los TBIs incluyen invariablemente un derecho a compensación si el Estado Receptor llevase a cabo la expropiación de la inversión...". Leer además, a: Nigel Blackaby, "El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio", ob. cit., pp. 291-294; y, Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., pp. 48-54. Para conocer los derechos reconocidos en los BITs celebrados por el Perú, leer a: Fernando Cantuarias S., "Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje", ob. cit., pp. 31-33; y, María del Carmen Vega, "Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones". En: Guía Legal de Negocios - Invirtiendo en el Perú, 3era. Ed., Beatriz Boza (Ed.), Promperú, Lima, 1998, p. 127 y ss.

[103] Antonio R. Parra, "*ICSID and Bilateral Investment Treaties*". En: *ICSID News*, Vol. 17, No. 1, 2000, pp. 1-3. Pueden ubicarse más de 1,100 BITs suscritos por 155 estados, en la siguiente página web: www.worldbank.org/icsid/treaties/treaties.htm. Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., pp. 217-218, identifican 877 BITs celebrados a enero de 2003 entre estados miembros del CIADI. United Nations Conference on Trade and development (UNCTAD), "*Recent developments in international investment agreements*". En: www.unctad.org/sections/dite_dir/docs/webitiit20051_en.pdf, identifica al año 2004 2,392 BITs. De éstos, los países latinoamericanos y del caribe habrían suscrito 541 tratados.

A enero de 2005, conforme a la información proporcionada por: Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE), (www.sice.oas.org/ investment/bintindex_s.asp), KluwerArbitration.com (www.kluwerarbitration. com/arbitration/arb/bits/a.asp), ICSID Bilateral Investment Treaties (www.worldbank.org/icsid/treaties/treaties.htm) y la información de las páginas web oficiales de Chile (www.direcon.cl/otros_acuerdos_appi.php), Costa Rica, (www.rree.go.cr/politica-exterior/index.php), Cuba (http://intranet.minrex.gov.cu/Tratados/Tratados.htm), Estados Unidos de América (www.state.gov/e/eb/rls/fs/22422.htm), México (http://tratados. sre.Gob.mx/cgi-bin/tratados.exe), Nicaragua (www.cancilleria.gob.ni/ docs/index.php), Panamá (www.mire.gob.pa/BILATERAL.php), Paraguay (www.mre.gov.py/dependencias/tratados), Perú (www.rree.gob.pe/portal/

Pbilateral.nsf) y Uruguay (www.mrree.gub.uy/Tratados), los países latinoamericanos y del caribe han celebrado los siguientes BITs:

- Antigua y Barbuda, 2 BIT (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y con otro estado europeo no identificado).

- Argentina, 59 BITs (Alemania, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Corea, Costa Rica, Cuba, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Holanda, Hungría, India, Indonesia, Israel, Italia, Jamaica, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Marruecos, México, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República Dominicana, Rumania, Senegal, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Venezuela y Viet Nam).

- Barbados, 9 BITs (Alemania, Canadá, Cuba, China, Italia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suiza, Turquía y Venezuela).

- Belice, 4 BITs (Austria, Cuba, El Salvador, Holanda y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

- Bolivia, 25 BITs (Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Corea, Costa Rica, Cuba, Chile, China, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Paraguay, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Suecia, Suiza, Uruguay y Venezuela).

- Brasil, 15 BITs (Alemania, Bélgica, Corea, Cuba, Chile, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suiza y Venezuela).

- Chile, 53 BITs (Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Corea, Costa Rica, Cuba, Croacia, China, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, España, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Holanda, Honduras, Hungría, Indonesia, Islandia, Italia, Líbano, Luxemburgo, Malasia, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, República Dominicana, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela y Viet Nam).

- Colombia, 5 BITs (Cuba, Chile, España, Perú y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

- Costa Rica, 18 BITs (Alemania, Argentina, Bélgica, Bolivia, Canadá, Corea, Chile, China, Ecuador, España, Finlandia, Francia, Holanda, Paraguay, República Checa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suiza y Venezuela).

- Cuba, 42 BITs (Alemania, Argentina, Austria, Barbados, Bélgica, Belice, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Chile, China, Colombia, Ecuador, Eslovaquia, España, Federación Rusa, Francia, Ghana, Grecia, Guatemala, Hungría, Indonesia, Italia, Jamaica, Macao, Mongolia, Panamá, Perú, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Democrática Popular de Laos, Rumania, Santa Lucía, Sudáfrica, Suiza, Surinán, Trinidad & Tobago, Turquía, Ucrania, Venezuela y Vietnam).

- Dominica, 2 BITs (Alemania y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

- Ecuador, 27 BITs (Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Costa Rica, Cuba, Chile, China, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Holanda, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Dominicana, Rumania, Suecia, Suiza, Uruguay y Venezuela).

- El Salvador, 23 BITs (Alemania, Argentina, Bélgica, Belice, Canadá, Corea, Chile, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Holanda, Luxemburgo, Marruecos, Nicaragua, Paraguay, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Suiza y Uruguay).

- Grenada, 2 BITs (Estados Unidos de América y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

- Guatemala, 7 BITs (Argentina, Corea, Cuba, Chile, Francia, Holanda y Zuiza).

- Guyana, 2 BITs (Alemania y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

- Haití, 6 BITs (Alemania, Estados Unidos de América, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Dominicana y Suiza).

- Honduras, 10 BITs (Alemania, Corea, Chile, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza).

- Jamaica, 14 BITs (Alemania, Argentina, Cuba, China, Egipto, España, Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Indonesia, Italia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suiza y Zimbabwe).

- México, 19 BITs (Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, China, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Malasia, Portugal, República Checa, Suecia, Suiza y Uruguay).

- Nicaragua, 16 BITs (Alemania, Argentina, Corea, Chile, Dinamarca, Ecuador, España, El Salvador, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Holanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Suecia y Suiza).

- Panamá, 18 BITs (Alemania, Argentina, Canadá, Corea, Cuba, Chile, China, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República Dominicana, Suiza, Ucrania y Uruguay).

- Paraguay, 24 BITs (Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Corea, Costa Rica, Chile, China, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Holanda, Hungría, Italia, Luxemburgo, Perú, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Suiza, Uruguay y Venezuela).

- Perú, 31 BITs (Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, El Salvador, Finlandia, Francia, Italia, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia, Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y Venezuela).

- República Dominicana, 10 BITs (Alemania, Argentina, Chile, Ecuador, España, Finlandia, Francia, Haití, Panamá y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

En todo caso, más allá de las cifras, lo importante de destacar aquí es que la gran mayoría de los BITs, en especial aquellos celebrados en la última década, identifican al CIADI como la vía para resolver las controversias que surjan entre un estado receptor de la inversión y un inversionista nacional del otro estado parte.[104]

Sin embargo, como explica Shihata,[105] aproximadamente la mitad de los BITs que hacen referencia al CIADI

- Santa Lucía, 3 BITs (Alemania, Cuba y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

- San Vicente y las Granadinas, 1 BIT (Alemania).

- Surinán, 1 BIT (Cuba).

- Trinidad & Tobago, 6 BITs (Canadá, Corea, Cuba, Estados Unidos de América, Francia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

- Uruguay, 30 BITs (Alemania, Armenia, Australia, Bélgica, Bolivia, Canadá, Chile, China, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Hungría, Israel, Italia, Luxemburgo, Malasia, México, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza y Venezuela).

- Venezuela, 26 BITs (Alemania, Argentina, Barbados, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Cuba, Chile, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Holanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Suecia, Suiza y Uruguay).

Sin embargo, llamamos la atención que en cada caso en concreto habrá que verificar si un determinado BIT se encuentra vigente. Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America".* En: International Arbitration in Latin America, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 387. *"Treaties signed may not necessarily be in force. A treaty enters into force as provided for in the treaty, usually upon the exchange of instruments of ratification between the parties".*

[104] Antonio R. Parra, *"The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 3. *"…the great majority of BITs –about 950 in all– also set forth the consent of each State party to submit to arbitration under the ICSID Convention disputes arising out of investments made in its territory by investors from other State party".* Alejandro A. Escobar, *"Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States".* En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, No. 1, 1996, p. 91. *"Arbitration under the ICSID Convention is the predominant form of arbitration provided for in these treaties".* Carolyn B. Lamm & Abby Cohen Smutny, *"The Implementation of ICSID Arbitration Agreements"*, ob. cit., p. 70. *"It is estimated that over half of the more than 1,000 bilateral investment treaties concluded to date contain consents to arbitration either under the ICSID Convention or under ICSID Additional Facility Rules".*

[105] Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The case of Arbitration under the ICSID*

contienen una aceptación anticipada de los estados de arbitrar las controversias al amparo de este Convenio,[106] mientras que el otro tanto lo que disponen es la posibilidad de que el estado y el inversionista puedan acordar el sometimiento de la controversia ante el CIADI[107] o ante un tribunal arbitral ad hoc.[108]

Convention", ob. cit., p. 71. *"Most bilateral investment treaties have provisions referring to ICSID in connection with the settlement of investment disputes… in roughly half of these treaties, the provisions represent binding consents by the States parties to arbitration under the ICSID Convention (in the other half, the provisions fall short of actual consents, providing for example that the States and investors 'may consent' to ICSID arbitration, or provide for ad hoc arbitration on the basis of rules 'similar' to those of ICSID)".*

[106] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 17. *"The majority of ICSID clauses in modern BITs express consent on the part of the two Contracting States to submit to ICSID's jurisdiction, for the benefit of nationals of the other State party to the treaty… Some BITs do not specifically mention consent. But formulations to the effect that a dispute 'shall de submitted' to the Centre or that the parties have the right to initiate proceedings leave no doubt as to the binding character of these clauses".*

[107] M. Sornarajah, *"Power and Justice in Foreign Investment Arbitration"*, ob. cit., pp. 130-131. *"The impression should not be created that at the moment there is a reference to ICSID arbitration in any bilateral investment treaty there is a submission to arbitration in respect of any future foreign investment dispute… Aaron Broches was an early student of these treaties and the arbitration provisions in them. Broches pointed out that the mere fact that there was a reference to ICSID arbitration in the dispute resolution provisions of these treaties cannot by themselves create jurisdiction in an ICSID tribunal. Much would depend on the formulation of the article in the treaty on dispute resolution. Broches made a distinction between four types of articles on dispute resolution in bilateral investment treaties. The first type merely states that the dispute 'shall, upon agreement by both parties, be submitted for arbitration by the Centre'. Such a clause does not constitute consent to arbitration. It requires a further specific agreement in each individual contract referring disputes arising from the contract to ICSID arbitration before an ICSID tribunal can have jurisdiction. The second type requires 'sympathetic consideration to a request to conciliation or arbitration by the Centre'. This provision does not amount to consent but may according to Broches, imply 'an obligation not to withhold consent unreasonably'. The third type of provision requires the host State 'to assent to any demand in the part of the national to submit for conciliation or arbitration' any dispute arising from the investment. Refusal to assent may amount to an international wrong but the provision does not create jurisdiction in an ICSID tribunal. The fourth type of clause, it is suggested, created jurisdiction in the Centre by giving consent in anticipation of the dispute. This clause which is usually found in the treaties concluded by the United Kingdom reads: 'Each Contracting Party hereby consents to submit to the Centre any dispute arising between that Contracting State and a national company of the other Contracting State'".*

[108] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 200. *"A more common method to provide for settlement by the Centre is to include a reference to the Convention as one of several possible means of dispute settlement. The alternatives offered may include procedures*

Por ello, es más que útil citar la recomendación que hacen Craig, Park & Paulsson: "…las condiciones y los requisitos para que un particular pueda acceder al arbitraje internacional al amparo de un BIT difieren tanto de un BIT a otro, que uno no puede hablar de una práctica dominante; cada BIT deberá ser examinado en cada caso en concreto".[109]

Cuando el BIT en cuestión haga referencia a una aceptación anticipada del estado para arbitrar ante el CIADI,[110] la manera de dar cumplimiento al requisito de que exista un consentimiento por escrito[111] será, como en

---

expressly agreed to by the parties, procedures provided by bilateral investment treaties, the ICC and ad hoc arbitration".

[109] Traducción libre del autor. W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era. Ed., p. 666. *"…in particular, the scope and nature of third-party access to international arbitration though BIT mechanisms are so different from one BIT to the next that one cannot speak of a dominant practice; each BIT must be examined on its own".* Jan Paulsson, *"Arbitration without Privity"*, ob. cit., p. 234. *"[T]here is no substitute for analysis on a BIT-by-BIT basis. It cannot be said that there is today a coherent corpus of BITs that allow arbitration without privity".*

[110] Christoph Schreuer, *"Commentary on the ICSID Convention, Article 25"*, ob. cit, pp. 442-444, identifica en este supuesto al artículo 8° del BIT Sri Lanka-Gran Bretaña: *"(1) Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (herein referred to as 'the Centre') for settlement by conciliation or arbitration under the Convention… any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former".* Esta cláusula fue la base para que un tribunal arbitral asumiera jurisdicción en el caso *Asian Agricultural Products Limited* c. República Democrática Socialista de Sri Lanka (Caso ARB/87/3) que se analiza enseguida. El autor identifica cláusulas similares de sumisión al CIADI, en los BITs Suiza-Jamaica (artículo 9°) y Francia-Bangladesh (artículo 8°). También aclara que los BITs modelos de Austria, Holanda y Gran Bretaña hacen lo mismo.

[111] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 20. *"The Convention requires consent in writing by both parties to the dispute. Just as in the case of legislative provisions for the settlement of disputes by ICSID, a provision on consent in a BIT can be no more than an offer that requires acceptance. The treaty provision cannot replace the need for consent by the foreign investor".*

En el caso Sempra Energy International c. República Argentina (Caso ARB/02/16), iniciado por una empresa norteamericana al amparo del BIT Estados Unidos de América-Argentina, por la supuesta violación de las disposiciones de ese tratado, debido a la suspensión de las cláusulas contractuales de aumento de tarifas y la pesificación de esas tarifas, una de las objeciones de Argentina fue que ese país al momento de adherirse al Convenio CIADI sólo consintió en someter las disputas cuando existiera un expreso acuerdo por escrito. Sin embargo, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 11 de mayo de 2005, al referirse a este BIT

el caso de la oferta contenida en una ley de inversiones, que el inversionista acepte la oferta o inicie un procedimiento arbitral ante el CIADI,[112] en ambos casos mientras que el BIT esté vigente entre los estados contratantes.[113]

---

dijo correctamente que: *"140. This instrument embodies the expression of consent for resorting to arbitration should a dispute arise between the investor and the State with respect to the guarantees ensured under the Treaty... The Treaty is self-sufficient for this purpose and the option of resorting to dispute resolution is exercised by the investor by the simple fact of expressing its own consent"*. La decisión se ubica en: www.iisd.org/pdf/2005/investment_invested_sempra.pdf.

Ver también la decisión sobre jurisdicción de 11 de mayo de 2005, en el caso Camuzzi International S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/2), en la que se llegó a la misma conclusión (parágrafo 132), en relación con el BIT Argentina-Bélgica/Luxemburgo. Esta decisión se ubica en: www.iisd.org/pdf/ 2005/investment_investid_camuzzi.pdf.

[112] Antonio R. Parra, *"The limits of party autonomy in arbitration proceedings under the ICSID Convention"*. En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 1, 1999, p. 35. *"A foreign investor covered by such a provision in a BIT... may give its own consent to the relevant form of arbitration after a dispute has arisen, and on that basis resort to arbitration against the State concerned. The investor may therefore have recourse to arbitration despite the absence of an earlier arbitration agreement or indeed other contractual relationship between the parties".* United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 25. *"If the host State makes a general offer to accept ICSID's jurisdiction in its legislation or in a treaty, the time of consent is determined by the investor's acceptance of the offer. At the latest, this offer may be accepted through bringing a request for conciliation or arbitration to the Centre".*

En ese sentido, en la decisión sobre jurisdicción de fecha 29 de enero de 2004, en los seguidos por SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas (Caso No. ARB/02/6), el tribunal arbitral dijo: *"In the present case, the Claimant relies upon the consent to ICSID arbitration given by the Philippines in the BIT, combined with its own written consent contained in the Request for Arbitration. It is well established that the combination of these forms of consent can constitute 'consent in writing' within the meaning of Article 25(1), provided that the dispute falls within the scope of the BIT"*. El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPhil-final_001.pdf. Ver también el laudo parcial sobre jurisdicción de 27 de febrero de 2004, en los seguidos por EnCana Corporation c. República de Ecuador, conforme al BIT Canadá-Ecuador y las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, acerca de la forma de manifestar el consentimiento. El laudo se ubica en: http://italaw.uvic.ca/documents/Encana-PartialAwardonJurisdiction-sp.pdf, pp. 8-9.

[113] Ole Spiermann, *"Individual Rights, State Interest and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties"*. En: Arbitration International, Vol. 20, No. 2, 2004, p. 179. *"In the context of ICSID, 'the State [thereby] extends a generic invitation to all the investors who are nationals of the other Contracting State to submit the settlement of their possible disputes to ICSID jurisdiction'. This offer, the host state's consent to ICSID's jurisdiction, is irrevocable so long as the bilateral investment treaty remains in force"*. Probablemente la principal diferencia entre acceder a la instancia del CIADI al amparo de

una ley de inversiones o conforme a un BIT, es que los tratados son más difíciles de terminar o modificar que una ley de inversiones local, ya que sólo corresponde dejar sin efecto un tratado conforme a sus propias estipulaciones (la mayoría de BITs establecen un plazo mínimo de vigencia). En todo caso, lo cierto es que la conformidad del inversionista deberá manifestarse mientras que el tratado esté en vigor. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement – International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 20. *"Bilateral investment treaties (BITs) and multilateral international instruments providing for consent to ICSID's jurisdiction are more difficult to terminate than national legislation. The fact remains that consent based on treaties is only perfected once it is accepted by the investor. It is only after its acceptance by the investor that an offer of consent contained in a BIT or other international instrument becomes irrevocable and hence insulated from attempts by the host State to terminate the treaty".* Christoph Schreuer, *"Commentary on the ICSID Convention, Article 25"*, ob. cit, p. 449. *"Withdrawal of an offer of consent before its acceptance would appear to be less of a problem in the case of ICSID clauses contained in treaties than in the case of national legislation… The irrevocability of consent provided for in the last sentence of Art. 25(1) operates only after the consent has been perfected through its acceptance by the investor… But withdrawal of the host State's consent contained in a BIT would be a breach of the treaty and would presumably trigger some adverse reaction on the part of the other party to the treaty. Therefore, it is more difficult to withdraw than consent contained in national legislation. An ICSID clause in a treaty remains valid notwithstanding an attempt by a party to terminate it, unless there is objectively a basis for termination under the law of treaties. Nevertheless, in order to avoid complications early acceptance is advisable also in the case of offers of consent contained in treaties".*

En lo que se refiere al Perú, por ejemplo, la duración de los BITs varía entre diez (Tailandia, China, Malasia, Colombia, Argentina, Alemania, El Salvador, Suiza y Bolivia) y quince años (Chile, Gran Bretaña, República Checa, Suecia, España, Dinamarca, Noruega, Francia, Finlandia, Australia, Venezuela, Ecuador, Portugal, Paraguay, Italia, Países Bajos y Rumania), salvo los BITs con Corea y Canadá que son indefinidos. Una vez culminado el plazo inicial, muchos de los BITs disponen su aplicación indefinida (Chile, Gran Bretaña, República Checa, Suecia, España, Dinamarca, Noruega, Francia, Finlandia, Australia y Venezuela) hasta que una parte solicite que quede sin efecto mediante preaviso (de seis a doce meses). Otros BITs identifican períodos de renovación sucesivos (Rumania por quince años, Bolivia, Paraguay, Italia y Países Bajos por diez años, Portugal por cinco años y Suiza por dos años). Además, cabe destacar que en todos los BITs celebrados por el Perú existe un acuerdo expreso en el sentido que una vez que queden sin efecto, todas sus estipulaciones mantendrán su aplicación a las inversiones realizadas mientras el convenio estuvo vigente, por un plazo adicional que va de los diez a los quince años. José Luis Siqueiros, *"Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investment".* En: California Western International Law Journal, Vol. 24, 1994, p. 267. *"Several treaties stipulate that investments made prior to the expiration date shall be subject to and receive the benefits of the treaty's provisions for an additional period of ten, fifteen, or twenty years from that date".* Jeswald W. Salacuse y Nicholas P. Sullivan, *"Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain"*, ob. cit., p. 81. *"This continuing effects provision protects investors who have made investments based on the expectation of treaty protection. The usual period of continued protection is between fifteen and twenty years".*

Sobre este particular, el primer caso reportado en el que un tribunal arbitral del CIADI asumió jurisdicción conforme a un BIT,[114] es el de Asian Agricultural Products Limited c. República Democrática Socialista de Sri Lanka (Caso ARB/87/3) al amparo del BIT Reino Unido-Sri Lanka, que culminó con un laudo arbitral en 1990.[115] Luego siguió el litigio entre American Manufacturing & Trading Inc. c. República de Zaire (Caso ARB/93/1) conforme al BIT Estados Unidos de América-Zaire, cuyo laudo arbitral fue dictado en 1997.[116]

---

[114] Antonio R. Parra, *"The limits of party autonomy in arbitration proceedings under the ICSID Convention"*, ob. cit., pp. 35-36. *"Until the mid-1980s, jurisdiction in all of the cases brought to ICSID was founded upon consents recorded in the traditional manner, by a clause in a single instrument such as an investment contract between the parties. Well over half of the cases that have since been submitted to the Centre have been brought by investors lacking such prior contractual relations with the State party and relying for the consent of the State on the provisions of one of its investment treaties or, in three instances, on the similar provisions of an investment law of the State"*. Emmanuel Gaillard, *"Commentary on International Arbitration and Sovereignty"*. En: KluwerArbitration.com, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=24534, p. 2. *"In recent years, around 70 per cent of ICSID cases were based on bilateral or multilateral investment treaties, not a specific agreement"*.

[115] Ole Spiermann, *"Individual Rights, State Interest and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties"*, ob. cit., p. 179. *"The first award by a tribunal established under the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) in such a case, Asian Agricultural Products v. Sri Lanka, was delivered in 1990"*. Jan Paulsson, *"Arbitration without Privity"*, ob. cit., p. 236. *"The potential operation of BITs… was illustrated in the ICSID case of Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, where the claimant, a Hong Kong company, took the position that Sri Lanka had made an undertaking to arbitrate claims by investors by virtue of Article 8(1) of the U.K.-Sri Lanka BIT. The Centre's jurisdiction was not challenged by the respondent… The case thus went forward, and an award was rendered in favor of the investor to compensate for the destruction of a shrimp farm, which had been occupied by governmental security forces in violation of the State's duty under the treaty to provide protection and security"*. El laudo arbitral se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/AsianAgriculture-Award.pdf.

[116] M. Sornarajah, *"Power and Justice in Foreign Investment Arbitration"*, ob. cit., p. 128. *"The second is the award of an ICSID tribunal in AAPI v. Sri Lanka which was the first case in which an ICSID tribunal found jurisdiction on the basis of an article on dispute settlement in a bilateral investment treaty submitting future disputes between a State party and a national of the other State party to ICSID for settlement. A more recent award, AMT v. Zaire, has essentially agreed with this process of founding jurisdiction"*.

En efecto, en este caso American Manufacturing and Trading Inc. (AMT), una empresa norteamericana propietaria del 94% de las acciones de Société Industrielle Zairoise (SINZA) que fabricaba y vendía autos, inició una demanda arbitral contra Zaire conforme al BIT Estados Unidos de América-

Existen a la fecha muchos otros casos similares,[117] como los de Philippe Gruslin c. Malasia (Caso ARB/94/1); Fedax N.V. c. República de Venezuela (Caso ARB/96/3);[118] Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso ARB/97/7);[119] Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso ARB/97/3);[120] Lanco International, Inc. c. República de

---

Zaire, alegando que tropas locales habían tomado por la fuerza y destruido la fábrica.

El artículo VII del BIT indicaba lo siguiente: *"Each Party hereby consents to submit investment disputes to the [ICSID] for settlement by conciliation or binding arbitration".* Con este marco, el tribunal arbitral en su laudo de 21 de febrero de 1997 no tuvo problema para declarar que existía convenio arbitral por escrito: *"5.23. ...In the present case, it happens that AMT... has opted for a proceeding before ICSID. AMT has expressed its choice without any equivocation; this willingness together with that of Zaire expressed in the Treaty, creates the consent necessary to validate the assumption of jurisdiction by the Centre".* El laudo arbitral se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/American Manufacturing.pdf.

[117] Ole Spiermann, *"Individual Rights, State Interest and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties"*, ob. cit., p. 179. *"According to ICSID, at the beginning of 2004 there were 60 cases pending, the majority of which have been brought by investors on the basis of bilateral investment treaties"*.

[118] La controversia la inició Fedax N.V., empresa constituida y con domicilio en las Antillas Holandesas, por el incumplimiento en el pago por parte de Venezuela de unos *promissory notes*, al amparo del BIT Holanda-Venezuela.

[119] Ver infra punto No. XII.3.1.4.

[120] Aquí surgió una controversia derivada de un contrato de concesión celebrado entre la filial argentina de una empresa de agua potable de Francia y la provincia de Tucumán. La demandante amparó su demanda arbitral en el artículo 8° del BIT Francia-Argentina que dispone lo siguiente: "1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.
2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, se someterá, a pedido del inversor;
- O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;
- O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3 [CIADI o ad-hoc]".

En lo que se refiere al requisito del consentimiento, Argentina alegó que no era de aplicación el BIT, debido a que el contrato de concesión contenía un pacto expreso de sumisión a los tribunales argentinos. Sin embargo, el tribunal arbitral en su laudo de fecha 21 de noviembre de 2000 (http://ita.law.uvic.ca/documents/Eaux-Award-Sp.pdf), haciendo referencia al caso Lanco International, Inc. c. República de Argentina (Caso No. ARB/97/6), afirmó lo siguiente: "El tribunal en Lanco se abocó al argumento específico que una disposición contractual por la cual las

Argentina (Caso ARB/97/6);[121] Ceskoslovenska obchodni banka a.s. c. República de Eslovaquia (Caso ARB/97/4);[122]

---

partes sometieron sus controversias a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo federal de la ciudad de Buenos Aires constituía un acuerdo preexistente que precluía el arbitraje del CIADI bajo los términos específicos del acuerdo bilateral de inversiones en cuestión en ese caso [BIT Argentina-Estados Unidos de América]. Habiendo rechazado esa posición, el tribunal en Lanco también reconoció la opción del inversor de escoger el arbitraje del CIADI cuando el inversor no podía someter, y de hecho no sometió, a dicho tribunal sus reclamaciones basadas en el acuerdo bilateral, [además las pretensiones contenidas en la demanda] ...se fundamentan en la violación por la República Argentina del TBI por medio de actos y omisiones de ese gobierno y actos de las autoridades de Tucumán que las demandantes afirman deben ser atribuidas al gobierno central. Del modo en que están formuladas, estas reclamaciones contra la República Argentina no caen bajo la jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan sólo debido a que, *ex hypothesi*, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión si no que alegan una causa de pedir bajo el TBI".

Es más, como indica Raúl Emilio Vinuesa, "*Bilateral Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes under ICSID: The Latin American Experience*", documento presentado en el First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International, Miami, 2003, p. 28, "*[i]t was also clear to the Tribunal that under international law, acts of organs of both the central government and provincial authorities are attributable to the state, with the result that Argentina cannot rely on its federal structure as a means of restricting its treaty obligations".*

Sobre la base de estos argumentos, el tribunal arbitral declaró que tenía jurisdicción para conocer cualquier reclamo que estuviera amparado en el BIT, aunque, seguidamente, decidió que como existía una conexión esencial entre los términos del contrato de concesión y las alegadas violaciones del BIT, se requería del previo pronunciamiento de los tribunales judiciales de Tucumán, antes de analizar la potencial responsabilidad de la República Argentina. Esta decisión motivó el inicio de un procedimiento de anulación del laudo arbitral, cuyo contenido y efectos será tratado más adelante (ver infra punto No. XII.3.3.2.). En la actualidad, luego de anulado el laudo arbitral, se ha iniciado un nuevo procedimiento arbitral.

[121] Lanco International Inc. era una empresa norteamericana que inició un procedimiento arbitral ante el CIADI al amparo del BIT Argentina-Estados Unidos de América, alegando que se habían violado varias disposiciones de dicho tratado relacionadas con el contrato de concesión del puerto de Buenos Aires. Argentina se opuso a la jurisdicción del CIADI, alegando que los hechos esgrimidos por la demandante estaban referidos a supuestas violaciones del contrato de concesión, que estipulaba el sometimiento del conflicto al poder judicial argentino.

Sin embargo, el tribunal arbitral en su resolución sobre jurisdicción de fecha 8 de diciembre de 1998 (http://ita.law.uvic.ca/documents/Lanco-Final.pdf) se declaró competente, ya que: "*The ARGENTINA-U.S. Treaty establishes the possibility of the investor choosing between the local courts… and other means of dispute settlement, such as arbitration, which requires the previous agreement of the parties. In addition, the ARGENTINA-U.S. Treaty, once certain requirements are met, allows the investor to submit the dispute to ICSID arbitration. The ARGENTINA-U.S. Treaty therefore gives the investor the power to choose among several methods of dispute settlement; consequently, once the investor has*

Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A c. Reino de Marruecos (Caso ARB/00/4)[123] y Generation Ukraine Inc. c. Ucrania (Caso ARB/00/9),[124] entre otros.

expressed its consent in choosing ICSID arbitration, the only means of dispute settlement available is ICSID arbitration. (…) The consent of the investor, along with that of the Argentina Republic, expressed in Article VII(4), creates the consent needed to provide ICSID with jurisdiction over the dispute, pursuant to Article 25(1) of the ICSID Convention, despite the Argentine Republic's allegation that there is an applicable dispute-settlement mechanism agreed upon following the entry into force of the ARGENTINA-U.S. Treaty, which substitutes or replaces the consent given to ICSID arbitration". Sobre el particular, leer a: Raúl Emilio Vinuesa, *"Bilateral Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes under ICSID: The Latin American Experience"*, ob. cit., p. 18.

[122] La disputa fue entre un banco constituido bajo las leyes de la República Checa y el Estado de Eslovaquia, por el incumplimiento de ciertas condiciones pactadas en un contrato de consolidación.

El BIT entre Eslovaquia y la República Checa dispone en su artículo 8(2) lo siguiente: *"If the dispute between the investor of one Party and the other Party continues after a period of three months, the investor and the Party shall have the right to submit the dispute to either: 1) the International Center for the Resolution of Investment-Related Disputes with special regard to the applicable provisions of the Treaty on the Resolution of Investment-Related Disputes arising between States and nationals of other States, open for signature in Washington D.C. on 18 March 1965, provided, however, that both Parties are parties to such Treaty…".*

Este es un caso al que hay que prestar atención, porque el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción (mayo de 1999) se declaró competente, aun cuando el BIT no había entrado en vigencia, afirmando que si bien no había BIT, la referencia en el convenio arbitral contenido en el contrato de consolidación al artículo 8° de ese instrumento internacional que establecía un pacto arbitral implicaba que las partes lo habían incorporado a su contrato: *"The Tribunal concludes, therefore, that by referring to the BIT, the parties intended to incorporate Article 8 of the BIT by reference into the Consolidation Agreement, in order to provide for international arbitration as their chosen dispute-settlement method".* El fallo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/csob_decisión.pdf.

[123] La disputa estuvo referida al incumplimiento en el pago de ciertas compensaciones por la construcción de una autopista que conectaba Rabat con Fés, conforme a un contrato de obra.

El artículo 8° del BIT Italia-Marruecos establece lo siguiente: *"1) All disputes or differences, including disputes related to the amount of compensation due in the event of expropriation, nationalization, or similar measures, between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the said investor on the territory of the first Contracting Party should, if possible, be resolved amicably.*
2) If the dispute cannot be resolved in an amicable manner within six months of the date of the request, presented in writing, the investor in question may submit the dispute either:
a) to the competent court of the Contracting Party concerned;
b) to an ad hoc tribunal, in accordance with the Arbitration Rules of the UN Commission on International Trade Law;
c) to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), for the application of the arbitration procedures provided by the

Es más, nosotros tenemos identificados tres casos que han sido introducidos ante el CIADI al amparo de un BIT suscrito por el Perú: Eudoro A. Olguín c. República de Paraguay (Caso ARB/98/5), conforme al BIT Perú-Paraguay; Compagnie Miniére Internationale Or S.A. c. República del Perú (Caso ARB/98/6), al amparo del BIT Perú-Francia; y, Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c.

Washington Convention of March 18, 1965 on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States...".

Aquí el Reino de Marruecos se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral aduciendo, entre otros, que las partes habían pactado en el contrato de obra el sometimiento de la controversia ante las cortes marroquíes. Sin embargo, el tribunal arbitral en su fallo sobre jurisdicción de 23 de julio de 2001, señaló lo siguiente: *"...Article 8 paragraph 2(c) constitutes a State's unilateral engagement toward the national State of the investor to submit itself to ICSID jurisdiction as Respondent against the foreign investor who will have chosen to submit the case to the Centre.*
In light of these considerations, the notification of a Request for Arbitration to ICSID by the Claimants constitutes valid proof of their consent to the Centre's jurisdiction, among those set forth by Article 8 of the Agreement", asumiendo así jurisdicción para juzgar las controversias referidas al incumplimiento del BIT. El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Salini-English.pdf.

[124] Generation Ukraine Inc. era una empresa norteamericana que invirtió en Ucrania vía la constitución de una empresa local (Heneratsiya Ltd.) para la construcción de un edificio para oficinas. Ante la existencia de un conflicto, se presentó una demanda ante el CIADI al amparo del BIT Estados Unidos de América-Ucrania.

Una de las observaciones a la jurisdicción del tribunal arbitral planteada por Ucrania fue la falta de acuerdo por escrito, ya que cuando el BIT fue suscrito y se pactó en su artículo VI que cada uno de los estados miembros del BIT consentía por anticipado que cualquier inversionista del otro estado podía demandar ante el CIADI, Ucrania no era parte del CIADI. Sin embargo, el tribunal arbitral en su laudo de 15 de septiembre de 2003, afirmó lo siguiente: *"Ukraine's consent to ICSID arbitration in Article VI(3) of the BIT was naturally conditional upon a future event, viz. Ukraine's ratification of the ICSID Convention. This no doubt explains the proviso to the consent in Article 3(a)(i) which states: 'provided that the Party is a party to [the ICSID] Convention'. But Ukraine's free standing consent to ICSID arbitration was perfected as soon as the ICSID Convention entered into force for Ukraine on 7 July 2000"*. Es más, el tribunal arbitral citó el fallo Holiday Inns S.A. c. Marruecos (Caso ARB/72/1), en el que se llegó a la misma conclusión, aunque basado esa vez en un convenio arbitral contenido en un contrato de inversión: *"The Tribunal is of the opinion that the Convention allows parties to subordinate the entry into force of an arbitration clause to the subsequent fulfillment of certain conditions, such as the adherence of States concerned to the Convention, or the incorporation of the company envisaged by the agreement. On this assumption, it is the date when the conditions are definitively satisfied, as regards one of the Parties involved, which constitutes in the sense of the Convention the date of consent by that Party"*. El laudo arbitral se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/GenerationUkraine.pdf.

República del Perú (Caso ARB/03/4), a partir del BIT Perú-Chile.[125]

El primer caso se refiere a una demanda arbitral (1998) planteada por el ciudadano peruano Eudoro Armando Olguín contra la República del Paraguay, al amparo del Convenio de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Perú-Paraguay.

El ciudadano peruano había realizado transferencias bancarias que fueron depositadas en la compañía financiera La Mercantil S.A. de Finanzas, a cambio de lo cual recibió unos títulos de inversión. Estos fondos a su vez estaban destinados a financiar la instalación en el Paraguay de una fábrica de productos de maíz.

Sin embargo, meses después y en medio de una crisis generalizada del sistema financiero paraguayo, la financiera dejó de operar y de honrar el pago de los títulos de inversión.

Ante la imposibilidad de recuperar sus fondos, el señor Olguín inició el arbitraje ante el CIADI, pretendiendo que fuera el Estado paraguayo quien le reintegrara su inversión, ante la supuesta existencia de actos de discriminación y expropiación.

Aquí lo primero que se discutió fue la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI, que culminó con la decisión sobre jurisdicción de 8 de agosto de 2000.[126]

Sobre este particular, el tribunal afirmó que "[l]a celebración por parte de la República del Paraguay del CBI [BIT] constituye el consentimiento escrito que exige el artículo 25, inciso 1° del Convenio que creó el CIADI. Esta afirmación está fuertemente respaldada por la doctrina y por muchos laudos dictados por tribunales de arbitraje del CIADI". Es más, "[e]n este caso particular, el consentimiento de Paraguay es más claro ya que el artículo 8 del CBI [BIT] señala, claramente, que cuando se presenten controversias entre las partes contratantes, ellas celebrarán consultas para

[125] Ver infra punto No. XII.4.1.

[126] El fallo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/Olguin-decision-sp.pdf.

solucionarlas y si ello no es posible en un plazo de 6 meses, la persona que realizó la inversión puede someter la disputa, entre otros, al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones".[127]

Sin embargo, en el laudo arbitral emitido el 26 de julio de 2001, el tribunal arbitral desestimó la demanda al considerar que no existieron acciones discriminatorias por parte de la República del Paraguay, y menos una expropiación.[128]

El conflicto entre Compagnie Miniére Internationale Or S.A. c. República del Perú (Caso ARB/98/6), tiene como antecedente los procesos judiciales y arbitrales que se generaron en el conocido "Caso Yanacocha".[129]

---

[127] La decisión del tribunal arbitral se condice perfectamente con el contenido del artículo 8° de este BIT.

[128] En este ultimo extremo, el tribunal arbitral señaló lo siguiente: "Los alcances de los Convenios Bilaterales de Inversiones fueron precisados de manera categórica en el laudo emitido en el proceso arbitral entre el señor Emilio Agustín Maffezini y el Reino de España (Caso CIADI N° ARB/97/7).
Ese laudo, dictado por un distinguido Tribunal de Arbitraje el 13 de noviembre del año 2000 declaró en su párrafo 64:
'...el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios".
El laudo arbitral se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/Olguin-award-sp.pdf.

[129] Se trató de un caso económicamente relevante iniciado entre los socios de un proyecto aurífero en el Perú. Dos de los socios (y/o sus subsidiarias) demandaron al tercero (y/o a sus subsidiarias) ante los tribunales judiciales peruanos. Paralelamente, el tercer socio inició un procedimiento de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), designándose como sede del arbitraje la ciudad de Ginebra.

Mientras que en el Perú el poder judicial se negó a remitir a las partes al arbitraje, el tribunal arbitral CCI se declaró competente (el laudo parcial no ha sido publicado), lo que fue ratificado por una sentencia de una corte federal suiza de fecha 19 de diciembre de 1997.

Al final, el poder judicial peruano falló a favor de las demandantes y ordenó al tercer socio que transfiriera sus acciones. Por su parte, el laudo arbitral también fue favorable a los dos socios, ya que señaló que el tercer socio tenía que transferir sus acciones.

Al parecer, este proceso CIADI fue planteado por el tercer socio (BRGM, una empresa francesa) al amparo del BIT Perú-Francia, por una supuesta denegación de justicia de los tribunales judiciales peruanos que habrían valorado incorrectamente las acciones a transferir.

Sobre este particular, leer a: Jorge Avendaño V., "El caso Yanacocha". En: Diálogo con la Jurisprudencia, No. 50, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 49-62; Francois Perret, "*Parallel Actions Pending before an Arbitral*

Poco se conoce acerca de este arbitraje CIADI porque fue resuelto directamente por las partes, aunque Carbajal señala que "[c]omo consecuencia de los fallos desfavorables para el grupo francés, emitidos por el Poder Judicial peruano, la empresa Compagnie Miniere International Or S.A., filial de BRGM [presentó] …una solicitud de arbitraje contra el Estado peruano por el monto de US$ 500 millones en acciones y US$ 60 millones en dividendos no pagados, por una supuesta expropiación de sus acciones en Minera Yanacocha S.A., debido a un alegado mal funcionamiento del Poder Judicial peruano".[130]

Aquí se accedió al CIADI al amparo del Convenio de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Perú-Francia.[131] Si bien es cierto que en este caso el tribunal arbitral no llegó a pronunciarse acerca de su jurisdicción porque las partes arribaron a una transacción durante el período de designación de los árbitros, lo cierto es que el Secretario General del CIADI al registrar la solicitud de arbitraje consideró que existía *prima facie* competencia del CIADI para juzgar la controversia.

Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law". En: Arbitration International, Vol. 16, No. 3, 2000, pp. 333-342; Guillermo Gulman Checa, "Reflexiones sobre el caso Yanacocha". En: Diálogo con la Jurisprudencia, No. 50, Lima, 2002, pp. 71-84; Jean-Marie Vulliemin, *"Competence et pouvoir d'examen du juge sur exception d'arbitrage au regard de l'article 9 LDIP. L'arret Buenaventura et Condesa contre BRGM (Pérou)"*. En: ASA Bulletin, No. 2, 1998, pp. 372-395; y, W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era. Ed., p. 582. Los fallos judiciales y arbitrales se ubican en: Diálogo con la Jurisprudencia, No. 50, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 17-48.

[130] Christian Carbajal Valenzuela, "Algunas consideraciones en torno al Arbitraje solicitado ante el CIADI por la compañía francesa Mine Or S.A. contra el Estado Peruano, sobre la titularidad de las acciones de la Compañía Minera Yanacocha S.A.". En: Revista de Derecho Minero y Petrolero, No. 56, año XLVIII, Lima, 1998, p. 47.

[131] Artículo 8°.- "(1) Toda controversia relativa a una inversión entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante será amigablemente dirimida entre las partes en la controversia.
(2) Si tal controversia no hubiese podido ser solucionada en un plazo de seis meses a partir del momento en que cualquiera de las partes en la controversia la hubiera planteado, será sometida, a pedido de cualquiera de las partes, al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, firmada en Washington el 18 de marzo de 1965".

Pero, también se puede acceder al CIADI al amparo de tratados multilaterales, como:

a. El Tratado de la Carta de la Energía de 1994,[132] que establece el consentimiento de los estados miembros de someter cualquier reclamación de los inversionistas al CIADI.[133]

A la fecha de este trabajo, se conoce de la existencia de doce casos arbitrales seguidos al amparo de este tratado: Ante el CIADI, el primer caso fue AES Summit Generation Limited c. República de Hungría (Caso No. ARB/01/4) sobre una supuesta expropiación, que culminó con una transacción. Luego siguen Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso ARB/03/24) que se encuentra en trámite; Alstom Power Italia SpA y Alstom SpA c. República de Mongolia (Caso ARB/04/10) que culminó en una transacción; Ioannis Kardossopoulos c. Grecia (Caso ARB/05/18), Hrvatska Elecktropriveda d.d. (HEP) c. República de Eslovaquia (Caso ARB/05/24), Libananco Holdings Co. Limited c. Turquía (Caso

---

[132] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 68. *"The ECT [Energy Charter Treaty] provides a comprehensive international legal framework for cross-border economic cooperation in the energy sector. The treaty's primary aim is to promote a climate of legal stability and predictability to attract investment and stimulate business activity in the energy sectors of member States. To this end, it includes wide-ranging provisions designed to ensure the opening up of the energy sector, including: (a) non-discriminatory treatment of foreign investors; (b) free transit of energy products; (c) transfer of investment capital and returns; and (d) measures aimed at eliminating anti-competitive practices in the energy sector"*. La lista de los 46 estados miembros se ubica en: The Energy Charter Secretariat, www.encharter.org/ index.jsp?psk=03&ptp=tDetail.jsp&pci=37&pti=20.

[133] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 23. *"The Energy Charter Treaty of 1994 between the European Communities and 40 mostly European States in its Art. 26… provide[s] consent to ICSID's jurisdiction by the States parties in relation to investors of all other States parties. The Treaty contains an unconditional consent to ICSID…"*. Sin embargo, cierto es que el inversionista puede optar por demandar ante las autoridades locales, aplicar el procedimiento de solución de controversias previsto en el contrato o apelar al arbitraje internacional, en cuyo caso puede, además, elegir entre el CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, un arbitraje ad hoc al amparo del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL o someterse a un arbitraje institucional ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. Sobre este particular, leer a: Jan Paulsson, *"Arbitration without Privity"*, ob. cit., pp. 248-254. El texto del tratado se ubica en: www.encharter.org y en ICSID Review –Foreign Investment Law Journal, Vol. 10, No. 2, 1995, pp. 258-361. La lista de casos arbitrales iniciados hasta diciembre de 2006, se ubica en: www.encharter.org/fileadmin/user-upload/document/Disputes_ ECT-table.pdf.

ARB/06/8), Azerpetrol Internacional Holdings B.V., Azerpetrol Group B.V. y Azerpetrol Oil Services Group B.V. c. República de Azerbaiján (Caso ARB/06/15) y Barmek Holdings A.S. c. República de Azerbaiján (Caso ARB/06/16), todos los cuales se encuentran en trámite.

Ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, identificamos los casos Nykomb Synergetics Technology Ltd. c. Latvia, que culminó con el primer laudo sobre el fondo dictado al amparo de este tratado el 16 de diciembre de 2003;[134] Petrobart Ltd. c. Kyrgyzstán;[135] y, Amto c. Ucrania.

---

[134] Thomas W. Walde y Kaj Höbér, *"The First Energy Charter Treaty Arbitral Award".* En: Journal of International Arbitration, Vol. 22, No. 2, 2005, p. 94. La empresa Nykomb invirtió en el mercado de electricidad de Latvia y era la única accionista de una empresa local denominada SIA Windau. La empresa local operaba una planta de electricidad. A principios de la década de los 90s el país buscó reducir la importación de electricidad y aumentar la capacidad de generación doméstica. Para atraer inversión extranjera, se dictó una ley especial que autorizada al inversionista a cobrar una tarifa mayor a la normal en sus ventas a la única empresa estatal encargada de la distribución denominada Latvenergo. En 1997 esta última y la empresa local de propiedad del inversionista celebraron varios contratos para la construcción de una planta de generación, pactándose la compra por 8 años de toda la producción a una tarifa que era el doble del average aprobado por la Comisión de Tarifas de Servicios Públicos. La planta estuvo lista para entrar en funcionamiento el 17 de septiembre de 1999, pero no funcionó porque no se aceptó comprar al precio convenido. Recién se comenzó a operar el 28 de enero de 2000 pero a una tarifa muy por debajo de lo acordado. El inversionista inició el procedimiento arbitral, argumentando que fue discriminado porque se había pagado correctamente a las otras generadoras. En el laudo de fecha 16 de diciembre de 2003, el tribunal arbitral no encontró a Latvia responsable de violar las reglas sobre expropiaciones, pero sí la encontró responsable de violar el "tratamiento nacional", porque se verificó que a generadoras en similares circunstancias se les pagó conforme a sus contratos y el estado no presentó justificación alguna para proceder de la manera que lo hizo con el inversionista demandante. El laudo arbitral se ubica en: www.investmentclaims.com/decisions/nykonb-Final-Award.pdf.

[135] En Petrobart Limited c. República de Kyrguz, la disputa se generó a partir de un contrato de venta de gas celebrado entre Petrobart (empresa constituida en Gibraltar) y Kyrgyzgazmunaizat, una empresa estatal de Kyrguz encargada de la distribución de gas a los consumidores. De acuerdo a lo actuado en el expediente arbitral, los árbitros encontraron que Petrobart había cumplido con varias entregas de gas, mientras que su contraparte no solo había pagado menos de la mitad de los embarques, sino que, además, había desarrollado acciones gubernamentales tendientes a evitar el pago, como el intento de privatizar la empresa estatal transfiriendo su patrimonio, pero no sus deudas. Uno de los temas más importantes en este caso, fue el determinar si existió "inversión" por parte de Petrobart conforme al Tratado de la Carta de la Energía. Sobre este particular, el tribunal arbitral en su laudo de 29 de marzo de 2005 (http://ita.law.uvic.ca/documents/petrobart_Kurguz.pdf) manifestó lo siguiente: "*Item (c) of Article 1(6) of the Treaty provides that assets constituting an investment are to be counted 'claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an investment (...) Article 1(6)(f)... provides that an asset constituting an investment shall also be counted 'any right*

Por último, existe un arbitraje ad hoc bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL iniciado por Group Menatep, Hulley Enterprises Ltd., Yukos Universal Ltd. y Veteran Petroleum Trust c. Federación Rusa.

b. Los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones celebrados dentro del marco del MERCOSUR,[136] que identifican el consentimiento previo de los estados miembros de someter las controversias en materia de inversiones al CIADI.[137]

---

conferred by law or contract or by virtue of any licenses and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector'. 'Economic Activity in the Energy Sector' is in Article 1(5) defined as 'economic activity concerning the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of Energy Materials and Products except those included in Annex II, or concerning the distribution of heat to multiple premises'. It is not contested that the gas condensate which Petrobart sold in the Contract is to be regarded as Energy Materials and Products... Thus, a right conferred by contract to undertake an economic activity concerning the sale of gas condensate is an investment according to the Treaty. This must also include the right to be paid for such a sale". Seguidamente, el tribunal arbitral encontró responsable a Kurguz de la violación del estándar del trato justo y equitativo y ordenó el pago de una indemnización.

[136] Horacio A. Guiguera Naón, *"Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America",* documento presentado en el First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International, Miami, 2003, p. 99. *"Mercosur has also shown great interest in legislating in matters regarding mechanisms for the settlement of foreign investment disputes. Reference should be made in this respect to the Colonia and Buenos Aires Protocols of 1994. The Colonia Protocol provides for international commercial arbitration as one of the options open to the private investor from a Mercosur country for the resolution of investment disputes arising between such investor and another Mercosur host country. The Buenos Aires Protocol introduces common rules with the express objective set out in this Protocol of establishing the maximum level of concessions regarding the protection of foreign investment originated in a non-Mercosur country that may be granted by a country belonging to Mercosur under international agreements with third countries or through its legislation (Sections 1-2). This Protocol provides for international commercial arbitration, either institutional or ad-hoc, as one of the dispute resolution options available to the foreign investor without, however, giving precisions as to the institutional or ad-hoc rules that could be resorted to by the private investor (Sections 2(H) and (3)). This Protocol only provides a ceiling for the level of protection to investors from non-Mercosur countries that may be granted, for example, under the discrete investment treaties each member country may conclude with non-Mercosur countries and does not give rise to any specific rights from non-Mercosur country investors to file investment claims on the basis of such Protocol".*

[137] El artículo 9° del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, dispone lo siguiente: "Solución de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante Receptora de la Inversión:

c. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA),[138] cuyo marco referido al arbitraje entre

---

1. Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.
2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una de las partes, será sometida a alguno de los siguientes procedimientos, a pedido del inversor:
i) a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o
ii) al arbitraje internacional, conforme a lo dispuesto en el Párrafo 4 del presente Artículo.
iii) al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se establezca en el marco del Tratado de Asunción.
3. Cuando un inversor haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos establecidos en el Párrafo 2 del presente Artículo la elección será definitiva.
4. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor:
a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el 'Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Protocolo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación;
b) a un tribunal de arbitraje 'ad-hoc' establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). (...)
6) Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de conformidad con su legislación". Sobre este particular, leer a: Alejandro Escobar, "*Investor-To-State Arbitration under Mercosur".* En: International Arbitration in Latin America, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 281-293.

[138] *North American Free Trade Agreement* (NAFTA). Jacques Werner, "*The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration*". En: Journal of International Arbitration, Vol. 14, No. 2, 1997, p. 7. "*…the NAFTA arbitration mechanism for investors is arbitration without any contractual relationship, and consequently without any arbitration clause or agreement: the host country has consented to arbitrate by virtue of accession to the treaty, and the investor by his declaration to have recourse to arbitration".* Daniel Q. Posin, "*The Multi-Faceted Investment Arbitration Rules of NAFTA*". En: World Arbitration & Mediation Report, Vol. 13, No. 1, 2002, pp. 15-16, informa que para acceder al arbitraje primero debe iniciarse un período de negociaciones (6 meses). Si no se logra un acuerdo, "*[t]he disputing investor may choose one of three rules under which to conduct the arbitration: 1) The rules of the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor (or the government of the investor) are parties to the ICSID Convention; 2) The Additional Facility rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or 3) the UNCITRAL Arbitration Rules (…) Article 1122 paragraph 1 is one of the most fascinating of the Agreement... 'Each party consents to the submission of a claim to*

estados e inversionistas ha servido de base para otros tratados de libre comercio, como los celebrados por los Estados Unidos de América con Chile,[139] Singapur[140] y el Perú.[141]

d. El Acuerdo sobre el Grupo de los Tres de 1994.[142]

---

arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement'... this Article constitutes a consent in advance that each Party will participate in an arbitration initiated by a private party, national of one of the other Parties".

Por su parte, Mark Cymrot, Elliot J. Feldman y Michael Snarr, "Protección a los Inversionistas: ¿El gobierno podrá para la música? Antecedentes del Capítulo XI del TLCAN". En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 3, Lima, 2006, p. 243, identifican que al año 2004 se habían presentado al amparo del Capítulo 11 del NAFTA doce Notificaciones de Intención de Recurrir a Arbitraje contra México, once contra los Estados Unidos de América y diez contra Canadá, aunque cabe aclarar que ninguno de estos conflictos ha sido sometido al CIADI, debido a que México y Canadá no son parte de este tratado. Sobre este particular, ver infra punto No. XII.9. El texto del Capítulo 11 del NAFTA se ubica en: www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp.

[139] Artículo 10.15(5).- *"Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:*
(a) under the ICSID Convention, provided that both the non-disputing Party and the respondent are parties to the ICSID Convention;
(b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the non-disputing Party or the respondent, but not both, is a party to the ICSID Convention;
(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules;
(d) if the disputing parties agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules". El tratado se ubica en: www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/Section_Index.html. Sobre este particular, leer a: Scott R. Jablonski, *"¡Sí, Po! Foreign Investment Dispute Resolution does have a place in Trade Agreements in the Americas: A comparative look at Chapter 10 of the United States-Chile Free Trade Agreement".* En: University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 35, 2004, pp. 644-654; y, Gonzalo Biggs, *"The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investment and the Chile-U.S. Free Trade Agreement"*, ob. cit., pp. 61-86.

[140] El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y Singapur contiene en el artículo 15.15(5) una redacción similar al caso de Chile. El tratado se ubica en: www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Singapote_FTA/Final_Texts/Section_Index-html. Sobre este particular, leer a: David A. Gantz, *"The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement".* En: American University International Law Review, Vol. 19, 2004, pp. 747-763.

[141] Ver infra punto No. XIII.5.

[142] Tratado de Libre Comercio celebrado en 1994 entre México, Colombia y Venezuela. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 24. *"Under Art. 17-18, the investor is given the option to institute ICSID arbitration, Additional Facility arbitration or arbitration under the UNCITRAL Rules, depending on the ICSID*

e. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y América Central y República Dominicana – CAFTA.[143]

f. The Association of South East Asian Nations (ASEAN).[144]

Convention's state of ratification by the three States". El texto del tratado se ubica en: www.sice.oas.org/Trade/G3_E/G3Ec17.asp.

[143] El CAFTA ha sido celebrado entre los Estados Unidos de América y El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Guatemala y República Dominicana. El artículo 10.16(3) dispone lo siguiente: *"Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:*
(a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedures for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the Party of the claimant are parties to the ICSID Convention;
(b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the Party of the claimant is a party to the ICSID Convention; or
(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules". El tratado se ubica en: www.ustr.gov/assets/Trade-Agreements/Bilateral/CAFTA-DR/CAFTA-DR-FINAL-TEXTS/Section_Index.html. Sobre este particular, leer a: Rajesh Singh, *"The Impact of the Central American Free Trade Agreement on Investment Treaty Arbitrations: A Mouse that Roars?".* En: Journal of International Arbitration, Vol. 21, No. 4, 2004, pp. 329-339.

[144] El ASEAN fue fundado en 1967 por 5 estados del sudeste asiático: Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia. A la fecha se han incorporado Brunei Darussalam, Camboya, Laos, Mayanmar y Vietman. El ASEAN tiene sus propias reglas de promoción y protección de inversiones, que han ido evolucionando en el tiempo. Así tenemos, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1987, el Protocolo de Yakarta de 1996 que modificó en parte el Acuerdo de 1987 y finalmente un Acuerdo Marco en materia de inversiones de 1998. Para mayor información verificar la página web de ASEAN: www.aseansec.org y leer a: Rukia Baruti Dames, *"Provisions for Resolution of Investment Disputes within ASEAN. The First Arbitral Award and its Implications for ASEAN's Legal Framework".* En: Journal of International Arbitration, Vol. 22, No. 6, 2005, pp. 511-541.

Hasta donde tenemos conocimiento, sólo se ha presentado un caso arbitral iniciado al amparo de estas normas, que fue el seguido por Yaung Chi OO Trading Pte Ltd. c. El Gobierno de la Unión de Myanmar. Aquí, el demandante que era una empresa constituida en Singapur, constituyó en 1993 en Mayanmar un joint venture con entidades estatales locales para la construcción de una fábrica de cerveza y la posterior comercialización de los productos. Años después se alegó que debido a una serie de invasiones a la fábrica por parte de agentes del gobierno y al congelamiento de las cuentas bancarias del joint venture se había producido, entre otros, una expropiación indirecta. El demandante amparó su demanda arbitral en las disposiciones de los tratados identificados en el párrafo precedente. El arbitraje fue ad hoc con sede en Bandar Seri Begawan (Brunei Darussalam). En su laudo arbitral de 31 de marzo de 2003, el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer la controversia, al considerar que no se había dado cumplimiento a uno de los requisitos exigidos por el tratado de 1987 (no existió aprobación de la inversión como exige la norma). El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Yaunghi0ocase.pdf.

El número cada vez mayor de tratados bilaterales[145] y multilaterales que habilitan el acceso al CIADI, ha permitido que en los últimos años aumenten los casos arbitrales de manera significativa,[146] esperándose además que crezca aun más en el futuro.[147]

---

[145] Jorge F. Perez-Lopez y Matias F. Travieso-Diaz, *"The Contribution of BITs to Cuba's Foreign Investment Program"*. En: Law & Policy in International Business, Vol. 32, 2001, p. 532. *"The boom in BITs in the 1990s is attributable to a number of factors. The first factor was the opening to foreign investment brought about by evolution toward a market economy in the former socialist countries of Eastern and Central Europe and in the newly independent states of the former Soviet Union. Second, the recognition among developing countries of the positive role in economic development that FDI can play and the intense competition among countries to attract FDI also lead to a large increase in BITs. Third, BITs grown is also attributable to shrinkages in foreign aid generally and difficulties on the part of many developing countries in obtaining additional foreign financing via debt. The final factor stems from a growing consensus among developed and developing countries, as well as transition economies, that it is in a country's national interest to provide increased legal protection to FDI"*.

[146] Mark Kantor y Michael Nolan, "El riesgo arbitral de los inversionistas frente a la soberanía". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 3, Bogotá, 2005, p. 38. "El número de casos Ciadi ha aumentado. El Centro registró tantas nuevas solicitudes en los primeros tres meses del 2004, como en los primeros 15 años de su historia". Antonio R. Parra, *"ICSID and Bilateral Investment Treaties"*, ob. cit., p. 3. *"By the end of 1996, ICSID has registered a total of 9 cases of arbitration without privity. The floodgates then seemed to open: from 1997 to date, we have registered 25 further cases of arbitration without privity"*. Antonio R. Parra, *"The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 4. *"At present, 20 ICSID Convention arbitration cases and 5 Additional Facility arbitration proceedings are pending before the Centre. Of these 25 cases, 18 (including all of the Additional Facility Rules proceedings) have been brought to ICSID on the basis of consents to arbitration in investments laws or treaties. Four of the Additional Facility Rules proceedings have been instituted under the NAFTA (three against Mexico and one against the United States). Two further NAFTA cases (against Canada) have been submitted to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules"*.

[147] Emmanuel Gaillard, *"The International Centre for Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 1. *"Given the extraordinary proliferation of investment treaties and national investment laws that permit an investor or a government to seek recourse before ICSID, one can reasonably expect that the caseload at the center will continue to increase –perhaps significantly. In many instances, ICSID may provide the most effective recourse for companies or individuals whose foreign investments have suffered some form of harm"*. Andrés Rigo Sureda, *"ICSID: An Overview"*, ob. cit., p. 168. *"In its thirty-six years of existence [2002] ICSID has registered a total of 93 requests for arbitration and three requests for conciliation. Of the requests for arbitration, 50 have been based on contractual consent and the remainder on consents given under bilateral or multilateral investment treaties. The rate of submission of arbitration requests has accelerated from, on average, one request per year to about one per month, in parallel with the increase in the signing of investment treaties with consents to ICSID arbitration or arbitration under the Additional Facility Rules"*.

XII.3.1.4. **Renuncia a plantear otro recurso y agotamiento de las vías previas**

Una vez que las partes han dado cumplimiento al requisito del consentimiento por escrito, no cabe una renuncia unilateral a la jurisdicción del CIADI.[148] Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 26° del Convenio CIADI,[149] las partes renuncian a plantear cualquier otro recurso, salvo que el Estado Contratante exija el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales.[150]

En este punto conviene aclarar que si bien todavía existen estados que exigen el agotamiento de sus vías administrativas o judiciales como paso previo para acceder al arbitraje del CIADI,[151] modernamente este

[148] Christoph Schreuer, *"Commentary on the ICSID Convention, Article 25"*, ob. cit, p. 481. *"The binding and irrevocable nature of consent to the jurisdiction of ICSID is a manifestation of the maxim pacta sunt servanda and applies to undertakings to arbitrate in general. Its aptness is obvious where the consent is expressed in a compromissory clause contained in an agreement. It applies equally where an offer of consent is contained in national legislation or a treaty which has been accepted by the investor…"*.

[149] Artículo 26°.- "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio".

[150] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 31. *"Under Art. 26 of the ICSID Convention, a State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under the Convention. In the absence of such a provision there is no requirement to exhaust local remedies. Only a few States have conditioned their consent to ICSID jurisdiction on the prior exhaustion of local remedies. A relatively small number of bilateral investment treaties and a few investment agreements with investors contain such a condition".*

[151] Sobre éste tema, compartimos plenamente la siguiente afirmación: *"It is questionable whether insistence by a host State on the exhaustion of local remedies prior to ICSID arbitration serves useful purpose. Resort to local remedies before the institution of ICSID arbitration may be seen by the investor as a waste of time and money. The public proceedings in the host State's courts may further exacerbate the dispute between the parties and may affect the host State's investment climate. If the ICSID tribunal overturns a decision by the host State's highest court, this may be a source of acute embarrassment".* United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., pp. 31-32. José Luis Siqueiros, *"Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investment"*, ob. cit., p. 265. *"It appears that the bilateral treaties*

requisito viene cediendo paso a la negociación o la conciliación previa[152] y, en todo caso, puede que pierda importancia si en el futuro se consolida el fallo emitido en el caso Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso ARB/97/7).

En efecto, en este caso Emilio Maffezini (ciudadano argentino) inició un procedimiento arbitral CIADI afirmando la existencia de una controversia debido al tratamiento que recibió su inversión en la empresa española EAMSA, dedicada a la fabricación y distribución de productos químicos en la región de Galicia.

Lo importante de este caso es que el demandante amparó su solicitud de arbitraje en el BIT Reino de España-Argentina, pero, además, conforme a la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) solicitó que también fuera aplicable al caso el BIT Reino de España-Chile, que a diferencia del primero no exige el agotamiento de la vía judicial como condición para acceder a la mecánica del CIADI.[153]

---

containing this condition are inconsistent or have given rise to an intolerable situation for the competent authorities who were requested by the investor to hear the claim. Not only must they determine the merits of the case by a strict deadline but satisfy the plaintiff as well. Otherwise, 'the dispute subsists' and the investor can ignore the judicial decision and resort to international arbitration". Luke Eric Peterson, *"The Global Governance of Foreign Direct Investment: Madly Off in All Directions".* En: Dialogue on Globalization No. 19, Friedrich Ebert Stiftung, 2005, http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/50084.pdf, p. 9. *"Most investment treaties no longer provide that foreign investors must exhaust their domestic legal remedies before mounting an international claim".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 396. *"…it seems wisest to leave the Convention's basic rule of non-exhaustion in place and to follow the example of the vast majority of consent agreements in not requiring the exhaustion of local remedies".*

[152] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.3., p. 32. *"A common condition for the institution of proceedings before ICSID is that an amicable settlement has been attempted through consultations or negotiations".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 343 *"Technically, this is not a requirement to exhaust local remedies, since the parties are free to turn to ICSID, once the time has elapsed".* Ver infra punto siguiente.

[153] El BIT Argentina-España dispone en su artículo X que si el conflicto no puede resolverse de manera amigable en seis meses, la controversia "será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión. (...)
3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

Obviamente España impugnó la jurisdicción del tribunal arbitral, argumentando que de conformidad con el artículo 26° del Convenio CIADI y el BIT España-Argentina, si bien el señor Maffezini tenía el derecho a iniciar un arbitraje CIADI, el BIT lo condicionaba al agotamiento de los recursos internos ante el poder judicial español, lo que no había sucedido.

Sin embargo, el tribunal arbitral en su fallo sobre jurisdicción de 25 de enero de 2000, consideró amparado en el caso Ambatielos[154] en este proceso era de

---

a) a petición de una de las partes de la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso... o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes…"

En cambio, el BIT España-Chile (artículo 10(2)) permite el acceso directo al CIADI, una vez transcurrido seis meses de negociaciones.

Sobre el tema de la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF), María del Carmen Vega, "Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones", ob. cit., p. 127, explica que ésta "...implica que cuando una parte contratante acuerda con un tercer Estado condiciones más favorables que las convenidas con otra parte contratante, esta última se beneficiará de las nuevas condiciones convenidas". United Nations Centre on Transnational Corporations, **Bilateral Investment Treaties**, United Nations, Nueva York, 1988, p. 34. *"The inclusion of a most-favoured-nation clause in an international treaty means that whenever one contracting party agrees on more favourable terms with a third State, the other contracting party (to the first treaty) will benefit from the new, more favourable terms".* Todd Weiler, *"Metalclad v. Mexico: A Play in Three Parts".* En: www.naftaclaims.com/Papers/JWI%20Article%20Final.pdf., pp. 22-23. *"As Georg Schwarzenberger noted many years ago, the main function of the MFN principle… consists in forming an agency of equality. It prevents discrimination and establishes equality of opportunity on the highest possible plane: the minimum of discrimination and the maximum of favours conceded to any third State… It is clear that m.f.n. clauses serve as insurance against incompetent draftsmanship and lack of imagination on the part of those who are responsible for the conclusion of international treaties. While it is thus that the standard of m.f.n. treatment has the effect of putting the services at the shrewdest negotiator of a third country gratuitously at the disposal of one's own country, another aspect of the matter is more significant… As long as a country is content to enjoy treatment equal to that of the most-favoured third country, and the subject-matter of the treaty lends itself to such treatment, the use of the m.f.n. standard leads to the constant self-adaptation of such treaties and greatly contributes to the rationalization of international affairs".* Sobre este particular, leer a: José Luis Siqueiros, *"Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investment"*, ob. cit., p. 260; Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., pp. 395-396; Charles H. Brower II, *"Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back".* En: Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 40, 2001, pp. 54-55; y, Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., pp. 48-50.

[154] En su decisión sobre jurisdicción, el tribunal arbitral hizo referencia especial al caso Ambatielos (Comisión de Arbitraje de las Naciones Unidas establecida para la demanda de Ambatielos entre Grecia y el Reino Unido,

aplicación la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF), por cuanto muchos BITs expresamente reconocen la extensión de esa cláusula a las normas sobre solución de controversias, como es el caso del BIT Argentina-España, que dispone su aplicación a "todas las materias regidas por el presente Acuerdo".[155]

En consecuencia, los árbitros afirmaron que "...si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejus dem generis. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia que el tratado básico...".[156]

Esta decisión ha sido seguida en Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/10), también al amparo del BIT Reino de España-Argentina, pero esta vez fue una empresa española la que pidió la aplicación de la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF), a efectos de aplicar el BIT Estados Unidos de América-Argentina que permite el acceso directo al arbitraje CIADI. El tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 17 de junio de 2005, amparó esta solicitud.[157]

1956), identificando que "[l]a Comisión de Arbitraje... confirmó la relevancia de la regla ejus dem generis, afirmando que 'la cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquel al que se refiere la propia cláusula'. Aplicando este estándar a dicho caso, la Comisión concluyó '...que la protección de los derechos de las personas dedicadas al comercio y la navegación mediante disposiciones sobre solución de controversias queda comprendida en el tratamiento general de los comerciantes cubiertos por la cláusula...'". El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-Spanish.pdf.

[155] "...el Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros...".

[156] El tribunal arbitral también delineó otros posibles límites a esta decisión, pero que no resultan aplicables al caso (ver fallo pp. 25-26). Meses después, el tribunal arbitral dictó laudo sobre el fondo de la controversia, encontrando al Reino de España parcialmente responsable. El laudo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_laudodel tribunal. pdf.

[157] Vale la pena citar in extenso parte de los argumentos: "29. ...el tribunal considera que la cuestión fundamental consiste en establecer si las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados

bilaterales sobre inversiones forman parte del conjunto de mecanismos de protección concebidos a los inversores extranjeros por los Estados donde se efectúan las inversiones. A juicio del Tribunal, la historia primero del Convenio CIADI, que creó la institución del arbitraje entre inversores y Estados, y, ulteriormente, de la serie de tratados bilaterales de inversiones entre países desarrollados y en desarrollo (y en algunos casos entre países en desarrollo inter se), muestra como un componente decisivo –de hecho, quizás el más decisivo- la institución de un sistema de arbitraje internacional independiente para resolver controversias entre los inversores y el Estado donde se efectúa la inversión. La creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor. La gran mayoría de los tratados bilaterales de inversiones y prácticamente todos los más recientes, prevén un arbitraje internacional independiente para las diferencias entre inversores y Estados, trátese del Convenio del CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o convenios similares; y sus disposiciones son universalmente consideradas –por quienes a ellas se oponen y por quienes las promueven- como elementos esenciales de un régimen de protección de inversiones extranjeras directas.

30. El Tribunal nota que la frase introductoria del Artículo IV(2) del TBI se refiere a 'todas las materias regidas por el presente Acuerdo...'. Ciertas materias están expresamente excluidas; pero no lo está la solución de controversias... Con respecto a la afirmación de que el plazo de 18 meses previsto en el Artículo X(3) del TBI constituye un requisito inderogable de agotamiento de recursos internos, el Tribunal observa que, conforme a esa disposición, existe la posibilidad de recurrir al arbitraje aunque los tribunales nacionales se hayan pronunciado sobre el caso y, a fortiori, aunque no hayan dictado una sentencia definitiva al respecto. En consecuencia, el plazo de 18 meses no está comprendido en el concepto de previo agotamiento de recursos internos tal como lo entiende el Derecho Internacional.

31. El Tribunal considera que la disposición referente al arbitraje internacional entre el inversor y el Estado contenida en los tratados bilaterales de inversiones constituye un incentivo y un mecanismo de protección importante para los inversores extranjeros; además, el hecho de que sólo pueda tenerse acceso a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un período de espera de 18 meses, implica un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el período de negociación. En consecuencia, la Demandante del presente caso tiene derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el TBI entre Argentina y los Estados Unidos invocando el Artículo IV(2) del tratado bilateral de inversiones entre España y Argentina. (...)

49. Este Tribunal entiende que la cuestión referente a la aplicación de una cláusula general de nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversiones no está exenta de dudas, y que diferentes tribunales, confrontados con hechos y antecedentes sobre negociaciones distintas, pueden llegar a diferentes resultados. No obstante, el Tribunal está convencido de que la intención de las partes del TBI entre España y la Argentina consistía en someter el régimen de solución de controversias a las disposiciones sobre trato de nación más favorecida...". El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/gasnatural-Decisionsobrepreguntaspreliminaressobrejurisdiccion.pdf.

El mismo tratamiento se dio en los casos Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina (Caso No. ARB/03/17),[158] Camuzzi International S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/2),[159] Siemens A.G. c. República Argentina (Caso ARB/02/8)[160] y Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/19) y AWG Group Ltd. c. República Argentina.[161]

---

[158] Decisión sobre jurisdicción de 16 de mayo de 2006. Este arbitraje también se inició al amparo del BIT Reino de España-Argentina y se apeló a la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) para aplicar el BIT Francia-Argentina que permite el acceso directo al arbitraje CIADI. El tribunal arbitral dijo: "55. En el texto antes citado se indica claramente que 'en todas las materias' cada Parte debe garantizar un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país… la solución de controversias es sin duda una 'materia' regulada por el TBI Argentina-España… En la situación actual, Argentina celebró un TBI con Francia en el que se permite a los inversores agraviados, después de seis meses de intentos de solucionar sus diferencias, recurrir al arbitraje internacional sin necesidad de presentar primero el caso ante los tribunales locales de un Estado Contratante. En consecuencia, los inversores franceses en Argentina… reciben un tratamiento más favorable que los inversores españoles en Argentina… En tal caso, conforme al párrafo 2 del Artículo 4, los inversores españoles tienen derecho a un tratamiento con respecto a la solución de controversias, no menos favorable que el concedido a los inversores franceses. (...)
57. El Tribunal no encuentra base alguna para distinguir entre las materias relacionadas con la solución de controversias y cualquier otra materia incluida en un tratado bilateral de inversión. Desde el punto de vista de la promoción y protección de las inversiones, que son los objetivos declarados del TBI Argentina-España, la solución de controversias es tan importante como otras materias reguladas por el TBI y forma parte integrante del régimen de protección de las inversiones que dos Estados soberanos… han convenido". El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Suez_Jurisdiction.pdf.

[159] Decisión sobre jurisdicción de 11 de mayo de 2005. Aquí el demandante invocó el tratamiento de la Nación Más Favorecida (NMF) para evitar la aplicación del período de espera de seis meses contado desde la fecha en que se inicia el procedimiento ante las autoridades judiciales argentinas, conforme al artículo 12° del BIT Argentina-Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, basándose en el BIT Estados Unidos de América c. Argentina que carece de ese requisito. Esta decisión se ubica en: www.iisd.org/pdf/2005/investment_investid_camuzzi.pdf.

[160] Decisión sobre jurisdicción de 3 de agosto de 2004. Aquí se demandó al amparo del BIT Alemania-Argentina y para evitar la necesidad de acudir al poder judicial argentino, se apeló a la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) para aplicar el BIT Chile-Argentina. El tribunal arbitral en su decisión, manifestó su concordancia con el caso Maffezini. El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/SiemensJurisdiction_English-3August2004.pdf.

[161] Decisión sobre jurisdicción de 3 de agosto de 2006. Aquí los demandantes se ampararon en los BITs Argentina-España y Argentina-Reino Unido, respectivamente, pero como ambos exigían el agotamiento de la vía judicial argentina, apelaron a la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) para

De esta manera, existen hasta seis decisiones que han aceptado aplicar la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) para evitar el requisito del agotamiento de las vías judiciales como paso previo para acceder al arbitraje del CIADI.

Sin embargo, algunos tribunales arbitrales han decidido no ampliar la aplicación de la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) a supuestos distintos, como:

En el caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/00/2) que se inició al amparo del BIT España-México, el accionante pretendió ampararse en el caso Maffezini para intentar la aplicación del artículo 8(1) del BIT Austria-México que permitía el acceso al arbitraje inclusive respecto de controversias existentes antes de la entrada en vigencia de dicho tratado, a diferencia del BIT España-México que sólo otorgaba cobertura para conflictos generados luego de su entrada en vigor. Sin embargo, el tribunal arbitral en su laudo de 29 de mayo de 2003, fue de la opinión que "...cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo... en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, [que] por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo, ya que atañen directamente, tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y muy particularmente del contexto jurídico general –nacional o internacional- dentro del cual tal régimen opera; cuanto al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas que forman tal régimen; y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida".[162]

---

aplicar el BIT Argentina-Francia que permite el acceso directo al arbitraje. El tribunal arbitral consideró pertinente aplicar el precedente Maffezini. La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/SuezVivendiAWG Jurisdiction.pdf.

[162] Ruth Teitelbaum, "Who's Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses". En: Journal of International Arbitration, Vol. 22, No. 3, 2005, p. 229. "The tribunal

Por su parte, en Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso ARB/03/04), el demandante solicitó el arbitraje al amparo del Tratado de la Carta de la Energía y del BIT Bulgaria-Chipre que carecía de una cláusula CIADI. Ante ello, pretendió conforme a la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) que se aplicaran otros BITs celebrados por Bulgaria que establecían el acceso al arbitraje del CIADI. Sin embargo, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 8 de febrero de 2005, afirmó que no cabe apelar a la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) para pretender acceder al arbitraje del CIADI.[163]

También en Salini Costruttori S.p.A. e Italtrade S.p.A. c. Jordania (Caso ARB/02/13), la parte demandante que había demandado al amparo del BIT Italia-Jordania, pretendió conforme a la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) que se aplicaran los BITs Estados Unidos de América-Jordania y Reino Unido-Jordania que, en su opinión, contenían una "cláusula paraguas"[164] que autorizaba someter al arbitraje del CIADI reclamos contractuales. Sin embargo, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 29 de noviembre de 2004,

---

refused to apply Maffezini in this manner, finding that this time limitation was part of 'the essential core of the negotiations of the contracting parties' related directly to the substantive protections of the Mexico-Spain agreement. It concluded that such a restriction on the submissions of investment disputes could not be altered by virtue of the MFN clause and application of the Austria-Mexico BIT". El laudo arbitral se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/laudo051903FINAL.pdf. Sobre el particular, leer a: Rudolf Dolzer y Terry Myers, "After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements". En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 19, No. 1, 2004, pp. 49-60.

[163] "32. The most favored nation provision of the Bulgaria-Cyprus BIT, read with other BITs to which Bulgaria is a Contracting Party (in particular the Bulgaria-Finland BIT), cannot be interpreted as providing the Respondent's consent to submit the dispute with the Claimant under the Bulgaria-Cyprus BIT to ICSID arbitration or entitling the Claimant to rely in the present case on dispute settlement provisions contained in these other BITs". Ruth Teitelbaum, "Who's Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses", ob. cit., p. 231. "The tribunal found that the MFN clause at issue did not encompass dispute settlement, noting that 'Contracting States cannot be presumed to have agreed that [dispute settlement] provisions can be enlarged by incorporating dispute resolution provisions from other treaties negotiated in an entirely different context'". La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/PlamaOrderonProvisional Measures.pdf.

[164] Ver infra punto No. XII.3.3.4.

se negó a aceptar la aplicación de la cláusula NMF para estos propósitos.[165]

También debemos de destacar que con la finalidad de evitar la aplicación del caso Maffezini y su saga, al momento de negociarse los tratados de libre comercio que últimamente ha celebrado los Estados Unidos de América con América Central y la República Dominicana – CAFTA, Chile, Singapur y el Perú, se acordó en los trabajos preparatorios excluir este supuesto del contenido de la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF).[166]

Por último, en el caso del Perú que ha suscrito 31 BITs,[167] identificamos que sólo los BITs celebrados con Bolivia,[168] Suiza,[169] Alemania[170] y Corea[171] requieren el

---

[165] Ruth Teitelbaum, *"Who's Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses"*, ob. cit., pp. 228-229: *"The tribunal distinguished the MFN clause in the Italy-Jordan BIT, finding that it was not as broad and did not refer to 'all matters subject to this agreement.' The tribunal further concluded that in this case the claimants had failed to establish that it was the common intention of the parties to have the MFN clause apply to dispute settlement. Moreover, the tribunal found that the BIT clearly excluded from ICSID jurisdiction contractual disputes between an investor and an entity of a state party"*. La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf.

[166] Rajesh Singh, *"The Impact of the Central American Free Trade Agreement on Investment Treaty Arbitrations: A Mouse that Roars?"*, ob. cit., p. 334. *"The Parties agree that the following footnote is to be included in the negotiating history as a reflection of the Parties' shared understanding of the Most-Favored-Nation Treatment Article and the Maffezini case. This footnote would be deleted in the final text of the Agreement. The Parties note the recent decision of the arbitral tribunal in Maffezini v. Kingdom of Spain, which found an unusually broad most-favored-nation clause in an Argentina-Spain agreement to encompass international dispute resolution procedures… By contrast, the Most-Favored- Nation Treatment Article of this Agreement is expressly limited in its scope to matters 'with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investment'. The Parties share the understanding and intent that this clause does not encompass international dispute resolution mechanisms such as those contained in Section C of this Chapter, and therefore could not reasonably lead to a conclusion similar to that of the Maffezini case"*.

[167] Fernando Cantuarias S., "Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje", ob. cit., p. 34. Ver supra cita No. 103.

[168] Artículo 11°.- "...será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión".

sometimiento del conflicto ante los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

Sometida la controversia ante el poder judicial local, si no se emite una decisión sobre el fondo dentro de los seis meses siguientes "...o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista...",[172] estos BITs disponen el acceso al arbitraje, preferentemente ante el CIADI.[173]

---

[169] Artículo 9°.- "...la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión".

[170] Artículo 10°.- "Si una controversia... no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses... será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión".

[171] Artículo 8°.- "La Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión podrá exigir que antes de recurrirse a un arbitraje se busque una solución a través de recursos locales...".

[172] Artículo 11° del BIT Perú-Bolivia. Idéntico plazo se establece en el artículo 8° del BIT Perú-Corea. En el caso de los BITs Perú-Suiza y Perú-Alemania, el plazo es de dieciocho meses.

[173] En el caso del BIT Perú-Bolivia, las controversias "...serán sometidas...", al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o ante un "...tribunal arbitral ad hoc constituido en virtud de un Convenio Internacional del cual sean parte ambas Partes Contratantes".

Tratándose del BIT Perú-Suiza, la controversia podrá someterse a un tribunal arbitral ad hoc que regulará su actuación de conformidad con el Reglamento Modelo de Arbitraje de UNCITRAL o, si ambas partes son miembros del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones "...como una alternativa al procedimiento... [anterior]" (tanto el Perú como Suiza son miembros de este tratado).

En el caso del BIT Perú-Corea, "[s]i los recursos locales no se han agotado en el plazo... de seis (6) meses o si la Parte Contratante no exige que el párrafo anterior sea aplicado, o si la controversia no es solucionada dentro de seis (6) meses desde la fecha en que una de las Partes promovió la controversia, ésta podrá ser sometida, a petición del inversionista o de la Parte Contratante, al Centro Internacional de Solución de Controversias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)...".

El BIT Perú-Alemania autoriza además el acceso al arbitraje si existe acuerdo. Sin embargo, no queda claro de la norma si este acuerdo suple el acceso al poder judicial. El arbitraje se desarrollará ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o ante un tribunal arbitral ad hoc que regulará su actuación de conformidad con el Reglamento Modelo de Arbitraje de UNCITRAL. Si las partes no se

Sin embargo, considerando el caso Maffezini y su saga, este requisito podría ser obviado apelando a la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) contenida en estos BITs,[174] resultando de aplicación cualquiera de las cláusulas de solución de controversias dispuestas en los demás BITs celebrados por el Estado peruano que permiten el acceso directo al arbitraje del CIADI.[175]

Esta afirmación por lo menos sería aplicable en el caso del BIT Perú-Alemania, cuya cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) es similar a la del BIT Alemania-Argentina aplicada en el caso Siemens A.G. c. República Argentina (Caso ARB/02/8).

XII.3.1.5. **Período de negociación o consultas**

La gran mayoría de BITs y TLCs establecen que antes de someter un conflicto al arbitraje, se requiere transitar por un período de negociación o consulta,[176] con la finalidad de intentar un arreglo amigable.[177]

La totalidad de los BITs[178] y TLCs[179] suscritos por el Estado peruano establecen la existencia de este

---

ponen de acuerdo transcurrido tres meses desde que una parte solicita el acceso al arbitraje, éste se desarrollará ante el CIADI.

[174] Artículo 3° del BIT Perú-Alemania, artículo 3° del BIT Perú-Bolivia, artículo 3° del BIT Perú-Corea y artículo 3° del BIT Perú-Suiza.

[175] Artículo 8° del BIT Perú-Francia, artículo 9° del BIT Perú-Países Bajos, artículo 9° del BIT Perú-Finlandia, artículo 10° del BIT Perú-Reino Unido, artículo 11° del BIT Perú-El Salvador, artículo 10° del BIT Perú-Argentina, artículo 10° del BIT Perú-Venezuela, artículo 9° del BIT Perú-Italia, artículo 9° del BIT Perú-Noruega, entre otros.

[176] También llamado "consultas amistosas", "gestiones amistosas", "solución amigable", "solución amistosa", "acuerdo amistoso", entre otros.

[177] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 56. *"BITs typically include a negotiation or consultation period, sometimes described as a 'cooling off' period, before a claim may be brought*. (…)
The practical purpose of the 'cooling off period' is to facilitate settlement out of the public eye before positions become entrenched. This objective assumes added importance for a sovereign State dealing with disaffected foreign investors". Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 405.

[178] BIT Perú-El Salvador (artículo 11°), BIT Perú-Tailandia (artículo 10°), BIT Perú-Suiza (artículo 9°), BIT Perú-Bolivia (artículo 11°), BIT Perú-Países Bajos (artículo 9°), BIT Perú-Argentina (artículo 10°), BIT Perú-España (artículo 9°), BIT Perú-Portugal (artículo 7°), BIT Perú-Noruega (artículo 9°), BIT Perú-Dinamarca (artículo 9°), BIT Perú-Suecia (artículo

mecanismo inicial de solución de controversias, que tiene plazos de duración estipulados en cada tratado,[180] que corren desde que se notifica la existencia de una disputa conforme al tratado.[181]

La gran mayoría de los BITs y TLCs no establecen formalidad alguna para dar inicio a este período.[182] Sin embargo, en la práctica el inversionista debe remitir

---

8°), BIT Perú-Paraguay (artículo 8°), BIT Perú-Francia (artículo 8°), BIT Perú-Australia (artículo 13°), BIT Perú-Malasia (artículo 7°), BIT Perú-Venezuela (artículo 10°), BIT Perú-Finlandia (artículo 9°), BIT Perú-Corea (artículo 8°), BIT Perú-Cuba (artículo 8°), BIT Perú-Ecuador (artículo 8°), BIT Perú-República Checa (artículo 8°), BIT Perú-Reino Unido (artículo 10°), BIT Perú-Rumania (artículo 8°), BIT Perú-Italia (artículo 9°), BIT Perú-China (artículo 8°), BIT Perú-Alemania (artículo 10°) y BIT Perú-Canadá (artículos 24-25).

[179] TLC Perú-Estados Unidos de América (artículo 10.16) y TLC Perú-Chile (artículo 11.15).

[180] En el caso de los BITs suscritos por el Estado peruano con Bolivia, Argentina, España, Portugal, Noruega, Paraguay, Francia, Malasia, Venezuela, Finlandia, Cuba, Ecuador, República Checa, Rumania, Italia, China y Alemania, seis meses. Tratándose de los BITs celebrados con El Salvador, Países Bajos, Dinamarca, Suecia y Reino Unido, tres meses. Los BITs aprobados con Tailandia, Corea, Australia y Suiza no establecen un plazo para esta etapa, aunque en el caso de Suiza existe un plazo de 18 meses dentro del cual se suma esta etapa con la siguiente que es judicial.

[181] El BIT Perú-Canadá (artículos 24-26), como los TLCs Perú-Estados Unidos de América (artículo 10.16.2-10.16.3) y Perú-Chile (artículo 11.16.3-11.16.4), contienen reglas particulares. En primer lugar, se exige que necesariamente hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación. Luego se requiere que transcurran otros tres meses, que se cuentan desde que el interesado entrega al estado receptor de la inversión una notificación escrita haciendo saber de su intención de someter una reclamación al arbitraje. Por último, y a diferencia de los BITs identificados en la cita precedente, existe un plazo de caducidad de tres años contado desde que se tuvo o debió tener conocimiento de la existencia de la violación y de la existencia de pérdidas o daños causados por la misma, para acceder al arbitraje (artículo 10.18.1 del TLC Perú-Estados Unidos de América, artículos 22.2 y 23.2 del BIT Perú-Canadá y artículo 11.18.1 del TLC Perú-Chile).

Sobre este particular, ver el laudo arbitral de 11 de octubre de 2002, en los seguidos por Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América (Caso ARB(AF)/99/2), parágrafo 87 (http://ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf) y especialmente la decisión sobre jurisdicción de 20 de julio de 2006, en los seguidos por Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Et Al. c. Estados Unidos de América (www.investmentclaims.com/decision/GRE-USA-Jurisdiction.pdf), en el que se discute in extenso las reglas sobre caducidad conforme a los artículos 1116(2) y 1117(2) del NAFTA, que son prácticamente idénticas a las aprobadas en los TLCs celebrados por el Perú.

[182] Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 406. *"There are no required formalities to be followed either in the notification or eventual ensuing negotiations".*

una comunicación a las autoridades del estado receptor de la inversión (generalmente al Presidente de la República y al ministro responsable de la inversión) notificando acerca de la existencia de un conflicto conforme al tratado respectivo y solicitando el inicio del período de negociación. La comunicación debe contener información suficiente (identificación del inversionista, actos o hechos atribuibles al estado, norma del tratado que resultaría aplicable) que permita al estado involucrado decidir si procede o no a iniciar un acercamiento con la parte interesada. En caso el inversionista no reciba respuesta, se recomienda remitir varias veces esta comunicación.[183]

---

[183] Ibídem, p. 406. *"As a matter of practice the negotiating periods are triggered by letters to the authorities of the host state (usually the Head of State and Government and the Minister in charge of foreign investment) notifying the existence of the treaty dispute, a basic summary of its nature and a request to commence negotiations. Often a letter is met with a stony silence. In such a case, investors are well advised to send periodic letters requesting meetings in order to avoid any suggestion that there were no serious attempts to negotiate"*. De la misma manera, Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 56, señalan que: *"As a matter of practice, the foreign investor typically starts the negotiation period by sending a letter –commonly referred to as a 'trigger letter'– to the most senior central authorities of the host State (such as the Head of State and the Minister in charge of foreign investment) notifying them of the existence of a dispute under the relevant BIT. It should be noted that notification to a subdivision of a State, such as a provincial governor, may not be sufficient, even if the underlying investment agreement was with the province. The trigger letter typically provides a basic summary of the background and nature of the dispute and then requests negotiations. If negotiations do not ensue, the invitation may be periodically repeated"*.

En el caso Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A c. Reino de Marruecos (Caso ARB/00/4), iniciado al amparo del BIT Italia-Marruecos, uno de los argumentos esgrimidos por el gobierno de Marruecos en contra de la jurisdicción del tribunal arbitral, fue que la demanda arbitral era prematura al no haberse agotado la etapa de negociación amigable que debía durar seis meses, ya que la comunicación por la cual las empresas italianas habían iniciado esta etapa había sido dirigida al Ministro de Obras Públicas, pero exclusivamente en su calidad de presidente de la empresa estatal que había contratado la obra. Sin embargo, el tribunal arbitral en la decisión sobre jurisdicción de 23 de julio de 2001, falló así: *"The Tribunal notes that Article 8.2 of the Treaty does not set out any procedure to be followed in relation to reaching an amicable settlement of the dispute between the two Parties. This Article only fixes a term of six months during which the Parties should try to resolve their disputes amicably. The mission of this Tribunal is not to set strict rules that the Parties should have followed; the Tribunal is satisfied to determine if it is possible to deduce from the entirety of the Parties' actions whether, while respecting the term of six months, the Claimants actually took the necessary and appropriate steps to contact the relevant authorities in view of reaching a settlement, thereby putting an end to their dispute.*
Therefore, the Tribunal concludes that the various above-mentioned documents constitute a written request aimed toward the amicable

En el caso del Perú, Quiroga y Trujillo[184] identifican a partir de su experiencia en el caso Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. República del Perú (Caso ARB/03/4), que esta etapa según el BIT Perú-Chile "...tiene un plazo de 6 meses contado a partir de la solicitud de arreglo y, en opinión de Nigel Blackaby y Luis Parradell, expertos juristas de la materia, refieren que éste proceso se inicia con una *solicitud* simple del inversionista afectado a la República del Perú, dirigida específicamente al Señor Presidente de la República, con copia a la Cancillería, en su condición de representante internacional del Estado, y algún otro Ministerio por determinarse (p.e. Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, Ministerio de Agricultura, Presidencia del Consejo de Ministros, etc.). La finalidad de dicha comunicación simple es el dar inicio formal al proceso de negociaciones...".[185]

---

settlement of the dispute and satisfy the requirement set out in the Bilateral Treaty in relation to the addressee of the request".

[184] Aníbal Quiroga León y Mariella Trujillo Wurttele, "El Arbitraje Internacional: Análisis del Tribunal del CIADI y la legislación peruana". En: Derecho, No. 54, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, pp. 371-372.

[185] Aunque seguidamente los citados autores agregan que "...la opinión no oficial recabada de la Cancillería peruana (en el Área de Inversiones) es... que el procedimiento de consulta diplomática por el inversionista extranjero afectado debe hacerse recurriendo a su propia Embajada para que ésta informe mediante una Nota Diplomática a la Embajada de la otra Parte Contratante sobre la existencia de la controversia. O, dicho en otras palabras... se trata de un proceso de consulta entre las Partes Contratantes...".

Nosotros, sin embargo, no identificamos norma alguna en los BITs y TLCs suscritos por el Perú que ampare esta opinión de la Cancillería peruana. Es más, decisiones como la recaída en el caso CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso ARB/01/8) iniciado al amparo del BIT Estados Unidos de América-Argentina, no parecen darle la razón al Estado peruano. En efecto, aquí el gobierno argentino consideró, entre otros, que no se había cumplido con la etapa de negociación amigable de seis meses que dispone el BIT en cuestión, ya que la solicitud recién habría sido presentada el 12 de marzo de 2001 y, antes del vencimiento del plazo, se había iniciado el arbitraje el 24 de julio de 2001.

Sin embargo, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 17 de julio de 2003, consideró que la etapa de negociación amigable comenzó a correr desde el 28 de agosto de 2000, fecha en la que CMS remitió una carta al Presidente de la República Argentina por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores local, llamando la atención acerca de la materia de fondo y solicitando el inicio de este período, solicitud que fue repetida mediante comunicaciones de 27 de octubre de 2000 y 12 de diciembre de 2000, respectivamente. En consecuencia, el arbitraje fue

Los tribunales arbitrales CIADI generalmente consideran este período como uno meramente procesal, que no afecta su jurisdicción.[186]

En efecto, en el caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/01/13) iniciado al amparo del BIT Suiza-Pakistán, una de las defensas del estado pakistaní frente al arbitraje fue la alegación de que la demandante no había cumplido con el plazo de doce meses de negociaciones amigables que exige el BIT en cuestión. Sin embargo, el tribunal arbitral consideró, por un lado, que este requisito es uno procesal y, por otro lado, que como el gobierno pakistaní había llevado el caso ante su poder judicial e, inclusive, la Corte Suprema había emitido una orden judicial prohibiendo a las partes recurrir al CIADI, no resultaba lógico

---

iniciado observando el plazo de seis meses dispuesto en el BIT. La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_Spanish.pdf.

[186] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 57. *"ICSID tribunals have generally considered such consultation period clauses to be procedural rather than jurisdictional in nature"*. En el caso Lauder c. República Checa seguido ante un tribunal arbitral ad hoc conforme a las reglas de arbitraje de UNCITRAL, el tribunal en el laudo arbitral final de 3 de September de 2001, parágrafo 197, dijo: *"…the Arbitral Tribunal considers that this requirement of a six-month waiting period of [the BIT] is not a jurisdictional provision, i.e. a limit set to the authority of the Arbitral Tribunal to decide on the merits of the dispute, but a procedural rule that must be satisfied by the Claimant… As stated above, the purpose of this rule is to allow the parties to engage in good-faith negotiations before initiating the arbitration"*.

Por su parte, en el caso NAFTA seguido por Ethyl Corporation c. República de Canadá, el estado demandado adujo que no se había observado el período de seis meses contado desde que tuvieron lugar los hechos que motivaban la reclamación, que dispone el tratado. El tribunal arbitral en el laudo de 24 de junio de 1998, identificó que si bien no habían transcurrido los seis meses desde que se había emitido la ley contra la cual se reclamaba la violación del NAFTA al momento en que se había dado inicio al arbitraje, *"85. ...It is not doubted that today Claimant could resubmit the very claim advanced here... No disposition is evident on the part of Canada to repeal the MMT Act or amend it. Indeed, it could hardly be expected. Clearly a dismissal of the claim at this juncture would disserve, rather than serve, the object and purpose of NAFTA.*
In the specific circumstance of this case the Tribunal decides that neither Article 1119 nor Article 1120 should be interpreted to deprive this Tribunal of jurisdiction". Sin embargo, como la acción del inversionista motivó este incidente, el tribunal arbitral dispuso asignar a esta parte los costos. El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Ethyl-Award.pdf.

prolongar el inicio del arbitraje al agotamiento de una etapa manifiestamente innecesaria.[187]

Por su parte, en el caso Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/03/29) iniciado al amparo del BIT Turquía-Pakistán, uno de los argumentos de defensa de Pakistán, fue que el demandante no había cumplido con esperar los seis meses de la etapa de negociación, tal y como lo exigía el artículo VII del BIT en cuestión. Sin embargo, el tribunal arbitral afirmó que este período no podía ser considerado como un requisito para asumir jurisdicción,[188] sino que debía ser interpretado a la luz de su objeto y propósito, cual es el de posibilitar un arreglo entre las partes.[189] Considerando esta finalidad y los antecedentes del caso, en los que constaba que el demandante notificó a Pakistán de su interés de iniciar un arbitraje ante el CIADI, sin que Pakistán respondiera de su intención de intentar un arreglo amistoso, el tribunal arbitral consideró innecesario esperar la terminación del período de espera.[190]

---

[187] Decisión sobre jurisdicción de 6 de agosto de 2003: *"Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction. The investor's consent was given in October 2001 and the Respondent has not (to our knowledge) tried to enter into consultations in respect of the BIT claims. Indeed, considering what the Supreme Court of Pakistan has said about the BIT, it would have been surprising had the Respondent manifested an inclination to comply with Article 9's consultation provision. It should also be noted that in the prolonged period of time from termination of the PSI Agreement by Pakistan to the submission of SGS's written consent under the BIT, there was little indication of any inclination on the part of either party to enter into negotiations or consultations in respect of the unfolding dispute. Finally, it does not appear consistent with the need for orderly and cost-effective procedure to halt this arbitration at this juncture and require the Claimant first to consult with the Respondent before re-submitting the Claimant's BIT claims to this Tribunal".* La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf.

[188] Decisión sobre jurisdicción de 14 de noviembre de 2005, parágrafo 95: *"In the Tribunal's view, the requirement of notice contained in Article VII of the BIT should not be interpreted as a precondition to jurisdiction".* El fallo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/ARB 0329Decisionjurisdiction.pdf.

[189] Ibídem, parágrafo 98: *"In the Tribunal's view, the purpose of the notice requirement is to allow negotiations between the parties which may lead to a settlement".*

[190] Ibídem, parágrafo 102: *"...in the circumstances of this case, amount to an unnecessary, overly formalistic approach which would not serve to protect any legitimate interests of the Parties and hold 'that the six-*

Sin embargo, en el caso Western NIS Enterprise Fund c. Ucrania (Caso ARB/04/2), el tribunal arbitral en una decisión procesal de 16 de marzo de 2006, si bien reconoció que la inobservancia de este período no afectaba la jurisdicción de los árbitros, sí resultaba necesario que fuera agotado,[191] razón por la cual dispuso suspender el procedimiento arbitral por el plazo necesario para que el demandante iniciara y luego respetara el período de negociación dispuesto en el BIT Estados Unidos de América-Ucrania.[192]

Es más, el tribunal arbitral en los seguidos por Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (Caso ARB/01/3), fue de la opinión que el período de negociación sí afecta la jurisdicción de un tribunal arbitral.[193] A una decisión similar arribaron los colegiados que resolvieron el conflicto entre Generation Ukraine c. Ucrania (Caso ARB/00/9).[194]

Ante la inexistencia de uniformidad en el tratamiento del período de negociación o consultas, recomendamos

---

month waiting period in [the BIT] does not preclude it from having jurisdiction in the present proceedings'".

[191] *"5. Proper notice is an important element of the State's consent to arbitration, as it allows the State, acting through its competent organs, to examine and possibly resolve the dispute by negotiations"*. La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/pdf/ARB042_ORDERreNotice.pdf.

[192] El escueto fallo simplemente identifica que el demandante ni siquiera notificó al estado receptor de la inversión el inicio de este período. Tal vez por esta razón el tribunal arbitral consideró necesario suspender el procedimiento arbitral.

[193] Decisión sobre jurisdicción de 14 de enero de 2004: *"88. The Tribunal wishes to note in this matter, however, that the conclusion reached is not because the six-month negotiation period could be a procedural and not a jurisdictional requirement as has been argued by the Claimants and affirmed by other tribunals. Such a requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one. A failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction"*. La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction.pdf.

[194] Laudo de 16 de septiembre de 2003: *"14.3. Some authorities consider the requirement to consult and negotiate before proceedings to arbitration as 'procedural' rather than a condition precedent for the vesting of jurisdiction. This Tribunal would be hesitant to interpret a clear provision of the BIT in such a way so as to render it superfluous, as would be the case if a 'procedural' characterisation of the requirement effectively empowered the investor to ignore it at its discretion"*. El laudo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/GenerationUkraine.pdf.

que el inversionista cumpla con observarlo debidamente, salvo que se generen circunstancias similares a las acontecidas en el citado caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/01/13).

Por otro lado, muchas veces el estado receptor de la inversión no realiza necesariamente un solo acto violatorio de los derechos del inversionista, sino que desarrolla una secuencia de medidas o actos que lo afectan a lo largo de un período de tiempo. Aquí surge la duda acerca de si el inversionista se encuentra obligado a activar en cada caso el período de negociación y esperar el plazo establecido.

No es fácil dar una respuesta a este problema porque dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto. Sin embargo, es posible afirmar a partir de la jurisprudencia que se ha generado en esta materia, que no será necesario repetir el procedimiento de notificación del inicio del período de espera, cuando exista un nexo de identidad o de continuidad entre los hechos alegados y los reclamos sometidos a conocimiento del tribunal arbitral.[195]

En efecto, como bien identifica Blackaby,[196] en los procesos arbitrales NAFTA seguidos por Pope & Talbot

[195] Laudo de 3 de febrero de 2006, en los seguidos por EnCana Corp. c. Ecuador ante la London Court of International Arbitration (Caso No. UN 3481): "163. En principio, el arbitraje entre inversionista y Estado con arreglo a disposiciones tales como el Artículo XIII del CFPRI debe abordar el grado de vulneración del CFPRI que haya causado la pérdida al demandante en el momento de iniciarse el arbitraje… Esto no implica que no pueda presentarse una reclamación por pérdidas sufridas después del inicio del arbitraje. Del mismo modo, no significa que la evolución de la situación de los hechos posterior al inicio del procedimiento sea irrelevante o que no pueda ser tomada en consideración. Por ejemplo, los acontecimientos posteriores al inicio de la reclamación pueden estar relacionados con una vulneración continuada y servir para confirmar las primeras evidencias de dicha vulneración, o bien pueden constituir prueba clara de una vulneración del CFPRI…
164. En resumen, debe establecerse un equilibrio entre exigir injustificadamente el inicio de un nuevo procedimiento cuando pudiese sustanciarse fundamentalmente una vulneración o supuesta vulneración del CFPRI de una parte y, de la otra, de que los acontecimientos posteriores a la denuncia de la vulneración evidencien ésta fuera de toda duda". El laudo se ubica en: www.investmentclaims.com/decisions/19a%20-%20Encana AwardSpanish.pdf.

[196] Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., pp. 406-407. *"...in three NAFTA awards tribunals have held that once arbitration is properly instituted in accordance with the NAFTA procedural requirements, connected claims based on subsequent*

Inc. c. Canadá,[197] Metalclad Corp. c. México (Caso ARB(AF)/97/1)[198] y Ethyl Corporation c. Canadá,[199] los tribunales arbitrales consideraron que reclamaciones referidas a eventos subsecuentes directamente relacionados con el reclamo original podían someterse al arbitraje, sin que fuera necesario notificar y esperar el plazo del período de negociación.

Un escenario similar se presentó en el caso Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (Caso ARB/01/3),[200] en el que los

---

events related to the original claim may automatically, i.e. without having to be notified and subjected to the negotiation period, be submitted to the tribunal".

[197] Laudo acerca de la solicitud del gobierno de Canadá sobre la pretensión referida al "*super fee*", de 7 de agosto de 2000, parágrafos 24-25. Aquí el arbitraje se inició en marzo de 1999 y el "super fee" fue implementado en octubre de 1999. Sin embargo, el tribunal arbitral consideró que era válido reclamar acerca del "*super fee*", porque se trataba de un evento subsecuente relacionado con los reclamos originales.

[198] Laudo de 30 de agosto de 2000, referido a un "decreto ecológico" que había sido emitido por una autoridad mexicana luego de que el demandante presentara su solicitud de arbitraje: "67. …se permiten las enmiendas a las reclamaciones previamente presentadas y la consideración de hechos y eventos ocurridos después de la presentación de la Notificación de la Reclamación, particularmente cuando los hechos y eventos surgieron y/o están directamente relacionados con la reclamación original. Una argumentación contraria, requeriría a un demandante presentar múltiples y subsecuentes reclamaciones relacionadas y traería ineficiencia e inequidad.
68. El Tribunal está de acuerdo con México en que el procedimiento relativo a la enmienda de reclamaciones tiene que ser aquel que asegure justicia y claridad. El artículo 48(2) del Reglamento asegura esa justicia requiriendo que una reclamación subsidiaria se presente a más tardar en la Réplica del demandante. A este respeto, Metalclad presentó información relacionada con el Decreto Ecológico y su intención de basarse en el Decreto Ecológico desde su escrito de demanda. México presentó después su Contestación a la demanda y su Dúplica. El Decreto Ecológico está directamente relacionado con la propiedad e inversión en cuestión, y México tuvo notificación suficiente y oportunidad para referirse a los asuntos relacionados con ese Decreto". El laudo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/mm_award.pdf.

[199] Laudo sobre jurisdicción de 24 de junio de 1998 (parágrafo 85), referido a la procedencia de reclamar en sede arbitral contra la implementación de una serie de acuerdos como consecuencia de que fuera aprobada una ley que el demandante consideró violatoria de sus derechos conforme al NAFTA.

[200] Decisión sobre jurisdicción de 14 de enero de 2004: "*84. There can be no doubt in the present case about the fact that the dispute relates in identical terms to various Provinces. It is the same tax that has been assessed by the Provinces in respect of several operations of TGS, involving exactly the same legal issues both under Argentine law and the Bilateral Investment Treaty. Moreover, the Request for Arbitration expressly indicated that other Provinces could seek to assess those taxes on the same type of instruments… (…)*

inversionistas notificaron al estado receptor de la inversión informando de la existencia de una alegada violación del BIT Estados Unidos de América-Argentina, debibo a ciertas decisiones fiscales de varias provincias argentinas, pero luego al presentar su demanda incorporaron reclamaciones contra decisiones similares de otras provincias. El tribunal arbitral fue de la opinión que se trataban de disputas idénticas, por lo que los reclamos contra las decisiones de las nuevas provincias no requerían agotar el período de seis meses de consultas.[201]

En todo caso, como bien señaló el tribunal arbitral en el caso NAFTA seguido por Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Et Al. c. Estados Unidos de América en

---

87. The issue concerning the observance of the six-month consultation period becomes… moot. If the Argentine Republic had the opportunity to consider negotiations with the investors on the occasion of the first claims, and the claims that followed did not involve any new element, the observance of this requirement is evidently fulfilled. This is particularly so in view of the fact that the Argentine Republic did not take advantage of the possibility of defusing the dispute during that start-up period".

[201] Ver también la decisión sobre jurisdicción de 17 de julio de 2003, en los seguidos por CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso ARB/01/8): "118. La opinión del Tribunal es que, en este caso, la diferencia es la supuesta pérdida de CMS de su inversión en TGN causada, según se argumenta, por las violaciones que ha hecho la República Argentina de sus obligaciones a la luz del TPPI. Estas violaciones se relacionan, según el Demandante, con la interferencia que órganos del Estado argentino han realizado respecto del régimen tarifario aplicable a TGN…
119. La Nota B de la Regla de Arbitraje 40 apoya la conclusión de que los eventos posteriores a julio de 2001 dan lugar a una demanda incidental o adicional. No hay duda, para el Tribunal, que la reclamación que surge de esos eventos es 'tan estrecha que se requiera que se adjudique esta última para que se logre el arreglo definitivo de la diferencia, ya que el propósito es solucionar todos los motivos de diferencia que provengan del mismo asunto'. (…)
123. Existe una sola controversia que contiene, sin embargo, demandas incidentales o adicionales. Resulta claro que en las Reglas de Arbitraje del CIADI este tipo de demanda no requiere de una nueva solicitud de arbitraje o de un nuevo período de seis meses para consultas y negociaciones antes de presentarse la controversia al arbitraje en los términos del TPPI. En efecto, si ese fuera el caso, resultaría imposible que la Regla de Arbitraje 40(2) tuviera sentido al disponer que toda 'demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica…'. Pero aún cuando se piense que el período indicado debe aplicarse, el Tribunal debe tener en cuenta que CMS, según se explicó anteriormente, invitó en repetidas oportunidades al Gobierno de la República Argentina a realizar consultas sobre la materia, pero sin resultado. No puede entonces argumentarse que la República Argentina ha sufrido o sufrirá un perjuicio en este contexto". La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_Spanish.pdf.

su decisión de 20 de junio de 2006, si bien debe evitarse caer en excesivos formalismos respecto de la forma y formalidades de las reclamaciones, al mismo tiempo se requiere que el demandante plantee cualquier adicción o modificación a sus pretensiones en término oportuno, a efectos de posibilitar que el estado receptor de la inversión se defienda correctamente. De lo contrario, y aún cuando se trate de reclamaciones referidas a eventos subsecuentes directamente relacionados con el reclamo original, no serán aceptados como parte del procedimiento arbitral.[202]

XII.3.2. Partes del conflicto

El artículo 25° del Convenio CIADI dispone que las partes deben ser "un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante…".

De la lectura de la norma es claro que quedarán fuera del CIADI disputas entre particulares (quienes podrán arbitrar ante instancias arbitrales privadas), controversias entre estados (los que podrán resolver sus conflictos apelando al Derecho Internacional Público) y conflictos entre estados y sus nacionales (esto por cuanto la función del CIADI consiste en promover la inversión extranjera).[203]

---

[202] *"94. Excessive formalism should be avoided in investor-state arbitration, particularly in matters involving the forms and formalities of pleadings... At the same time, fundamental fairness and good order require that a party receive sufficient notice of the claim that it is expected to answer. The Notice of Arbitration and Particularized Statement of Claim did not so with respect to the allocable share amendments. The Claimants presumably knew of these amendments when they were preparing these pleadings, but they were not identified as a significant element of the claims in either document. If the claimants intended the amendments to be a major component of their case (as indicated by the arguments at the oral hearing), the Respondent (and the Tribunal) had the right to know this at a much earlier time. Accordingly, the Tribunal concludes that the Claimants' claims that the allocable share amendments violated NAFTA and gave rise to compensable loss or damage are not and cannot be regarded as a part of the claim as filed".*

[203] C.F. Amerasinghe, *"The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation"*, ob. cit., p. 803. *"[D]isputes between private individuals can be settled through municipal systems of law, disputes between the states and their own nationals fall outside the scope of an international convention intended to deal with foreign investment, and disputes between states are left to be settled under traditional international law".*

Sin embargo, resulta importante el preguntarse porqué el artículo 25° limita la jurisdicción del CIADI a los conflictos entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. ¿Por qué no permitir la participación de cualquier estado o de cualquier inversionista sea éste nacional o no de un Estado Contratante?

Según Broches,[204] esta exigencia se debe al propósito de la Convención del CIADI de crear un foro internacional para la solución de diferencias entre estados e inversionistas extranjeros. Sin embargo, nosotros consideramos que adicionalmente a esta explicación, existen otras razones importantes: 1) Se busca asegurar al país receptor de la inversión que el estado del cual el inversionista es su nacional no ejercerá protección diplomática, ya que este último estado al ser parte del Convenio CIADI expresamente renuncia a dicho derecho;[205] 2) La exigencia de que un estado sea parte del Convenio CIADI tiene por finalidad que no pueda renunciar

---

[204] Aron Broches, *"The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction"*, ob. cit., p. 267. *"This limitation is in keeping with the purpose of the Convention, to create an international forum for the settlement of disputes between states and foreign investors".*

[205] Esta fue justamente una de las razones que esgrimió el tribunal arbitral en el caso Banro American Resources Inc. y Société Aurifére du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. República Democrática del Congo (Caso ARB/98/7), al momento de dictar su laudo arbitral el 1 de septiembre de 2000 declinando jurisdicción.

En efecto, aquí la empresa Banro Resources (sociedad canadiense) había cedido su posición contractual a la empresa Banro American Resources Inc. (sociedad norteamericana). Cabe recordar que mientras los Estados Unidos de América es parte del Convenio CIADI, Canadá no lo es hasta la fecha.

Sobre este particular, el tribunal arbitral dijo: *"Having never existed for the benefit of Banro Resources, the right of access to ICSID cannot be viewed as having been 'extended' or 'transferred' to its affiliate, Banro American"*. Es más, afirmó que: *"The Tribunal cannot allow the requirements of nationality imposed by the Washington Convention to be neutralized by investors who are seeking to avail themselves, depending on their own interests at a given point in time, simultaneously or successively, of both diplomatic protection and ICSID arbitration, by playing on the fact that one of the companies of the group does not have the nationality of a Contracting State party to the Convention, and can therefore benefit from diplomatic protection by its home State, while another subsidiary of the group possesses the nationality of a Contracting State to the Convention and therefore has standing before an ICSID tribunal"*. El laudo arbitral se ubica en: http://www.worldbank.org/icsid/cases/banro-excerpts.pdf.

unilateralmente al arbitraje previamente acordado;[206] y, 3) Asegura que el fallo arbitral podrá ser ejecutado tanto contra el país receptor de la inversión como contra el inversionista. Contra el estado ya que se obliga al ser parte del Convenio CIADI a reconocer y ejecutar un laudo adverso[207] y, contra el inversionista, al presumirse que sus bienes se encontrarán ubicados en el país del cual es su nacional o en otro Estado Contratante, los cuales también se han comprometido ante el CIADI a reconocer y ejecutar un fallo adverso al inversionista.[208]

De esta manera, la exigencia de la nacionalidad de las partes refleja un delicado balance entre las expectativas tanto de los países receptores de inversión como de los inversionistas.

---

[206] Buffenstein, *"Foreign Investment Arbitration and Joint Ventures".* En: North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation, Vol. 5, 1980, p. 216. *"Certainly the reasons for the exclusion of non-contracting states are obvious and compelling. Such states would, by definition, not be bound to submit disputes to the Centre even after they had consented to do so. The irrevocability of consent mandated by article 25(1), one of the most remarkable features of the Convention, would be rendered meaningless".*

[207] Ibídem, p. 216. *"Certainly the reasons for the exclusion of non-contracting states are obvious and compelling… such states could ignore an award given against them with virtual impunity, since they would not be bound by article 54(1). In effect, an investor who entered into an ICSID arbitration agreement with a non-contracting state would be in no better position than he would have been had the Convention not existed".*

[208] Emmanuel Gaillard, *"Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses"*, ob. cit., p. 140. *"…the authors of the Convention intended that the host State, in the event it prevailed, would be able to enforce the award against the investor. This is the reason why they required that the investor be a national of a Contracting State which acknowledged ICSID awards to be final and binding".* Aron Broches, "El Arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)". En: Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional, 2da. Ed., Centro de Estudios Comerciales (CECO), Madrid, 1983, p. 247. "…una de las disposiciones del Convenio, concretamente la que se refiere a la posibilidad de ejecutar los laudos en los territorios de los Estados firmantes, fue adoptada pensando en las necesidades de los Estados receptores; si, en un proceso de arbitraje ante el Centro, un Estado receptor obtiene un laudo en contra de un inversor y éste no la cumple, el Estado receptor puede exigir su cumplimiento forzoso en el territorio de cualquier Estado firmante, sin tropezar con todos los obstáculos que pueden encontrarse para la pronta ejecución de laudos arbitrales extranjeros".

XII.3.2.1. Estado Contratante

Para determinar si un estado puede someter un conflicto ante el CIADI, bastará verificar si es parte o no del tratado.[209]

Sin embargo, nada impide que un estado pacte la sumisión al arbitraje del CIADI sin ser parte del tratado, con la condición que lo sea al momento en que se presente para registro una solicitud de arbitraje.[210]

Esto ha sido expresamente reconocido en el caso Holidays Inns S.A. y Occidental Petroleum c. Marruecos (Caso ARB/72/1), en el que al momento de pactarse el sometimiento al arbitraje del CIADI tanto Marruecos como Suiza (estado del cual Holiday Inns S.A. era su nacional) no eran aún parte de este tratado. Sin embargo, cuando se presentó la solicitud de arbitraje ante el CIADI, ambos estados ya lo habían ratificado, por lo que el CIADI asumió jurisdicción.[211]

---

[209] Georges R. Delaume, *"ICSID Arbitration: Practical Considerations"*, ob. cit., p. 108. *"There is, of course, no problem in identifying Contracting States"*. Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., pp. 19-20. *"When the investor is negotiating directly with the State or one of its Ministries, the only issue is whether or not the State has ratified the Convention"*.

[210] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.4. Requirements Ratione Personae**, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 7. *"The critical time for the status of a State as a Contracting State is the date of the registration of the request for arbitration... by the Secretary-General of ICSID. A State has to qualify as a Contracting Party at that date if a request for arbitration... is to be accepted.*
A State may give its consent to submit to the Centre's jurisdiction before becoming a Contracting State. This consent becomes effective only once the State satisfies the requirement of a Contracting State".

[211] Ibídem, p. 7. *"This point is illustrated by the decision on jurisdiction in the case Holiday Inns v. Morocco. Neither Morocco, the host State, nor the investor's State of nationality, Switzerland, was a Contracting State at the time the two parties agreed to consent to the Centre's jurisdiction. Subsequently, both countries ratified the Convention prior to the investor's Request for Arbitration. The Tribunal stated that the consent of Morocco and of the investor became effective when both Morocco and Switzerland had become Contracting Parties and hence met the requirements of the Convention ratione personae".*

En efecto, el tribunal arbitral en este caso dijo lo siguiente: *"The Tribunal is of the opinion that the Convention allows parties to subordinate the entry into force of an arbitration clause to the subsequent fulfillment of certain conditions, such as the adherence of the States concerned to the Convention, or the incorporation of the company envisaged by the agreement. On this assumption, it is the date when the conditions are definitely satisfied, as regards one of the Parties*

Por su parte, en Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), el estado receptor de la inversión se obligó a arbitrar ante el CIADI el 18 de julio de 1968, pero recién formó parte del CIADI el 28 de octubre de 1968. El tribunal arbitral no tuvo problema en su decisión sobre jurisdicción de 25 de septiembre de 1983, para declarar que tenía jurisdicción debido a que Indonesia ya era parte del Convenio CIADI cuando se presentó la solicitud de arbitraje.[212]

Pero si quien contrata es una "subdivisión política u organismo público",[213] para poder acceder a la jurisdicción del CIADI debe mediar una expresa aprobación del Estado Contratante, salvo que se haya notificado al CIADI informándole que no es necesaria tal aprobación (artículo 25(3)).[214]

---

involved, which constitutes in the sense of the Convention the date of consent by that Party".

[212] Ver también el caso Cable Television of Nevis Ltd. y Cable Television of Nevis Holding Ltd. c. Federación de Saint Kitts and Nevis (Caso ARB/95/2), en el que el estado demandado había pactado el convenio arbitral el 18 de septiembre de 1986, pero recién se incorporó como parte del Convenio CIADI el 3 de septiembre de 1995. En el laudo declinando jurisdicción de 13 de enero de 1997, el tribunal arbitral dijo: "the critical date for determining the status of a contracting state is the date of submission of the dispute to ICSID, rather [than] the date of the agreement containing the ICSID Arbitral Clause". El fallo se ubica en: ICSID Review –Foreign Investment Law Journal, Vol. 13, 1998.

[213] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 9. *"A State may conduct matters of foreign investment itself through a central organ or through a separate entity. A separate entity may be territorial, such a province, or may be a governmental agency, such as an investment agency".*

[214] P.F. Sutherland, *"The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes"*. En: The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 28, 1979, p. 383. *"The Convention admits a constituent sub-division or agency which has been designated to the Centre as within the jurisdiction. 'Constituent sub-division' may be interpreted to cover a range of subdivisions, including federated States, semi-autonomous dependencies, and municipalities. 'Agencies' was intended to cover as wide a range of entities as possible. Article 25(3) requires that consent by a constituent sub-division or agency shall require approval of the Contracting State unless that State notifies the Centre that such approval is not required".* United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 10. *"Designation of a constituent subdivision or agency to the Centre need not be made in any particular form. A State may designate its constituent subdivisions or agencies*

El término "subdivisión política" comprende a entidades territoriales de menor jerarquía del estado, tales como provincias, gobiernos regionales, cantones o municipalidades,[215] mientras que el concepto de "organismo público" está más referido a entidades que representan al estado en materia de inversión, para cuyos efectos se analizará las funciones que desarrollan estas entidades antes que la forma de su constitución.[216]

En efecto, en Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso ARB/97/7), el estado demandado adujo que el demandante había suscrito una serie de contratos no con el estado o con alguna subdivisión política u organismo público, sino con la "Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia" (SODIGA), sociedad comercial privada constituida según las leyes comerciales de España.

Sin embargo, el tribunal arbitral en su fallo sobre jurisdicción (noviembre de 2000), afirmó que "[el problema de si SODIGA es o no una entidad estatal debe examinarse primero desde un punto de vista formal o estructural. En tal sentido, la conclusión de que la entidad es propiedad del Estado, directa o indirectamente, da lugar a la presunción refutable de que es una entidad estatal. Se obtendrá el mismo resultado si la entidad es, directa o indirectamente, controlada por el Estado. Una presunción similar surge cuando el propósito o los objetivos de una entidad sean llevar a cabo funciones de naturaleza gubernamental, o que estén normalmente reservadas al Estado, o que por su naturaleza no sean realizadas habitualmente por empresas privadas o personas naturales (...) [En

---

through domestic legislation, bilateral agreement or by directly informing the Centre. Any such designation should always be communicated to the Centre in writing".

[215] Ibídem, p. 9. *"It is generally accepted that the term 'constituent subdivisions' includes any territorial entity below the State such as a state, province, canton or municipality".*

[216] Ibídem, p. 9. *"The term 'agency' is determined functionally rather than structurally. This allows for flexibility in ascertaining the status of an agency by looking into the nature of its work rather than being limited to its form".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 151. *"What matters is that it performs public functions on behalf of the Contracting State or one of its constituent subdivisions".*

Ceskoslovenska obchodni banka a.s. vs República de Eslovaquia (Caso ARB/97/4)] …se decidió que el hecho de que el Estado fuera propietario de las acciones de la sociedad no bastaba para decidir la cuestión esencial de si el Demandante tenía la capacidad para actuar en el contexto del Convenio cómo nacional de un Estado Contratante en tanto las actividades propiamente tales tuvieran 'una naturaleza esencialmente comercial y no gubernamental'. Por la misma razón, una sociedad privada que persiga fines de lucro mientras cumple funciones esencialmente gubernamentales que le haya delegado el Estado podría, según la prueba funcional, ser considerada como un organismo estatal y por ende comprometer responsabilidad internacional del Estado por actos que causen daño (...)
En vista de que SODIGA satisface tanto la prueba estructural de creación estatal y propiedad estatal del capital, como la prueba funcional de cumplir actividades de naturaleza pública, el Tribunal concluye de que el Demandante ha demostrado prima facie que SODIGA es una repartición estatal que actúa en nombre del Reino de España".[217]

---

[217] En un caso posterior, Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos (Caso ARB/00/4), el tribunal arbitral en su fallo sobre jurisdicción (23 de julio de 2001) aplicó el precedente Maffezini para llegar a la misma conclusión.

Aquí el Reino de Marruecos alegó que las demandantes habían contratado con la empresa The Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ADM), que era una sociedad anónima privada de la que si bien el estado era accionista y le había cedido facultades para desarrollar proyectos viales, ello no significaba que las empresas italianas hubieran contratado con el estado.

Sin embargo, el tribunal arbitral señaló lo siguiente: *"Generally, any commercial company dominated or predominantly controlled by the State or by State institutions, whether it has a legal personality or not, is considered to be a State-owned company...*
In order to determine the degree of control and participation of a State in a company, the Tribunal, referring to an ICSID award rendered in a case between Emilio Agustín Maffezini and the Kingdom of Spain... considers that it must take into account the international rules governing the liability of States. The assessment, related to the structure of the company and, in particular, to its shareholders; the other, functional, related to the objectives of the company in question".

Aplicando este razonamiento, el tribunal arbitral identificó que desde el punto de vista estructural, la empresa ADM era una estatal, ya que por intermedio de varias entidades públicas pertenecía en un 89% al Reino de Marruecos y, además, era controlada y administrada por el estado. Por su parte, en lo referente al tema funcional, los árbitros consideraron que: *"...it is clear that ADM's main object is to accomplish tasks that are under State control (building, managing and operating of assets falling under the province of the public utilities responding to the structural needs of he Kingdom of Morocco with regard to infrastructure and efficient*

Por último, debemos de destacar que si no se cuenta con la aprobación del estado receptor de la inversión, no procederá el registro de una solicitud de arbitraje presentada contra la "subdivisión política u organismo público".[218]

Sobre este particular, existe el antecedente Cable Television of Nevis Ltd. y Cable Television of Nevis Holding Ltd. c. Federación de Saint Kitts and Nevis (Caso No. ARB/95/2, 1995), en el que el demandante había suscrito un contrato con la Nevis Island Administration (NIA), subdivisión política que no contaba con la aprobación del estado receptor de la inversión, por lo que no se le pudo emplazar dentro del proceso arbitral.[219]

En todo caso, conviene citar parte del fallo sobre jurisdicción emitido por el tribunal arbitral en el

---

communication networks)". Sobre el particular, leer a: Jean-Christophe Liebesking, *"Salini Construttori and Italtrade v. Morocco, ICSID Award ARB/004 of 23 July 2001"*. En: KluwerArbitration.com, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=24927, p. 1.

[218] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 9. *"The ICSID Convention requires that States designate their governmental agencies and constituent subdivisions to the Centre... Designation... is a requirement for ICSID's jurisdiction over it. The Secretary-General of ICSID will refuse to register a request for arbitration... against a constituent subdivision or agency if the State to which it belongs has failed to make the designation to the Centre"*. Australia, Ecuador, Guinea, Kenya, Madagascar, Nigeria, Perú, Portugal, Sudán y Reino Unido han designado diversas entidades. Por ejemplo, en el caso del Perú, se ha designado a Perupetro. En el caso de Ecuador, Guinea, Kenya, Madagascar, Nigeria y Sudán, se requiere el previo consentimiento del estado. Ver: www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-c.htm.

En estos casos, recomendamos considerar seriamente el modelo de cláusula 5 del CIADI: Nombre de la subdivisión política u organismo público es [una subdivisión política]/[un organismo público] del Estado Receptor, que ha sido [acreditada] [acreditado] ante el Centro por el Gobierno de ese Estado de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio. De conformidad con el Artículo 25(3) del Convenio, el Estado Receptor [aprueba por la presente este acuerdo de consentimiento]/[ha aprobado el acuerdo de consentimiento en mención del instrumento en el cual se ha expresado dicha conformidad]/[ha notificado al Centro que [este tipo de acuerdo de consentimiento]/[los acuerdos de consentimiento de nombre de la subdivisión política u organismo público] no [necesita]/[necesitan] aprobación alguna].

[219] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 20.

caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso ARB/97/3): "El entendimiento que precede de los artículos 25(1) y (3) se confirma por la historia de la negociación del Convenio del CIADI. Ella indica que estas disposiciones fueron diseñadas para permitir la expansión del alcance *ratione personae* del arbitraje del CIADI para incluir subdivisiones y organismos públicos de un Estado Contratante. Este aumento de la jurisdicción del Centro ocurrió sin restringirse de modo alguno la jurisdicción del CIADI *ratione materiae* sobre reclamaciones en contra de un Estado Contratante que surjan de acciones de tales subdivisiones u organismos públicos que se aleguen ser atribuibles al Estado Contratante. Los artículos 25(1) y (3) respondieron a la preocupación de que muchos Estados ejercían sus funciones en materia de inversiones por medio de entidades jurídicas separadas, incluyendo organismos públicos de propiedad del Estado y subdivisiones. El artículo 25 establece, en consecuencia, un método para otorgar a tales entidades legitimación para los efectos del arbitraje del CIADI siempre que su Estado Contratante haya consentido en ello".[220]

XII.3.2.2. Persona natural

La persona natural deberá ser nacional de un Estado Contratante del Convenio CIADI y, al mismo tiempo, no deberá ser nacional del estado receptor de la inversión. Este doble requisito debe cumplirse, además, en dos momentos.

En efecto, la persona natural deberá poseer la nacionalidad de un estado parte del CIADI tanto al momento en que exista el consentimiento por escrito, como cuando se presente la solicitud de arbitraje ante

[220] En ese mismo sentido, Christoph Schereuer, *"Commentary on the ICSID Convention, Articles 53, 54 and 55"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 2, 1999, p. 318, considera que la disposición del artículo 25° del Convenio CIADI, *"open[s] the possibility, in principle, that such entities may become parties in ICSID proceedings instead of or in addition to the host State itself"*. Ver también el laudo arbitral emitido en los seguidos por Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Limited de 22 de junio de 2001, en: http://www.worldbank.org/icsid/cases/tanesco-full.pdf.

el CIADI;[221] y, en ambas fechas, esa persona no podrá ser nacional del estado receptor de la inversión.[222] La razón de esta prohibición, es la de evitar el acceso al CIADI de disputas que generalmente son consideradas domésticas.[223]

Ahora bien, como "[el] Convenio no establece un criterio determinado para atribuir nacionalidad a las personas naturales",[224] ésta se determina conforme a la legislación del estado o de los estados cuyo vínculo se

---

[221] Fuera de estos dos momentos, es irrelevante la nacionalidad de la persona natural. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 13. *"The individual investor's possession of other nationalities is irrelevant in the interim period between the date of consent and the date of registration. The Convention does not speak of a requirement for the investor to continuously hold its nationality between these two dates".* Christoph Scheuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 274.

[222] J. Gillis Wetter, *"Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States"*. En: Transnational Arbitration Rules, T. IV, 1989, p. 464. *"…a natural person who was a national of the State party to the dispute would not be eligible to be a party in proceedings under the auspices of the Centre, even if at the same time he had the nationality of another State. This ineligibility is absolute and cannot be cured even if the State party to the dispute had given it consent"*. Aron Broches, *"The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction"*, ob. cit., p. 267. *"A natural person which is a national of another Contracting State as well as of the state party to the dispute is excluded from the access to the Centre…"*. P.F. Sutherland, *"The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., pp. 383-384. *"A natural person seeking to fulfill the jurisdictional requirement of the Centre shall be one who possesses the nationality of a Contracting State as of two critical dates: first, upon that date on which the parties consent to submit the dispute to the Centre, and then also on that date upon which the request is registered by the Secretary-General. A person who had the nationality of the State party to the dispute upon either of these dates is beyond the jurisdiction of the Centre. This ineligibility is absolute"*.

[223] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., *p. 14. "Investors who hold the nationality of the host State are barred from bringing claims before the Centre. The motive behind this prohibition is to exclude disputes that are normally settled locally. This also applies to investors with dual nationality, one of which is that of the host State. This exclusion applies to investors with dual nationality even if the host State's nationality is not the effective one".*

[224] C. Ignacio Suárez Anzorena, "Introducción a los requisitos ratione materiae y ratione personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI", ob. cit., p. 280.

reclama,[225] aceptándose generalmente para estos efectos dos criterios: El *ius sanguinis* (nacionalidad por lazos de sangre) y el *ius soli* (nacionalidad por el lugar de nacimiento), aunque también cabe la posibilidad de que se adquiera la nacionalidad de un estado por la residencia permanente en éste.[226]

Sólo en casos extremos como, por ejemplo, cuando el estado receptor de la inversión otorga unilateralmente y sin conexión alguna la nacionalidad a una persona natural para pretender burlar la jurisdicción del CIADI, se podrán dejar de lado los requisitos aquí descritos.[227]

El número de casos introducidos al CIADI por personas naturales ha ido en aumento en los últimos años. El

---

[225] Enrique Miguel Chávez Bardales, *"The Settlement of Disputes under The United Kingdom-Peru Bilateral Investment Treaty"*. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/diserl.html, p. 7. *"...what the treaty intends is to determine the issue of nationality by referring to the law of the state whose nationality is in question"*. Christoph Schreuer, ***The ICSID Convention: A Commentary***, ob. cit., p. 267. *"Whether a person is a national of a particular State is determined, in the first place, by the law of the State whose nationality is claimed"*.

[226] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., pp. 13-14. *"An individual's nationality is determined by the domestic legislation of the State whose nationality is claimed. Two criteria are generally accepted under international and domestic laws in determining the nationality of individuals. The first criterion confers nationality on the individual on the basis of descent from a national of a particular State (ius sanguinis). The second criterion emphasizes the territoriality principle under which the nationality is conferred according to the place of birth (ius soli). The domestic legislation of most countries adheres to one of or both these criteria in regulating the concept of nationality. In addition, there are other accepted criteria for the acquisition of a nationality, such as a grant of nationality on the basis of long residence or other ties linking the individual to a State"*.

[227] Ibídem, p. 14. *"Only under extreme circumstances may an individual investor with the host State's nationality be allowed to institute proceedings at the Centre. This would be the case if the host State conferred its nationality on an investor involuntarily for the sole purpose of undermining the Centre's jurisdiction. Under these circumstances, the prohibition against the unilateral withdrawal of consent would override the negative nationality requirement"*. Christoph Schreuer, *"Commentary on the ICSID Convention, Article 25"*, ob. cit., p. 492. *"The prohibition of unilateral withdrawal of consent protects the investor from the jurisdictional consequences of an involuntary acquisition of host State nationality after the date of consent if the compulsory grant of nationality is intended to defeat jurisdiction or is otherwise contrary to international law"*.

primero fue presentado en 1986,[228] y uno más ingresó respectivamente en los años 1994, 1995 y 1997.[229] Sin embargo, desde el año 1998 a la fecha de este trabajo, entendemos que se han presentado catorce nuevos casos.[230]

La exigencia de que el inversor sea nacional de un estado contratante del CIADI en dos momentos y que, al mismo tiempo, no sea nacional del estado receptor de la inversión, nos obliga a preguntarnos si en caso el inversionista tenga la nacionalidad de un estado contratante y a la vez del estado receptor de la inversión, es posible apelar a la regla sobre la nacionalidad dominante dispuesta por la Corte de Justicia Internacional en el famoso caso Nottebohm.

En efecto, en ese caso la Corte de Justicia Internacional analizó si era posible que Liechtenstein iniciara un proceso en interés del señor Nottebohm contra Guatemala, considerando que esa persona era nacional tanto de Liechtenstein como de Alemania y, además, había vivido los últimos treinta años en Guatemala. La Corte se pronunció en el sentido que la persona natural no tenía suficiente conexión con Liechtenstein, como para considerar a esa nacionalidad como la dominante.[231]

---

[228] Ghaith R. Pharaon c. República de Túnez (Caso ARB/86/1). El conflicto se generó respecto a un proyecto de resorts. Las partes arribaron a una transacción.

[229] Philippe Gruslin c. Malasia (Caso ARB/94/1), Antoine Goetz y otros c. República de Burundi (Caso ARB/95/3) y Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso ARB/97/7).

[230] Víctor Pey Casado y Fundación Allende c. República de Chile (Caso ARB/98/2), Eudoro A. Olguín c. República de Paraguay (Caso ARB/98/5), Alex Genin y otros c. República de Estonia (Caso ARB/99/2), Philippe Gruslin c. Malasia (Caso ARB/99/3), Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo (Caso ARB/99/7), Antoine Goezt y otros c. República de Burundi (Caso ARB/01/2), Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (Caso ARB/02/7), Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba y Timothy T. Wahba c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/02/9), Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. República de Zimbabwe (Caso ARB/05/5), Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecci c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/05/15), Ioannis Kardossopoulos c. Georgia (Caso ARB/5/18), Ioan Micula, Viorel Micula y otros c. Rumania (Caso ARB/05/20), Spyridon Roussalis c. Rumania (Caso ARB/06/1) y Branimir Mensik c. República de Eslovaquia (Caso ARB/06/9).

[231] The Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala), 4 ICJ Rep. (1955).

¿Es aplicable este precedente jurisprudencial en el CIADI cuando exista doble nacionalidad y una de ellas sea la del estado receptor de la inversión, pretendiéndose que la otra nacionalidad sea la dominante?

Nosotros entendemos que la respuesta es negativa conforme a lo resuelto en el caso Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba y Timothy T. Wahba c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/02/9). Aquí, tres de los demandantes eran ciudadanos norteamericanos y a la vez egipcios, en este último caso debido a que el padre había nacido en Egipto.[232] Ellos solicitaron al tribunal arbitral que aplicara la regla de la nacionalidad dominante y efectiva que consideraban era la norteamericana.

Sin embargo, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 21 de octubre de 2003,[233] fue de la opinión que el artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI excluía la aplicación del caso Nottebohm, al contener una regla expresa acerca del tratamiento de la doble nacionalidad.[234]

---

[232] Las tres personas habían nacido en los Estados Unidos de América de padres que también eran ciudadanos norteamericanos. Es más, ni siquiera conocían Egipto. Sin embargo, según las disposiciones legales egipcias, los hijos de nacionales de ese país retienen esa nacionalidad por cien generaciones, con independencia de su lugar de nacimiento.

[233] La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Champion-decision-jurisdiction-21october2003.pdf.

[234] Ibídem, p. 16. *"The Nottebohm and A/18 decisions, in the opinion of the Tribunal, find no application in the present case. The Convention in Article 25(2)(a) contains a clear and specific rule regarding dual nationals. The Tribunal notes that the above cited A/18 decision contained an important reservation that the real and effective nationality was endeed relevant 'unless an exception is clearly stated'. The Tribunal is faced here with such a clear exception"*.

En todo caso, el tribunal arbitral dejó abierta la posibilidad de que disposiciones sobre nacionalidad como la egipcia pudieran no ser aceptadas para terceras o cuartas generaciones, cuando no exista otro vínculo que la sangre: *"One could envisage a situation where a country continues to apply the jus sanguinis over many generations. It might for instance be questionable if the third or fourth foreign born generation, which has no ties whatsoever with the country of its forefathers, could still be considered to have, for the purpose of the Convention, the nationality of this state"*. Sobre este particular, leer a: Robert Wisner y Nick Gallus, *"Nationality Requirements in Investor-State Arbitration"*. En: Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, No. 6, 2004, pp. 928-929.

Pero, ¿qué pasará si el inversionista tiene efectivamente una doble nacionalidad, pero ninguna es del estado receptor de la inversión? La pregunta resulta pertinente, especialmente cuando un inversionista pretende la aplicación de algún Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs).[235] Veamos la respuesta de algunos tribunales arbitrales CIADI:

El primer caso que identificamos es Eudoro A. Olguín c. República de Paraguay (Caso ARB/98/5). Aquí el señor Olguín en su calidad de ciudadano peruano demandó al amparo del BIT Perú-Paraguay. Este último país objetó la competencia del tribunal CIADI argumentando que el señor Olguín era también nacional de los Estados Unidos de América, lugar donde tenía fijado su residencia. Sin embargo, el tribunal arbitral consideró que en este caso bastaba demostrar que el señor Olguín efectivamente contaba con la nacionalidad peruana.[236]

En un segundo caso, Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (Caso ARB/02/7), el demandante que se había identificado como nacional de Canadá al momento de adquirir de la demandada una concesión para construir y operar un puerto, solicitó el arbitraje al amparo del BIT Italia-Emiratos Árabes Unidos, argumentando, para estos efectos, que su nacionalidad predominante era la italiana. El estado demandado objetó la competencia del tribunal arbitral al considerar que el demandante era ciudadano canadiense.

Aun cuando el señor Soufraki presentó cinco certificados de nacionalidad y una declaración del Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia que le reconocía esa nacionalidad, el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer la demanda, al considerar que conforme a la legislación italiana el

---

[235] Sobre el requisito de la nacionalidad de las personas naturales en los BITs celebrados por el Perú, leer a: Fernando Cantuarias S., "Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje", ob. cit., p. 31.

[236] Decisión sobre jurisdicción de 8 de agosto de 2000, parágrafo 60. "*What is important in this case in order to determine whether the Claimant has access to the arbitral jurisdiction based on the BIT, is only whether he has Peruvian nationality and if that nationality is effective. There is no doubt on this point*". El fallo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/Olguin-decision-sp.pdf.

señor Soufraki no tenía esa nacionalidad al momento en que interpuso la demanda.[237]

Los dos fallos materia de comentario, más allá de su resultado, identifican que cuando la doble nacionalidad es distinta al del estado receptor de la inversión, el estándar de análisis permitiría la aplicación del precedente Nottebohm, aunque también es cierto que, en gran medida, ello dependerá significativamente de lo que cada BIT establezca respecto a qué se entiende por "nacional" de un estado contratante.

Así, por ejemplo, el Modelo BIT de los Estados Unidos de América establece que una persona natural que tiene doble nacionalidad deberá ser considerada exclusivamente como nacional del estado dominante y efectivo. En estos casos, uno esperará una decisión sobre jurisdicción cercana a la decidida en el caso Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (Caso ARB/02/7). En cambio, si el BIT en cuestión simplemente dispone que bastará verificar si conforme a la legislación del estado contratante la persona natural es su nacional, es de esperar un tratamiento similar al caso Eudoro A. Olguín c. República de Paraguay (Caso ARB/98/5).

XII.3.2.3. Persona jurídica

La primera parte del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI exige que la persona jurídica "tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia" en "la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión".[238]

---

[237] El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Soufraki.pdf. Sobre este particular, leer a: Robert Wisner y Nick Gallus, *"Nationality Requirements in Investor-State Arbitration"*, ob. cit., p. 930.

[238] Fuera de este momento, cualquier cambio respecto de la nacionalidad de la persona jurídica es inmaterial para efectos de la jurisdicción del CIADI. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 289-290. *"Any change in the juridical person's nationality after the date of consent is immaterial for jurisdiction. Subsequent to consent, a juridical person may lose the nationality of the original Contracting State and may acquire the nationality of a non-Contracting State or that of the host State without losing access to ICSID. This conclusion has been cast into doubt if the later nationality is that of a non-Contracting State. It is argued that the enforcement of an arbitral award against the investor might be jeopardized if the investor is not a national of a*

Aquí, nuevamente, "…el Convenio… [no] indica… cuáles son los criterios para atribuir nacionalidad a las personas jurídicas".[239] Sin embargo, la doctrina referida al CIADI considera que la nacionalidad de una persona jurídica se determina considerando el lugar de constitución o domicilio social, aunque también cabe tomar en cuenta el lugar donde está situada la administración central o sede efectiva.[240]

En efecto, en la decisión sobre jurisdicción de 25 de septiembre de 1983, el tribunal arbitral en los seguidos por Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), estableció que el concepto de nacionalidad contenido en el Convenio CIADI es *"...a classical one, based on the law under which the juridical person has been incorporated, the place of incorporation and the place of the social seat"*.

Por su parte, en Autopista Concesionada de Venezuela C.A. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso

---

Contracting State. In addition, the prohibition of diplomatic protection would not apply to the investor's new home State.
Both arguments are unconvincing. Under Art. 54, recognition and enforcement are obligations that are incumbent on all Contracting States. There is no particular obligation of the investor's home State. The change of nationality of a corporation does not necessarily go hand with a relocation of assets. The problem of concurrent diplomatic protection may arise even if no change of nationality has occurred... Most importantly, the Convention's wording is quite unambiguous on this point. The contrast between the provisions on critical dates in Arts. 25(2)(a) and 25(2)(b) makes it abundantly clear that different solutions are intended for natural and for juridical persons. The double test of time was chosen for individuals and a single test at the time of consent was chosen for corporations".

[239] C. Ignacio Suárez Anzorena, "Introducción a los requisitos ratione materiae y ratione personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI", ob. cit., p. 282.

[240] Georges R. Delaume, *"ICSID Arbitration and the Courts"*, ob. cit., pp. 793-794. *"It is generally agreed that for the purposes of the Convention the nationality of a juridical person is determined on the basis of its place of incorporation or seat (siege social")*. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 15. *"Two criteria are decisive in determining the nationality of a corporation. First, the place of incorporation, i.e., the law under which the corporation is formed. Second, the place of its seat (siége social), i.e., the State where the headquarters or the centre of its management is located"*. Leer además a: Georges R. Delaume, *"Experience with ICSID"*, ob. cit., p. 227; y, Aron Broches, *"The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction"*, ob. cit., p. 267.

ARB/00/5), el tribunal arbitral indicó en su decisión sobre jurisdicción lo siguiente: "Los Tribunales del CIADI han adoptado ampliamente el criterio del lugar de constitución o de la sede... [como así lo hicieron saber los árbitros en el caso SOABI:] *'The Tribunal has observed that the Convention does not define the term 'nationality', thus leaving to each State the power to determine whether or not a company is possessed of its nationality. As a general rule, States apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality. By contrast, neither the nationality of the company's shareholders nor foreign control, other than over capital, normally governs the nationality of a company, although a legislature may invoke these criteria in exceptional circumstances'".*[241]

---

[241] El texto del fallo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases(aucov-s.pdf.

De la misma manera, en la decisión sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 1998, en los seguidos por Lanco International, Inc. c. República de Argentina (Caso ARB/97/6), el tribunal arbitral expresó lo siguiente: *"As for the nationality of the investor company, and as observed by the Arbitral Tribunal called on to decide the case Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal, in the Decision on Jurisdiction, the ICSID Convention does not define the term 'nationality', which leaves in the hands of each State the power to determine whether a company does or does not have its nationality. As a general principle, to this end, the States use as criteria the principal place of business or where the company is established".*

Por su parte, en el fallo del tribunal arbitral acerca de su jurisdicción de 21 de octubre de 2003, en los seguidos por Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba y Timothy T. Wahba c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/02/9), los árbitros afirmaron que no había disputa acerca de que las empresas demandantes habían sido constituidas en los Estados Unidos de América y que, además, *"[n]either the Treaty nor the Convention contain any exclusion of dual nationals as shareholders of companies of the other Contracting State, contrary to the specific exclusion of Article 25(2)(a) of the Convention regarding natural persons".*

Por último, en ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría (Caso ARB/03/16), el tribunal arbitral en el laudo de 2 de octubre de 2006, dijo: *"In this respect the BIT is governing, and in its Article 1(3)(b) Cyprus and Hungary have agreed that a Cypriot 'investor' protected by that treaty includes a 'legal person constituted or incorporated in compliance with the law' of Cyprus, which each Claimant is conceded to be. Nothing in Article 25(2)(b) of the ICSID Convention militates otherwise, as it grants standing to 'any juridical person which had the nationality' of Cyprus as of the time the Parties consented to this arbitration. As the matter of nationality is settled unambiguously by the Convention and the BIT, there is no scope for consideration of customary law principles of nationality, as reflected in Barcelona Traction, which in any event are no different. In either case inquiry stops upon establishment of the State of incorporation, and considerations of whence comes the company's capital and whose nationals, if not Cypriot,*

Chávez Bardales[242] informa además, que en el caso Kaiser Bauxite Co. c. Jamaica (Caso ARB/74/3) el tribunal arbitral consideró que la empresa demandante era de nacionalidad norteamericana, ya que había sido constituida en el estado de Nevada. Por su parte, Scheuer[243] identifica la aplicación de la misma regla en el caso Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República de Egipto (Caso ARB/84/3).

Buffenstein,[244] sin embargo, considera que también podría utilizarse como criterio la nacionalidad de los controlantes, aunque la experiencia del CIADI ha demostrado que este supuesto sólo ha sido utilizado hasta la fecha cuando la persona jurídica ha sido constituida dentro del territorio del estado receptor de la inversión, supuesto que analizáremos más adelante.[245]

---

control it are irrelevant". En: http://ita.law.uvic.ca/documents/ADCvHungaryAward.pdf, p. 68, parágrafo 357.

[242] Enrique Miguel Chávez Bardales, *"The Settlement of Disputes Under The United Kingdom-Peru Bilateral Investment Treaty"*, ob. cit., p. 8.

[243] Christoph Scheuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 280.

[244] Buffenstein, *"Foreign Investment Arbitration and Joint Ventures"*, ob. cit., pp. 199-200. *"To determine the nationality of juridical persons, the Centre may apply criteria of ownership and control or any other test… The Preliminary Draft accepted both incorporation and control as criteria of nationality and clearly contemplated the possession of dual nationality of companies where these two criteria lead to divergent conclusions. This draft included within the definition of 'national of a Contracting State' both an enterprise which under the law of that state was its national, and an enterprise in which nationals of that state had a controlling interest. The deletion of this definition was not intended to affirm the incorporation principle but rather to accord discretion to tribunals and commissions which, as judges of their own competence, will attach great weight to the stipulation of the parties to the maximum extent possible under the Convention".*

[245] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 15. *"ICSID tribunals have consistently adopted the traditional test of incorporation or seat in determining the nationality of a corporation. The Centre's practice reflects a reluctance to adopt the control test in defining the nationality of a juridical person outside the narrowly defined exception in Article 25(2)(b)".* Christoph Scheuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 278. *"A systematic interpretation of Art. 25(2)(b) would militate against the use of the control test for a corporation's nationality. The second clause of Art. 25(2)(b) provides that a juridical person, even though it possesses the nationality of the host State, may be treated as a foreign investor by way of a special agreement 'because of foreign control'. By relying on control for the exception to host State nationality, the provision implies that host State nationality is not based on control".*

Por otro lado, en las legislaciones nacionales sobre inversiones y especialmente en los BITs y tratados multilaterales, también se define la nacionalidad de las personas jurídicas. Estas definiciones varían enormemente, aunque en la generalidad de los casos se apela a criterios como el lugar de constitución o domicilio social, el lugar donde está situada la

---

Sin embargo, el caso Tokios Tokelés c. Ucrania (Caso ARB/02/18) podría en algún momento reabrir la discusión acerca de la conveniencia de utilizar el criterio de control, por lo menos cuando el acceso al arbitraje sea conforme a un BIT.

En efecto, en este caso la empresa demandante había sido constituida en Lituania y se dedicaba a la publicidad y a las actividades gráficas. En 1994 constituye una subsidiaria (denominada Taki spravy) en Ucrania y años después sufre lo que entiende son violaciones al BIT Ucrania-Lituania por parte del gobierno ucraniano, por lo que formaliza su solicitud de arbitraje al amparo del artículo 8° del mencionado BIT.

El principal argumento en contra de la jurisdicción del CIADI promovido por Ucrania, fue que Tokios Tokelés no era una empresa nacional de Lituania, ya que no había disputa acerca de que esa empresa pertenecía en un 99% a nacionales de Ucrania, los que además administraban la compañía.

En su fallo sobre jurisdicción de 29 de abril de 2004, el tribunal arbitral, por mayoría, consideró que la demandante era una empresa nacional de Lituania, por las siguientes razones: 1) El artículo 1(2)(b) del BIT en cuestión define como inversionista, en lo que respecto a Lituania, a toda entidad constituida dentro del territorio de ese país; 2) La aplicación del criterio de control no puede limitar el ámbito de lo que el propio BIT entiende por inversionista; 3) La regla generalmente aceptada, es que la nacionalidad de una persona jurídica se determina considerando su siege social o lugar de constitución, criterio uniformemente adoptado por los tribunales arbitrales CIADI; 4) El criterio de control dispuesto en el segundo párrafo del artículo 25(2)(b) lo que busca es expandir, y no limitar, la jurisdicción del CIADI; y, 5) Únicamente procede aplicar el criterio de control o cualquier otro, si así lo acuerdan las partes.

Sin embargo, en la opinión disidente desestimando la jurisdicción del tribunal arbitral, el presidente del colegiado profesor Prosper Weil consideró que según el artículo 31° de la Convención de Viena sobre Tratados, los términos de un tratado deben ser interpretados conforme a su significado ordinario dentro del contexto que corresponda y considerando sus objetivos y propósitos. En ese sentido, afirmó que el CIADI no ha sido creado con la finalidad de resolver conflictos entre un estado y nacionales de ese mismo estado, por lo que: *"This is not a question of extending the control test at the expense of the rule of the siege social. This is simply giving effect to a provision the rationale of which is to grant the protection of the ICSID procedures to all genuinely international investments, but, by the same token, only to genuinely international investments"*. La posición de Weil ha sido criticada, entre otros, por Robert Wisner y Nick Gallus, *"Nationality Requirements in Investor-State Arbitration"*, ob. cit., p. 944. El fallo, como la opinión disidente, se ubican en: www.worldbank.org/icsid/ cases/tokios-decision.pdf y www.worldbank.org/icsid/cases/tokios-dissenting_opinion. pdf, respectivamente.

administración central o sede efectiva, la nacionalidad de los controlantes o una combinación de estos criterios.[246]

En estos casos, y para efectos de la jurisdicción del CIADI, habrá que demostrar que se cumple con el requisito de nacionalidad dispuesto tanto en el BIT,[247] como en el Convenio CIADI. Sin embargo, como explica Schreuer,[248] es de esperar que los tribunales arbitrales CIADI consideren que se da cumplimiento al requisito del Convenio CIADI cuando efectivamente la persona jurídica cumpla con la definición de nacionalidad dispuesto por la ley nacional o el tratado respectivo aplicable.

Por otro lado, la persona jurídica a que se refiere el Convenio CIADI no tiene que ser necesariamente privada, ya que puede tratarse de una empresa inversionista de

---

[246] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob, cit., pp. 284-286. *"Definitions in national investment legislation containing ICSID clauses are by no means uniform. Some national laws refer to a corporate foreign investor as a juridical person 'incorporated or constituted under the law of a foreign country', 'incorporated outside the...Republic' or as 'any foreign legal entity whose place of business is abroad. Other laws refer to corporations in which more than half of the registered capital is held by foreign persons or foreign corporations.*
Bilateral Investment Treaties (BITs) use a variety of criteria to determine the nationality of a company. Many BITs use the traditional criteria of incorporation and/or seat. Others, like some recent Swiss treaties, use the concept of a controlling interest. Yet others use a combination of the traditional criteria and of control. (...)
Multilateral instruments containing ICSID consent clauses… follow the traditional criteria. For instance, the Energy Charter Treaty of 1994 in Art. 1(7)(a)(ii) describes a corporate investor as 'a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party'. Similarly, the 1994 Mexico-Colombia-Venezuela Free Trade Agreement in Art. 17-01 refers to a company constituted, organized or registered in conformity with the law of a Party".

[247] Sobre la nacionalidad de las personas jurídicas en los BITs celebrados por el Perú, leer a: Fernando Cantuarias S., "Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje", ob. cit., p. 31.

[248] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 286. *"Definitions of corporate nationality in national legislation or in treaties providing for ICSID's jurisdiction will be controlling for the determination of whether the nationality requirements of Art. 25(2)(b) have been met. They are part of the legal framework for the host State's submission to the Centre. Upon acceptance in writing by the investor… they become part of the agreement on consent between the parties. Therefore, any reasonable determination of the nationality of juridical persons contained in national legislation or in a treaty should be accepted by an ICSID commission or tribunal…".*

propiedad de un estado miembro del Convenio CIADI. En este caso, es requisito indispensable que la empresa actúe en el ámbito comercial (*ius gestionis*) y no como una agencia u organismo que desarrolle actividades soberanas (*ius imperii*).[249]

Sobre este particular, hemos identificado tres casos en los que la persona jurídica inversionista pertenecía a un estado miembro del Convenio CIADI: Ceskoslovenska obchodni banka a.s. c. República de Eslovaquia (Caso ARB/97/4);[250] Compagnie Francaise pour le Développement des Fibres Textiles c. Costa de Marfíl (Caso ARB/97/8); y, Compagnie Miniére Internationale Or S.A. c. República del Perú (Caso ARB/98/6).

Pero, además, recordemos que la segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI permite que aun cuando la persona jurídica haya sido constituida en el estado receptor de la inversión, si está bajo el "control extranjero"[251] y las partes acuerdan tratarla

---

[249] Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, *"The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., pp. 315-316. *"A company that is partly or wholly owned by an ICSID Contracting State may qualify as one of its nationals, eligible to resort to arbitration under the ICSID Convention in respect of disputes with another ICSID Contracting State, if the company is not acting as an agent of the State or discharging an essentially governmental function".* United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 16. *"In principle, investors must be private corporations. The Convention's Preamble refers to private international investment. But this does not necessarily exclude wholly or partly government-controlled companies acting as investors. The decisive criterion is whether the company is acting in a commercial capacity or is discharging governmental functions".*

[250] En este caso la República de Eslovaquia impugnó la jurisdicción del tribunal arbitral argumentando, entre otros, que la persona jurídica demandante era una agencia del gobierno checo. Sin embargo, el tribunal arbitral en su resolución sobre jurisdicción de 24 de mayo de 1999, afirmó que no había problema alguno, ya que *"CSOB's activities in executing international banking transactions under the State's control had to be judged by their nature and not by their purpose and were hence commercial".*

[251] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 15. "*Another relevant criterion in determining the nationality of a company is that of foreign control. A foreign investor may exercise control through the holding of equity shares in the company, through managerial control or by having the necessary voting power to affect the decision-making process in the investment. The concept of foreign control is relevant in situations where a company is locally incorporated under the host State's law".*

como una entidad extranjera, entonces le podrá alcanzar la jurisdicción del CIADI.[252]

Esta excepción se justifica plenamente para aquellos supuestos en los que el estado receptor de la inversión obliga a los inversionistas extranjeros a constituir una persona jurídica local, permitiendo de esa manera que si las partes así lo acuerdan, se le reconozca a esa empresa la calidad de extranjera para los efectos de la jurisdicción del CIADI.[253]

En ese sentido, en Autopista Concesionada de Venezuela C.A. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso ARB/00/5), el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 27 de septiembre de 2001 dijo: "Esta excepción se justifica por el hecho que los Estados

---

[252] "Artículo 25°.- Jurisdicción del Centro
(...)
(2) Se entenderá como 'nacional de otro Estado Contratante' (...)
(b) Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero".

United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., *p. 19. "Article 25(2)(b) applies the principle of foreign control to locally incorporated companies. This guarantees access to ICSID to foreign investors even if they operate through locally incorporated companies. To achieve this result, the Convention requires two elements. There must be an agreement with the host State that reflects its undertaking to treat the locally incorporated company as foreign. In addition, the objective element of foreign control must be present".*

[253] P.F. Sutherland, *"The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 384. *"This exception was inserted into the Convention for the compelling reason that States frequently assert that foreign investors conducting business within their territory should do so through the medium of a corporation incorporated under the laws of the host State. Given the existence of such law and the absence of this exception, a large body of foreign investment would be beyond the Centre's jurisdiction, thereby decreasing the value of the Convention itself".*

Se trata además de una excepción sumamente importante, ya que como indican Shihata y Parra, hasta el año de 1999 once de los casos ingresados al CIADI fueron presentados por personas jurídicas constituidas dentro del territorio del estado receptor de la inversión. Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, *"The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 315. *"Eleven of the investors parties to arbitration proceedings under the ICSID Convention have been locally-incorporated companies deemed to be foreign under this provision of the Convention".*

receptores suelen exigir que los inversionistas extranjeros operen a través de una sociedad constituida localmente, sin la intención de impedirles acceder al arbitraje del CIADI".[254]

Respecto a la necesidad del acuerdo de las partes, el Convenio CIADI no prescribe una forma determinada,[255] aunque lo recomendable es que se estipule un convenio arbitral como el siguiente: "Controversias No Técnicas de Mayor Valor. Las Controversias No Técnicas en las que (a) el monto involucrado sea superior a Cinco Millones de Dólares (US$5'000,000) o su equivalente en Nuevos Soles; o (b) que no puedan ser cuantificadas o apreciables en dinero; o (c) aquellas en las que las Partes no estuvieran de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI") establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 26210, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente.
Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el Concedente en representación del Estado Peruano declara que al Concesionario se le considere como 'nacional de otro Estado Contratante' por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral

---

[254] Enrique Miguel Chávez Bardales, *"The Settlement of Disputes under The United Kingdom-Peru Bilateral Investment Treaty"*, ob. cit., p. 9. *"...normally capital importing states may require that 'foreign direct investment be held through locally incorporated subsidiaries'. On the other hand, the practice of running investment abroad through subsidiaries is considered a key strategy for many multinational companies because of the advantages they may derive from it. So, 'the main reasons leading to the formation of a subsidiary might be to minimize the tax burden on the parent company or group and to take advantage of corporate entity and the attributes that flow from it, such as limiting the financial or business risks to which the parent or group is exposed'. Furthermore, on the side of the host state, 'the purpose of this requirement is a better supervision of the investor's activities'".*

[255] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 20. *"The Convention does not prescribe a particular form for an agreement to treat the investor as a national of another Contracting State".*

2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, y el Concesionario acepta que se le considere como tal, para este efecto".[256]

Sin embargo, al no existir una forma predeterminada para atribuir a la empresa localmente constituida la calidad de extranjera, los tribunales del CIADI han sido bastante flexibles al momento de analizar el cumplimiento de este requisito.[257]

En efecto, en el caso AMCO Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. AMCO Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), la empresa TP Amco constituida en Indonesia fue identificada en el convenio arbitral como partícipe de un potencial arbitraje ante el CIADI, lo que fue considerado por el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 25 de septiembre de 1983, como suficiente indicación de la voluntad de las partes de tratar implícitamente a esta empresa como "extranjera".[258]

---

[256] Parte pertinente de la cláusula 17 del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, celebrado entre el Estado peruano y el Consorcio Flughafer Frankfurt-Mein Aktiengesellschaff, Bechtel Enterprises International, Ltd., y Cosapi S.A. de agosto de 2000.

La cláusula modelo 7 del CIADI propone la siguiente redacción: "Por la presente se acuerda que, pese a que el Inversionista es nacional del Estado Receptor, está bajo el control de nacionales de nombre de otro Estado Contratante o de otros Estados Contratantes y será tratado como nacional de [ese Estado]/[esos Estados] a los fines del Convenio".

[257] C. Ignacio Suárez Anzorena, "Introducción a los requisitos ratione materiae y ratione personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI", ob. cit., p. 284. "La instrumentación del acuerdo no está sometida a formalidad alguna y puede incluso ser implícita. En este último caso, debe suponerse que tal acuerdo existe cuando un Estado o dependencia estatal subscribe un contrato con una compañía local incorporando una cláusula que permite acceder a la jurisdicción del Centro". Buffenstein, *"Foreign Investment Arbitration and Joint Ventures"*, ob. cit., p. 203. *"The travaux preparatoires of the Convention reveal that the draft contained a provision to the effect that any judicial person with the host state nationality could be treated as 'a national of another Contracting State' purely on the basis of an agreement by the parties to this effect".*

[258] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 20. *"In Amco v. Indonesia, TP Amco, a locally incorporated company, was controlled by its parent foreign company, Amco Asia. The arbitration clause nominated PT Amco as a potential party in any ICSID proceedings... the Tribunal found an implied agreement between the parties to treat PT Amco as a national of another Contracting State for purposes of the Convention".*

Esta decisión ha sido confirmada por otros fallos arbitrales, como los dictados a propósito de los procesos arbitrales seguidos por Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. y Klockner Handel-smaatschappij B.V. c. República del Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Caso ARB/81/2) y Liberian Eastern Timber Corporation y Letco Lumber Industry Corporation c. República de Liberia (Caso ARB/83/2), en los que expresamente se indicó que la mera existencia de un pacto arbitral CIADI era indicativo de la voluntad de las partes de tratar a la empresa localmente constituida como extranjera.[259]

Inclusive este flexible tratamiento aplicable a los convenios arbitrales alcanza a las leyes locales sobre inversiones y a los BITs, cuando estas disposiciones estipulen que se considerarán "extranjeras" a las personas jurídicas que se constituyan localmente y que estén bajo el control de inversionistas extranjeros.[260]

---

[259] Ibídem, pp. 20-21. *"Subsequent cases demonstrates that ICSID Tribunals have inferred an agreement to treat the locally incorporated company as a foreign national from the mere existence of an ICSID clause.*
In Klockner v. Cameroon, the foreign investor had participated in the establishment of a joint venture company, SOCAME, in Cameroon. An agreement between SOCAME and Cameroon... contained an ICSID clause... The Tribunal held that the mere existence of an ICSID arbitration clause indicated an agreement on foreign nationality. (...)
Other decisions of ICSID Tribunals have also demonstrated flexibility in determining the existence of an agreement on nationality. In instances where an agreement containing the host State's consent to submit to ICSID's jurisdiction existed with a locally incorporated but foreign controlled company, Tribunals found an implicit agreement to treat that company as foreign. Since consent agreements are only valid if the Convention's nationality requirements are satisfied, such agreements create a presumption that a host State has, in fact, accepted to treat the local corporation as foreign". Carolyn B. Lamm & Abby Cohen Smutny, *"The Implementation of ICSID Arbitration Agreements"*, ob cit., p. 75. *"This approach was reinforced by the decisions of the respective Arbitral Tribunals in Klöckner v. Cameroon and in Liberian Eastern Timber Corp. (LETCO) et al. v. Liberia".*

[260] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 21. *"...an offer to treat locally incorporated companies as foreign because of foreign control may also be stipulated in national legislation and/or in bilateral investment treaties. This offer becomes part of the general consent offer to submit to the Centre's jurisdiction and becomes binding upon the investor's acceptance of the offer".*

Así, por ejemplo, en el caso del Perú, este país ha acordado en los BITs celebrados con Malasia, Suecia, Australia, Chile, Países Bajos y Reino Unido, un pacto como el siguiente contenido en el artículo 8(3) del BIT Perú-Francia: "Una persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes y que antes del surgimiento de la controversia

Sin perjuicio de lo indicado, y aun cuando exista acuerdo entre las partes acerca de la nacionalidad de la persona jurídica constituida dentro del territorio del estado receptor de la inversión, este pacto únicamente sirve *prima facie* para demostrar el cumplimiento del requisito del "control extranjero", que necesariamente debe ser verificado por los tribunales arbitrales.[261]

En efecto, Lamm y Smutny[262] identifican que en varios conflictos sometidos al conocimiento de tribunales arbitrales CIADI (Amco, Klockner y LETCO), la simple existencia del acuerdo de arbitraje ha sido considerada como evidencia suficiente acerca del cumplimiento del requisito del "control extranjero".[263]

---

estuviera controlada por los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante será considerada, para los efectos del artículo 25(2)(b) de la Convención... [para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados], como sociedad de esa Parte Contratante". Sobre este particular, leer a: Fernando Cantuarias S., "Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje", ob. cit., p. 35.

[261] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 22. *"...an agreement on the nationality of an investor creates no more than a presumption that there is 'foreign control'. Whereas an agreement on foreign nationality can be inferred from the existence of a consent agreement, no such an inference can be made in respect of foreign control.*
ICSID tribunals have invariably examined the actual existence of foreign control over the local company. In situations where the element of control is lacking, the Tribunal will find that it has no jurisdiction". Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 308. *"The Convention states that the agreement on nationality shall be 'because of foreign control'. These words indicate a causal connection between control and the agreement and suggest that control is an objective requirement that cannot be replaced by an agreement… (...)*
Commentators on the Convention vary as to the emphasis they put on the objective requirement of foreign control. But there seems to be consensus that control is a factual element that may be examined by a tribunal independently of the agreement on nationality. On the other hand, it has been argued that an agreement on nationality would create a strong presumption in favour of foreign control that should be discarded only if it amounts to an unreasonable selection of nationality that cannot be sustained by any rational interpretation of the facts".

[262] Carolyn B. Lamm & Abby Cohen Smutny, *"The Implementation of ICSID Arbitration Agreements"*, ob. cit., p. 75.

[263] Ver también el laudo arbitral no publicado de 25 de febrero de 2003, en los seguidos por Société d'Exploitation des Mines d'Or de Sadiola S.A. c. República de Mali (Caso ARB/01), que se generó a partir de un contrato para la explotación de una mina de oro. El tribunal arbitral consideró que al demandante, aun cuando había sido constituido localmente en Malí, le era aplicable esta disposición del Convenio CIADI, ya que existía control de extranjeros. Sober ester particular, leer a: Richard Hap, *"Awards and*

Esto a primera vista habría variado a partir del caso Vacuum Salt Products Ltd. c. República de Ghana (Caso ARB/92/1),[264] en el que aun existiendo un pacto arbitral el tribunal arbitral se declaró sin jurisdicción al faltar el requisito del "control extranjero".[265]

Sin embargo, Broches[266] aclara que en los casos de Amco, Klockner y Letco, el control foráneo de estas empresas era absoluto (100% de las acciones en los dos primeros casos y 51% en el otro),[267] situación que no se presentaba en el caso Vacuum Salt (sólo 20% de las acciones), lo que obligó al tribunal arbitral a analizar la existencia de otros elementos demostrativos del "control extranjero", como, por ejemplo, el manejo operativo de la empresa.[268] Al no encontrar evidencia del "control extranjero", el tribunal arbitral no pudo

---

Decisions of ICSID Tribunals in 2003". En: German Yearbook of International Law, Vol. 46, 2003, pp. 722-724.

[264] Vacuum Salt Product Limitad se constituyó como sociedad de conformidad con el Código de Sociedades de Ghana. En el contrato celebrado entre la empresa y el Gobierno de Ghana, se pactó el sometimiento de cualquier disputa al arbitraje del CIADI. Justamente conforme a este pacto, la empresa adujo que existía un reconocimiento del gobierno de Ghana de que la empresa, aún cuando había sido constituida en Ghana, era una empresa extranjero, ya que estaba controlada por un ciudadano de nacionalidad griega. Sin embargo, el gobierno de Ghana impugnó la jurisdicción del tribunal arbitral, argumentando que no existía control extranjero.

[265] El tribunal arbitral en su laudo de 16 de febrero de 1994, dijo lo siguiente: *"...i.e. partes' agreement to treat Claimant as a foreign national 'because of foreign control' does not ipso jure confer jurisdiction. The reference in Article 25(2)(b) to 'foreign control' necessarily sets an objective Convention limit beyond which ICSID jurisdiction cannot exist and parties therefore lack power to invoke same no matter how devoutly they may have desired to do so"*.

[266] Aron Broches, *"Denying ICSID's Jurisdiction -The ICSID Award in Vacuum Salt Products Limited"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 13, No. 3, 1996, pp. 21 y ss.

[267] Buffenstein, *"Foreign Investment Arbitration and Joint Ventures"*, ob. cit., p. 204. *"In the travaux preparatoires and subsequent legal literature there is little discussion concerning the extent or degree of control which, when coupled with agreement, will be sufficient to give the Centre jurisdiction. It seems to have been assumed that in most cases the foreign control would be majority control".*

[268] Aron Broches, *"Denying ICSID's Jurisdiction -The ICSID Award in Vacuum Salt Products Limited"*, ob. cit., p. 27. *"For the Tribunal, 'foreign control' does not require or imply any particular percentage of share ownership. However, the smaller the percentage of voting shares held by the asserted source of foreign control, the more one must look to other elements bearing on the issue of control, such as management".*

conocer el fondo de la controversia al faltar la competencia *"in personae"*.[269]

Si bien varios tribunales arbitrales han apelado exclusivamente al criterio de la propiedad directa de las acciones de una empresa localmente constituida para analizar si se encuentra o no bajo "control extranjero",[270] este criterio por sí solo no sería necesariamente suficiente en todos los casos, ya que de los trabajos preparatorios de esta Convención como a partir de varios fallos emitidos, se desprende que el requisito del "control extranjero" podría requerir que se examinen varios factores, como son la propiedad de las acciones, los derechos de voto y el manejo operativo de la empresa, que puedan efectivamente afectar la toma de decisiones en la correspondiente persona jurídica.[271]

---

[269] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., *p. 23. "The Tribunal examined whether Vacuum Salt was effectively controlled by foreign nationals and found that the foreign investor only held 20 per cent of the shares, whereas 80 per cent were in Ghanaian hands. Under these circumstances, the local company did not objectively meet the requirement of foreign control under the Convention. The Tribunal also looked at other elements of control besides shareholding, such as the foreign investor's management role, but was not, in the end, satisfied of the existence of foreign control".*

[270] Por ejemplo, Amco, Klockner y Letco. Así, también, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 27 de septiembre de 2001, en los seguidos por Autopista Concesionada de Venezuela C.A. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso ARB/00/5), consideró que "...la titularidad directa es un criterio razonable para determinar el control". En el mismo sentido, en el laudo de 25 de junio de 2001, en los seguidos por Alex Genin, Eastern Credit Limited Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia (Caso ARB/99/2), el tribunal arbitral dijo: *"The Claimants are nationals of another Contracting State. Mr. Genin is an American citizen and Eastern Credit is a U.S. corporation wholly-owned by him. Baltoil is an Estonian corporation wholly-owned by Eastern Credit and therefore entitled to be considered a national of the United States by virtue of Article 25(2)(b) of the Convention and Article VI(8) of the BIT"*. El laudo arbitral se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Genin-Award.pdf.

[271] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., *p. 23. "The consideration of elements other than shareholding demonstrates a differentiated approach to the concept of foreign control. In addition to shareholding, indirect control, voting powers or managerial control were taken into account by ICSID Tribunals. The Convention's methodology on this issue has been summarized as follows: On the basis of the Convention's preparatory works as well as the published cases, it can be said that the existence of foreign control is a complex question requiring the examination of several factors such as equity participation, voting rights and management. In order to obtain a reliable picture, all these aspects must be looked at in conjunction.*

Esta dificultad para determinar el "control extranjero" se hace evidente de manera especial, cuando se afirma la existencia de un control indirecto; es decir, cuando se apela al argumento de que una persona jurídica extranjera que controla a la sociedad local, es a su vez controlada por nacionales de otros estados.[272]

Sobre este particular, la posición de los tribunales arbitrales del CIADI no ha sido uniforme, ya que, por ejemplo, en el caso Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), los árbitros se negaron a analizar si efectivamente existía un control indirecto, reduciendo su análisis a la relación directa entre la empresa local y la titular de las acciones de ésta.[273]

There is no simple mathematical formula based on shareholding or votes alone".

[272] Ibídem, p. 24. *"The complexity inherent in the concept of foreign control is most evident in connection with indirect control. Indirect control refers to instances where a foreign corporation, controlling the local company in the host State, is itself controlled by nationals of other States...".*

[273] Ibídem, p. 24. En la decisión sobre jurisdicción de septiembre de 1983, el tribunal arbitral *"...refused to search for indirect control beyond the first level of control and found that it was restricted to the immediate control exercised by the parent company of the local company".*

El mismo procedimiento fue utilizado en Autopista Concesionada de Venezuela C.A. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso ARB/00/5), referido a la resolución de un contrato de concesión para proyectar, construir, operar, conservar y mantener el Sistema Vial de la Autopista Caracas-La Guaira. En efecto, la ganadora de la buena pro fue la empresa Aucoven, persona jurídica que se constituyó en Venezuela para ser la concesionaria del proyecto, y cuyos titulares eran ICA (México) y Baninsa (un banco de inversión de Venezuela), con el 99% y el 1% de las acciones, respectivamente. Luego de suscrito el contrato, Aucoven solicitó autorización al gobierno de Venezuela para vender parte de las acciones de ICA y Baninsa a la firma Icatech, sociedad constituida en Florida, USA (pero subsidiaria en un 100% de ICA Holding, México). Aceptada la solicitud, Icatech pasó a tener el 75% de las acciones e ICA sólo el 25%. Generado un conflicto con el estado receptor de la inversión y presentada la solicitud de arbitraje ante el CIADI, Venezuela se opuso a la jurisdicción de los árbitros afirmando, entre otros, que la empresa Aucoven era indirectamente controlada por la sociedad mexicana, lo que era particularmente importante porque México no es parte del Convenio CIADI.

Sin embargo, el tribunal arbitral hizo saber que en la cláusula 64 del contrato, "...las partes... [acordaron] que si el accionista o accionistas mayoritario(s) de la CONCESIONARIA llegara(n) a ser nacional(es) de un país en el que se encuentra vigente el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados... [sería de aplicación el arbitraje ante el CIADI]" y que "...Venezuela y Aucoven acordaron que Aucoven se encontraría bajo 'control extranjero', y que la Cláusula 64 entraría en vigor si se transfería la mayoría de las acciones de Aucoven a un nacional de un Estado

En cambio, en Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal (Caso ARB/82/1), el tribunal arbitral sí analizó el control indirecto de la sociedad localmente constituida (SOABI), que era de propiedad de la empresa panameña Flexa, la que a su vez era controlada por nacionales belgas, lo que resultó fundamental, ya que, en aquella época, Panamá no era parte del CIADI.[274]

En todo caso, no debemos de olvidar que cuando se pretenda acceder al CIADI al amparo de un BIT, más allá de que se tiene que demostrar la existencia del "control extranjero" conforme al CIADI, también habrá que demostrar que se da cumplimiento al requisito del "control extranjero" conforme al BIT correspondiente, lo que a veces puede ser más exigente.[275]

Contratante". En consecuencia, los árbitros afirmaron que "...las partes decidieron que su consentimiento a la jurisdicción del CIADI estaría supeditada a que ocurriera la transferencia de la mayoría de las acciones de Aucoven a un nacional de otro Estado Contratante. Por lo tanto, Aucoven y Venezuela optaron por definir el término 'control extranjero' tomando en cuenta únicamente la titularidad directa de las acciones de Aucoven. No consideraron otros criterios, como, por ejemplo, la nacionalidad de los directores o el control efectivo o final sobre Aucoven".

Ver también la decisión sobre jurisdicción de 29 de junio de 1999, en los seguidos por Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4). El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Wena-1999-Final.pdf.

[274] En cambio, Bélgica sí era miembro del CIADI, por lo que el tribunal arbitral a partir del análisis sobre el control indirecto, consideró cumplido el requisito de que el inversionista fuera nacional de un estado contratante del CIADI. Como explica Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 317, si bien este fallo ha sido aceptado por la doctrina especializada, lo cierto es que ha dejado muchas preguntas sin contestar, como: ¿Fue el tribunal arbitral objetivo al separar el velo societario en la primera sociedad? ¿Cuántas veces puede practicarse este tipo de examen? ¿Tiene algún límite? ¿O es que acaso la intención del tribunal arbitral fue la de aplicar este método hasta conseguir que el control recayera en nacionales de un estado miembro de la Convención? Es más, ¿qué hubiera pasada en el caso contrario en el que la empresa controladora fuera nacional de un estado miembro pero, al mismo tiempo, perteneciera a nacionales de un estado no miembro? ¿Se hubiera aplicado este método?

También resulta interesante que se revise la decisión sobre jurisdicción de 21 de octubre de 2005, en los seguidos por Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia (Caso ARB/02/3). Esta decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/AdT_Decision-sp.pdf.

[275] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 322-323. *"Bilateral investment treaties that address the second clause of Art. 25(2)(b)... refer to foreign control in varying terms. The Netherlands and Swiss Model Agreements merely reiterate the Convention's terminology by referring to control by nationals of the other Contracting*

En efecto, por ejemplo, en el artículo 10° del BIT Perú-Reino Unido se establece lo siguiente: "Una compañía que haya sido establecida o constituida bajo la legislación vigente en el territorio de una Parte Contratante y cuyas acciones antes del surgimiento de una controversia sean mayoritariamente propiedad de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante, será considerada, de conformidad con el Artículo 25(2)(b) del mencionado Convenio, como una compañía de la otra Parte Contratante".

Así, mientras que el Convenio CIADI sólo exige probar la existencia de "control", lo que permite una mayor flexibilidad al momento del análisis de este requisito,[276] este BIT requiere demostrar que las acciones son mayoritariamente de propiedad de un nacional o de una compañía de la otra parte contratante, lo que si bien elimina cualquier duda acerca de lo que significa "control",[277] al mismo tiempo puede obligar a una prueba más exigente cuando, por ejemplo, el control de una determinada empresa pueda estar en manos no solo de nacionales de una de las partes contratantes ante el BIT, sino, además, de nacionales de otros estados contratantes.

En otras palabras, mientras que para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI bastaría demostrar que el control está en manos no solo de nacionales de un estado miembro, sino además de nacionales de otros estados miembros (obviamente que no

---

Party. By contrast, the United Kingdom agreements refer to majority share ownership... The provisions in these BITs and most of the provisions in national legislation are narrower than the Convention would permit. Their effect is to restrict the parties' agreement on nationality... to cases of majority equity ownership".

[276] Enrique Miguel Chávez Bardales, *"The Settlement of Disputes under The United Kingdom-Peru Bilateral Investment Treaty"*, ob. cit., p. 11, cita a Amerasighe, quien entiende que: *"…article 25-2-b does not refer to 'effective control' but to control and, just as a flexible approach has been taken with regard to the search for the controlling interests, it is proper that a flexible approach be taken to the issue of control, particularly where there are competing controlling nationalities and an agreement has been reached on a particular foreign nationality".*

[277] Ibídem, p. 11. *"The Peru-United Kingdom BIT establishes a very straight rule that links control with the possession of majority of shares and, therefore, speculations as to the degree of control are eliminated".*

sean nacionales del estado receptor de la inversión),[278] en el caso del BIT en cuestión habrá que demostrar que la mayoría de las acciones pertenecen a nacionales o empresas sólo de la otra parte del tratado.[279]

XII.3.3. Diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión

El artículo 25(1) del Convenio CIADI dispone que la "…jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión…".

Por su parte, el inciso 4) del mismo artículo establece que 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… Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior".

---

[278] Ibídem, pp. 10-11. *"...complications may arise if control is exercised by investors of either… [Contracting Party] and by investors of different nationalities, it is said that 'If control is exercised jointly by shareholders of several contracting states it is still possible to regard the local company as being under foreign control for purposes of the second clause of article 25-2-b of the Convention. Even if the nationals of one contracting state cannot be said to be in a position of control, it would be sufficient if they can exercise control together with nationals of other contracting states. The mere existence among the shareholders of nationals of non-contracting states or of nationals of the host state would not be itself out the centre's jurisdiction. But it must be shown that the combined influence of the nationals of contracting states other than the host state can be described as controlling".*

[279] Ibídem, p. 11. *"It is significant to note that article 10-3 of the BIT does not qualify the meaning of majority of shares. There could be two interpretations: first, an absolute majority, for which the treaty requires 50% plus 1 of the shares to be owned by the nationals or by the companies of the other contracting party. Second, a relative majority, for which even if a figure of 50% plus 1 is not reached, it is still –when compared with the other shareholders- the dominant shareholder in terms of proportionality. However, it is hardly possible to state that a non dominant shareholder considered alone would be considered as having the majority of shares if it is shown that the combined influence of the nationals of contracting states other than the host state could reach the controlling position of the company. Again, for this position to be successful, the basis of jurisdiction has to be based not on the Peru-United Kingdom BIT but on a specific agreement whereby the parties to the dispute agree that the requirement of foreign control is met and the company is to be treated as a company of the other contracting state (either Peru or Britain)".*

Aun cuando las disposiciones del Convenio CIADI exigen para poder acceder al arbitraje que la diferencia sea de "naturaleza jurídica" y que surja "directamente de una inversión", no existe norma alguna que defina estos términos.

Sobre el primer requisito referido a que la "diferencia [sea] de naturaleza jurídica", Montoya[280] señala que en "...el informe de los Directores Ejecutivos en relación con el Convenio... [se ha] '...aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derecho, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal'".[281]

---

[280] Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 253. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.5. Requirements Ratione Materiae**, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 9. *"The Report of the Executive Directors spells this out by explaining that the disputes 'must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation'".*

[281] El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso ARB/03/15), decisión sobre jurisdicción de 27 de abril de 2006: *"61. For this Tribunal, the notion of dispute generally has been accurately defined by the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the Mavrommatis case (Greece v. Great Britain), Judgment of 30 August 1924, PCIJ, Series A, No. 2, where the Court said (p. 11) that '[a] dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views on interests between two persons'. The above definition was recently confirmed by the ICJ in the East Timor case… 'Legal' disputes have generally been defined as 'controversies in which the Parties are in disagreement over a right'. On the domestic level, this can be a disagreement over contractual or other rights. Regarding the international level, one may recall, for example, Article 1 of the 1925 Locarno Arbitration Conventions between Germany, on the one hand, and Belgium, France, Poland and Czechoslovakia, on the other hand ('disputes with regard to which the parties are in conflict as to their respective rights'). What matters here is whether the pretensions of the Claimant (and the arguments of the Respondent) are formulated as being based on terms of existing law".* En AES Corporation c. República Argentina (Caso ARB/02/17), el tribunal arbitral en la decisión sobre jurisdicción de 26 de abril de 2005, señaló en el parágrafo 43 lo siguiente: *"...Two elements [are necessary] to be met for a dispute to be considered as a legal one in conformity with the requirements set forth in Article 25(1) of the ICSID Convention. The first deals with the intrinsic definition of what is a legal dispute; the second deals with the inherent logic which presided over the creation of ICSID.*
a. In general terms, as it is also more generally the case in international law, and according to the definition recalled by the International Court of Justice in the Case concerning East Timor, a dispute in the legal sense is:

En otras palabras, como explica Suárez Anzorena,[282] "[l]o importante es que la pretensión que da origen a la disputa esté dirigida a la obtención de un remedio de naturaleza legal y no a la mera comprobación de un hecho".

Así, como bien indica Delaume,[283] podrán arbitrarse ante el CIADI disputas referidas al incumplimiento contractual, alegaciones sobre casos fortuitos o de fuerza mayor, la violación de cláusulas de estabilidad, la interpretación de los contratos y de la ley aplicable y la terminación de los contratos, incluyendo la expropiación o la nacionalización y el tema de la compensación.[284] En cambio, como bien señala García-

---

'a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties'.
b. Within the specific context of the ICSID Convention, as rightly commented by Professor Ch. Schreuer with regard to Article 25(1):
'It is submitted that the disagreement between the parties must also have some practical relevance to their relationship and must not be purely theoretical. It is not the task of the Centre to clarify legal questions in abstracto'". Ver también la decisión sobre jurisdicción de 16 de mayo de 2006, en los seguidos por Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/17), parágrafos 35-37.

[282] C. Ignacio Suárez Anzorena, "Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI", ob. cit., p. 260.

[283] Georges R. Delaume, *"ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects"*, ob. cit., p. 567. *"It is generally agreed that reference to the 'legal' nature of a dispute limits the scope of ICSID arbitration to a review of the respective rights and obligations of the parties as set forth in an investment agreement, in light of the laws and regulations relevant to that agreement. Examples of 'legal disputes' are those concerning non-performance, including causes of excuse based on force majeure or similar events, the violation of 'stabilization' clauses, the interpretation of the agreement, including expropriation or nationalization, and related issues of compensation".*

[284] En la decisión sobre jurisdicción de 11 de julio de 1997, en los seguidos por Fedax N.V. c. República de Venezuela (Caso ARB/96/3), el tribunal arbitral dijo sobre este particular lo siguiente: *"Although the term 'legal dispute' is not defined in the Convention, its drafting history makes abundantly clear that such term refers to conflicts of rights as opposed to mere conflicts of interests: '[t]he dispute must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation'. The discussions held on the drafts leading to this provision also evidence that legal disputes were meant to exclude moral, political, economic or purely commercial claims.*
16. In the light of this background and of the evidence of the record, the Tribunal is satisfied that a dispute of a legal nature is involved in this case as it concerns the different views of the parties on questions of legal rights and obligations in connection with the existence of an investment, and the effects this may have on the issue of an obligation to

Bolívar,[285] "[d]isputas de naturaleza técnica, por ejemplo dimensiones de un terreno, especificaciones técnicas de un equipo, entre otras, aunque puedan estar relacionadas con la inversión, no están cubiertas por la Convención ni están dentro de los límites de la jurisdicción del CIADI. Igualmente disputas comerciales o políticas tampoco entran dentro del terreno del Centro".

En lo que se refiere al término "inversión", Delaume[286] nuevamente informa que se dejó intencionalmente sin determinar su contenido, debido a las siguientes razones: En primer lugar, porque la formulación de una definición general hubiera sido intrascendente y una precisa hubiera sido imposible de lograr ante la existencia de diversidad de opiniones entre los estados;[287] y, en segundo término, porque como el acceso al arbitraje del CIADI es voluntario, son las partes (estado e inversionista) los mejores capacitados para reconocer si una operación en específico es una inversión.[288]

---

honor certain debt instruments consisting of six promissory notes accompanying the request for arbitration (the promissory notes), which were issued by the Republic of Venezuela". La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Fedax-1997-Last.pdf.

[285] Omar E. García-Bolívar, "La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)", ob. cit., p. 2.

[286] Georges R. Delaume, "*Experience with ICSID",* ob. cit., p. 230. SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/01/13), decisión del tribunal arbitral sobre jurisdicción de 6 de agosto de 2003: "*The ICSID Convention does not delimit the term 'investment', leaving to the Contracting Parties a large measure of freedom to define that term as their specific objectives and circumstances may lead them to do so"*.

[287] C. Ignacio Suárez Anzorena, "Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI", ob. cit., p. 261. "El Convenio CIADI guarda silencio en torno al contenido de tan trascendental término. No se trata, sin embargo, de una omisión involuntaria. Los trabajos preparatorios sugieren que el tema fue ampliamente discutido durante la etapa de redacción entre quienes proponían una definición del término y quienes consideraban que era preferible dejar el tema librado a las partes, por considerar que una definición siempre sería potencialmente insatisfactoria y daría lugar a controversias jurisdiccionales. Este último criterio fue el que prevaleció".

[288] Carolyn B. Lamm & Abby Cohen Smutny, "*The Implementation of ICSID Arbitration Agreements"*, ob cit., p. 80. "*The parties thus have a large measure of discretion to determine for themselves whether their transaction constitutes an investment for the purposes of the Convention. In actual ICSID cases, parties have made use of this discretion to bring to the Centre disputes arising out of a wide variety of transactions,*

Aquí conviene recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25(4) del Convenio CIADI, los estados pueden en cualquier momento notificar acerca de la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. A octubre de 2006, esta facultad sólo ha sido ejercida por China (informa que sólo aceptará la jurisdicción del CIADI respecto de la compensación resultante de expropiaciones o nacionalizaciones); Jamaica (excluye de la jurisdicción del CIADI controversias referidas a inversiones en las áreas de minería y recursos naturales); Papua Nueva Guinea (sólo acepta la jurisdicción del CIADI respecto a disputas directamente relacionadas con las inversiones); Arabia Saudita (se reserva el derecho de no someter al CIADI controversias relacionadas a inversiones en petróleo); Turquía (sólo acepta someter los conflictos sobre inversiones que hayan contado previamente con la autorización del Estado, declinando la sumisión de cualquier conflicto relacionado con predios); y Guatemala (no acepta someter al CIADI disputas referidas a las compensaciones por los daños causados por los conflictos armados o los disturbios públicos). En 1974 Guyana siguió el camino de Jamaica, aunque luego retiró la notificación. Israel ejerció este mismo derecho en 1983, aunque luego lo retiró en 1991.[289]

Sin embargo, bien vale la pena aclarar que esta declaración no limita o amplía la jurisdicción *ratione materiae* del CIADI, y que ante un conflicto entre esta declaración y un consentimiento por escrito, primará el último.[290]

---

ranging from equity contributions and natural resource concessions to major construction, service and licensing agreements". Antonio R. Parra, *"The limits of party autonomy in arbitration proceedings under the ICSID Convention",* ob. cit., p. 27. El autor cita a Broches, quien señala que: *"The parties thus have a large measure of discretion in deciding what constitutes an 'investment' in a particular context".*

[289] Fuente: www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-d.htm.

[290] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.5., p. 17. *"...notifications under Article 25(4) of the Convention by themselves neither restrict nor expand the jurisdiction ratione materiae of the Centre. In case of a conflict between a declaration under Article 25(4) and an expression of consent by the parties, the latter would prevail".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 343-344. *"A host State may give consent in respect of a dispute even though the dispute does not fit into a class that was listed as one of those it would consider submitting. It may even give consent in respect of a dispute that belongs to a class that*

En ese sentido, existe el antecedente del caso seguido por PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation y Kenya Ilgin Elektrik Úretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía (Caso ARB/02/5), referido a una controversia por la construcción de una planta eléctrica, al amparo del BIT Estados Unidos de América-Turquía.

Uno de los argumentos de defensa de Turquía consistió en afirmar que había hecho la "reserva" de que sólo aceptaría someter al arbitraje del CIADI los conflictos sobre inversiones que hubieran contado previamente con la autorización del Estado, lo que no se habría presentado en este caso.

Sin embargo, el tribunal arbitral en su fallo sobre jurisdicción de 4 de junio de 2004, afirmó que el artículo 25(4) del Convenio CIADI no contiene una reserva, sino que es una simple notificación. Además, esta notificación es independiente del consentimiento por escrito que un estado puede manifestar en un contrato o en un BIT. En consecuencia, si un estado manifiesta su consentimiento respecto de una materia que ha notificado que no es arbitrable, primará siempre el consentimiento.[291]

---

was listed as one of those it would not consider submitting. In fact, several of the countries that have made notifications under Art. 25(4) have concluded BITs that contradict the notifications".

[291] *"136. It must be noted that Article 25(4) in itself does not assign any particular legal effect to notifications as it refers to the disputes that the Contracting State 'would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre'. This is quite natural as the whole issue of consent was left to instruments other than the Convention, for example investment agreements and bilateral investment treaties. This is also the reason why that very Article clearly separates notification from consent by providing that 'Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)'.*
137. The Claimant have invoked the travaux préparatoires of this provision, noting in particular that Mr. Broches, the architect of the Convention, conceived the notification system as one allowing Contracting Parties to 'make declarations under the Convention in which they could define in advance, if they so desired, the scope within which they would be willing to consider, always subject to the specific consent on their part in any specific case, making use of the Center'. The Report on the Convention by the Bank's Executive Directors also clarified that notifications would 'serve for purposes of information only' and not constitute reservations to the Convention. Scholarly opinions have also supported this interpretation. (...)
143. In the instant case, the notification does not create an obligation for the Contracting State, but rather it is associated with the claim to a right. In fact, States making notifications will always wish to remain free to either follow the terms of the notification when expressing their

La decisión del Convenio CIADI de no determinar el contenido del término "inversión" ha sido sabia, ya que como explica una vez más Delaume,[292] cuando se constituyó el CIADI la inversión foránea esencialmente era directa y consistía en la celebración de contratos de concesión y joint ventures, la explotación de industrias y los préstamos internacionales. En cambio, hoy en día la inversión extranjera se ha ampliado a nuevos tipos de participación indirecta, como la transferencia de know-how y otros conocimientos tecnológicos, el leasing internacional, los contratos llave en mano, los contratos de servicios, etc.[293]

En ese sentido, han sido sometidos a conocimiento del CIADI conflictos derivados de contratos de concesión minera y petrolera, de generación y distribución eléctrica, de inversiones en el sector industrial y de alimentos, de concesiones de puertos y de transporte, de administración de hoteles y resorts, de construcción de carreteras y otras infraestructuras públicas, entre otros.[294]

---

consent. No State would believe that by making a notification it has become bound by its terms as in that case there would be no difference between notification and consent, thus contradicting specific provisions of the Convention. In this context, the Contracting State is in fact claiming a right to later exclude certain disputes from consent, if it so wishes, and it is always free not to adhere to the terms of its notification. (...)
145. It follows that to be effective the content of a notification will always have to be embodied in the consent that the Contracting Party will later give in its agreements or treaties. If, as in this case, consent was given in the Treaty before the notification, that treaty could have been supplemented by means of a Protocol to include the limitations of the notification into the State's consent. Otherwise the consent given in the Treaty stands unqualified by the notification". La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/psegdecision.pdf.

[292] Georges R. Delaume, "*Experience with ICSID*", ob. cit., p. 230. "*The absence of a definition of the term "investment" which is clearly of fundamental importance for the determination of the scope of the Convention… may actually prove to be a blessing in disguise for the future implementation of the Convention and the corresponding potential use of ICSID".*

[293] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 15. "*Tribunals have found 'disputes arising directly out of an investment' to include disputes over capital contributions and other equity investments in companies and joint ventures, as well as non-equity direct investments via service contracts, transfer of technology, natural resource concession agreements, and projects for the construction and operation of production and service facilities in the host State".* Baste sino verificar el tipo de inversiones cuyos conflictos han sido hasta la fecha registrados ante el CIADI (ver supra punto No. XII.2).

[294] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes,**

En base pues a la experiencia alcanzada por el CIADI en sus más de 40 años de existencia, puede afirmarse que el término "inversión" es muy amplio, ya que su contenido dependerá en gran medida de lo que acuerden los estados y los inversionistas,[295] a los que se ha reconocido la capacidad de considerar como "inversión" a la casi totalidad de transacciones conocidas,[296]

---

ob. cit., 2.5., p. 24. *"Readily recognizable types of investment in ICSID cases have consisted in mining and petroleum concessions. These account for just over 15 per cent of all cases. Power generation and distribution enterprises have been another frequent category. Another, though less numerous category, has been industrial manufacturing ventures. Food production and processing has been the subject of a handful of ICSID cases.*
The services sector has provided another group of categories, including shipping, port and transport services, waste management and disposal, hotel and resort management, exportation and duty free enterprises, funeral services, and banking. Civil construction, involving roads, buildings and other infrastructure projects (such as property development), has been similarly accepted as investment activity. Finally, financial transactions have also been the subject-matter of ICSID cases". Christoph Schreuer, *"Commentary on the ICSID Convention, Article 25"*, ob. cit., p. 371. *"Investment in the sense of Art. 25 of the Convention may cover almost any area of economic activity".* C. Ignacio Suárez Anzorena, "Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI", ob. cit., pp. 264-265. "La casuística de tribunales CIADI refleja amplitud en lo que concierne a la extensión del concepto de inversión. Así, se han tenido por satisfechos los requisitos del artículo 25 en los casos de derechos de propiedad sobre inmuebles, acciones, títulos de crédito, contratos de derecho privado y de derecho público, incluyendo, entre estos últimos, préstamos de dinero a entidades estatales y contratos de obra pública".

[295] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.5., p. 14. *"…the approach adopted in the Convention gives potential parties to ICSID arbitration wide discretion to describe a particular transaction, or a category of transactions, as investment. Ultimately, however, the requirement of an investment is an objective one. The parties' discretion results from the fact that the notion of investment is broad and that its contours are not entirely clear. But the parties do not have unlimited freedom in determining what constitutes an investment. Any such determination, while important, is not conclusive for a tribunal deciding on its competence. Under Article 41 of the Convention, a tribunal may examine on its own motion whether the requirements of jurisdiction are met".*

[296] Michael M. Moore, *"International Arbitration between States and Foreign Investors –The World Bank Convention"*, ob. cit., p. 1362. *"Nearly all international business transactions, except for cash sales of goods, involve the commitment, or investment, of cash or capital assets in the foreign State for some period of time. Long-term development concessions, like those granted to the larger oil companies to invest in the Middle East, are examples of the biggest commitments of capital assets by business concerns in foreign States. But a capital commitment is also involved in the establishment of branch and subsidiary plants abroad, the licensing of patents to foreign enterprises, and even in sales contracts with long-term credit provisions".*

aunque necesariamente escaparán del conocimiento de esta institución disputas puramente políticas, económicas y comerciales,[297] como, por ejemplo, la simple venta de bienes.[298]

Así, por ejemplo, en el caso Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/03/11), el tribunal arbitral en su fallo sobre jurisdicción, consideró que la controversia referida a la provisión de equipos especializados para un proyecto minero y las cartas de crédito otorgadas para esos fines calificaban como típicos contratos comerciales, por lo que no se estaba frente a una inversión conforme lo exigen el BIT Reino Unido-Egipto y el artículo 25° del Convenio CIADI.[299]

A falta pues de una definición, como bien señala Suárez Anzorena,[300] "...en numerosos casos se ha dicho que las pautas que caracterizan a una inversión, a los fines del Convenio CIADI, son: i) cierta duración; ii) regularidad en materia de retorno o compensación del capital; iii) riesgo; iv) compromiso de capital

---

[297] Carolyn B. Lamm & Abby Cohen Smutny, *"The Implementation of ICSID Arbitration Agreements"*, ob cit., p. 79. *"According to the travaux préparatoires of the ICSID Convention, the term was intended to exclude political, economic or purely commercial disputes".*

[298] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.5., p. 17. *"In 1999, the ICSID Secretary-General refused registration of a request for arbitration in respect of a dispute arising out of a supply contract for the sale of goods. The Secretary-General found that the transaction manifestly could not be considered an investment and, therefore, that the dispute was manifestly outside the jurisdiction of the Centre. The dispute did not arise directly out of any other transaction that could be regarded as an investment (e.g. ownership of equity in the company party to the contract)".*

[299] Laudo arbitral de 6 de agosto de 2004. Se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf.

[300] C. Ignacio Suárez Anzorena, "Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI", ob. cit., p. 265. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.5., p. 14. *"While it is not possible to give a precise definition of 'investment' it is possible to identify certain typical features.*
- The project should have a certain duration.
- There should be a certain regularity of profit and return.
- There is typically an element of risk for both sides.
- The commitment involved would have to be substantial.
- The operation should be significant for the host State's development".

sustantivo; y v) contribución significativa al desarrollo del Estado huésped".

Así tenemos, entre otros, los casos Fedax N.V. c. República de Venezuela (Caso ARB/96/3),[301] Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A c. Reino de Marruecos (Caso ARB/00/4),[302] SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/01/13),[303] Jan de Nul N.V. c. República Árabe

---

[301] Decisión sobre jurisdicción de 11 de julio de 1997: *"43. ...The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the State's development. The duration of the investment in this case meets the requirement of the Law as to contracts needing to extend beyond the fiscal year in which they are made. The regularity of profit and return is also met by the scheduling of interest payments through a period of several years. The amount of capital committed is also relatively substantial. Risk is also involved as has been explained. And most importantly, there is clearly a significant relationship between the transaction and the development of the host State, as specially required under the Law for issuing the pertinent financial instrument. It follows that, given the particular facts of the case, the transaction meets the basic features of an investment"*. La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/dodcuments/Fedax-1997-Last.pdf.

[302] White & Case IDR Newsletter, Vol. 16, No. 2, 2003, p. 5. Como se explica en este informe, en el laudo arbitral de fecha 23 de julio de 2003 el tribunal arbitral identificó estas pautas básicas que configuran una "inversión" y las aplicó al caso en concreto: "*(1) a contribution of capital or assets (apports), (2) a contract having a certain minimum duration (which the Tribunal described as two to five years), and (3) a sharing in the risks of the project. The Tribunal added a further element to this list, based on the Preamble to the ICSID Convention, namely, that (4) there should be some intended contribution to the development of the host State, that is, the State in which the investment was made.*
In holding that all of these elements were present in the case, the Tribunal noted, as to each of the four elements, that (1) the project involved the contribution by the Italian contractors among other things, of their know-how, equipment, and staff, as well as the procurement of loans to finance these contributions, (2) the contract would be performed over thirty-two months which had been extended to thirty-six months, (3) the contractors has assumed numerous risks under the relevant contract, including those deriving from the owner's right to terminate the contract prematurely and to instruct variations in the work without affecting the lump sum nature of the contract price, and (4) by providing a public highway, the Italian contractors would be contributing to the economic development of Morocco. The Tribunal concluded that the qualification of this construction contract as an 'investment' within the meaning of the ICSID Convention was well-founded".

[303] Resolución sobre jurisdicción de 6 de agosto de 2003: "*...in Fedax,* [Fedax N.V. c. República de Venezuela (Caso ARB/96/3)] *the Tribunal, in finding that six promissory notes issued by the Government of Venezuela constituted an investment, observed that 'under both ICSID and the Additional Facility Rules the investment in question, even if indirect, should be distinguishable from an ordinary commercial transaction'... The tribunal held that promissory notes did constitute an investment within the meaning of the BIT, noting that the central characterization of an investment involve a 'certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance*

de Egipto (Caso ARB/04/13)[304] y la decisión sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en los seguidos por Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo (Caso ARB/99/7).[305]

---

for the host State's development'". Considerando este precedente, el tribunal arbitral llegó a la conclusión que el contrato de concesión celebrado por las partes, a efectos de que SGS desarrollara labores de inspección y valuación de mercadería en puertos pakistaníes y foráneos con fines aduaneros, era una inversión porque: *"...firstly, the Agreement's performance, by granting SGS the right to carry out pre-shipment inspection services, gave rise to 'claims to money;' secondly, Pakistan effectively granted SGS a public law concession ('a concession under public law'), since SGS was conferred certain powers that ordinarily would have been exercised by the Pakistani Customs service (the identification and valuation of goods for duty purposes), and thirdly, such rights as SGS exercised pursuant to the PSI Agreement were 'rights given by law' and 'by contract'"*.

[304] Decisión sobre jurisdicción de 16 de junio de 2006: *"91. …The Tribunal concurs with ICSID precedents which, subject to minor variations, have relied on the so-called 'Salini test'. Such test identifies the following elements as indicative of an 'investment' for purposes of the ICSID Convention: (i) a contribution, (ii) a certain duration over which the project is implemented, (iii) a sharing of operational risks, and (iv) a contribution to the host State's development, being understood that these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case….*
92. The Tribunal agrees with the Claimants that their activities in connection with the dredging in the Suez Canal clearly meet these criteria. In particular, the amount of work involved (including the mobilization of two heavy ships for a period of approximately 19 months) and the related compensation show that the Claimant's contribution was substantial. Moreover, there can be no question that an operation of such magnitude and complexity involves a risk and one cannot seriously deny that the operation of the Suez Canal is of paramount significance for Egypt's economy and development". La decisión se ubica en: www.investmentclaims.com/decisions/Jan_de_Nul-Egypt-Jurisdictional_Award.pdf.

[305] Decisión de 1° de noviembre de 2006: *"30. Indeed, in the Salini case, the contribution to the economic development of the host State was explicitly set as a 'criterion' for an investment which was subsequently taken into account in respect of the construction of a highway, which led to the conclusion that the highway was clearly a public interest. Similarly, in the Fedax case, which involved promissory notes issued by the Republic of Venezuela to guarantee a loan equivalent to their amount, the arbitral tribunal observed that: 'It is quite apparent that the transactions involved in this case are not ordinary commercial transactions and indeed involve a fundamental public interest […] There is clearly a significant relationship between the transaction and the development of the host State'. Finally, in the CSOB case, which involved a 'consolidation agreement' between the Czech Republic, Slovakia, and the Czechoslovak bank CSOB, with each of the two new States guaranteeing the reimbursement of the loan granted by CSOB to its national Collection Company, the Arbitral Tribunal observed that: 'Under certain circumstances a loan may contribute substantially to a State's economic development […] [The] undertaking involved a significant contribution by CSOB to the economic development of the Slovak Republic within the meaning of the Convention'"*. La decisión se ubica en: www.investmentclaims.com/decision/Mitchell-Congo-Anulment_Decision.pdf.

Todo lo dicho hasta aquí, también es aplicable cuando un inversionista requiera recurrir a la instancia arbitral del CIADI al amparo de un BIT.[306]

En efecto, la generalidad de los BITs contiene disposiciones que describen de manera general qué se entiende por inversión y, seguidamente, desarrollan una lista no exhaustiva de posibles actos considerados como tal.[307]

Así, por ejemplo, el BIT Perú-Bolivia define en su artículo 1° al término "inversión", de la siguiente

---

[306] Lo que desarrollaremos seguidamente también será de aplicación la mayoría de las veces cuando la disposición en la que se ampara el inversionista es una ley nacional sobre inversiones. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 132. *"The situation with regard to national investment codes providing for ICSID arbitration resembles that of BITs"*. United Nations Centre on Transnational Corporations, **Bilateral Investment Treaties**, ob. cit., p. 16. *"In the absence of a generally accepted definition of the term 'investment', national laws and regulations have defined it variously in accordance with the purposes at hand. Not surprisingly each treaty contains its own definition of the term. Nevertheless, it can be said that the very broad formulations used in these treaties reflect, on the one hand, the preoccupation of home countries with the broadest possible coverage, and, on the other hand, the differences on the matter in the national legislation of host countries".*

[307] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.5., p. 15. *"Usually these BITs… contain a provision explaining what is to be understood as investment. Most bilateral investment treaties contain a general statement or definition followed by a non-exhaustive list of categories of covered investments".* Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 44. *"Most BITs define the term 'investment' in a broad, open-ended way that ensures a high degree of flexibility in application"*. Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairos, "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", ob. cit., p. 84. "Casi todos los TBIs contienen una definición de inversión. La práctica TBI estándar consiste en combinar (i) una lista ilustrativa de activos específicamente protegida con (ii) una definición abierta de inversión, que incluye todo tipo de activos, derechos e intereses. El resultado al que se llega es una definición muy amplia de inversión con arreglo a la cual '...todo aquello que tenga valor económico, prácticamente sin limitación...', puede ser protegido por el TBI, lo que asegura una flexibilidad máxima en la aplicación de los TBIs". Nigel Blackaby, "El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio", ob. cit., p. 289. "Para que un inversionista pueda invocar un tratado de inversión debe haber realizado una inversión protegida por el tratado. Los tratados contienen usualmente una definición de lo que constituye una inversión protegida por el mismo. Por lo general, estas definiciones son amplias y se refieren a cualquier tipo de activo o a cualquier tipo de inversión en el territorio para luego añadir una lista no taxativa de ejemplos específicos".

manera: "(1) 'Inversión' designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión de conformidad con este Convenio, esto incluye en particular, pero no exclusivamente:
(a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas, gravámenes y derechos de prenda;
(b) Acciones o derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades o *joint ventures;*
(c) Derechos a fondos empleados para crear un valor económico o prestaciones bajo contrato que tengan un valor económico, de acuerdo a las leyes y reglamentaciones vigentes en la Parte Contratante donde se realiza la inversión;
(d) Derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, modelos y diseños industriales, marcas, nombres comerciales, secretos industriales y comerciales, procedimientos y conocimientos tecnológicos patentados o no que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones;
(e)Las concesiones otorgadas por los Estados de las Partes Contratantes o sus entidades públicas para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales".[308]

[308] Fernando Cantuarias S., "Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje", ob. cit., p. 30. "En lo que se refiere al término inversión, Vega indica que '[s]egún el modelo peruano, 'inversión designa todo tipo de bien definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión de conformidad con éste convenio, y en particular, aunque no exclusivamente: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas, gravámenes y derechos de prenda; b) acciones o derechos de participación en sociedades o sociedades de riesgo compartido; c) créditos, valores, derechos sobre dinero y cualquier otra prestación que tenga un valor económico; d) derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, modelos y diseños industriales, marcas, nombres comerciales, conocimientos y procedimientos tecnológicos y derechos de llave; e) concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales'. Los convenios con Tailandia, Suiza, Corea, Bolivia, Gran Bretaña, Paraguay, República Checa, Suecia, España, Portugal, Países Bajos, Noruega, Malasia, Francia, Argentina, Alemania, Finlandia, Venezuela y El Salvador... [además de China y Chile] contemplan las cinco modalidades de inversión. Además de dichas modalidades, el convenio con Italia contempla los ingresos reinvertidos, las ganancias de capital y, en

Para dar cumplimiento al requisito bajo estudio, un inversionista que desee acceder al CIADI al amparo de un BIT deberá verificar que la transacción de la cual deriva la controversia es una "inversión" conforme a las disposiciones del CIADI y, además, de acuerdo con el BIT aplicable.[309]

En efecto, en el fallo sobre jurisdicción en Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A c. Reino de Marruecos (Caso ARB/00/4), el tribunal arbitral señaló que como en este caso se había optado por la jurisdicción del CIADI, entonces se debía dar cumplimiento al requisito de que la controversia tiene que estar referida a una inversión conforme lo exige el artículo 25 del Convenio CIADI. En consecuencia, el tribunal arbitral fue de la opinión que su competencia dependía de la existencia de una inversión, conforme a los términos del BIT Italia-Marruecos y del Convenio CIADI.[310]

---

general, cualquier incremento en el valor de la inversión original; los convenios con Rumania y Dinamarca [además de Paraguay y Cuba] las reinversiones; el convenio con Australia las actividades relacionadas con inversiones, tales como la organización y funcionamiento de instalaciones comerciales, la adquisición, ejercicio y disposición de derechos de propiedad, la recaudación de fondos y la compra y venta de moneda extranjera'". Ver también el artículo 10.28 del TLC Perú-Estados Unidos de América, el artículo 11.28 del TLC Perú-Chile y el artículo 1° del BIT Perú-Canadá.

[309] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.5., p. 16. *"An investor wishing to avail herself of the offer of ICSID arbitration in an investment treaty will have to show that two distinct requirements ratione materiae are met: the transaction out of which the dispute arises must be an investment under the ICSID Convention. In addition, it must be an investment as defined by the applicable investment treaty".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 130. *"If the BIT's definition goes beyond the requirements of the ICSID Convention there will be no jurisdiction"*. Noah Rubins, *"Judicial Review of Investment Arbitration Awards"*. , ob. cit., p. 360. *"Some contracts for the sale of goods, for example, may fall within the definition of 'investment' for purposes of a BIT, but such a transaction would not likely be an investment under Article 25(1) of the Washington Convention, e.g., Agreement among the Government of Brunei Darussalam, Republic of Indonesia, Malaysia, Republic of the Philippines, Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments, signed Dec. 15, 1987 (ASEAN Investment Agreement), art. I(3) ('every kind of asset' qualifies as investment)…"*.

[310] *"...insofar as the option of jurisdiction has been exercised in favour of ICSID, the rights in dispute must also constitute an investment pursuant to Article 25 of the Washington Convention. The Arbitral Tribunal, therefore, is of the opinion that its jurisdiction depends upon the existence of an investment within the meaning of the Bilateral Treaty as well as that of the Convention, in accordance with the case law"*.

Por su parte, en Philippe Gruslin c. Malasia (Caso ARB/99/3), el tribunal arbitral estableció en su laudo de 27 de noviembre de 2000 que carecía de jurisdicción para conocer la controversia, por cuanto la inversión realizada en acciones de la Bolsa de Valores de Malasia no era una "inversión aprobada" tal y como lo exigía el BIT Bélgica-Malasia.[311]

En cambio, en Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/10), la demandante una empresa constituida en España que participó en un consorcio que adquirió el 70% de las acciones de Gas Natural BAN, S.A. en una licitación pública, adujo que su inversión se había realizado conforme a la Ley No. 23.928 y el Decreto 2/28 que establecieron el régimen de paridad y convertibilidad del peso argentino con el dólar estadounidense que habría sido quebrantado por actos del gobierno argentino entre diciembre 2001 y junio de 2002, afectando esencialmente las tarifas de venta de gas natural, lo que significó, esencialmente, una reducción dramática del valor de las acciones de BAN, S.A. Al analizar el tema de la inversión, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 17 de junio de 2005, identificó el artículo I(2) del BIT España-Argentina, llegando a la conclusión que: "34. ...Al Tribunal le resulta indudable que las acciones de una sociedad argentina... están comprendidas en la

---

[311] El laudo se ubica en: ICSID Report, No. 5, 2002. Por otro lado, en el laudo arbitral de 15 de marzo de 2002, en los seguidos por Mihaly International Corporation c. República Democrática de Sri Lanka (Caso ARB/00/2), el tribunal arbitral consideró que los gastos realizados por la demandante durante las negociaciones para la construcción de una central termoeléctrica que no llegó a formalizarse, no calificaban como inversión. El fallo ha recibido algunas críticas de especialistas que consideran que era posible considerar estos gastos como inversión, al amparo de lo dispuesto en el BIT Estados Unidos de América-Sri Lanka. Sobre el particular, leer a: Farouk Yala, *"The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some 'Un-Conventional' Thoughts on Salini, SGS and Mihaly"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 22, No. 2, 2005, pp. 122-125. El laudo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/mihaly-award-pdf.

Un caso similar al anterior, es el seguido por Zhinvali Development Ltd. c. República de Georgia (Caso ARB/00/1), cuyo proceso arbitral se inició al amparo de la Ley de Inversiones de Georgia, referida a la construcción de una central hidroeléctrica. La controversia estuvo centrada en analizar si ciertos gastos pre-contractuales constituían inversión conforme a la legislación citada. El tribunal arbitral en su laudo no publicado, consideró en mayoría que era una inversión. Sobre este particular, leer a: Richard Happ, *"Awards and Decisions of ICSID Tribunals in 2003"*, ob. cit., pp. 721-722.

definición citada... Es evidente... que las acciones mismas, cuando son de propiedad de un nacional de una parte del tratado, constituyen una 'inversión', tal como se define esta expresión en el tratado.
35. Surge de lo que antecede que una reclamación basada en el deterioro del valor de las acciones de propiedad de la Demandante como resultado de medidas adoptadas por el Gobierno del país receptor de la inversión da lugar a una controversia referente a inversiones en el sentido que da a ese término el Artículo X del TBI, y que el inversor (si reúne los restantes requisitos previstos en el tratado) posee legitimación procesal para plantear esa reclamación ante un tribunal de arbitraje. El Tribunal resuelve que la Demandante Gas Natural SDG, S.A. posee legitimación para incoar su reclamación ante el Tribunal en virtud de lo dispuesto en las Reglas de Arbitraje del CIADI y en el tratado bilateral de inversiones...".[312]

Por último, la exigencia de que la diferencia de naturaleza jurídica surja "directamente" de una inversión, se refiere a que la materia controvertida que se someta ante un tribunal arbitral CIADI tiene que estar razonablemente conectada con la inversión.[313] Por

---

[312] La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/GasNatural-Decisionsobrepreguntaspreliminaressobrejurisdiccion.pdf. En el caso AES Corporation c. República Argentina (Caso ARB/02/17), el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 26 de abril de 2005, dijo: *"87. As stated in Article I(1)(a) of the BIT [United States-Argentina], a claim may be filed in relation to an 'investment' as it consists in:*
'…every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party…'
88. This definition is a very wide one and it makes no doubt that AES' economic involvement in the concerned companies generating and distributing electricity in Argentina falls under the definition provided by this provision of the BIT". La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/AES-Argentina-Jurisdiction_001.pdf.

[313] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.5., p. 12. *"The Commentary on the Convention has usefully pointed out that the requirement of directness means that a dispute must be 'reasonably closely connected' to an investment. This approach has been confirmed by at least one recent decision examining a complex transaction. It would suggest that a dispute 'arising directly' out of an investment is not necessarily the same as a dispute arising 'immediately' out of an investment".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 121. *"It is impossible to draw a precise line in general terms between disputes arising directly and those arising only indirectly out of an investment. Nevertheless, ICSID practice yields certain indications for the distinction: the fact that transactions that are arcillary but vital to the investment are made in separate form and even through separate entities does not deprive a dispute relating to them of its direct*

lo tanto, no se requiere que la inversión sea directa.[314]

---

character. The fact that a dispute with the government has important repercussions on relationship with private entities in the host State does not negate its character as arising directly out of an investment. In order to be 'arising directly', disputes must have distinctive features linking them to the investment that are not shared by disputes unrelated to investments".

[314] Ibídem, p. 113. *"The requirement of directness relates to the dispute in relation to the investment. It does not relate to the investment as such"*. En ese sentido, en el caso Ceskoslovenska obchodni banka a.s. c. República de Eslovaquia (Caso ARB/97/4), el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 24 de mayo de 1999, afirmó lo siguiente: *"It is apparent that the term 'directly' relates in this Article to the 'dispute' and not to the investment. It follows that jurisdiction can exist even in respect of investments that are not direct, so long as the dispute arises directly from such transaction… (…) The Tribunal agrees with the interpretation adopted in the Fedax case. An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention, provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment".* La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CSOB-Jurisdiction1999_000.pdf.

Justamente en el caso Fedax N.V. c. República de Venezuela (Caso ARB/96/3), el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 11 de julio de 1997, afirmó que: *"...the text of Article 25(1) establishes that the 'jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment'. It is apparent that the term 'directly' relates in this Article to the 'dispute' and not to the 'investment'. It follows that jurisdiction can exist even in respect of investments that are not direct, so long as the dispute arises directly from such transaction. This interpretation is also consistent with the broad reach that the term 'investment' must be given in light of the negotiating history of the Convention"*.

De la misma manera, en el caso seguido por Tokios Tokelés c. Ucrania (Caso ARB/02/18), el tribunal arbitral en su fallo sobre jurisdicción de 29 de abril de 2004, señaló lo siguiente: *"The requirement of directness is met if the dispute arises from the investment itself or the operations of its investment, as in the present case. The scope of this requirement was addressed by the first ICSID tribunal, Holiday Inns S.A. v. Morocco, which found jurisdiction over loan contracts that were separate but related to the investment agreement, emphasizing 'the general unity of an investment operation'. (…)*
93. In the present case, each of the allegedly wrongful government actions –investigations, document seizures, public accusations of illegal conduct, and judicial actions to invalidate contracts and seize assets– involved the operations of the Claimant's subsidiary enterprise in Ukraine. Accordingly, we are satisfied that the present dispute arises directly from the Claimant's investment". La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Tokios-Jurisdiction_000.pdf.

Por último, en el caso AES Corporation c. República Argentina (Caso ARB/02/17), el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 26 de abril de 2005, señaló lo siguiente: *"60. As to the interpretation of*

XII.3.3.1. **"Cláusula de opción de vías" y "Cláusula de selección de vías sin vuelta en U"**

Cuando el inversionista considera que se han violado sus derechos protegidos por un BIT, un número importante de estos instrumentos internacionales autorizan el acceso directo del reclamo al arbitraje internacional.[315] Otros, en cambio, exigen el agotamiento de las vías previas.[316] Un tercer grupo reconoce en el inversor la opción de elegir irrevocablemente entre demandar ante el poder judicial del estado receptor de la inversión o iniciar un arbitraje internacional ("cláusula de opción de vías" o "*fork in the road provision*" en inglés).[317]

---

the terms 'any legal dispute arising directly out of an investment' used in Article 25 of the ICSID Convention, it is well established by commentators relying on constant practice that it should not be given a restrictive interpretation. Under this provision, directness has to do with the relationship between the dispute and the investment rather than between the measure and the investment".

[315] Se entiende, luego de vencido el período de negociación o consultas (ver supra punto No. XII.3.1.5). Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 403. *"The great majority of treaties… including all the MITs, provide aggrieved investors with a direct right to resort to arbitration with regard to any disputes arising from treaty breaches"*.

En el caso de los BITs celebrados por el Perú, identificamos que los otorgados con China (artículo 8°), Francia (artículo 8°), Países Bajos (artículo 9°), Finlandia (artículo 9°), Reino Unido (artículo 10°) y Tailandia (artículo 10°), reconocen el acceso directo al CIADI. Lo mismo sucede en el caso del BIT Perú-Suecia (artículo 8°), pero con la particularidad de que si se demandó ante el poder judicial del estado receptor de la inversión, solo si no existe sentencia definitiva emitida dentro de los tres meses de iniciada la controversia, cabe recurrir al CIADI.

Por su parte, los BITs celebrados por el Perú con Noruega (artículo 9°), Dinamarca (artículo 9°) y República Checa (artículo 8°), autorizan al inversionista a optar entre un arbitraje CIADI y un arbitraje ad hoc bajo reglas UNCITRAL.

[316] Ver supra punto No. XII.3.1.4.

[317] Guillermo Sánchez Bravo, "El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BIT. En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 2, 2006, p. 341. "...son numerosos los tratados de inversión que establecen el principio de elección irrevocable (materializado en una cláusula de opción irrevocable o 'fork in the road') del modo de solución de litigios. En virtud de este principio, si el inversionista desea impulsar una demanda ante un tribunal arbitral, teniendo como fundamento un BIT, no debe haber ejercido previamente o en forma paralela su derecho de acción ante los órganos jurisdiccionales del Estado receptor de la inversión. En otros casos, se suele presentar una limitación al derecho del inversor para elegir el modo de solución del conflicto, obligándolo a renunciar a los recursos locales que hubiera podido ejercer antes de recurrir al arbitraje internacional".

Por ejemplo, el artículo 10(2) del BIT Perú-Argentina dispone lo siguiente: "Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses, a partir del momento en que hubiera sido planteada por una de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor:
- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o
- Al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (3).
Una vez que un inversor haya sometido la controversia a la jurisdicción de la Parte Contratante involucrada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva".[318]

El principal problema con este tipo de cláusulas es que son, como bien indican Cremades y Cairns,[319] "…ambiguas

---

Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 403. *"Some treaties contain a stipulation that if the investor submits a dispute to the local courts of the host state, or to any other agreed dispute settlement procedures, it losses the right to submit it to arbitration"*.

[318] En el caso de los BITs Perú-Malasia (artículo 10°), Perú-Chile (artículo 8°), Perú-Cuba (artículo 8°) y Perú-Ecuador (artículo 8°), el inversionista deberá elegir entre litigar ante las cortes nacionales o iniciar un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Una vez que se opta por una de esas dos vías, la decisión es definitiva. Ver también los BITs Chile-Panamá, Chile-Guatemala, Chile-Costa Rica, Chile-Nicaragua, Chile-Paraguay y Chile-Ecuador.

En el caso de los BITs suscritos por el Perú con El Salvador (artículo 11°), Argentina (artículo 10°), España (artículo 9°), Venezuela (artículo 10°), Portugal (artículo 7°), Rumania (artículo 8°), Australia (artículo 13°) e Italia (artículo 9°), el inversionista podrá remitir la controversia ante los tribunales competentes del estado receptor de la inversión, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o ante un tribunal arbitral ad hoc que regulará su actuación de conformidad con el Reglamento Modelo de Arbitraje de UNCITRAL. Una vez que opte el inversionista, la decisión será definitiva. La misma regla se aplica a los BITs Chile-Uruguay, Chile-Argentina, Argentina-El Salvador, Argentina-Panamá y Argentina-Venezuela. En los BITs Argentina-México y Costa Rica-Venezuela, se agrega la posibilidad de acceder al Mecanismo Complementario del CIADI, en caso alguna de las partes no sea miembro del CIADI. En el caso del BIT Perú-Paraguay (artículo 8°), si el inversor decidió demandar ante el poder judicial del estado receptor de la inversión, solo si no existe sentencia definitiva emitida dentro de los dieciocho meses de iniciada la controversia, cabe que las partes acuerden someter el conflicto al arbitraje del CIADI o a un tribunal arbitral ad hoc.

[319] Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", ob. cit., p. 76.

en cuanto a si un inversor debe efectuar la elección o renunciar a ejercitar acciones ante tribunales nacionales, respecto a todas las reclamaciones resultantes con arreglo al tratado en particular o respecto a todas las reclamaciones referentes a la controversia sin tener en cuenta su fuente. En otras palabras, ¿requieren estas disposiciones una elección de foro para ejercitar las reclamaciones derivadas de un tratado (y carecen de implicaciones para las reclamaciones contractuales) o bien requieren una elección inmediata e irrevocable entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales?".

Puesto en otros términos: ¿la decisión del inversionista de, por ejemplo, demandar ante el poder judicial del estado receptor de la inversión por la violación del contrato de inversión, precluye que luego o de manera simultánea pueda reclamar en sede arbitral la violación de algún derecho protegido por un BIT?

Sobre este particular, nosotros identificamos que un número importante de BITs establecen que el artículo que regula la solución de los conflictos entre el estado receptor de la inversión y el inversionista se aplicará exclusivamente para las "…controversias que surjan en el ámbito de este Acuerdo, entre una de las Partes y un inversionista de la otra Parte que haya realizado inversiones en el territorio de la primera...".[320]

En este caso, cualquier demanda judicial que no tenga como fuente reclamos amparados en un BIT, sino que se traten de controversias bajo la legislación del estado receptor de la inversión, aun cuando se base en los mismos hechos no debería precluir el derecho a demandar en la vía arbitral los derechos protegibles por un BIT, ya que esencialmente estamos ante supuestos en los que

[320] Artículo 11° del BIT Perú-El Salvador. BIT Perú-España (artículo 9°.- "1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente acuerdo..."); BIT Perú-Argentina (artículo 10°.- "(1) Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante..."); y, BIT Perú-Venezuela (artículo 10°.- "(1) Las controversias que surgieran entre un nacional o sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento por ésta del presente Convenio...").

el sustento legal en uno y otro caso son distintos (en el ámbito judicial se discuten derechos contractuales al amparo de la legislación del estado receptor de la inversión, mientras que en el arbitraje se disputa la existencia de una violación a los derechos protegidos por un BIT) y, además, generalmente las partes son distintas (en el campo judicial normalmente se demanda a la entidad estatal que ha suscrito un contrato de inversión, mientras que en el arbitraje el demandado es el estado receptor de la inversión).[321]

Así lo han entendido diversos fallos arbitrales CIADI, entre los que destacan Alex Genin y otros c. República de Estonia (Caso ARB/99/2),[322] Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/99/6),[323] CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina (Caso ARB/01/8),[324] Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República

---

[321] Corte Superior de Ontario, The Council of Canadians y otros c. Canadá (Court File No. 01-CV-208141), fallo de 8 de julio de 2005, sobre inconstitucionalidad de las disposiciones sobre arbitraje en materia de inversiones contenidas en el NAFTA. La corte citó, entre otros, el parágrafo 41 del laudo arbitral de 26 de junio de 2003, en los seguidos por The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América, en el que el tribunal arbitral dijo: "*...rights of action under private law arise from personal obligations (albeit they may be owed by or to a state) brought into existence by domestic law and enforceable through domestic tribunals and courts. NAFTA claims have a quite a different character, stemming from a corner of public international law in which, by treaty, the power of States under that law to take international measures for the correction of wrongs done to its nationals has been replaced by an ad hoc definition of certain kinds of wrong, coupled with specialist means of compensation. These means are both distinct from and exclusive of the remedies for wrongful acts under private law: see Articles 1121, 1131, 2021 and 2022. It is true that some aspects of the resolution of disputes arising in relation to private international commerce are imported into the NAFTA system via Article 1120(c), and that the handling of disputes within that system by professionals experienced in the handling of major international arbitrations has tended in practice to make a NAFTA arbitration look like the more familiar kind of process. But this apparent resemblance is misleading. The two forms of process, and the rights which they enforce, have nothing in common. There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states*". El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/councilofCanadianschallengetoNAFTA.pdf.

[322] El laudo arbitral de fecha 25 de junio de 2001, se ubica en: www.worldbank. org/icsid/cases/awards.htm#award17.

[323] El laudo arbitral de fecha 12 de abril de 2002, se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdf.

[324] Decisión sobre jurisdicción de 17 de julio de 2003.

Argentina (Caso ARB/01/3)[325] y PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation y Konya Ilgin Elektrik Úretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía (Caso ARB/02/5).[326] También identificamos en este grupo el arbitraje ad hoc seguido por Roland S. Lauder c. República Checa.[327]

Cremades y Cairns[328] sin embargo, observan que algunos BITs, como el de Francia-Argentina (artículo 8°), requieren "…que el inversor efectúe la elección entre arbitraje internacional y los tribunales nacionales en 'toda controversia relativa a las inversiones...', lo que parecería querer decir que un inversor tiene prohibido iniciar en foros diferentes las reclamaciones derivadas de un tratado y las reclamaciones contractuales procedentes de la misma controversia relativa a la inversión".[329]

---

[325] Decisión sobre jurisdicción de 14 de enero de 2004.

[326] Decisión sobre jurisdicción de 4 de junio de 2004. "*170. The difference between contract-based claims and treaty-based claims has been discussed by various international arbitral tribunals as evidenced by the decisions in Lauder, Genin, Aguas de Aconquija, CMS and Azurix and by those of the Annulment Commitees in Vivendi and Wena. The Tribunal held in CMS, referring to this series of decisions, that 'as contractual claims are different from treaty claims, even if there had been or there currently was a recourse to the local courts for breach of contract, this would not have prevented submission of the treaty claim to arbitration'*". La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/psegdecision.pdf.

[327] Laudo arbitral de fecha 3 de septiembre de 2001.

[328] Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", ob. cit., p. 76.

[329] BIT Perú-Tailandia (artículo 10°.- "...cada Estado Parte podrá consentir someter cualquier controversia legal que pueda surgir... de las inversiones realizadas por un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante a..."); BIT Perú-Chile (artículo 8°.- "Las Partes involucradas deberán consultarse con miras a obtener una solución amigable de las controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante"); BIT Perú-Suiza (artículo 9°.- "A fin de solucionar amigablemente las controversias entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante..."); BIT Perú-Países Bajos (artículo 9°.- "Cualquier controversia entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante relativa a una inversión de ese nacional en el territorio de la primera Parte Contratante..."); BIT Perú-Portugal (artículo 7°.- "Las controversias que surjan entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante referentes a las inversiones realizadas de conformidad con el presente Acuerdo..."); BIT Perú-Noruega (artículo 9°.- "Las controversias entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante que surjan con respecto a una inversión en su territorio..."); BIT Perú-Dinamarca (artículo 9°.- "Cualquier controversia que pudiera surgir entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en

Sin embargo, nosotros entendemos que aquí se aplicaría la misma lógica que cuando el BIT en cuestión limita su ámbito de aplicación a las controversias relativas a ese instrumento internacional,[330] ya que, como

---

conexión con una inversión en el territorio de esa otra Parte Contratante..."); BIT Perú-Suecia (artículo 8°.- "Cualquier controversia legal que surja entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante concerniente a una inversión de esta última en el territorio de la primera..."); BIT Perú-Paraguay (artículo 8°.- "Para resolver las controversias relativas a las inversiones entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante..."); BIT Perú-Francia (artículo 8°.- "Toda controversia relativa a una inversión entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante..."); BIT Perú-Australia (artículo 13°.- "En el caso de una controversia entre una Parte y un inversionista de la otra Parte con relación a una inversión..."); BIT Perú-Malasia (artículo 7°.- "Cada Parte Contratante consiente en someter... cualquier controversia que surja entre dicha Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante"); BIT Perú-Finlandia (artículo 9°.- "Cualquier controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante relacionada a una inversión comprendida en el ámbito de aplicación del presente Convenio..."); BIT Perú-Corea (artículo 8°.- "Cualquier controversia entre cualquiera de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, incluyendo la expropiación o nacionalización de una inversión..."); BIT Perú-Cuba (artículo 8°.- "Las controversias que surgieran entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio..."); BIT Perú-Ecuador (artículo 8°.- "Las controversias que surgieran entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio..."); BIT Perú-República Checa (artículo 8°.- "Toda controversia que pueda surgir entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante con respecto a las inversiones en el territorio de esa otra Parte Contratante..."); BIT Perú-Reino Unido (artículo 10°.- "Cualquier controversia jurídica que surgiera entre una Parte Contratante y un nacional o compañía de la otra Parte Contratante en relación con una inversión realizada por estas últimas en el territorio de la primera Parte Contratante..."); BIT Perú-Rumania (artículo 8°.- "Toda controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante..."); BIT Perú-Italia (artículo 9°.- "Cualquier controversia que pueda surgir entre una de las Partes Contratantes y los inversionistas de la otra Parte Contratante sobre las inversiones, incluyendo las controversias relativas al monto de la compensación..."); BIT Perú-China (artículo 8°.- "Cualquier controversia entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante..."); BIT Perú-Alemania (artículo 10°.- "Las controversias que surgieran entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Convenio..."); y, BIT Perú-Bolivia (artículo 11°.- "Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Convenio...").

[330] Project on International Courts and Tribunals y Universite de Geneve, *"Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently? (Preliminary Report)"*, 2006, pp. 4-5. *"A so-called fork-in-the-road provision is a clause inserted in a treaty which requires the claimant to make an irrevocable choice of forum. It avoids that the same*

trataremos más adelante, en este caso sería de aplicación el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso ARB/97/3)[331] y su saga.[332]

Por otro lado, algunos BITs y, en especial, recientes TLCs, establecen lo que se conoce como "Cláusula de elección de vías sin vuelta en U", que significa que si bien el inversor puede recurrir a cualquier vía local para defender sus derechos, debe "...renunciar al ejercicio de las reclamaciones ante cualquier otra jurisdicción como condición precedente al inicio del

---

dispute be pending in different fora. The fork-in-the road clause only comes into play with respect to the same dispute between the same parties".

[331] Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 404. *"In a case brought under the US-Argentina BIT, the tribunal denied that BIT arbitration would be precluded by the submission to domestic courts of grievances, framed as breaches of a concession contract, arising out of the same host state acts. This suggests that in order to constitute a 'fork in the road' choice, the court action would have to raise the same BIT investment protection claim, e.g. breach of 'fair and equitable' treatment or no expropriation without compensation, that are the subject of BIT arbitration"*. El autor justamente se refiere al caso Aconquija que trataremos más adelante (ver infra punto No. XII.3.3.2.).

[332] Así, por ejemplo, en el caso Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador, que se siguió ante un tribunal arbitral ad hoc bajo reglas UNCITRAL, Occidental tenía celebrado un contrato de participación con Petroecuador para la exploración y explotación de petróleo. De acuerdo con la práctica usual, Occidental regularmente solicitaba al Servicio de Rentas Internas (SRI) la devolución del impuesto general a las ventas que hubiera pagado para la adquisición de los bienes y servicios necesarios para las actividades petroleras. En el año 2001 el SRI comenzó a negarse a devolver los impuestos, alegando que una nueva fórmula contractual ya contenía ese concepto. Occidental reclamó ante el poder judicial ecuatoriano hasta en cuatro oportunidades por las decisiones de SRI, pero perdió. Seguidamente inició el procedimiento arbitral al amparo del BIT Estados Unidos de América-Ecuador, alegando la violación al trato justo y equitativo, al trato nacional y la existencia de una expropiación. En el laudo arbitral de 1° de julio de 2004, los árbitros encontraron a Ecuador responsable por la violación al trato nacional y al trato justo y equitativo.

Por su parte, en lo que se refiere a la alegación de Ecuador de que Occidental había optado por demandar ante el poder judicial local, el tribunal arbitral dijo (parágrafo 46): *"...Claimant has not submitted any Contract claims to the courts of Ecuador or for that matter to this Tribunal. It has submitted to those courts an issue of interpretation of the legislation in force... [a]nd it has submitted to this arbitration the question of its rights under the Treaty"*. El laudo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf. Leer a: Nigel Blackaby, "El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio", ob. cit., p. 295.

arbitraje internacional",[333] salvo que se traten de medidas cautelares que no involucren el pago de daños monetarios y que se interpongan con el único propósito de preservar los derechos e intereses de la parte mientras se desarrolla el arbitraje.

En ese sentido, por ejemplo, destaca el artículo 10.18.2(b) y 10.18.3. del TLC Perú-Estados Unidos de América, que a la letra dispone lo siguiente: "Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes (...)
2. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: (...)
(b) la notificación de arbitraje esté acompañada,
(i) de la renuncia por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b) de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.
3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2(b), el demandante (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a) y el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) pueden iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje".[334]

---

[333] Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", ob. cit., p. 75. Leer también a: Project on International Courts and Tribunals y Universite de Geneve, *"Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently?"*, ob. cit., p. 5.

[334] Artículo 26.1(e) y 26.2(e) del BIT Perú-Canadá: *"Article 26*
Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration
1. A disputing investor may submit a claim to arbitration under Article 22 (Claim by an Investor of a Party on Its Own Behalf) only if (…)
(e) the investor and, where the claim is for loss or damage to an interest in an enterprise of the other Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, the enterprise waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures,

Sobre este particular, existe el antecedente NAFTA[335] seguido por Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (Caso ARB(AF)/98/2).

Aquí la demandante, una empresa norteamericana, había demandado por su propio derecho y en representación de ACAVERDE S.A. de C.V., una empresa constituida en México, por la supuesta violación de varios derechos reconocidos en el NAFTA a favor de un inversionista, por parte del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. y el Municipio de Acapulco de Juárez.

Al momento en el que el demandante solicitó el inicio del arbitraje ante el Mecanismo Complementario del CIADI, cumplió además con presentar una declaración renunciando a iniciar o continuar cualquier otra disputa al amparo del artículo 1121° del NAFTA, aunque seguidamente declaró que "...esta renuncia no aplica a cualquier procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el Demandado haya violado las

---

any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 22 (Claim by an Investor of a Party on Its Own Behalf), except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damage, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.
2. A disputing investor may submit a claim to arbitration under Article 23 (Claim by an Investor of a Party on Behalf of an Enterprise) only if (…)
(e) both the investor and the enterprise waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 23 (Claim by an Investor of a Party on Behalf of an Enterprise), except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damage, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party". Ver también el artículo 11.18.2(b) y 11.18.3 del TLC Perú-Chile.

[335] Artículo 1121.1(b) del NAFTA: "Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si: (...)
b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente".

obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, incluyendo las leyes de México".[336]

Conforme a esta declaración, el demandante al momento de iniciar el arbitraje mantenía hasta tres procesos (2 judiciales y 1 arbitral) en México.[337]

Ante esta situación, el tribunal arbitral declaró que carecía de jurisdicción, debido a que: "a) Es claro que una misma medida puede dar lugar a diferentes tipos de reclamaciones en diferentes foros. De este modo, lo que de acuerdo con la legislación mexicana constituiría una serie de incumplimientos contractuales cifrados en el impago de determinadas facturas, infracción de cláusulas de exclusividad de un contrato de concesión etc., bajo las normas del TLCAN podría traducirse en una falta de trato justo y equitativo de una inversión extranjera por parte de un gobierno (artículo 1105 del TLCAN) o en medidas constitutivas de una 'expropiación' de acuerdo con el artículo 1110 del TLCAN...
b) A los efectos de considerar como válida una renuncia que, por otra parte, es una condición previa al sometimiento de una reclamación a arbitraje, no se impone conocer el fondo de la cuestión sometida a arbitraje sino la comprobación de que las acciones ejercitadas ante foros internos afectan directamente el arbitraje en cuanto que tienen por objeto medidas que también se alegan en el presente procedimiento arbitral como presuntas violaciones del TLCAN...
En efecto, es posible contemplar que existan acciones iniciadas ante un foro nacional que no se refieran a las medidas presuntamente violatorias por un Estado

---

[336] Parágrafo 4 del laudo arbitral de 2 de junio de 2000. Se ubica en: www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Waste_1_management/laudo/000602_laudo_en_español.pdf.

[337] Parágrafo 27 del laudo arbitral: "De acuerdo con la interpretación de la renuncia que mantiene la parte demandante, ésta se referiría exclusivamente a procedimientos en los que se invoque expresamente la infracción de obligaciones de derecho internacional establecidas en el Capítulo XI del TLCAN.
Siguiendo este razonamiento, la parte demandante habría actuado conforme a los términos en que planteó su renuncia ya que, efectivamente, ACAVERDE no invocó expresamente los preceptos del TLCAN que consideraba infringidos ante otros foros, sino que haciendo uso de los instrumentos internos que le ofrecía la legislación mexicana interpuso diversas demandas de reclamación de cantidad por impago de facturas e incumplimientos de diversas obligaciones de un contrato de línea de crédito y de un contrato de Concesión, actuaciones éstas que consideraba 'permitidas' a tenor de su propia interpretación de la referida renuncia".

parte del TLCAN, en cuyo caso sería factible que estas acciones convivieran en forma simultánea con un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN. Sin embargo, cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrán las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiere obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121 del TLCAN".[338]

XII.3.3.2. **Interacción entre reclamos contractuales y controversias a partir de un tratado**

Vinculado también al tema de la "Cláusula de opción de vías", asumamos el siguiente escenario: "A" inversionista del país "Y" celebra un contrato de inversión con el país "Z" y pactan el sometimiento de cualquier controversia al poder judicial del país receptor de la inversión o ante un tribunal arbitral ad hoc con sede en ese país. Al mismo tiempo, entre los estados "Y" y "Z" existe un BIT que dispone que cualquier controversia relativa a una inversión entre uno de sus nacionales y el estado receptor de la inversión será sometida a arbitraje bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Pues bien, ¿quién tiene jurisdicción para conocer este caso?

En Lanco International, Inc. c. República de Argentina (Caso ARB/97/6),[339] la demandante formaba parte de un consorcio que había celebrado un contrato de concesión de un puerto, contrato que establecía expresamente que cualquier controversia debía ser resuelta por los Tribunales Federales en lo Contencioso-Administrativo de la Capital Federal.

Por su parte, el artículo 7° del BIT Argentina-Estados Unidos de América, establecía que el inversionista podía optar entre someter la controversia al poder judicial local, a algún mecanismo de solución de disputas previamente acordado o al arbitraje del CIADI.

---

[338] Parágrafo 27 del laudo arbitral. Leer a: Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", ob. cit., p. 75.

[339] Los antecedentes del caso se ubican en supra cita No. 121.

Presentada la solicitud de arbitraje ante el CIADI, el gobierno argentino afirmó que cualquier controversia necesariamente debía ser conocida por su poder judicial, ya que, en su opinión, así se había pactado en el contrato de concesión y en el BIT.

Sin embargo, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 1998, consideró que era competente para juzgar el caso al amparo del BIT, ya que el pacto de sometimiento al poder judicial contenido en el contrato de concesión no calificaba como un mecanismo de solución de disputas previamente acordado por las partes, porque según la ley argentina sólo cabía acceder al poder judicial.[340] Además, el colegiado invocó la regla de exclusividad contenida en el artículo 26° del Convenio CIADI[341] y, conforme a esta norma, afirmó la primacía de las reglas contenidas en el BIT por sobre el pacto contenido en el contrato de concesión. En todo caso, como comprobaremos enseguida, si bien el resultado en este caso ha sido ratificado en fallos posteriores, ambos argumentos han sido considerados equivocados[342] y,

---

[340] *"As the contentious-administrative jurisdiction cannot be selected or waived, submission to the contentious-administrative tribunals cannot be understood as a previously agreed dispute-settlement procedure"*. El colegiado consideró que el artículo 7° del BIT otorgaba al inversionista el derecho a elegir el mecanismo de solución de controversias. En cambio, la legislación argentina solo preveía el sometimiento de la controversia al poder judicial local.

[341] "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio". Considerando esta disposición, el tribunal arbitral señaló que: "T*he idea underlying this rule on exclusivity of the remedy is to give the investor an effective forum for settling his disputes, avoiding other procedures which, for various reasons, may not appear very attractive to the parties"*.

[342] Ole Spiermann, *"Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties"*, ob. cit., p. 188. *"While Aron Broches has been invoking Article 26 to support ICSID's jurisdiction when the parties had given their consent as required by Article 25, in Lanco v. Argentina the provision appeared at first sight to be used as a shield against a contract selecting a different forum. These are opposite situations, for Article 26 only applies from the moment of consent, that is, when both parties have agreed to ICSID's jurisdiction, and even then it is subject to modification by the parties. Article 26 is immaterial in determining whether an investor can waive the right to accept ICSID's jurisdiction at any time"*. Leer además, a: Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 21, No. 5, 2004, p. 402.

en gran medida, han sido modificados por otros fallos CIADI.

En efecto, en Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (caso ARB/97/3),[343] el tribunal arbitral se enfrentó a un caso muy similar al anterior, ya que el contrató de concesión del servicio de agua potable suscrito por la mencionada compañía (afiliada de la empresa francesa Compagnie Générale des Eaux) con la Provincia de Tucumán contenía un pacto de sumisión a los Tribunales en lo Contencioso-Administrativo de la Provincia de Tucumán, mientras que el artículo 8° del BIT Argentina-Francia reconocía en el inversionista el derecho a elegir entre acudir a los tribunales judiciales locales, a un arbitraje ad hoc bajo las reglas del Reglamento Modelo de Arbitraje de UNCITRAL o al arbitraje del CIADI.

En su laudo arbitral de 21 de noviembre de 2000, el tribunal arbitral consideró que era competente para juzgar cualquier pretensión referida al BIT,[344] al mismo tiempo que aceptó reconocer la validez del pacto contenido en el contrato de concesión, pero limitado a las controversias estrictamente contractuales.[345] Sin embargo, seguidamente el tribunal arbitral se negó a resolver parte de las pretensiones referidas al BIT,[346]

---

[343] Los antecedentes del caso se ubican en supra cita No. 120.

[344] En el laudo arbitral, el tribunal arbitral distinguió dos clases de reclamaciones cubiertas por el BIT. La primera, que calificó como reclamaciones "que se fundamentan directamente en supuestas acciones o en la falta de acción de la República Argentina". La otra, reclamaciones relacionadas con la conducta de las autoridades de la Provincia de Tucumán que, sin embargo, eran imputadas a la República Argentina conforme al principio de atribución.

[345] "Del modo en que están formuladas, estas reclamaciones contra la República Argentina no caen bajo la jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan sólo debido a que, ex hypothesi, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI.
54. De este modo, no se puede considerar que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio del CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia".

[346] En efecto, el tribunal arbitral únicamente resolvió las reclamaciones referidas a las supuestas acciones o en la falta de acción de la República Argentina, afirmando que "[l]os autos no contienen prueba de que funcionarios argentinos hayan jamás dejado de tomar alguna acción específica que haya sido solicitada por los demandantes".

argumentando que como estaban tan conectadas a los reclamos relativos al contrato de concesión, se requería de la previa decisión de los tribunales argentinos.[347]

A esta polémica decisión le siguió un proceso de anulación de laudo arbitral, en el que una Comisión Ad Hoc en su fallo de 3 de julio de 2002 anuló el laudo arbitral al considerar que los árbitros habían excedido su poder al haber decidido no pronunciarse sobre el fondo de la controversia.[348]

Para arribar a esta decisión, la Comisión Ad Hoc consideró que un estado puede violar un tratado sin violentar un contrato de inversión y vise versa y que, además, un mismo hecho puede llevar a cometer ambas violaciones.[349] Seguidamente fue de la opinión que si

---

[347] En el laudo arbitral, el tribunal arbitral identificó que los demandantes reclamaban acerca de la existencia de cuatro categorías de actos de la Provincia de Tucumán, que resultaban atribuibles a la República Argentina como supuestas violaciones al BIT.

Sin embargo, seguidamente, el tribunal arbitral dijo lo siguiente: "[E]l Tribunal dictamina que, debido a la conexión crucial en este caso entre los términos del Contrato de Concesión y estas supuestas violaciones del TBI, no se puede hallar responsable a la República Argentina al menos y hasta que las demandantes hayan, como lo requiere la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, hecho valer sus derechos en procedimientos ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán y se hayan visto denegados sus derechos, ya sea procesal o substantivamente".

[348] La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm# award15.

[349] "95. En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado 'Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito:

> La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno'.

96. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencia a su propio derecho aplicable –en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán. Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el

las pretensiones sometidas a conocimiento del tribunal arbitral esencialmente están referidas a la violación de un contrato, ese colegiado efectivamente está en la obligación de reconocer el pacto de solución de controversias previsto en el contrato.[350] Pero si lo que se reclama en sede arbitral esencialmente es la violación de un BIT, corresponde que el tribunal arbitral asuma jurisdicción de conformidad a lo dispuesto en el artículo sobre solución de controversias contenido en el tratado bilateral y debe proceder a resolver el conflicto.[351]

En consecuencia, como el tribunal arbitral en el caso materia de comentario era competente según lo dispuesto en el BIT Argentina-Francia para juzgar supuestas violaciones a dicho tratado,[352] el colegiado debió resolver las pretensiones propuestas por las demandantes y, al no hacerlo, excedió sus poderes,[353] razón por la cual anuló el laudo arbitral.[354]

---

resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales. Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos".

[350] "98. En un caso donde la base esencial de una reclamación sometida a un tribunal internacional es el incumplimiento de un contrato, el tribunal dará efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro en el contrato".

[351] "101. Por otra parte, donde la 'base fundamental de la reclamación' es un tratado asentado una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado. A lo sumo, podría ser relevante –del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante- al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado".

[352] "[L]a cuestión de una reclamación bajo el tratado sólo podía haber contravenido el TBI. La reclamación no era simplemente reducible a un número dado de reclamaciones bajo el derecho civil o administrativo relativas a un número correspondiente de actos individuales que se alegan violan el Contrato de Concesión o el derecho administrativo argentino. Le estaba permitido a las demandantes reclamar, y en efecto reclamaron, que estos actos tomados en su conjunto, o algunos de ellos, implicaron un incumplimiento de los Artículos 3 y/o 5 del TBI".

[353] "115. Por todas estas razones, el Comité concluye que el Tribunal se extralimitó en sus facultades en el sentido del Artículo 52(1)(b), y que el Tribunal, teniendo jurisdicción sobre las reclamaciones por actos de Tucumán, omitió decidir dichas reclamaciones... Por consiguiente, anula la decisión del Tribunal en lo que dice relación con la totalidad de las reclamaciones por los actos de Tucumán". Ver infra punto No. XII.7.4.3.

Este fallo introdujo lo que se denomina en doctrina el "*essential*" o "*fundamental basis of the claim*", que consiste en analizar si lo que se demanda es esencial o fundamentalmente una violación contractual o de un derecho reconocido en un BIT. Si es el primero, corresponderá respetar el pacto de jurisdicción contractual. En cambio, si lo que se demanda es un derecho al amparo de un BIT, la jurisdicción será la prevista en ese instrumento internacional.[355]

Muchas otras decisiones han apelado al mismo criterio. Nosotros destacamos las siguientes:

- El fallo sobre anulación de 28 de enero de 2002, en los seguidos por Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4).[356]

---

[354] El 23 de octubre de 2003 se presentó una nueva solicitud de arbitraje, procediéndose seguidamente a designar a un nuevo tribunal arbitral.

[355] Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 401. *"The Vivendi approach involved looking at the 'essential basis' of the claim; if the essential basis was contractual, then the exclusive jurisdiction clause would be given effect. If, however, the 'essential basis' was a fundamental treaty standard, then the jurisdictional provisions of the BIT (often containing an option of the investor to go to ICSID) could be invoked notwithstanding the exclusive jurisdiction clause"*. Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., pp. 404-405. *"A similar approach has been applied to the question whether the investor may be held to have waived its right to resort to investment treaty arbitration, simply by agreeing, in a contract with the host state, to a dispute resolution clause providing for local remedies. Tribunals have usually held that as long as the arbitration claims allege a cause of action under the treaty, they are not subject to the jurisdiction of the local courts as provided by the contract"*. Leer además, a: Nigel Blackaby, "El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio", ob. cit., p. 296; y, Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., pp. 59-60.

[356] *"31. The leases deal with questions that are by definition of a commercial nature. The IPPA deals with questions that are essentially of a governmental nature, namely the standards of treatment accorded by the State to foreign investors. It is therefore apparent that Wena and EHC agreed to a particular contract, the applicable law and the dispute settlement arrangements in respect of one kind of subject, that relating to commercial problems under the leases. It is also apparent that Wena as a national of a Contracting State could invoke the IPPA for the purpose of a different kind of dispute, that concerning the treatment of foreign investors by Egypt. This other mechanism has a different and separate dispute settlement arrangement and might include a different choice of law provision or make no choice at all"*.

- La decisión sobre jurisdicción de 11 de mayo de 2005, en los seguidos por Sempra Energy International c. República Argentina (Caso ARB/02/16).

- La decisión sobre jurisdicción de 11 de mayo de 2005, en el caso Camuzzi International S.A. c. República de Argentina (Caso ARB/03/2).

- La decisión sobre jurisdicción de 17 de julio de 2003, en los seguidos por CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso ARB/01/8).[357]

- La decisión sobre jurisdicción de 26 de abril de 2005, en el caso AES Corporation c. República Argentina (Caso ARB/02/17).[358]

- La decisión sobre jurisdicción de 19 de noviembre de 2005, en los seguidos por Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/03/29).[359]

---

[357] Parágrafos 76 y 80: "*...the clauses in the License or its Terms referring certain kinds of disputes to the local courts of the Republic of Argentina are not a bar to the assertion of jurisdiction by an ICSID tribunal under the Treaty, as the functions of these various instruments are different. (…)*
Decisions of several ICSID tribunals have held that as contractual claims are different from treaty claims even if there had been or there currently was a recource to the local courts for breach of contract, this would not have prevented submission of the treaty claims to arbitration". La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_Spanish.pdf.

[358] *"92. As a matter of fact, Argentina's argumentation is inaccurate inasmuch as it establishes confusion between two distinct legal orders: the international and the national one. What is at stake is an alleged breach of Argentina's obligations in international law as set out in the US-Argentina BIT, of which AES, as a national company of the United States, may seek immediate reparation through the special ICSID system of settlement of disputes…. (…)*
94. In other terms, the present Tribunal has jurisdiction over any alleged breach by Argentina of its obligations under the US-Argentina BIT. As such, it has no jurisdiction over any breach of the concession contracts binding upon the companies controlled by AES and the Argentine public authorities under administrative Argentine law, unless such breach would at the same time result in a violation by the host State of its obligations towards the US private investors under the BIT".

[359] Parágrafos 148 y 166: "*The Tribunal considers that this principle is now well established… (…)*
Under these circumstances, the Tribunal holds that the present case is not a case where the essential basis of the claims is purely contractual. Hence, there is no reason to depart from the principle of the independence of treaty claims and contract claims as it was expressed by the ad hoc Committee in Vivendi".

- La decisión sobre jurisdicción de 22 de diciembre de 2003, en el caso IBM World Trade Corporation c. República de Ecuador (Caso ARB/02/10).[360]

- La decisión sobre jurisdicción de 3 de agosto de 2006, en Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/19) y AWG Group Ltd. c. República Argentina.[361]

- La decisión sobre jurisdicción de 7 de mayo de 2004, en los seguidos por Saluka Investments B.V. c. República Checa (arbitraje ad hoc bajo reglas UNCITRAL).

Este caso es interesante porque la empresa demandante amparó su reclamo en el BIT Holanda-República Checa y Eslovaquia. Sin embargo, el estado receptor de la inversión contrademandó la violación de unos contratos. Ante ello, el tribunal arbitral decidió que no tenía jurisdicción para conocer la contrademanda referida a violaciones contractuales, que contaba además con su propia cláusula de solución de controversias.[362]

---

[360] Parágrafo 59: "La República del Ecuador, al ratificar el TBI, consintió en que las diferencias en materia de inversión amparadas por el TBI, pudieran ser resueltas por medio de procedimientos arbitrales bajo el CIADI. Por ello, el hecho de que en un contrato (que es una forma de inversión) las partes contratantes se hayan sometido a la jurisdicción del Estado ecuatoriano, no impide que el inversionista se acoja al TBI y recurra al arbitraje del CIADI para reclamar sobre la presunta violación de sus derechos sobre la inversión...". La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/IBMvRDE.pdf.

[361] Parágrafo 44: "Muchos otros tribunales arbitrales internacionales han adoptado la posición de que una cláusula de solución de controversias en un contrato subyacente en virtud de la cual las diferencias contractuales son de competencia exclusiva de tribunales o arbitrajes locales no impide a un inversor que es parte en dicho contrato iniciar un procedimiento de arbitraje para hacer valer sus derechos en el contexto de un tratado bilateral de inversión".

[362] Parágrafos 57 y 60: "*The Tribunal thus cannot in this arbitration entertain a counterclaim based on a dispute arising out of or in connection with, or the alleged breach of, an agreement which both contains its own mandatory arbitration provision... (…)*
The Tribunal… recalls that its jurisdiction, whether for primary claims or for counterclaims, is circumscribed by Article 8 of the Treaty. That Article refers to disputes 'concerning an investment'. Any counterclaim must, therefore, satisfy that requirement if it is to fall within the Tribunal's jurisdiction". La decisión se ubica en: www.ita.law.uvic.ca/documents/Saluka-DecisiononJurisdiction-counterclaim.pdf.

Esto no significa que un inversionista no pueda demandar ante el CIADI de manera acumulada la violación de las disposiciones del contrato de inversión y de un BIT e, inclusive, de una ley sobre inversiones, siempre y cuando, se entiende, cada uno de los instrumentos establezca el sometimiento de la controversia al CIADI.

Nosotros conocemos de un caso sometido al arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Caso 122/2001), en el que el demandante, una empresa norteamericana, demandó a la República de Kazakhstán por las supuestas violaciones del contrato de concesión de una refinería de petróleo, de la ley de inversiones del estado receptor de la inversión y del BIT Estados Unidos de América-Kazakhstán. El tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción, encontró que tenía jurisdicción para conocer de las controversias referidas a la violación del contrato y de la ley de inversiones. Sin embargo, no asumió jurisdicción respecto a los reclamos referidos al BIT, porque el demandante no probó que tuviera control, directo o indirecto de la inversión.[363]

Además, nada impediría que un estado demandara a un inversor al amparo de un contrato y que, potencialmente, el inversionista contrademande a su vez la violación de las disposiciones de un BIT, cuando ambos instrumentos sometieran la solución de las controversias al arbitraje del CIADI.[364]

XII.3.3.3. **Extensión de la cláusula de solución de controversias contenida en un BIT a conflictos contractuales**

Como hemos podido comprobar en los apartados precedentes, la regla general es que las cláusulas de

[363] La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CCLvKazakhstab.pdf.

[364] Franz Kundmuller Caminiti, "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte". En: LimaArbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, No. 1, 2006, p. 77, identifica que "...se han registrado dos casos [ante el CIADI] en donde son los Estados los que han iniciado arbitrajes en contra de los inversionistas, como ha ocurrido en el caso Gabón vs. Société Serete S.A. y el caso Tanzania Electric Suply Company Limited vs. Independent Power Tanzania Limited". Nosotros entendemos que, en casos como éstos, los inversores bien podrían contrademandar la violación de un BIT, de existir.

solución de controversias contenidas en los BITs se aplican cuando un inversionista reclama la violación de una garantía contenida en el instrumento internacional.

Sin embargo, en los últimos años se han iniciado diversos procedimientos arbitrales que han reclamado la jurisdicción del CIADI para conocer controversias contractuales, a partir de BITs cuyas cláusulas de solución de controversias inversor-estado hacen referencia a "[c]ualquier controversia que pudiera surgir entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en conexión con una inversión en el territorio de esa otra Parte Contratante..."[365] o contienen una redacción similar.[366]

Aquí surge la duda acerca de si el inversionista puede apelar a la jurisdicción dispuesta por el BIT no solo para reclamar la violación de una garantía contenida en ese instrumento internacional, sino, además, respecto a una violación contractual. La jurisprudencia del CIADI sobre esta materia todavía no es clara.[367] Veamos:

En Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (caso ARB/97/3), la Comisión Ad Hoc que conoció del recurso de anulación, analizó los términos de la cláusula de resolución de controversias del BIT Argentina-Francia,[368] luego de lo cual afirmó lo siguiente: "55. ...el Artículo 8 se refiere, en términos generales, a diferencias 'relativas a inversiones en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante'. Son aquellas diferencias las que pueden ser sometidas, a la opción del inversor, para su adjudicación ya sea nacional o internacional. El Artículo 8 no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor

[365] Artículo 9° del BIT Perú-Dinamarca.

[366] Ver supra cita No. 329.

[367] Emmanuel Gaillard, *"Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims"*. En: International Investment Law and Arbitration, Todd Weiler (Ed.), 2005, p. 235. *"Regarding the question of whether wide dispute resolution clauses can have the same effects as umbrella clauses the case law is not clear"*.

[368] Parte pertinente del artículo 8(1): "Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante...".

alegue un incumplimiento del TBI mismo. Leído literalmente, los requisitos de jurisdicción arbitral del Artículo 8 no precisan que la demandante alegue un incumplimiento del TBI mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI. Esto se puede contrastar, por ejemplo, con el Artículo 11 del TBI, que se refiere a una diferencia 'relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo', o con el Artículo 1116 del TLCAN, que dispone que un inversor podrá someter a arbitraje bajo el Capítulo Once 'una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida' en disposiciones específicas de dicho Capítulo... En la opinión del Comité, una reclamación por parte de CAA contra la Provincia de Tucumán por incumplimiento del Contrato de concesión ante los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán estaría prima facie dentro del alcance del Artículo 8(2) y constituiría una elección de fuero y jurisdicción 'de carácter definitivo', siempre y cuando se constate que dicha reclamación fuera idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBI".[369]

En Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos (Caso ARB/00/4),[370] el contrato de construcción de una carretera establecía la jurisdicción de las cortes administrativas marroquíes, mientras que el artículo 8° del BIT Italia-Marruecos reconocía que cualquier conflicto referido a una inversión podía ser llevado a las cortes nacionales, a un arbitraje ad hoc o ante el CIADI.

Al momento de resolver acerca de su jurisdicción, el tribunal arbitral en su decisión de 23 de julio de 2001, consideró que el artículo 8° del BIT era aplicable a cualquier controversia, incluida la violación del contrato.[371]

---

[369] Decisión sobre anulación de 3 de julio de 2002.

[370] Los antecedentes del caso se ubican en supra cita No. 123.

[371] Ole Spiermann, *"Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties"*, ob. cit., p. 191. *"Article 8(1) of the bilateral investment treaty applied to '[a]ll disputes or differences, including disputes related to the amount of compensation due in the event of expropriation, nationalization, or similar measures, between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the said investor on [sic]*

Por su parte, en SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/01/13), el contrato encargaba a SGS la inspección y valuación de bienes que serían exportados de ciertos países hacia Pakistán, tanto en puertos de embarque como en puertos pakistaníes para efectos aduaneros. El contrato contenía un pacto de sometimiento a arbitraje en Pakistán. Por su parte, el artículo 9° del BIT Suiza-Pakistán, disponía que cualquier controversia que no pudiera ser solucionada de forma amigable, debía ser sometida al arbitraje bajo los auspicios del CIADI.

Pues bien, al amparo de esta disposición del tratado bilateral, SGS demandó que el contrato no había terminado válidamente, ya que había sido indebidamente resuelto por Pakistán, lo que a su vez había generado un incumplimiento del contrato y del BIT que obligaba a Pakistán a indemnizar al amparo de ambos instrumentos.[372]

En la decisión sobre jurisdicción de 6 de agosto de 2003, el tribunal arbitral afirmó que el BIT autorizaba la jurisdicción de ese colegiado para juzgar las alegadas violaciones al mismo.[373]

Seguidamente, el tribunal arbitral concluyó que el pacto de sometimiento a arbitraje en Pakistán era válido, pero exclusivamente aplicable para juzgar reclamaciones contractuales,[374] ya que si las Partes

---

the territory of the first Contracting Party'. According to the tribunal, the wording did not exclude 'a claim based in contract…'; indeed, 'Article 8 compels the State to respect the jurisdiction offer in relation to violations of the Bilateral Treaty and any breach of a contract that binds the State directly'".

[372] Respecto al BIT se alegó la violación de los artículos 3(1), 4(1), 4(2) y 6(1), referidos a la obligación de proteger las inversiones, el trato justo y equitativo a las inversiones y las reglas sobre expropiación.

[373] En efecto, el tribunal arbitral afirmó que el BIT no identificaba si cubría reclamos basados en el BIT y/o en el contrato, *"[b]ut, if Article 9 relates to any dispute at all between an investor and a Contracting Party, it must comprehend disputes constituted by claimed violations of BIT provisions establishing substantive standards of treatment by one Contracting Party of investors of the other Contracting Party".*

[374] *"We recognize that disputes arising from claims grounded on alleged violation of the BIT, and disputes arising from claims based wholly on supposed violations of the PSI Agreement, can both be described as 'disputes with respect to investments', the phrase used in Article 9 of the BIT. The phrase, however, while descriptive of the factual subject matter of the dispute, does not relate to the legal basis of the claims,*

Contratantes hubieran querido otorgar a los tribunales arbitrales del CIADI jurisdicción para conocer y resolver cuestiones contractuales, pues así lo pudieron prever en el BIT, lo que, sin embargo, no hicieron en este caso en concreto.[375]

Por último, identificamos el caso seguido por SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas (Caso ARB/02/6), que es muy similar al citado precedentemente, ya que, por un lado, existía un contrato de supervisión de importaciones en cuya cláusula 12 se establecía expresamente el sometimiento de cualquier controversia a las cortes regionales de Makati o de Manila y, por otro lado, el artículo 8(2) del BIT Suiza-Filipinas habilitaba el acceso al CIADI.

Sin embargo, el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 29 de enero de 2004, no aceptó el análisis que realizó su antecesor y consideró en cambio que el artículo 8(1) del BIT Suiza-Filipinas que reconocía su aplicación para resolver cualquier controversia referida a una inversión,[376] prima facie autorizaba a someter cualquier conflicto fuera éste contractual o por la violación del BIT.[377] Es más, el

---

or the cause of action asserted in the claims. In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in Article 9. Neither, accordingly, does an implication arise that the Article 9 dispute settlement mechanism would supersede and set at naught all otherwise valid non-ICSID forum selection clauses in all earlier agreements between Swiss investors and the Respondent. Thus, we do not see anything in Article 9 or in any other provision of the BIT that can be read as vesting this Tribunal with jurisdiction over claims resting ex hypothesi exclusively on contract… We believe that Article 11.1 of the PSI Agreement is a valid forum selection clause so far as concerns the Claimant's contract claims which do not also amount to BIT claims, and it is a clause that this Tribunal should respect".

[375] *"We are not suggesting that the parties cannot, by special agreement, lodge in this Tribunal jurisdiction to pass upon and decide claims sounding solely in the contract. Obviously the parties can. But we do not believe that they have done so in this case. And should the parties opt to do that, our jurisdiction over such contract claims will rest on the special agreement, not on the BIT".*

[376] El artículo 8(1) del BIT dice: *"For the purpose of solving disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party…".*

[377] *"Prima facie, Article VIII is an entirely general provision, allowing for submission of all investment disputes by the investor against the host State. The term 'disputes with respect to investments'… is not limited by reference to the legal classification of the claim that is made. A dispute*

tribunal arbitral afirmó que sólo cabría llegar a una interpretación distinta, si el BIT hubiera dispuesto que la cláusula de solución de controversias se aplicara exclusivamente a "disputas referidas a la interpretación de este Convenio" o contuviera una redacción similar, ya que allí sí se limitaría el acceso al arbitraje del CIADI a reclamaciones por la violación de las disposiciones del BIT.[378]

En consecuencia, en su opinión aquí cabía realizar dos preguntas diferentes: la primera, la interpretación que se debe hacer de la cláusula de solución de controversias contenida en un BIT (que ya tratamos en el párrafo precedente); y, la segunda, el impacto que tendrá el pacto de solución de controversias contractualmente dispuesto en la jurisdicción de los tribunales identificados en un BIT para conocer las pretensiones referidas a un contrato.[379]

Sobre esto último, el tribunal arbitral consideró en primer lugar que no era aceptable seguir el análisis desarrollado en el caso Lanco International, Inc. c. República de Argentina. En ese sentido, entendió que con o sin la exigencia legal de sometimiento a una determinada jurisdicción, lo cierto es que el pacto contenido en un contrato es obligatorio para las partes y debe ser respetado, con independencia de que el foro al que se sometan las partes sea uno judicial o arbitral.[380] Además, correctamente afirmó que el

---

about an alleged expropriation contrary to Article VI of the BIT would be a 'dispute with respect to investments'; so too would a dispute arising from an investment contract such as the CISS Agreement".

[378] *"The general term 'disputes with respect to investment' may be contrasted with the more specific term '[d]isputes… regarding the interpretation of the provisions of this Agreement'… If the States Parties to the BIT had wanted to limit investor-State arbitration to claims concerning breaches of the substantive standards contained in the BIT, they would have said so expressly, using this or similar language".*

[379] *"...there are two different questions here: the interpretation of the general phrase 'disputes with respect to investment' in BITs, and the impact on the jurisdiction of BIT tribunals over contract claims (or, more precisely, the admissibility of those claims) when there is an exclusive jurisdiction clause in the contract. It is not plausible to suggest that general language in BITs dealing with all investment disputes should be limited because in some investment contracts the parties stipulate exclusively for different dispute settlement arrangements".*

[380] *"It has been suggested that in some legal systems, a clause referring to national courts or tribunals may be legally ineffective to confer or affect that jurisdiction, and should be construed as a mere*

artículo 26° del Convenio CIADI contenía una regla de interpretación y no una norma imperativa.[381]

Seguidamente el colegiado (esta vez sólo en mayoría, lo que no es usual en el CIADI) entendió que como el BIT y el contrato identificaban dos jurisdicciones distintas para resolver las controversias referidas al contrato, debía apelarse al principio de que lo especial prima sobre lo general (en este caso el contrato era especial frente a la disposición general que era el BIT). Además, considerando la naturaleza de los BITs, había que entender que éstos no pretendían reemplazar un pacto de solución de controversias libremente acordado por las partes.[382]

---

acknowledgement of a jurisdiction already existing by virtue of the non-derogable law of the host State. This was suggested of the law of Argentinean the Lanco case. But the Tribunal does not interpret Article 12 of the CISS Agreement as a mere acknowledgement which does impose a contractual obligation upon SGS as to the use of the Philippines courts to resolve contractual disputes. SGS did not dispute that under Philippine law (the proper law of the CISS Agreement), a contractual stipulation to accept the exclusive jurisdiction of the Regional Courts is effective in law and binding on the parties. In accordance with general principle, courts or tribunals should respect such a stipulation in proceedings between those parties, unless they are bound ab exteriore, i.e., by some other law, not to do so. Moreover it should not matter whether the contractually-agreed forum is a municipal court (as here) or domestic arbitration (as in SGS v. Pakistan) or some other form of arbitration, e.g. pursuant to the UNCITRAL or ICC Rules. The basic principle in each case is that a binding exclusive jurisdiction clause in a contract should be respected, unless overridden by another valid provision".

[381] Ole Spiermann, *"Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties"*, ob. cit., p. 193. *"In a welcomed correction of Lanco v. Argentina, the tribunal held that 'Article 26 was intended as a rule of interpretation, not a mandatory rule'".*

[382] *"...the maxim generalia specialibus non derogant. Article VIII is a general provision, applicable to investment arrangements whether concluded 'prior to or after the entry into force of the Agreement' (Article II)… As Schreuer says, '[a] document containing a dispute settlement clause which is more specific in relation to the parties and to the dispute should be given precedence over a document of more general application'. The second consideration derives from the character of an investment protection agreement as a framework treaty, intended by the States Parties to support and supplement, not to override or replace, the actually negotiated investment arrangements made between the investor and the host State".*

Sin embargo, el tercer árbitro en su voto en minoría, fue de la siguiente opinión: *"Not only the BIT is posterior, but contains a provision, Article VIII(2), granting to the investor a more favourable treatment in respect of the CISS Agreement in matter of dispute settlement. In my understanding, what is here important is establishing whether an investor's commitment -acceptance of local jurisdiction- remains irrevocable also after that, thanks to a subsequent treaty, the investor has become the beneficiary of a more favourable treatment, including the privilege to choose other forums. For answering to such question, if a*

Por lo tanto, aquí el colegiado entendió que el problema no era uno de jurisdicción (ya que el tribunal arbitral tenía jurisdicción conforme al BIT para conocer las reclamaciones referidas al contrato),[383] sino uno de admisibilidad de la demanda, en el sentido que si el contrato contiene un pacto de solución de controversias, corresponde acudir a él, salvo fuerza mayor o supuestos similares.[384]

En conclusión, el tribunal arbitral por mayoría fue de la opinión que no debía ejercer jurisdicción contra las reclamaciones referidas al contrato, ya que las partes habían acordado otra cosa.[385] Ello, sin embargo, no impedía que el colegiado asumiera jurisdicción respecto a cualquier alegada violación al BIT,[386] como de hecho la asumió respecto a las supuestas violaciones de los artículos X(2) y IV del BIT, aunque seguidamente decidió suspender el arbitraje por prematuro, al considerar que como la disputa estaba referida al pago de una suma de dinero que se debía de acuerdo al

---

rule of interpretation is needed, this should be found in another principle of law: when a provision which is intended to confer an advantage to a certain party, here Article VIII(2), may have two meanings, one should retain the meaning which is less restrictive or more favourable to the beneficiary. The grantor and, respectively, the beneficiary of the more favourable treatment are still the same parties who agreed on Article 12 of the CISS Agreement, the Philippines and SGS. As between these two parties, the rule giving prevalence to the most favourable treatment certainly applies. It is in this principle that one should find the rule of interpretation which best harmonizes with the BIT essential purposes".

[383] *"The jurisdiction of the Tribunal is determined by the combination of the BIT and the ICSID Convention".*

[384] *"The question is whether a party should be allowed to rely on a contract as the basis of its claim when the contract itself refers that claim exclusively to another forum. In the Tribunal's view the answer is that it should not be allowed to do so, unless there are good reasons, such as force majeure, preventing the claimant from complying with its contract. This impediment, based as it is on the principle that a party to a contract cannot claim on that contract without itself complying with it, is more naturally considered as a matter of admissibility than jurisdiction".*

[385] *"…the Tribunal should not exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have already agreed on how such a claim is to be resolved, and have done so exclusively".*

[386] En este extremo la decisión fue por unanimidad: *"Provided the facts as alleged by the Claimant and as appearing from the initial pleadings fairly raise questions of breach of one or more provisions of the BIT, the Tribunal has jurisdiction to determine the claim".*

contrato, se requería que previamente se siguiera la vía pactada contractualmente.

Como se ha podido apreciar a partir de los diversos fallos que han tratado este tema, la discusión no está cerrada[387] y es de esperar que las próximas resoluciones de tribunales arbitrales CIADI aclaren aún más el panorama.

Sin embargo, es posible afirmar que existe un cierto consenso acerca de que cuando la cláusula de solución de controversias de un BIT simplemente establezca que se aplica respecto de "cualquier conflicto sobre inversiones" o contenga una redacción similar, ésta será de aplicación tanto a alegadas violaciones al BIT como a pretensiones respecto al contrato de inversión.[388]

---

[387] En Impregilo S.p.A c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/03/3), la controversia estuvo referida a la supuesta violación de disposiciones del BIT Italia-Pakistán y de un contrato de obra para la construcción de una central hidroeléctrica. La cláusula de solución de controversias del BIT establecía que cualquier conflicto podía ser sometido a arbitraje. Por su parte, el contrato disponía un arbitraje local.

En la decisión sobre jurisdicción de 22 de abril de 2005, si bien el tribunal arbitral no se pronunció expresamente sobre la materia de este comentario, nosotros entendemos que indirectamente lo hizo a favor de la jurisdicción internacional, al afirmar que: *"216. Conclusions: Given that the Contracts at issue were concluded between the Claimant and WAPDA, and not between the Claimant and Pakistan; that under the law of Pakistan which governs both the Contracts and the status and capacity of WAPDA for the purposes of the Contracts, WAPDA is a legal entity distinct from the State of Pakistan; and given that Article 9 of the BIT does not cover breaches of contracts concluded by such an entity, it must follow that this Tribunal has no jurisdiction under the BIT to entertain Impregilo's claims based on alleged breaches of the Contracts"*. La decision se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/impregilo-decision.pdf.

[388] Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 411. *"The current general consensus is therefore that a claim which only alleges breach of contract can in principle and subject to passing the admissibility test, fall within the ambit of a BIT dispute resolution clause which refers simply to 'disputes relating to investments' or the like. In these cases, the key factor influencing the decision appears to have been the distinctions which can be drawn between the wording of the investor-state dispute resolution clause and the state-to-state dispute resolution clause which, by contrast, often contains a specific reference to disputes 'regarding the interpretation or application of the provisions of this Agreement'. The investor-state dispute clauses are considered wider than state-to-state clauses, extending to contractual disputes because they do not contain such limiting wording"*. Acerca del contenido de las cláusulas sobre solución de conflictos estado-estado en los BITs celebrados por el Perú, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, "Los tratados bilaterales de promoción y

Al mismo tiempo, consideramos que también existiría consenso acerca de que deben respetarse los pactos contractuales sobre solución de controversias, aunque solo respecto a las reclamaciones estrictamente contractuales, ya que a la fecha las decisiones apuntan a reconocer la jurisdicción establecida en los BITs para resolver pretendidas violaciones a sus normas.[389]

Por último, corresponde destacar que algunos BITs (y especialmente TLCs) contienen disposiciones que autorizan someter a las instancias de resolución de controversias previstas en dichos instrumentos internacionales, conflictos referidos a la violación de ciertos contratos de inversión.

---

protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje", ob. cit., pp. 33-34.

[389] Queda sin embargo latente la duda acerca de si se reconocerán en el futuro pactos contractuales en los que expresamente se acuerde someter todos los conflictos (incluidos los referidos a un BIT) a la jurisdicción establecida en el contrato correspondiente, como lo dejó entrever, en su momento, la Comisión Ad Hoc en el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina ("*…the fact that the Concession Contract referred contractual disputes to the contentious administrative courts of Tucumán did not affect the jurisdiction of the Tribunal with respect to a claim based on the provisions of the BIT. Article 16(4) of the Concession Contract did not in terms purport to exclude the jurisdiction of an international tribunal arising under Article 8(2) of the BIT; at the very least, a clear indication of an intention to exclude that jurisdiction would be required")* y, entendemos, también hizo lo propio el tribunal arbitral del caso Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia (Caso ARB/02/3), en la decision sobre jurisdicción de 21 de octubre de 2005 ("118. El Tribunal opina que si las Partes hubieran acordado claramente la renuncia a la jurisdicción del CIADI, esa renuncia sería eficaz. Dado que parece claro que las partes de un arbitraje del CIADI podrían convenir mutuamente en un mecanismo diferente del CIADI para la resolución de sus controversias, parecería que un inversionista puede también renunciar a su derecho de invocar la jurisdicción del CIADI. No obstante, el Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre este tema en el caso de autos"). La decisión se ubica en: www.worldbank.org/cases/Adt_Decision-sp.pdf. Sin embargo, ver la decisión sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 2003 (parágrafos 78-85), en los seguidos por Azurix Corp. c. República Argentina (Caso ARB/01/12) que parecería negar esta posibilidad. La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurix-Jurisdiction.pdf.

Mientras tanto, como afirma Ole Spiermann, "*Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*", ob. cit., p. 208, "*[i]t would seem safe to conclude that a forum or arbitration clause will not be effective unless established in an unequivocal manner… unless clearly extending to treaty claims, the possible effect of a clause will be confined to contract claims, that is, submissions that refer to and so are based on the contract, as opposed to the treaty. This is indicated by CAA and Vivendi Universal (CGE) v. Argentina and possibly also by the award in CAA and CGE v. Argentina and SGS v. Philippines*".

En efecto, por ejemplo, el TLC Perú-Estados Unidos de América expresamente prevé en el artículo 10.16.1. la posibilidad de someter a arbitraje controversias por la violación de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión.[390]

Por su parte, el BIT Perú-Canadá dispone en el artículo 22.1(b) la posibilidad de someter a arbitraje la violación de ciertos convenios de estabilidad jurídica.[391]

Lo mismo podemos decir acerca del BIT Estados Unidos de América-Argentina,[392] conforme al cual identificamos los casos Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina (Caso ARB/03/13) y BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fueguina S.R.L. y Pan

---

[390] Ver la Sección C: Definiciones del Capítulo 10 del TLC, en la que se definen los conceptos de "acuerdo de inversión" y "autorización de inversión". Además, verificar el Anexo 10-H, en el que se excluyen ciertos tipos de convenios de estabilidad jurídica.

El TLC Perú-Chile no contiene un pacto similar (artículo 11.16). En cambio, el TLC Chile-Estados Unidos de América sí es muy similar (artículo 10.15).

[391] Artículo 22: "*1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that: (…)*
(b) the other Party has breached a legal stability agreement referred to in paragraph 3 of this Article… (…)
3. A claim by an investor that a tax measure of a Party is in breach of a legal stability agreement between the national government authorities of a Party and the investor concerning an investment may be submitted to arbitration under this Section unless:
(a) the legal stability agreement between the national government authorities of a Party and the investor preceded the entry into force of this Agreement; or
(b) the taxation authorities of the Parties, no later than six months after being notified by the investor of its intention to submit the claim to arbitration, jointly determine that the measure does not contravene such legal stability agreement. The investor shall refer the issue of whether a taxation measure does not contravene a legal stability agreement for a determination to the taxation authorities of the Parties at the same time that it gives notice under Article 24 (Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration)".

[392] Artículo VII(1): "Una controversia en materia de inversión es una controversia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, surgidas de o relacionada con: a) un acuerdo de inversión concertado entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, si tal autorización existiera; o c) la supuesto violación de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión".

American Continental S.R.L. c. República Argentina (Caso ARB/04/8)[393] y El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso ARB/03/15)[394], en los que, entre otros, se viene conociendo reclamaciones referidas a acuerdos de inversión.

XII.3.3.4. **La "cláusula paraguas"**

Al final del apartado precedente, afirmamos que existiría consenso acerca de que deben respetarse los pactos contractuales sobre solución de controversias, aunque solo respecto a las reclamaciones estrictamente contractuales, ya que a la fecha las decisiones apuntan a reconocer la jurisdicción establecida en los BITs para resolver pretendidas violaciones a sus normas.

Sin embargo, esta afirmación no sería del todo cierta cuando un BIT contenga una "cláusula paraguas" (o "*umbrella clause*" en inglés)[395], por la cual "[c]ada Parte Contratante cumplirá con los compromisos que haya contraído con relación a las inversiones[396] de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante".[397]

---

[393] Ver la decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006. En: http://ita.law.uvic.ca/documents/PanAmericanBPJurisdiction.pdf.

[394] Ver la decisión sobre jurisdicción de 27 de abril de 2006. En: http://ita.law.uvic.ca/documents/elpasoSP.pdf.

[395] También conocida como "cláusula pacta sunt servanda", "cláusula de respeto", "cláusula sobre el cumplimiento de los compromisos", "cláusula espejo" y "cláusula de cobertura".

[396] Anthony C. Sinclair, *"The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection"*. En: Arbitration International, Vol. 20, No. 4, 2004, p. 412. *"...umbrella clauses may oblige a host state to 'observe any obligation it may have entered into', 'constantly guarantee the observance of the commitments it had entered into', or 'observe any obligation it has assumed' with certain investors or in respect of their investments"*.

[397] Parte pertinente del artículo 2(2) del BIT Perú-Reino Unido. Paolo Di Rosa, *"The Recent Wave of Arbitrations against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues"*, ob. cit., p. 62. *"Many BITs have so-called 'umbrella clauses' that obligate the Contracting States to comply with any specific agreement or contract they may have entered into (e.g. an investment contract) with a foreign investor"*. Anthony C. Sinclair, *"The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection"*, ob. cit., p. 411. *"Umbrella clauses create a reciprocal international obligation owed by the Contracting States to each other that requires them, as host states, to observe obligations they have entered into with investors of the other Contracting State or with regard to their investments"*.

Esta cláusula que se encuentra incluida en muchos BITs,[398] ha generado como explica Gaillard,[399] un gran debate acerca de "...si, mediante una cláusula paraguas, a veces también denominada 'cláusula sobre el cumplimiento de los compromisos', contenida en un TBI, las reclamaciones contractuales de un inversionista que hubiera celebrado un contrato ya sea con el Estado o con una entidad autónoma 'se transforman' automáticamente e ipso iure en reclamaciones basadas en el tratado que cuenta con el beneficio del mecanismo de solución de diferencias previsto en el TBI".[400]

---

[398] Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 402. *"In a sample of bilateral investment treaties taken from Investment Treaties (ICSID ed., 2003), 94 of 236 (about 40%) contained umbrella clauses"*.

Nosotros identificamos las siguientes "cláusulas paraguas" o "sospechosas" de ser consideradas como tales: BIT Estados Unidos de América-Ecuador (artículo II.3.c.- "Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones"); BIT Estados Unidos de América-Argentina (artículo II.2.c.- *"Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments"*); BIT Estados Unidos de América-Panamá (artículo II.2.- *"Each Party shall observe any obligation it may have entered in with regard to investments of nationals or companies of the other Party"*); BIT Estados Unidos de América-Grenada (artículo II.2.- *"Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments"*); BIT Perú-Dinamarca (artículo 3(1).- "...Cada parte contratante observará toda obligación que pueda producirse con respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante"); BIT Perú-Tailandia (artículo 4.3.- "...Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otra obligación, adicional a lo especificado en este Convenio, que haya contraído con relación a las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante"); y, BIT Perú-Colombia (artículo 3(3).- "Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído en relación con las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte Contratante en su territorio").

[399] Citado en la decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006, en los seguidos por Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina (Caso ARB/03/13) y BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fueguina S.R.L. y Pan American Continental S.R.L. c. República Argentina (Caso ARB/04/8), parágrafo 99.

[400] Paolo Di Rosa, *"The Recent Wave of Arbitrations against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues"*, ob. cit., p. 62. *"One of the central issues with these clauses is whether they can be construed to elevate to the status of a BIT violation any violation of a commitment by the host State with respect to the investment. For example, if the host State enters into an investment contract with the foreign investor, can the 'umbrella clause' of the BIT be interpreted to mean that any failure by the host State to fulfill its commitments under such contract constitutes, a fortiori, a BIT violation? The scope and legal significance of this type of clause has been widely debated in recent ICISD jurisprudence, with disparate conclusions"*.

A la fecha existen varios fallos CIADI que se han pronunciado sobre esta materia, como también trabajos académicos. Sin embargo, como bien señala nuevamente Gaillard,[401] "[esta] cuestión ha dividido a los especialistas y comentaristas jurídicos y sigue sin haberse resuelto en la jurisprudencia arbitral internacional".[402]

Tal vez esto se deba a los antecedentes de esta cláusula si la comparamos con el estado actual de las cosas.

En efecto, Sinclair afirma que el origen de la "cláusula paraguas" se encuentra en la propuesta que hacia finales de 1953 y principios de 1954 hizo el especialista Eliu Lauterpacht a la Anglo-Iranian Oil Company, en relación con la transacción arribada por la nacionalización iraní de las concesiones petroleras.[403] Explica el autor que Lauterpacht pretendía que el contrato que celebraran las empresas petroleras con Irán fuera incorporado a un tratado, a efectos de que cualquier violación al contrato fuera, al mismo tiempo, una violación al tratado. De esa manera, se lograba que el acuerdo no quedara en manos del sistema legal iraní y se habilitaba una vía internacional de solución de conflictos (estado-estado). Al final, esta idea no prosperó.[404]

---

[401] Citado en la decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006, en los seguidos por Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina (Caso ARB/03/13) y BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fueguina S.R.L. y Pan American Continental S.R.L. c. República Argentina (Caso ARB/04/8), parágrafo 99.

[402] Carolyn Lamm, *"The applicable rules of law to disputes between state entities and private companies –the interaction between contract arbitration and treaty arbitration"*. En: ICC, AAA, ICSID 21st Joint Colloquium on International Arbitration, París, 2004, p. 6. *"To date, there is no consensus on the scope or purpose of umbrella clauses".*

[403] Anthony C. Sinclair, *"The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection"*, ob. cit., p. 412. *"The origins of the notion that a treaty can be used effectively to elevate a contract between an investor and a host state to the level of an inter-state obligation between the host state and the national state of the investor, can be traced to advice provided by Mr Elihu Lauterpacht... in late 1953 and early 1954 to the Anglo-Iranian Oil Company in connection with the settlement of the Iranian oil nationalization dispute..."*.

[404] Ibídem, pp. 414-417.

Luego la cláusula fue incorporada en varios proyectos de tratados sobre inversión extranjera,[405] habiendo sido aprobada por primera vez en el BIT Alemania Federal-Pakistán de 1959.[406]

Como bien explica Wälde[407], la configuración de esta cláusula se basó en el entendido que solo los estados la podían hacer cumplir, lo que en la práctica la hizo inoperante.[408]

Sin embargo, las cosas han cambiado mucho desde la década de 1950s a la fecha, ya que en la actualidad se reconoce que los individuos tienen la capacidad de demandar directamente en la vía arbitral el reconocimiento de sus derechos como inversionistas.[409] Es a partir de este momento, como señala Wälde, que le

---

[405] Ibídem, p. 412. *"The clause can then be traced to the Abs-Shawcross draft Convention on Foreign Investment of 1959... and the subsequent OECD draft Conventions on the Protection of Foreign Property of 1962 and 1967, all of which contained umbrella clauses"*. Thomas W. Wälde, *"The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases"*. En: The Journal of World Investment of Trade, Vol. 16, No. 2, 2005, pp. 202-203, identifica las cláusulas aprobadas en estos proyectos: Artículo II del Proyecto Abs-Shawcross (1959) ("*Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party*"); y, artículo 11° de la OECD Draft Convention (1963), según modificación de 1967 ("*Each party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other party*").

[406] Anthony C. Sinclair, *"The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection"*, ob. cit., p. 433. El artículo 7° del tratado decía: *"Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party"*.

[407] Thomas W. Wälde, *"The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases"*, ob. cit., p. 192. *"The original pacta sunt servanda clause was based on the assumption that States –not individual investor- would enforce before proposed arbitral institutions (later to become the ICSID) claims alleging expropriatory actions of governments with respect to contracts"*.

[408] Ibídem, p. 194. *"…investor rights against States have proven largely ineffectual when need of home government sponsorship and fully ineffectual in the context of jurisdictional of domestic courts"*. Ver supra punto No. XII.1.

[409] Ibídem, p. 194. *"The change from the 1950s to post-2000 is marked by the transition from State-sponsored to individually initiated investment arbitration, by modern arbitral jurisprudence and by the dominant role of investment treaties, as compared to that of customary international law".*

aparecen los "dientes" a esta disciplina.[410] El contexto pues ha cambiado.

A esto hay que agregar que, como bien apuntan Gill, Gearing y Birt,[411] es probable que los estados al momento de negociar los BITs no fueran concientes de que la incorporación de una "cláusula paraguas" podía obligarlos a arbitrar en sede internacional conflictos contractuales.

Por último, como veremos enseguida, ha sido recién en fecha muy reciente que los inversionistas han amparado sus demandas arbitrales en las "cláusulas paraguas", por lo que, por largo tiempo, poco o nada se ha discutido acerca de su real contenido.

Tal vez todas estas razones expliquen, al menos en parte, por qué existe poca claridad acerca de los reales contornos de la "cláusula paraguas", como procederemos a demostrar a partir de los fallos CIADI que han sido dictados sobre esta materia.[412]

El primer caso reportado en el que se hizo referencia a una "cláusula paraguas", fue Fedax N.V. c. República de Venezuela (Caso ARB/96/3). Aquí el estado demandado no había honrado unos documentos de deuda y el artículo 3°

---

[410] Ibídem, p. 195. *"The conclusion to be drawn from this crucial observation of the link between substantive right and procedural remedy is that the pre-1990s period had, with the umbrella clause, a largely theoretical right but no effective remedy. This changed significantly when the right to direct investor-State arbitration was added to the conventional panoply of host-State 'disciplines' in investment treaties. These disciplines suddenly (and largely unexpectedly) turned from theoretical concepts relevant for diplomatic inter-governmental discussions into justiciable claims. The treaties acquired 'teeth'".*

[411] Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 403. *"Many states simply do not (or did not) realize the practical consequences of having agreed to an umbrella clause, particularly that, as a result, any contracts with investors could be disputed before international tribunals in situations where the contract itself contained no provision for international arbitration".*

[412] Emmanuel Gaillard afirma sobre este particular, lo siguiente: "Existe un debate en curso sobre la cuestión, ya que distintos tribunales del CIADI han adoptado diferentes posiciones". Citado en la decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006, en los seguidos por Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina (Caso ARB/03/13) y BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fueguina S.R.L. y Pan American Continental S.R.L. c. República Argentina (Caso ARB/04/8), parágrafo 99.

del BIT Venezuela-Holanda contenía la cláusula bajo estudio.[413] En el laudo arbitral de fecha 9 de marzo de 1998, el tribunal arbitral afirmó que Venezuela se encontraba en la obligación de honrar los términos convenidos en los contratos, conforme a lo dispuesto en la "cláusula paraguas".[414] Sin embargo, este caso pasó desapercibido, debido fundamentalmente a que había sido parcialmente resuelto por las partes.

Fue recién en el año 2003, que se generó el primer análisis y pronunciamiento acerca del contenido de esta cláusula.

En efecto, nos referimos al caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/01/13), referido a un contrato de supervisión de importaciones que contenía un pacto de sometimiento a arbitraje en Pakistán.[415]

Aquí SGS demandó ante el tribunal arbitral CIADI la violación no solo de las estipulaciones del BIT Suiza-Pakistán, sino que además alegó que conforme al artículo 11° del BIT que contenía una "cláusula paraguas",[416] las violaciones contractuales se transformaban en una violación al tratado regulado por el derecho internacional.[417]

---

[413] *"Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to the treatment of investments of nationals of the other Contracting Party".*

[414] Parágrafo 29: *"…the Republic of Venezuela is under the obligation to honor precisely the terms and conditions governing such investment, laid down mainly in Article 3 of the Agreement, as well as to honor the specific payments established in the promissory notes issued…".* El laudo arbitral se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Fedax-1998-Last.pdf.

[415] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 55. *"The ICSID tribunal in SGS v. Pakistan was the first international arbitration tribunal to rule on the legal effect of such a clause in a jurisdictional context".*

[416] *"Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party".*

[417] Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 402. *"SGS argued that in breaching its obligations to pay SGS under the CISS Agreement, the Philippines had also failed to comply with Article X(2) of its BIT with Switzerland... the effect of the umbrella clause was to 'elevate a breach of contract claim to a treaty claim under international law'".*

El tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 6 de agosto de 2003,[418] consideró que la "cláusula paraguas" no eleva los reclamos contractuales al nivel de un reclamo por incumplimiento del BIT,[419] debido a los siguientes argumentos:[420] "72. En primer lugar, el Artículo 11 se refiere a compromisos en general, no sólo a compromisos contractuales. Por lo tanto, si se considera que dicho artículo eleva los reclamos contractuales al nivel de los reclamos basados en los tratados, la consecuencia ineludible de ello es que todos los reclamos basados en cualquier compromiso contenido en todo acto legislativo, administrativo u acto unilateral de otra naturaleza del Estado o de cualquiera de sus entidades o subdivisiones deberán considerarse como reclamos basados en los tratados…
73. En segundo lugar, y en consecuencia, si toda violación de cualquier compromiso del Estado es una violación del Tratado, todos los niveles sustanciales de protección del Tratado se tornan inútiles…[421]
74. Por último, algo que introduce un matiz en las conclusiones a que arribó el Tribunal… es que… no excluye la posibilidad de que los Estados decidan considerar, en un TBI, que la menor violación de un contrato celebrado entre un Estado y un inversionista extranjero representa una violación del Tratado, aunque ello debe establecerse de manera clara e inequívoca…".[422]

---

[418] La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf.

[419] *"165. A treaty interpreter must of course seek to give effect to the object and purpose projected by that Article and by the BIT as a whole. That object and purpose must be ascertained in the first instance, from the text itself of Article 11 and the rest of the BIT. Applying these familiar norms of customary international law on treaty interpretation, we do not find a convincing basis for accepting the Claimant's contention that Article 11 of the BIT has had the effect of entitling a Contracting Party's investor, like SGS, in the face of a valid forum selection contract clause, to 'elevate' its claims grounded solely in a contract with another Contracting Party, like the PSI Agreement, to claims grounded on the BIT, and accordingly to bring such contract claims to this Tribunal for resolution and decision".*

[420] Para estos efectos, citaremos los parágrafos 72-74 de la decisión sobre jurisdicción de 27 de abril de 2006, en los seguidos por El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso ARB/03/15). La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/elpasoSP.pdf.

[421] *"168. …Secondly, the Claimant's view of Article 11 tends to make Articles 3 to 7 of the BIT substantially superfluous…".*

[422] *"167. Considering the widely accepted principle with which we started, namely, that under general international law, a violation of a contract*

Meses después, en SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas (Caso ARB/02/6), que se trató de un caso muy similar al anterior, solo que se demandó al amparo del BIT Suiza-Filipinas que también contenía una "cláusula paraguas",[423] el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 29 de enero de 2004,[424] llegó a una conclusión completamente distinta a la anterior, al considerar que esta disposición transforma todas las obligaciones contractuales asumidas por el estado en una obligación del tratado.[425] Sin embargo, seguidamente el colegiado fue de la opinión que la "cláusula paraguas" no anula los pactos de solución de conflictos contenidos en los contratos (en este caso ante el poder judicial de Filipinas),[426] por lo que procedió a suspender el procedimiento, hasta que existiera pronunciamiento por parte del poder judicial del estado receptor de la inversión.

Esta decisión ha sido duramente criticada. Por un lado, el tribunal arbitral en el caso Pan American Energy LLC

---

entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Article 11 of the BIT are so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant. Clear and convincing evidence of what? Clear and convincing evidence that such was endeed the shared intent of the Contracting Parties to the Swiss-Pakistan Investment Protection Treaty in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such evidence in the text itself of Article 11. We have not been pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant".

[423] Artículo X(2).- *"Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investment in its territory by investors of the other Contracting Party".*

[424] La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPhil-final_001.pdf.

[425] *BIT's umbrella clause 'means what it says', i.e., the clause 'provide[s] assurances to foreign investors with regard to the performance of obligations assumed by the host State under its own law with regard to specific investments- in effect, to help secure the rule of law in relation to investment protection".*

[426] *"138. …The basic principle in each case is that a binding exclusive jurisdiction clause in a contract should be respected, unless overridden by another valid provision. (…)*
155. …the Tribunal should not exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have already agreed on how such a claim is to be resolved, and have done so exclusively".

y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina (Caso ARB/03/13) y BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fueguina S.R.L. y Pan American Continental S.R.L. c. República Argentina (Caso ARB/04/8), fue de la opinión,[427] la cual compartimos, que "…la interpretación dada en el caso SGS c. Filipinas… torna completamente inútil todo el Tratado: de hecho, si fuera a seguirse esta interpretación –la violación de todas las obligaciones legales de un Estado, y no sólo de todas las obligaciones contractuales respecto de la inversión, constituye una violación del TBI, cualquiera fuera el origen de las obligaciones y la gravedad del incumplimiento-, y un mecanismo para la solución de diferencias, y no haría falta ningún otro artículo en un TBI donde se fijaran normas para la protección de las inversiones extranjeras".[428]

Por otro lado, como correctamente identificó el tribunal arbitral en el caso El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso ARB/03/15),[429] existe una grave contradicción cuando "…el Tribunal afirma que… tiene competencia sobre los reclamos contractuales y reclamos basados en el Tratado pero, al mismo tiempo, en realidad no tiene tal

---

[427] Decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006, parágrafo 105. El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/ PanAmericanBPJurisdiction.pdf.

[428] Esta critica también alcanza a los casos Eureko B.V. c. República de Polonia y Noble Ventures, Inc. c. Rumania (Caso ARB/01/11) que analizaremos más adelante.

En Joy Machinery Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/02/11), el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 6 de agosto de 2004, si bien no consideró necesario entrar a analizar la naturaleza y alcances de la "cláusula paraguas", debido a que ya se había pronunciado acerca de que no existía en este caso una inversión, dijo sobre este particular, lo siguiente: "En este sentido, no podría sostenerse que una cláusula paraguas ('*umbrella clause*') insertada en el Tratado, y no en forma muy destacada, pudiera tener el efecto de transformar todas las controversias contractuales en diferencias relativas a inversiones en virtud del Tratado, a menos que, naturalmente, existiera una clara violación de los derechos y obligaciones del Tratado o una violación de los derechos contractuales de tal magnitud que hiciera lugar a la protección del Tratado". El fallo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/joy-mining-award.pdf.

[429] Parágrafo 76 de la decisión sobre jurisdicción de 27 de abril de 2006.

competencia, en tanto no se hayan decidido los reclamos contractuales".[430]

Hacia finales del año 2004, el tribunal arbitral en Salini Costruttori S.p.A. e Italtrade S.p.A. c. Jordania (Caso ARB/02/13), se enfrentó a una demanda arbitral en la que el demandante adujo que se había violado tanto las disposiciones del BIT Italia-Jordania, como las estipulaciones del contrato de construcción de una represa (se reclamaba el pago por la liquidación de la obra), las que se encontraban cubiertas por la "cláusula paraguas" contenida en el BIT.[431]

El tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 15 de noviembre de 2004[432] siguió de cerca el fallo SGS c. Pakistán, al considerar que las reclamaciones contractuales no se convierten en controversias amparadas por el BIT[433] y deben ser ventiladas en la

---

[430] Thomas W. Wälde, *"The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases"*, ob. cit. p. 230. *"…the Tribunal has converted, in fact perverted, the pacta sunt servanda clause from a clause that is clearly and incontrovertibly meant to add protection to investors with contract disputes to a clause that 'forces' them to face domestic courts"*. Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 407. *"…there remains a substantial amount of academic weight behind the theory that an umbrella clause does elevate or transform the local law obligation into one capable of being pursued under the BIT. If that is correct, then it is difficult to see why the exclusive jurisdiction clause in the contract is not overridden by the umbrella clause".*

[431] Artículo 2(4).- *"Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee the investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor*".

[432] La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf.

[433] *"126. The Tribunal notes that Article 2(4) of the BIT between Italy and Jordan is couched in terms that are appreciably different from the provisions applied in the arbitral decisions and awards cited by the Parties. Under Article 2(4), each contracting Party committed itself to create and maintain in its territory a 'legal framework' favourable to investments. This legal framework must be apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment. It must in particular be such as to ensure compliance of all undertakings assumed under relevant contracts with respect to each specific investor. But under Article 2(4), each Contracting Party did not commit itself to 'observe' any 'obligation' it had previously assumed with regard to specific investments of investors of the other contracting Party as did the Philippines. It did not even guarantee the observance of commitments it had entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Parties as did Pakistan".*

instancia de solución de controversias prevista en el contrato (en este caso, el poder judicial del estado receptor de la inversión).[434]

Sin embargo, al poco tiempo, nuevamente un tribunal arbitral, esta vez ad hoc en los seguidos por Eureko B.V. c. República de Polonia, tuvo la oportunidad de analizar este tema y resolvió de manera similar al caso SGS c. Filipinas.

En efecto, aquí surgió una controversia respecto a la privatización de una compañía de seguros, cuyo contrato establecía el sometimiento del conflicto al poder judicial local. Sin embargo, la empresa demandante inició el arbitraje al amparo del BIT Polonia-Holanda y conforme a la "cláusula paraguas" contenida en el artículo 3.5. de dicho tratado,[435] afirmó la existencia de violaciones contractuales y del instrumento internacional.

El tribunal arbitral en un laudo parcial de 19 de agosto de 2005,[436] consideró que de conformidad con la "cláusula paraguas" cualquier obligación del estado con respecto a la inversión se encuentra protegida por el BIT[437] y, en consecuencia, goza de los beneficios de la jurisdicción de dicho tribunal.[438]

---

[434] "127. *…Therefore, these obligations remain purely contractual in nature and any disputes regarding the said obligations must be resolved in accordance with the dispute settlement procedures foreseen in the contract".*

[435] *"Each Contracting Party shall observe any obligations it may have entered into with regard to investment to investors of the other Contracting Party".*

[436] La decisión se ubica en: www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf.

[437] *"246. "The plain meaning -the 'ordinary meaning'- of a provision prescribing that a State 'shall observe any obligations it may have entered into' with regard to certain foreign investment is not obscure. The phrase, 'shall observe' is imperative and categorical. 'Any' obligations is capacious; it means not only obligations of a certain type, but 'any' -that is to say, all- obligations entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party".*

[438] *"250. The immediate, operative effects of Article 3.5 are two. The first is that Eureko's contractual arrangements with the Government of Poland are subject to the jurisdiction of the Tribunal, a conclusion that reinforces the jurisdictional conclusions earlier reached in this Award. The second is that breaches by Poland of its obligations under the SPA and its First Addendum, as read together, that are not breaches of Articles*

Sin embargo, cabe destacar la siguiente opinión disidente de uno de los árbitros: "Cabe señalar que, al abrir ampliamente la puerta para que las partes extranjeras en contratos comerciales celebrados con una empresa de propiedad estatal puedan cambiar la jurisdicción normal de los tribunales comerciales internacionales o los tribunales nacionales sobre las controversias contractuales por la jurisdicción de los tribunales contemplados en el TBI, la mayoría de este Tribunal ha creado un precedente posiblemente peligroso capaz de tener efectos negativos en el futuro aumento de la participación del capital extranjero en la privatización de empresas".[439]

Por último, identificamos el caso Noble Ventures, Inc. c. Rumania (Caso ARB/01/11), cuya controversia estuvo referida a la privatización de una siderúrgica. Aquí también el demandante se amparó en la "cláusula paraguas" contenida en el artículo II(2)(c) del BIT Estados Unidos de América-Rumania,[440] para demandar la violación tanto del contrato como del mencionado instrumento internacional.

El tribunal arbitral en el laudo de 12 de octubre de 2005,[441] siguió de cerca el caso SGS c. Filipinas. En efecto, como bien señalaron los árbitros en otro procedimiento arbitral,[442] "...el Tribunal siguió la misma línea de pensamiento y estableció de manera bastante general que '[una] cláusula paraguas

---

3.1 and 5 of the Treaty nevertheless may be breaches of Article 3.5 of the Treaty, since they transgress Poland's Treaty commitment to 'observe any obligations it may have entered into' with regard to Eureko's investments".

[439] Traducción realizada en la decisión sobre jurisdicción de 27 de abril de 2006, en los seguidos por El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso ARB/03/15), parágrafo 77.

[440] *"Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments"*.

[441] El laudo arbitral se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Noble.pdf.

[442] Decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006, en los seguidos por Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina (Caso ARB/03/13) y BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fueguina S.R.L. y Pan American Continental S.R.L. c. República Argentina (Caso ARB/04/8), parágrafo 106.

('*umbrella clause*') normalmente se considera que transforma a las obligaciones legales municipales en obligaciones directamente justiciables conforme al derecho internacional... El Tribunal, si bien consideró la cláusula paraguas como una excepción a la 'norma bien arraigada de derecho internacional general, de que en circunstancias normales per se un incumplimiento de un contrato por el Estado no da lugar a la responsabilidad internacional directa por parte del Estado',[443] por cierto no interpretó dicha excepción restrictivamente... En palabras del Tribunal... el incumplimiento de un contrato que la cláusula paraguas... asimila a un incumplimiento del TBI de esa manera se 'internacionaliza'...".[444]

Es cierto que existen otros dos casos, que son: Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina (Caso ARB/03/13) y BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fueguina S.R.L. y Pan American Continental S.R.L. c. República Argentina (Caso ARB/04/8)[445] y El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso ARB/03/15).[446]

Sin embargo, nosotros entendemos que ambos procedimientos se encuentran de alguna manera "contaminados" por el hecho de que se siguen al amparo

---

[443] *"55. …an umbrella clause, when included in a bilateral investment treaty, introduces an exception to the general separation of States obligations under municipal and under international law"*. Carolyn Lamm, *"The applicable rules of law to disputes between state entities and private companies –the interaction between contract arbitration and treaty arbitration"*, ob. cit., p. 4. *"...ordinarily, a State's breach of contract does not give rise to direct international responsibility on the part of the State"*. Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 402. *"...as a matter of general international law, a violation of a contract entered into by a state with an investor of another state is not, by itself, a violation of international law"*.

[444] *"60. In the present case, the formulation adopted at Art. II(2)(c) clearly falls into the category of the most general and direct formulations tending to an assimilation of contractual obligations to treaty ones…. (…)*
62. By reason therefore of the inclusion of Art. II(2)(c) in the BIT, the Tribunal therefore considers that Claimant's claims of breach of contract on the basis that any breach constitutes a breach of the BIT".

[445] Decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006.

[446] Decisión sobre jurisdicción de 27 de abril de 2006.

del BIT Estados Unidos de América-Argentina, que expresamente autoriza a someter a la instancia de resolución de conflictos allí prevista, conflictos referidos a la violación de ciertos contratos de inversión.[447] Por ello, en ambos casos, los tribunales arbitrales llegaron a la siguiente conclusión: "114. En resumen, en la medida que los contratos en cuestión puedan ser caracterizados como 'acuerdos de inversión', la cláusula paraguas no agrega nada en términos de la competencia del Tribunal, dado que los mismos están expresamente comprendidos por el Artículo VII 1)a). Si por otra parte, los contratos en cuestión no pueden ser caracterizados como 'acuerdos de inversión', la cláusula paraguas no aplica a dichos contratos... cuando éstos no puedan caracterizarse como un acuerdo de inversión".[448]

Como hemos podido comprobar, este tema está muy lejos de contar con una respuesta clara y, especialmente, razonable.[449]

La mayoría de los fallos (SGS c. Filipinas, Eureko c. Polonia y Noble c. Rumania) claramente apuestan por lo que Wälde entiende como una interpretación puramente literal del texto de la "cláusula paraguas".[450] Sin embargo, esta postura cuenta con el apoyo de parte de la

---

[447] Ver supra punto No. XII.3.3.3.

[448] Decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006, en los seguidos por Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina (Caso ARB/03/13) y BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fueguina S.R.L. y Pan American Continental S.R.L. c. República Argentina (Caso ARB/04/8). Ver también la decisión sobre jurisdicción de 27 de abril de 2006, en los seguidos por El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso ARB/03/15), parágrafos 84-88, en la que se llega a una conclusión similar.

[449] Thomas W. Wälde, *"The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases"*, ob. cit., p. 217. *"There is some justification to this horror vacui. It appears that when the BIT drafters added direct investor-State arbitration in the late 1980s they did not identify the possibility that the traditional, but not invoked, sanctity of contract clause could now be read, with the filter of inter-governmental sponsorship gone, in such a way as to provide a treaty jurisdiction for any contract disputes with government"*.

[450] Ibídem, p. 207. *"One interpretation is that all foreign contract claims with government agencies are now 'lifted' to the level of international law and the direct investor-State arbitration of modern BITs. Such interpretation can find some support in a purely textual reading"*.

doctrina, destacando Weil,[451] Dolzer y Stevens[452] y Mann,[453] entre otros.

En cambio, otro grupo de expertos considera que la "cláusula paraguas" no puede tener tan amplio ámbito de aplicación, ya que sus creadores jamás tuvieron en mente que se aplicara a toda disputa contractual entre un estado y un extranjero.[454]

---

[451] Citado por Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., pp. 402-403: *"There is in fact, no particular difficulty when there is an 'umbrella treaty' between the contracting State and the national State of the co-contracting party, which converts the obligation to perform the contract into an international obligation at the charge of the contracting State vis á vis the national State of the co-contracting party. The intervention of the umbrella treaty transforms contractual obligations into international obligations thereby ensuing, as it has already stated, any non-performance of the contract, even if it is legal under the national law of the contracting State, gives rise to the international liability of the latter vis-á-vis the national State of the co-contracting party"*.

[452] Citados en el laudo parcial de 19 de agosto de 2005, en los seguidos por Eureko B.V. c. República de Polonia, parágrafo 251: *"These provisions seek to ensure that each Party to the treaty will respect specific undertakings towards nationals of the other Party. The provision is of particular importance because it protects the investor's contractual rights against any interference which might be caused by either a simple breach of contract or by administrative or legislative acts…"*.

[453] Citado por Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 403. *"[P]articular importance in that it protects the investor against any interference with his contractual rights, whether it results from a mere breach of contract or a legislature or administrative act, and independently of the question of whether or not such interference amounts to expropriation. The variation of the terms of the contract or license by legislative measures, the termination of the contract or the failure to perform any of its terms, for instance, by non-payment, the dissolution of the local company with which the investor may have contracted and the transfer of its assets (with or without liabilities) – there and similar acts the treaties render wrongful"*.

[454] Thomas W. Wälde, *"The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases"*, ob. cit., pp. 205-209. *"There is no evidence that the fathers of this clause ever intended to create a treaty-based forum for adjudicating all contractual disputes between State entities and foreigns. (…)*
The view that it covers 'any' or 'simple' or 'commercial' breaches... is likely to imply a significant expansion of the scope of the clause. While compatible with the textual formulation in most pacta sunt servanda clauses, it is not what the inventors of this clause had in mind when they drafted it in the 1950s to counter governmental abrogation or excessive limitation of mainly concession contracts but only became arguable once direct investor-State arbitration came into being".

En ese sentido, Wälde[455] entiende que *"…disputes over contractual performance that are 'merely commercial', with the State acting as 'fisc' and not relying on its sovereignty powers, if the core or centre of gravity of a dispute is not about the exercise of governmental powers or reliance on governmental prerogatives and natural advantages but about 'normal' contract disputes, that the BIT and the umbrella clause have no role. Such disputes fall under whatever jurisdiction exists. It is only when State courts exercise such jurisdiction in a way that breaches a BIT that a BIT discipline comes again into play, relying, for example, on the 'denial of justice' and 'due process' principles. Investment disciplines are essentially about abuse of State powers against foreign investors. If there is no State power and no abuse involved, they have no role to play"*.[456]

En todo caso, como reconoce Wälde,[457] a la fecha el ámbito de cobertura preciso de la "cláusula paraguas" aún está pendiente de definición, como también lo están muchas otras preguntas, como, por ejemplo, si un estado que es llevado a la jurisdicción internacional al amparo de esta cláusula podrá reconvenir[458] o cuál es la ley aplicable en este caso.[459]

---

[455] Ibídem, p. 235.

[456] Opinión que es compartida, entre otros por: Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 406. *"…to restrict its application… to only those commitments which have a governmental character –in other words, making purely commercial commitments beyond its scope. An obvious difficulty with this argument is where to draw the line between governmental and commercial commitments"*; y, Carolyn Lamm, *"The applicable rules of law to disputes between state entities and private companies –the interaction between contract arbitration and treaty arbitration"*, ob. cit., p. 7. *"…umbrella clauses prevent States from breaching contract tights through sovereign acts, whether through legislation, executive decree, judicial or administrative decision, regulation, or otherwise. A State's simple failure to perform a contract, therefore, does not necessarily give rive to liability under a BIT's umbrella clause*".

[457] Thomas W. Wälde, "The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases", ob. cit., p. 209. *"The precise scope of such coverage and the specific meaning of the now numerous, if not pervasive, umbrella clauses in modern investment treaties has as yet not been authoritatively determined"*.

[458] Judith Gill, Matthew Gearing y Gemma Birt, *"Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases"*, ob. cit., p. 412. *"…where an investor successfully relies on an umbrella clause to bring a claim for breach of contract against its host state, is it open to the state to bring a counterclaim against the investor before*

XII.4. **EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

El CIADI no difiere de cualquier institución arbitral encargada de la administración de un arbitraje, salvo por el hecho que sus reglas y procedimientos no se encuentran afectadas por disposición doméstica alguna ni por las cortes nacionales.[460]

De esta manera, todo el procedimiento arbitral ante el CIADI se regulará exclusivamente por las reglas dispuestas en el Capítulo IV del Convenio CIADI,[461] por

---

the same tribunal? Should it be possible to compel the state to bring the counterclaim before the same tribunal so as to avoid multiple proceedings in different fora?".

[459] Carolyn Lamm, *"The applicable rules of law to disputes between state entities and private companies –the interaction between contract arbitration and treaty arbitration"*, ob. cit., pp. 7-8.

[460] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 8. *"In typical international commercial arbitration, the parties select or the relevant arbitration rules provide a mechanism for determining the place of the arbitration. The place, in turn, determines the procedural law for the conduct of the arbitration… By contrast… the ICSID Convention provides that the arbitration law of the place of arbitration, wherever it may be, has no impact whatsoever on the proceedings. The ICSID process is entirely self-contained and hence delocalized"*. Paul D. Friedland y Ank Santens, *"The Internationalization of American Commercial Arbitration"*. En: News and Notes from The Institute for Transnational Arbitration, Vol. 18, No. 2, 2004, p. 16. *"Only in ICSID arbitration is the place of arbitration not a factor, as ICSID arbitrations are governed by international law and treaties rather than national lex arbitri"*. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.7. Procedural Issues**, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 1. *"The procedural issues encountered in an ICSID's arbitration are likely to be similar to issues encountered in other forms of arbitration. However, the ICSID system is unique in retaining its autonomy and independence from the application of national systems of law or the interference of national courts. As a result, the Convention and its related instruments provide a specific and comprehensive procedural regime for the conduct of ICSID arbitrations, which must be adhered to by the parties to an arbitration"*.

[461] Ibídem, p. 5. *"The basic framework of the arbitration procedure under the Convention is set out in Chapter IV, which contains Articles 36 to 55. The topics covered range from the institution of proceedings to the recognition and enforcement of the resulting awards. In addition, Articles 56 to 63 deal with the replacement and disqualification of arbitrators, the cost of the proceedings and the place of the proceedings"*. Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 30. *"The parties cannot select a national procedural law or other international arbitration procedural rules to govern their ICSID arbitration, and should not attempt to do so. Nor should the parties try to alter the ICSID procedural regime, as there are mandatory provisions in the ICSID Convention and the various sets of ICSID rules. Parties should no invent procedural variations or 'improvements' on the ICSID procedural framework in their arbitration agreement"*.

las Reglas Procesales aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación)[462] y por las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje).[463]

XII.4.1. **Registro de la solicitud de arbitraje**

El procedimiento arbitral se inicia con la presentación de una solicitud escrita dirigida al Secretario General del CIADI,[464] que deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, la identidad de las partes y el "consentimiento por escrito".[465]

El artículo 44° de esta Convención dispone lo siguiente.- "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".

[462] Estas reglas se ubican en: www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partD.htm.

[463] Estas reglas procesales adoptadas en el año 1984 y modificadas en parte en abril de 2006, se ubican en: www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partF.htm.

[464] Artículo 36(1) del Convenio CIADI.- "(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".

Regla 1 de las Reglas de Iniciación.- "(1) Todo Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de… arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Convenio dirigirá a tal efecto una solicitud escrita al Secretario General, a la sede del Centro. La solicitud indicará si se refiere a un procedimiento de… arbitraje. Deberá estar redactada en un idioma oficial del Centro, llevará fecha y estará firmada por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado.
(2) La solicitud podrá presentarse en forma conjunta por las partes en una diferencia". Antonio R. Parra, *"The Rights and Duties of ICSID Arbitrators"*. En: The ICC International Court of Arbitration Bulletin -The Status of the Arbitrator, Special Supplement, 1995, p. 51. *"Article 36(1) of the ICSID Convention provides that a party wishing to institute arbitration proceedings should do so my means of a written request to that effect addressed to the Secretary-General".*

[465] Artículo 36(2) del Convenio CIADI.- "(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar… el arbitraje". Se recomienda revisar además las Reglas 2 y 3 de las Reglas de Iniciación. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes,**

Cubierto el pago de los derechos por la presentación de la solicitud, el Secretario General procederá a registrar la solicitud,[466] una vez que verifique que se cumplen, *prima facie*, los requisitos de consentimiento, partes y materia ya analizados.[467]

Si en este momento el Secretario General considera que la controversia se halla *prima facie* manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro, podrá denegar el registro.[468]

Esta facultad reconocida en el Secretario General del CIADI[469] es, como las propias normas lo establecen, sumamente limitada, ya que la exigencia de que la falta jurisdicción sea "manifiesta",[470] implica que sólo cabe

---

ob. cit., 2.7., pp. 7-8. *"The information to be furnished must satisfy the jurisdictional requirements of the Centre, both ratione materiae and ratione personae. In addition, information must be provided in respect of the parties' consent to arbitration".*

[466] Regla 6(1)(a) de las Reglas de Iniciación.- "(1) El Secretario General deberá… en cuanto pueda:
(a) registrar la solicitud en el Registro de… Arbitraje y notificar ese mismo día a las partes el acto de registro".

[467] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.7., p. 9. *"The power enjoyed by the Secretary-General in this respect is... to satisfy itself that prima facie an... [ICSID] arbitration agreement exists between the parties".*

[468] Artículo 36(3) del Convenio CIADI.- "(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación". United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.5., p. 17. *"Under Article 36(3) of the Convention, the Secretary General shall register a request for arbitration unless he finds that the dispute is manifestly outside ICSID's jurisdiction. This screening power includes the possibility of a finding that there is manifestly no investment".* Antonio R. Parra, *"The Rights and Duties of ICSID Arbitrators"*, ob. cit., p. 51. *"Unless the Secretary-General finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is 'manifestly outside the jurisdiction of the Centre', he must register the request and notify the parties of such registration".*

[469] Respecto de otras facultades reconocidas en el Secretario General, leer a: Antonio R. Parra. *"The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 13, 1998, pp. 85-99.

[470] Regla 6(1)(b) de las Reglas de Iniciación.- "(1) El Secretario General deberá… en cuanto pueda: (…)

rechazar el registro cuando del contenido de la solicitud conste de manera indubitable el incumplimiento fuera de una duda razonable de alguno de los requisitos exigidos por el tratado, como puede ser cuando no se presenta evidencia alguna de consentimiento por escrito, el estado receptor de la inversión o el estado del cual el inversionista es su nacional no es parte del Convenio CIADI, o cuando la transacción es típicamente comercial.[471]

Esto también quiere decir que cuando el Secretario General del CIADI considere *prima facie* que existe una duda razonable acerca de la jurisdicción del CIADI, necesariamente deberá registrar la solicitud de arbitraje,[472] ya que la decisión final corresponderá que sea tomada por el tribunal arbitral que se constituya para estos efectos.[473]

(b) si concluye, en base a la información contenida en la solicitud, que la diferencia está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro, notificar a las partes su denegación de registro de la solicitud y las razones en que se funda".

[471] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.7., p. 10. *"The Secretary-General will only refuse to register the request if it is manifestly outside the jurisdiction of ICSID. Examples would include instances where one party is neither a Contracting State nor a national of a Contracting State, or in the event that no evidence was furnished of written consent to the Centre's jurisdiction".* Stephen D. Sutton, *"Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General's Screening Power"*. En: Arbitration International, Vol. 21, No. 1, 2005, p. 120. *"According to the Notes published with the 1968 edition of the ICSID Regulations and Rules, 'manifest' means 'beyond reasonable doubt whatever evidence or argument may be produced subsequently'. In other words, a 'manifest' absence of jurisdiction means one that could not conceivably be cured by any evidence or argument. This is an extremely high standard. It was deliberately intended that ICSID's registration threshold should be low, given that a mistaken refusal of registration by the ICSID Secretary-General effectively is not subject to any cure"*. Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 76. *"This would be the case, por example, where one party is neither a Contracting State nor a national of a Contracting State, or where the claimant had provided no evidence of written consent to ICSID jurisdiction"*.

[472] Antonio R. Parra, *"The Screening Power of the ICSID Secretary-General"*. En: News from ICSID, Vol. 2, No. 2, 1985, p. 10. *"The Secretary-General cannot require a party wishing to institute proceedings to establish that the dispute is within the Centre's jurisdiction before the request is registered. The party need only provide information showing that the dispute is not 'manifestly outside the jurisdiction of the Centre'. If there is doubt, the Secretary-General must register the request"*.

[473] Por ello, la regla 7(e) de las Reglas de Iniciación, dispone que al momento en que se notifica el acto de registro se deberá "recordar a las partes que el registro de la solicitud es sin perjuicio de los poderes y

Con estos antecedentes, conviene recordar la posición asumida por diversos representantes del gobierno peruano previo al registro de la solicitud de arbitraje presentada por la firma chilena Lucchetti S.A. y por la empresa Lucchetti Perú S.A.[474]

En efecto, durante las semanas previas al registro de este caso por parte del Secretario General del CIADI, diversas personalidades políticas peruanas afirmaron que no procedía el registro de la solicitud de arbitraje, debido a que los hechos alegados por la firma chilena para sustentar su demanda se habían producido años antes de que entrara en vigencia el BIT Perú-Chile.[475]

Si bien es cierto que este argumento fue finalmente aceptado por el tribunal arbitral que conoció de la controversia,[476] también es verdad que en la etapa de registro de la solicitud de arbitraje no fue aceptada, ya que el Secretario General del CIADI terminó registrando la solicitud. ¿Se actuó de manera correcta? ¿Tenía el Estado peruano razón alguna para haber afirmado a los cuatro vientos que no cabía registrar este caso? Veamos:

El Convenio de Protección Recíproca de Inversiones (BIT) suscrito entre el Perú y Chile dispone en su artículo 8° que: "1. Las Partes involucradas deberán consultarse con miras a obtener una solución amigable de las controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante.

---

funciones… del Tribunal de Arbitraje respecto de la jurisdicción, la competencia y el fondo…". La facultad del tribunal arbitral de pronunciarse acerca de su jurisdicción está expresamente reconocida en el artículo 41° del Convenio CIADI: "(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 determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión". También verificar la regla 41° de las Reglas de Arbitraje.

[474] Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. República del Perú (Caso ARB/03/4). El caso culminó con un laudo dictado el 7 de febrero de 2005, declinando jurisdicción. Actualmente se encuentra ante una Comisión Ad Hoc en anulación. Ver infra cita No. 490.

[475] La información ha sido tomada de los medios de comunicación.

[476] Ver infra cita No. 490.

2. Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de seis meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia a:
- el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión, o
- arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, firmado en Washington con fecha 18 de marzo de 1965.
Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva".

De una simple lectura de esta disposición del BIT Perú-Chile, no nos cabe la menor duda que ambos estados han aceptado expresamente la jurisdicción del CIADI respecto de cualquier controversia que un inversionista nacional del otro estado decida someter conforme a dicho tratado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25° del Convenio CIADI que exige que exista "consentimiento por escrito",[477] en este caso se cumplía *prima facie* con este requisito, ya que el Estado peruano había aceptado en el BIT someterse al CIADI y el inversionista había manifestado la misma voluntad al optar por demandar ante el CIADI en vez de someter la controversia ante los tribunales judiciales peruanos.

También entendemos que se cumplía prima facie con el segundo requisito exigido por el artículo 25° del Convenio CIADI, referido a que el estado receptor de la inversión y el estado del cual el inversionista es su nacional deben ser parte del CIADI,[478] ya que tanto el Perú como Chile lo son.[479]

[477] Ver supra punto No. XII.3.1.3.

[478] Ver supra punto No. XII.3.2.

[479] El Perú en momento alguno negó que la firma Lucchetti S.A. no fuera nacional del Estado de Chile, o que Lucchetti Perú S.A. no hubiera recibido el tratamiento de una empresa extranjera, ya que, en los hechos, así fue.

Por último, el tercer requisito dispuesto por el mencionado artículo del Convenio CIADI referido a que las diferencias deben ser de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión también se cumplía *prima facie*,[480] ya que la firma chilena afirmó en su solicitud de arbitraje la existencia de un conflicto de naturaleza jurídica constituido por la supuesta violación de los artículos 4(1) y 6° del BIT Perú-Chile[481] que habría surgido directamente de una inversión realizada en el Perú, inversión que a su vez se encontraría plenamente reconocida como tal en el artículo 1.2. del BIT Perú-Chile,[482] como en la legislación peruana sobre la materia.[483]

En efecto, respecto de Lucchetti S.A., esta empresa se constituyó en la República de Chile y, además, se encontraba comprendida en lo dispuesto por el artículo 1(1)(b) del BIT Perú-Chile: "Para los efectos del presente Convenio:
1. El término 'inversionista' designa, para cada una de las Partes Contratantes, a los siguientes sujetos que hayan efectuado o efectúen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante conforme al presente Convenio: (…)
b) Las entidades jurídicas, incluyendo sociedades, corporaciones, asociaciones comerciales o cualquier otra entidad constituida o debidamente organizada de otra manera según la legislación de esa Parte Contratante, que tengan su sede, así como sus actividades económicas reales, en el territorio de dicha Parte Contratante".

En lo que se refiere a Lucchetti Perú S.A., bástenos citar el artículo 8(3) del BIT Perú-Chile: "Para los efectos de este Artículo, cualquier persona jurídica que se hubiere constituido de conformidad con la legislación de una de las Partes y cuyas acciones, previo al surgimiento de la controversia, se encontraren mayoritariamente en poder de inversionistas de la otra Parte Contratante, será tratada, conforme al Artículo 25(2)(b) de la referida Convención de Washington, como una persona jurídica de la otra Parte Contratante". Si bien no estamos en capacidad de confirmar si Lucchetti Perú S.A. se encontraba previo al surgimiento de la controversia mayoritariamente en poder de inversionistas chilenos, las noticias periodísticas propaladas en el Perú como en Chile afirmaron que esa empresa era de propiedad absoluta de inversionistas chilenos.

[480] Ver supra punto No. XII.3.3.

[481] Ver infra cita No. 487.

[482] Artículo 1.2. del BIT Perú-Chile: "El término 'inversión' se refiere a cualquier clase de bien, siempre que la inversión se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión e incluirá, en particular, aunque no exclusivamente:
a) Los bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales, tales como servidumbres, hipotecas, usufructos, prendas;
b) Las acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación en sociedades;
c) Los créditos, valores, derechos sobre dineros y cualquier otra prestación que tenga valor económico;

De esta manera, entendemos que cuando Lucchetti presentó su solicitud de arbitraje, se daba pleno cumplimiento (*prima facie*) a los requisitos dispuestos en el artículo 25° del Convenio CIADI.

Por lo tanto, el Secretario General del CIADI se encontraba obligado a registrar la solicitud de arbitraje, ya que, *prima facie*, la controversia no se hallaba manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.[484]

En consecuencia, la actuación del Secretario General del CIADI fue impecable, ya que las autoridades peruanas carecían de argumento alguno para haber pretendido frenar el acceso de este caso al CIADI. Es más, nos atrevemos a afirmar que lo único que se logró con todo esto, fue mandar un lamentable mensaje a los inversionistas extranjeros: "El Perú no acepta de plano someterse a esta instancia internacional de solución de conflictos en materia de inversiones".

---

d) Derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidos derechos de autor, patentes, marcas comerciales, nombres comerciales, procesos y conocimientos tecnológicos, derechos de llave y otros derechos similares.
e) Concesiones comerciales otorgadas por la ley o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales".

[483] Tan era 'inversión' lo realizado por Lucchetti S.A. en el Perú, que tanto esta empresa, como la sociedad Lucchetti Perú S.A. constituida para esos efectos, gozaban de sendos contratos de estabilidad jurídica otorgados al amparo de los Decretos Legislativos Nos. 662 y 757.

En efecto, Lucchetti S.A., empresa que se reconocía contractualmente que había sido constituida en la República de Chile, tenía celebrado con el Estado peruano dos Convenios de Estabilidad Jurídica (el primero de fecha 1° de agosto de 1995 y el segundo signado el 9 de octubre de 1998), mediante los cuales esa empresa se obligó a realizar aportes dinerarios al capital social de Lucchetti Perú S.A. por US$ 16'367.314 y US$ 65'258,049.84, respectivamente. Los convenios y sus modificatorias se ubican en: www.proinversion.gob.pe/transparencia/docs/convenios_pdf/d-inv.ASP.

Por su parte, Lucchetti Perú S.A. había celebrado con el Estado peruano un Convenio de Estabilidad Jurídica (de fecha 1° de agosto de 1995), mediante el cual se obligó a emitir acciones representativas de su capital social en favor de Lucchetti S.A. por la suma de US$ 16'367,314.00. El convenio y sus modificatorias se ubican en: www.proinversión.gob.pe/transparencia/ docs/convenio_pdf/d_emp.asp.

[484] Ver supra citas Nos. 468 y 470.

Pero, además, el Estado peruano afirmó que antes de que Lucchetti pudiera iniciar un arbitraje ante el CIADI, se requería que previamente los estados de Perú y de Chile iniciaran un arbitraje al amparo del artículo 9° del BIT Perú-Chile,[485] a efectos de determinar si la controversia alegada por Lucchetti se habría producido con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de dicho Convenio o una vez que éste entró en vigor.

Esta alegación acerca del momento en que se habría generado la controversia era importante, porque el artículo 2° del BIT en mención expresamente dispone que "[e]l presente Convenio se aplicará a las inversiones efectuadas antes o después de la entrada en vigencia del Convenio, por inversionistas de una Parte Contratante, conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante, en el territorio de esta última. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia".

El BIT Perú-Chile entró en vigencia el 3 de agosto de 2001,[486] y los Acuerdos de Consejo de la Municipalidad Metropolitana de Lima que la firma chilena afirmó que violaban sus derechos protegidos,[487] fueron publicados

---

[485] Artículo 9° del BIT Perú-Chile: "1. Las controversias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación o aplicación del Convenio serán resueltas mediante canales diplomáticos.
2. En caso de que ambas Partes Contratantes no pudieren llegar a un acuerdo dentro de seis meses, la controversia será, a petición de cualquiera de las Partes Contratantes, remitida a un tribunal arbitral compuesto por tres miembros. Cada Parte Contratante deberá designar a un árbitro, y esos dos árbitros deberán designar a un Presidente, que deberá ser nacional de un tercer Estado. (...)
6. El tribunal arbitral deberá adoptar su decisión mediante mayoría de votos. Dicha decisión será definitiva y obligará a las Partes Contratantes. Cada Parte Contratante deberá solventar los gastos del miembro designado por dicha Parte Contratante así como los gastos de su representación en los procedimientos del arbitraje; los gastos del Presidente así como cualesquiera otros costos será solventados en partes iguales por las dos Partes Contratantes. En todos los demás aspectos, el procedimiento del tribunal arbitral será determinado por el propio tribunal.
7. La decisión arbitral será definitiva y obligará a ambas Partes".

[486] El BIT fue suscrito el 2 de febrero de 2000 y fue ratificado mediante Decreto Supremo No. 026-2000-RE de 11 de agosto de 2000, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de agosto de 2000.

[487] La firma chilena afirmó que se habían violado las siguientes disposiciones del BIT Perú-Chile: "Artículo 4.- Tratamiento de las Inversiones

en el diario oficial El Peruano el 22 de agosto de 2001.[488]

En consecuencia, para el inversionista la controversia había surgido cuando ya se encontraba en vigencia el BIT y, por lo tanto, le era legítimo ampararse en ese instrumento internacional.

Por su parte, el Estado peruano afirmó que la controversia se había producido antes de que entrara en vigencia el BIT, esto es, a mediados de 1997.[489]

---

(1) Cada Parte Contratante deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Este trato no será menos favorable que aquel otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones de sus propios inversionistas efectuadas dentro de su territorio, o aquel otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones de inversionistas de la nación más favorecida efectuadas dentro de su territorio, si este último tratamiento fuere más favorable".

"Artículo 6.- Expropiación y Compensación
1. Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna que prive, directa o indirectamente, a un inversionista de la otra Parte Contratante, de una inversión, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:
a) las medidas sean adoptadas en virtud de la ley y en conformidad con las normas constitucionales correspondientes;
b) las medidas no sean discriminatorias;
c) las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva…".

[488] El Acuerdo de Consejo No. 258 de fecha 16 de agosto de 2001, dispuso, entre otros, que la Alcaldía procediera a adoptar todas las decisiones y medidas necesarias para preservar, mantener y defender la Reserva Ecológica Pantanos de Lima (artículo 1°). Por su parte, el Acuerdo de Consejo No. 259, de la misma fecha, dispuso revocar la licencia municipal de funcionamiento otorgada por Resolución de Alcaldía No. 6856-98-MDCH a Lucchetti Perú S.A. para el establecimiento industrial ubicado en la avenida Prolongación Defensores del Morro s/n, altura km. 20.5 de la carretera Panamericana Sur, Chorrillos, para el giro de elaboración de pastas alimenticias y su comercialización (artículo 1°) y ordenó la clausura definitiva del mencionado establecimiento y su integral erradicación (artículo 2°).

[489] Esto lo afirmamos a partir del primer considerando del Acuerdo de Consejo No. 259: "Que, desde mediados de 1997 los vecinos de Lima vienen siendo testigos del denominado 'Caso Lucchetti', protagonizado por la empresa Lucchetti Perú S.A., que, incumpliendo las normas legales vigentes y contra la opinión de la mayoría de la población, ha construido e instalado una fábrica con características de gran industria en un área de casi 60,000 m2 de extensión, ubicada en terrenos adyacentes a los Pantanos de Villa, poniendo en peligro, según opinión técnica de la mayoría de expertos y de organizaciones ecologistas nacionales y extranjeras que se han pronunciado sobre el particular, la Reserva Ecológica Pantanos de Villa".

Más allá de quien tenía la razón en este tema,[490] la pregunta que corresponde hacer es: ¿Tenía que constituirse un tribunal arbitral entre los estados de Perú y Chile para determinar si el BIT celebrado entre ambos países se aplicaba a una reclamación de un nacional de uno de ellos?

Si así fuera, qué fácil sería evitar que un inversionista llevara a un estado ante el CIADI, ya que ante cualquier reclamo le bastaría al estado receptor de la inversión apelar al simple argumento de que el BIT en cuestión no resulta aplicable y que, por lo

[490] En el laudo de fecha 7 de febrero de 2005, el tribunal arbitral se declaró sin jurisdicción para conocer esta controversia. La discusión giró en torno a si los hechos acaecidos calificaban como una controversia continua (alegada por las demandantes) o si, como planteaba el Estado peruano, los hechos se generaron en 1997-1998, cuando no estaba vigente el BIT. En los parágrafos 53 y 56, los árbitros definieron esta controversia ratione temporis del BIT: "53. Las razones que llevaron a la adopción del Acuerdo de Consejo No. 259 estuvieron... directamente relacionadas con las consideraciones que dieron lugar a la controversia de 1997-98: el compromiso asumido específicamente por la municipalidad de proteger la integridad del medio ambiente de los Pantanos de Villa y sus repetidos esfuerzos encaminados a obligar a las Demandantes a cumplir los reglamentos aplicables a la construcción de su fábrica en las vecindades de la referida reserva ambiental. Por lo tanto, el objeto de la controversia anterior no difería de las medidas adoptadas por la municipalidad en 2001, que obligaron a las Demandantes a incoar el presente procedimiento. También en ese sentido las controversias tuvieron el mismo origen o fuente: el deseo de la municipalidad de hacer efectivo el cumplimiento de las políticas ambientales, y los esfuerzos de las Demandantes para impedir su aplicación a la construcción y producción de la fábrica de pastas. En consecuencia, el Tribunal considera que en 1998 la presente controversia estaba formalizada. La adopción de los Acuerdos de Consejo No. 258 y No. 259 y su impugnación por las Demandantes no representaron más que la continuación de la controversia anterior. (...)
56. El Tribunal considera, asimismo, que los Acuerdos de Consejo No. 258 y No. 259 no generaron una nueva controversia por más que las sentencias de 1998 hubieran pasado a ser res judicata conforme a la legislación peruana. El carácter de cosa juzgada que habían adquirido esas sentencias no obliga de por sí a admitir ese resultado, ya que los hechos que tuvo ante sí el Tribunal indican... que la controversia original persistía".

Por último, en el parágrafo 57, el tribunal arbitral deslizó la posible existencia de actos de corrupción: "57. Considerando ahora las supuestas ilegalidades que rodearon la obtención de las sentencias en 1998, el Tribunal opina que esos vicios, si se probaran, constituirían una razón independiente para sostener que las sentencias no pusieron fin a la controversia anterior".

El laudo arbitral se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/lucchetti-award-sp.pdf. Sobre este particular, leer a: Paolo Di Rosa, "La jurisdicción ratione temporis en arbitrajes bajo los Tratados Bilaterales de Inversiones". En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 2, Lima, 2006, pp. 289-329; y Bernardo M. Cremades, "Corrupción y arbitraje de inversión". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 3, Bogotá, 2005, pp. 51-75.

tanto, antes de que el inversionista busque amparo ante el CIADI, previamente tiene que seguirse un largo proceso arbitral entre los estados involucrados.

Sobre este particular, el Convenio CIADI dispone en su artículo 27°, lo siguiente: "(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.
(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia".

Como señala Schreuer,[491] la prohibición de introducir una reclamación internacional se hizo pensando justamente en la existencia de artículos contenidos en Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs) que habilitan el sometimiento al arbitraje de controversias entre los estados, permitiendo así la posibilidad de que existan dos arbitrajes emanados de una misma reclamación: uno ante el CIADI entre el inversionista y el estado receptor de la inversión y el otro entre los estados parte del BIT. Agrega el autor que este tema fue materia de preocupación durante la redacción de la Convención, aunque, al final, se optó por no regularlo de manera expresa.[492]

---

[491] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 402-403. *"The reason for this phrase is the existence of arbitration clauses in many bilateral investment treaties (BITs) for the settlement of disputes between the States parties to the treaties. This opens the possibility of two different arbitration procedures arising from the same claim: one under ICSID between the investor and the host State, the other between the two States based on the alleged violation of the investment treaty".*

[492] Ibídem, pp. 403-404. *"This possibility greatly concerned the drafters of the Convention. It was pointed out early by Mr. Broches that under these circumstances abstract questions of interpretation of a treaty might be arbitrated between the States parties to it but that the outcome of any such arbitration would not affect the decision in the case before ICSID to which the investor was a party... A separate paragraph was added into the Preliminary Draft to make this clear:*
(2) Nothing in this Section shall be construed as precluding a Contracting State from founding an international claim against another Contracting

Sin embargo, a renglón seguido el autor considera que es posible resolver este problema apelando a las disposiciones contenidas en algunos BITs, como es el caso de ocho de los BITs celebrados por el Estado peruano, en los que se ha establecido una disposición como la contenida en el numeral 11(6) del BIT Perú-Argentina: "Ninguna de las Partes Contratantes ofrecerá protección diplomática o se acogerá a una demanda internacional por un diferendo que uno de sus inversores y la otra Parte Contratante hayan presentado a un tribunal internacional arbitral o a un tribunal nacional competente del Estado receptor de la inversión, tal como lo dispone el artículo 10 de este Convenio, a menos que la otra Parte Contratante no cumpla con el laudo o la sentencia".[493]

State upon the facts of a dispute which one of these Contracting States and a national of the other shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration pursuant to this Convention, where those facts also give rise to a dispute concerning the interpretation or application of an agreement between the States concerned; without prejudice, however, to the finality and binding character of any arbitral award rendered pursuant to this Convention as between the parties to the arbitral proceedings.
In the ensuing debates, Mr. Broches pointed out that an award in a subsequent inter-State arbitration would not affect an existing ICSID award but would only be declaratory. However, an ICSID tribunal was likely to consider itself bound by an earlier decision under the bilateral agreement... Nevertheless, a number of delegates had misgivings about this provision fearing it might lead to conflicting decisions or might provide dual remedies in cases where investments were covered by investment insurance... The conclusion was that the continued availability of inter-State dispute settlement should be regarded as self-evident and that the reference to it could give rise to widespread misunderstanding. Therefore, it seemed wiser to drop it... No provision to this effect was introduced in the subsequent drafts nor does the Convention refer to inter-State arbitration.
The removal of the clause referring to inter-State arbitration from the drafts did not resolve the underlying problem".

[493] Artículo 13(8) del BIT Perú-Países Bajos.- "Ninguna de las Partes Contratantes otorgará protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y la otra Parte Contratante hayan sometido a un tribunal arbitral internacional competente, conforme a lo previsto en el artículo 9 del presente Convenio, salvo que la otra Parte Contratante no acate o deje de cumplir la decisión de dicho tribunal arbitral".

Artículo 12(6) del BIT Perú-Bolivia.- "Ninguna de las Partes Contratantes deberá ofrecer protección diplomática o acogerse a una demanda internacional por un diferendo que uno de sus nacionales y la otra Parte Contratante hayan presentado a un tribunal competente del Estado receptor o a un competente tribunal internacional de arbitraje, tal como lo dispone el Artículo 11° de este Convenio, a menos que la otra Parte Contratante no acate ni cumpla con la sentencia o laudo dispuestos".

Artículo 9(4) del BIT Perú-Italia.- "Ambas Partes Contratantes se abstendrán de negociar a través de canales diplomáticos cualquier asunto

Es cierto que en el caso Lucchetti se podría afirmar que el BIT Perú-Chile no contiene una disposición expresa como la que existe en el citado BIT Perú-Argentina. Sin embargo, en nuestra opinión, el silencio en esta materia no puede considerarse como una

---

relacionado con un procedimiento de arbitraje o judicial en marcha hasta que estos procedimientos hayan sido concluidos y una de las Partes Contratantes no haya cumplido con el fallo del Tribunal de Arbitraje o de la Corte dentro del período previsto en el fallo, o también dentro del período que puede ser determinado en base a las disposiciones de la ley internacional o interna que puedan ser aplicables al caso".

Artículo 13(4) del BIT Perú-Australia.- "Una vez que la acción a la que hace referencia el párrafo 2 del presente Artículo haya sido tomada, ninguna de las Partes deberá demandar la controversia a través de canales diplomáticos salvo que:
(a) el órgano judicial o administrativo competente, el Secretario General del Centro, el tribunal o autoridad de arbitraje o la comisión de conciliación, conforme sea el caso, haya decidido que no tiene jurisdicción en relación a la disputa en cuestión; o
(b) la otra parte no haya acatado o cumplido con cualquier sentencia, fallo, orden u otra determinación hecha por el órgano en cuestión".

Artículo 7(4) del BIT Perú-Malasia.- "Ninguna de las Partes Contratantes deberá dar trámite a través de los canales diplomáticos cualquier controversia enviada al Centro salvo que:
(I) el Secretario General del Centro, o una comisión de conciliación o un tribunal arbitral constituido por él, decidiera que la controversia no se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro; o,
(II) la otra Parte Contratante no se sometiese a o no acatara cualquier laudo dado por un tribunal arbitral".

Artículo 9(6) del BIT Perú-Alemania.- "Si un nacional o una sociedad de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante hubieren sometido una controversia a un competente tribunal internacional de arbitraje o al competente tribunal de esta Parte Contratante de acuerdo a las disposiciones del artículo 10 del presente Convenio, la primera Parte Contratante no iniciará un procedimiento arbitral sobre el mismo asunto, a menos que la otra Parte Contratante no acate y cumpla con el laudo o sentencia dictada".

Artículo 9(6) del BIT Perú-Suiza.- "Ninguna de las Partes Contratantes podrá seguir por vía diplomática una controversia sometida a arbitraje internacional, a menos que la otra Parte Contratante no acate y cumpla con el laudo dispuesto por el tribunal arbitral".

En los BITs Chile-Panamá (artículo VIII), Chile-Uruguay (artículo 8(7)), Chile-Guatemala (artículo VIII(6)), Chile-Costa Rica (artículo IX(6)), Chile-Nicaragua (artículo 8°), Chile-Paraguay (artículo 8(6)), Argentina-Chile (artículo X(6)), Argentina-El Salvador (artículo 10(6)) y Costa Rica-Venezuela (artículo 11(7)), se dispone lo siguiente: "Las Partes Contratantes se abstendrán de tratar, por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias sometidas a proceso judicial o a arbitraje internacional, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, hasta que los procesos correspondientes estén concluidos, salvo en el caso en que la otra parte en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o a la decisión del tribunal arbitral, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o decisión".

autorización para litigar en forma paralela como pretendió hacerlo el Estado peruano.

En ese sentido, Schreuer entiende que aun en ausencia de una provisión como la indicada en un BIT, es de esperar que un tribunal arbitral en un proceso Estado-Estado declinará jurisdicción cuando compruebe que ha sido traído en contravención al artículo 27° del Convenio CIADI; es decir, cuando el arbitraje Estado-Estado pretenda evitar, obstruir o influenciar el arbitraje ante el CIADI.[494]

Debemos de recordar que los BITs se suscriben con la finalidad de otorgar garantías y seguridades a los inversionistas extranjeros, a los que inclusive se les reconoce la posibilidad de iniciar acciones judiciales o arbitrales contra el estado receptor de la inversión.[495]

Por lo tanto, si el inversionista al amparo del BIT correspondiente ya inició alguna acción arbitral o judicial dentro del marco del mismo, ¿resulta acaso razonable que uno de los estados contratantes plantee de manera paralela un arbitraje contra el otro estado contratante?

Nosotros creemos que la respuesta obvia es que no, ya que tal y como están estructurados los BITs y considerando además su finalidad, no cabe duda alguna que cualquier demanda arbitral Estado-Estado debe quedar subordinada a lo que previamente realice el inversionista.

En otras palabras, si el inversionista ya inició su reclamo al amparo del BIT, ninguno de los estados contratantes debe plantear paralelamente un reclamo

---

[494] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 405. *"Even in the absence of such a provision in a BIT, a tribunal in an inter-State arbitration may be expected to decline jurisdiction if the claim brought before it is in conflict with Art. 27. This would be the case if the inter-State proceedings are designed to avoid, obstruct or influence ICSID arbitration or if they are designed to affect the implementation of an ICSID award or revise its outcome".*

[495] Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 380. *"The mechanisms ensure that investors have a means of enforcing the obligation of investment protection directly against the recalcitrant state without any need to approach the state where the investor is domiciled".*

Estado-Estado. En cambio, si uno de los estados viola alguna disposición del BIT y ninguno de los inversionistas reclama (por ejemplo, por temor a represalias), entonces aquí sí cabe que el estado del cual el inversionista es su nacional proceda a iniciar la acción respectiva contra el otro estado.

Lo mismo sucederá si, por ejemplo, el estado receptor de la inversión pierde un arbitraje ante el CIADI y aun así se niega a darle cumplimiento.[496]

En consecuencia, en situaciones como la planteada en el caso materia de análisis, no cabe duda alguna que le correspondía al tribunal arbitral CIADI y solo a él, definir su jurisdicción, razón por la cual hizo muy bien cuando en su momento no aceptó inhibirse del caso como le propuso el Estado peruano para dar pase a un indebido proceso arbitral Estado-Estado,[497] disponiendo que resolvería acerca de su jurisdicción, como en efecto lo hizo.

XII.4.2. **Constitución del tribunal arbitral**

Al momento de notificar a las partes el acto de registro de la solicitud de arbitraje, el Secretario General del CIADI las invitará a que procedan a constituir el tribunal arbitral.[498]

La generalidad de las disposiciones del CIADI acerca de los árbitros son dispositivas y se aplican a falta de acuerdo entre las partes.[499]

---

[496] Ver infra punto No. XII.8.

[497] Felizmente, y aun cuando entendemos que ambos estados llegaron a designar a sus respectivos árbitros y mantuvieron negociaciones para nombrar al presidente del tribunal arbitral, al parecer al final primó la cordura y este arbitraje no prosperó. Ello permitió que el arbitraje ante el CIADI continuara y que el tribunal arbitral que era el único competente definiera la situación. Nosotros llamamos en su momento la atención acerca de este sin sentido y de la necesidad de mantener el conflicto en el CIADI: Fernando Cantuarias Salaverry, "Condiciones para acceder al CIADI: A propósito del Caso Lucchetti", ob. cit., pp. 35_38.

[498] Antonio R. Parra, *"The Rights and Duties of ICSID Arbitrators"*, ob. cit., p. 51. *"In accordance with Rule 7 of the Institution Rules, the notice of registration will invite the parties to proceed, 'as soon as possible', to constitute an arbitral tribunal to hear their dispute".*

[499] Las normas aplicables son los artículos 37° al 40° del Convenio CIADI y las reglas 1° al 12° de las Reglas de Arbitraje. Aron Broches, "El

Las únicas normas imperativas están referidas a que el tribunal arbitral siempre debe estar conformado por un número impar de árbitros, que los árbitros deben contar con ciertos requisitos mínimos, y que la mayoría de los árbitros no deben tener la nacionalidad de alguna de las partes, salvo cuando el árbitro único o los miembros del tribunal arbitral sean designados de común acuerdo por las partes.[500]

Arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)", ob. cit., pp. 244-245. "Una vez ha sido registrada la solicitud del proceso de arbitraje, las partes litigantes deben designar árbitros en conformidad con las disposiciones del Convenio, que conceden un amplio margen de libertad a los litigantes, pero asegurando al mismo tiempo que la no consecución de un acuerdo entre las partes, o la negativa de una de ellas a cooperar, no impedirá la constitución del tribunal arbitral". Silvia A. Fernández, "El Arbitraje para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras", ob. cit., p. 81. "La mayor parte de las reglas de procedimiento son supletorias, es decir que pueden ser modificadas por acuerdo de partes. Las únicas disposiciones imperativas del Convenio se refieren a la composición del tribunal arbitral, el cual deberá siempre estar compuesto de un solo árbitro o de un número impar de miembros; tener ciertas cualidades básicas, como integridad moral y reconocida competencia en ciertas materias relevantes, y la mayoría de los integrantes del tribunal no podrá tener la nacionalidad del Estado contratante parte en la diferencia, ni la del Estado al que pertenezca el nacional del otro Estado contratante".

[500] Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 21. *"The only mandatory provisions of the ICSID Convention in this respect are those according to which: (i) an arbitral tribunal composed of more than a sole arbitrator must include an uneven number of arbitrators (art. 37(2)), (ii) arbitrators must possess certain basic qualities, such as independence, integrity and recognized competence in relevant fields (arts. 14(1) and 40(2)), and (iii) the majority of the arbitrators must be nationals of a state other than the Contracting State party to the dispute or whose national is a party to the dispute (art. 39). This last-mentioned provision will not, however, apply if the sole arbitrator or each individual member of the tribunal has been appointed by agreement of the parties".* Antonio R. Parra, *"The limits of party autonomy in arbitration proceedings under the ICSID Convention"*, ob. cit., pp. 31-32. *"Other mandatory provisions of the Convention intended to promote integrity and impartiality concern the arbitrators and their role in the process. Thus, in order to discourage the appointment of so-called national arbitrators, Article 39 of the Convention provides that, unless each and every arbitrator is appointed by agreement of the parties, the majority of the members of the tribunal must be nationals of countries other than the State party to the dispute and the State whose national is a party to the dispute. Article 40(2) of the Convention makes it clear that all arbitrators, including party-appointed arbitrators, must be 'persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment".* Leer también: *"Commentary on the ICSID Convention: Article 39".* En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 2, 1999, pp. 482-493.

Las partes pueden designar como árbitros a personas incluidas o no en el Panel de Árbitros que mantiene el CIADI (artículo 40° del Convenio CIADI);[501] pueden acordar libremente el número de árbitros (con el único requisito de que sea impar) y la forma de designación, y, solo a falta de acuerdo, los árbitros serán tres,[502] uno designado por cada parte y el tercero que actuará como presidente nombrado de común acuerdo (artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI).[503] Si por cualquier motivo el tribunal arbitral no llega a constituirse de la manera acordada por las partes o mediante el procedimiento supletorio, dentro del plazo pactado por las partes o a falta dentro de los 90 días de notificado el registro de la causa, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI procederá a designar a los árbitros faltantes, cuidando que no sean de nacionalidad de alguna de las partes (artículo 38° del Convenio CIADI) y que además pertenezcan al Panel de Árbitros del CIADI (artículo 40(1) del Convenio CIADI).[504]

---

[501] Antonio R. Parra, *"The Limits of Party Autonomy in Arbitration Proceedings under the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 28. *"Parties are free to appoint arbitrators from outside the Panel of Arbitrators. It is only in respect of appointments of arbitrators made by the Chairman of the ICSID Administrative Council, as the default appointing authority of arbitrators under Article 38 of the Convention, that the appointees must be drawn from the Panel of Arbitrators"*. Leer también: *"Commentary on the ICSID Convention: Article 40"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 2, 1999, pp. 494-505.

[502] *"Commentary on the ICSID Convention: Article 37"*. En: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 2, 1999, p. 456. *"In actual practice, nearly all ICSID tribunals have consisted of three arbitrators. The appointment of sole arbitrators has remained exceptional"*. Los casos Philippe Gruslin c. Malasia (Caso ARB/94/1) y Misima Mines Pty. Ltd. c. Papua Nueva Guinea (Caso ARB/96/2), han sido tramitados con un solo árbitro.

[503] Ver además las reglas 2° y 3° de las Reglas de Arbitraje. *"Commentary on the ICSID Convention: Article 37"*, ob. cit., pp. 460-467.

[504] Aron Broches, "El Arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)", ob. cit., pp. 244-245. "Las partes litigantes tienen completa libertad para decidir cualquier número impar de árbitros, y también para designarlos, salvando lo establecido en el artículo 37 del Convenio, que exige que la mayoría de los miembros del tribunal sean de nacionalidad distinta a la del Estado que es parte directamente interesada en el conflicto y a la del Estado cuya nacionalidad ostenta la otra parte. Si en un plazo de noventa días a partir de la fecha en que ha sido registrada la solicitud de arbitraje la Corte no se ha constituido aún, los miembros que falten serán designados por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro, cargo que ostenta ex officio el Presidente del Banco Mundial". Andrés Rigo Sureda, *"ICSID: An Overview"*, ob. cit., p. 166. *"…the Center maintains panels of arbitrators and conciliators designated by the Contracting Parties (four*

Aceptado por los árbitros su designación[505] y constituido el tribunal arbitral, podrá plantearse una recusación contra cualquiera de sus miembros debido a que carecen manifiestamente de las cualidades exigidas en el artículo 14(1) del Convenio CIADI[506] y cuando no se hayan observado los requisitos contenidos en la Sección 2 del Capítulo IV del citado instrumento internacional.[507] La decisión será adoptada por los demás

---

each) and the Chairman of the Administrative Council (ten). Appointments made by the Chairman of the Administrative Council at the parties' request or default shall be made from these panels". Sobre el tema, leer: "*Commentary on the ICSID Convention: Article 38"*. En: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 2, 1999, pp. 471-481.

[505] Conforme a la Regla 5(3) de las Reglas de Arbitraje, un árbitro designado tiene 15 días para aceptar el encargo. Leer: "*Commentary on the ICSID Convention: Article 37"*, ob. cit., pp. 467-469.

Además, conforme a la nueva Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje: "En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente:
'A mi leal saber y entender no hay razón alguna por la que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje constituido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con respecto a la diferencia entre _____ y _____'.
'Me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a mi conocimiento a consecuencia de mi participación en este proceso, así como del contenido de cualquier laudo que este Tribunal dicte'.
'Juzgaré con equidad, de acuerdo con la ley aplicable y no aceptaré instrucción o compensación alguna de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento, salvo según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y en los Reglamentos y Reglas adoptados de conformidad con el mismo'.
'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 continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento'.
Se entenderá que ha renunciado el árbitro que no hubiere firmado tal declaración al finalizar la primera sesión del Tribunal".

[506] "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".

[507] Artículo 57° del Convenio CIADI.- "Cualquiera de las partes podrá proponer... [al] Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 24. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV". Antonio R. Parra, "*The limits of party*

miembros del tribunal arbitral[508] o por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI cuando exista

---

autonomy in arbitration proceedings under the ICSID Convention", ob. cit., p. 32. *"Under Articles 57 and 58 of the Convention, an arbitrator may be disqualified 'on account of any fact indicating a manifest lack' of those qualities or on the ground that the nationality of the arbitrator rendered him or her ineligible for appointment to the tribunal…".* Leer: *"Commentary on the ICSID Convention: Article 57"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 2, 1999, pp. 521-529.

[508] Hasta donde tenemos conocimiento, han sido pocas las oportunidades en las que se ha recusado a algún miembro de un tribunal arbitral CIADI. Entendemos que esto se debe a las garantías y procedimientos correctos que establece la Convención del CIADI para la designación de los árbitros.

Algunos de los casos en los que se ha recusado a un árbitro son:

- Amco Asia Corp. c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), en el que se recusó al árbitro designado por la parte demandante porque tanto él, como la firma de abogados para la cual trabajaba, habían realizado esporádicas asesorías en favor del accionista principal de la sociedad demandante. Los demás miembros del tribunal arbitral en su decisión de 24 de junio de 1982, rechazaron la recusación.

- Zhinvali Development Ltd. c. República de Georgia (Caso ARB/00/1), en el que también se recusó al árbitro designado por la demandante, ya que existían contactos ocasionales y puramente sociales con un ejecutivo que fue clave en la inversión materia del reclamo. Los demás miembros del tribunal arbitral en su decisión de 19 de enero de 2001, rechazaron la recusación.

- Azurix Corporation c. República de Argentina (Caso ARB/01/12) y Siemens A.G. c. República Argentina (Caso ARB/02/8). En ambos casos el demandado recusó al presidente del tribunal arbitral (Dr. Rigo) por supuesta falta de independencia. El escenario propuesto por Argentina para estos efectos, fue que el Dr. Rigo mantenía una estrecha relación con una firma de abogados de Houston (Fulbrigth & Jaworski) encargada de la defensa de la empresa Duke Energy contra la República del Perú. Este bufete había designado como árbitro en el caso Duke al abogado argentino Guido Tawil, quien, a su vez, representaba a las empresas Azurix y Siemens en los dos procesos en los que el Dr. Rigo era presidente. El 11 de marzo de 2005, los demás miembros del tribunal arbitral declararon sin lugar la recusación planteada. Por su parte, en el caso Siemens no hubo acuerdo entre los dos árbitros no recusados, por lo que la materia fue sometida al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI. Tenemos entendido que este último también desestimó la recusación en abril de 2005.

Además, cabe hacer mención de una decisión emitida por una Comisión Ad Hoc (ver infra punto No. XII.7.4.2.), en los seguidos por la Compañía de Aguas de Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina (Caso ARB/97/3), ante la recusación planteada contra el presidente de dicha Comisión. Esta articulación también fue rechazada mediante resolución de 3 de octubre de 2001, en razón de que la relación entre uno de los socios de la firma de abogados a la que pertenecía el Presidente de la Comisión Ad Hoc y una de las empresas demandantes no era lo suficientemente significativa para amparar la solicitud.

empate o la recusación sea planteada contra un árbitro único.[509]

XII.4.3. **El procedimiento en sí**

Constituido el tribunal arbitral se inicia el procedimiento, el cual, como ya hemos explicado, tendrá como única normatividad aplicable las disposiciones del Convenio CIADI,[510] sin que resulten de aplicación las normas arbitrales del lugar del arbitraje.[511] De esta manera, la elección del lugar del arbitraje únicamente dependerá de la conveniencia de las partes, del tribunal arbitral y del propio CIADI como entidad administradora del arbitraje.

Justamente por esta razón, los artículos 62° y 63° del Convenio CIADI disponen que un procedimiento arbitral se tramita en la sede del Centro (sito en Washington DC., Estados Unidos de América), salvo que medie

---

[509] Ver el artículo 58° del Convenio CIADI y la Regla 9° de las Reglas de Arbitraje. Leer además: *"Commentary on the ICSID Convention: Article 58"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 2, 1999, pp. 530-534.

En caso se requiera sustituir un árbitro al generarse una vacante por muerte, incapacidad, renuncia o recusación fundada, se seguirá el procedimiento que se usó para nombrar al sustituido (artículo 56° del Convenio CIADI y Reglas 7, 8, 10 y 11 de las Reglas de Arbitraje). Mientras se designa al nuevo árbitro, el procedimiento arbitral se suspende.

[510] Artículo 44° de la Convención del CIADI.- "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".

[511] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.7., p. 1. *"...the ICSID system is unique in retaining its autonomy and independence from the application of national systems of law or the interference of national courts. As a result, the Convention and its related instruments provide a specific and comprehensive procedural regime for the conduct of ICSID arbitrations, which must be adhered to by the parties to an arbitration".* Georges R. Delaume, *"ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects"*, ob. cit., p. 574. *"Because the ICSID rules are self-contained, the place of arbitration does not have the significance in the context of ICSID proceedings that it has in the case of both ad hoc and institutional arbitration subject to domestic law. For the purposes of ICSID, the place of arbitration is legally immaterial and its determination is merely one of convenience".*

acuerdo entre las partes, en cuyo caso el procedimiento arbitral se podrá desarrollar en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje, en la de cualquier institución con la que el CIADI tenga convenio,[512] e, inclusive, en cualquier otro lugar que el tribunal arbitral apruebe, previa consulta con el Secretario General del CIADI.[513]

Fuera de esta particularidad del arbitraje CIADI, lo cierto es que el procedimiento arbitral es muy similar al de cualquier otro que se siga ante una institución arbitral.[514]

Es más, tanto el Convenio CIADI como las Reglas de Arbitraje reconocen en las partes y, en su defecto, en los árbitros, amplia libertad para regular todo lo relativo al procedimiento arbitral.[515]

---

[512] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.7., p. 24. *"Apart from the Permanent Court of Arbitration at The Hague, which is specifically mentioned in Article 63 of the Convention, the Centre has made arrangements with a number of institutions in many venues around the world, including: Kuala Lumpur, Cairo, Sydney, Melbourne and Singapore".*

[513] Antonio R. Parra, *"The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 92. *"The World Bank has offices in some 75 countries that can assist the ICSID Secretariat in this respect. Several of the larger offices can themselves host arbitration proceedings. One of these, the European Office of the World Bank in Paris, often serves as a venue for proceedings under the ICSID Convention"*. Sobre este particular, leer: *"Commentary on the ICSID Convention: Article 63".* En: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 15, No. 1, 2000, pp. 150-159.

Otra limitación que entendemos existirá para que se acepte a algún estado en particular como sede de un arbitraje CIADI, es que ese estado debe ser miembro del Convenio CIADI. *"Commentary on the ICSID Convention: Article 62".* En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 15, No. 1, 2000, p. 143. *"…it is advisable to conduct proceedings in the territory of a Contracting State to the Convention. This would appear necessary to guarantee the non-interference of domestic courts as mandated by Art. 26. The courts of a State that is not a party to the Convention would not be bound by the rule of abstention contained in that Article. In addition, the immunities granted by Arts. 21 and 22, which are designed to guarantee the independent functioning of… arbitration proceedings, would not be guaranteed in a State that is not a party to the Convention…".*

[514] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.7., p. 1. *"The procedural issues encountered in an ICSID arbitration are likely to be similar to issues encountered in other forms of arbitration".*

[515] Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention",* ob. cit., pp. 53-54. *"A final important feature of the*

En efecto, en esta materia identificamos como disposiciones imperativas el artículo 48(1) del Convenio CIADI que dispone que toda decisión se toma con el voto de la mayoría de los miembros, el artículo 41° del tratado que regula la facultad del tribunal arbitral para pronunciarse acerca de su jurisdicción y el artículo 42(2) del mismo dispositivo que establece que el tribunal arbitral no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.[516]

Fuera de estas normas imperativas, las Reglas de Arbitraje regulan con bastante precisión el procedimiento en sí,[517] aunque dejan un amplio espacio de discreción en el tribunal arbitral para modelar cada procedimiento según las particularidades de cada caso.[518]

Ahora bien, tal vez de todas estas disposiciones, la principal que difiere de las reglas normalmente identificadas en cualquier institución arbitral, es la referida a las medidas cautelares, ya que a diferencia de lo que generalmente sucede en el ámbito del arbitraje privado en el que los árbitros suelen contar

---

ICSID system is the exceptional scope it allows for autonomy. This feature of the system can of course be viewed as an aspect of its consensual character and is made possible by its self-contained nature… The Convention gives parties… freedom to decide on the rules governing the conduct of their arbitration". Sobre el tema, leer a: Georges R. Delaume, "*Experience with ICSID",* ob. cit., pp. 235-244.

516 Antonio R. Parra, *"The limits of party autonomy in arbitration proceedings under the ICSID Convention"*, ob. cit., pp. 31-32. *"Several of the most important provisions of the Convention from which the parties cannot derogate are designed to assure the effectiveness of the arbitral process and in particular of the arbitral tribunal as a decision-making body. Thus, Article… 48(1) of the Convention require[s] that… the tribunal decide questions by a majority of the votes of all of its members. Article 41(2) of the Convention provides that the arbitral tribunal shall be the judge of its own competence. Article 42(2) of the Convention prohibits an arbitral tribunal from bringing in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law applicable to the substance of the dispute. Article 45(2) of the Convention provides that if a party fails to appear or to present its case at any stage of the proceeding, the other party may request the tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award…".*

517 Ver Reglas 13° al 45° de las Reglas de Arbitraje.

518 Regla 19° de las Reglas de Arbitraje.- "El Tribunal dictará las resoluciones necesarias para la sustanciación del proceso".

con la facultad de dictar e imponer estas decisiones,[519] en el arbitraje CIADI los árbitros sólo pueden recomendar la adopción de medidas provisionales que consideren necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes (artículo 47° del Convenio CIADI).[520]

---

[519] Sobre este particular, leer a: Donald Francis Donovan, *"Powers of the arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders"*. En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 1, 1999. pp. 64-69; **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, Emmanuel Gaillard & John Savage (Eds.), Kluwer Law International, 1999, pp. 709-718; William Wang *"International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief"*. En: Brooklyn Journal of International Law, Vol. 28, 2003, pp. 1081-1096; W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era. Ed., pp. 465-490; Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventon & Boston, 1994, pp. 754-813; Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, ob. cit., pp. 924-970; y, Jan K. Schaefer, *"New solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law compared"*. En: Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 2.2., 1998, pp. 1-28. Ver además, supra punto No. IV.7.4.2.

[520] 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". Francisco Orrego Vicuña, *"The binding nature of procedural orders in international arbitration"*. En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 1, 1999, p. 43. El autor analiza los antecedentes del artículo 47° del Convenio CIADI y explica que: *"...as an early draft directed at granting the Tribunal the power to 'prescribe' provisional measures was not accepted and only the power to 'recommend' was retained"*.

En la decisión de 6 de septiembre de 2005, en los seguidos por Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso ARB/03/04), el tribunal arbitral identificó las condiciones para el ejercicio de esta facultad: *"Provisional measures are extraordinary measures which should not be recommended lightly. The need for provisional measures must be urgent and necessary to preserve the status quo or avoid the occurrence of irreparable harm or damage. Provisional measures are appropriate to preserve the exclusivity of ICSID arbitration to the exclusion of local administrative or judicial remedies as prescribed in Article 26 of the ICSID Convention. They are also appropriate to prevent parties from taking measures capable of having a prejudicial effect on the rendering or implementation of an eventual award on which might aggravate or extend the dispute or render its resolution more difficult. Provisional measures must relate to the preservation of the requesting party's rights, as specified in Article 47 of the ICSID Convention and Rule 39(1) of the ICSID Arbitration Rules"*. En: http://ita.law.uvic.ca/documents/PlamaOrderonProvisionalMeasures.pdf, parágrafo 38.

También recomendamos revisar la Orden Procesal No. 1 de 31 de marzo de 2006, dictada por el tribunal arbitral en los seguidos por Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania (Caso ARB/05/22), en la que se analiza la pertinencia de recomendar la adopción de medidas provisionales para salvaguardar evidencia y su relación con la facultad de los árbitros de ordenar de oficio dentro del procedimiento arbitral la

Sin embargo, el hecho que solo se pueda recomendar no significa que las decisiones que emitan los árbitros carezcan de importancia,[521] ya que el incumplimiento de una recomendación puede afectar decididamente la posición de la parte incumplidora al momento en que se dicte el laudo arbitral.[522]

Además, las cortes judiciales en diversas oportunidades han mostrado una posición de acatamiento a las recomendaciones de los tribunales arbitrales del CIADI, como en Marítime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4), en el que una corte de Ginebra amparada en una recomendación de que se descontinuara un procedimiento judicial de embargo, procedió en tal sentido;[523] y en Atlantic Triton Company Ltd. c. República Revolucionaria Popular de Guinea (Caso ARB/84/1), en el que una corte de apelaciones de Rennes ni siquiera esperó la recomendación, bastándole la simple solicitud de una de las partes al tribunal

---

producción de evidencia. La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/BiwaterTanzaniaProvisionalMeasures31March2006.pdf.

[521] Francisco Orrego Vicuña, *"The binding nature of procedural orders in international arbitration",* ob. cit., p. 44. *"One thing is that a court or tribunal might not have at all the power to adopt provisional measures, but quite another thing is that it shall have only the power to recommend measures that will be left to the goodwill of the parties".*

[522] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.7., p. 27. *"...the lack of binding force does not deprive the tribunal's recommendations of legal relevance, as the tribunal has the power to take into account the parties' conduct during the proceedings in rendering its award".* Esta consecuencia ha sido explicada por el tribunal arbitral en Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile (Caso ARB/98/2), en su fallo sobre medidas cautelares de 25 de septiembre de 2001, de la siguiente manera: "[C]ualquiera de las partes en un litigio tiene la obligación de abstenerse de todo acto u omisión susceptible de agravar el litigio o de hacer más difícil la ejecución del laudo a intervenir". De conformidad con este argumento, se recomendó a las partes la adopción de ciertas acciones, que de ser incumplidas, podrían ser consideradas de manera negativa al momento de la emisión del laudo arbitral. El fallo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/chile-s.pdf.

[523] Francisco Orrego Vicuña, *"The binding nature of procedural orders in international arbitration"*, ob. cit., pp. 44-45. *"In MINE v. Guinea... the Court of First Instance of Geneva, as well as the Supervisory Authority, relied to a meaningful extent on the Tribunal's recommendation directing the discontinuance of proceedings to grant the lifting of attachments. The Supervisory Authority even referred to the fact that the Arbitral Tribunal 'did not authorize' recourse to such measures and that its decision recommended to MINE 'that it should withdraw' such litigation, thereby using mandatory expressions interchangeably with the meaning of the recommendation".*

arbitral para que recomendara el archivo de la medida cautelar en sede judicial.[524]

Este respeto de las cortes nacionales hacia las recomendaciones de los tribunales arbitrales del CIADI se explica en gran medida en lo dispuesto en el artículo 28° del Convenio CIADI, el cual establece que "[s]alvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso".

Esta norma ha sido desarrollada en la Regla 39(6) de las Reglas de Arbitraje,[525] en el sentido que "[n]ada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registro 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".[526] Caso contrario, resultará de

---

[524] Ibídem, p. 45. *"In Atlantic Triton v. Guinea the Court of Appeals of Rennes did not even wait to have the Arbitral Tribunal's recommendation and vacated the attachments based on the sole fact of the request for provisional measures before the ICSID Tribunal, and the latter then considered the request moot".* Leer además a: Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 379-381.

[525] La cláusula modelo 14 propuesta por el CIADI para esta materia, establece lo siguiente: "Sin perjuicio de la facultad del Tribunal de Arbitraje de recomendar medidas provisionales, cualquiera de las partes de este instrumento podrá solicitar a un tribunal judicial u otra autoridad que dicte medidas provisionales o precautorias, incluidos embargos, antes de la iniciación del procedimiento de arbitraje o durante el mismo, para salvaguardar sus derechos e intereses". **Fouchard**, **Gaillard**, **Goldman on International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 717. *"This provision clearly excludes the possibility of applying to the courts unless that option has been expressly provided for by the parties".*

[526] Queda la duda sin embargo, acerca de si la inexistencia de pacto en contrario invalida cualquier acceso a un tribunal judicial. Sobre este particular, Francisco Orrego Vicuña, *"The binding nature of procedural orders in international arbitration"*, ob. cit., p. 47, opina lo siguiente: *"While the question of whether exclusive jurisdiction under ICSID is absolute, and hence could prevent any recourse to domestic courts aside from enforcement of awards, has been posed, this would clearly be an exaggeration. The rule of exclusivity must be understood within the purview of avoiding interferences with ICSID's Tribunals, but should not prevent action before or by domestic courts which is conducive to the implementation of the decisions of those very tribunals".* Sobre este particular, leer a: Paul D. Friedland, *"Commentary Scene IV: ICSID Tribunals and Injunctions by State Courts".* En: KluwerArbitration.com, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=24547,

plena aplicación el artículo 28° del Convenio CIADI identificado en el párrafo precedente.

XII.4.4. **Nuevos retos del procedimiento arbitral**

Como bien explica Suárez Anzorena,[527] "[u]na de las manifestaciones más problemáticas en este novel campo del derecho [de las inversiones] es que, con creciente frecuencia, los estados parte de estos tratados [de promoción y protección recíproca de inversiones] están siendo objeto de múltiples reclamos con origen en un mismo núcleo fáctico legal por ante tribunales arbitrales distintos".

El mismo autor identifica que "[e]ste fenómemo se explica por dos razones. La primera es que los tratados bilaterales de inversión confieren protección a un número indefinido de sujetos que califican como inversores extranjeros, y a la vez permiten que tales sujetos accedan a mecanismos de solución de controversias que operan sobre la base de tribunales arbitrales ad-hoc. En este contexto, por ejemplo, una medida gubernamental de carácter general puede dar lugar a tantos arbitrajes independientes e inconexos entre sí como inversores afectados. La segunda razón se relaciona con la tendencia jurisprudencial a admitir reclamos indirectos por parte de accionistas de sociedades afectadas por una determinada medida gubernamental, lo cual implica que incluso una medida particular que afecta a una determinada compañía puede derivar en múltiples reclamos con idéntico sustrato legal por ante tribunales arbitrales distintos e inconexos".[528]

---

pp. 1-3. Además, recomendamos revisar la decisión acerca de la adopción de medidas provisionales adoptada el 16 de octubre de 2002 por el tribunal arbitral en el caso seguido por SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso ARB/01/13), en el que se dispuso recomendar al gobierno de Pakistán, entre otros, que se suspendiera un procedimiento judicial local para constituir un tribunal arbitral hasta que hubiera un pronunciamiento final acerca de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI. La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-Order.pdf.

[527] Ignacio Suárez Anzorena, "Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión". En: Lima Arbitration, No. 1, Lima, 2006, www.limaarbitration.net/LimaArbitration3.pdf, p. 113.

[528] Ibídem, p. 114.

En este escenario el ejemplo más característico es la situación de los casi 40 procedimientos arbitrales que siguen inversionistas de diferentes nacionalidades contra la República Argentina, amparados en diversos BITs suscritos por ese país.[529]

La manera como el CIADI ha enfrentado la existencia de procedimientos arbitrales conexos, con la finalidad de evitar la existencia de laudos arbitrales contradictorios y de lograr en lo posible una correcta administración de los procedimientos arbitrales, ha sido, como explica Fernández Masiá,[530] la de consolidar

[529] Ibídem, p. 115. "Otro ejemplo ilustrativo es el de los conocidos 'Casos Checos', los cuales se relacionan con dos procedimientos paralelos iniciados contra la República Checa de conformidad con las reglas CNUDMI; uno primero iniciado bajo el TBI entre la República Checa y los Estados Unidos de América, con sede en Londres, y otro bajo el TBI entre la República Checa y los Países Bajos, con sede en Estocolmo. Ambos casos tienen su origen en ciertas acciones y omisiones del estado huésped que alegadamente habían afectado la operación de una licencia para la explotación de un canal de televisión por parte de una compañía checa.
El primero de los casos fue iniciado por el controlante final de nacionalidad estadounidense de tal compañía local, y el segundo por parte de una sociedad intermedia incorporada en los Países Bajos, también controlada por el mismo inversor estadounidense. El resultado fue que uno de los tribunales arbitrales decidió que la República Checa no tenía que compensar al inversor estadounidense mientras el otro decidió que la sociedad holandesa debía ser compensada por más de 300 millones de dólares. Tal divergencia tuvo origen en una evaluación distinta de idénticas cuestiones legales y fácticas, y generó una situación paradójica y cuestionable para muchos: el inversor americano fue compensado a través de su participación en la sociedad holandesa pese a que su reclamo por derecho propio fracasó". Ver infra cita No. 619.

[530] Enrique Fernández Masiá, "Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras". En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Vol. 11, 2006, p. 10. "...el Secretariado del CIADI aconsejó a las partes que designasen a los mismos árbitros en los asuntos Salini Constructtori S.p.A. e Italstrade S.A. v. Marruecos y Consortium R.F.C.C. v. Marruecos, que estaban fundamentados en los mismos hechos y donde se basaba la competencia del tribunal arbitral en la misma cláusula de resolución de controversias del TPPI entre Marruecos e Italia. Esta idea, sin embargo, en el ámbito del arbitraje CIADI no es nueva pues como señala E. OBADIA, ya se adoptó esta misma medida en relación con tres arbitrajes contra un mismo Estado basados en los mismos hechos… [que] creo que debe referirse a los asuntos Alcoa, Kaiser y Reynolds contra Jamaica". Project on International Courts and Tribunals y Universite de Geneve, "*Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently? (Preliminary Report)*", ob. cit., p. 8. "*…one finds the practice of arbitral institutions to set up (or encourage the parties to set up) tribunals composed of the same arbitrators for related cases. Examples in recent ICSID practice are R.F.C.C. v. Morocco and Salini v. Morocco or the four Aguas v. Argentine water concession cases, or the two EDF v. Argentine electricity concession cases*". Ignacio Suárez Anzorena, "Acumulación de arbitrajes bajo tratados

de facto dos o más procedimientos vinculados, mediante la designación de los mismos árbitros en dos o más paneles arbitrales.

Es cierto que, por ejemplo, en Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República de Argentina (Caso ARB/03/13) se integró a este procedimiento arbitral otro seguido por BP America Production Company y otros c. República Argentina (Caso ARB/04/8), habiéndose establecido que ambos casos se considerarían como un solo procedimiento y que el tribunal arbitral emitiría una sola decisión sobre su jurisdicción, como de hecho lo hizo el 27 de julio de 2006. Sin embargo, esto se logró gracias al acuerdo unánime de todas las partes involucradas y al hecho de que se había designado a las mismas personas como árbitros en ambos casos.[531]

Pero, cuando no existe una voluntad unánime como la identificada en el párrafo precedente,[532] no cabe duda que la respuesta que da el CIADI a esta materia no es del todo eficiente, ya que no existe manera de imponer la constitución de un solo tribunal arbitral que elimine el riesgo de fallos contradictorios y que permita la correcta administración del arbitraje.

---

bilaterales de inversión", ob. cit., p. 118. "...varios de los reclamos contra la República Argentina relacionados con la crisis de finales de 2001 fueron... acumulados de hecho al coordinar las partes la nominación de árbitros. Tres casos relativos a compañías de servicios sanitarios, tres casos de compañías petroleras y dos casos de los accionistas de una misma compañía están siendo tratados por tribunales de composición similar o idéntica".

[531] La decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006, se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/PanAmericanBPJurisdiction.pdf.

[532] Por ejemplo, en Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/19) y AWG Group Ltd. c. República Argentina, gracias a que Argentina hizo saber su plena conformidad, se acumuló al procedimiento arbitral CIADI el seguido por AWG Group Ltd., cuyo procedimiento, sin embargo, se encuentra regulado por el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

Acerca del requisito de la unanimidad que se suele exigir para proceder a la consolidación de procedimientos arbitrales, leer a: Project on International Courts and Tribunals y Universite de Geneve, *"Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently? (Preliminary Report)"*, ob. cit., pp. 19-34.

Es pues ante el silencio no solo del Convenio CIADI, sino además de otros principales reglamentos que regulan la práctica del arbitraje en materia de inversiones, como son el Mecanismo Complementario del CIADI y el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL,[533] que diversos tratados bilaterales y multilaterales vienen estableciendo disposiciones especiales acerca de la consolidación de procedimientos arbitrales referidos a inversiones. El primero en hacerlo ha sido el NAFTA,[534] luego de lo cual se ha incorporado una disposición similar en el CAFTA, en los TLCs Estados Unidos de América con Chile, Singapur, Marruecos y el Perú[535] y en varios BITs celebrados por el Canadá y los Estados Unidos de América, al amparo de sus nuevos modelos de BITs.[536]

---

[533] Enrique Fernández Masiá, "Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras", ob. cit., pp. 10-11. "…ni el sistema CIADI ni su Mecanismo Complementario ni tampoco las Reglas de la CNUDMI prevén expresamente la posibilidad de una acumulación de los procedimientos".

[534] Henri C. Alvarez, *"Arbitration under the North American Free Trade Agreement"*. En: Arbitration International, Vol. 16, No. 4, 2000, p. 414. *"Although mandatory consolidation is not widely accepted in private commercial arbitration, it makes good sense in the case of Chapter 11 of NAFTA, which is not the usual private, consensual context of international commercial arbitration. Rather, Chapter 11 creates a broad range of claims which may be brought by an equally broad range of claimants who have mandatory access to a binding arbitration process without the requirement of an arbitration agreement in the conventional sense nor even the need for a contract between the disputing parties. In view of this, some compromise of the principles of private arbitration may be justified"*. Leer además a: Henri C. Alvarez, *"Arbitration under the North American Free Trade Agreement"*. En: International Arbitration in Latin America, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 337-339.

[535] Ver el artículo 10.25 del TLC Estados Unidos de América-Perú. El artículo 11.25 del TLC Perú-Chile es idéntico.

[536] Project on International Courts and Tribunals y Universite de Geneve, *"Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently? (Preliminary Report)"*, ob. cit., p. 19. *"A basis for consolidation exists in certain treaties, first and foremost NAFTA as well as other recent free trade agreements and BITs"*. Enrique Fernández Masiá, "Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras", ob. cit., p. 12. "En este caso analizamos los artículos 32 del TPPI Modelo de Canadá de 2003 y el artículo 33 del TPPI Modelo de Estados Unidos de 2004. La estructura en relación con las disposiciones de métodos de resolución de controversias Estado-inversor de estos TPPI modelo se repite de manera similar en los distintos Acuerdos comerciales tanto bilaterales como multilaterales negociados por estos Estados en los últimos tiempos. Nos estamos refiriendo al Acuerdo USA-Singapur, al Chile-USA, al Marruecos-USA, al DR-CAFTA-USA, al Chile-Canadá". Ignacio Suárez Anzorena, "Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión", ob. cit., p. 116. "…en

A la fecha, la experiencia en materia de consolidación de procedimientos arbitrales es limitada, ya que hasta donde tenemos conocimiento, solo se han reportado dos casos NAFTA sobre este particular.[537]

En efecto, nos estamos refiriendo a las decisiones de los Tribunales de Acumulación, en los seguidos por Cantor Corporation c. Estados Unidos de America, Tembec et al. c. Estados Unidos de América y Terminal Forest Products Ltd. c. Estados Unidos de América, orden de consolidación de 7 de septiembre de 2005;[538] y, Corn Products International Inc c. México (Caso ARB(AF)/04/1) y Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c. México (ICSID ARB(AF)/05/5), orden de consolidación de 20 de mayo de 2005.[539]

Ambas solicitudes de consolidación recibieron respuestas distintas. Mientras que en el caso contra México se decidió no consolidar las demandas arbitrales aun cuando se referían a reclamos conexos debido, esencialmente, a que ambos demandantes eran competidores en el mismo mercado, en el caso contra los Estados Unidos de América se ordenó la consolidación, ya que al tratarse de demandas conexas, era justo y eficiente que se resolvieran conjuntamente.[540]

---

el TBI entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay, el cual sigue los lineamientos del Modelo de Tratado de Inversiones de los Estados Unidos de América (US Model BIT)". Ver también el artículo 32 del BIT Perú-Canadá.

[537] No es nuestra intención describir aquí el procedimiento que corresponde seguir en estos casos. Quién desee profundizar en este tema, conviene que lea a: Enrique Fernández Masiá, "Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras", ob. cit., p. 12; e, Ignacio Suárez Anzorena, "Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión", ob. cit., pp. 117-118.

[538] La decisión se ubica en: www.state.gov/documents/organization/53113.pdf.

[539] La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/Corn_Archer_order_en.pdf.

[540] Ignacio Suárez Anzorena, "Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión", ob. cit., pp. 119-120. "En un primer caso, un Tribunal de Acumulación rechazó la solicitud del gobierno de México de acumular dos reclamos cuestionando un impuesto a las bebidas refrescantes. En un segundo caso, un Tribunal de Acumulación acogió la solicitud en igual sentido formulada por el gobierno de los Estados Unidos de América con relación a tres procedimientos arbitrales cuestionando ciertas medidas impositivas y compensatorias sobre las exportaciones de madera blanda canadiense.

En todo caso, más allá de estas respuestas, queda aun pendiente por analizar la manera como los tribunales arbitrales CIADI enfrentarán estas reglas de consolidación de arbitrajes contenidas en tratados ajenos al Convenio CIADI.

Por otro lado, con la finalidad de elevar los niveles de transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y estados,[541] diversos tratados relativos a inversiones están disponiendo el acceso público al expediente arbitral, la realización de audiencias abiertas al público y la intervención de "amicus curiae".[542] Tal vez aquí nuevamente sea el NAFTA el primero en haber

---

Mientras los reclamos contra Estados Unidos fueron acumulados en cabeza del tribunal constituido para decidir sobre la solicitud de acumulación, los reclamos contra México fueron reenviados a los tribunales originalmente constituidos para decidir tales disputas.
Las decisiones referidas involucran interesantes contrapuntos conceptuales. La distinción fundamental entre una y otra se relaciona con el énfasis acerca de cuales son los intereses que las normas sobre acumulación intentan preservar.
En los casos contra México, el tribunal rechazó la solicitud de la demanda por considerar, en lo fundamental, que coordinar ambos procedimientos sería engorroso, y que por tratarse de demandantes que son competidores en el mercado, sería necesario disponer complejas medidas procesales para resguardar la confidencialidad de los procedimientos. Se advierte en la decisión un particular énfasis en preservar la comodidad y conveniencia de las partes actoras como parámetro para determinar la acumulación.
El tribunal en los casos contra Estados Unidos, por su parte, desarrolló un puntilloso y convincente análisis cuestionando directa e indirectamente las premisas que subyacen a la decisión que rechazó la solicitud de acumulación de México. Para este tribunal, el principal fundamento de las disposiciones sobre acumulación en el capítulo 11 del NAFTA es evitar que los estados sufran un acoso procesal por tener que defenderse de manera separada frente a reclamos que surgen de un mismo núcleo fáctico-circunstancial. Bajo esta premisa, la conveniencia y comodidad de las partes actoras, si bien relevante, pierde fuerza relativa como factor de una decisión acerca de si corresponde dictar una orden de acumulación o no". Leer también a: Enrique Fernández Masiá, "Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras", ob. cit., pp. 7-8.

[541] Sobre los antecedentes de esta corriente que promueve una mayor transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y estados, leer a: Andrew Tweeddale, *"Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception"*. En: Arbitration International, Vol. 21, No. 1, 2005, pp. 60-61.

[542] Loukas A. Mistelis, *"Confidentiality and Third Party Participation. UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States"*. En: Arbitration International, Vol. 21, No. 2, 2005, p. 211. *"…the issue of confidentiality has different dimensions in the context of international investment and trade disputes. The participation of states, state entities, sub-divisions and agencies of states in international disputes can be a matter of general public interest and shift the emphasis from privacy and confidentiality to knowledge and accountability"*.

regulado estos criterios de transparencia,[543] que luego han sido trasladados a los recientes TLCs y BITs celebrados por los Estados Unidos de América con Singapur, Chile y el Perú, entre otros.

Así, por ejemplo, los artículos 10.20.3 y 10.21 del TLC Estados Unidos de América-Perú, disponen lo siguiente:

"Artículo 10.20.3. El tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea una parte contendiente. Cada comunicación deberá identificar su titular y cualquier persona u organización que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación de la comunicación".[544]

"Artículo 10.21. Transparencia de las Actuaciones Arbitrales
1. Con sujeción a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:
(a) la notificación de intención;
(b) la notificación de arbitraje;
(c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el Artículo 10.25;
(d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y
(e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.
2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin

[543] Ver, por ejemplo, la Declaración Conjunta de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, sobre la participación de partes no contendientes, de 7 de octubre de 2003. En: www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/pdfs/participacion.pdf. Ver también los portales de Canadá (www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp), de los Estados Unidos de América (www.state.gov/sl/c3439.htm) y de México (www.economia.gob.mx), en los que se ubicará toda la información acerca de los procedimientos arbitrales seguidos por inversionistas conforme a este tratado.

[544] Ver, además: artículo 10.19.3 del TLC Estados Unidos de América- Chile, artículo 15.19.3 del TLC Estados Unidos de América-Singapur, artículo 10.20.3 del TLC Estados Unidos de América-América Central y República Dominicana –CAFTA, artículo 11.20.3 del TLC Perú-Chile y artículo 39° del BIT Perú-Canadá.

embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación...".[545]

Obviamente las disposiciones que obligan a que se realicen audiencias arbitrales públicas van en contra del principio de privacidad del arbitraje, el cual es plenamente aceptado en el ámbito del arbitraje privado.[546] Sin embargo, como hemos comprobado líneas arriba, tratándose del arbitraje entre inversionistas y estados, son cada vez más los tratados que, en razón de la transparencia, abren las audiencias arbitrales al público.

La misma situación se presenta con la autorización de que se puedan introducir comunicaciones "amicus curiae",[547] ya que como parte del principio de

---

[545] Ver, además: artículo 11.21 del TLC Perú-Chile, artículo 10.20 del TLC Estados Unidos de América-Chile, artículo 10.21 del TLC Estados Unidos de América-América Central y República Dominicana –CAFTA, artículo 15.20 del TLC Estados Unidos de América-Singapur y artículo 38° del BIT Perú-Canadá. Sobre este particular, leer a: Scott R. Jablonski, *"!Sí, Po! Foreign Investment Dispute Resolution does have a place in Trade Agreements in the Americas: A comparative look at Chapter 10 of the United States-Chile Free Trade Agreement"*, ob. cit., pp. 653-654; y, David A. Gantz, *"The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement"*, ob. cit., pp. 747-752.

[546] Loukas A. Mistelis, *"Confidentiality and Third Party Participation. UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States"*, ob. cit., pp. 220-221. *"A particular expression of privacy of international arbitration is that only directly involved parties, i.e. parties to the arbitration agreement and their legal representatives, are involved in the arbitration proceedings. No 'third party' can participate without the clear consent of the parties"*. ICC Commission on International Arbitration, *"Report on Confidentiality as a purported obligation of the parties in Arbitration"*, Document No. 420/20-009 Rev, 2002, p. 10. *"It is commonly provided in institutional arbitration rules that an arbitration conducted under those particular rules shall be held in private… Outsiders are generally not allowed to attend arbitral hearings and have no right of access to the written record of the proceedings"*.

[547] Como indicó el tribunal arbitral en la resolución de 19 de mayo de 2005, en el caso Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/19), "...el papel de *amicus curiae*... es similar al de un amigo de la corte, tal como ha sido reconocido en ciertos sistemas jurídicos y, recientemente, en un cierto número de procedimientos internacionales. En esos casos, una persona que no es parte en la diferencia ofrece, en calidad de 'amigo', proporcionar a la corte o tribunal sus perspectivas especiales, argumentos, o conocimientos especializados sobre la controversia, usualmente en forma de un escrito o presentación *amicus*

privacidad se ha considerado que sólo pueden participar en el arbitraje las partes del procedimiento. Sin embargo, como bien indicó el tribunal arbitral NAFTA en el caso Methanex Corporation c. México en su resolución de 15 de enero de 2001, el interés público en la materia sometida a arbitraje, como la necesidad de hacer más transparente los procesos arbitrales, justifican autorizar la presentación de comunicaciones "amicus curiae".[548]

Por su parte, la obligación de que los estados pongan a disposición del público en general información relevante del expediente arbitral afecta la confidencialidad del arbitraje.[549] Sin embargo,

---

curiae". La resolución se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0319-AC-sp-pdf.

[548] *"49. There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: there are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerful suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive"*. La resolución se ubica en: www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/Cases_eua/Methanex/laudos/Decision_Amicus.pdf. Loukas A. Mistelas, *"Confidentiality and Third Party Participation. UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States"*, ob. cit., p. 221. *"Where the public interest is compelling and the arbitration is public enough in nature, e.g. under NAFTA Chapter 11, amicus briefs have been admitted by arbitration tribunals constituted under UNCITRAL Arbitration Rules"*.

Ver también la decisión de 17 de octubre de 2001, del tribunal arbitral en el caso NAFTA United Parcel Service of America Inc. c. Canadá, en la que se aceptó la intervención de "amicus curiae". El fallo se ubica en: www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/Casos_canada/Ups/laudo/Decision_on_Amicus.pdf. Sobre este particular, leer a: Paul Friedland, "El papel de los escritos 'amicus curiae' en el arbitraje internacional". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 4, Bogotá, 2006, pp. 132-137.

[549] Como apunta Loukas A. Mistelis, *"Confidentiality and Third Party Participation. UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States"*, ob. cit., p. 212, *"[c]onfidentiality, in its purest form, means that the existence of the arbitration, the subject matter, the evidence, the documents that are prepared for and exchanged in the arbitration, and the arbitrators' awards and other decisions cannot be divulged to any third parties"*. Jose Rosell, *"Confidentiality and Arbitration"*. En: Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 9, 2002, p. 19, *"[c]onfidentiality has traditionally been considered as one of the intrinsic elements of arbitration"*. Ver además, supra punto No. I.1.2.

nuevamente este principio cede ante la necesidad de generar transparencia en este tipo de controversias.[550]

En el caso del arbitraje CIADI, observamos que los árbitros han tenido problemas para desarrollar reglas de transparencia como las identificadas, debido a ciertas limitaciones contenidas en el Convenio CIADI y más precisamente en las Reglas de Arbitraje, como quedó demostrado en la comunicación de 29 de enero de 2003 que el presidente del tribunal arbitral del caso Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia (Caso ARB/02/3) cursó a unos peticionarios que deseaban intervenir como "amicus curiae", participar en las audiencias y acceder a los documentos: "Es opinión unánime del Tribunal que éste no es competente para acceder a sus solicitudes básicas. La interrelación de dos tratados en cuestión (el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el Acuerdo Bilateral sobre Promoción y Protección de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, de 1992) y el carácter consensual del arbitraje hacen que las cuestiones que ustedes plantean deban ser resueltas por las partes, y no por el Tribunal. A éste, en especial, le resulta manifiestamente claro que, a falta de consentimiento de las partes, carece de la potestad de admitir la intervención en los procedimientos de entidades que no sean partes; dar acceso a audiencias a tales entidades y, a fortiori, al público en general, o hacer públicos los documentos de los procedimientos".[551]

Si bien es cierto que en dos decisiones posteriores en los seguidos por Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e

---

[550] Édouard Bertrand, "*The Confidentiality of Arbitration: evolution or mutation following Esso/BHP vs. Plowman*". En: La Revue de Droit International des affaires, No. 2, 1996, pp. 172-176; Cindy G. Buys, "*The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*". En: The American Review of International Arbitration, Vol. 14, 2003, pp. 122-137; y, Alexis C. Brown, "*Presumption meets reality: An exploration of the confidentiality obligation in International Commercial Arbitration*". En: American University International Law Review, 2001, pp. 970-1023.

[551] Esta comunicación ha sido identificada por el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 21 de octubre de 2005, parágrafos 15-18. La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/AdT_Decision-sp.pdf. Sobre este particular, leer a: Andrew Tweeddale, "*Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception*", ob. cit., pp. 64-65; y, Paul Friedland, "El papel de los escritos 'amicus curiae' en el arbitraje internacional", ob. cit., pp. 137-139.

InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/17) y Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/19),[552] los tribunales arbitrales compuestos por los mismos árbitros decidieron autorizar la participación de "amicus curiae",[553] no es menos cierto que en ambos casos se identificó que las reglas del CIADI impedían que los terceros pudieran participar en las audiencias y acceder a información existente en el expediente arbitral.[554]

Estas limitaciones para poder introducir reglas de transparencia en los arbitrajes identificadas por diversos tribunales arbitrales, motivaron la inmediata reacción de la Secretaría General del CIADI, la cual en octubre de 2004 sometió a consideración general diversas modificaciones a las Reglas de Arbitraje.[555]

Luego de meses de debate, el 10 de abril de 2006 entraron en vigencia las modificaciones dispuestas por el CIADI, destacando, entre otras, las nuevas reglas 32[556] y 37[557] de las Reglas de Arbitraje, que habilitan

---

[552] Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/17), resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae*, de 17 de marzo de 2006; y, Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/19), resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *Amicus Curiae*, de 19 de mayo de 2005. Las decisiones se ubican en: http://ita.law.uvic.ca/documents/AguasAmici-17March2006-sp.pdf y www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0319-AC-sp-pdf.

[553] En líneas generales, ambas decisiones siguieron la decisión en el caso NAFTA Methanex Corporation c. México. Ver supra cita No. 548. Leer a: Paul Friedland, "El papel de los escritos 'amicus curiae' en el arbitraje internacional", ob. cit., pp. 139-141.

[554] Así, por ejemplo, en el caso ARB/03/17, el tribunal arbitral fue de la opinión que la Regla 32(2) de las Reglas de Arbitraje condicionaba la presencia y la participación de terceros en las audiencias al previo consentimiento de las partes y, tratándose del acceso a los documentos del proceso, identificaron "...ciertas limitaciones contenidas en el Convenio del CIADI y sus Reglas de Arbitraje".

[555] Franz Kundmuller Caminiti, "El arbitraje y los tratados de libre comercio", ob. cit., p. 168. "Las propuestas de modificación que tienen que ver con la transparencia en CIADI, se refieren en general a... la necesidad de regular con mayor detalle los temas relativos a la participación de terceros, incluidos los 'amicus curiae'...".

[556] Regla 32(2) de las Reglas de Arbitraje.- "Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá

la participación de terceros en las audiencias arbitrales y autorizan la intervención de "*amicus curiae*".

XII.5. **LA LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA**

Al momento de dictar el laudo arbitral, los árbitros deberán aplicar al fondo de la controversia las normas de derecho acordadas por las partes[558] y, a falta de acuerdo, "...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" (artículo 42(1) del Convenio CIADI).[559] Incluso podrán fallar ex aequo et bono si así lo acuerdan expresamente las partes.

---

permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida".

[557] Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje.- "(2) Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla 'parte no contendiente') que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:
(a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia;
(b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;
(c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.
El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente".

[558] Peter Feuerle, *"International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of The Convention on the Settlement of Investment Disputes"*. En: Yale Journal of World Public Order, Vol. 4, No. 1, 1977, p. 103. *"The first sentence of Art. 42(1) makes clear that the parties themselves are primarily competent to determine the law applicable to their relationship".*

[559] Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, ob. cit., pp. 255-256. El autor explica que "...el término 'derecho internacional', cuando se usa en este contexto, se entenderá en el sentido que le atribuye el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia".

Verifiquemos que la primera parte del artículo bajo análisis establece que las partes pueden pactar la aplicación de "norma de derecho", lo que significa que pueden apelar libremente a una legislación en particular,[560] a la aplicación de diferentes legislaciones nacionales a los diversos componentes de su contrato, a la aplicación de reglas que sean comunes a dos o más legislaciones nacionales, a principios generales, a normas del Derecho Internacional, o a una combinación de legislación nacional con normas del Derecho Internacional, etc.[561]

En otras palabras, el Convenio CIADI otorga a las partes plena libertad para establecer las normas que serán de aplicación en la solución de su conflicto en particular.[562]

---

[560] Peter Feuerle, *"International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of The Convention on the Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 103. *"It is equally clear that the parties are not confined to selecting any one legal system as a whole. Such a constraint might have been implied had the drafters chosen to allow the parties to determine 'the law'".*

[561] Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 54. *"By referring to agreed 'rules of law', the ICSID Convention opens up other possibilities. These include the subjection of different issues to rules derived from different legal systems, or depecage. They also include the submission of the parties' relationship to rules common to two or more national legal systems, to combinations of national and international law or to a law frozen in time or subject to certain modifications.* Okezie Chukwumerije, *"International Law and Article 42 of the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 85. *"The legislative history of the Convention makes it clear that the parties can choose either municipal or international law, or a combination of the two. They can choose the law of the host State, with or without modifications or qualifications. They may, for example, wish to stabilize the law or use other methods to immunize the contract from aspects of the laws of the State party. The use of the phrase 'rules of law' in Article 41(1) raises the possibility that the parties can choose not to subject their entire agreement to one source of law, but rather apply rules of selected legal systems to particular aspects of their agreement".* Peter Feuerle, *"International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of The Convention on the Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 103. *"…the language, 'rules' of law, indicates that they may select not merely a national legal system, but also general principles, international law, or specific rules of different systems, as well as such rules of an international law merchant as they may deem desirable".*

[562] Okezie Chukwumerije, *"International Law and Article 42 of the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 85. *"The consensual character of the Convention extends to its recognition of the autonomy of the parties in designing the framework for their arbitration. This autonomy is reflected in the first part of Article 42 which provides that ICSID tribunals shall decide in accordance 'with such rules of law as may be agreed by the parties'…*

En la práctica, sin embargo, como explica Delaume[563] la gran mayoría de contratos refieren a la legislación del estado receptor de la inversión como la ley aplicable. Esto en teoría no debería ser un problema, ya que, como hemos visto, el Convenio CIADI reconoce en las partes plena autonomía para fijar las normas de derecho aplicables a sus contratos.[564]

Es en todo caso en este escenario, cuando existe el pacto expreso de las partes acerca de la aplicación de una legislación nacional en concreto, que surge la duda acerca de si el Derecho Internacional resulta aplicable.[565]

Parties to an ICSID arbitration therefore have complete autonomy in choosing the law to govern the substance of the dispute between them". Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention",* ob. cit., p. 54. *"In short, under the ICSID Convention parties enjoy what the Institute of International Law has, in its 1989 Resolution on Arbitration between States and Foreign Enterprises, termed 'full' autonomy in respect of the selection of the applicable substantive law".*

563 Georges R. Delaume, *"The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts".* En: Lex Mercatoria and Arbitration, Thomas E. Carbonneau (Ed.), Juris Publishing, 1998, pp. 113-114. *"In the vast majority of state contracts, provisions relating to the applicable law refer to some municipal law as the proper law of the contract. When the contract involves primarily transactions that are to be performed in the country of the state party, the law of that state normally governs the relationship. This is the case with construction and management contracts, turnkey contracts, licensing agreements regarding transfers of technology, and investment agreements between a host state and foreign investors".*

564 Okezie Chukwumerije, *"International Law and Article 42 of the ICSID Convention"*, ob. cit., pp. 85-86. *"Given the Convention's emphasis on the autonomy of the parties, and upon a literal reading of Article 42, it would seem clear that the tribunal is bound to apply the law chosen by the parties, as this is the primary method of determining the applicable substantive law in ICSID arbitrations".*

565 Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 30. *"Despite its apparent simplicity, Article 42(1) has probably generated more debate than any other provision of the ICSID Convention"*. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.6. Applicable Law**, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 9. *"The question remains, whether international law will be taken into account by an ICSID tribunal if it is not mentioned in an agreement on choice of law. There are good reasons for the proposition that there is at least some place for international law even in the presence of an agreement on choice of law which does not mention it".*

En efecto, Shihata[566] afirma que durante la etapa de redacción del Convenio CIADI se consideró que el Derecho Internacional jugaría varios roles, como el de llenar vacíos y cubrir lagunas de la legislación nacional aplicable. Pero, además, afirma que se previó la posibilidad de que el Derecho Internacional se aplicara por sobre una legislación nacional, cuando ese marco legal o los actos practicados bajo su imperio violaran el Derecho Internacional.[567]

La primera función de llenar vacíos y cubrir lagunas, ha sido reconocida en varios fallos arbitrales del

---

[566] Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 56. *"The drafters of the Convention however envisaged further roles for international law. In the event of a lacuna in the applicable national law, the arbitrators could turn to international law to fill the gap. More significantly, during the drafting of the Convention, the provision of the second sentence of the first paragraph of Article 42 was seen as authorizing the arbitrators, in their application of international law, to set aside the applicable national law when it, or an action taken under it, violated international law. During the drafting of the Convention, examples given of such a violation included situations where a State changed its own law to harm a foreign investor. The promulgation of legislation which authorizes expropriation without compensation would represent such a situation".*

[567] W. Michael Reisman, *"The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law provision and the Question of Its Threshold"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 15, No. 2, 2000, pp. 378-379. *"In an article published shortly after the conclusion of the conference, which appeared in a Festschrift for the late Martin Domke, Dr. Broches reviewed the applicable law regime in the Convention in terms of textual analysis and legislative history. He concluded:*
'I believe that the final text achieves all the objectives that could be reasonably pursued within the framework of the Convention:
(a) Article 42(1) clearly establishes party autonomy as the basic principle governing the law to be applied by the tribunal.
(b) The remainder of Article 42(1) gives subsidiary rules for the case where the parties have failed to prescribe the applicable law. Under these subsidiary rules the tribunal may apply both national and international law. The history of the provision leaves no doubt, in my opinion, that the tribunal may apply international law (i) where national law calls for its application, (ii) where the subject matter is directly regulated by international law (a case which may not be easily distinguishable in practice from (i)) and (iii) where national law or action taken thereunder violates international law". United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.6., p. 23. *"The relationship of international law to the host State's domestic law has turned out to be a complex question. During the drafting of the Convention, it was made clear that international law would prevail where the host State's domestic law violated international law. At the same time, an important role for international law was seen in the filling of gaps in the host State's law".*

CIADI.[568] Tal es el caso de Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República de Egipto (Caso ARB/84/3), en el que los árbitros recurrieron directamente al Derecho Internacional para cubrir lagunas del derecho nacional aplicable.

La segunda función por la cual el Derecho Internacional se aplicará por encima de una legislación nacional pactada, es cuando esa legislación o los actos practicados bajo su marco violan el Derecho Internacional.[569] Si bien esta función también ha sido afirmada en varios fallos arbitrales,[570] se mantiene la duda acerca de sus reales alcances, ya que una cosa es que el Derecho Internacional se aplique en casos

---

[568] Ibídem, p. 23. *"The formula of the supplemental… effect of international law ha[ve] since been accepted. The function of international law is to close any gaps in domestic law…".*

Si bien al parecer existe a nivel del CIADI una pacífica aplicación del Derecho Internacional en estos casos, autores como Okezie Chukwumerije, *"International Law and Article 42 of the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 86, consideran que: *"It is true that Article 42(2) suggests that if the law chosen by the parties is silent in the point at issue, the tribunal must find a way of filling the gaps…* [But this situation] *does not entitle the tribunal to immediately resort to international law or other source of law in cases of gaps in the law chosen by the parties. It would seem that given the primacy accorded to party autonomy in the choice of applicable substantive law, the responsability of the tribunal is to use the gap-filling mechanism present in the system of law chosen by the parties".*

[569] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 30. *"As the tribunal in the Santa Elena v. Costa Rica case explained, '[t]o the extent that there may be any inconsistency between the two bodies of law, the rules of public international law must prevail".*

[570] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.6., p. 23. *"The formula of the… corrective effect of international law ha[ve] since been accepted. The function of international law is to… remedy any violations of international law which may arise through the application of the host State's law".*

En ese sentido, recomendamos revisar la decisión sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. y Klockner Handel-smaatschappij B.V. c. República del Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Caso ARB/81/2), como el segundo laudo arbitral emitido en el caso Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1). Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., pp. 30-31. *"According to the tribunal in Amco v. Indonesia, 'where there are applicable host-state laws, they must be checked against international laws, which will prevail in case of conflict. Thus international law is fully applicable and to classify its role as 'only' 'supplemental and corrective' seems a distinction without a difference".*

extremos,[571] y otra muy distinta que se aplique siempre por encima de la legislación nacional pactada por las partes, como parece ser la posición asumida por muchos tribunales arbitrales CIADI.[572]

Por otro lado, cuando las partes no han pactado la ley aplicable en su contrato,[573] el dispositivo bajo estudio

---

[571] Okezie Chukwumerije, *"International Law and Article 42 of the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 91, cita a Broches, quien considera que es posible la aplicación del Derecho Internacional en estos casos, pero sólo en situaciones extremas: *"A persuasive case can be made for the proposition that the choice by the parties of the host State law should not bar an international tribunal from applying fundamental precepts of international law in the face of demonstrated arbitrary or discriminatory action or reliance in bad faith on the State's law in order to escape its obligations. Parties may admittedly exclude any recourse at all to international law, but it is unreasonable to assume that the specification of an applicable national law is intended to or should have this effect".*

Es más, en otra cita de Broches (p. 97), se afirma que durante la redacción de la Convención, *"the Legal Committee had been clearly in favour of permitting the tribunal to apply international law particularly in cases where a State changed its law to the detriment of an investor and in violation of an agreement not to do so. In such a case international law would not question the power of the sovereign State to change its law, but could hold that State suitable in damages to the investor whose rights it had violated through an act inconsistent with international law".*

[572] Ibídem, pp. 97-98. *"It is one thing to argue that the applicable municipal law will be overridden in appropriate cases by the international law principles of good faith and pacta sunt servanda, but quite a different thing to suggest that international law prevails in each instance where there is a conflict between it and the applicable municipal law standard… [nevertheless] [s]everal ICSID tribunals have come to the conclusion under the subsidiary provision international law invariably prevails in the event of conflict between the two sources".*

[573] Aquí surge la duda acerca de si el pacto sobre la ley aplicable debe ser expreso, o si cabe identificar un pacto "implícito" que se pueda deducir de los hechos y las circunstancias de la relación en particular. Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 55, considera que sí es posible identificar pactos implícitos: *"It has been said by the principal drafter of the ICSID Convention that party agreement on applicable law must, for the purposes of the first paragraph of Article 42 of the Convention, be express… Yet at an early stage of the preparation of the Convention it was said that an arbitral tribunal could also be bound by 'an implicit agreement which could be deduced from the facts and circumstances of the relationship between the parties'. In addition, awards of some ICSID arbitral tribunals… at least leave open the possibility that the parties' agreement on applicable law may be implicit.*
…To the extent that an implied agreement on applicable law can be relied in the context of the ICSID Convention, the test for finding such an agreement may well be the one embodied in the 1980 European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. This is that the choice of law, if implied, must be demonstrated 'with reasonable certainty' by the terms of the parties' contract or the circumstances of the case".

establece que será de aplicación por el tribunal arbitral "...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".

Aquí entendemos que cabe la aplicación del Derecho Internacional, constituido por las fuentes identificadas en el artículo 38(1) de la Corte Internacional de Justicia,[574] que dispone lo siguiente:

"1. La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;[575]

Por su parte, Okezie Chukwumerije, *"International Law and Article 42 of the ICSID Convention"*, ob. cit., pp. 93-94, cita el caso Asian Agricultural Products Limited c. República Democrática Socialista de Sri Lanka (Caso ARB/87/3), en el que el tribunal arbitral afirmó que sí era posible identificar implícitamente la norma de derecho aplicable, siempre y cuando fuere inequívoco e incontrovertible: *"[T]he choice-of-law process would normally materialize after the emergence of the dispute, by observing and construing the conduct of the Parties throughout the arbitration proceedings… This approach will be permissible where the indication sought is unequivocal and incontrovertible. Otherwise it might subvert the significance of the second sentence of Article* 42…".

[574] Phillipe Kahn, *"The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes"*. En: Indiana Law Journal, Vol. 44, No. 1, 1968, p. 28. *"…the Report of the Executive Directors of the World Bank indicates that what was meant was the rules of international law relevant to the case and that international law is the law whose sources are indicated in Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice, with the well understood reservation of necessary adaptations since that Statute only refers to inter-State disputes"*. Ibrahim F.I. Shihata, *"Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 57. *"The Report of the World Bank Executive Directors on the ICSID Convention explains that the term 'international law' in the provision of the second sentence of the first paragraph of Article 42 of the Convention should be understood in the sense given to it by the first paragraph of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice".*

[575] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.6., p. 20. *"Customary international law offers important guidance in investment disputes. Its rules on the minimum standard for the treatment of aliens including their property, more specifically on expropriation and compensation, on the prohibition of denial of justice and on State responsability for injury to aliens are obvious examples".*

c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;[576]
d) las decisiones judiciales o la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho…".

Sin embargo, en este supuesto también se presentan dudas, ya no acerca de la aplicación del Derecho Internacional, sino respecto a la secuencia y primacía que los árbitros le deben dar a la ley del estado receptor de la inversión y al Derecho Internacional.[577]

La doctrina[578] e inclusive la jurisprudencia del CIADI,[579] consideran que siempre corresponderá aplicar

---

[576] Ibídem, pp. 20-21. *"General principles of law are found through a process of comparative law whereby features common to domestic legal systems are established. General principles of law are particularly useful in areas of the law which involve non-State actors such as investment relationships and are an important source of international law in ICSID cases. Among those general principles of law usually recognized by ICSID tribunals are the general principles of contract law including pacta sunt servanda and the exceptio non adimpleti contractus, estoppel, unjust enrichement, full compensation of prejudice resulting from a failure to fulfill contractual obligations, general principles of due process, the claimant bears the burden of proof and res judicata".*

[577] Georges R. Delaume, *"The Proper Law of State Contracts and the Lex Mercatoria: A Reappraisal"*. En: ICSID Review –Foreign Investment Law Journal, Vol. 3, No. 1, 1988, p. 91. *"…Article 42(1) does not supply positive guidance regarding the sequence of application of domestic and international law rules".*

[578] Okezie Chukwumerije, *"International Law and Article 42 of the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 96, cita a Broches, quien considera que: *"The tribunal will first look at the law of the host State and that law will in the first instance be applied to the merits of the dispute. Then the result will be tested against international law. That process will not involve the confirmation or denial of the validity of the host State's law, but may result in not applying it where that law, or action taken under that law, violates international law. In that sense… international law is hierarchically superior to national law under Article 42(1)".* Georges R. Delaume, *"The Proper Law of State Contracts and the Lex Mercatoria: A Reappraisal"*, ob. cit., p. 91. *"In the normal course of events, it is so be expected that the tribunal would first apply the law of the host State, which is the law having the closest connection with the investment agreement, subject to testing the results of its findings against international law norms. This assumption finds support both in the legislative history of the ICSID Convention, and in decisions rendered in the context of ICSID proceedings".*

[579] Giorgio Sacerdoti, *"Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of awards".* En: ICSID Review –Foreign Investment Law Journal, Vol. 19, No. 1, 2004, p. 23. *"Decisions based on Article 42(1), second sentence, have given precedence to international law whenever some otherwise applicable provisions of*

la ley del estado receptor de la inversión, ya que es la ley más cercana a la controversia, condicionado en todo caso a que no se viole el Derecho Internacional. Caso contrario, será la aplicación de la norma internacional.

En ese sentido, en Autopista Concesionada de Venezuela C.A. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso ARB/00/5), el tribunal arbitral en su laudo de 23 de septiembre de 2003, dispuso lo siguiente: "...el Tribunal de Arbitraje mantiene que esta controversia deberá resolverse aplicando el Decreto Ley No. 138 y el Decreto Ejecutivo No. 502 (de conformidad con la primera oración del Artículo 42(1)) y, en el caso de aquellas cuestiones no contenidas en dichos decretos, por cualquier otra norma aplicable del derecho venezolano (de conformidad con la segunda oración del Artículo 42(1)). Además, sostiene que el derecho internacional prevalecerá por sobre las normas nacionales, cuando hubiere un conflicto".[580]

---

domestic law have been found contrary to rules of international law on the treatment of foreigners. Conflicting domestic law was not applied, neither concurrently nor otherwise. Thus, in the Amco v. Indonesia case (in which the parties did not agree upon the applicable law), the ad hoc Committee found that Article 42(1) of the ICSID Convention empowers the tribunal to apply the rules of international law in order to fill a lacuna in the municipal law, and also to ensure the prevalence of the norms of international law when there is a contradiction with municipal law. The ad hoc Committee in Klockner v. Cameroon (the first and controvertial annulment under the ICSID Convention), where also the parties had not selected the applicable law, similarly decided that Article 42(1) granted precedence to the rules of international law in cases in which the municipal law could not be reconciled with the principles of international law. Statements in a similar vein were made by the tribunal in the case of Letco v. Liberia". John A. Westberg, *"The Applicable Law Issue in International Bussiness with Government Parties -Ruling of the Iran-United States Claims Tribunals".* En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 2, 1987, p. 479. *"In the recent Pyramids Plateau arbitration, which involved a claim for breach of contracts with Egypt for development of a tourism facility on the plateau adjacent to the pyramids at Giza, the parties had not agreed to an applicable law clause. The tribunal had no difficulty, in the absence of agreement of the parties, in ruling that the law of Egypt was the governing law but went on to hold that general principles of international law were a part of the law of Egypt and 'that the national laws of Egypt can be relied upon only in as much as they do not contravene said principles'. The tribunal thus applied the law of Egypt as well as applicable rules of international law to the substantive issue of Egypt's liability referring to Article 42(1) of the ICSID Convention as 'illustrative of a principle of wider application'. Under Egyptian and international law, the tribunal found that the principles of 'pacta sunt servanda' and 'just compensation for expropriatory measures' applied".*

[580] El laudo arbitral se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/Laudo_Aucoven_Venezuela.pdf.

Ahora bien, cuando un arbitraje CIADI se inicia al amparo de un BIT o un TLC, los tribunales arbitrales y la doctrina consideran que el Derecho Internacional juega un rol aun más protagónico.

En efecto, algunos BITs y TLCs expresamente establecen la aplicación del tratado y del Derecho Internacional para resolver el fondo de la controversia. Tal es el caso de, por ejemplo, el NAFTA,[581] el Protocolo de Colonia del Mercosur,[582] el Tratado de la Carta de la Energía,[583] el TLC Estados Unidos de América-Perú,[584] entre otros.[585]

En estos casos, claramente se identifica la existencia de un pacto que remite la solución de la controversia al Derecho Internacional.

---

[581] Henri C. Alvarez, *"Arbitration under the North American Free Trade Agreement"*, ob. cit., p. 328. *"Article 1131 provides a uniform, substantive rule on the law applicable to the merits of the dispute submitted to arbitration. A tribunal is required to decide the dispute in accordance with the terms of the NAFTA and applicable rules of international law"*. En efecto, esta norma dispone lo siguiente: *"A tribunal established under this section shall decide the issues in dispute in accordance with this agreement and applicable rules of international law"*.

[582] Prosper Weil, *"The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage Á Trois"*, ob. cit., pp. 410-411. *"The Colonia Investment Protocol of Mercosur (1994)… stipulates that the arbitrators shall decide the dispute in accordance with the Protocol, the law of the State party to the dispute, any contracts relating to the investment, and the applicable principles of international law"*.

[583] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit, p. 70. *"...Article 26 requires the dispute to be decided in accordance with the Energy Charter Treaty itself and with applicable rules and principles of international law"*.

[584] "Artículo 10.22: Derecho aplicable
1. Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Acuerdo y con las normas aplicables del Derecho Internacional. (…)
3. Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Acuerdo, conforme al Artículo 20.1.3 (Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal y toda decisión o laudo emitido por un tribunal deberá ser compatible con esa decisión". Ver, además, el TLC Perú-Chile (artículo 11.22.1).

[585] BIT Canadá-Uruguay (artículo XII(7)), BIT Canadá-Venezuela (artículo XII(7)), BIT Canadá-Ecuador (artículo XIII(7)), BIT Argentina-México (artículo 10(5)), BIT Argentina-Venezuela (artículo 11(4)), BIT El Salvador-Argentina (artículo 11(6)) y BIT Perú-Canadá (artículo 40°).

Es más, aun cuando el instrumento internacional aplicable remita tanto al propio tratado, al Derecho Internacional como a la legislación nacional aplicable,[586] la doctrina y la jurisprudencia claramente entienden que primarán en su aplicación las normas internacionales.[587]

---

[586] Como es el caso, por ejemplo, de los BITs Perú-Alemania (artículo 10(5).- "El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente Convenio y, en su caso, sobre la base de otros Convenios o Tratados vigentes entre las Partes; del derecho interno de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado; y, de los principios generales del Derecho Internacional"); Perú-Argentina (artículo 10(4).- "El tribunal arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Convenio, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, así como también a los principios del derecho internacional en la materia"); Perú-Paraguay (artículo 8(5).- "El tribunal arbitral podrá decidir en base al presente Convenio y a otros acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes; en base a los términos de algún acuerdo específico que pueda ser concluido con relación a la inversión; a la ley de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, inclusive sus normas sobre conflicto de leyes y aquellos principios y normas del Derecho Internacional que fueren aplicables"); Perú-Suiza (artículo 9(7).- "El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente Convenio y otros Convenios aplicables entre las Partes Contratantes, de los términos de cualquier acuerdo particular concluido en relación a la inversión, del derecho del Estado Contratante parte en la controversia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, así como los principios generales y disposiciones del derecho internacional aplicables"; y, Perú-China (artículo 8(4).- "El Centro resolverá de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflicto de leyes, las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes"). Ver también los BITs Perú-España (artículo 9(3)), Perú-Rumania (artículo 8(4)), Chile-Uruguay (artículo 8.5), Chile-Ecuador (artículo X(4)), Argentina-Canadá (artículo X(4)), Argentina-Chile (artículo X(4)) y Argentina-Panamá (artículo 9(4)).

[587] Giorgio Sacerdoti, "*Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of awards*", ob. cit., p. 26. *"The Goetz v. Burundi case is an example of BIT arbitration based on a choice of law provision in the treaty. In that case, the Belgian claimants requested the tribunal to order that a ministerial decision revoking certain tax and customs privileges originally granted to the investor be annulled; that the taxes and duties paid as a result of the withdrawn privileges be reimbursed; and that the damages suffered because of consequential interruption of activity be indemnified. In accordance with the terms of the BIT, the tribunal was required to examine the claims under both Burundi law and international law, and in case of conflict, the parties agreed that the law most favorable to the investor would apply. Having concluded that the revocation and other connected actions by the States authorities were not in violation of Burundi law, the tribunal examined the actions at issue under international law and the BIT. The tribunal... concluded that the actions of the government were tantamount to an expropriation but Burundi would not be liable if it withdrew the*

Inclusive cuando el BIT aplicable guarde silencio acerca de la ley aplicable,[588] parte de la doctrina[589] y

---

measure or paid compensation as stipulated in the BIT". El laudo arbitral se ubica en: http://ita.law.unic.ca/documents/Goetz-Award.pdf.

Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 47. *"In ICSID tribunals in the Maffezini and Vivendi cases, even in the face of applicable law clauses in the relevant BITs referencing national law, looked to the treaties and to international law. In the words of the ad hoc annulment committee in the Vivendi case:*
'in respect of a claim based upon a substantive provision of that BIT… the inquiry which the ICSID tribunal is required to undertake is one governed by the ICSID Convention, by the BIT and by applicable international law. Such an inquiry is neither in principle determined, nor precluded, by any issue of municipal law'".

Por su parte, en el laudo arbitral de 12 de abril de 2002, en los seguidos por Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/99/6), el tribunal arbitral dispuso lo siguiente: *"87. …The first sentence of Art. 42(1) requires the application of rules of law agreed by the Parties. The above-mentioned Art. 11 of the BIT provides such an agreement and thus has to be respected… While, thus, this Tribunal takes into account the law of Egypt where appropriate, consistent with its decision to consider and accept only claims under the BIT, the Tribunal shall apply the substantive provisions of the BIT for all matters regulated by the Treaty and cannot apply any provisions of national Egyptian law limiting claims found to exist under the BIT… On the other hand, both according to the 1st sentence of Art. 42(1)… and according to the 2nd sentence of Art. 42(1) of the ICSID Convention as 'rules of international law as may be applicable', the reference to and application of the BIT implies that the Tribunal may have recourse to the rules of general international law to supplement those of the BIT"*.

Además, destacamos la sentencia de una corte de apelaciones de Suecia de 15 de mayo de 2003, en el proceso de anulación de laudo arbitral seguido por la República Checa c. CME Czech Republic B.V. Si bien este caso se trató de un arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, identificamos que uno de los argumentos del estado demandante fue que el tribunal arbitral no había considerado la legislación checa, aun cuando el artículo 8.6 del BIT Países Bajos- República Checa disponía que los árbitros debían resolver la controversia considerando la ley de la Parte Contratante, las provisiones del BIT, otros acuerdos celebrados por las Partes Contratantes y los principios generales del derecho. La corte dijo (p. 93): *"The four sources of law are not numbered, nor are they otherwise marked in such a manner that governing law in the relevant contracting state should primarily be applied and general principles of international law applied thereafter. The un-numbered list almost gives the impression that the contracting states have left to the arbitrators the determination, on a case by case basis, as to which source or sources of law shall de applied. If the case concerns an alleged violation of the Investment Treaty, it might be relevant first of all to apply international law, in light of the Investment Treaty's purpose of affording protection to foreign investors by prescribing norms in accordance with international law"*. El fallo judicial se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CME2003-SveaCourtofAppeal_001.pdf.

[588] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit, p. 46. *"Most bilateral investment treaties... do not explicitly refer to the law that tribunals must apply in arbitrating disputes between investors and the host State"*. Carolyn Lamm, *"The applicable rules of law to disputes between state entities and private companies -the interaction*

la jurisprudencia,[590] consideran que corresponde interpretar que las partes tácitamente han pactado la aplicación del BIT y del Derecho Internacional.

En todo caso, aquella parte de la doctrina[591] y de la jurisprudencia arbitral[592] que considera que a falta de

---

between contract arbitration and treaty arbitration", ob. cit., p. 1. *"[BITs] …do not… typically designate the law governing the substantive rights and obligations arising under the treaty or articulate relevant choice of law rules"*.

[589] Giorgio Sacerdoti, *"Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of awards"*, ob. cit., p. 24. El autor cita a Parra, quien afirma que: *"The treaty being an instrument of international law, it is I think also implicit in such cases that the arbitrators should have recourse to the rules of general international law to supplement those of the treaty".* Carolyn Lamm, *"The applicable rules of law to disputes between state entities and private companies –the interaction between contract arbitration and treaty arbitration"*, ob. cit., p. 3. *"I believe that every BIT dispute reflects the parties' agreement, albeit implicit, on the applicable substantive law. In almost all cases, that agreement calls for the application of international law alone as the governing substantive law"*.

[590] Laudo arbitral de 2 de octubre de 2006, en el caso ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría: "290. In the *Tribunal's view, by consenting to arbitration under Article 7 of the BIT... the Parties also consented to the applicability of the provisions of the Treaty, and in particular those set forth in Article 4... Those provisions are Treaty provisions pertaining to international law. That consent falls under the first sentence of Article 42(1) of the ICSID Convention ('The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agree by the parties'). The consent must also be deemed to comprise a choice for general international law, including customary international law, if and to the extent that it comes into play for interpreting and applying the provisions of the Treaty"*. El laudo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/ADCvHungaryAward.pdf.

Laudo arbitral de 25 de mayo de 2004, en los seguidos por MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile (Caso ARB/01/7): *"86. ...This being a dispute under the BIT, the parties have agreed that the merits of the dispute be decided in accordance with international law"*. El laudo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Award_000.pdf.

[591] Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*. En: International Arbitration in Latin America, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 394. *"ICSID tribunals have generally concluded that in BIT cases the primary source of law is the BIT itself, either by an implicit agreement of the parties, or as the most relevant body of applicable international law rules. Further, to construe and supplement BIT provisions, tribunals have resorted to international law as the most naturally applicable source of law given the international law character of BITs. When it has been applied, the host state law has operated in parallel with, and not displaced, international law standards. In other words, in order to be consistent with the BIT, state action had to comply both with requirements of local law and with international law. Given the dominating and controlling function of international law, in reality host state law has only had a marginal role"*. Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit, p. 46. *"In practice, Tribunals in BIT arbitrations generally apply the substantive*

pacto expreso no cabe asumir la existencia de un acuerdo tácito, sino que corresponde apelar a la segunda parte del articulo 42(1) del Convenio CIADI,[593] también es de la opinión que cuando un arbitraje se inicia a partir de un BIT o un TLC, la ley aplicable será dicho instrumento internacional, complementado por el Derecho Internacional.[594]

La razón para arribar a esta respuesta en cualquiera de los dos escenarios descritos en los dos párrafos precedentes es muy simple. Como explican Reed, Paulsson

---

provisions of the relevant treaty itself and other sources of international law rather than national law".

[592] La Comisión Ad Hoc en el proceso arbitral seguido por Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4) en su fallo sobre anulación de laudo arbitral de 5 de febrero de 2002, ha considerado que el Derecho Internacional juega un rol mucho más amplio, cuando se está ante la presencia de arbitrajes desarrollados a partir de los BITs: *"Some of these views have in common the fact that they are aimed at restricting the role of international law and highlighting that of the law of the host State. Conversely, the view that calls for a broad application of international law aims at restricting the role of the law of the host State. There seems not to be a single answer as to which of these approaches is the correct one. The circumstances of each case may justify one or another solution… What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42(1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit"*. El fallo de la Comisión Ad Hoc se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Wena-annulment.pdf.

En el laudo arbitral de 12 de mayo de 2005 (parágrafo 117), en los seguidos por CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso ARB/01/8), se siguió esta postura.

[593] Artículo 42(1).- "...A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que es parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables".

[594] Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 393. *"That international law is the law relevant to the interpretation of investment treaty protections is confirmed by the general rules on treaty interpretation contained in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Article 31(3) of this Convention establishes that 'any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties' shall be taken into account in construing the meaning and scope of treaty provisions"*. Nigel Blackaby, "El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio", ob. cit., p. 290. "…estas reglas están en cierta forma dotadas de un contenido independiente por virtud de su inclusión en los tratados y algunas de ellas son el reflejo de reglas consuetudinarias de derecho internacional. En esta medida, se considera que el derecho internacional constituye el derecho aplicable en los arbitrajes bajo los TBIs".

y Blackaby,[595] como los BITs habilitan a los inversionistas foráneos a que inicien arbitrajes alegando la violación de derechos sustantivos reconocidos en esos tratados, es completamente lógico que sean esos instrumentos internacionales, complementados por el Derecho Internacional, los aplicables al fondo de la controversia.[596]

En todo caso, como correctamente afirma Lamm,[597] la ley del estado receptor de la inversión será relevante para ayudar a identificar, caso por caso, si es que se ha presentado una violación a los derechos sustantivos reconocidos en un BIT.[598]

---

[595] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit, p. 47. *"Given that BITs grant foreign investors direct access to arbitration to claim the substantive protections of the treaty itself, it is entirely logical that the substantive standards of the treaty are the primary source of applicable law. As BITs are international law instruments, international law is also applicable by virtue of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides that treaties are 'governed by international law' and must be interpreted in light of 'any relevant rules of international law applicable'".*

[596] Giorgio Sacerdoti, *"Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of awards"*, ob. cit., pp. 16-17. *"The purpose and features of BITs explain the prominent role of international law as the law to be applied in case of investor-State arbitration of disputes under the treaty. Private investors bringing BIT claims normally allege that their rights established under the applicable treaty have been breached by the host State. The breach of treaty provisions is obviously a matter of international law; the existence of any such breach has to be determined by application of its rules and principles".*

[597] Carolyn Lamm, *"The applicable rules of law to disputes between state entities and private companies –the interaction between contract arbitration and treaty arbitration"*, ob. cit., p. 3. *"In almost every BIT dispute conceivable, the law of the host State will be highly relevant, but in the same way that the facts in the case are relevant: they both help determine whether, in the particular case, the treaty in question has been breached. This does not mean, however, that host State law should be elevated to the governing law of the BIT dispute".*

[598] Laudo sobre responsabilidad de 3 de octubre de 2006, en los seguidos por LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina (Caso ARB/02/1): *"99. In order to settle this controversy, the present Tribunal shall apply first the Bilateral Treaty; second and in the absence of explicit provisions therein, general international law, and third, the Argentine domestic law, particularly the Gas Law that governs the natural gas sector. The latter is applicable in view of its relevance for determining the Argentine Republic's liability and the defenses to which it may resort vis-á-vis the allegations made by Claimants".* El laudo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/LGEArgentinaLiability.pdf.

XII.6. **EL LAUDO ARBITRAL**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48° del Convenio CIADI[599] el laudo arbitral tiene que ser escrito,[600] debe estar motivado[601] y requiere el voto de al menos la mayoría de los miembros del tribunal arbitral. Puede constar, además, una opinión disidente.[602]

De acuerdo con la Regla 46° de las Reglas de Arbitraje, el laudo arbitral deberá emitirse dentro de los ciento veinte días siguientes al cierre del procedimiento, pudiendo el tribunal arbitral ampliar dicho plazo por sesenta días más.[603]

---

[599] Artículo 48° del Convenio CIADI.- "(1) El tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de todos los 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".

[600] Regla 47° de las Reglas de Arbitraje.- "(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". Ver supra punto No. VIII.4.

[601] Ver supra punto No. VIII.5.

[602] Ver supra puntos Nos. VIII.3. y VIII.4.

[603] Regla 46° de las Reglas de Arbitraje.- "El laudo (incluyendo cualquier dictamen individual o disensión) deberá formularse y firmarse dentro de 120 días después del cierre del procedimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá ampliar este plazo por 60 días más, si de lo contrario no pudiere formular el laudo". Leer a: Aron Broches, "El Arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)", ob. cit., p. 245.

Por su parte, el artículo 48(5) del Convenio CIADI establece que: "El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes".

Sin embargo, aquí la Regla 48(4) de las Reglas de Arbitraje ha sido recientemente modificada, a efectos de autorizar que si las partes no consienten en la publicación del laudo, igual se puedan publicar "extractos del razonamiento jurídico del Tribunal".

No cabe duda que como parte de la transparencia que debe primar en este tipo de arbitraje,[604] deben hacerse públicos los laudos arbitrales. Además, como explica Mistelis,[605] esto permite que se puedan ir generando precedentes y que se pueda estudiar este ámbito del derecho que se encuentra en permanente construcción.

Justamente porque el derecho de las inversiones se encuentra en pleno desarrollo,[606] Sánchez Bravo[607] afirma que debe destacarse "...la importancia que ha venido siendo reconocida a la jurisprudencia arbitral internacional, formada por tendencias establecidas en distintas sentencias o decisiones recaídas en arbitrajes internacionales. En efecto, como se afirma en la decisión del 25 de septiembre de 1983

---

[604] Ver supra punto No. XII.4.4.

[605] Loukas A. Mistelis, *"Confidentiality and Third Party Participation. UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States"*, ob. cit., pp. 212-213. *"Confidentiality is often considered to be one of the main advantages of international commercial arbitration. Unlike court decisions, which are in the public domain and are regularly published and used as precedents, arbitration proceedings normally remain confidential. The rule is that no publication takes place if one party objects to it. However, publication of awards generally serves important purposes: published arbitration awards may be used as precedents and contribute directly or indirectly to the development of arbitration, may inspire confidence in the arbitration process and most certainly assists scholars and practitioners to study the topic by being a practical and influential source of information"*.

[606] Alejandro A. Escobar, *"The use of ICSID precedents by ICSID and ICSID tribunals"*. En: BIICL Annual Meeting, 2005, www.biicl.org/admin/files/Alejandro%20Escobar.pdf, p. 4. *"…one must not forget the general context of investment treaty arbitration, which is a relatively new phenomenon the procedural and substantive law for which is still being developed"*.

[607] Guillermo Sánchez Bravo, "El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BIT", ob. cit., pp. 333-334.

correspondiente al *affaire* Amco Asia c/. Indonesia (ARB/81/1), estas sentencias o decisiones arbitrales *'foment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, cal elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international auxquels doivent répondre les régles spécifiques (elles-memes progressivement élaborées) de l'arbitrage international'*. De esta forma, los árbitros CIADI no dudan en citar en sus pronunciamientos diversas sentencias o decisiones rendidas en otros procesos arbitrales, principalmente, ante el CIADI, como también ante otras instituciones, permitiendo de esta forma delinear un régimen jurídico de las inversiones internacionales que ha extendido las fronteras previamente delimitadas por los marcos jurídicos de derecho interno de los Estados exportadores y receptores de inversión".

En este mismo sentido se pronunció el tribunal arbitral del caso El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso ARB/03/15), en su decisión sobre jurisdicción de 27 de abril de 2006:[608] "39. Los tribunales arbitrales del CIADI se establecen ad hoc, para cada caso, en el marco del Convenio de Washington. El presente Tribunal no tiene conocimiento de la existencia de ninguna disposición, ya sea en dicho Convenio o en el TBI, por la que se establezca la obligación de stare decisis, sin embargo, es razonable suponer que los tribunales de arbitraje internacionales, sobre todo los creados dentro del sistema del CIADI, en general tendrán en cuenta los precedentes establecidos por otros órganos arbitrales y en especial por otros tribunales internacionales. El presente Tribunal seguirá la misma línea, sobre todo teniendo en cuenta que ambas partes, en sus alegatos escritos y orales, se han basado de forma importante en los precedentes".[609]

---

[608] La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0315-DOJ-S.pdf.

[609] Chester Brown, *"The Use of Precedents of other International Courts and Tribunals in Investment Treaty Arbitration"*. En: BIICL Annual Meeting, 2005, www.biicl.org/admin/files/Chester%20Brown,%20Clifford%20Chance.pdf, p. 1. *"…there is no doctrine of precedent in international law. But this doesn't mean that previous decisions are not relevant"*.

Los precedentes que generalmente se consideran son no solo los emitidos por tribunales arbitrales CIADI,[610] sino también los dictados por otros tribunales internacionales.[611]

Si bien es cierto que, como expresamente señaló el tribunal arbitral en el caso El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso ARB/03/15) antes citado, los tribunales arbitrales del CIADI se establecen ad hoc para cada caso en concreto y que, además, como expresó el tribunal arbitral en el caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas (Caso ARB/02/6) cuando un tribunal arbitral se enfrenta a un caso al amparo de un BIT, éste debe ser interpretado según sus propios y particulares términos,[612] no es menos cierto que, como ya hemos expresado, en este ámbito del derecho en plena

---

[610] Ibídem, p. 1. *"…international courts are increasingly referring to international case law, not only their own previous decisions, but also the jurisprudence of other international courts"*.

[611] Domenico Di Pietro, *"The Use of Precedents in Investment Treaty Arbitration –Non Pecuniary remedies in ICSID arbitration after Enron v Argentina"*. En: BIICL Annual Meeting, 2005, www.biicl.org/admin/files/ Domenico%20di%20Pietro,%20Mayer%20Brown.pdf, p. 3. *"There is… in the ICSID Convention a link to the powers and the decisions of the ICJ. The use of ICJ case law is expressly permitted to ICSID tribunals for the identification of the rules of international law to be applied in ICSID cases. Indeed, as explained by the Report of the Executive Directors, the reference to international law in Article 42 should be understood in the sense given to it by Article 38(1) of the Statute of the ICJ. (…)*
As a consequence of that, the case law of the ICJ is eminently relevant in the identification of the substantive rules of international law applicable in ICSID cases".

[612] Alejandro A. Escobar, *"The use of ICSID precedents by ICSID and ICSID tribunals"*, ob. cit., p. 3. *"…the tribunal in SGS v Philippines alluded to the need to apply each investment treaty on its own terms"*. Es más, el autor identifica otras consideraciones adicionales que deben ser tomadas en cuenta al momento de decider aplicar algún precedente a un caso BIT en concreto: "*- A decision under the ICSID Convention will not be the same as a decision under the ICSID Additional Facility Rules, particularly as regards jurisdictional requirements.*
- Is a decision on a bilateral investment treaty less relevant to disputes under detailed free trade agreements, particularly when these are multilateral (and vice versa)?
- Is a decision with a dissenting opinion less valuable than one without a dissenting opinion? Does it depend on who is dissenting and why?
- Is an earlier decision, or one that is made largely on first principles, less relevant than a recent decision that recites a string of investment treaty cases?".

construcción, apelar a precedentes resulta particularmente importante.[613]

Sin embargo, como ya hemos informado, debido a que el artículo 48° del Convenio CIADI condiciona la publicación de los laudos arbitrales al consentimiento de las partes,[614] lamentablemente cuando una de ellas no preste su aprobación, el CIADI solo podrá publicar "extractos del razonamiento jurídico del Tribunal", lo que claramente restará eficacia a la publicación, ya que generalmente es muy difícil entender el contenido de una decisión legal si no se conocen los hechos en los que se ha basado la decisión.

Y este problema nos lleva a tratar un último tema, cual es el referido a la conveniencia de que se cree una instancia de apelación en el CIADI.

En efecto, el 26 de octubre de 2004 el CIADI hizo público un documento de trabajo denominado "*Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*",[615] en el que se proponían varios cambios a la regulación del arbitraje, siendo el más significativo aquél referido a la posibilidad de crear una instancia de apelación de laudos arbitrales, con la finalidad de garantizar una mayor consistencia y coherencia en los fallos que emanan a partir de los BITs.

Es cierto que desde el principio el principal problema con esta propuesta fue el artículo 66° del Convenio CIADI que exige que cualquier modificación a ese tratado debe ser ratificada por todos los Estados miembros, lo que hace prácticamente inviable que el Convenio CIADI pueda cambiar. También es verdad que este tipo de propuesta todavía requiere madurar debido a las dificultades técnicas y normativas que debe enfrentar,[616]

---

[613] Ibídem, p. 5. "*This could allow parties and tribunals to enrich their dialogue and, indirectly, contribute to the informed development of international investment law*".

[614] Consentimiento que claramente se encuentra presente en los tratados que vienen estableciendo principios de transparencia. Ver supra punto No. XII.4.4.

[615] www.worldbank.org/icsid/improve-arb.htm.

[616] Obviamente la propuesta de establecer una instancia de apelación ha llamado la atención inmediata del mundo académico y profesional y de los expertos en Derecho Internacional. Así, por ejemplo, en mayo de 2004 la British Institute of International and Comparative Law llevó adelante un

lo que explica que el propio CIADI en un nuevo documento denominado *"Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations"* de 12 de mayo de 2005, haya reconocido que luego de consultar con expertos en la materia, era aún prematuro introducir algún mecanismo de apelación.[617]

Sin embargo, para todos aquéllos que seguimos de cerca el desarrollo del derecho de las inversiones, sabemos que la propuesta bajo comentario se dio en un escenario de crítica debido a la percepción de que no existiría predictibilidad y consistencia en el arbitraje sobre inversiones,[618] esencialmente debido a los casos Ronald S. Lauder c. República Checa y CME Czech Republic B.V. c. República Checa.[619] Además, también existía desde el

---

forum denominado *"Appeals and Challenges to Investment Treaty Awards: Is it Time for an International Appellate System?"*, en el que un grupo importante de expertos hizo saber sus puntos de vista contrapuestos acerca de la necesidad de crear una instancia de apelación e identificaron los principales problemas a enfrentar. Las reflexiones y conclusiones de cada uno de los expositores y panelistas, se ubica en: Transnational Dispute Management, Vol. 2, No. 2, 2005, pp. 3-79.

[617] En: www.worldbank.org/icsid/sug-changes.htm. *"[m]ost... considered that it would be premature to attempt to establish such an ICSID mechanism at this stage, particularly in view of the difficult technical and policy segues raised in the Discussion Paper"*.

[618] Franz Kundmuller Caminiti, "El arbitraje y los tratados de libre comercio", ob. cit., pp. 173-174. "Franck grafica las motivaciones que podrían estar generando actualmente la necesidad de abrir la discusión respecto de la pertinencia de incorporar los mecanismos de apelación en el caso de los laudos producidos en los arbitrajes sobre inversiones, señalando que en este tipo de arbitraje se estaría produciendo una crisis de legitimidad, que necesariamente deberá ser superada: *'Before 1995, only a handful of arbitrations involved claims under investment treaties. During the last five years, however, the number of cases has exploded. There are now over sixty known arbitrations involving investment treaties, and these claims typically involve amounts ranging from US$120 million to 'billions of billions' of dollars. The consequence of this growth is that decisions about public issues with economic and political consequences are resolved in private before different seats of individuals who can and do some to conflicting decisions on the same points of law –and no single body has the capacity to resolve these inconsistencies'"*.

[619] En efecto, ambos fueron procedimientos arbitrales UNCITRAL con contenido casi idéntico iniciados al amparo de los BIT Estados Unidos de América-República Checa (Lauder demandó como nacional norteamericano) y Holanda-República Checa (aquí demandó una empresa local que era de propiedad de una empresa holandesa que a su vez era de propiedad de Lauder), respectivamente, por la supuesta violación de los derechos del inversionista en un joint venture en una empresa de televisión. Ambos casos eran tan similares, que inclusive en el primero de los arbitrajes (el iniciado por Lauder) se planteó la posibilidad de acumular ambos procedimientos, lo que no se pudo lograr por la negativa del gobierno de la República Checa.

campo del NAFTA la preocupación de que los procesos arbitrales fueran poco transparentes.[620]

Si bien desde que se hicieron públicas las percepciones identificadas en el párrafo precedente mucho se ha avanzado en materia de transparencia, especialmente en recientes TLCs y BITs e, inclusive, el CIADI ha reformado algunas de sus normas reglamentarias en ese sentido,[621] lo cierto es que iniciativas como la de crear una instancia de apelación no van a desaparecer mientras se mantenga la percepción de que los tribunales arbitrales no son capaces de garantizar predictibilidad y consistencia en sus fallos. Y justamente una forma de atacar este problema es autorizando el mayor acceso posible del público a información acerca de los laudos arbitrales CIADI. Sin embargo, como hemos apreciado, este acceso seguirá limitado en muchos casos.

No queda pues más que esperar que los nuevos BITs y TLCs que se suscriban en el futuro autoricen expresamente la publicación de los antecedentes y fallos arbitrales CIADI.[622] De lo contrario, probablemente instancias de apelación que ya están previstas (aunque no implementadas) en diversos TLCs y BITs,[623] comiencen a entrar en operación próximamente.[624]

El 3 de septiembre de 2001 se dictó el laudo arbitral en el caso Ronald S. Lauder c. República Checa, fallándose a favor del demandado en todos sus extremos (el fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf). Sin embargo, apenas diez días después, el tribunal arbitral en un laudo parcial en el caso CME Czech Republic B.V. c. República Checa encontró responsable al demandado por la violación de varias disposiciones del BIT Holanda-República Checa (el laudo parcial se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf) y el 14 de marzo de 2003 en un laudo final condenó a la República Checa a pagar más de trescientos cincuenta millones de dólares (el laudo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_000.pdf). Sobre este particular, leer a: Carlos G. García, *"All the other dirty little secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration"*, ob. cit., pp. 340-352; y, Giorgio Sacerdoti, *"Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of awards"*, ob. cit., pp. 1-3.

[620] Charles H. Brower II, *"Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back"*, ob. cit., pp. 44-46.

[621] Ver supra punto No. XII.4.4.

[622] Al igual que ya lo vienen exigiendo algunos tratados recientes. Ver supra citas Nos. 543 y 544.

[623] Franz Kundmuller Caminiti, "El arbitraje en los AIIs 2005-2006. Balance general e innovaciones". En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 3, Lima,

XII.7. **RECURSOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL**[625]

El artículo 53(1) del Convenio CIADI dispone expresamente que 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".

Esto significa, como explica Parra,[626] que no cabe que las partes planteen recursos distintos a los dispuestos expresamente en el Convenio CIADI, como tampoco procede que las partes pacten la renuncia al ejercicio de los remedios que otorga esta Convención.

Pasemos a analizar cada uno de los recursos que cabe interponer conforme al Convenio CIADI.

XII.7.1. **Recurso de rectificación**

El primer recurso que cabe contra el laudo arbitral y que debe presentarse dentro de los cuarenta y cinco días contados desde la fecha en que fue notificado el fallo, es el de rectificación en caso se haya omitido

---

2006, p. 230. "...el CIADI ha informado que hacia mediados del año 2005, cerca de veinte países habían celebrado tratados que incluían disposiciones para la puesta en práctica de mecanismos procesales de apelación en los arbitrajes Inversionista-Estado".

[624] Por ejemplo, a la fecha el artículo 15.19.10 del TLC Estados Unidos de América-Singapur, el artículo 10.19.10 del TLC Estados Unidos de América-Chile, el artículo 10.20.10 del TLC Estados Unidos de América-América Central y República Dominicana, el artículo 10.20.10 del TLC Estados Unidos de América-Perú y el artículo 11.20.10 del TLC Perú-Chile, prevén la futura existencia de una instancia de apelación.

[625] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48(2) de las Reglas del Arbitraje, el laudo arbitral se considera dictado en la fecha en que sean despachadas a las partes las copias certificadas correspondientes. A partir de este momento, corren los plazos para plantear los recursos que vamos a analizar seguidamente.

[626] Antonio R. Parra, *"The limits of party autonomy in arbitration proceedings under the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 32. *"Article 53(1) of the Convention… provides in categorical terms that an award made pursuant to the Convention shall be binding on the parties and not subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in the Convention. The parties, therefore, cannot validly agree that the award may be appealed or otherwise proceeded against outside the confines of the Convention. Nor, on the other hand, can the parties bind themselves not to seek the remedies provided for in the Convention. The provisions of the Convention on those remedies do not offer that option"*.

resolver algún punto controvertido o deba corregirse algún error material, aritmético o similar (artículo 49(2) del Convenio CIADI).[627]

Hasta donde tenemos conocimiento, se ha solicitado rectificación en seis casos, a saber: Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco

---

[627] Artículo 49(2) del Convenio CIADI.- "A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste. Los plazos establecidos en el apartado (2) del Artículo 51 y apartado (2) del Artículo 52 se computarán desde la fecha en que se dicte la decisión".

Por su parte, la regla 49° de las Reglas de Arbitraje, establece lo siguiente: "(1) Dentro de los 45 días después de la fecha en que se haya dictado un laudo, cualquiera de las partes podrá solicitar, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 49(2) del Convenio, una decisión que suplemente o que rectifique el laudo. Dicha solicitud deberá ser presentada por escrito al Secretario General. La solicitud deberá:
(a) identificar el laudo de que se trata;
(b) señalar la fecha de la solicitud;
(c) detallar:
(i) toda cuestión que el Tribunal, a juicio de la parte solicitante, hubiere omitido decidir en el laudo, y
(ii) todo error en el laudo que la parte solicitante pida que se rectifique; e
(d) ir acompañada del derecho de registro de la solicitud.
(2) Al recibir la solicitud y el derecho de registro, el Secretario General, sin dilación:
(a) registrará la solicitud;
(b) notificará a las partes el acto de registro;
(c) enviará a la otra parte una copia de la solicitud y de todos los documentos que se hayan acompañado; y
(d) enviará a cada uno de los miembros del Tribunal una copia de la notificación del acto de registro, junto con una copia de la solicitud y de todos los documentos que la acompañan.
(3) El Presidente del Tribunal consultará a los demás miembros acerca de la necesidad de que el Tribunal se reúna para considerar la solicitud. El Tribunal fijará un plazo para que las partes presenten sus observaciones sobre la solicitud y determinará qué procedimiento deberá seguirse para considerar lo pedido.
(4) Las Reglas 46-48 se aplicarán mutandis mutandis a toda decisión del Tribunal tomada de conformidad con esta Regla.
(5) Si el Secretario General recibiere una solicitud después de 45 días contados desde la fecha en que se haya dictado un laudo, rechazará el registro de la solicitud e informará de inmediato de lo anterior a la parte que haya presentado tal solicitud".

United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.8. Post-Award Remedies and Procedures**, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 7. *"This remedy is designed for inadvertent omissions and minor technical errors. It is not designed for a substantive review of the decision. Rather, it enables the tribunal to correct mistakes that may have occurred in the award's drafting in a simple way".*

Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), Liberian Eastern Timber Corporation y Letco Lumber Industry Corporation c. República de Liberia (Caso ARB/83/2), Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica (Caso ARB/96/1),[628] Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso ARB/97/7),[629] Alex Genin y otros c. República de Estonia (Caso ARB/99/2)[630] y Noble Ventures, Inc. c. Rumania (Caso ARB/01/11).[631]

XII.7.2. **Recurso de aclaración**

Cabe solicitar la aclaración del laudo arbitral en caso existan dudas acerca de su sentido o alcance (artículo 50(1) del Convenio CIADI).[632]

Este es un recurso que puede presentarse en cualquier momento, condicionado a que exista una verdadera disputa entre las partes.[633]

---

[628] La decisión de 8 de junio de 2000, se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/santaelena_rec.pdf.

[629] La decisión de 31 de enero de 2001, se encuentra en: www.worldbank.org/icisd/cases/emilio_RectificaciondelLaudo.pdf.

[630] La decisión de 4 de abril de 2002, se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/genin-sp.pdf.

[631] La decisión de 19 de mayo de 2006 no ha sido publicada. Leer a: Antonio R. Parra, *"The Limits of Party Autonomy in Arbitration Proceedings under the ICSID Convention"*, ob. cit., p. 30; y, Osvaldo J. Marzoratti, "Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina". En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 1, Lima, 2005, pp. 110-111.

[632] Artículo 50° del Convenio CIADI.- "(1) Si surgiere 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.
(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".

[633] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.8., p. 9. *"There must be a specific dispute concerning the meaning or scope of the award"*. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 857-858. *"The institution of the procedure for interpretation requires the existence of a dispute. Such a dispute must be sufficiently concrete to be susceptible of a specific request for interpretation… General complaints about the award's lack of clarity would not be admissible. The existence of a dispute also presupposes a certain*

Como este recurso no tiene plazo, en caso el tribunal arbitral original no pueda conocer de la solicitud, se constituirá un nuevo órgano arbitral para estos efectos.[634]

Por la misma razón de inexistencia de plazo, su interposición o pendencia no evitará la ejecución del laudo arbitral. Sin embargo, como la decisión a la que se arribe forma parte del laudo arbitral,[635] el tribunal que conozca de este recurso puede, si lo considera pertinente, suspender la ejecución del laudo arbitral hasta que resuelva el pedido.[636]

Hasta donde tenemos conocimiento, existe un solo caso en el que se ha solicitado una aclaración del laudo arbitral: Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4).

---

degree of communication between the parties demonstrating a difference of opinion. Moreover, the dispute must have some practical relevance to the award's implementation. Abstract discussions concerning the award's theoretical implications would not amount to a dispute as to the meaning or scope of an award…".

[634] La Regla 51° de las Reglas de Arbitraje, dispone sobre este particular lo siguiente: "(1) Al registrar una solicitud de aclaración o revisión de un laudo, el Secretario General deberá, inmediatamente:
(a) enviar a cada miembro del Tribunal original una copia de la notificación del acto de registro, junto con una copia de la solicitud y de cualquier documento que la acompañe; y
(b) requerir a cada miembro del Tribunal que le informe dentro de un plazo determinado si está dispuesto a particular en la consideración de la solicitud.
(2) Si todos los miembros del Tribunal manifiestan su voluntad de participar en la consideración de la solicitud, el Secretario General así lo notificará a los miembros del Tribunal y a las partes. En cuanto se envíen estas notificaciones, se considerará que se ha reconstituido el Tribunal.
(3) Si el Tribunal no pudiese reconstituirse de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo (2), el Secretario General lo notificará a las partes y las instará a proceder, en cuanto sea posible, a constituir un nuevo Tribunal, incluyendo la misma cantidad de árbitros, siguiendo el mismo método, como el Tribunal original". Sobre este particular, leer a: Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 864-965.

[635] Artículo 53(2) del Convenio CIADI.- "(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".

[636] A diferencia de lo que sucede con los recursos de revisión y de anulación, cuya sola interposición suspende los efectos del laudo arbitral hasta que el tribunal arbitral correspondiente se pronuncie acerca de si continua o levanta la suspensión, aquí hay que solicitar expresamente la suspensión y lograr la decisión por parte del colegiado a cargo del caso.

En efecto, en junio de 2004 Wena solicitó la interpretación del laudo arbitral de fecha 8 de diciembre de 2000, que había condenado a Egipto a pagarle una indemnización debido a una expropiación. Su solicitud se debió a que si bien el tribunal arbitral declaró que había existido una "expropiación" en 1991 que había impedido a Wena gozar de su "derecho fundamental de propiedad" respecto de sus intereses en los arrendamientos de dos hoteles de lujo, Egipto y sus entidades públicas habían iniciado procesos judiciales para el cobro de los arrendamientos de uno de los hoteles. Wena solicitó que se aclarara si esa expropiación se generó el 1° de abril de 1991 y si precluían las demandas judiciales.

El 31 de octubre de 2005, un tribunal arbitral del que formó parte solo uno de los originales árbitros que expidieron el laudo arbitral, consideró en primer lugar que para la procedencia de este recurso se requiere: 1) Tiene que existir una disputa entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo arbitral; y 2) el propósito de la solicitud efectivamente debe ser el de pedir una interpretación del laudo arbitral.[637]

Sobre el primer requisito, el tribunal afirmó que la disputa debe ser lo suficientemente concreta para ser susceptible de una interpretación y, además, ambas partes tienen que demostrar que tienen posiciones divergentes respecto al sentido o alcance del laudo arbitral que se pide aclarar.[638]

Respecto al segundo requisito, el colegiado consideró al amparo de precedentes internacionales, que la

[637] Parágrafo 76: *"First, there has to be a dispute between the original parties as to the meaning or scope of the award; second, the purpose of the application must be to obtain an interpretation of the award"*.

[638] Parágrafo 81: *"The existence of a dispute as to the meaning or scope of an award requires that the dispute is sufficiently concrete to be susceptible of a specific request for interpretation... the two parties have actually exposed their divergence of views on definite points in relation to the award's meaning or scope"*. Además, el tribunal arbitral (parágrafo 87) estuvo de acuerdo con Schreuer, quien considera que es necesario que la disputa tenga una importancia práctica y no simplemente teórica: *"...the dispute must at least have some practical relevance to the award's implementation; mere theoretical discussions about the award's meaning or scope are not sufficient"*.

disputa tiene que estar referida al sentido o alcance de la parte resolutiva del laudo arbitral.[639]

Determinado el marco conceptual, el tribunal arbitral consideró que efectivamente en este caso había una disputa entre las partes acerca de los alcances de la parte resolutiva del laudo arbitral, por lo que procedió a aclarar el significado del término "expropiación", la fecha en que ocurrió y la invalidez de las acciones de cobro de una supuesta merced conductiva que Egipto pretendía ejecutar.[640]

---

[639] Parágrafo 82: "*...the dispute must relate to the meaning or scope of what has been decided with binding force, thus in principle to the award's operative section, a condition well adhered to by international practice and confirmed by opinions of scholars...*". Para estos efecto, el tribunal arbitral citó el caso Chrozów Factory (Interpretación de las sentencias 7 y 8, fallo de 16 de diciembre de 1927) como el caso Túnez c. Libia (aplicación para la revisión e interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982, en el "Case Concerning the Continental Shelf", fallo de 10 de diciembre de 1985): "*The question is therefore limited to whether the difference of views between the Parties which has manifested itself before de Court is 'a difference of opinion between the Parties as to those points in the judgment in question which have been decided with binding force'. Including 'A difference of opinion as to whether a particular point has or has not been decided with binding force'*". **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 776. "*The interpretation of an arbitral award is only really helpful where the ruling, which is generally presented in the form of an order, is so ambiguous that the parties could legitimately disagree as to its meaning. By contrast, any obscurity or ambiguity in the grounds for the decision does not warrant a request for interpretation of the award*".

Sin embargo, cabe aclarar que en el citado caso Túnez c. Libia, la corte aclaró que si bien la aplicación de la interpretación se debe dirigir a clarificar alguna ambigüedad de la parte resolutiva del fallo, uno puede recurrir a la parte considerativa para estos efectos, de ser necesario. Ver supra punto No. VIII.9.

[640] "*(i) such term, used in the Award in connection with the awarding of damages and interest to Wena, must be understood to mean that the expropriation constituted a total and permanent deprivation of Wena's fundamental rights of ownership, i.e. its rights to make use of its investment made under the Luxor Lease and to enjoy the benefits of such investments in accordance with such Lease; (ii) such expropriation occurred as of 1991; (iii) subsequent legal actions by Egypt, as a party to the arbitration, that presume the contrary are precluded*". Sin embargo, el tribunal arbitral consideró que no le correspondía interpretar un último pedido de Wena acerca de que no debían existir reclamos adicionales como consecuencia de la expropiación, ya que este pedido escapaba al recurso debido a que no había sido materia de pronunciamiento en el laudo arbitral. La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/WenaInterpretationDecision.pdf.

XII.7.3. **Recurso de revisión**

Otro recurso que puede deducirse es la revisión del laudo arbitral, "fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido 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 descubrimiento de ésta no se deba a su propia negligencia" (artículo 51° del Convenio CIADI).[641]

Esta petición deberá presentarse dentro de los noventa días siguientes de descubierto el hecho y no después de los tres años de dictado el laudo arbitral. De ser posible, la solicitud deberá someterse al tribunal arbitral original. De lo contrario, se constituirá un nuevo órgano arbitral para estos efectos.[642]

La nueva prueba debe estar referida necesariamente a hechos y no al derecho, y debe tratarse de hechos desconocidos para el tribunal arbitral y para la parte que los introduce, que puedan afectar decididamente el contenido del laudo arbitral. En otras palabras, deben tratarse de hechos que, de haber sido conocidos en su momento, hubieran podido llevar a un fallo distinto del tribunal arbitral.[643]

Al tratarse de una solicitud que implica la afirmación de que existen hechos relevantes recién descubiertos que alterarían significativamente el contenido del laudo arbitral, si la parte interesada pide junto con su recurso la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, ésta será concedida automáticamente hasta que

---

[641] Revisar además las reglas 50° y 51° de las Reglas de Arbitraje. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.8., p. 11. *"Revision involves a substantive alteration of the original award on the basis of newly discovered facts that were unknown when the award was rendered... Revision is contingent upon the discovery of new facts. These must be capable of affecting the award decisively. The new element must be one of fact and not of law".*

[642] Ver Regla 51° de las Reglas de Arbitraje (supra cita No. 634).

[643] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 874. *"The fact must be able to affect the award decisively. It must be of such a nature that it could have led to a different decision had it been known to the tribunal… The fact must be new in the sense that it was unknown to the tribunal and to the party making the application".*

el tribunal arbitral decida al respecto. Por su parte, los árbitros en caso las circunstancias lo exijan, se encuentran autorizados a disponer la suspensión de la ejecución del laudo arbitral hasta que decidan sobre la revisión.[644]

A la fecha, nosotros hemos identificado que solo en el caso American Manufacturing & Trading Inc. c. República de Zaire (Caso ARB/93/1) se solicitó la revisión del laudo arbitral dictado el 21 de febrero de 1997, pero las partes transigieron su controversia en el camino.[645]

XII.7.4. **Recurso de anulación**

XII.7.4.1. **Cuestiones generales**

El artículo 52° del Convenio CIADI establece que dentro de los ciento veinte días de dictado el laudo arbitral,[646] cualquiera de las partes podrá solicitar su anulación, conforme a cinco causales taxativas.[647]

---

[644] Sobre el tema, leer a: Antonio R. Parra, *"The limits of party autonomy in arbitration proceedings under the ICSID Convention"*, ob. cit., pp. 29-30.

[645] Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 98. *"As of January 2003, there had been only one request for revision. In that instance, the parties settled the relevant case before the application could be heard"*.

[646] Conforme al artículo 52(2) del Convenio CIADI, si la causal invocada es la de corrupción de algún miembro del tribunal arbitral, los ciento veinte días comenzarán a computarse desde el descubrimiento del hecho. Sin embargo, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes de dictado el laudo arbitral. Por su parte, si se ha solicitado la aclaración o la rectificación del laudo arbitral, el plazo de ciento veinte días comenzará a correr desde la fecha en que sea notificada la decisión.

[647] Artículo 52(1) del Convenio CIADI.- "(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".

Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit, p. 1030. *"Annulment is restricted to the five grounds listed in Art. 52(1). The ad hoc committee may not annul on other grounds. A request for annulment must specify which of these grounds is (or are) invoked. Parties to annulment*

Se trata de un recurso que no permite revisar el fondo de la controversia ni modificar la decisión contenida en el laudo arbitral,[648] ya que únicamente puede atacar aspectos formales que le restan legitimidad al fallo y que pueden desembocar en su invalidación total o parcial.[649] Estamos pues ante la presencia de un recurso excepcional, limitado a causales taxativas, que no permite revisar el fondo de la controversia, sea en los hechos o en el derecho.[650]

---

proceedings have invariably presented their grievances in terms of these grounds…".

[648] Fallo sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en los seguidos por CDC Group plc c. República de Seychelles (Caso ARB/02/14) de 29 de junio de 2005: *"34. Article 52(1) looks not to the merits of the underlying dispute as such, but rather is concerned with the fundamental integrity of the tribunal, whether basic procedural guarantees were largely observed, whether the Tribunal exceeded the bounds of the parties' consent, and whether the Tribunal's reasoning is both coherent and displayed"*. La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CDSeychelles Annulment_Decision.pdf. Decisión sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en los seguidos por Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo (Caso ARB/99/7) de 1° de noviembre de 2006: *"...an annulment proceeding is different from an appeal procedure and that it does not entail the carrying out of a substantive review of an award..."*. El fallo se ubica en: www.investmentclaims.com/decision/Mitchell-Congo-Annulment_Decision. pdf.

[649] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.8., p. 13. *"Annulment is different from an appeal. Appeal may result in the modification of the decision. Annulment results in the legal destruction of the original decision without replacing it. An ad hoc committee acting under the ICSID Convention may not amend or replace the award by its own decision on the merits… Annulment is only concerned with the basic legitimacy of the process of decision but not with its substantive correctness. Therefore, annulment is based on a very limited number of fundamental standards".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 891-892, identifica que la diferencia entre ambos recursos está referido al resultado del proceso y a los temas que revisar en cada uno de ellos: *"As to the first, the result of a successful application for an annulment is the invalidation of the original decision. The result of a successful appeal is its modification. A decision-maker exercising the power to annul has only the choice between leaving the original decision intact or declaring it void. An appeals body may substitute its own decision on the merits for the decision that it has found to be deficient…*
As to the second element, annulment is only concerned with the legitimacy of the process of decision: it is not concerned with its substantive correctness. Appeal is concerned with both".

[650] Hans Smit, *"Contractual modification of the scope of Judicial Review of Arbitral Awards"*. En: The American Review of International Arbitration, Vol. 8, No. 2, 1997, pp. 148-149. *"…it is universally accepted rule that arbitral awards may not be reviewed on alleged errors of fact or law… (…) Exclusion of judicial review of arbitral awards for errors of fact or law is one of the foundations on which the social desirability and acceptance of arbitration is firmly built. For if arbitral awards could be reviewed for errors of law or fact, arbitration would easily degenerate into a*

Este recurso excepcional se fundamenta en el hecho de que, como correctamente opina Reisman,[651] el arbitraje es una delegación restrictiva de poderes para resolver ciertas controversias que requiere de algún mecanismo de control, porque de lo contrario el arbitraje dejaría de ser tal y se convertiría potencialmente en un abuso. Este autor señala que el arbitraje es ventajoso para las partes porque les permite acceder a una instancia distinta al poder judicial para resolver sus conflictos; pero el arbitraje también es beneficioso para la sociedad porque permite que se resuelvan controversias sin mayor costo social. Siendo pues que el arbitraje no sólo interesa a las partes sino también a la sociedad, deben articularse mecanismos que eviten el abuso o controlen el exceso de poder de los árbitros; lo que Reisman denomina *"exces de pouvoir"*.[652]

Como explica Garro,[653] el control del exceso de poder de los árbitros debe limitarse a cuestiones fundamentales,

---

device for adding still another instance to the usual three instances of litigation in the ordinary courts. It is exactly to avoid this socially most reprehensible consequence that the law straightforwardly excludes review of arbitral awards for errors of fact or law". Fallo de la Comisión Ad Hoc de 22 de diciembre de 1989, en los seguidos por Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4): *"Article 51(1) makes it clear that annulment is a limited remedy. This is further confirmed by the exclusion of review of the merits of awards by Article 53. Annulment is not a remedy against an incorrect decision. Accordingly, an ad hoc Committee may not in fact reverse an award on the merits under the guise of applying Article 52"*.

[651] W. Michael Reisman, **Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair**, ob. cit., p. 1. *"Arbitration is a delegated and restricted power to make certain types of decisions in certain prescribed ways. Any restricted delegation of power must have some system of control"*. Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, Sweet & Maxwell, Londres, 1986, pp. 197-198. *"Although the modern trend is to allow decisions of arbitral tribunals to go unchallenged, so that they are effectively final and binding upon the parties, the need for some control over the way in which these decisions are reached is recognised by most, if not quite all, systems of law. In particular, it is considered important to ensure that an arbitral tribunal gives the parties a fair hearing and that it only decides matters within its competence, or jurisdiction"*.

[652] W. Michael Reisman, **Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair**, ob. cit., p. 6. *"Without it, whatever an arbitrator did, no matter how inconsistent it might have been with his instructions, would have produced a binding award. The arbitrator would become an absolute decision-maker and arbitration would lose its character of restrictive delegation. Excés de pouvoir is the conceptual foundation of control for arbitration"*.

[653] Alejandro M. Garro, "El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y

porque de lo contrario "las partes se encontrarían envueltas en penosos y dilatados trámites... que el acuerdo arbitral apunta precisamente a eliminar".

Obviamente el eliminar la posibilidad de apelación afecta el principio de corrección en los fallos,[654] pero abona, que duda cabe, en favor de otro principio tan o más importante, cual es el de la eficacia de las decisiones. En todo caso, el recurso de anulación se constituye en un mecanismo que, en el fondo, resulta ser un balance adecuado entre ambos principios.[655]

Por último, cabe destacar que, como veremos más adelante, las causales de anulación dispuestas por el Convenio CIADI se asemejan a las existentes en el ámbito privado.[656]

XII.7.4.2. **Autoridad que conoce del recurso y sus efectos**

Fuera de la jurisdicción del CIADI, contra un laudo arbitral cabe recurrir en anulación ante el poder

---

en la Nueva Legislación Española de Arbitraje Privado: Un Modelo para la Reforma del Arbitraje Comercial en América Central". En: Arbitraje Comercial y Laboral en América Central, Alejandro M. Garro (Ed.), Transnational Juris Publications, Nueva York, 1990, pp. 51-52.

[654] Donald Francis Donovan, *"Powers of the arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders"*, ob. cit., p. 71. *"Justice Robert H. Jackson of the Supreme Court of the United States once observed of that Court that '[w]e are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final'"*.

[655] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 893-894. *"There are two potentially conflicting principles at work in the review process. One is the principle of finality; the other is the principle of correctness. Finality is designed to serve the purpose of efficiency in terms of an expeditious and economical settlement of disputes. Correctness may be an elusive goal that takes time and effort and may involve several layers of control, a phenomenon that is well known for domestic court procedure. In international arbitration the principle of finality is often seen to take precedence over the principle of correctness. The desire to see a dispute settled is regarded as more important than the substantive correctness of the decision. Annulment is the preferred solution to balance these two objectives"*.

[656] Daniel Q. Posin, *"Recent Developments in ICSID Annulment Procedures"*. En: World Arbitration & Mediation Report, Vol. 13, No. 6, 2002, p. 170. *"The grounds for seeking an annulment are as broad or broader than any regime for judicially attacking the procedure of an arbitral award"*. Ver supra punto No. XI.2.

judicial del lugar del arbitraje.[657] En cambio, el CIADI establece un procedimiento único en su género que consiste en que el recurso de anulación se presenta exclusivamente ante la propia institución,[658] la que inmediatamente designa una Comisión Ad Hoc integrada por tres personas seleccionadas de su Panel de Árbitros que se encargará de resolver la solicitud.[659]

---

[657] Ver supra puntos Nos. II.2. y IX.1. e infra punto No. XII.9. Daniel E. Gonzalez, George F. Hritz, Marcos Rios y Richard C. Lorenzo, *"International Arbitration: Practical Considerations with a Latin American Focus"*. En: The Journal of Structured and Project Finance, Vol. 9, No. 1, 2003, p. 38. *"The parties' choice of the place, 'seat', or 'forum' where the arbitration shall take place and where the award must be issued... is a crucial element of every arbitration clause. The law of the forum either determines or materially affects a number of all-important issues, such as how the award will be enforced, the procedural rules that may apply to the arbitration, under what circumstances and to what extent the award may be reviewed and vacated... the degree of local courts' intervention in the arbitration, and the availability of discovery and other evidentiary matters"*.

[658] Ver reglas 50° y 52° de las Reglas de Arbitraje. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 1084. *"This independence from national procedures for review arbitral awards means that the place of arbitration in ICSID proceedings is irrelevant for the award's validity and enforcement. ICSID arbitration is delocalized and independent of judicial control in the country where the proceedings take place and the award is rendered... Consequently, a party to ICSID proceedings may not initiate action before a domestic court to seek the annulment or another form of review of an ICSID award. A court of a State that is a party to the ICSID Convention would be under an obligation to dismiss such an action"*. Giorgio Sacerdoti, *"Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of awards"*, ob. cit., pp. 42-43. El autor cita a Hirsch, quien afirma que: *"[T]he Convention prohibits the parties from having recourse to municipal courts in order to obtain additional relief. This prohibition is consistent with the aim of creating an autonomous judicial mechanism, independent of municipal legal systems (in order to ensure the neutrality of the arbitration proceedings at the Centre). […] The intention of the drafters of the Convention that the arbitration proceedings conducted at the Centre be independent of municipal courts prescribed the provisions of the Convention prohibiting recourse to remedies outside the Centre. However, the proscription of external remedies obliged the Centre to supply, concurrently, alternative legal remedies necessary for the conduct of proper legal proceedings. [This] enables the losing party to challenge the validity of the arbitral awards by means of the Centre's internal control mechanism"*.

[659] Conforme al artículo 52(2) del Convenio CIADI y la Regla 54° de las Reglas de Arbitraje, una parte puede solicitar junto con el pedido de anulación del laudo arbitral la suspensión provisional de la ejecución hasta que la Comisión Ad Hoc se pronuncie al respecto. Por su parte, la regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje establece que una vez instalada la Comisión Ad Hoc y a pedido de parte, dentro de los treinta días este panel deberá pronunciarse acerca de si la suspensión de la ejecución del laudo arbitral debe mantenerse hasta que se dicte fallo sobre la anulación.

Sobre este particular, la Comisión Ad Hoc en su decisión de 30 de noviembre de 2004 en los seguidos por Patrick Mitchell c. República

Es más, si se llega a anular el laudo arbitral, la diferencia se someterá nuevamente ante otro tribunal arbitral CIADI si así lo solicita alguna de las partes (artículo 52° del Convenio CIADI).[660]

Democrática del Congo (Caso ARB/99/7), manifestó que "*[n]o indication is given as to what kind of circumstances require a stay; therefore the Committee is free to evaluate the arguments of the parties in view of the particularities of each case*". Sin embargo, seguidamente identificó que en todos los casos en los que se había iniciado un proceso de anulación de un laudo arbitral y se había pedido la suspensión de su ejecución, ésta se había concedido (Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1) en dos oportunidades, Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4), Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4) y CDC Group plc c. República de Seychelles (Caso ARB/02/14)). En esta decisión se hizo referencia además, a que en todos los casos también se analizó el tema de las garantías que debía otorgar aquél que solicitara la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, identificándose que en cuatro de ellos (Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1) en dos oportunidades, Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4) y CDC Group plc c. República de Seychelles (Caso ARB/02/14)) se había ordenado la entrega de una garantía y solo en uno de los casos (Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4)) se dispuso la suspensión sin que se exigiera garantía alguna. Cabe aclarar que también en el caso Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo (Caso ARB/99/7) se ordenó la suspensión sin garantía alguna. Este fallo se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/mitchell-en.pdf. Por su parte, el fallo sobre la misma materia en los seguidos por CDC Group plc c. República de Seychelles (caso ARB/02/14), se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CDCvSeychelles-DecisiononWhetherorNottoContinueStayandOrder.pdf.

Ver además las recientes decisiones acerca de la suspensión de la ejecución de los laudos arbitrales, en los seguidos por MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile (Caso ARB/01/7), Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (Caso ARB/01/10) y CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina (Caso ARB/01/8), de fecha 1° de junio de 2005, 22 de diciembre de 2005 y 1° de septiembre de 2006, respectivamente. En los tres casos se ordenó mantener la suspensión de la ejecución de los laudos arbitrales, pero sólo a Ecuador se le ordenó la entrega de una garantía. Respecto de Argentina y Chile, se hizo saber que no era necesaria una garantía, porque ambos estados habían asegurado que cumplirían con lo resuelto en el laudo arbitral en caso el procedimiento de anulación les fuera contrario. Estas decisiones se ubican en: http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Stay_001.pdf, www.worldbank.org/icsid/cases/repsol_1_sp.pdf y http://ita.law.uvic.ca/documents/CMS-StayDecision.pdf, respectivamente.

[660] W. Michael Reisman, **Systems of Control in International Adjudication & Arbitration –Breakdown and Repair-**, ob. cit., p. 50. "*The innovation in ICSID was the control entity to which claims for nullification were to be submitted. Once the request has been lodged, the chairman of the ICSID Administrative Council (ex officio the president of the World Bank) appoints an ad hoc committee of three persons from a panel of names proposed by states' members and kept by the secretary-general, none of whom may have the nationality of the state-party of the foreign investor. Name notwithstanding, the committee is, in effect, another tribunal, following the same procedures prescribed in the convention for the original tribunal, though its mandate is more circumscribed than the*

De esta manera, y a diferencia de lo que puede suceder con los laudos arbitrales que se encuentran sujetos a una legislación nacional,[661] los fallos arbitrales CIADI

---

tribunal whose award it is reviewing. In the course of its proceedings, the committee may stay enforcement of the award. If it finds that there has been a violation of one or more of the standards, the ad hoc committee is authorized to annul the award in whole or in part. If the award is nullified by the committee, either party may submit the dispute to a new tribunal, constituted in accordance with the convention".

[661] Como anulado que sea un laudo arbitral CIADI la controversia no se somete al poder judicial, sino que se constituye un nuevo tribunal arbitral CIADI que juzgará el caso, se generan así los incentivos correctos para evitar que las partes interpongan recursos obstruccionistas o dilatorios. Tal vez sea por esta razón que, como explica Franz Kundmuller Caminiti, "ICSID, 'bella durmiente' despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera", ob. cit., p. 16, "[h]asta el año 2002 hubo solamente nueve solicitudes de anulación de laudos arbitrales, para un universo total de 93 casos, en un período de 36 años".

A la fecha de este trabajo, son pocos los laudos arbitrales contra los que se ha iniciado un proceso de anulación, destacando: Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1) y Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. y Klockner Handel-smaatschappij B.V. c. República del Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Caso ARB/81/2), cuyos laudos arbitrales fueron anulados y, luego de que se dictaron nuevos fallos arbitrales, el segundo pedido de anulación fue desestimado en ambos casos; Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República de Egipto (Caso ARB/84/3) que se resolvió mediante una transacción antes del fallo final sobre la anulación; Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4), Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4), Philippe Gruslin c. Malasia (Caso ARB/99/3), Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso ARB/97/3), Patrick Mitchell c. República Democrática de Congo (Caso ARB/99/7), Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos (Caso ARB/00/6), MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile (Caso ARB/01/7), CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso ARB/01/8), Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador) (Caso ARB/01/10), CDC Group plc c. República de Seychelles (Caso ARB/02/14), Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (Caso ARB/02/7), Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú (Caso ARB/03/4) y Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/03/11). Este último caso se resolvió mediante una transacción antes del fallo final sobre la anulación.

Si bien es cierto que solo en algunos pocos casos los laudos arbitrales han sido anulados, los dos primeros (Amco y Klockner) fueron duramente criticados, al extremo de afirmarse que el sistema de anulación de laudos arbitrales CIADI se encontraba fuera de control. Sin embargo, recientes fallos sobre esta materia parecen que están poniendo las cosas en su lugar. Emmanuel Gaillard, *"ICSID Annulment"*. En: Transnational Dispute Management, Vol. 2, No. 2, 2005, p. 38. *"The Amco and Klockner cases were severely criticised for being a disguised appeal and what is important to note is that no such criticism was addressed to the recent generation of cases. The WENA and Vivendi cases, despite the partial annulment in Vivendi and the 2002 vintage is the current state of the law"*. Giorgio Sacerdoti, *"Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of awards"*, ob. cit., p. 45. *"Subsequent decisions have shown more self restraint and have focused on*

jamás podrán ser revisados por las cortes de los Estados Miembros.[662]

---

the specificity of ICSID arbitration and of BITs provisions, stimulating reflections on the function of the mechanism and of its features". Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 893. *"Despite this self-professed restraint, the decisions on annulment in Klockner I and Amco I have been criticized severely for crossing the line betweem annulment and appeal by re-examining aspects of the cases before them that lay outside the narrow confines of annulment".* Sobre el particular, leer a: W. Michael Reisman, **Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair-**, ob. cit., pp. 50 y ss.; Daniel Q. Posin, *"Recent Developments in ICSID Annulment Procedures"*, ob. cit., p. 171; y, Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 897-903.

[662] Obviamente lo que se someterá a conocimiento de un nuevo tribunal arbitral será la porción del laudo arbitral anulado, ya que si una parte del fallo no es anulado, la decisión será cosa juzgada. Además, conforme lo dispone el artículo 52(6) del Convenio CIADI, sólo se someterá a conocimiento del nuevo tribunal arbitral la disputa original anulada. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit, pp. 1070-1071. *"The reference in Art. 52(6) to 'the dispute' which may be submitted to a new tribunal suggests that it is the original dispute that was before the first tribunal which falls to be relitigated. If there was partial annulment, it is the annulled portion of the original dispute that must be decided. This would indicate that the parties may not introduce new claims before the new tribunal.*
Before the new Tribunal in Amco II, Indonesia introduced a counter-claim for tax fraud. The issue of tax fraud had been discussed in the original proceeding as one of the arguments justifying the revocation of the investment license. Therefore, before the first Tribunal it was raised by Indonesia merely as a defense and not as a counter-claim.
The new Tribunal came to the conclusion that Art. 46 dealing with counter-claims, did not give a party the right to introduce new counter-claims in a resubmitted case... It said:
Article 52 is not a provision for starting a totally new arbitration, restricted only by the requirements of Article 25. Rather, it is a procedure for resubmission of an existing dispute in respect of which Article 25 jurisdiction exists". Sobre el tema, leer a: Mark B. Feldman, *"The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards"*, ob. cit., pp. 85 y ss.; y, United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement -International Centre for Settlement of Investment Disputes"**, ob. cit., 2.8., pp. 31-32.

Reglas 55(1) y 55(3) de las Reglas de Arbitraje.- "Nueva sumisión de una diferencia después de la anulación
(1) Si una Comisión anulare parte o todo de un laudo, cada parte podrá requerir que se someta la diferencia a un nuevo Tribunal. Dicha solicitud deberá serle presentada por escrito al Secretario General, y en ella se deberá:
(a) identificar el laudo de que se trata;
(b) indicar la fecha de la solicitud;
(c) explicar en detalle qué aspecto de la diferencia ha de someterse al Tribunal; e
(d) ir acompañada del derecho de registro de la solicitud
(...)
(3) Si se hubiere anulado el laudo original sólo en parte, el nuevo Tribunal no reconsiderará parte alguna del laudo que no hubiere sido anulada. Sin embargo, podrá, de conformidad con el procedimiento establecido en la Regla 54, suspender o mantener la suspensión de la

XII.7.4.3. **Las causales de anulación**

Las únicas causales de anulación de los laudos arbitrales CIADI, son las siguientes:[663]

a) Que el tribunal arbitral se hubiere constituido incorrectamente.

Esta causal resulta procedente cuando, por ejemplo, alguno de los árbitros no cumple con el requisito de nacionalidad, no cuenta con las calificaciones que exige el CIADI, o tiene algún conflicto de intereses.

Sin embargo, esta causal difícilmente se presentará, gracias al sistema de designación de árbitros del CIADI, como a sus reglas sobre recusación.[664]

b) Que el tribunal arbitral se hubiere manifiestamente extralimitado en sus facultades.

---

ejecución de la parte no anulada del laudo hasta la fecha en que dicte su propio laudo".

[663] En la decisión sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en los seguidos por CDC Group plc c. República de Seychelles (Caso ARB/02/14) de 29 de junio de 2005, se afirmó que las comisiones ad hoc tienen discrecionalidad para decidir si aun cuando identifican alguna causal de anulación, corresponde proceder de esa manera según las circunstancias. *"37. ...we note that the ad hoc Committees operating during the last two decades have considered that a Committee has discretion to determine not to annul an Award even where a ground for annulment under Article 52(1) is found to exist. The Vivendi Committee, for example, stated that an award should be annulled in whole or in part only if annulment is 'appropriate in the circumstances'".* La Comisión Ad Hoc (cita 43) basó su apreciación en una opinión de Schreuer, quien considera que no basta probar la existencia de la causal, sino que, además, hay que considerar si esa causal efectivamente afectó el procedimiento arbitral (análisis sustantivo, antes que formal): *"A good example for the movement towards this more balanced approach is the position taken by ad hoc Committees on their obligation or discretion to annul once they have found a ground for annulment. In Klockner I, the ad hoc Committee had still held that a finding that there existed a ground for annulment would have to automatically lead to the annulment of the award. Subsequent ad hoc Committees have rejected this 'hair trigger' standard in favor of a 'material violation' approach. Wena and Vivendi contain further confirmation of this cautious attitude".* El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CDSeychelles AnnulmentDecision.pdf.

[664] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 929. *"Improper constitution of the tribunal does not seem ever to have been invoked as a ground for annulment and is unlikely to be invoked in the future. The ICSID Secretariat carefully monitors this stage of the proceedings and procedural irregularities are unlikely".* Ver supra punto No. XII.4.2.

La manifiesta extralimitación en las facultades del tribunal arbitral se puede presentar cuando los árbitros no aplican "manifiestamente" la ley aplicable (ver los fallos de las comisiones ad hoc en los casos Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. y Klockner Handel-smaatschappij B.V. c. República del Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Caso ARB/81/2) y Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4)).[665] Sin embargo, como correctamente indicó la Comisión Ad Hoc en el caso Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4) en su resolución sobre anulación de 5 de febrero de 2002, para que proceda esta causal la extralimitación de las facultades tiene que ser evidente. En cambio, si deriva de una interpretación, la causal ya no resulta procedente, debido a que la extralimitación no es más "manifiesta".[666]

---

[665] Ibídem, p. 932. *"Another instance of excess of powers would be a violation of Art. 42 on applicable law. Non-application of the law agreed by the parties or of the law determined by the residual rule in Art. 42(1) goes against the parties' agreement to arbitrate and may constitute an excess of powers"*.

[666] *"[T]he excess of power must be self-evident rather than the product of elaborate interpretations one way or the other. When the latter happens the excess of power is no longer manifest"*. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 933. *"An excess of powers is manifest if it can be discerned with little effort and without deeper analysis"*. Philippe Pinsolle, *"Jurisdictional Review of ICSID Awards"*, documento presentado en la Conference on Nationality and Investment Treaty Claims, British Institute of International and Comparative Law, 2005, www.biicl.org/admin/files/Philippe%20Pinsolle%20Presentation.pdf, p. 7. *"The term 'manifest' means: 'Clear to sight or mind' (Oxford Dictionary), 'Evident, obvious, apparent, plain. Readily perceived by the eye or the understanding' (Random House Dictionary), 'Obvious to the understanding, evident to the mind, not obscure or hidden, and is synonymous with open, clear, visible, unmistakable, indubitable, indisputable, evident and self-evident. In evidence, that which is clear and requires no proof; that which is notorious' (Black's Law Dictionary)"*.

Fallo sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en los seguidos por CDC Group plc c. República de Seychelles (Caso ARB/02/14) de 29 de junio de 2005: *"39. Article 52(1)(b) allows for annulment of an award where the Tribunal 'manifestly exceeded its powers'. That is, a tribunal (1) must do something in excess of its powers and (2) that excess must be 'manifest'. It is a dual requirement".*
40. Common examples of such 'excesses' are a Tribunal deciding questions not submitted to it or refusing to decide questions properly before it.
41. As interpreted by various Committees, the term 'manifest' means clear or 'self-evident'. Thus, even if a Tribunal exceeds its powers, the excess must be plain on its face for annulment to be an available remedy. Any excess apparent in a Tribunal's conduct, if susceptible of argument 'one

Esta causal también es aplicable cuando los árbitros asumen una jurisdicción que manifiestamente no tienen o se niegan manifiestamente a asumirla cuando efectivamente corresponde hacerlo. El primer supuesto, por ejemplo, se presentó en el primer procedimiento arbitral del caso Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. y Klockner Handel-smaatschappij B.V. c. República del Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Caso ARB/81/2). Aquí, la Comisión Ad Hoc encontró que el tribunal arbitral había asumido jurisdicción respecto de un contrato que contenía una cláusula arbitral de sometimiento a la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Sin embargo, la Comisión Ad Hoc consideró que el análisis del tribunal arbitral para justificar su competencia era sustentable, razón por la cual finalmente se negó a anular el laudo arbitral en este extremo, ya que la extralimitación de las facultades no fue manifiesta.

El otro supuesto se presentó, por ejemplo, en el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso ARB/97/3). Aquí, la Comisión Ad Hoc en su resolución de 3 de julio de 2002, parágrafo 86, dijo: "Se establece, y ninguna parte lo ha impugnado, que un tribunal del CIADI se extralimita en sus facultades no sólo si ejerce una jurisdicción que no le corresponde de conformidad con el acuerdo o tratado pertinente y el Convenio del CIADI, interpretados en conjunto, sino también si omite ejercer una jurisdicción que sí le corresponde según los mencionados instrumentos jurídicos".[667]

---

way or the other', is not manifest". El fallo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CDSeychellesAnnulmentDecision.pdf.

[667] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.8., p. 18, *"Failure to exercise jurisdiction where jurisdiction does, in fact, exist also constitutes an excess of powers. A decision by a tribunal that states that it lacks competence is rendered in the form of an award. Such an award may be the subject of annulment proceedings".* Comisión Ad Hoc en el caso Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4) en su resolución sobre anulación de 5 de febrero de 2002: *"Failure to exercise jurisdiction where jurisdiction does, in fact, exist also constitutes an excess of powers. It is not within the tribunal's powers to refuse to decide a dispute or part of a dispute that meets all jurisdictional requirements of Art. 25"*. Philippe Pinsolle, *"Jurisdictional Review of ICSID Awards"*, ob. cit., p. 10. *"The same applies where an arbitral Tribunal refuses to exercise jurisdiction that it possesses. In this case, both parties have consented to arbitration for the dispute in question and are nevertheless deprived of the neutral forum to which they agreed. The expectation of the parties*

Este es también el argumento esgrimido en el caso Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Peru, S.A. c. República del Perú (Caso ARB/03/4). En efecto, en este caso el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 7 de febrero de 2005, se declaró incompetente para conocer el fondo de la controversia, debido a que el BIT Perú-Chile no habría estado vigente al momento en que sucedieron los hechos en los que se apoyaron las empresas para alegar una supuesta expropiación de sus intereses.[668] Ante esta situación, las empresas demandantes han iniciado una acción de anulación del laudo arbitral, alegando que los árbitros se habrían manifiestamente extralimitado en sus facultades, al negarse a aceptar su jurisdicción.

Justamente este caso nos permite aclarar un último tema, cual es el referido al tipo de decisiones que pueden ser sometidas a conocimiento de una Comisión Ad Hoc.

En efecto, el artículo 52(1) del Convenio CIADI establece que solo se puede solicitar la anulación "del laudo". Sin embargo, en el caso Lucchetti los árbitros, formalmente hablando, no resolvieron el fondo de la

---

must be respected. In other words, when consent to arbitration is found to exist there is no way out for the arbitral tribunal. Refusing to give effect to this consent amounts to modifying the agreement between the parties. It amounts to denying them what they wanted. Wrongly refusing to exercise jurisdiction when it exists would necessarily entail committing a manifest excess of powers".

[668] La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/lucchetti-award-sp.pdf. Sobre los antecedentes de este caso, ver supra punto No. XII.4.1. Paolo Di Rosa, "La jurisdicción ratione temporis en arbitrajes bajo los Tratados Bilaterales de Inversiones", ob. cit., p. 302. "Perú arguyó que el Tribunal carecía de jurisdicción debido a que la controversia se había definido claramente con anterioridad a la entrada en vigencia del TBI, constituyendo los hechos posteriores una simple continuación de la controversia anterior. Los reclamantes, por su parte, sostuvieron que se trataba de dos controversias distintas, que la anterior se había resuelto en 1998 con las decisiones de los tribunales peruanos que habían fallado a su favor, y que sólo era la segunda controversia, la cual había surgido después de la entrada en vigencia del TBI, la que estaba ante el tribunal CIADI. Ante estas posiciones encontradas, el Tribunal concluyó que '...el objeto de la controversia anterior no difería de las medidas adoptadas por la municipalidad en 2001... en ese sentido las controversias tuvieron el mismo origen o fuente...'. Con fundamento en estos antecedentes, el tribunal decidió que 'en 1998 la presente controversia estaba formalizada' y que, como resultado de ello, 'la empresa se encuentra en la misma situación en que estaría si no hubiera sancionado el Convenio Bilateral [TBI]". Ver también el análisis que el autor realiza respecto al tema de los "actos continuos o serie de actos del estado" (pp. 319-326).

controversia y, aún así, las empresas demandantes han podido interponer anulación contra esa decisión.

Esto es así, porque el Convenio CIADI expresamente establece que si un tribunal arbitral decide como cuestión previa que no tiene jurisdicción,[669] esa decisión será dictada en la forma de un laudo arbitral y, por lo tanto, podrá ser recurrida directamente en anulación.[670]

En cambio, si el tribunal arbitral como cuestión previa o en el laudo final declara que tiene jurisdicción,[671] esta decisión, conjuntamente con el laudo final sobre el fondo, podrá ser recurrida en anulación.[672]
c) Que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal arbitral.

Hasta donde tenemos conocimiento, nunca se ha planteado esta causal.[673]

---

[669] Artículo 41° del Convenio CIADI.- "(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 determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión".

[670] Regla 41(6) de las Reglas de Arbitraje.- "(6) Si el Tribunal decidiere que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto". Sobre el tema de los tipos de laudos, ver supra punto No. VIII.1.

[671] Si los árbitros se pronuncian como cuestión previa declarando que tienen jurisdicción, no estaremos ante un "laudo", sino simplemente ante una "decisión sobre jurisdicción".

[672] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 912. "*Preliminary decisions on jurisdiction are subsequently incorporated into awards… At that stage they become subject to annulment as parts of awards.*
If the tribunal decides that the dispute is not within the Centre's jurisdiction or outside its competence… it will render an award to this effect… Such an award is, by definition, final and subject to annulment". Por ejemplo, en el primer caso arbitral seguido por Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia c. República de Indonesia (Caso ARB/81/1), se recurrió en anulación contra el laudo arbitral final (de 16 de mayo de 1986) y contra la decisión sobre jurisdicción (25 de septiembre de 1983).

[673] Ibídem, p. 967. "*It strikes at the root of the integrity of the arbitral process. Instances of corruption of members of arbitral tribunals seem to be so unusual that they are hardly ever contemplated*".

d) Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.

Lo primero que tenemos que decir sobre este particular, es que para que proceda plantear esta causal, la parte que afirma haber sido perjudicada tiene que haber reclamado en su momento, sin que se corrigiera la supuesta violación.[674]

En segundo lugar, nosotros consideramos que el estándar de análisis de esta causal ha sido correctamente fijado por la Comisión Ad Hoc que conoció de la anulación en el caso Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4), en su decisión de 5 de febrero de 2002: *"The said provision refers to a set of minimal standards of procedure to be respected as a matter of international law. It is fundamental, as a matter of procedure, that each party is given the right to be heard before an independent and impartial tribunal. This includes the right to state its claim or its defense and to produce all arguments and evidence in support of it. This fundamental right has to be ensured on an equal level, in a way that allows each party to respond adequately to the arguments and evidence presented by the other…*

---

[674] Ibídem, p. 911. *"…it would appear unacceptable to let a party that has knowingly failed to challenge a serious irregularity before the tribunal later attack the award in annulment proceedings"*. Obviamente estas palabras son plenamente aplicables a las causales a) y b) estudiadas.

Justamente sobre este particular, la Regla 27° de las Reglas de Arbitraje, dispone lo siguiente: "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". Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 983. *"Ad hoc committees have held that a party that has failed to object to a violation of procedure before the tribunal may not rely on this violation as a ground for annulment. In Klockner I, the ad hoc Committee remarked in the context of an alleged violation of Art. 25(1)(d) that an application for annulment '…[cannot] be used by one party to complete or develop an argument which it could and should have made during the arbitral proceedings. More specifically, in the context of an alleged violation of the right to be heard… the ad hoc Committee said:*
…it suffices to note that the Claimant has not established that it made a timely protest against the serious procedural irregularities it now complains of. Subject to what will be valid later, Rule 26 [now Rule 27] of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings would therefore rule out a good part of its complaints".

In order to be a 'serious' departure from a fundamental rule of procedure, the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had such a rule been observed. In the words of the ad hoc Committee's Decision in the matter of MINE 'the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide'".[675]

Justamente porque para que proceda esta causal se tiene que haber quebrantado seriamente una norma fundamental del procedimiento[676] y, además, tiene que probarse que esta situación ha llevado a que el tribunal arbitral en términos sustantivos haya llegado a un resultado distinto al que hubiera arribado de no haberse cometido la violación,[677] nosotros entendemos que si bien esta

---

[675] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.8., pp. 22-23. *"To be serious the departure must be substantial rather than minimal. The departure must have had a material effect on the affected party. It must have deprived that party of the benefit of the rule in question. For instance, if a party is deprived of its rights to be heard, the departure is not serious if it is clear from the circumstances that the party never intended to exercise the right… A party must react immediately to a violation of proper procedure by stating its objection and by demanding compliance. Arbitration Rule 27 states that failure to object will be interpreted as a waiver to object at a later stage".*

[676] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 970-971. El autor cita el fallo de la Comisión Ad Hoc de 22 de diciembre de 1989, en los seguidos por Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4): *"5.05 A first comment on this provision concerns the term 'serious'. In order to constitute a ground for annulment the departure from a 'fundamental rule of procedure' must be serious. The Committee considers that this establishes both quantitative and qualitative criteria: the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide…*
5.06 A second comment concerns the term 'fundamental'; even a serious departure from a rule of procedure will not give rise to annulment, unless that rule is 'fundamental'. The Committee considers that a clear example of such a fundamental rule is to be found in Article 18 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration…
The term 'fundamental rule of procedure' is not to be understood as necessarily including all of the Arbitration Rules adopted by the Centre".

[677] Fallo sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en los seguidos por CDC Group plc c. República de Seychelles (Caso ARB/02/14) de 29 de junio de 2005: *"48. ...here the departure must be serious and it must be from a fundamental rule of procedure. It is a dual requirement. Not just any departure from any rule of procedure will support annulment.*
49. A departure is serious where it is 'substantial and [is] such as to deprive the party of the benefit or protection which the rule was intended to provide'. In other words, 'the violation of such a rule must have

causal ha sido alegada en varias oportunidades, hasta el momento no ha sido amparada.[678]

e) Que no consten en el laudo arbitral los motivos en que se funda.

Como bien señaló la Comisión Ad Hoc en su fallo sobre anulación de 5 de febrero de 2002, en los seguidos por Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4), esta causal no autoriza a que se revise el fondo de la controversia o a que se reconsidere la decisión del tribunal arbitral, ya que está referida únicamente al requerimiento de que el tribunal arbitral explique los hechos y el derecho en que basa su decisión.[679]

Además, la obligación del tribunal arbitral de sustentar su decisión no los obliga a analizar todos y cada uno de los argumentos presentados por las partes, sino únicamente aquellos que son cruciales o esenciales para la resolución de la controversia.[680]

---

caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had the rule been observed'". La decisión se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CDSeychellesAnnulmentDecision.pdf.

[678] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., pp. 972-982.

[679] *"The ground for annulment of Article 52(1)(e) does not allow any review of the challenged Award which would lead the ad hoc Committee to reconsider whether the reasons underlying the Tribunal's decisions were appropriate or not, convincing or not. As stated by the ad hoc Committee in MINE, this ground for annulment refers to a 'minimum requirement' only. This requirement is based on the Tribunal's duty to identify, and to let the parties know, the factual and legal premises leading the Tribunal to its decision. If such sequence of reasons has been given by the Tribunal, there is no room left for a request for annulment under Article 52(1)(e)".* Ver también el fallo sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en los seguidos por CDC Group plc c. República de Seychelles (Caso ARB/02/14) de 29 de junio de 2005, parágrafos 66-72, que hicieron suya la opinión en Wena.

[680] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.8., p. 26. *"The tribunal's obligation to deal with every question submitted to it does not mean that it has to address every argument advanced by a party. Some arguments may be irrelevant, peripheral or obsolete. In order to form a basis for annulment, a question that has not been dealt with, must be an essential question in the sense that it could have affected the outcome of the award. An essential question may also be understood in the sense of a crucial or decisive argument. An argument is crucial or decisive if its acceptance would have altered the tribunal's conclusions".* Sobre este particular, leer a: David R. Sedlak, *"ICSID'S Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?".* En: Penn State International Law Review, Vol. 23, 2004, p. 163; y, Marc Sturzenegger, *"ICSID Arbitration and Annulment for Failure*

XII.8. **RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53° del Convenio CIADI, las partes deberán acatar y cumplir el laudo arbitral en todos sus extremos,[681] "…salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio".[682]

En caso proceda la ejecución del laudo arbitral y el inversionista no acate el mandato, será de aplicación el artículo 54° del Convenio CIADI, conforme al cual todo "…Estado Contratante reconocerá el 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 tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado…".[683]

---

to State Reasons: The Decision of the Ad Hoc Committee in Maritime International Nominees Establishment v. The Republic of Guinea". En: Journal of International Arbitration, Vol. 9, No. 4, 1992, pp. 173-198.

Justamente sobre este particular, ver la decisión sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en los seguidos por Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo (Caso ARB/99/7) de 1° de noviembre de 2006, que consideró que el razonamiento del tribunal arbitral había sido incompleto y oscuro respecto al requisito de que exista una inversión y dispuso anular el laudo arbitral por este motivo, al considerarlo grave.

[681] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.9. Binding Force and Enforcement**, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 5. "*ICSID awards are final. This means that once an ICSID award has been rendered, the parties may not seek a remedy on the same dispute in another forum. This res judicata effect applies in relation to other arbitration tribunals, including ICSID tribunals, as well as domestic courts".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 405. "*A domestic court or authority before which recognition and enforcement is sought is restricted to ascertaining the award's authenticity. It may not re-examine the ICSID tribunal's jurisdiction. It may not re-examine the award on the merits. Nor may it examine the fairness and propriety of the proceedings before the ICSID tribunal"*. Mark Kantor y Michael Nolan, "El riesgo arbitral de los inversionistas frente a la soberanía", ob. cit., pp. 42-43. "Según afirmó Schreuer: 'Los antecedentes de la convención evidencian que las autoridades locales encargadas de reconocer y ejecutar no tienen discrecionalidad para revisar el laudo una vez se ha establecido su autenticidad. Ni siquiera el orden público del foro puede proporcionar una base para el rechazo. La finalidad de los laudos también excluiría cualquier examen de su cumplimiento con la política pública internacional o con el derecho internacional, en general".

[682] Ver supra punto No. XII.7.

[683] "*Commentary on the ICSID Convention: Article 54"*. En: ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 1, 1999, p. 76. "*Art. 54 does*

De esta manera, cualquier estado que requiera ejecutar un laudo arbitral CIADI contra un inversionista podrá recurrir ante la instancia judicial de cualquiera de los Estados Contratantes,[684] con la finalidad de proceder al reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.[685] El laudo deberá ser reconocido sin que proceda revisión alguna en la forma o en el fondo.[686]

---

not distinguish between the recognition and enforcement of awards against investors on the one side, and against host States, on the other. Therefore, it can be used by either party to the arbitration proceedings". Georges R. Delaume, *"Experience with ICSID"*, ob. cit., pp. 254-255. *"If an investor fails to comply with an ICSID award, the Contracting State party to the dispute will find in Article 54 of the Convention effective means of enforcing the award against the investor and its property.*
…the great advantage of the Convention over other international conventions regarding the enforcement of foreign arbitral awards is that not even public policy can be raised as a defense to the binding character of ICSID awards. Against an investor, an ICSID award is, subject only to the formality of submitting a certified copy of the award to the recognizing court or authority, a title which is immediately executory". Aron Broches, *"Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution"*. En: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 2, 1987, p. 317. *"The language of the provision leaves no doubt that it obligates Contracting States to give effect in the domestic legal order to the binding and obligatory force of an award decreed by Article 53 of the Convention and to do so whether or not they or any of their nationals had been parties to the dispute. Contracting States have two obligations: to recognize an award as binding and to enforce the pecuniary obligations imposed by it. The award is equated to a final court decision for both purposes".*

[684] Inclusive podrá presentar la solicitud al poder judicial del estado en el que físicamente se llevó a cabo el arbitraje, ya que para efectos del CIADI un laudo arbitral no tiene nacionalidad. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., p. 9. *"This independence from national procedures for review of arbitral awards means that the place of arbitration in ICSID proceedings is irrelevant for the award's validity and enforcement. In the same vein, national courts charged with the enforcement of an ICSID award, have no power to review that award for substantive correctness or procedural irregularities".*

[685] De conformidad con el artículo 54(2) del Convenio CIADI, la parte que solicite el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral simplemente presentará una copia del fallo debidamente certificada por el Secretario General del CIADI.

[686] Philip D. O'Neill Jr., *"American Legal Developments in Commercial Arbitration Involving Foreign States and State Enterprises"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 6, No. 1, 1989, p. 133. *"…ICSID clearly has a substantial advantage over other arbitral institutions and ad hoc arbitrations in terms of recognition of its awards. Pursuant to Article 54 of the ICSID Convention, there is a simplified procedure of providing a certified copy of the ICSID award for recognition and then immediate initiation of enforcement proceedings… It suffices to say that no defense to the recognition of the award can be raised including sovereign immunity".* Pierluigi Toriello, *"The Additional Facility of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*. En: The

En otras palabras, como expresa Broches,[687] "…todos los Estados firmantes, independientemente del hecho de que uno de sus ciudadanos sea o no parte directa en el conflicto, tienen la obligación de reconocer el carácter vinculante de un laudo dictado con arreglo al Convenio; de considerar dicho laudo, tras la simple certificación por el Secretario general del Centro, como si fuera un fallo definitivo de un tribunal del propio país, y por lo tanto de cumplirla. En contraste con los Convenios de Panamá y Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, esta obligación es absoluta (art. 54 del Convenio).

No hay necesidad de un exequátur ni de 'homologación'. El laudo no es un laudo extranjero, sino… [que] tiene toda la fuerza de un fallo definitivo de un tribunal del país".[688]

Italian Yearbook of International Law, Vol. IV, 1978-79, p. 82. *"The most significant aspects of the award emerge in relation to its effectiveness and enforcement within the Contracting States. All Contracting States are obliged under the Convention to recognize the award and ensure its enforcement within their municipal systems as though it constituted a judgment of one of their own courts. The award is not dependent for its effect on any measure of recognition or exequatur in the municipal system and proceeds on presentation of a certified copy of the award to the national authority which the State considers competent".*

[687] Aron Broches, "El Arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)", ob. cit., p. 246. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., p. 12. *"[The national court] …may not re-examine the ICSID tribunal's jurisdiction. It may not re-examine the award on the merits. Nor may it examine the fairness and propriety of the proceedings before the ICSID tribunal. Not even the ordre public (public policy) of the State where recognition and enforcement of an ICSID award is sought, is a valid ground for a refusal to recognize and enforce".*

[688] Georges R. Delaume, *"Decisions of Regional and Foreign Courts: France – recognition of ICSID awards—sovereign immunity"*. En: The American Journal of International Law, Vol. 86, 1992, p. 139. *"This simple and original procedure is intended to operate in complete independence of the rules applicable to the recognition of non-ICSID (foreign or international) awards that are found in domestic legal systems or in international conventions, such as the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Unlike domestic or other conventional rules that give national courts the right to deny recognition to foreign awards on specific grounds, the Convention deprives such courts of any discretion in the matter. Under the Convention, there is no exception (not even on the ground of public policy) to the binding character of ICSID awards and to their recognition in contracting states".*

Por su parte, si quien incumple es un estado, el inversionista también podrá seguir el camino indicado en los párrafos precedentes, no pudiendo escudarse el estado en cuestión en la inmunidad de jurisdicción para pretender impedir el reconocimiento del laudo arbitral.[689]

Sin embargo, el artículo 55° del Convenio CIADI establece que los Estados Contratantes ejecutarán un fallo dictado contra un estado de conformidad con sus disposiciones domésticas sobre inmunidad en materia de ejecución.[690]

Esto significa que si bien las cortes de los Estados Contratantes están obligadas a reconocer un laudo arbitral dictado en contra de un estado, es posible que si en el foro se reconoce algún tipo de inmunidad en la ejecución, el laudo arbitral no pueda ejecutarse sobre todos o algunos de los bienes del estado en falta.

Como explica van den Berg,[691] esta restricción a la fuerza coercitiva de los laudos arbitrales CIADI no

---

[689] Artículo 54(3) del Convenio CIADI.- "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". Georges R. Delaume, *"Decisions of Regional and Foreign Courts: France –recognition of ICSID awards—sovereign immunity"*, ob. cit., p. 139. *"At the time of recognition, the Convention prevents the state in question from raising the defense of immunity from jurisdiction. In the system of the Convention, recognition is considered as constituting the ultimate phase of the arbitral process and the state is deemed to have waived any defense, including immunity from the jurisdiction of the recognizing court, that would interfere with the ICSID system and be inconsistent with the consent given by that state to ICSID arbitration". "Commentary on the ICSID Convention: Article 54"*, ob. cit., p. 89. *"ICSID awards must not be made subject to conditions for recognition not provided for by the Convention. Nor is it permissible to subject them to review at the stage of recognition. The domestic court's or other authority's task is limited to verifying the authenticity of the ICSID award…".*

[690] Artículo 55° del Convenio CIADI.- "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". Georges R. Delaume, *"Experience with ICSID"*, ob. cit., p. 252. *"…as soon as an ICSID award is recognized, it becomes a valid title on the basis of which measures of execution can be taken, e.g. in the form of attachment, provided, however, that if such measures are directed against state property, execution is possible under the law of the State in which execution is sought".*

[691] Albert Jan van den Berg, *"Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions"*, ob. cit., pp. 449-450. *"It is submitted that it is rather illogical that in matters of arbitration a waiver of immunity is accepted with respect to jurisdiction*

parecería ser congruente con la obligación internacional de las cortes de los Estados Contratantes de reconocer los fallos CIADI. Sin embargo, en su autorizada opinión, esta limitación existe debido a consideraciones políticas y económicas: En términos políticos, una cosa es reconocer un fallo contra un estado y otra muy distinta es ejecutar esa decisión contra los bienes de ese país, cuando además el laudo arbitral ha sido emitido respecto a una controversia relacionada con una inversión realizada dentro del territorio del estado ejecutado; y, en términos económicos, de no aceptarse que cada Estado Contratante pueda aplicar sus propias normas sobre inmunidad en la ejecución, muchos países podrían trasladar sus bienes ubicados en Estados Contratantes a otros que no fueran parte del Convenio CIADI.

Ahora bien, uno de los principales criterios, sino el más importante, utilizado por los estados[692] para determinar si procede la inmunidad en materia de

---

but not with respect to execution. If a State agrees to arbitration, it must be deemed to have accepted all its consequences, including compliance with an unfavorable award. If in the latter case it does not carry out the award, the State's assets, like assets of a private person, should be capable of execution. In other words, waiver of immunity from jurisdiction should imply waiver of immunity from execution. This rule is nothing other than an application of the principle of pacta sunt servanda.
One can only surmise which are the reasons for this incongruity. The continued absolute immunity from execution is apparently based on political and economic considerations. Execution is commonly felt to be a 'more intensive interference with the rights of a State'. From the economic point of view, restrictive immunity principles applied to execution could result in foreign States refraining from investment in countries in which they know their property could be subject to execution".

[692] Aquí creemos que es importante aclarar, que mientras que en muchos estados del sistema del Common Law se cuenta con legislación especial que regula el tema de la Inmunidad Soberana, como es el caso de la *Foreign Sovereign Immunities Act* norteamericana (1976), la *State Immunity Act* de Canadá (1985), la *Foreign Sovereign Immunities Act* de Australia (1985) y la *State Immunity Act* del Reino Unido (1978), en los países de tradición romanista, el tema generalmente se analiza a partir de las reglas del Derecho Internacional Público. Jeremy Ostrander, *"The Last Bastion of Sovereign Immunity: A Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments"*. En: Berkeley Journal of International Law, Vol. 22, 2004, p. 551. *"In comparing the civil law tradition on these issues, one must realize that the nature of state immunity on the European continent is different than the statutory frameworks that have developed in most common law jurisdictions. First, the law of foreign sovereign immunity is primarily a concept of public international law, rather than a state based development. Second, states import general principles of international law, including those of foreign sovereign immunity, into their domestic legal systems as necessary".*

ejecución, es el referido a la naturaleza de los bienes que se pretenden ejecutar. En efecto, generalmente se distingue entre bienes utilizados para fines comerciales y bienes aplicados a fines soberanos, procediendo la mayoría de las veces la ejecución sólo contra los primeros.[693]

Los bienes considerados típicamente soberanos, son aquéllos asignados a las funciones de una legación diplomática. Así ha sido expresamente reconocido por las cortes de Alemania,[694] Francia,[695] Bélgica,[696] los Estados Unidos de América,[697] entre otros.[698]

---

[693] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., p. 18. "*The most important criterion for State immunity from execution is the nature of the assets which are to be the object of enforcement. A distinction is made between commercial and non-commercial property. Execution is permitted against commercial property but not against property serving official or governmental purposes".*

[694] Horacio Fernández Madrid, "Juicios contra estados extranjeros. Teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción". En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, No. 1, Año 1, Buenos Aires, 1996, p. 151. "...resulta útil tener en cuenta un caso resuelto por el prestigioso Tribunal Constitucional Alemán el 13 de diciembre de 1997 en un asunto seguido contra la Embajada de la República de Filipinas concerniente a un contrato de alquiler. Los demandantes pretendieron dirigirse contra fondos que el Estado aludido tenía depositados en Bonn en el Deutsche Bank. El citado Tribunal, luego de efectuar una extensa reseña de los usos de práctica, señaló que no existen normas de Derecho Internacional que conceden inmunidad absoluta a los Estados Extranjeros frente a la ejecución forzada de su patrimonio, en causas exentas de inmunidad de jurisdicción; indicó que ello sería así, en tanto aquél no esté afectado a fines 'soberanos', en cuyo caso subsiste el privilegio indicado".

[695] Nancy B. Turck, *"French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards".* En: Arbitration International, Vol. 7, No. 3, 2001, p. 330. *"...on 10 August 2000, the Paris Court of Appeal held that... the defendant Russian Federation... monies on account in France in the name of the Russian Embassy that were used solely for the embassy's public service activities in France and monies on account for the permanent mission of Russia for UNESCO were protected by diplomatic immunity against execution".* El caso fue seguido por *Le Gouvernement de la Fédération de Russie* c. *Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation.*

[696] Ibídem, p. 332. *"Article 25 of the Vienna Convention was relied on by the Brussels Court of Appeal to reach the same conclusion as the Paris Court of Appeal in Leica AG v. Central Bank of Iraq and the State of Iraq*".

[697] Ibídem, pp. 338-339. *"The US District Court in Birch Shipping Cooperation v. The Embassy of the United Republic of Tanzania, held that a foreign embassy's bank account in the United States which is not used solely for commercial activity is not immune from attachment [but] ...the US District Court for the District of Columbia determined, based on the Vienna Convention... that the Liberian Embassy's bank accounts were immune from attachment, even if some portion of the account was used for*

Otros bienes generalmente considerados en la misma categoría, son la propiedad militar[699] y los depósitos de los bancos centrales u otras autoridades monetarias.[700]

---

commercial activities in operating an embassy". Sobre este particular, leer a: Jeremy Ostrander, *"The Last Bastion of Sovereign Immunity: A Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments"*, ob. cit., pp. 566-567.

[698] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., p. 22. *"Courts have treated embassy accounts with much caution. The… House of Lords in the United Kingdom came to the conclusion that money in a diplomatic mission's bank account used for meeting the expenses of running the mission did not serve commercial purposes... The Austrian Supreme Court and the Italian Court of Cassation reached the same result".* Sobre las reglas aplicables en el Reino Unido, Canadá y Australia, leer a: Jeremy Ostrander, *"The Last Bastion of Sovereign Immunity: A Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments"*, ob. cit., pp. 567-568.

[699] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., pp. 22-23. *"Military property of foreign States also enjoys immunity and is given special protection from execution under most of the national laws dealing with State immunity. This applies for the United States FSIA, the Canadian State Immunity Act and the Australian Foreign States Immunities Act". "Commentary on the ICSID Convention: Article 55".* En: ICSID Review, Vol. 14, No. 1, 1999, p. 142. *"Military property of foreign States also enjoys special protection from execution. Under the United States FSIA, property of a foreign State is immune from attachment and execution if it is used or is intended to be used in connection with a military activity and is of a military character, or is under the control of a military authority. The Canadian State Immunity Act contains a very similar provision. The Australian Foreign States Immunities Act explicitly excludes military property from its definition of commercial property".*

[700] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., p. 23. *"Most of the national statutes dealing with State immunity provide special protection for central banks and other monetary authorities and their property. The United States FSIA grants immunity from attachment and execution to property belonging to a foreign central bank or monetary authority held for its own account. The phrase 'held for its own account' relates to the distinction between funds held in connection with genuine central bank activities and those used to finance commercial transactions. The Canadian Act, the United Kingdom Act and the Australian Act contain provisions to the same effect".* Sobre este particular, leer a: Jeremy Ostrander, *"The Last Bastion of Sovereign Immunity: A Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments"*, ob. cit., pp. 569-572.

En ese sentido, en los Estados Unidos de América, ver el caso Banco Central de Reserva del Perú c. The Riggs Nacional Bank of Washington, D.C., 919 F. Supp. 13, 17 (D.D.C. 1994), en el que se autorizó el embargo de dos millones de dólares de los depósitos del Banco Central peruano porque el dinero se encontraba depositado para financiar líneas de crédito de entidades comerciales; y, Weston Compagnie de Finance el d'Investissement S.A. c. República del Ecuador, 823 F. Supp. 1106, 1114

En nuestra opinión, la protección de bienes como los que pertenecen a los bancos centrales tiene poco que ver con la intención de proteger la propiedad foránea, y más con lo que van den Berg[701] llama interés económico, ya que si estados como los Estados Unidos de América no reconocieran la inmunidad de ejecución, muchos países tenderían a tomar la decisión de colocar sus excedentes monetarios en otros lugares donde sus bienes no se vieran potencialmente embargados.

En todo caso, vale la pena mencionar que no existe un criterio uniforme entre los estados que permita determinar cuándo se está frente a bienes utilizados con fines soberanos,[702] lo que obligará a analizar esta problemática caso por caso.[703]

(S.D.N.Y. 1993), en el que se insistió que los depósitos de los bancos de reserva a favor de entidades privadas pueden ser embargados.

En cambio, en el caso de Inglaterra, ver el fallo del High Court of Justice, Queen's Bench Division Commercial Court de 20 de octubre de 2005, en los seguidos por AIG Capital Partners, Inc y CJSC Tema Real Estate Company Limited c. República de Kazakhstán, ABN Amro Mellon Global Securities Services B.V., ABN Amro Bank N.V. y el Banco Nacional de Kazakhstán, en el que los demandantes intentaron ejecutar sin éxito un laudo arbitral CIADI contra los depósitos del banco central de Kazakstán (http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/2239.html).

En efecto, el laudo arbitral (que encontró responsable al estado de haber expropiado un complejo habitacional en violación del BIT Estados Unidos de América-Kazakhstán) se presentó en Londres y fue reconocido de conformidad con la Convención del CIADI y la legislación local que la implementa. Seguidamente se solicitó y logró en primera instancia el embargo de dinero efectivo y fondos de inversión que pertenecían a un Fondo Nacional de Kazakhstán que administraba el Banco Nacional de Kazakhstán (Banco Central) y que se encontraban en poder de empresas de inversión inglesas de conformidad con un Acuerdo de Custodia Global suscrito entre esas empresas y el Banco Central. Apelada la orden, se adujo que los bienes embargados pertenecían al Banco Central de Kazakhstán, por lo que de conformidad con la sección 14(4) de la Ley sobre Inmunidad Soberana de 1978, esos bienes eran inmunes. Como bien señala Stephen Fietta, *"High Court Refuses Enforcement of Treaty Arbitration Award under Sovereign Immunity Act Against Assets of Foreign Central Bank"*. En: London Litigation Briefing, Issue 3, 2006, p. 9, la corte dijo que: *"[T]he central bank's property could never be regarded as being 'in use or intended for use for commercial purposes'. The Court thus concluded that, under section 14(4), 'the property of a State's central bank (or other monetary authority) must enjoy complete immunity from the enforcement process in the UK courts'"*.

[701] Ver supra cita No. 691.

[702] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., p. 18. *"But the exact difference between the two types of property is not always clear".*

Es más, inclusive cuando un bien es considerado comercial, muchas veces se requiere cumplir con requisitos particulares, como el que exige la Ley sobre Inmunidad Soberana (FSIA, en sus siglas en inglés) norteamericana acerca de que debe existir un nexo entre el bien que se pretende ejecutar y la pretensión reconocida.[704] Si bien es cierto que este requisito en relación con los laudos arbitrales ha sido eliminado en 1988,[705] se mantiene como condición en muchos otros países.[706]

---

[703] Algunas veces este problema se puede solucionar simplemente pactando en el convenio arbitral la renuncia a la inmunidad en la ejecución. Georges R. Delaume, *"Experience with ICSID"*, ob. cit., p. 254. *"…the parties have the opportunity, at the time of consenting to submit disputes to ICSID arbitration, to provide expressly that the Contracting State involved waives immunity from execution in connection with the enforcement of an ICSID award".* Sin embargo, esta alternativa sólo será útil en aquellos estados que condicionen la ejecución a una previa renuncia a la inmunidad. En cambio, no servirá cuando la norma local simplemente prohíba la ejecución basada en intereses domésticos. United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., p. 23. *"A waiver of immunity from execution is possible, in principle, but may be subject to specific conditions or limitations under the law of the country where execution is sought".* Sobre los posibles efectos de esta renuncia en los Estados Unidos de América, leer a: Vincent O. Orlu Nmehielle, *"Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)".* En: Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 7, 2001, pp. 38-40.

[704] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., pp. 18-19. *"Some national laws require a specific link between the underlying claim and the property that is subject to execution. The United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA) provides for an exception to state immunity from execution in respect of property in the United States of a foreign State used for commercial activity in the United States if that property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based. But it is unlikely that a host State will keep commercial assets in another country that can be said to have a direct connection to an investment in its territory. In addition, it will usually be doubtful whether the host State's underlying activity was commercial. The host State's actions vis-á-vis the investor that led to the dispute are more likely to be official than commercial. Therefore, this provision is unlikely to be helpful in the execution of an ICSID award".*

[705] Ibídem, p. 19. *"A 1988 amendment to the United States FSIA [1610(a)(6)] has added an important exception to State immunity from execution for purposes of executing arbitral awards. That amendment provides for non-immunity of commercial property of a foreign State if a 'judgment is based on an order confirming an arbitral award rendered against the foreign State, provided that attachment in aid of execution, or execution, would not be inconsistent with any provision in the arbitral agreement'. This provision is an important step towards facilitating the execution of ICSID awards. It allows execution only against property used for a commercial*

En todo caso, si bien la inmunidad en materia de ejecución puede ser considerada como un tema que la Convención del CIADI no resuelve de manera satisfactoria,[707] el incumplimiento por parte de un Estado Contratante de un laudo arbitral dictado en su contra será considerado una violación del Convenio CIADI[708] y, como explica Broches,[709] ese Estado se expondrá a dos sanciones: La primera, de conformidad con el artículo 27(1) del Convenio CIADI el estado del cual el inversionista es su nacional podrá válidamente conceder protección diplomática o promover reclamación internacional; y, la segunda, conforme al artículo 64° del Convenio CIADI, ese mismo Estado Contratante del cual el inversionista es su nacional podrá iniciar un

---

activity in the United States. But it does not require that there is a special nexus between the property and the claim underlying the award. Nor does it require that the underlying transaction, in our case the investment, is of a commercial nature".

[706] Esta regla se aplica, por ejemplo, en Inglaterra, Canadá y Australia. Sobre la legislación inglesa, leer a: Jason Fry, *"Enforcement of the Award"*, ob. cit., p. 27.

[707] Como afirmó la Comisión Ad Hoc que conoció de la solicitud de anulación del laudo arbitral en los seguidos por Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea (Caso ARB/84/4) en la decisión interina No. 1 sobre suspensión de la ejecución del laudo arbitral de 12 de agosto de 1988 (ICSID Reports, No. 4, pp. 115-116): *"It should be clearly understood... that State immunity may well afford a legal defense to forcible execution, but it provides neither argument nor excuse for failing to comply with an award. In fact, the issue of State immunity from forcible execution of an award will typically arise if the State party refuses to comply with its treaty obligations. Noncompliance by a State constitutes a violation by that State of its international obligations and will attract its own sanctions. The Committee refers in this connection among other things to Article 27 and 64 of the Convention, and to the consequences which such a violation would have for such a State's reputation with private and public sources of international finance".*

[708] *"Commentary on the ICSID Convention: Article 54"*, ob. cit., p. 84. *"Failure of a State party to the Convention to recognize and enforce an award would be a breach of a treaty obligation".*

[709] Aron Broches, *"Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution",* ob. cit., p. 294. *"Refusal by a Contracting State to abide by and comply with an award in accordance with Article 53(1) will expose that State to two types of legal sanctions. The first is the exercise by the investor's national State of its right under customary international law to give diplomatic protection or to bring an international claim… The second sanction is a statutory proceeding under Article 64 of the Convention, which provides for the referral to the International Court of Justice of disputes between Contracting States concerning the interpretation or application of the Convention, on the application of any party thereto, unless the States concerned agree to another method of settlement".*

procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia.[710]

Pero, además, como afirma Delaume,[711] el incumplimiento de un Estado Contratante de su obligación de acatar un laudo arbitral dictado en su contra, necesariamente afectará su credibilidad ante la comunidad internacional y reducirá significativamente su capacidad para atraer nuevas inversiones foráneas;[712] potencial riesgo que en la generalidad de los casos será incentivo suficiente para que el estado cumpla de manera voluntaria.[713]

Es pues gracias a todos estos potenciales riesgos y costos, que los estados suelen cumplir voluntariamente

---

[710] Kathigamar V.S.K. Nathan, *"The Role of the International Centre for Settlement of Investment Disputes in the Development of Rules of International Economic Law"*. En: International Arbitration Law Review, Vol. 2, No. 3, 1999, p. 91. El autor entiende que, además, el incumplimiento puede afectar las relaciones entre el estado y el Banco Mundial: *"Non-compliance with any international arbitral award can affect relations with the Bank: it goes to the root of the credibility of the defaulting state to honour international commitments, including compliance with the conditions of World Bank loans and credits. Executive directors of the Bank representing foreign investor countries of the Bank can exert considerable pressure on Bank staff to prevent loans and credits from being extended to offending states"*. Sin embargo, Edward Baldwin, Mark Kantor y Michael Nolan, *"Limits to Enforcement of ICSID Awards"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 23, No. 1, 2006, p. 21, no están de acuerdo con esta postura.

[711] Georges R. Delaume, *"ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects"*, ob. cit., p. 589. *"…refusal by the State involved to comply with an ICSID award would deprive it of credibility in the international community. This is not a risk that a State would be likely to assume lightly".*

[712] Aníbal Quiroga León y Mariella Trujillo Wurttele, "El Arbitraje Internacional: análisis del Tribunal del CIADI y la legislación peruana", ob. cit., p. 385. "…por regla general, los Laudos llegan… a ser de conocimiento público, y los Estados son conscientes de los efectos negativos de tal publicidad en relación a sus esfuerzos de atracción de la inversión extranjera tan necesaria en sus economías internas".

[713] Jan Paulsson, *"Third World Participation in International Investment Arbitration"*. En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 1, 1987, p. 54. *"As ICSID's Secretary-General has put it 'possibly more important than considerations of a strict legal nature, refusal by the State involved to comply with an ICSID award would deprive it of credibility in the international business community'"*. Ibrahim F.I. Shihata, *"Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA"*, ob. cit., p. 9. *"…refusal by the State involved to comply with an ICSID award would deprive it of credibility in the international business community. This is not a risk that a State would be likely to assume lightly".*

con lo dispuesto en un laudo arbitral CIADI,[714] aunque la experiencia ha demostrado la existencia de algunos problemas.[715]

[714] Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 380. *"It is... useful to note that execution of arbitral awards by states in the context of ICSID has been wholly voluntary. The states have no doubt been mindful of the need to maintain their reputation before the World Bank of which ICSID is an organ"*. Aníbal Quiroga León y Mariella Trujillo Wurttele, "El Arbitraje Internacional: análisis del Tribunal del CIADI y la legislación peruana", ob. cit., p. 385. "…los Estados condenados por los Tribunales Arbitrales del CIADI al pago de indemnizaciones suelen cumplir con los Laudos…". Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., p. 107. *"Of the 20 some ICSID cases that resulted in damage awards through 2002, only three led to execution proceedings…"*. Edward Baldwin, Mark Kantor y Michael Nolan, *"Limits to Enforcement of ICSID Awards"*, ob. cit., p. 5. "*We are aware of only four cases involving decisions as to judicial enforcement of ICSID awards against the losing party; two in France, one in the United States and recent decision in England. The French cases are Benvenuto & Bonfant v Congo and SOABI v Senegal, the U.S. case is LETCO v Liberia, and the English case is AIG Capital Partners v Kazakhstan*".

[715] Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, *"The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 344. *"In at least one case, the award has gone unpaid owing to civil strife in the country concerned. In several other instances, there have been delays on the part of States in complying with awards".* Sobre el tema, leer además a: Georges R. Delaume, "*ICSID Arbitration and the Courts"*, ob. cit., pp. 796-802; Georges R. Delaume, *"Experience with ICSID"*, ob. cit., pp. 250-256; Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, *"The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., pp. 341-343; Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, ob. cit., pp. 108-109; y, "*Commentary on the ICSID Convention: Article 54",* ob. cit., pp. 91-97. En estos artículos se hace referencia a ciertos problemas presentados en la ejecución de tres laudos arbitrales CIADI, en los seguidos por S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo (Caso ARB/77/2); Liberian Eastern Timber Corporation y Letco Lumber Industry Corporation c. República de Liberia (Caso ARB/83/2); y, Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal (Caso ARB/82/1), ante cortes francesas y norteamericanas.

En el primer caso, el laudo CIADI de 15 de agosto de 1980 fue finalmente reconocido por la Corte de Casaciones francesa. Luego Benvenuti & Bonfant intentaron sin éxito ejecutar el laudo contra unos fondos que pertenecían al Banque Commerciale Congolaise (BCC), al considerar la Corte de Casaciones en fallo de 21 de julio de 1987, que BCC no era una entidad estatal. Tiempo después, Congo pagó la suma adeudada. En el caso Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal (Caso ARB/82/1), el laudo CIADI fue reconocido en última instancia por la Corte de Casaciones de Francia (fallo de 11 de junio de 1991). Por último, el laudo en Liberian Eastern Timber Corporation y Letco Lumber Industry Corporation c. República de Liberia (Caso ARB/83/2) fue reconocido por la United States District Court for the Southern District of New York (fallo de 5 de septiembre de 1986).

Por otro lado, consideramos necesario hacer referencia al artículo 54(2) del Convenio CIADI y a lo que sobre este particular establece la legislación peruana.

El mencionado artículo dispone que 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".

Si bien la norma bajo estudio no obliga a los Estados Contratantes a designar un tribunal o autoridad, varios países sí lo han hecho.[716]

Es más, muchos estados han dictado legislación especial que regula el procedimiento a seguir ante sus cortes nacionales para el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral CIADI.[717]

El Perú, en cambio, no ha registrado ante el CIADI a autoridad alguna, aun cuando cuenta con la Ley No.

---

[716] A octubre de 2006: Alemania, Arabia Saudita, Australia, Austria, Barbados, Bélgica, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Corea, Costa de Marfíl, Chipre, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de América, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Guyana, Holanda, Hungría, Indonesia, Inglaterra, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kenya, Latvia, Lesotho, Liberia, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Malawi, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Niger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Papua Nueva Guinea, Portugal, República del Africa Central, República Checa, República Popular del Congo, Ruanda, Rumania, Santa Lucia, Senegal, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Sudán, Suecia, Suiza, Swazilandia, Togo, Trinidad y Tobago, Túnez y Zambia. La lista se ubica en: www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-e.htm.

[717] Alemania, Arabia Saudita, Australia, Austria, Bélgica, Benin, Botswana, Burkina Faso, Camerún, Chad, Comoros, Corea, Costa de Marfíl, Chipre, Dinamarca, Egipto, El Salvador, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Gabón, Grecia, Guinea, Holanda, Honduras, Indonesia, Inglaterra, Irlanda, Islandia, Italia, Jamaica, Jordania, Kenya, Kuwait, Lesotho, Luxemburgo, Malasia, Malawi, Mali, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Niger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Papua Nueva Guinea, Portugal, República Popular del Congo, Ruanda, Rumania, Senegal, Singapur, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Suecia, Suiza, Togo, Trinidad y Tobago, Túnez y Zambia. La lista se ubica en: www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-f.htm.

27775 –Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de julio de 2002.

En efecto, nosotros entendemos que esta ley se aplica al tema que nos convoca, ya que su artículo 1° expresamente dispone lo siguiente: "Declárase de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política".

Obviamente un laudo arbitral CIADI ha sido dictado por un tribunal internacional constituido por un tratado ratificado por el Perú de acuerdo con nuestra constitución vigente.

Sin embargo, luego de identificar que el marco de aplicación de esta ley claramente comprende a los laudos arbitrales CIADI, y aun cuando respecto de las reglas generales de ejecución no encontramos mayor objeción,[718] estamos convencidos que al momento en que

[718] "Artículo 2°.- Reglas de ejecución de Sentencias Supranacionales
Las sentencias expedidas por los Tribunales Internacionales constituidos según Tratados de los que es parte el Perú, que contengan condena de pago de suma de dinero en concepto de indemnización por daños y perjuicios a cargo del Estado o sean meramente declarativas, se ejecutarán conforme a las reglas de procedimiento siguiente:
a) Competencia.-
La sentencia emitida por el Tribunal Internacional será transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente de la Corte Suprema, quien la remitirá a la Sala en que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el Juez Especializado o Mixto que conoció el proceso previo. En el caso de no existir proceso interno previo, dispondrá que el Juez Especializado o Mixto competente conozca de la ejecución de la resolución.
b) Procedimiento para la ejecución de resolución que ordena el pago de suma determinada.-
Si la sentencia contiene condena de pago de suma de dinero, el juez a que se refiere el inciso a) de este artículo dispone que se notifique al Ministerio de Justicia para que cumpla con el pago ordenado en la sentencia, en el término de diez días. (...)
e) Ejecución de medidas provisionales
En los casos que la Corte emita medidas provisionales, ya sea cuando se trate de asuntos que estén en conocimiento de la misma, o bien, a solicitud de la Comisión Interamericana ante la Corte, éstas deberán ser de inmediato cumplimiento, debiendo el Juez Especializado o Mixto ordenar su ejecución dentro del término de 24 horas de recibida la comunicación de la decisión respectiva".

"Artículo 4°.- Medidas no indemnizatorias

se dictó esta ley no se tuvo en mente regular el procedimiento de ejecución de los laudos arbitrales CIADI, sino únicamente los fallos que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, bástenos citar los artículos 6° y 7° de esta ley, para demostrar nuestra afirmación:

"Artículo 6°.- Comunicación de cumplimiento de sentencias
La Corte Suprema de Justicia de la República informará, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las medidas que se hayan adoptado en cumplimiento de la sentencia.

Artículo 7°.- Previsión presupuestaria
El Ministerio de Justicia incorporará y mantendrá en su pliego presupuestal una partida que sirva de fondo suficiente para atender exclusivamente el pago de sumas de dinero en concepto de reparación de daños y perjuicios impuesto por sentencias de Tribunales Internacionales en procesos por violación de derechos humanos...".

Es más, nos parece claramente discriminatorio que la propia ley disponga que sólo se mantengan previsiones presupuestales para honrar los fallos que se emitan en materia de derechos humanos, cuando un laudo arbitral CIADI exige, como hemos visto, el mismo tratamiento.

En todo caso, el marco legal existe y es aplicable no sólo a los laudos arbitrales que se dicten al amparo del Convenio CIADI, sino, además, a todos los que se emitan conforme a las disposiciones contenidas en los BITs que ha celebrado el Perú.[719]

Dentro del plazo de diez días de recibida la comunicación de la Corte Suprema, el juez que agotó la jurisdicción interna ordenará a los órganos e instituciones estatales concernidas, sean cuáles fuesen éstas, el cese de la situación que dio origen a la sentencia referida, indicando la adopción de las medidas necesarias.
En el caso que la sentencia se refiera a resolución judicial, el Juez competente deberá adoptar las disposiciones que resulten pertinentes para la restitución de las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se produzca la violación declarada por medio de la sentencia".

[719] Ver infra punto No. XIII.5.

No nos queda más que recomendar a nuestros legisladores la pronta y plena adecuación de esta ley a las obligaciones asumidas dentro del marco del CIADI y de los BITs vigentes.[720]

Por último, debemos destacar que el artículo 54° del Convenio CIADI, dispone que todo Estado Contratante "...hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado…", lo que genera duda acerca de si sólo es posible reclamar ante un tribunal arbitral CIADI el pago de una indemnización pecuniaria para luego intentar su ejecución al amparo de este convenio internacional, o si cabe reclamar, por ejemplo, la ejecución forzosa.

Sobre este particular, Schreuer[721] llega a la conclusión luego de considerar los trabajos preparatorios del CIADI, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y los fallos de los tribunales arbitrales, especialmente la decisión sobre jurisdicción en el caso CIADI seguido por Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina (Caso ARB/01/3),[722] que salvo que las partes restrinjan el abanico de posibilidades (como es el caso, por ejemplo, del Convenio NAFTA, cuyo artículo 1135° establece que sólo procede la condena de indemnizaciones pecuniarias y la restitución de la propiedad),[723] "las facultades de los

---

[720] Artículo 69° del Convenio CIADI.- "Los Estados Contratantes tomarán las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones de este Convenio tengan vigencia en sus territorios".

[721] Christoph Schreuer, *"Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration"*. En: Arbitration International, Vol. 20, No. 4, 2004, pp. 325-332.

[722] En este caso el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción de 14 de enero de 2004, afirmó lo siguiente: *"79. An examination of the powers of international courts and tribunals to order measures concerning performance or injunction and of the ample practice that is available in this respect, leaves this Tribunal in no doubt about the fact that these powers are indeed available".* Esta decisión de fecha 2 de agosto de 2004, se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/enron-decision-en.pdf.

[723] Artículo 1135° del NAFTA.- "1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a una Parte, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación:
(a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes;
(b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución.

tribunales arbitrales CIADI claramente se extienden a ordenar la ejecución forzosa",[724] aunque a renglón seguido aclara que en los casos en los que los árbitros impongan sanciones no pecuniarias, ellos deberían prever la posibilidad de establecer alternativamente el pago de sanciones pecuniarias en caso el estado se negara a cumplir la primera.[725]

El autor refuerza su argumento, señalando correctamente que la limitación contenida en este artículo del Convenio CIADI está exclusivamente referida a la ejecución, más no al reconocimiento del laudo arbitral, por lo que no existe duda alguna que un laudo arbitral CIADI que imponga obligaciones distintas a las pecuniarias gozará de la calidad de cosa juzgada y deberá ser reconocido como tal por los Estados

---

Un tribunal podrá también otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables. (...)
3. Un tribunal no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo". Similar redacción tienen, por ejemplo, el TLC Perú-Estados Unidos de América (artículo 11.26) y el TLC Perú-Chile (artículo 10.26). Henri C. Alvarez, *"Arbitration under the North America Free Trade Agreement"*, ob. cit., p. 329. *"Article 1135 establishes a number of rules with respect to the remedies a tribunal may award. It provides that a tribunal may award only monetary damages and interest or restitution of property. However, in the case of the latter, the award must provide that the disputing Party may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution. A tribunal is not permitted to order a Party to pay punitive damages"*. Ver también los BITs Perú-Venezuela (artículo 10(4)), Costa Rica-Venezuela (artículo 11(5)), Argentina-Venezuela (artículo 11(5)), Argentina-México (artículo Décimo(6)), Canadá-Uruguay (artículo XII(8)), Canadá-Ecuador (artículo XIII(9)), Canadá-Venezuela (cláusula XII(9)) y Perú-Canadá (artículo 44°).

[724] Christoph Schreuer, *"Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration"*, ob. cit., p. 330. *"The power of an ICSID tribunal clearly extends to ordering specific performance"*.

[725] Ibídem, p. 330. *"Tribunals imposing such non-pecuniary obligations should keep the impossibility of enforcing them in mind. Such awards should provide for a pecuniary alternative in case of non-performance, such as liquidated damages, penalties or another obligation to pay a certain amount of money"*. Thomas W. Wälde, *"Remedies and Compensation in International Investment Law"*. En: ILA Committee on International Law of Foreign Investment, 2005, www.ila-hq.org/pdf/foreign%20investment/ILA%20paper%20walde.pdf, p. 25. *"The proper view developed by Christoph Schreuer is that this clause does not prevent a tribunal from using the full panoply of remedies available; it means that only a monetary award is covered by the ICSID Convention's enforcement guarantee… The formulation indeed suggests that tribunals could and perhaps should consider developing a sequence of judicial orders at the end of which is the monetary award –both as last recourse, as fall-back provision and as a potentially quite strong incentive for the losing respondent state to comply"*.

Contratantes.[726] Es más, se afirma que esta limitación se introdujo ante la eventualidad de que la legislación del estado en el que se pretenda ejecutar un laudo CIADI no reconozca el remedio ordenado por el tribunal arbitral; en cambio, la ejecución de obligaciones pecuniarias sí sería universalmente aceptable.[727]

Sin embargo, hasta la fecha la experiencia del CIADI demuestra que en la inmensa mayoría de los casos los árbitros han impuesto sanciones pecuniarias. Según Schreuer,[728] esto no quiere decir que los árbitros carezcan de la facultad de imponer otros remedios. Simplemente lo que ha sucedido es que los casos presentados trataban de relaciones de inversión que habían llegado a su término, por lo que los inversionistas reclamaban el pago de una indemnización.

---

[726] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit, p. 1126. *"There is no doubt that an obligation imposed by an award that is expressed not in monetary terms but in terms of an obligation to perform a particular act or to refrain from a certain course of action is equally binding and gives rise to the effect of res judicata. The Convention merely exempts such an obligation from the simplified and automatic enforcement procedure of Art. 54"*. *"Commentary on the ICSID Convention: Article 54"*, ob. cit., p. 90. *"The restriction to pecuniary obligations relates to the enforcement of awards… but not to their recognition. Therefore, an obligation to desist from a certain course of action, that is spelt out in an award, is subject to recognition and will enjoy the effect of res judicata even though it is not subject to enforcement"*.

[727] Ibídem, p. 100. *"The restriction of the obligation to enforce to pecuniary obligations deals with the difficulty that might have arisen if the award provides for forms of relief that is unknown to the law of the country where enforcement is sought. For instance, in some countries the courts may not have the power to order specific performance… Art. 54(3) provides that execution shall be governed by the law of the State where execution is sought. Since enforcement of pecuniary obligations is presumably available under every legal system, this provision eliminates the problems that could arise from different procedures for the enforcement of judgments"*.

[728] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 1126. *"In the cases so far published, ICSID tribunals have framed the obligations imposed by their awards in pecuniary terms. This is not due to a belief that they lack the power to proceed otherwise. Rather, the cases involved situations in which the investment relationship had broken down and the claimants had defined their demands in pecuniary terms. It is entirely possible that future cases will involve disputes arising from ongoing relationships in which awards providing for specific performance or injunctions become relevant. Tribunals imposing such non-pecuniary obligations should keep the impossibility to enforce them in mind. Such awards should provide for a pecuniary alternative in case of nonperformance such as liquidated damages, penalties or another obligation to pay a certain amount of money"*.

En todo caso, Blackaby[729] identifica el arbitraje seguido por Antoine Goetz y otros c. República de Burundi (Caso ARB/95/3), en el que el tribunal arbitral dispuso que se restableciera una licencia de funcionamiento de una empresa o que se pagara una indemnización, a opción del estado receptor de la inversión.

En nuestra opinión, no existe duda acerca de la facultad de un tribunal arbitral CIADI para imponer remedios que vayan más allá de sanciones pecuniarias, siempre y cuando el acuerdo o el instrumento internacional aplicable no establezcan otra cosa.[730] El problema con esta facultad, como ya lo adelantó Schreuer[731] y lo ratifica Wälde,[732] es si en la práctica

[729] Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 412: *"Restitution has not... been totally abandoned. An example is the ICSID tribunal's award in Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi. The tribunal found that, by revoking a certain authorization to the investor, the host state has expropriated the investment and breached the BIT full protection and security standard. The tribunal held that the host state could either provide compensation for those breaches, or reinstate the authorization. If within four months from the date of the award the host state had not done either, the investor could request the tribunal to fix an amount as compensation. The parties reached a subsequent settlement agreement according to which the investor was granted a special status in return for the withdrawal of the authorization"*.

[730] Thomas W. Wälde, *"Remedies and Compensation in International Investment Law"*, ob. cit., pp. 18-25. En este importante trabajo, el autor cita un párrafo del caso Chorzow Factory seguido ante la Corte de Justicia Internacional (Germany v Poland, 1928, Series A, No. 17 (claim for indemnity)), en el que se dijo: *"The essential principle contained in the actual notion of an illegal act –a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals- is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed"*. Leer también a: Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 411, y Nigel Blackaby, "El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio", ob. cit., p. 299.

[731] Ver supra cita No. 728.

[732] Thomas W. Wälde, *"Remedies and Compensation in International Investment Law"*, ob. cit., p. 21. *"A key element –already highlighted in the pertinent Chorzow award ('if this is possible' –'as far as possible') –is the practicality of the remedy. The last 80 years have been influenced by the idea that restitution –restoring the status quo ante by annulment of the governmental measure and returning any previously existing rights to investors- may be preferable in theory, but not practical. First, the responding state may be unwilling or unable to undo what was done (due to political or internal legal and constitutional constraints); second, it has been seen as an undue interference into sovereignty to compel a state by an international court's or tribunal's order; third, the situation may*

resulta conveniente imponer, por ejemplo, la restitución de una propiedad o la ejecución forzosa de un contrato de inversión.[733]

Es más, como ya hemos indicado, existe la limitación impuesta por el Convenio CIADI que sólo obliga a los Estados Contratantes a ejecutar laudos arbitrales que contengan obligaciones pecuniarias, por lo que intentar la ejecución de laudos no pecuniarios al amparo de otros instrumentos internacionales como, por ejemplo, la Convención de Nueva York de 1958,[734] si bien en teoría es posible, difícilmente será tan eficiente como el sistema dispuesto por el Convenio CIADI.[735]

XII.9. **EL MECANISMO COMPLEMENTARIO DEL CIADI**

El CIADI administra además del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones que hemos analizado en detalle en las páginas precedentes, otro organismo denominado "Mecanismo Complementario" o *"Additional Facility"* como se le conoce en inglés.[736]

---

have evolved in such a way that restoration becomes impractical or impossible".

[733] Nigel Blackaby, *"Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America"*, ob. cit., p. 411. *"Restitution is generally impossible, as well as impractical in most cases. The impracticability arises from the difficult of enforcing an order providing for the host state to act or abstain from acting in a certain may so as to re-establish the situation prior to the international wrongful act or omission"*.

[734] Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit, p. 1126. *"It is conceivable, though not likely, that a non-pecuniary obligation imposed by an ICSID award may be enforced on a different legal basis. The 1958 [New York] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards does not contain a comparable limitation to pecuniary obligations"*.

[735] *"Commentary on the ICSID Convention: Article 54"*, ob. cit., p. 75. *"Since enforcement under the ICSID Convention is easier to obtain than under the New York Convention, the question of the applicability of the New York Convention to ICSID awards is not likely to arise. But this issue may become relevant in exceptional circumstances like the enforcement of an ICSID award in a State that is a party to the New York Convention but not to the ICSID Convention. Another possibility would be the enforcement of a non-pecuniary obligation, which is not possible under Art. 54… It is submitted that in such a situation the question should be dealt with by analogy to Additional Facility awards…"*. Ver infra punto siguiente.

[736] Edward R. Leahy & Diane F. Orentlicher, *"Enforcement of Arbitral Awards issued by the Additional Facility of the International Centre of Settlement of Investment Disputes (ICSID)".* En: Journal of International Arbitration, Vol. 2, No. 3, 1985, pp. 15-16. *"The Additional Facility was*

Como explica Broches,[737] "...el arbitraje según la *Additional Facility* es de naturaleza puramente contractual y no difiere, por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, del arbitraje comercial internacional en términos generales. Los laudos, contrario que los del ICSID no tienen carácter internacional y se rigen por las leyes nacionales".[738]

En otras palabras, acceder al arbitraje del Mecanismo Complementario[739] es similar a arbitrar ante cualquier

---

established [in 1978] to administer certain proceedings between States and nationals of other States that fall outside the scope of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States". Francisco González de Cossío, *"The International Centre for Settlement of Investment disputes –The Mexican Experience"*, ob. cit., p. 236. *"After the creation of ICSID, the Secretariat received multiple queries as to the possibility of rendering its services with respect to disputes involving contracting states and nationals of other non-contracting states of the ICSID Convention which, because of the strict jurisdictional requirements, lacked ICSID standing.*
As a result, on September 27, 1978, the Administrative Council of ICSID approved the rules of the Additional Facility of ICSID by virtue of which the ICSID Secretariat could administer proceedings that originally escaped ICSID jurisdiction".

[737] Aron Broches, "El Arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)", ob. cit., p. 252.

[738] Así, el artículo 3° del Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (o simplemente el Reglamento del Mecanismo Complementario), dispone lo siguiente: "Puesto que los procedimientos previstos en el Artículo 2 están fuera de la competencia del Centro, ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se formulen en ellos". Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 49. *"It should be emphasized… that since proceedings under the additional facility are, by definition, outside the provisions of the Washington Convention, they must depend on national (rather than international) law for their efficacy".* Francisco González de Cossío, *"The International Centre for Settlement of Investment disputes –The Mexican Experience"*, ob. cit., p. 237. *"It is important to mention that a proceeding conducted in accordance with the Additional Facility has a legal consequence of great relevance: none of the provisions of the ICSID Convention apply to the procedure in question. Due to this, the arbitration proceedings and awards will not be insulated from domestic law and the enforcement of the award will be governed by the law of the forum (lex arbitri), including the applicable international conventions"*. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 1090. *"…unlike ICSID arbitration, arbitration under the Additional Facility is not insulated from national law. Recognition and enforcement of awards made under the Additional Facility are governed by the national law of the place of arbitration and by any applicable treaties"*.

[739] El Reglamento del Mecanismo Complementario se ubica en: www.worldbank.org/icsid/facility-spa-archive/41.htm.

centro privado de arbitraje, como pueden ser, entre otros, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) o, en nuestro medio, el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Arbitraje Amcham Perú.

Esto significa que el arbitraje ante el Mecanismo Complementario sí se verá afectado por la legislación arbitral del país en el que tenga sede un arbitraje,[740] como expresamente lo reconoce el artículo 1° del Reglamento del Mecanismo Complementario: "Cuando las partes en una diferencia hayan acordado someterla a arbitraje sujeto al Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario), la diferencia se arreglará de conformidad con el presente Reglamento, salvo que, si cualquiera de las normas de este Reglamento está en conflicto con una disposición de la ley aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición".[741]

De la misma manera, el laudo arbitral que se emita podrá ser impugnado ante el poder judicial del lugar del arbitraje[742] y su reconocimiento y ejecución se regirá

---

[740] Ver supra punto No. II.2.

[741] Como el Mecanismo Complementario no se encuentra aislado de la legislación del lugar del arbitraje como sí lo está el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI), aquí se requiere pactar un lugar amigable para la práctica del arbitraje. Para estos efectos, los artículos 20° y 21° del Reglamento del Mecanismo Complementario disponen que los arbitrajes "...se celebrarán solamente en los Estados que sean partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958)", correspondiendo su determinación a los árbitros, luego de consultar a las partes y al Secretariado. Pierluigi Toriello, *"The Additional Facility of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 82. *"Pursuant to Art. 20 of the Arbitration (Additional Facility) Rules 'arbitration proceedings shall be held only in States that are parties to the 1958 UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards'".* Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, ob. cit., p. 1091. *"The requirement that proceedings be held only in States parties to the 1958 [New York] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards is designed to facilitate the recognition and enforcement of resulting awards in States parties to the New York Convention. But it also means that an award will be subject to the reasons for non-enforcement listed in Art. V of the New York Convention…".*

[742] Ver supra puntos Nos. II.1.2.4., II.2. y IX.1. Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, *"The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 348. *"...Additional Facility arbitration proceedings are subject to the law and the control of*

por lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 1958 y, a falta, por lo que establezca otro tratado o la legislación nacional ante la cual se pretenda hacer valer el fallo arbitral.[743]

---

the courts of the place of arbitration...". United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.9., p. 6. *"...an award rendered under the Additional Facility is subject to any review or appeal provided by the law of the place of arbitration".* Edward Baldwin, Mark Kantor y Michael Nolan, *"Limits to Enforcement of ICSID Awards"*, ob. cit., pp. 2-3. *"By contrast to ICSID, a final award in an ordinary international commercial arbitration proceeding would be subject to national court review, and on a range of grounds. Those challenges may be brought in national courts under local arbitration law in… the seat of the arbitration…".* Guillermo Aguilar Alvarez y William W. Park, *"The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11"*. En: The Yale Journal of International Law, Vol. 28, 2003, p. 375. *"The consequence of arbitration under the rules of… the Additional Facility is that NAFTA awards are now subject to the judicial review mechanisms that exist at the place of arbitration".*

En ese sentido, Franz Kundmuller Caminiti, "ICSID, 'bella durmiente' despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera", ob. cit., p. 17, explica que "...en estos casos no es aplicable el sistema de 'seguridad' de los laudos previsto por el Convenio ICSID, en lo referente a su 'inimpugnabilidad' mediante recursos ajenos al propio ICSID, ya que bajo el mecanismo complementario, los laudos podrían ser impugnados en sede jurisdiccional doméstica, tal como sucedió en el caso Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, en donde la Corte Suprema de *British Columbia* declaró la nulidad parcial de un laudo respecto de aquellos asuntos que no habían sido sometidos por las partes a arbitraje en forma expresa".

[743] Ver supra punto No. II.1.1. Pierluigi Toriello, *"The Additional Facility of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*, ob. cit., p. 70. *"The awards in question are in fact normal and ordinary arbitration awards and are governed by the ordinary municipal provisions relating to the enforcement of such awards and by the provisions of the Convention of New York of 1958… [because] unlike the [ICSID] Convention, does not contain any particular international provision concerning the enforcement of the awards within the States which are a party to it".* United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.2., p. 21. *"...the ICSID Convention's rules on recognition and enforcement of arbitral awards are not applicable to awards rendered under the Additional Facility".* Christoph Schreuer, *"Decisions Ex Aequo et Bono under the ICSID Convention"*. En: ICSID Review –Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, No. 1, 1996, p. 52. *"The provisions of the ICSID Convention do not apply to Additional Facility Proceedings. Additional Facility awards are not insulated from national law and their recognition and enforcement is governed by the law of the State in which enforcement is sought including applicable treaties".* Georges Delaume, *"SEEE v. Yugoslavia: Epitaph or Interlude?".* En: Journal of International Arbitration, Vol. 4, No. 3, 1987, p. 33. *"Awards rendered in the context of the Additional Facility do not benefit from the exceptionally favorable treatment granted to ICSID awards under the ICSID Convention. However, to facilitate the recognition of Additional Facility Awards, Article 20 of the Arbitration Rules of the Facility requires that the place of arbitration must be in a State which is a party to the New*

Pero, además, y esto sí diferencia a este centro del resto de instituciones arbitrales, el acceso al Mecanismo Complementario está condicionado a requisitos *ratione personae* y *ratione materiae* particulares.

En efecto, el artículo 2° del Reglamento del Mecanismo Complementario dispone lo siguiente: "Autorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías:
(a) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante;
(b) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante, y
(c) procedimientos de comprobación de hechos".

En otras palabras, y como indica la Nota del Reglamento del Mecanismo Complementario referido a este artículo, esta "...disposición define el alcance del Mecanismo Complementario al especificar tres categorías de procedimientos que pueden ser administrados por el Secretariado del Centro. Hay un requisito común para las tres categorías, a saber, que las partes en los procedimientos sean, por un lado, un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y por otro un nacional de otro Estado. Las tres categorías de procedimientos comparten también una característica negativa común, a saber, que no sean de la competencia del Centro, ya sea porque no reúnen los requisitos *ratione personae* o porque no se trata de una diferencia derivada de una inversión o, finalmente,

---

York Convention and Article 21(3) provides that the award shall be 'made' at the place of arbitration, thereby satisfying the reciprocity requirement that States which are parties to the New York Convention may impose as a prerequisite to the recognition of awards 'made' in other Contracting States".

porque la clase de procedimiento, a saber, la comprobación de hechos, no está contemplada en el Convenio.
(ii) Conviene anotar que en los procedimientos de conciliación y arbitraje a que se refieren los párrafos (a) y (b), ya sea el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es la otra parte en la diferencia, debe ser un Estado Contratante".[744]

En consecuencia, no se puede acceder al Mecanismo Complementario para resolver controversias jurídicas que surjan directamente de una inversión, cuando el estado receptor de la inversión y el estado del cual el inversionista es su nacional sean parte del Convenio CIADI, ya que en ese supuesto necesariamente las partes se encuentran sometidas por tratado a esa vía arbitral.[745]

Tampoco se puede someter un conflicto al Mecanismo Complementario, cuando ninguno de los estados involucrados es parte del CIADI o cuando la materia controvertida es una típicamente comercial.[746]

---

[744] Ibídem, p. 33. *"The facility concerns proceedings falling outside the scope of the ICSID Convention because the State party to the dispute, or the state of the national party to the dispute, is not a Contracting State, or the dispute is not an investment dispute, or the type of proceedings involved concerns of fact finding".*

[745] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.4., p. 27. *"Under the Additional Facility, only one party must fulfill the requirements ratione personae... If both States are parties to the Convention, the parties must use the procedure under the Convention and may not use the Additional Facility".*

[746] Edward R. Leahy & Diane F. Orentlicher, *"Enforcement of Arbitral Awards issued by the Additional Facility of the International Centre of Settlement of Investment Disputes (ICSID)"*, ob. cit., p. 17. *"…the Rules provide that the Additional Facility is authorized to administer proceedings for the settlement of certain legal disputes arising out of an investment, as well as other disputes that do not arise directly out of an investment, provided the underlying transaction has features that distinguish it from an 'ordinary commercial transaction'".* United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement – International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.2., p. 19. *"…the Additional Facility Rules… [make] Additional Facility dispute settlement conditional on the fact 'that the underlying transaction has features which distinguish it from an ordinary commercial transaction'. If one reads the 'not directly aris[ing] out of an investment' –phrase of Art. 2 para. B) of the Additional Facility Rules as requiring that such disputes do at least 'indirectly' arise out of an investment, then this implies that a certain 'investment.nexus' remains a precondition for Additional Facility dispute settlement.*

Como los requisitos para acceder al Mecanismo Complementario no son siempre fáciles de confirmar, el artículo 4° del Reglamento del Mecanismo Complementario dispone que: "(1) Cualquier acuerdo en el que se estipulen procedimientos de conciliación o arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario con respecto a diferencias existentes o futuras requiere la aprobación del Secretario General. Las partes pueden solicitar dicha aprobación en cualquier momento antes de la iniciación del procedimiento, presentando al Secretariado una copia del acuerdo celebrado o que ellas se propongan celebrar, junto con los demás documentos pertinentes y cualquier información adicional que el Secretariado razonablemente pueda solicitar.(…)
(6) El Secretario General inscribirá su aprobación de un acuerdo en virtud de este Artículo, junto con los nombres y direcciones de las partes, en un registro que con tal objeto se mantendrá en el Secretariado. Tal aprobación constituirá la determinación concluyente de que este Reglamento es aplicable al procedimiento contemplado en el acuerdo".[747]

A octubre de 2006, los siguientes casos han sido resueltos:

1. Metalclad Corporation c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/97/1). Contrato para la explotación de una empresa de residuos peligrosos. Se emitió laudo arbitral en agosto de 2000.[748]

Interestingly, the Centre appears to follow an even broader approach, not even requiring an 'indirect' link to an investment, by stressing that the underlying transaction only has to be distinguishable from an ordinary commercial transaction".

[747] Nota del Reglamento del Mecanismo Complementario: "El requisito de la aprobación anticipada sirve para prevenir el acceso al Mecanismo Complementario más allá del campo de aplicación propuesto. A fin de evitar sorpresas y la posible frustración del acuerdo de conciliación o arbitraje, es aconsejable, desde el punto de vista práctico, que tales acuerdos (cláusulas compromisorias o compromisos) se sometan a aprobación antes de contraerse".

[748] La demandante era una empresa norteamericana, accionista de otra empresa constituida en México (COTERIN), dedicada al desarrollo y operación de una planta de confinamiento de residuos peligrosos. En 1990 Metalclad había recibido de las autoridades federales de México todas las autorizaciones necesarias para construir y operar una planta de tratamiento de residuos peligrosos en una zona denominada Guadalcázar. Sin embargo, tiempo después la municipalidad local sin siquiera citar a la parte ni permitirle opinar, decidió no otorgar el permiso de construcción e, inclusive, el gobernador del Estado de San Luis de Potosí tres días

2. Robert Azinian y otros c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/97/2). Contrato de concesión para la explotación de una empresa de recojo de desperdicios. Laudo arbitral dictado en noviembre de 1999.[749]

3. Joseph C. Lemire c. Ucrania (Caso ARB(AF)/98/1). Contrato para la explotación de una radioemisora. Se dictó un laudo arbitral incorporando la transacción de las partes.[750]

4. Waste Management Inc. c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/98/2). Contrato para la explotación de una empresa de recojo de desperdicios. Se adujo la existencia de una expropiación, pero el tribunal arbitral en laudo de 2 de junio de 2000 declaró que carecía de jurisdicción para conocer el caso, debido a que la empresa norteamericana no había observado ciertos requisitos formales exigidos por el NAFTA para poder iniciar el arbitraje.[751]

---

antes de culminar su mandato dictó una norma declarando la zona como ecológica. El tribunal arbitral consideró que los hechos confirmaban que no se había dispensado a la inversión de Metalclad un trato justo y equitativo y que se había generado una expropiación indirecta, violándose así las disposiciones del NAFTA. Además, se ordenó al Estado de México a pagar una importante indemnización. Sobre este particular, leer a: Francisco González de Cossío, *"The International Centre for Settlement of Investment disputes –The Mexican Experience"*, ob. cit., pp. 238-239; Todd Weiler, *"Metalclad v. Mexico: A Play in Three Parts"*. En: www.naftaclaims.com/Papers/JWI%20Article%20Final.pdf, pp. 1-5; y, Charles H. Brower II, *"Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back"*, ob. cit., pp. 52-59. El laudo fue parcialmente anulado por la Corte Suprema de British Columbia (ver infra cita No. 768).

[749] Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca demandaron en su calidad de ciudadanos norteamericanos y como accionistas de la empresa Desechos Sólidos de Naucalpán S.A. de C.V. que tenía un contrato de concesión para la recolección y disposición de basura en la ciudad de Naucalpán de Juárez, que fue anulado por las autoridades locales quienes consideraron, entre otros, que había existido una falsa representación de las demandantes acerca de sus antecedentes empresariales. La controversia se redujo a analizar si, en este caso en específico, la anulación de la concesión podía considerarse una expropiación, lo que fue descartado por el tribunal arbitral en su laudo de 1° de noviembre de 1999. Sobre el particular, leer a: Henri C. Alvarez, *"Arbitration under the North American Free Trade Agreement"*, ob. cit., pp. 421-422.

[750] El laudo arbitral de 18 de septiembre de 2000, se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/Lemire-Award.pdf.

[751] Ver supra punto No. XII.3.3.1. Francisco González de Cossío, *"The International Centre for Settlement of Investment disputes –The Mexican Experience"*, ob. cit., p. 240. Meses después, la empresa norteamericana inició un nuevo procedimiento arbitral.

5. The Loewen Group Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América (Caso ARB(AF)/98/3). Las demandantes, una empresa canadiense de servicios funerarios y su CEO de nacionalidad canadiense, demandaron a título personal y en nombre de una subsidiaria norteamericana. El reclamo estuvo referido a la supuesta existencia de daños causados por una decisión judicial de Mississippi. Las demandantes alegaron, entre otros, la existencia de una expropiación. El 9 de enero de 2001, el tribunal arbitral declaró sin lugar una de las objeciones a la jurisdicción planteada por la demandada y reservó el resto para el laudo. El 26 de junio de 2003, el tribunal arbitral dictó laudo en favor de los Estados Unidos de América.[752]

6. Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/99/1). El demandante, un ciudadano norteamericano, demandó en su calidad de accionista de CEMSA, una empresa dedicada a la exportación de cigarrillos. Se dictó laudo arbitral el 12 de diciembre de 2002.[753]

7. Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América (Caso ARB(AF)/99/2). La demandante, una corporación canadiense dedicada al desarrolla urbano, reclamó haber sufrido pérdidas en una empresa norteamericana, debido a una decisión de la Corte Suprema de Massachussets amparada en una ley estatal. Mondev alegó, entre otros, violación al trato nacional y expropiación. El 11 de octubre de 2002, el tribunal arbitral dictó laudo desestimando todos los reclamos.

8. ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América (Caso ARB(AF)/00/1). La demandante, una corporación canadiense dedicada a la fabricación de estructuras metálicas, demandó a título personal y en nombre de su subsidiaria norteamericana alegando haber sufrido daños como consecuencia de una ley federal y de regulaciones administrativas del Departamento de Transporte, que

---

[752] Sobre los antecedentes y fallos arbitrales en este caso, leer: *United States Requests That NAFTA Tribunal Issue a Supplemental Decisión.* En: World Arbitration & Mediation Report, Vol. 14, No. 12, 2003, pp. 338-339; y, Richard Happ, *"Awards and Decisions of ICSID Tribunals in 2003"*, ob. cit., pp. 728-731.

[753] Ibídem, pp. 712-717.

exigían que en todo proyecto de autopista financiada con dinero federal, se adquiriera producción local. ADF identificó la violación de varias disposiciones del NAFTA, en especial, el trato nacional. El 9 de enero de 2003, el tribunal arbitral emitió laudo desestimando todos los reclamos.[754]

9. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/00/2). Contrato para la explotación de una empresa de confinamiento de desechos industriales. Se laudó en mayo de 2003.[755]

10. Waste Management Inc. c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/00/3). Contrato para la explotación de una empresa de recojo de desperdicios. Laudo arbitral dictado el 30 de abril de 2004.[756]

11. Fireman's Fund Insurance Company c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/02/1). La demandante fue una corporación norteamericana dedicada a la venta de pólizas de seguros. El 17 de julio de 2003, el tribunal arbitral emitió un laudo arbitral.

12. Cargill, Incorporated c. República de Polonia (Caso ARB(AF)/04/2). Contrato de producción industrial. Las partes arribaron a una transacción en el año 2005.

Por su parte, en la misma fecha los casos pendientes son los siguientes:

---

[754] Ibídem, pp. 717-720.

[755] Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. demandó en su calidad de sociedad española al amparo del BIT España-México, argumentando, entre otros, que el Estado mexicano había expropiado una inversión que realizó al adquirir terrenos, construcciones y otros activos referidos a un confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos en una subasta pública convocada por un organismo público municipal, ya que luego de realizada la inversión, las autoridades locales se negaron a mantener vigente la autorización de funcionamiento del confinamiento. El tribunal arbitral en su laudo de 29 de mayo de 2003, declaró fundada la demanda por violación de las disposiciones del BIT referidas al trato justo y equitativo y expropiación, y condenó al Estado mexicano a pagar una indemnización. Sobre este particular, leer a: Richard Happ, *"Awards and Decisions of ICSID Tribunals in 2003"*, ob. cit., pp. 724-728.

[756] Sobre este particular, leer a: Richard Happ y Noah Rubis, *"Awards and Decisions of ICSID Tribunals in 2004"*. En: German Yearbook of International Law, Vol. 27, 2004, pp. 897-900.

1. Corn Products International, Inc. c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/04/1). La demandante es una corporación norteamericana que reclama a título personal y en nombre de su subsidiaria Arancia Corn Products, S.A. de C.V., contra disposiciones tributarias que habrían violado las disposiciones del NAFTA referidas al trato nacional y expropiación.

2. Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/04/3). Concesión para la operación del Registro Nacional de Vehículos. En trámite.

3. Talsud, S.A. c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/04/4). Concesión para la operación del Registro Nacional de Vehículos. En trámite.

4. Archer Daniels Midlands Company y A.E. Staley Manufacturing Company c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/04/5). Producción de bebidas gaseosas. En trámite.

5. Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso ARB(AF)/04/6). Proyecto minero. Pendiente la constitución del tribunal arbitral.

6. Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/05/1). Empresa agrícola. En trámite.

7. Cargill, Incorporated c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/05/2). Contrato de producción de bebidas gaseosas. Se acumuló con el caso Corn Products Internacional.

8. Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. República de Kyrgyz (Caso ARB(AF)/06/1). Contrato de administración de hotel. En trámite.

Como puede verificarse de las listas presentadas, la casi totalidad de los casos introducidos ante el Mecanismo Complementario han sido presentados contra los Estados Unidos de México y contra los Estados Unidos de América.

Esto se debe principalmente a que el Convenio NAFTA (México, Estados Unidos de América y Canadá) dispone el

acceso al Mecanismo Complementario para la solución de las controversias entre un estado y el nacional de otro estado, cuando uno de los estados no sea parte del Convenio CIADI, como es el caso de México y Canadá.[757]

Otros tratados internacionales como el Acuerdo de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela,[758] El Tratado de la Carta de la Energía de 1994,[759] el

---

[757] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.2., p. 20. *"As long as Canada and Mexico are not parties to the ICSID Convention, the NAFTA will not operate to confer jurisdiction under the Convention. Since the United States is a party to the Convention, ICSID Additional Facility arbitration is available between United States investors and Canada or Mexico and between Canadian or Mexican investors and the United States. In disputes between Canadian investors and Mexico or, Mexican investors and Canada, not even the ICSID Additional Facility may be used. In disputes of the latter kind only UNCITRAL arbitration is available".* Andrés Rigo Sureda, *"ICSID: An Overview"*, ob. cit., p. 168. *"All cases brought to the Centre under the NAFTA dispute settlement procedures have been cases brought under the Additional Facility Rules because neither Mexico nor Canada is a Contracting State".*

Cuando la controversia NAFTA sea entre inversionistas canadienses con México o entre inversionistas mexicanos con Canadá, necesariamente el arbitraje NAFTA tendrá que desarrollarse como un arbitraje internacional ad hoc al amparo del Reglamento Modelo de Arbitraje de UNCITRAL. Por su parte, los inversionistas norteamericanos podrán optar entre demandar ante el Mecanismo Complementario o iniciar un arbitraje ad hoc.

Los arbitrajes NAFTA que se han seguido de manera ad hoc, son: Ethyl Corporation c. Canadá (1997); S.D. Myers Inc. c. Canadá (1998); Pope & Talbot Inc. c. Canadá (1999); Methanex Corporation c. Estados Unidos de América (1999); United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá (2000); Canfor Corporation c. Estados Unidos de América (2002); Robert J. Franck c. Estados Unidos de México (2002); Gami Investments, Inc c. Estados Unidos de México (2002); International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos de México (2002); Kenex Ltd. c. Estados Unidos de América (2002); Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América (2003); Tembec Inc. c. Estados Unidos de América (2003); Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. c. Estados Unidos de América (2004); y, Terminal Forest Products Ltd. c. Estados Unidos de América (2004), entre otros.

La información actualizada de todos los casos NAFTA se ubica en: www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp (Canadá), www.state.gov/sl/c3439.htm (Estados Unidos de América) y www.economia.gob.mx (Estados Unidos de México). Sobre este particular, leer a: Henri C. Alvarez, *"Arbitration under the North American Free Trade Agreement"*, ob. cit., pp. 313-378.

[758] United Nations Conference on Trade and Development, **Course on Dispute Settlement –International Centre for Settlement of Investment Disputes**, ob. cit., 2.2., pp. 20-21. *"The 1994 Free Trade Agreement between Mexico, Colombia and Venezuela offers another example of consent to ICSID or Additional Facility dispute settlement by multilateral agreement".*

[759] Ibídem, p. 21. *"...the 1994 Energy Charter Treaty between the European Communities and 49 mostly European States provides in its Art. 26 consent*

MERCOSUR,[760] el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América con América Central y República Dominicana –CAFTA[761] y el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Chile,[762] habilitan el acceso a esta vía, cuando, obviamente, no se den los requisitos necesarios para acceder a la mecánica del Convenio CIADI.[763]

Como hemos podido comprobar, la experiencia del Mecanismo Complementario es reciente (1997) y la gran mayoría de los contados casos que ha conocido han sido introducidos conforme al NAFTA. Además, habrá que verificar la eficacia que tendrán los laudos arbitrales que se dicten bajo su administración, ya que a diferencia del Convenio CIADI, los fallos arbitrales del Mecanismo Complementario podrán ser objeto de recurso de anulación en las cortes del lugar del arbitraje[764] y, además, se ejecutarán al amparo de la Convención de Nueva York de 1958.[765]

Sobre lo primero, existe a la fecha un número importante de laudos arbitrales que se han dictado al amparo de BITs o de TLCs que han sido sometidos a procedimientos de anulación de laudos arbitrales en el lugar del arbitraje. Entre éstos, destacamos el laudo arbitral NAFTA de 30 de agosto de 2000 en los seguidos por Metalclad Corporation c. Estados Unidos de México

---

to ICSID's jurisdiction by the States parties in relation to investors of all other States parties. The Treaty contains an unconditional consent to ICSID and to the Additional Facility, whichever may be available. The Article specifically requires consent in writing also on the part of the investor. Apart from the ICSID Convention or the Additional Facility, the investor is given the choice of the courts and administrative tribunals of the host State, previously agreed procedures, UNCITRAL arbitration and arbitration in the framework of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce".

[760] Ver supra cita No. 137.

[761] Ver supra cita No. 143.

[762] Ver supra cita No. 139.

[763] Sobre el Perú, ver infra punto No. XIII.5.

[764] Henri C. Alvarez, *"Arbitration under the North American Free Trade Agreement"*, ob. cit., p. 376.

[765] Ver supra punto No. II.1.2.

(Caso ARB(AF)/97/1),[766] que fue parcialmente anulado por la Corte Suprema de British Columbia, Canadá,[767] aplicando para el efecto la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de ese país que es 100% UNCITRAL.[768]

Identificamos seguidamente el laudo arbitral NAFTA de 12 de diciembre de 2002 en los seguidos por Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos de México (Caso ARB(AF)/99/1), que fue recurrido en anulación ante la Corte Superior de Justicia de Ontario,[769] la que, sin embargo, declaró sin lugar el pedido.[770]

---

[766] El laudo se ubica en: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 16, pp. 165 y ss.

[767] El fallo de la Corte Suprema de British Columbia de 2 de mayo de 2001, se ubica en: www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/trans-2may.pdf.

[768] Esta sentencia, sin embargo, ha sido duramente criticada. Jack J. Coe Jr., *"Domestic Court Control of Investment Awards: Necessary Evil or Archilles Heel within NAFTA and the Proposed FTAA?"* En: Journal of International Arbitration, Vol. 19, No. 3, 2002, p. 194. *"Justice Tysoe's inquiry has been criticized as being too invasive… Todd Weiler… (suggesting that Justice Tysoe substituted his own view of the merits for that of the unanimous tribunal… Todd Weiler… (Justice Tysoe strayed far beyond his mandate by delving deeply into the merits)…"*. Noah Rubins, *"Judicial Review of Investment Arbitration Awards"*, ob. cit., pp. 42-43. *"The decision raised important questions about the judicial review of investment arbitration awards. How was Justice Tysoe better positioned than the arbitrators to determine what fair and equitable treatment meant? Ultimately isn't a lack of transparency precisely part of a fundamental idea of fairness? And if a tribunal's sources of international law are open to question, how are any of their decisions safe from judicial review where few can agree as to the authoritative sources of law?"*. Giorgio Sacerdoti, *"Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of awards"*, ob. cit., p. 41. *"Our understanding is that this amounted to de novo review, equivalent to a full appeal to correct and alleged error in the selection, interpretation and application of the law by the arbitral tribunal"*. Leer además a: Todd Weiler, *"Metalclad v. Mexico: A Play in Three Parts"*, ob. cit., pp. 11-25; Daniel Q. Posin, *"Cases brought under the NAFTA Investment Arbitration Rules"*. En: World Arbitration & Mediation Report, Vol. 13, No. 2, 2002, p. 69; y, Francisco González de Cossío, *"The International Centre for Settlement of Investment disputes –The Mexican Experience"*, ob. cit., p. 239.

[769] Henri C. Alvarez, *"Arbitration under the North American Free Trade Agreement"*, ob. cit., p. 377. Identifica el autor que México alegó que no pudo defenderse, que el procedimiento arbitral no se llevó adelante conforme al pacto de las partes y que el laudo era contrario al orden público.

[770] El fallo judicial se ubica en: www.economia-snci.gob.mx/sphp-pages/importa/sol_contro/consultoria/casos_Mexico/Marvin/revision/031203_Decision_Chilcott.pdf. Noah Rubins, *"Judicial Review of Investment Arbitration Awards"*, ob. cit., p. 43. *"The Ontario provincial court dismissed this and all other challenges out of hand, and reaffirmed the high level of deference that NAFTA tribunals should be given by review in*

También destaca un fallo de la Corte de Apelaciones de Suecia de 15 de mayo de 2001, en los seguidos por República Checa c. CME Czech Republic B.V. sobre anulación de un laudo arbitral BIT dictado el 13 de septiembre de 2001, que culminó desestimándose la solicitud.[771]

Un caso más, es el proceso de anulación de varios laudos NAFTA en los seguidos por S.D. Myers, Inc. c. Canadá,[772] ante la Corte Federal de Canadá, que fue desestimado el 13 de enero de 2004.[773]

Por último, identificamos el proceso de anulación de un laudo arbitral BIT, en los seguidos por Ecuador c. Occidental Exploration & Production Company, ante el High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, (Case No: 2004 FOLIO 656). A la fecha en que se escriben estas páginas, el caso aun se encuentra pendiente de resolución.[774]

---

courts. Indeed Justice Chilcott, who was involved in this case, seems to have accorded an even higher standard of deference in investment arbitration cases, based on the recognized expertise of NAFTA tribunals in deciding issues of international law".

[771] La corte dijo, entre otros, que: *"It is correct per se that an international commercial arbitration is involved and that none of the parties has any connection to Sweden other than the fact that the arbitration proceedings took place here. However, according to section 46 of the Arbitration Act the Act shall apply to arbitration proceedings that take place in Sweden notwithstanding that the dispute has an international connection".* Sobre este particular, leer a: Noah Rubins, *"Judicial Review of Investment Arbitration Awards"*, ob. cit., pp. 380-384.

[772] El proceso de anulación fue seguido por el Procurador General de Canadá c. S.D. Myers, Inc. con la intervención de los Estados Unidos de México sobre anulación de los laudos arbitrales de 13 de noviembre de 2000 (sobre responsabilidad), 21 de octubre de 2002 (sobre daños) y 30 de diciembre de 2003 (sobre costas).

[773] El fallo se ubica en: www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/ ReasonsforOrder.pdf. Sobre este particular, leer a: Noah Rubins, *"Judicial Review of Investment Arbitration Awards"*, ob. cit., pp. 384-388.

[774] Sin embargo, tanto esta corte mediante resolución de 29 de abril de 2005 (http://ita.law.uvic.ca/documents/OxyEcuadorcourtopinion.pdf), como la Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division) en fallo de 9 de septiembre de 2005 (http://www.bailli.org/ew/cases/EXCA/Civ/2005/ 1116.html), se han pronunciado acerca de la competencia que tienen para conocer esta anulación, al amparo de la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996.

Como podemos comprobar, el estado actual es que el poder judicial del lugar del arbitraje analizará la validez del laudo arbitral dictado al amparo de un BIT o de un TLC conforme a su legislación local aplicable a los arbitrajes privados. Ante esta situación, no cabe la menor duda que, salvo cuando las partes arbitren ante el CIADI, escoger debidamente el lugar del arbitraje será esencial ("*forum shopping*").[775]

Por ello, por ejemplo, no es de extrañar que las decisiones acerca del lugar del arbitraje en los casos NAFTA sean consideradas de enorme importancia.[776]

Por último, en lo que se refiere al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros al amparo de la Convención de Nueva York, destacamos dos fallos dictados por las cortes de Alemania y Suecia, que han reconocido un laudo arbitral ad hoc dictado en Estocolmo al amparo del BIT Alemania-Federación Rusa.[777] Sin embargo, legítimamente se mantiene la expectativa acerca de si este tratado ideado principalmente para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales privados,[778] será de utilidad para garantizar la

---

[775] Ver supra punto No. II.2.

[776] Henri C. Alvarez, "La escogencia del lugar del arbitraje". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 3, Bogotá, 2005, p. 17. "De estas decisiones también causa interés que el principal enfoque en los extensos argumentos de las partes sobre la cuestión de la aplicabilidad de la ley en el lugar propuesto para el arbitramento tiene que ver con el aspecto de revisión e intervención judicial en el proceso arbitral". Ver la decisión acerca del lugar del arbitraje de 28 de noviembre de 1997, en los seguidos por Ethyl Corporation c. Canadá; la decisión respecto al lugar del arbitraje de 21 de octubre de 2001, en los seguidos por UPS c. Canadá; y, la decisión acerca del pedido de cambio de la sede del arbitraje de 14 de marzo de 2002, en los seguidos por Pope & Talbot Inc. c. Canadá, entre otros.

[777] Caso Sedelmayer c. Federación Rusa. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Suecia de 15 de de junio de 2005, se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/sedelmayer-Svea-Judgmen.ENG1.doc.

[778] Por ejemplo, existe un primer problema con aquellos estados que se han adherido a la Convención de Nueva York apelando a la reserva comercial. Georges Delaume, *"SEEE v. Yugoslavia: Epitaph or Interlude?",* ob. cit., p. 33. *"…they do not ensure that Additional Facility awards may be recognized in States which are parties to the New York Convention and which have declared that they will apply the Convention only to disputes considered as 'commercial' in character. Since, ex hypothesi, disputes submitted to the Additional Facility are not 'commercial' in nature, the question arises whether awards rendered under the Additional Facility Rules would qualify for recognition in the States which have made such a declaration. This consideration may explain why little use has been made of the Additional Facility".* La lista de estados que se encuentran dentro

eficacia de fallos arbitrales sobre inversiones contra estados.[779]

---

de esta hipótesis se ubica en supra punto No. II.2.2.2. Es por esta razón que, por ejemplo, el artículo 10.26(10) del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América con América Central y República Dominicana –CAFTA, el artículo 10.25(10) del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Chile, el artículo 15.25(10) del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Singapur, el artículo 10.26 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Perú y el artículo 11.26 del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Chile, establecen que cualquier controversia que se someta al arbitraje deberá ser considerada como de naturaleza comercial, a los efectos de lo dispuesto en el artículo I de la Convención de Nueva York.

También se puede presentar otro problema, debido a que la Convención de Nueva York exige en su artículo IV(1)(b) que al momento de solicitar el reconocimiento del laudo se debe acompañar el original o la copia del convenio arbitral. Obviamente aquí esperamos que las cortes sigan el fallo de la Corte Suprema de Alemania de 17 de agosto de 2000 (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVI, 2001, pp. 771-773), en un proceso sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Zurich que emanó de un BIT celebrado entre Alemania y Polonia, que dispuso que no era necesario presentar el original o la copia certificada del convenio arbitral, porque cuando existe un BIT generalmente no se exige la existencia de un acuerdo de arbitraje, sino el inicio directo de un proceso arbitral.

[779] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "*Occasional Note 'International Investment Disputes on the Rise'*", 29 de noviembre de 2004. En: www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/webiteiit20042_en.pdf, p. 1. "*In addition, there are at least 54 cases (cumulative) outside ICSID, as compared to two at the end of 1994. The cumulative total of all known cases brought under bilateral, regional (e.g. NAFTA) or plurilateral (e.g. Energy Charter Treaty) agreements that contain investment clauses, or international investment agreements (IIAs), is now 160*". Alguno de estos 160 casos arbitrales sobre inversiones seguidos fuera del ámbito del CIADI, probablemente permita dar una pronta respuesta. Ver supra puntos Nos. II.1.2., XI.1. y XI.2.