

EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

ARBITRATION AS A DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN INTERNATIONAL LAW OF FOREIGN INVESTMENT

*Christian G. Sommer**

Resumen: El arbitraje internacional para resolver las controversias entre inversores extranjeros y Estados, se ha convertido en una herramienta ágil que ha posibilitado que los particulares puedan acceder a instancias internacionales sin estar sometidas exclusivamente a los tribunales locales para el reclamo de sus demandas por incumplimiento de las garantías previstas en los Tratados Bilaterales de Inversión. Pero este mecanismo no se encuentra exento de críticas por las continuas divergencias en los laudos emitidos sus tribunales, que ha llevado a varios países latinoamericanos a retirarse del Convenio de Washington o restringir los ámbitos de inversiones por los cuales se proroga la jurisdicción del Estado a tribunales arbitrales extranjeros.

Palabras claves: Inversión Extranjera - Tratados Bilaterales de Inversión - Arbitraje Internacional - CIADI.

Abstract: The international arbitration to resolve disputes between foreign investors and States, has become a flexible tool that has enabled individuals to access international authorities without being subject only to local courts to state their claims for breach of the guarantees provided in Bilateral Investment Treaties. But this mechanism is not without critics by continuing differences in awards issued by its courts, which has led to several Latin American countries to withdraw from the Washington Convention or restrict the areas of investment which extended the jurisdiction of the state courts foreign arbitration.

Keywords: Foreign Investment - Bilateral Investment Treaties - International Arbitration - ICSID.

* Abogado (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho Internacional (UNC y UCC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y del Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Introducción

Como parte del proceso de evolución del derecho internacional, la utilización del mecanismo del arbitraje internacional como uno de los modos pacíficos de solución de disputas en la comunidad internacional, ha posibilitado que los Estados en tanto sujetos de derecho internacional, puedan solucionar sus controversias. En tal sentido, inicialmente la actuación de monarcas europeos y otros jefes de Estado como árbitros *ad-hoc*, paralelamente a la consolidación de la Corte Permanente de Arbitraje y otras instituciones privadas, posibilitó durante la última parte del siglo XIX y todo el siglo XX, que los Estados acudieran a solucionar sus disputas a través de este mecanismo, consolidado luego en la práctica hasta la actualidad.

A su vez, el arbitraje de inversión extranjera ha significado un cambio en la búsqueda de dar respuesta a situaciones de controversias entre los Estados, a causa de la protección de sus nacionales cuando éstos reciben un trato diferenciante por parte del Estado donde se radicó la inversión como secuencia de los daños ocasionados. Este sistema de solución de controversias representa un mecanismo que prolifera a nivel internacional, dado que muchas veces, los sujetos que se desenvuelven en el comercio internacional o en inversiones extranjeras, optan por evitar procesos judiciales excesivamente prolongados, comunes en muchos sistemas judiciales de los Estados, que entorpecen la fluidez de las transacciones internacionales, en cuanto a los tiempos de espera para obtener una resolución a la disputa, además de acotar los mecanismos recursivos.

Con el presente texto se pretende reflexionar sobre los alcances generales del mecanismo arbitral para la resolución de controversias en el ámbito de las inversiones extranjeras, especialmente referidos al *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI) del Banco Mundial.

I. El Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras

El proceso de implementación de un derecho internacional de las inversiones, a fin de desarrollar mecanismos jurídicos internacionales que posibiliten una adecuada promoción y cooperación entre los Estados (ga-

rantizando a su vez, un trato adecuado y equitativo a sus nacionales), tiene entre sus antecedentes a los denominados Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (TACN), establecidos principalmente en el siglo XIX. Estos tratados estipulaban obligaciones de carácter general para proteger la propiedad de los nacionales de la otra parte, incluyendo disposiciones para el caso de que se produzca una expropiación y normas para regular lo referente a la repatriación de utilidades ¹.

Luego en los años 20' y 30' del siglo XX, las relaciones comerciales internacionales se expandieron significativamente y estos tratados pasaron a ser los principales instrumentos jurídicos de protección internacional de los inversionistas. A raíz de ello, se dio una primera evolución de estas convenciones, pues se comenzó a incorporar en éstas un “derecho” del inversionista a recibir una compensación pronta, adecuada y efectiva en caso de ser expropiado, de acuerdo con las llamadas “Reglas Hull” ².

Posteriormente, en los años 60' del siglo XX, se producirá una segunda fase, con el desarrollo de los primeros Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) en los que se incorporaron nuevos alcances en los estándares de protección a los inversores como trato justo, nación más favorecida (NMF), expropiaciones o nacionalizaciones, cláusulas de estabilización y las denominadas cláusulas paraguas ³. La novedad de los TBI consistió

¹ Conf. D. ANTOKOLETZ, *La política aduanera argentina y sus relaciones con la economía política nacional y el derecho de gentes*, tomo 2, N° 352, 1941, pág. 244; E. ORIHUELA CALATAYUD, “Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo”, *Cuadernos Internacionales* N° 4, UAM, Dykinson, 2004; L. I. SAVID BAS, *Los tratados y la regulación jurídica del comercio internacional*, Tesis de doctorado, Universidad Nacional de Córdoba, mayo de 1971.

² Conf. E. YMAZ VIDELA, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pág. 10; C. F. KUNDMÜLLER. y G. R. RUBIO, “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Invencciones. Un nuevo horizonte”, *Lima Arbitration*, N°1 2006. Disponible en www.limaarbitration.net/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio.

La regla Hull, acuñada por el entonces secretario de Estado de los EE.UU., consiste en que la expropiación de la propiedad extranjera debe ser seguida de una pronta, justa y adecuada compensación, cuyo pago (de ser pecuniario) debe ser en moneda convertible y transferible.

³ Conf. S. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, “Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras”, *Relaciones Internacionales. Instituto de Relaciones Internacionales* (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, N° 3, noviembre de 1992, pág. 67.

en que los inversionistas de la nacionalidad de uno de los Estados Parte, podían iniciar arbitrajes en contra de los Estados receptores de la inversión a fin de resolver controversias “derivadas de una inversión”. Como fruto de ese auge de nuevos TBI, es que el Banco Mundial establecerá, a partir de 1965, el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* (Convenio de Washington) para dar un marco legal por el cual los distintos TBI cuenten con un mecanismo legal de solución de diferencias entre Estados e inversores con un carácter más institucional frente a los clásicos ya existentes.

Para tal cometido, comienzan a incorporarse en los TBI, cláusulas de sometimiento de arbitraje al *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI), bajo el Convenio de Washington; a tribunales *ad-hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), o ante otras instituciones arbitrales que hayan acordado las partes en el TBI.

2. El arbitraje internacional como mecanismo de solución de disputas

Existen diferentes alcances conceptuales sobre el significado del arbitraje internacional, por lo que entre ellos, se podría considerar que constituye un: *Medio pacífico de solución de controversias acordado entre las partes con el objeto de someter sus diferencias (existentes o que surjan en el futuro) a un tercero, o a un tribunal constituido para tal fin, con el cometido de que sea resuelto conforme a las normas que ellos especifiquen y con el compromiso que la decisión deba ser aceptada por los contendientes como un arreglo final, a la*

⁴ Diversas consideraciones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, han emanado a lo largo de los años, sobre los alcances de este mecanismo de solución de controversias internacional. Confr. A. DREYZIN DE KLOR y D. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), *Arbitraje*, Revista *Decita* 02.2004, Buenos Aires, Zavalía, 2004; Z. DRNAS DE CLEMENT,

vez de cumplimentarse el laudo de buena fe⁴.

Más allá de las experiencias y aplicación del arbitraje para la solución de disputas entre Estados (mayoritariamente para dirimir cuestiones limítrofes o de posesión de territorios), el auge del arbitraje internacional

“Arbitraje y Procesos de Integración Económica Regional: la experiencia en el Mercosur”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2009, vol. 19, págs. 51-105; S., FELDSTEIN DE CÁRDENAS. y H. LEONARDI DE HERBÓN, *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; E. GAILLARD y J. SAVAGE (edit.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999; B. GOLDMAN, *Investissements Étrangers et Arbitrage entre États et Personnes Privées. La Convention BIRD*, Pedone, 1969; H. GRIGERA NAÓN, “Arbitraje comercial internacional en el mundo actual”, J.A. 1996-III-701; P. HAMILTON, *The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution - Summaries of Awards, Settlement Agreements and Reports*, Kluwer Law International, 1999, págs. 29-281; N. HORN (edit.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects*, W. Kluwer Editor, 2004; M. MCILWRATH and J. SAVAGE, *International Arbitration and Mediation. A Practical Guide*, W. Kluwer Editor, 2010; J. MAKOWSKI, “L’Organisation actuelle de l’arbitrage International”, *Recueil des Cours*, Academie de Droit International de la Haye, 1931-II, pág. 297; F. MANTILLA-SERRANO (coord.), *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales. Comité Colombiano de Arbitraje*, Bogotá, Legis, 2007; J.G. MERILLS, *International Dispute Settlement*, 3ª ed., Cambridge, 1998, cther. 5; J. B. MOORE, *International Arbitrations*, Washington D.C, 1898, vol. I, pág. 495; K. OELLERS-FRAHM y A. ZIMMERMANN, *Dispute Settlement in Public International Law*, Berlin, 2001; B. OPETTIT, *Teoría del Arbitraje*, Bogotá, Legis, Universidad del Rosario, 2006; F. ORREGO VICUÑA, “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2004, vol. IV, págs. 439-456; L. A. PODESTÁ COSTA - J. M. RUDA, *Derecho Internacional Público*, 2º tomo, Buenos Aires, TEA, 1985, págs. 397-466; J. RALSTON, *International Arbitration from Athens to Lacarno*, 2nd edition, The Lawbook Exch., 2006; A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY y C. PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2007; J. C. RIVERA, *Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007; C. SEPÚLVEDA, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., México, Porrúa, 1964, pág. 305; M. SHAW, “Arbitration”, *International Law*, 5th edition, Cambridge, University Press, 2003; A. VAN DER BERG, *The New York Convention of 1958*, Kluwer, Hague, 1981; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007. Este mecanismo es utilizado, tanto para dirimir disputas entre Estados, como entre Estado y particulares, en cientos de procesos ante tribunales internacionales.

⁵ Si bien es en la época actual que el arbitraje internacional es utilizado en forma más asidua, sus antecedentes más remotos se podrían avizorar desde la época de la antigua Grecia, como el caso relatado por Herodoto en relación con Artabazanes y Jérges cuando acudieron al juicio de Darío, así como el caso de los cinco espartanos que resolvie-

como medio de solución de conflictos entre Estados y, posteriormente, para aquellos suscitados entre sujetos privados y entre privados y el Estado, se ha expandido como un mecanismo jurídico que no puede ser soslayado frente al vertiginoso mundo comercial y de las inversiones extranjeras, en parte, como fruto del proceso de la globalización⁵.

En palabras del Prof. Gaillard, la existencia de un mecanismo jurídico arbitral se aprecia, más que por la organización sistemática de sus normas o por su idoneidad para dar respuesta a toda controversia susceptible de plantearse al árbitro, por su capacidad para dar cabida al interro-

ron la disputa entre atenienses y meganios. Pero en lo referente a una aproximación más contemporánea del arbitraje internacional (especialmente de raigambre americana) se debe hacer alusión a los primeros congresos panamericanos a partir de 1826 aproximadamente, donde los representantes de algunas nacientes naciones ya planteaban este medio de solución de disputas para dirimir futuras discrepancias entre los Estados de la región. Tal el caso de las instrucciones de Simón Bolívar al representante de Colombia ante el Congreso de Panamá de 1826. Posteriormente, en los debates del Congreso de Lima de 1864, se haría alusión a la utilización del arbitraje como medio de solución de controversias entre los Estados, siendo éste de carácter inapelable. En las Conferencias Americanas de Washington (1889), México (1902) y Río de Janeiro (1906), se replantearían el uso del arbitraje internacional como un mecanismo necesario. Particularmente, la Conferencia de Río de Janeiro de 1906, en forma sucedánea a la Segunda Conferencia de La Paz a celebrarse ese mismo año, predispuso a los representantes a volver a enfatizar su apoyo al instituto del arbitraje. Del documento de la Conferencia de Río de Janeiro, resultó el dictado del art. 1º, en el que por primera vez se incluye la posibilidad de los reclamos de particulares por daños ocasionados por los Estados. El artículo sostenía: "Las Altas Partes Contratantes se obligan a someter a arbitraje todas las reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios que sean presentadas por sus respectivos ciudadanos y que no puedan resolverse amistosamente por vía diplomática, siempre que dichas reclamaciones sean de suficiente importancia para aumentar los gastos de arbitraje". Fruto de estos posicionamientos hacia la figura del arbitraje, contemporáneamente, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, durante parte del siglo XX, incluirían cláusulas compromisorias para utilización de este mecanismo. A su vez, esta postura se repetiría en diversos tratados bilaterales entre Estados americanos para la solución de disputas de diversa índole, tanto comercial como para la solución de diferendos por territorios. Para una mayor profundización de estos antecedentes, ver: F.J. URRUTIA, *La evolución del principio del arbitraje en América*, Madrid, Ed. América, 1920.

⁶ E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional* (traducción de María E. Moreno), Asunción, CEDEP - Thomson Reuters, 2010, pág. 67.

⁷ Sobre el desarrollo histórico del arbitraje ver: B. OPPETT, *Teoría del Arbitraje*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2006; F. GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, México,

gante fundamental relativo a la aplicación de sus fuentes y a sus relaciones con los otros ordenamientos jurídicos⁶. A su vez, al conferir a los árbitros el poder de juzgar las controversias como las partes lo estipulan y aceptar lo resuelto por el decidor, sin tener como regla la revisión del fondo del asunto, los Estados han conferido al arbitraje internacional, una verdadera autonomía. Autonomía que, a pesar de basarse el árbitro en las normas generales o particulares de los Estados, muchas otras pertenecen al ámbito del derecho internacional, que exceden los límites interpretativos que dichas normas poseen en sus jurisdicciones. A ello habría que sumarle que frente a la imposición de un laudo, tanto los Estados como los particulares, suelen tener como política, la aceptación voluntaria de la decisión, o el posibilitar los medios jurisdiccionales del Estado para lograr una pronta ejecución de lo resuelto.

Particularmente, si bien el desarrollo del arbitraje internacional en el que intervienen sujetos privados se ha consolidado a través del arbitraje comercial internacional, en los últimos 40 años el auge e incremento de la utilización del arbitraje de inversiones para dirimir disputas entre privados y Estados, ha llevado a una mayor utilización de un mecanismo arbitral de tipo “mixto”. Aunque mantiene muchas de las prácticas y usos del arbitraje comercial internacional, al actuar el Estado como un sujeto público en los compromisos de los TBI y en la contratación con los inversores, aquél debería ser considerado en su calidad de tal, cuestión que no siempre suele resultar así, en particular atento a la *expertise* de los árbitros, más especializados en aspectos comerciales que en inversión extranjera⁷.

2.1. El arbitraje ad-hoc bajo las reglas de CNUDMI / UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), creada en 1966, es el principal órgano del sistema de las Naciones Unidas en la

Porrúa, 2004.

⁸ Ver <http://www.uncitral.org/>

⁹ *Anglian Water Group (AWG) Ltd vs. Argentina*. Laudo sobre responsabilidad del 30 de julio de 2010. En 1992, como parte del proceso de privatizaciones y la invitación del Estado argentino a inversores extranjeros, las empresas Suez, Aguas de Barcelo-

esfera del Derecho mercantil internacional. Tiene como objetivo principal eliminar o reducir los obstáculos jurídicos que entorpecen el desarrollo del comercio internacional a través de la armonización y modernización del derecho mercantil. La Comisión elabora textos de diversa índole, como convenciones, leyes modelos, guías legislativas, entre otras. En materia de arbitraje internacional, la Comisión ha elaborado textos como: el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL de 1976 (modificado en mayo de 2010); las recomendaciones dictadas en 1982 para ayudar a las instituciones arbitrales y otros organismos interesados con relación a los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL; la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985; y las notas de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral de 1996⁸.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL constituye un régimen procesal al que las partes podrán hacer remisión en su acuerdo de arbitraje, para la sustanciación de las actuaciones en orden a la solución de toda controversia que surja en su relación comercial o de inversión extranjera, ya sea ante un tribunal institucional o ante un tribunal constituido *ad-hoc*. Este Reglamento, que se ha utilizado para arbitrajes muy diversos, regula todos los aspectos del procedimiento arbitral, contiene una cláusula compromisoria modelo y regula la designación de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones y la forma, el efecto y la interpretación del laudo. Sin embargo, no posee iguales alcances que el Convenio de Washington, en razón de que una vez dictado el laudo y en caso que éste no sea acatado voluntariamente, al momento de ser requerido el reconocimiento y ejecución del laudo, éste será entendido como una sentencia extranjera, con el consecuente efecto de poder ser revisado por órganos jurisdiccionales locales en los que pretenda el laudo ejecutarse. A lo largo de estos años, las reglas de arbitraje de CNUDMI/UNCITRAL han sido utilizadas a través de tribunales *ad-hoc*, elegidos en el marco de TBI o de Tratados Regionales de Inversión como el TLCAN, desarrollándose ya sea en espacios institucionales como las propias instalaciones del CIADI o de la Corte

na, Vivendi y AWG, junto con las empresas argentinas Banco de Galicia y Buenos Aires

Permanente de Arbitraje, entre otros.

Diversos TBI con la República Argentina, han fijado la utilización de las reglas del CNUDMI/UNCITRAL como mecanismo de resolución de diferencias, entre los que se pueden aludir a los firmados con Canadá, Alemania, India y Rusia. De los casos tramitados bajo estas reglas se pueden enunciar los asuntos *Anglian Water Group (AWG) Ltd vs. Argentina*⁹; *National Grid Plc vs. Argentina*¹⁰ y *British Gas (BG) Group Plc vs. Argentina*¹¹ e *Inspection and Control Services Ltd -ICS vs.*

S.A., Sociedad Comercial del Plata S.A., y Meller S.A., formaron un consorcio con el fin de participar en la licitación para la concesión relativa a la explotación de los sistemas especificados de suministro de agua potable y desagües cloacales de la Ciudad de Buenos Aires y municipalidades circundantes. El 9 de diciembre de 1992, el Gobierno de Argentina adjudicó a este consorcio la concesión para la explotación del sistema de servicios de suministro de agua potable y desagües cloacales de la Ciudad de Buenos Aires y municipalidades circundantes. De conformidad con las normas de la licitación, el consorcio formó posteriormente una empresa argentina, Aguas Argentinas S.A. (AASA). Fruto de las medidas económicas de 2001 y 2002, que modificaron el régimen de las tarifas y pesificaron la moneda, el consorcio consideró que estas medidas dañaban sus inversiones y representaban una infracción de los compromisos contraídos con ellas al obtener la concesión. Se presentaron diversas demandas ante el CIADI por parte de las diversas empresas del consorcio, pero en el caso de AWG el Estado no aceptó la utilización del Convenio del CIADI sino plantear la disputa bajo las reglas de la CNUDMI/UNCITRAL.

¹⁰*National Grid plc vs. Argentina*. Laudo del 3 de noviembre de 2008. En 1993, National Grid, junto con dos compañías de los Estados Unidos -Duke Transener Inc. y Entergy Corp.- y dos compañías argentinas -SADE Ingeniería y Construcciones S.A. ("SADE"), filial de Pérez Companc y Eléctrica del Plata S.A., filial de Sociedad Comercial del Plata S.A.- formaron un consorcio para participar en la licitación internacional de acciones de Transener (accionaria de las ex empresas estatales Agua y Energía, SEGBA e Hidronor). Transener constituyó una compañía argentina -la Compañía Inversora en Transmisión Eléctrica Citelec S.A. ("Citelec")- como vehículo para su inversión en Transener. National Grid adquirió entre 1993 y 1999 casi el 50 % de la participación del capital accionario de Citelec. La diferencia se planteó en el contexto del programa de privatización llevado a cabo por Argentina a principios de la década de los noventa, respecto de las garantías ofrecidas a los inversores que adquirieron activos en el sector de la electricidad; y de las medidas adoptadas por la demandada para poner fin a la crisis económica que experimentó en 2001-2002.

¹¹*British Gas Group Plc vs. Argentina*. Laudo del 24 de diciembre de 2007.

¹²*Inspection and Control Services Ltd -ICS vs Argentina*. Laudo sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012. la controversia está relacionada con el trato brindado por

*Argentina*¹², entre otros.

Este mecanismo arbitral, en lo referente al reconocimiento y ejecución de laudos, tal como se especificará más adelante, suele ser objeto de diversos pedidos de anulación o no ejecución del laudo por parte de Estados en razón de haberse presentado al momento de la sustanciación del proceso arbitral, impugnaciones sobre los árbitros, sobre la admisibilidad de jurisdicción o sobre el derecho aplicable. Aspectos similares a los mencionados se aplica a los laudos emanados del Mecanismo Complementario del Convenio que se comentará más adelante.

2.1.1. El arbitraje en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje

La Corte Permanente de Arbitraje (en adelante CPA), establecida en el año 1899, es un organismo intergubernamental que ofrece una variedad de servicios para la resolución de controversias a la comuni-

la Argentina a ICS en relación con el contrato celebrado por ICS y el *Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos* (el “MECON”) el 11 de marzo de 1998 sobre la prestación de servicios de auditoría. Por medio del Decreto Presidencial 477/97 (“DP 477/97”), el Estado aprobó un programa supervisado por el gobierno que establecía que las mercaderías de importación destinadas a la Argentina debían someterse a una inspección previa a su embarque al país. Las mercaderías debían ser inspeccionadas por empresas privadas, autorizadas por el gobierno a través de un proceso de licitación pública internacional. ICS (conocida en aquel momento como Swipco Limited) obtuvo el cargo de Auditor tras ganar la licitación N° 13/97. Conforme a la Cláusula 3 del Contrato, los honorarios que ICS percibiría por la auditoría de los certificados de inspección correspondían al 0,64% del valor FOB, FOR o FOT de cada certificado de inspección auditado. Luego del otorgamiento del Contrato, el 11 de septiembre de 1998, el MECON modificó la estructura de los honorarios de ICS a través de la Resolución N° 1106/98 (“Resolución 1106/98”), de manera tal que los honorarios de ICS por Servicios Ordinarios corresponderían al 80% de los honorarios percibidos por la Empresa de Inspección de Preembarque por cada certificado de inspección auditado por ICS. El plazo inicial del Contrato concluyó en marzo de 2000. Sin embargo, un año más tarde, el 2 de marzo de 2001, el gobierno confirmó retroactivamente una extensión de un año del plazo del Contrato hasta marzo de 2001. Según la demandante, desde 1998 hasta 2001, no había recibido pago alguno por sus servicios. Con la crisis del 2001 y la declaración de emergencia, la deuda se pesificó por lo que ello produjo un perjuicio a la demandante.

¹³ Ver CPA. www.pca-cpa.org

¹⁴ *Centerra Gold Inc. (Canada) and Kumtor Gold Company (Kyrgyz Republic) vs. República de Kirguyzstan*. Laudo del 2009. El caso se planteó ante la CPA por parte de

dad internacional. Este tribunal está estructurado alrededor de los miembros de la Corte, los cuales son designados por los Estados Parte, hasta cuatro por cada uno, entre juristas de reconocida competencia en cuestiones de derecho internacional (art. 44 de la Convención de 1907)¹³. Las partes en disputa pueden seleccionar sus árbitros u otros jueces entre estos miembros para que constituyan el tribunal o la comisión que tendrá a su cargo la solución de la controversia y que llevará a cabo el procedimiento elegido. En contraste a la Corte Internacional de Justicia, la CPA no solamente resuelve controversias entre dos o varios Estados, sino que provee servicios para la resolución de controversias entre varias combinaciones de Estados, entidades estatales, organismos internacionales, y partes privadas.

El órgano encargado de las actividades cotidianas de la Corte es el Bureau Internacional, el que cumple la función de registro y de secretaría y sirve de canal de comunicación y custodia de archivos. Su secretario general tiene también, por el Reglamento de Arbitraje Comercial de 1976 de la CNUDMI/UNCITRAL, la facultad de nombrar una “autoridad de nominación” para poner fin a ciertas disputas que pueden surgir en la designación o recusación de árbitros.

Finalmente, el Consejo Administrativo es el órgano encargado de formular las directivas para la Corte y de supervisar los asuntos administrativos. Está compuesto por los representantes diplomáticos de los Estados Parte de las convenciones de 1899 y 1907 acreditados ante el reino de Holanda. Todas las reglas de arbitraje de la Corte Permanente están basadas en las Reglas de Arbitraje y conciliación de CNUDMI/UNCITRAL.

Bajo la órbita de la CPA, se han desarrollado diversos casos en los que se encuentran involucradas disputas sobre inversiones extranjeras. Entre los asuntos sometidos en ámbitos de la CPA, se pueden enunciar los casos *Centerra Gold Inc. (Canada) and Kumtor Gold Company vs. República de Kirguistán*¹⁴; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company vs. República de Ecuador*¹⁵; *Inspection and*

los inversores canadienses, a quienes se les habrían violado los estándares de trato justo y de no expropiación al anularse abruptamente la licencia de explotación de oro que la empresa Kuntor Gold Co. (subsidiaria de Centerra Gold y de Cameco Co.) había obteni-

Control Services Ltd -ICS vs. Argentina, entre otros.*2.1.2. El arbitraje en las Inversiones Extranjeras*

do en 1992 y sobre los cuales el gobierno de Kyrgyzstan accedía a un porcentaje de las ganancias. Posteriores gobiernos fueron modificando los porcentajes de participación del Estado. Ante el desacuerdo sobre los ingresos que debía percibir el Estado en 2008, luego de la anulación de la licencia se suspendieron cuentas bancarias y activos de la empresa. Posteriormente, la Corte Suprema del Estado restableció la licencia y se procuró un nuevo acuerdo entre las partes, por lo que el caso no continuó en la fase arbitral.

¹⁵ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company vs. República de Ecuador* (PCA Case No. 2009-23). Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad del 27 de febrero de 2012. Hasta el 2001, Texaco Petroleum Co (Texpet), era subsidiaria de Texaco Co., empresa radicada en EE.UU. Luego de ese año, la empresa Texaco Co. fue adquirida por la norteamericana Chevron. El caso que plantean los demandantes guarda relación con la participación histórica de TexPet como integrante minoritario de un consorcio con el Ecuador y su petrolera estatal Petroecuador, dedicado a la exploración y producción de petróleo con arreglo a contratos de concesión. Luego de concluida su participación en 1992, TexPet negoció un acuerdo transaccional con el Ecuador y Petroecuador en 1995, por el cual aquélla se hizo responsable de los proyectos especificados de remediación ambiental correspondientes a su participación minoritaria en el Consorcio y obtuvo la liberación de responsabilidad por el impacto ambiental no comprendido en el ámbito de los proyectos indicados. En el curso de varios años TexPet habría dedicado millonarias sumas de dinero a financiar proyectos de remediación ambiental llevados a cabo por un importante contratista internacional, así como también proyectos de desarrollo comunitario tal como estaba previsto en el acuerdo transaccional suscripto con el Ecuador y Petroecuador. En 1998 el Ecuador y Petroecuador suscribieron un acta por la cual liberaban a TexPet, a sus filiales y a sus funcionarios, de responsabilidad por el impacto ambiental ocasionado en lo que había sido el área de la Concesión. El Ecuador y Petroecuador conservaron su responsabilidad por el impacto restante derivado de las actividades desarrolladas por el Consorcio con anterioridad a 1992, así como también por todo impacto futuro generado por las operaciones que la propia Petroecuador siguió desarrollando en lo que había sido el área de la Concesión. En contra de esos acuerdos, el Estado ecuatoriano demandó en 2003, en conjunto con un grupo de ambientalistas, a la empresa Chevron por ser accionista mayoritaria de Texpet con miras a obtener una indemnización y otras reparaciones por impactos que, según sostienen, derivaron de las operaciones del Consorcio (el “Juicio de Lago Agrio”) antes de 1992. Los inversionistas (Texpet y Chevron) sostienen que tales medidas del Estado violan los acuerdos previos y la protección de éstos previstas en el TBI Ecuador - EE.UU. En febrero de 2012, el tribunal admitió abocarse al fondo del caso.

¹⁶ Aprobada el 10 de junio de 1958. Ley argentina 23.619 (B.O., 4/11/1988).

¹⁷ Conf. S. A. ALEXANDROV, “The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as “Investors” and Jurisdiction Ratione

El auge del arbitraje de inversión extranjera, como un paliativo a la aplicación de la protección diplomática por parte de los Estados a fin de proteger los intereses de sus nacionales, se ha fortalecido gracias a la utilización del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* de 1965 (Convenio de Washington) y la implementación de tribunales arbitrales bajo las Reglas de la CNUDMI-UNCITRAL o de la CCI. Este medio de solución de conflictos suscitados entre Estados e inversores nacionales de un tercer Estado, se ha expandido como una práctica jurídica que no puede ser soslayada frente al vertiginoso mundo de las inversiones extranjeras, en particular, las destinadas a los países emergentes o en vías de desarrollo y los planteados ante un centro de arbitraje como el CIADI son un ejemplo (ver Gráfico 1). Implica, a su vez, un medio flexible de solución de conflictos, dado que muchas veces, los sujetos que se desenvuelven en el ámbito de las inversiones extranjeras, optan por evitar procesos judiciales excesivamente prolongados, comunes en muchos sistemas procesales de los Estados.

Como se enunciara anteriormente, el acceso a estos mecanismos de solución de diferencias, suelen estar referenciados en los TBI o bien en cláusulas contractuales entre el inversor y el Estado receptor de la inversión. El arbitraje de inversión, debe en gran parte su popularidad, al hecho que suelen eliminarse los diversos recursos de apelación o revisión de las decisiones de los tribunales (propio de los códigos procesales nacionales), por lo cual el laudo del tribunal es exigible en forma directa frente al Estado y, en algunos casos, como el mecanismo del CIADI, el laudo es considerado como si se tratara de una sentencia nacional. Sin embargo, en caso de aplicarse otras reglas arbitrales (CNUDMI/UNCITRAL-CCI-LCA), la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958*¹⁶ (Convención de Nueva York) posibilita que los tribunales de los Estados miembros puedan examinar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales emanados en otros Estados miembros o por instituciones extranjeras.

El incremento de las inversiones internacionales como reflejo de la mundialización económica es en la actualidad una realidad incuestiona-

Temporis”, *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, 2005, vol. 4, págs. 19-59; W. BEN HAMIDA, “L’arbitrage État-investisseur étranger: regards sur les traités et

ble. Este flujo de inversiones exteriores ha traído aparejado una mayor conflictividad y un aumento sin precedentes de los asuntos sometidos a los métodos de solución de controversias entre Estados e inversores extranjeros. Entre estos últimos, el arbitraje internacional se erige en la solución preferida por los inversores cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el Estado receptor de su inversión¹⁷. De ese incremento exponencial en las demandas efectuadas por inversores, la República Argentina ha sido un caso paradigmático, por la magnitud de las demandas que se han incoado contra el Estado, principalmente, ante el mecanismo CIADI¹⁸ y ante otros tribunales *ad-hoc*, anteriormente enunciados.

2.2. Elementos comunes y diferenciadores entre el arbitraje comercial internacional y el de inversiones extranjeras

En cuanto a las características comunes en el arbitraje de inversión y el comercial internacional, se puede avizorar, la búsqueda de utilizar estos medios alternativos de solución de controversias a fin de procurar medios más expeditos y económicos respecto a los sistemas judiciales naciona-

projets récents”, *Journal du Droit International*, vol. 131, N° 2, *Juris Classeur*, avril-Mar-Juin 2004, pág. 421 y ss.; J. COLLIER y V. LOWE, *The Settlement of Disputes in international Law. Institutions and Procedures*, Oxford University Press, 1999; J. DIEZ-HOCHLEITNER - C. IZQUIERDO SANS, “Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica”, *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, N° 7, 2003. www.reei.org; M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Netherlands, Martinus Nijhoff, 1993.

¹⁸Hasta la actualidad, se han presentado aproximadamente unos 52 casos ante el CIADI y otros tribunales *ad-hoc*, de los cuales, la mayoría se encuentra pendiente de resolución definitiva, otros ya han logrado un laudo definitivo, en un menor número se han cancelado por haber logrado las partes un acuerdo (ver una listado de los casos en el anexo).

¹⁹*Lowen Group, Inc y Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América* (Caso CIADI ARB (AF)/98/3), Laudo del 5 de enero de 2001, párr. 233. Disponible en www.state.gov/documents/organization/22094.pdf. Este conflicto surge a partir de un

les. La elección de los decisores jurisdiccionales por las partes, hace que éstos puedan tener un mayor control sobre el pleito, a la vez que genera una previsible confianza en la especialidad de los árbitros para conocer sobre la disputa, circunstancia que en jurisdicciones nacionales, los jueces no siempre tienen la formación necesaria para el abordaje de temas tan complejos como el derecho de las inversiones extranjeras o el comercio internacional.

Sin embargo, el mecanismo arbitral de inversiones no debe ser confundido en cuanto a sus alcances y trato a los sujetos intervinientes, respecto del arbitraje comercial internacional. Ello en razón del carácter mixto que profesa el arbitraje de inversiones y los particularismos que deberían tenerse en cuenta al momento de analizar las decisiones de políticas públicas que se han tomado por parte del Estado receptor de la inversión.

Esta diferenciación del arbitraje en materia de inversiones como un mecanismo distinto al arbitraje comercial internacional, lo podemos avizorar en el caso *Lowen Group vs. Estados Unidos de América*¹⁹. En tal decisión, se estableció que el arbitraje en materia de inversiones deriva del derecho internacional público y que la oferta general de arbitraje está hecha por medio de un TBI o acuerdo arbitral. Este mecanismo, sostuvo

litigio interpuesto contra Loewen Group, Inc. y Loewen Group International, Inc. su principal subsidiaria de los Estados Unidos, en la Corte Estatal de Mississippi por Jeremías Sr. O'Keefe, su hijo y varias empresas de propiedad de la familia de O'Keefe (llamados colectivamente O'Keefe). El litigio surgió de una disputa comercial entre los O'Keefe y las empresas Loewen, competidores en el negocio de funerarias y seguros de sepelios en Mississippi. La diferencia se refería a tres contratos entre O'Keefe y el Loewen valuados en 5 millones de dólares. Luego de un proceso judicial, un tribunal de Mississippi, otorgó una indemnización de cerca de 400 millones de dólares a los O'Keefe, lo que fue rechazado por la contraparte, argumentando arbitrariedades del juez a favor del demandante, en razón de la nacionalidad (canadiense) y la magnitud empresarial de Loewen Group frente a la pequeña empresa de los O'Keefe. Los demandados apelaron pero la Corte Suprema del Estado rechazó reducir la sentencia y exigió una fianza de 600 millones de dólares para continuar con las apelaciones. Loewen sostuvo que esto lo obligó a negociar bajo coacción con el demandante por lo que tuvo que pagar unos 175 millones de dólares. Como consecuencia de ello, se presentó una demanda ante el CIADI por violación del tratado NAFTA, utilizándose el mecanismo complementario del CIADI.

²⁰ Sobre estas posiciones acerca del carácter mixto del arbitraje de inversión ver: M. RABAGO DORBECKER, "El sistema híbrido de arbitraje en materia de inversiones: ¿más

el tribunal, ha remplazado el poder de los Estados de activar el sistema de protección a sus nacionales, por uno que incluye una definición *ad-hoc* de cierto tipo de actos que detonan responsabilidad internacional, así como medios especiales para la compensación. Por tanto, el uso o abuso de especialistas en arbitraje comercial internacional como árbitros en este tipo de disputas y la tendencia a asimilar prácticas del arbitraje comercial internacional, parecería ciertamente erróneo, lo que en muchos casos se ve reflejado en los laudos. El argumento bajo el cual se debe dar cierto carácter público al arbitraje en materia de inversiones es que un posible fallo emanado de tal sistema de adjudicación, repercute sobre los fondos públicos del Estado, los que en algunas circunstancias podrían quedar afectados por el pago de las indemnizaciones por el daño derivado de la responsabilidad internacional²⁰. Estos aspectos sobre las implicancias en las políticas públicas de los Estados y las inversiones extranjeras también se pueden apreciar en diversos tópicos de índole pública como el caso del acceso a la información en el ámbito del CIADI (v.gr. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. Vivendi Universal SA vs. República Argentina*)²¹. También ante otros tribunales especializados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se analizaron estas dualidades al negarse el acceso a la información sobre una inversión extranjera de explotación forestal por razones de interés público ya que estas prácticas, a criterio del Estado, vulnerarían el interés colectivo que se había fijado el país respecto a la promoción de inversiones, tal como se planteó en el asunto *Claude Reyes vs. Chile*²².

En los casos en donde se encuentran en disputas el pedido de indemnizaciones multimillonarias, principalmente a los Estados, el análisis

público que privado? Implicaciones de transparencia, acceso a la información, corrupción y rendición de cuentas en el arbitraje en materia de inversiones”, en S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y H. WÖSS (coord.), *Arbitraje en materia de Inversiones*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, pág. 165 y ss.

²¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., and Vivendi Universal, S.A. (Aguas Argentinas, S.A.), vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19), Decisión sobre *amicus* del 19 de mayo de 2005.

²² Corte IDH. *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151.

²³ Conf. J. A. GRAHAM, “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados

de la controversia en torno al derecho aplicable y la responsabilidad del Estado, no debe ser comprendido bajo la misma óptica que una relación contractual privada o bajo las prácticas del comercio internacional. Muchas veces las decisiones sobre la condena a un Estado en el marco de una disputa por inversión extranjera puede significar el pago de lo que anualmente el Estado debe destinar en su presupuesto a educación o salud. La “liviandad” sobre los abordajes que algunos árbitros efectúan respecto a litigios entre Estados e inversores, es una de las críticas a las cuales se encuentra sometido particularmente el mecanismo arbitral del CIADI en la actualidad²³. Parte de esa crítica puede que se deba a la formación de los árbitros, de los cuales, la mayoría devienen de un origen y formación jurídica anglosajona, en la que la visión jurídica sobre el cumplimiento de los contratos entre privados o entre privados y el Estado suele tener diferencias respecto a perspectivas de otras regiones, tales como la latinoamericana. Esto ha llevado, por ejemplo, a países como Bolivia, Ecuador o Venezuela a denunciar el Convenio de Washington o en propender la utilización de otros foros arbitrales como la Corte Permanente de Arbitraje bajo las reglas del UNICTRAL.

En forma paralela, actualmente, también se está planteando la búsqueda de otros foros regionales como en el marco del UNASUR²⁴ a fin de utilizar un mecanismo arbitral alternativo al CIADI en razón de los particularismos latinoamericanos, tema sobre el cual se ha creado un Grupo de Trabajo en el ámbito de dicha Organización Internacional sudamericana²⁵. Estas iniciativas están siendo planteadas en razón de las crecientes disidencias que algunos Estados latinoamericanos tienen sobre el funcionamiento del CIADI, particularmente frente a discrepancias por la falta

en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, N° 15, 2004, págs. 147-165; B. PALLARES, “El derecho internacional de la inversión extranjera y los mecanismos de solución de conflictos. El Estado Nacional ante el CIADI”. Disponible en: <http://www.econ.uba.ar/acuerdos%20y%20regulaciones/internacional>

²⁴ La UNASUR fue creada por el tratado constitutivo del 28 de mayo de 2008 y entró en vigor el 11 de marzo de 2011. Reúne a los países de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

²⁵ En el mes de junio de 2009, durante la 39ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Ecuador propuso que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al CIADI. En el mes de diciembre de 2010 en Guyana, los minis-

de transparencia del organismo arbitral, las continuas recusaciones de árbitros por sus probables vínculos con los inversionistas o la falta de comprensión de las normas y prácticas locales como el derecho aplicable para decidir la controversia, la incongruencia en los laudos frente a hechos similares, entre algunas de las objeciones²⁶. Sin embargo, cabe resaltar que es poco probable que los Estados de los cuales provienen la mayoría de los inversionistas extranjeros hacia Sudamérica, firmen TBI o modifiquen los actuales, en los cuales se incorpore a este mecanismo arbitral. La poca o nula confianza de los inversores extranjeros en sistemas de arbitraje regional (altamente politizados), tornaría dificultosa la viabilidad de esta propuesta.

Dentro de las particularidades del proceso arbitral bajo estudio en UNASUR, se procedería a crear un mecanismo arbitral semejante al CIADI, pero tendiente a resaltar la exclusión de temas sensibles a las políticas públicas de los Estados (salud, distribución de agua potable, energía), la transparencia y modos de elección de los árbitros y, particularmente, la exigencia del previo agotamiento de vías internas en los Estados para el acceso al sistema arbitral regional. Esta última cuestión, en el ámbito americano tiene una particular importancia (aunque no se han especificado aún plazos posibles para considerar agotada la vía interna) ya que implicaría un solapado retorno a la denominada “Cláusula Calvo”, aunque relativizada en sus alcances²⁷, en razón de que no excluiría la disputa de inversiones ante tribunales internacionales, pero significaría

tros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR decidieron de manera unánime que Ecuador debía presidir el grupo de trabajo sobre solución de controversias e inversiones. En la misma reunión, Ecuador presentó un proyecto de reglamentación del centro arbitral. Actualmente, el mencionado grupo de trabajo se encuentra analizando la propuesta, que va a ser presentada ante los países miembros de UNASUR para su posterior aprobación.

²⁶Sobre este punto ver: S.K. FIEZZONI, “Centro de Arbitraje de UNASUR: las principales características de la propuesta de Ecuador”, *Investment Treaty News*. N° 2, t. 2, diciembre 2011-enero 2012, IISD, pág. 6 y ss.; Disponible en: <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/itn-quarterly-december-2011january-2012/>; K. F. GÓMEZ, *Latin America and ICSID: David versus Goliath?*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2010. Disponible en http://aragosaurus.academia.edu/katiafachgomez/Papers/858321/Latin_America_and_ICSID_David_versus_Goliath

²⁷Confr. Ch. SCHREUER, “Calvo’s Grandchildren: The return of legal remedies in

una postura diferente a la alcanzada por la jurisprudencia en el marco del CIADI, sobre el acceso a la jurisdicción arbitral. Sobre estos aspectos se hará alusión *a posteriori*.

3. El mecanismo de arbitraje CIADI

3.1. *El arbitraje de Inversión bajo las normas del Convenio de Washington y las reglas de procedimiento del CIADI*

La búsqueda de mejores instrumentos jurídicos que propicien un mayor desarrollo de las inversiones en el mundo, sin estar sometidas a las arbitrariedades de los Estados, llevó al Banco Mundial, a inicio de los años '60, a elaborar un dispositivo normativo que brindara un marco legal para cobijar a esas futuras inversiones, sobre todo en países de regiones en desarrollo económico, evitando las disputas diplomáticas entre los Estados por acudir en defensa de sus nacionales y sus intereses.

Así fue que partir de 1963, el Banco Mundial realizó una serie de reuniones con expertos, para discutir el proyecto de un Convenio sobre disputas por inversiones extranjeras preparado por el personal del Banco Mundial²⁸. Como fruto de las diversas reuniones, en las que participaron representantes de 61 Estados miembros, se sometieron a consideración de los gobiernos miembros del Banco el texto del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* (el Convenio) que fuera aprobado el 18 de marzo de 1965, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966²⁹.

En el Convenio se instituyó el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (CIADI) el que ha resultado crucial

Investment Arbitration”, *The Law and Practice in International Courts and Tribunals*, N° 1, Leiden, 2005, pág. 4.

²⁸ Las reuniones se efectuaron en Addis-Abeba (16 al 20 de diciembre de 1963), posteriormente en Santiago de Chile (3 al 7 de febrero de 1964), en Ginebra (17 al 21 de febrero de 1964) y en Bangkok (27 de abril a 1 de mayo de 1964).

²⁹ CIADI, *History of the ICSID Convention*, Washington, DC. 1970 Vol. I.

³⁰ Diversos juristas y especialistas en arbitraje han dedicado diversos esfuerzos al

en el campo de la resolución de controversias sobre inversión extranjera, que involucre a un Estado y a un inversionista de otro país³⁰. La importancia de esta posibilidad de arreglo arbitral resulta todavía más evidente si se analiza el considerable crecimiento del número de casos arbitrales concluidos o actualmente promovidos ante el CIADI, lo cual revela la aplicación real y práctica de dicho Convenio a disputas que involucran a países de todo el mundo, aunque con una marcada concentración de países de África y América. En los últimos 40 años, el CIADI se ha convertido en el principal foro arbitral a escala mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados. Ello se debe, en gran medida, al gran número de Estados que se han incorporado al denominado “mecanismo complementario” que abre las puertas al CIADI a aquellos países que no se han incorporado al Convenio³¹.

La diferencia esencial del arbitraje CIADI respecto de la generalidad de los arbitrajes internacionales, radica en la completa autonomía e independencia del procedimiento. Las reglas de arbitraje del CIADI derivan directamente de un tratado internacional y por tanto tienen total autonomía de cualquier derecho nacional y esta “a-nacionalidad” se manifiesta en la ausencia de control por parte de los tribunales nacionales, en medidas cautelares como en laudos a través del proceso de exequátur, siendo irrelevante el lugar donde se realice cada arbitraje en particular como el Estado en cuyo territorio debe ejecutarse el eventual laudo.

estudio del funcionamiento del CIADI. AA.VV. El CIADI. “Temas de derecho internacional analizados en sus laudos”. En A. PAGLIARI (coord.), *Temas de Doctrina y Jurisprudencia en el Derecho Internacional Público*, Cba., Advocatus, 2009, pág. 151 y ss.; A. BROCHES, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *Collected Cours*, T. 331, Hague Academy of International Law, 1972- II; E. FERNÁNDEZ MASÍA, *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana-UNAM, 2006; Ch. SCHREUER, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009; J. A. VIVES CHILLIDA, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mac-Graw-Hill, 1998.

³¹ Confr. F. GONZÁLEZ DE COSSIO, “México ante el Centro internacional para el arreglo de diferencias de inversión. Un comentario”, *Revista de Derecho Privado* (México), N° 1, enero-abril, 2002.

³² Conf. I. BROWNLIE, *Principles of International Law*, Oxford University Press,

3.2. *La exclusión del ejercicio de la protección diplomática por parte de los Estados y su relación con el arbitraje de inversión*

La protección diplomática es uno de los clásicos procedimientos ejercidos por los Estados para procurar el cumplimiento de las normas de derecho internacional por parte de otro Estado frente a sus nacionales³². Este instituto, surgido a partir del siglo XVIII entre los Estados europeos y posteriormente en América -principalmente por la práctica de los EE.UU. hacia la segunda mitad del siglo XIX- fue desarrollado por Vattel a fin de ser aplicado para aquellos casos en donde el Estado del cual era nacional un ciudadano que se encontraba en un país extranjero, pudiera esgrimir sus reclamos al considerar que el daño ocasionado constituía un agravio al Estado³³. Esta postura será retomada en diversas ocasiones. Cabe aquí aludir a la sentencia del TPJI de 1927 en el asunto *Concesiones Palestinas Mavrommatis*, en la que se enfatizó sobre el trato mínimo que se debe ofrecer a un extranjero y que si un Estado hace suyo los

2008, pág. 487 y ss.; M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, pág. 865 y ss.; Ch. ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público* (trad.), Barcelona, 1966, pág. 358 y ss.; Ch. SCHREUER, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2009, pág. 414 y ss.; M. SHAW, *International Law*, 5ª ed., Cambridge University Press, 2006, pág. 721 y ss.; E. VARGAS CARREÑO, *Derecho Internacional Público*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2007, pág. 500 y ss.; C. JIMÉNEZ PIERNAS, "El particular frente al derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del standard mínimo y la protección diplomática", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1987, págs. 65-116; Arturo PAGLIARI, "Responsabilidad Internacional y Protección diplomática", *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° III, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Advocatus, 2009, pág. 55 y ss.; A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*, Madrid, Mac Graw Hill, 1997, pág. 499 y ss.; M. A. BURGOS-DE LA OSSA, y N. LOZADA-PIMIENTO, "La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión", *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 15, Bogotá 2009, págs. 243-278.

³³ Conf. E. VATTEL, *The Law of Nation on the principles of natural Law*, Secc. 342, vol. 2, pág. 349 y ss. Disponible en www.lonang.com/exlibris/vattel

³⁴ CPJI. *Readaptation of Mavrommatis Jerusalem Concessions* (Greece v. United

reclamos de un nacional al recurrir a la protección diplomática, está haciendo valer sus propios derechos a fin de que se respete el derecho internacional³⁴.

En el pasado, actos de expropiación y reclamaciones por violación de los derechos de los inversores en un tercer Estado, fueron resueltos por este mecanismo internacional. La protección diplomática, entendida como una norma consuetudinaria es, a partir de 1998, una norma pendiente de codificación por disposición de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Asamblea General de Naciones Unidas³⁵. Su amplia disponibilidad deriva del hecho de que la protección diplomática no requiere acuerdo previo entre las partes en conflicto. Es, en principio, discrecional del Estado del cual es nacional una persona (física o jurídica) el decidir hacer propios los reclamos de los particulares por los posibles daños sufridos.

El derecho internacional concibe a la protección diplomática como un derecho del Estado de origen, no de sus nacionales. Esto implica que los inversores son completamente dependientes de la voluntad de sus Estados de origen o de la nacionalidad que ostentan para considerar si adoptan o no sus reclamos. En general, la disposición de los Estados de los inversores a defender tales reclamaciones, se verá influenciada por diversas consideraciones políticas y económicas y, hasta qué punto es relevante para el manteniendo de las relaciones entre los Estados, el acudir en auxilio de su nacional. En temas de inversiones extranjeras, las acciones de los Estados del cual es nacional el inversor, suelen ser de mayor envergadura dado los montos de las inversiones que suelen estar en juego.

Recordemos que en el asunto *Barcelona Traction*, la CIJ ha remarcado diversos aspectos sobre la caracterización de la protección

Kingdom), 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No. 11 (Oct. 10). Disponible en: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.10.10_mavrommatis.htm

³⁵ En 2004, se aprobó una primera lectura de un Proyecto de artículos sobre la materia (A/59/10: pp. 16-104) y en la actualidad se ha designado a los juristas Mohamed Bennouna (Marruecos) y John Dugard (Sudáfrica) como relatores, habiéndose entregado un sexto proyecto de artículos en 2006.

diplomática, sosteniendo que:

*(...) dentro de los límites prescritos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es por derecho propio que el Estado está haciendo valer sus acciones. En el caso de las personas físicas o las personas jurídicas podría acudir en su defensa al considerar que no tienen ningún recurso en el derecho internacional. Lo que solamente pueden hacer es recurrir al derecho interno, si se dispone de medios, con el fin de promover su causa y obtener una reparación*³⁶.

La Corte afirmó también que:

*[E]l Estado debe ser considerado como el único juez para decidir si su protección se concederá, en qué medida se concede, y cuándo le pondrá fin. Posee a este sentido un poder discrecional cuyo ejercicio puede ser determinado por consideraciones de carácter político o de otro tipo, sin relación con el caso en particular*³⁷.

Además, las condiciones previas para ejercer este mecanismo, requieren de una “continuidad” en los reclamos por parte del particular ante el Estado que ha vulnerado sus derechos y el previo agotamiento de los recursos locales.

³⁶ CIJ. Case *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium vs. King of Spain)*, (New Application 1962), *ICJ Reports* (1970), págs. 3-357. Recordemos que este caso se inició ante la CIJ por parte de Bélgica contra España por el daño causado a una sociedad anónima de inversionistas mayoritariamente belgas y que estaba constituida con sede en Canadá. En esencia, la diferencia se refería a las disputas por ciertas medidas que el gobierno español había efectuado en el marco de un proceso de insolvencia y si tales medidas constituían una expropiación a los inversores. La Corte no hizo lugar a la pretensión de Bélgica por considerar que el Estado no tenía el derecho de ejercicio de la protección diplomática en razón de la falta de vínculo jurídico con los inversionistas, ya que en general una persona jurídica está bajo la potestad de aquel Estado en donde se encuentra constituido su domicilio social o centro de control de su empresa, hecho que se reflejaba bajo las leyes canadienses.

³⁷ *Ibidem* párr. 36.

Esta potestad del Estado de decidir unilateralmente aplicar el mecanismo de la protección diplomática frente a sus nacionales, fue repetida nuevamente en el asunto *LaGrand*, en el cual la CIJ sostuvo que:

*Un Estado parte de un tratado que crea derechos para los individuos puede hacer causa de uno de sus nacionales y poner en movimiento la acción judicial internacional a favor de dicho nacional sobre la base de una cláusula atributiva de competencia incluida en dicho tratado*³⁸.

Más recientemente, en el asunto *Ahamadou Sadio Diallo*, la CIJ remarcó los alcances de la protección diplomática al expresar que:

*El ejercicio por un Estado de la protección diplomática en nombre de una persona física o jurídica, que sea socio o accionista, que tiene su nacionalidad, busca involucrar a la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado a esa persona por un hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado. En definitiva, esto no es más que la protección diplomática de una persona física o jurídica definida por el artículo 1^a del proyecto de la CDI (...)*³⁹.

Este ejercicio de la protección diplomática ha generado en el pasado diversas disputas ante sujetos internacionales, en particular, por la elección de los medios empleados para hacerla efectiva. Cabe recordar que los Estados pueden hacer uso (a su elección), de diversos medios para garantizar, o al menos exigir al Estado que ha vulnerado los derechos de sus nacionales, el poner fin a tal medida y exigir se repare el daño causado. Una de estas medidas lícitas suelen ser las “retorsiones”, u otras medidas que propugnen similares efectos, tales como represalias económicas o financieras proporcionales al daño causado o contramedidas, a fin de no aplicar el uso de la fuerza para la exigibilidad compulsiva de las reclamaciones, compartimento prohibido por el actual derecho interna-

³⁸ CIJ. Case *LaGrand*. (Deutschland vs. EE.UU.). *ICJ Reports*(2001), párr. 42.

³⁹ CIJ. *Case concerning Ahamadou Sadio Diallo* (Guinea Republic vs. Democratic of Congo Republic). Sentencia sobre objeciones preliminares de 27 de mayo de 2007. *ICJ Reports* (2007), párr. 64.

cional. Dichos comportamientos prohibidos a los sujetos internacionales, previos a las sanciones de las Cartas de ONU y OEA, fueron propugnados en la denominada “*Doctrina Drago-Porter*”, que inspiró a la *Convención sobre la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales*, en la marco de la II Conferencia de la Paz de La Haya de 1907, la que restringía los medios disponibles para el ejercicio de la protección diplomática a fin de hacer efectivo el cobro de empréstitos internacionales entre Estados.

A fin de evitar los efectos negativos que suele proyectar la protección diplomática en las relaciones de los Estados, más si se trata de salvaguardar los derechos de nacionales en disputas por cuantiosas inversiones, es que claramente se estableció en el artículo 27 del Convenio, una cláusula sobre tales medidas.

Artículo 27:

(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.

Sin embargo, este ejercicio a renunciar a la protección diplomática por parte del Estado no es de carácter definitivo. Esta protección se puede accionar si el Estado responsable sobre el cual pesa un laudo en su contra, no efectúa los medios idóneos para dar fiel cumplimiento del laudo dictaminado y definitivo.

4. El CIADI como mecanismo de conciliación y arbitraje

Debemos remarcar, también, que como todo proceso de solución de disputas, suelen establecerse previamente etapas de conciliación o negociaciones directas para la búsqueda de una solución del diferendo. Bajo el procedimiento del CIADI, las partes pueden elegir el mecanismo de con-

ciliación o directamente el arbitraje. Esto se vería reforzado por el hecho que el artículo 25 de la Convención utiliza la expresión “jurisdicción del Centro” no diferenciando entre las dos técnicas de solución de controversias.

En el asunto *SPP vs. Egipto*, donde la competencia se basaba en el artículo 8 de la ley N° 43 de Egipto de 1974, la normativa establecía de forma no especificada para la solución de controversias, la expresión “en el marco de la Convención”⁴⁰. En tal sentido, el tribunal sostuvo que:

[...] al expresar el consentimiento a la jurisdicción del Centro se debe especificar si el consentimiento es con fines de arbitraje o conciliación. Una vez que se haya dado su consentimiento “a la jurisdicción del Centro”, la Convención y reglas de implementación permiten hacer la elección entre los dos métodos de solución de controversias. El Convenio deja esa elección a las partes el instituir los procedimientos.

En casos como el TLCAN, en el marco del Capítulo 11, se requiere que el inversor que se considere afectado en sus derechos, debe notificar sus intenciones de iniciar las negociaciones y consultas amistosas, acompañando la documentación que acredite, entre otros requisitos que, se

⁴⁰ *Southern Pacific Properties (SPP) and SPP Middle East (ME) vs. Egipto*, (Caso CIADI N° ARB/84/3). Decisión sobre Jurisdicción II, 14 de abril de 1988, 3 *ICSID Reports*, pág. 156. En 1974, el SPP, una empresa de Hong Kong, entró en acuerdos con el gobierno de Egipto para establecer una *joint venture* (ETDC) con el fin de desarrollar un complejo turístico internacional en la Pirámides de Oasis en Egipto. SPP conformó una filial egipcia SPP (ME) que poseía el 60% de las acciones de ETDC y el 40% restante era propiedad de un socio egipcio. El proyecto siguió adelante hasta 1978, cuando, como resultado de la oposición parlamentaria, el Gobierno canceló el proyecto y puso a ETDC en tutela judicial. Hasta ese momento, SPP (ME) y SPP había invertido aproximadamente 5 millones de dólares en el proyecto (Aportaciones de capital y préstamos a ETDC, gastos para el diseño de la infraestructura y vendido 286 lotes para la construcción por un total de más de 10 millones). En 1978, de conformidad con la cláusula de arbitraje contractual, SPP y SPP (ME) iniciaron un arbitraje ante la CCI, y obtuvieron un laudo favorable. Sin embargo, este laudo fue anulado posteriormente por tribunales franceses por razones de competencia. En 1984, los demandantes decidieron llevar el mismo asunto ante un Tribunal del CIADI, conforme a la Ley de Egipto, que contenía una cláusula de arbitraje del CIADI. El demandante sostenía que las acciones de Egipto habían violado los acuerdos entre las Partes y se había expropiado la inversión.

trata de un inversor en los términos del tratado, cuáles son las obligaciones del tratado vulneradas y la posible reparación solicitada en base al daño que se habría causado⁴¹.

Una vez transcurrido el plazo que cada tratado establezca para agotar la vía de conciliación, queda a criterio del inversor o del Estado, el poder iniciar las acciones jurisdiccionales que determine.

5. Agotamiento de los recursos internos

Es importante destacar que la vía del agotamiento de los recursos internos de un Estado constituye una práctica internacional de carácter consuetudinario que ha sido receptada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia internacional⁴². En razón de que tanto los nacionales como los extranjeros, deben poder contar con la posibilidad de que el Estado permita a los demandantes, vías idóneas (acceso a la justicia) para dirimir sus reclamaciones por vulneración de sus derechos y que, a su vez, se posibilite (en el caso que corresponda) reparar adecuadamente el daño ocasionado.

⁴¹ Artículo 1118 del TLCAN.

⁴² Conf. Th. HAELER, *The exhaustion of local remedies in the case law of International Courts and Tribunals*, Sijthoff, 1968, pág. 17; H. FAUNDEZ LEDESMA, *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, Caracas, Ex Libris, 2007; J. A. BARRÍA, “Notas sobre la regla del agotamiento de los recursos internos en la responsabilidad por daños causados a extranjeros”, en B. RAMACCIOTTI y otros (edit.), *Derecho Internacional Económico*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, págs. 209-235; M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Madrid, Tecnos, 2007; Z. DRNAS DE CLEMENT, “¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?”, *XVIII Reunión conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*, Buenos Aires, 2009; H. LLANOS MANSILLA, *Teoría y Práctica de Derecho Internacional Público*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1980, t. II; E. A. RUILOBA SANTANA, “El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional”, *Anales de la Universidad de Valencia*, 1970. Ver también los fallos CIJ, asunto *Interhandel, Reports* (1957) (Switzerland vs. EE.UU.). Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 4 de julio de 1988, párr. 63, entre otros.

En el caso de la exigibilidad del agotamiento de la vía interna del Estado, ésta se fundamenta por ser el ámbito jurisdiccional local, el que mejor puede ser utilizado por los sujetos en la controversia y conocido por los jueces, ya que estos últimos administran con mayor certeza los alcances de los términos legales de un contrato entre Estado e inversor y aun de un tratado vinculado con su jurisdicción. En cambio, llevar un caso en donde está en discusión los alcances de aplicación de medidas estatales o de un derecho nacional, conlleva que los árbitros que se elijan para la controversia (generalmente extranjeros y en muchos casos formados bajo otro sistema jurídico), no tendrán igual conocimiento de dicho derecho local. Este recelo sobre el rol que deben jugar los tribunales locales en el conocimiento de temas relacionados a inversiones, puede encontrarse en la otrora cláusula Calvo.

Como un elemento de imprescindible estudio sobre la jurisdiccionalidad de un caso, diversos tribunales u órganos internacionales de control, suelen abocarse a su ponderación previamente a conocer sobre las reclamaciones planteadas (Corte Internacional de Justicia, tribunales regionales de derechos humanos, órganos de control sobre la aplicación de tratados). En el caso de la CIJ, cabe señalar los asuntos *Ambatielos* e *Interhandel*, al fundamentar la Corte la exigencia del agotamiento de los recursos internos como señal de respeto necesario a la soberanía de los Estados, otorgándoles a los tribunales locales la posibilidad de hacer justicia de acuerdo con su propio sistema jurídico, es decir, otorgando al Estado infractor la oportunidad de reparar por sus propios medios y normas, la obligación violada⁴³. El soslayar esta primera vía, significaría en palabras de la Corte que el extranjero sería un individuo privilegiado para quien no existirían ni el derecho interno ni los tribunales locales, y quien interpon-

⁴³ CIJ. *Ambatielos* (Greece vs United Kingdom). Preliminary Objections, July, 1 1952, *ICJ Reports* (1952); *Interhandel*, (Switzerland vs. EE.UU.). Preliminary Objections, March, 21 1959, *ICJ Reports* (1959). Disponible en www.icj-cij.org/docket/files/34/2297.pdf. Este último caso se originó por una reclamación de la Confederación Suiza contra EE.UU. a fin de lograr la restitución de activos de una subsidiaria de la sociedad suiza *Interhandel* que habían sido confiscados por el gobierno norteamericano en base a la *Trading with the Enemy Act* de 1942, al disponer la confiscación de todos los bienes de nacionalidad alemana en el país. Como resultado de ello, se confiscaron las acciones de la empresa *General Aniline and Films Co.*, constituida en los EE.UU. pero que en su

dría inmediatamente la influencia política del Estado de su nacionalidad. Una prematura intervención diplomática de esta clase, constituiría una afrenta a la independencia del soberano local y a la autoridad de sus leyes y tribunales, por sobre todas las personas sometidas a aquél⁴⁴.

Posteriormente, la misma Corte en el asunto *Elettrónica Sicula*, hizo alusión a los estándares necesarios para el agotamiento de los recursos internos al sostener que para materializarla es suficiente que la esencia de la reclamación haya sido llevada ante tribunales competentes, por reclamos permitidos por la ley y mediante los procedimientos locales, sin que se haya logrado una respuesta adecuada⁴⁵. Sin embargo, expresó también que la carga de la prueba del no agotamiento, recae sobre quien la invoca, es decir, sobre el Estado, con lo que si bien se garantiza el respeto de la soberanía del Estado a plantear sus excepciones ante tribunales internacionales, impuso un pesado manto de obligatoriedad a quien suele ser demandado⁴⁶.

En el marco del CIADI, la jurisprudencia del Centro ha sido variable. Por una parte, cabe recordar el asunto *Maffezini vs Reino de España*, en el cual el tribunal validó la utilización por parte del inversor de la cláusula de NMF para acceder a un tribunal internacional sin agotar todas las vías jurisdiccionales que el Estado exigía⁴⁷. Por la otra, en los asuntos *Winthershall vs. Argentina* y *TSA vs Argentina*, se enfatizó la

momento tenía su control societario en Alemania. Suiza expresó su oposición al considerar que para 1940, la empresa había pasado a formar parte de la sociedad Interhandel y no tenía control alemán.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 43.

⁴⁵ *CIJ Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA vs. Italy)*, *ICJ Reports* (1989) p. 46. En el presente caso, EE.UU. había demandado a Italia en razón de los reclamos de dos empresas norteamericanas que poseían la totalidad de las acciones de una sociedad italiana, señalando que ciertas medidas administrativas adoptadas en razón de un proceso de insolvencia ante tribunales italianos, habían privado a los inversionistas de la empresa, constituyendo tales medidas actos expropiatorios. El reclamo se basó en la violación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre EE.UU. e Italia de 1948, lo que habilitó la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, la CIJ no hizo lugar a las reclamaciones de EE.UU. en cuanto a considerar que las medidas adoptadas en Italia en base a un proceso de insolvencia, constituían expropiación u otra violación del Tratado.

⁴⁶ *Ibidem*. *ICJ Reports* (1989), pág. 62.

necesidad de someter la controversia a los tribunales del Estado demandado, previo al inicio de un procedimiento ante un tribunal arbitral internacional, por lo que en ambos casos se rechazó el acceso a la jurisdicción del CIADI⁴⁸.

En el primer caso, el conflicto se enmarcó en el ámbito del TBI entre Argentina y Alemania, el cual establece que los inversores “deben” someter la controversia a los tribunales domésticos del Estado demandado por un término de 18 meses. Transcurrido el plazo aludido o, en su eventualidad antes si se obtiene una sentencia definitiva y aún el conflicto continúa, el inversor podrá elegir la vía arbitral. El inversor no cumplió el término de los 18 meses, invocando la aplicación de la cláusula de NMF que los eximía de ese requisito a tenor del TBI entre Argentina y EE.UU., en el cual se establece la aplicación de la cláusula *fork in the road* a la que se aludirá posteriormente. En el caso de *TSA*, la empresa inversionista de nacionalidad belga, utilizó la misma argumentación de no cumplir el proceso interno en el Estado, pero manifestando la cláusula de NMF en razón de lo estipulado en el TBI entre Argentina y Holanda.

Ambos tribunales sostuvieron que el requisito de someter el caso en una primera fase a los tribunales del Estado receptor, en el plazo fijado por el TBI respectivo, no era de mero carácter procesal, sino que está impuesto como un exhaustivo control por los recursos locales con la limitación temporal en cuestión.

En otro caso bajo el CIADI, el inversor logró un laudo favorable por haber accedido al tribunal *ad-hoc* sin agotar la vía interna del Estado. En *Impregilo vs Argentina*, el inversor utilizando la cláusula de NMF, logró una posición preferencial respecto a aquella que hubiese tenido en virtud del TBI que los regulaba (Argentina e Italia que exige un período de espera). Como sostuvo en su voto disidente la Prof. Stern, “*el inversor obtuvo lo mejor de ambos TBI, no por habersele otorgado un trato más favorable, sino un trato favorable inexistente*”⁴⁹.

⁴⁷ *Emilio Maffezini vs. Reino de España*. (Caso CIADI N° ARB/97/7). Laudo sobre jurisdicción, 25 de enero de 2000.

⁴⁸ *Winthershall Aktiengesellschaft vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/04/14). Laudo del 8 de diciembre de 2008; *Thales Spectrum de Argentina TSA vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/05/5). Laudo del 19 de diciembre de 2008.

El previo agotamiento de los recursos internos, configura una potestad de los Estados Partes del Convenio, al cual no han renunciado y sobre el que deberían los tribunales arbitrales dar mayor relevancia. La exigencia del agotamiento de la vía interna, al contrario de lo que impone la cláusula Clavo, no impide que si el inversor, luego de peticionar ante órganos jurisdiccionales del Estado receptor, considera que no obtuvo justicia a sus peticiones, puede acceder a las instancias de solución de controversias establecidas en los tratados. Para ello, los plazos generalmente fijados (aproximadamente unos 18 meses) no deberían ser considerados como excesivos por parte de los inversores y que ello motive una inmediata exclusión de hacer conocer internamente su demanda. Este mecanismo de garantía, permite que los tribunales locales puedan conocer sobre la reclamación en una instancia local, y la posibilidad de reconocer al inversor los derechos garantizados en los TBI, sin necesidad de recurrir a instancias internacionales.

5.1. Los efectos de las cláusulas “*fork in the road clauses*”

En los últimos años, y con motivo de la entrada en vigor de los TBI y la celebración de contratos entre el Estado e inversores extranjeros, juntamente con la estrategias adoptadas por los inversores que suelen constituir sociedades locales e incluso sociedades en terceros países para canalizar su inversión, se ha posibilitado que los inversores cuenten con varias opciones para poder elegir el foro más conveniente para hacer valer sus reclamaciones. Esta situación, además, se torna compleja en aquellas ocasiones en donde se produce una duplicación de procedimientos arbitrales con el consiguiente riesgo de laudos contradictorios, lo que provoca graves riesgos de inseguridad jurídica⁴⁹.

En las cláusulas *fork in the road*, o de “*bifurcación de camino*” los inversores tienen la facultad de recurrir a los tribunales internos del

⁴⁹ *Impregilo vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/17). Laudo del 21 de junio de 2011, párr. 12.

⁵⁰ Sobre estas posibilidades y la decisiva diferenciación entre acciones contractuales y acciones convencionales contractuales (claims v. treaty claims) para la elección

Estado receptor o ante los tribunales arbitrales que consideren factible acorde a las cláusulas pactadas en el contrato o en el TBI. Ahora bien, si se elige una vía no podría luego pretender en forma paralela plantear una reclamación también en la otra vía.

Diversos TBI establecen el inicio de un proceso jurisdiccional directamente ante ámbitos arbitrales o bien prescriben el previo agotamiento de los recursos internos del Estado en donde se originó la controversia⁵¹. En otros casos, prevén que se confiera al inversor o Estado demandante, la opción por uno u otro mecanismo jurisdiccional⁵².

En este sentido, suelen establecerse plazos de 12 a 18 meses, en los cuales la parte demandante debe presentar sus reclamaciones ante instancias jurisdiccionales locales. Si la reclamación no fuese atendida por la justicia local, quedaría habilitado el reclamante a llevar el caso ante la instancia arbitral estipulada.

En supuestos en donde se prevé por parte del Estado receptor el agotamiento de los recursos internos o de las vías administrativas, para

del foro correspondiente, ver: S. A. ALEXANDROV, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty: the Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines", *The Journal of World Investment & Trade*, N° 4, 2004, vol. 5, págs. 555-577; B. CREMADES y D. CAIRNS, "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", en N. HORN y S. KRÖLL, (edit.), *Arbitrating Foreign Investment disputes: Procedural and Substantive Legal aspects*, Hague, Kluwer Law International, 2004, págs. 325-35; B. DE MAEKELT, T. "Tratados bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación", en *Arbitraje interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (coord. Irene de Valera), Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos 18, Caracas, 2005, pág. 340; E. FERNÁNDEZ MASÍA, "Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los tratados de protección y promoción de inversiones", *Instituto Vasco de Derecho Procesal*, 2005, págs. 19-27; E. FERNÁNDEZ MASÍA, "Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras", *Instituto de Investigaciones jurídicas*. UNAM-México. Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/10.pdf; n° 5, 2004, págs. 397-412; J. M. LONCLE, "L'option"; J. GILL. y M. GEARING, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: a Comparative Review of the SGS Cases", *Journal of International Arbitration*, vol. 21 de l'arbitrage des traités de protection des investissements: Treaty Claims vs. Contracts Claims", *RDAI*, N° 1, 2005, págs. 3-12.

⁵¹ Entre otros TBI entre Argentina y Canadá (art. X.1); Argentina y España (art. X). Argentina y México (art. 10).

⁵² Se pueden mencionar los TBI entre Argentina y EE.UU. (art. VII).

luego poder acceder a la vía judicial (entendida esta última como el procedimiento que suelen establecerse en los TBI de previamente acudir a los tribunales nacionales), ciertos autores sostienen que, de ser compulsiva esta vía, se estaría sometiendo al inversor extranjero a utilizar una “doble” instancia nacional de reclamación⁵³. Tal es el caso de la República Argentina en donde se exige el agotamiento de la vía contenciosa-administrativa para optar a la vía judicial, acorde al art. 23 de la ley nacional 19.549.

Dentro de la duplicidad de jurisdicciones por reclamación de una inversión, se ha generado un enriquecedor debate sobre los caminos que tienen los demandantes al momento de pretender ejercer sus acciones. En este sentido, basta recordar los alcances que pueden tener las cláusulas de sometimiento a una jurisdicción, según se trata de activar las cláusulas establecidas en el contrato o las establecidas en el TBI. Así, podemos verificar diversas interpretaciones que han efectuado los tribunales arbitrales. Bajo un criterio más constreñido a estas diferencias sobre el objeto de la demanda y la calidad de los actores involucrados, vale mencionar los casos *SGS vs. Pakistán*, *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal vs. Argentina* y *Lesi-Dipenta vs. Argelia*, en donde los tribunales efectuaron una diferencia entre los alcances del contrato de inversión con el Estado (*Contract Claims*) y las violaciones de las normas establecidas en el TBI (*Treaty Claims*). Sin embargo, otros tribunales arbitrales, en consonancia con una postura cada vez más aplicada, han entendido que debe efectuarse una interpretación más amplia sobre la posible duplicidad de acciones porque si bien puede alegarse una violación contractual, ello puede ser analizado a la luz del TBI, tal como lo expresaron en los laudos *Salini vs. Marruecos*, en el recurso de anulación en *Aguas del Aconquija y Vivendi vs. Argentina*, *SGS vs. Filipinas* o *Siemens vs. Argentina*⁵⁴.

5.2. *La duplicidad de acciones en el arbitraje de inversiones*

⁵³M. CASTILLO FREYRE, E. SEVILA SÁNCHEZ y F. STIRNIMANN, “La cláusula *fork in the road* y el arbitraje de inversión, en *Panorama Actual de Arbitraje*, N° 13, Biblioteca de Arbitraje, Lima, Palestra, 2010.

⁵⁴Sobre este punto ver: E. FERNÁNDEZ MASÍA, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008. E.

El requisito de la duplicidad de acciones en la vía local y en la vía arbitral, no siempre es tal en razón que tanto los sujetos intervinientes en la jurisdicción local como en la arbitral suelen ser diferentes desde el punto de vista jurídico. En la instancia local, la demandante será una persona jurídica local en donde el inversionista tendrá el carácter de mayoritario o minoritario en el gobierno de la persona jurídica autorizada por el Estado; mientras que en el ámbito arbitral (internacional), será un inversor con una categoría jurídica distinta a la nacional. Incluso la identidad sobre el objeto del litigio podrá ser diferente ya que en el ámbito local se podrá demandar por el incumplimiento de las cláusulas del contrato, mientras que en el ámbito arbitral se objeta la violación de estándares que prevén los TBI como trato justo o no discriminación, expropiación indirecta, etc.

Frente a esas situaciones, es que las cláusulas de bifurcación de caminos, tratan de evitar la duplicidad de instancias ante situaciones en las que concuerdan tanto los hechos como las violaciones alegadas. El inversor debe elegir si utiliza la vía judicial del Estado receptor o la arbitral. Pero puede suceder también que un inversor abuse en el ámbito de la jurisdicción arbitral de más de un mecanismo. Como caso paradigmático cabe recordar los asuntos *Ronald Lauder vs. República Checa* y *CME vs. República Checa*, en los que se iniciaron dos procesos paralelos (uno por el Sr. Lauder como inversionista privado, utilizando el TBI entre Estados Unidos y la República Checa y otro, por la empresa CME (cuyo accionista mayoritario era el Sr. Lauder), fundando el reclamo en el TBI Holanda y República Checa -atento la nacionalidad que ostentaba la empresa-. Los casos arbitrales se habían desarrollado por los mismos hechos, pero los tribunales llegaron a conclusiones diferentes. Mientras que en un caso rechazaron la demanda (*Lauder vs. República Checa*), en el otro condenaron al Estado, por violación del trato justo y equitativo⁵⁵. Situación similar se produjo a través del asunto *SGS vs. Pakistán*, en el marco de un TBI con Suiza y respecto al asunto *SGS vs. Filipinas*, en

FERNÁNDEZ MASÍA, "Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras". *Instituto de Investigaciones jurídicas*, México, UNAM. Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/10.pdf

⁵⁵ *Lauder vs. República Checa*. Laudo del 3 de septiembre de 2001 (Tribunal *ad-hoc* bajo reglas UNICTRAL) y *CME vs. República Checa*. Laudo del 14 de marzo de

otro TBI también con Suiza, pero donde se efectuaron laudos contradictorios sobre la misma materia de disputa⁵⁶.

Por otra parte, también se han planteado situaciones de los denominados “procesos paralelos” en los cuales una misma situación puede ser revisada tanto por la vía jurisdiccional nacional como por la arbitral internacional, con el consecutivo peligro de la resolución de sentencias que en

2003 (Tribunal *ad-hoc* bajo reglas UNICTRAL). Los laudos dictados en los casos Ronald S. Lauder y CME vs República Checa, ambos procedimientos sustanciados de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, se suscitaron respecto a la interferencia por parte del Estado receptor en los derechos de retransmisión televisivos que la Administración Checa había concedido en 1993, mediante la correspondiente licencia, a la sociedad CENTRAL EUROPEAN TELEVISIÓN 21 (CET21), sociedad controlada por la holandesa CME CZECH REPUBLIC, de la que el Sr. Lauder era accionista mayoritario. En agosto de 1999, el Sr. Lauder, nacional de los EE.UU., inició un arbitraje en Londres contra la República Checa de conformidad con la cláusula de resolución de controversias del TBI suscrito por EE.UU. con ese país. Seis meses después, CME inició un segundo arbitraje, en Estocolmo, contra el Estado checo, conforme al TBI entre Holanda y la República Checa. Ambos procedimientos se basaron en la alegada responsabilidad internacional del Estado fruto del incumplimiento por parte de la República de los respectivos TBI, por las medidas y el tratamiento que el Estado había adoptado en relación con CET21. Aunque ambos procedimientos se basaron en un idéntico supuesto de hecho, con idéntico inversor, uno y otro tribunal llegaron a conclusiones distintas. El laudo dictado por el primer tribunal en Londres, el 3 de septiembre de 2001, desestimó la reclamación por daños y perjuicios solicitada, ya que la parte demandante no probó el alegado tratamiento discriminatorio del Estado, ni que dicho trato fuese la causa del daño sufrido. Mientras la República Checa prevaleció en el primero de los arbitrajes, el 13 de septiembre de 2001, el segundo tribunal en Estocolmo decidió que la República había incumplido el TBI con Holanda y que el Estado tenía la obligación de indemnizar a CME por los daños y perjuicios sufridos en la suma de U\$D 360 millones, correspondientes al valor de mercado de la inversión. La existencia de un arbitraje previo y el laudo que había dictado el tribunal con sede en Londres, no impidieron al segundo tribunal pronunciarse sobre el fondo del litigio, ya que la República Checa no prestó su consentimiento a la consolidación de los procedimientos que había solicitado la parte demandante, estimando el tribunal que el posible abuso procesal de la demandante no afectaba a la jurisdicción del segundo tribunal arbitral. Posteriormente, los tribunales suecos desestimaron el recurso de anulación que contra el laudo del segundo arbitraje había presentado la República Checa, al considerar que las partes en el primero y segundo arbitraje no fueron idénticas, ni el derecho aplicable era semejante, lo que llevó al tribunal sueco a considerar que no era en estos casos de aplicación el principio de *litis pendentia*.

⁵⁶ *Société Générale de Surveillance (SGS) vs. Pakistán*. (Caso CIADI N° ARB/01/13). Laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003 y *Société Générale de Surveillance*

algunos casos podrían ser contradictorias. Sobre esta particularidad, es ilustrativo aludir el asunto *Vanessa Ventures Ltd vs. Venezuela*⁵⁷. El inversionista había presentado una demanda ante el CIADI, en el marco del Mecanismo Complementario del Convenio (en razón de ser el inversionista de nacionalidad canadiense cuyo Estado no es parte del Convenio de Washington) y además existía una demanda por parte de la empresa *Minera La Cristina SA*, controlada por el inversionista extranjero, en cuyo contrato con una institución autónoma del Estado venezolano (*La Corporación Venezolana de Guayana*) había previsto una cláusula compromisoria en el contrato, por la cual en caso de disputa se aplicarían las reglas del Código de Procedimiento Civil de Venezuela ante un tribunal arbitraje de la CCI. Una vez concebida la disputa, el inversor no utilizó esta vía sino que planteó el caso ante la justicia ordinaria de Venezuela la que condenó al inversor, motivando una solicitud de revisión por parte del inversor ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la que decidió no entender sobre el fondo por considerar que el inversor al acudir al Mecanismo del CIADI, acorde lo estipulado en el

(*SGS*) vs. *Filipinas*. (Caso CIADI N° ARB/02/06). Laudo sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004. En el caso *SGS vs Pakistán*, el Estado había contratado con SGS para que el inversor proporcionara la gestión de servicios en el cobro de aranceles aduaneros. SGS denunció que el Estado había incumplido el contrato al no efectuar los pagos en virtud del convenio. El contrato incluía una cláusula de arbitraje, que especifica que todas las disputas debían ser resueltas en Pakistán. SGS no trató de presentar una demanda en Pakistán, pero sí presentó una primera reclamación ante los tribunales suizos. Paralelamente, Pakistán inició un proceso de arbitraje en el país por considerar que SGS había incumplido los términos del contrato. Al no obtener SGS, éxito en su demanda ante los tribunales suizos, decidió elevar el caso ante el CIADI aplicando el TBI entre Suiza y Pakistán. El tribunal abrió la jurisdicción por considerar que la violación del contrato por parte del Estado había implicado una violación del TBI. En el caso de *SGS vs. Filipinas*, los hechos fueron similares; el gobierno de Filipinas había contratado con SGS para realizar el cobro de servicios de aduanas. Posteriormente, Filipinas, decidió cambiar las políticas aduaneras para cumplir con el régimen de la OMC referidas a ese sector, por lo que el Estado decidió no renovar el contrato a SGS. El contrato fijaba como foro de jurisdicción a las cortes filipinas. Sin embargo, el inversor acudió al CIADI por considerar que acorde a la cláusula paraguas prevista en el TBI entre Suiza y Filipinas, la vulneración del contrato implicaba *per se*, la vulneración de los estándares previstos en el TBI.

⁵⁷ *Vannessa Ventures vs. República Bolivariana de Venezuela* (Caso N° ARB (AF) 04/6). Laudo de jurisdicción del 22 de agosto de 2008.

TBI Canadá- Venezuela (art. XII.3.b) había renunciado a la vía local. Sostuvo el tribunal que la elección de una vía de solución de disputa debe ser entendida como una renuncia “indubitable” a iniciar o continuar recursos ante otros tribunales (en este caso ante el Tribunal Constitucional)⁵⁸. Sin embargo, se debe compartir la crítica que se le ha hecho a la sala Constitucional en razón de considerar erróneamente los alcances de la renuncia cuando se pretende accionar ante el marco del CIADI⁵⁹. Ello en razón que los alcances del art. 26 del Convenio sobre este aspecto, no son aplicables en el ámbito del Mecanismo Complementario.

Otro caso paradigmático fue *Waste Management vs. México*, también bajo el Mecanismo Complementario CIADI en el cual se debatió sobre el alcance de la renuncia a una de las vías de reclamo. En dicho caso, el inversionista alegó que al haber solicitado el acceso a la jurisdicción CIADI, había declinado iniciar procedimientos paralelos ante los tribunales del Estado receptor por violación del TLCAN o del derecho internacional en general, pero no por violación del derecho mexicano en razón del contrato de concesión⁶⁰. El Tribunal rechazó esta posibilidad al entender que lo pretendido por el inversor implicaba una duplicidad de procedimientos en relación con la misma causa, pudiendo generar a la vez una posible “doble indemnización” por los daños pretendidos.

⁵⁸Para un estudio más profundo del caso ver: A. DE JESÚS, “¿La solicitud de arbitraje en el marco del Mecanismo Complementario del CIADI implica una renuncia a los recursos ante tribunales estatales? Reflexiones sobre el arbitraje internacional en el marco del Mecanismo Complementario del CIADI, el TBI Canadá-Venezuela y su articulación con el derecho positivo venezolano”, *Lima Arbitration*, N° 2, 2007, pág. 170 y ss.

⁵⁹*Ibidem*, pág. 35.

⁶⁰*Waste Management Inc. vs. Estados Unidos de México* (Caso CIADI N° ARB (AF) 98/2). Laudo del 2 de junio de 2002, pág. 4. Este caso involucró una controversia entre Waste Management, Inc. (Waste Management) actuando por su propia cuenta y por cuenta de Acaverde, S. A. de C. V. en contra de México como resultado de una supuesta violación de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN por parte de Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. N. C. (Banobras), el Estado de Guerrero y el Consejo de la Ciudad de Acapulco de Juárez. El tribunal decidió que, en la medida en que los demandantes no habían desistido de las demandas entabladas a nivel local en México, el requisito de renuncia al ejercicio de iniciar o continuar recursos locales, exigido por el artículo 1121(2)(b) del TLCAN, no se había cumplido y, por consiguiente, el tribunal carecía de jurisdicción para conocer del asunto.

Estas duplicidades en los procesos de solución de disputas son el resultado de la multiplicidad de jurisdicciones potencialmente competentes para conocer controversias relativas a inversiones que ha originado un notorio “desorden en el contencioso transnacional”, tal como lo ha señalado Ben Hamida en una de sus obras ⁶¹.

Otro tema importante es la relación entre las cláusulas *fork in the road* y las medidas cautelares. Como sostiene el Prof. Stirnimann, la exclusión de la jurisdicción nacional no imposibilita al inversor pedir medidas cautelares ante la jurisdicción local aunque haya llevado su caso ante tribunales arbitrales internacionales. En este sentido, cabe recordar que el art. 1.2.2 del tratado NAFTA prevé estas opciones, aunque los TLC más modernos como el de EE.UU. - Chile y EE.UU. - Singapur, limitan esta situación y sólo permiten al inversor extranjero pedir medidas cautelares “muy específicas” o de tipo más estrecho ⁶².

En el asunto *SPP vs. Egipto* el inversionista ya había logrado un laudo favorable sobre la misma controversia en el ámbito de la CCI antes de acudir al arbitraje CIADI, el que se encontraba en pedido de anulación por parte del Estado. El tribunal *ad-hoc* constituido conforme a las reglas del CIADI decidió no ejercer su jurisdicción hasta que el laudo de la CCI hubiera sido analizado. El tribunal razonó que:

Cuando las jurisdicciones de dos tribunales independientes, versan sobre la extensión en la misma controversia, no hay ninguna norma de derecho internacional o tribunal que impida ejerza su competencia. Sin embargo, en el interés del ordenamiento jurídico internacional, los tribunales podrían, a su discreción y como una cuestión de cortesía, decidir suspender el ejercicio de su jurisdicción en espera de una decisión del otro tribunal ⁶³.

⁶¹ Conf. W. BEN HAMIDA, “L’arbitrage transnational face á un désordre procedural: la concurrence des procédures et les conflits de juridictions”, *Transnational Disputes Management*, Thomas Wälde, march, 2006.

⁶² Conf. F. STIRNIMANN, “Cláusulas Fork in the road y arbitraje”, *III Congreso internacional sobre arbitraje en material de inversiones*, Panamá 12 al 14 de noviembre de 2008.

Esto lleva a considerar la necesaria reformulación o re-negociación de los TBI, en los cuales se especifiquen más claramente las vías a seguir al momento de plantear una reclamación por parte del inversor. En este sentido, existe una tendencia a plantear una mayor flexibilidad de conceptos como *litis pendencia* en los cuales se apunte más a los “hechos” o *issue stop*, es decir, no crear una separación en los requisitos de la “triple identidad”, sino más bien entender que se trata de los mismos hechos más allá que los derechos sean diferentes en el ámbito local y en el internacional. Dicha postura fue plasmada hace años atrás a través de una serie de recomendaciones de la International Law Association, en cuanto a la aplicación de nuevas reglas para el arbitraje internacional⁶⁴.

6. El arbitraje de inversión bajo el Mecanismo Complementario del Convenio

Al tratarse de un ámbito de solución de controversias sobre aspectos relacionados con inversiones, el Centro también prevé la posibilidad que puedan ser llevados ante éste, aquellas diferencias entre Estados e inversionistas de Estados que no sean partes en el Convenio o viceversa. Este sistema denominado como Mecanismo Complementario del Convenio (Additional Facility Rules -en adelante MC/AF-) se encuentra previsto en el artículo 25 de las Reglas de funcionamiento para el arbitraje del CIADI, aplicándose *mutatis mutandis*, el procedimiento del Convenio⁶⁵.

Al decir de Broches, este mecanismo surgió como una necesidad frente a las demandas de Estados e inversionistas de poder utilizar los servicios del Secretariado (del CIADI) y poder llevar los casos en donde

⁶³ *SPP vs. Egipto*, Decisión sobre Jurisdicción (I), 27 de noviembre de 1985, 3 *ICSID Reports*, págs. 121, 129.

⁶⁴ ILA. informe final sobre la litispendencia y de cosa juzgada en Arbitraje Comercial Internacional en la Conferencia de Toronto de 2006. Disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>

⁶⁵ Document ICSID/15 (April 2006). Additional Facility Rules (AF). Adoptado por el Consejo Administrativo del CIADI en su Duodécima Reunión del 27 de septiembre de 1978 y que autoriza al Secretario del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito

uno de los Estados implicado, directa o indirectamente, se ubicaba en el *status* de Estado no Contratante del Convenio de Washington⁶⁶.

En este tipo de procedimiento arbitral, se puede llegar por acuerdo de las partes o por la posterior renuncia que el inversionista pueda efectuar sobre la no continuidad del proceso en jurisdicción local. Esta “oferta” de foros arbitrales para las disputas por inversiones extranjeras, ha sido conceptualizada también como arbitraje sin relación jurídica directa o arbitraje transnacional unilateral⁶⁷.

En el caso de la utilización del mecanismo complementario del CIADI, como se sostuvo en el asunto *Vannessa Ventures Ltd vs. Venezuela*, “al haber instado el CIADI, para la resolución del conflicto suscitado, (el

de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria. El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C). El Reglamento del Mecanismo Complementario fue objeto de algunas enmiendas que fueron aprobadas el 29 de septiembre de 2002 por el Consejo Administrativo y entraron en vigor el 1 de enero de 2003. *Article 1. The Request. (1) Any State or national of a State wishing to institute an inquiry under the Additional Facility to examine and report on facts (here- in after called a “fact-finding proceeding”) shall send a request to that effect in writing to the Secretariat at the seat of the Centre. It shall be drawn up in an official language of the Centre, shall be dated and shall be signed by the requesting party or its duly authorized representative. (2) The request may be made jointly by the parties to the fact-finding proceeding.*

⁶⁶Conf. A. BROCHES, “The Additional Facility” of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)”, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, vol. IV, pág. 374.

⁶⁷Confr. J. PAULSON, “Arbitration without privity”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, vol. 10, pág. 232; W. BEN HAMIDA, *L’arbitrage transnacional unilateral. Réflexions sur une procédures réservée à l’initiative d’une personne privée contre une personne publique*, Université Panthéon Assas (Paris II). Dactyl, N° 37 44, 2003, págs. 18-21.

inversionista) renunció de manera indubitable a iniciar o continuar cualquier proceso vinculado -mediata o inmediatamente- a las tantas veces referida controversia”⁶⁸. Sin embargo, tal renuncia de no duplicidad, no implica que, una vez dictado el laudo, éste no pueda ser recurrido ante tribunales locales, ya sea por violación de los acuerdos del arbitraje o por vulneración del orden público. En tal sentido el art. 3° de las Reglas del Mecanismo Complementario lo refiere así⁶⁹.

7. Algunas consideraciones sobre críticas al mecanismo de arbitraje CIADI

Si bien el Convenio de Washington prevé la posibilidad que las partes puedan elevar una serie de recursos ante el mismo tribunal que laudó o ante un Comité *ad-hoc*, es el recurso de nulidad el más complejo a ser utilizado por los contendientes en el proceso arbitral, pero con la salvedad que sólo se podrá esgrimir para analizar nulidades causadas por errores procedimentales o causales que no impliquen una revisión del fondo del asunto. Sin embargo, las pautas según las cuales cada tribunal fija los criterios interpretativos para la resolución de la controversia, vienen generando una “diversidad jurisprudencial” en los laudos emanados, principalmente del CIADI. Así, diversos tribunales arbitrales han interpretado disposiciones semejantes de TBI o normas complementarias, con criterios considerablemente diferentes, incluso frente a hechos similares⁷⁰.

⁶⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, N° 3.229, *Minera Las Cristinas C.A. v. Corporación Venezolana de Guyana*. 28 de octubre de 2005. En este caso, se discutió la renuncia de jurisdicción local en el marco de un TBI entre Venezuela y Canadá (este último no integrante del Convenio CIADI). Para un mayor análisis ver: O. A. DE JESÚS, “La solicitud de arbitraje en el Marco del Mecanismo Complementario del CIADI implica una renuncia a los recursos ante los Tribunales estatales?”, *Revista Lima Arbitration*, N° 2, 2007, pág. 170 y ss.

⁶⁹ Artículo 3. *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 pronuncien o formulen en ellos.*

Estas incoherencias en los laudos, generan desconfianza del mecanismo arbitral, en particular, por parte de los Estados, quienes se ven obligados a pagar multimillonarias compensaciones ante fallos que no han tenido una correcta ponderación de los hechos del caso o del derecho aplicable.

A diferencia de disputas en el ámbito del arbitraje comercial internacional o de propiedad intelectual, en donde los montos reclamados son considerablemente inferiores a las demandas contra los Estados en temas de inversión extranjera, muchas veces los árbitros, al momento de fallar, no son del todo conscientes (al menos esto se indicaría en algunos casos) del impacto económico en los presupuestos nacionales y ejecución de políticas públicas que implican sus decisiones. Cuando los laudos no están debidamente razonados acorde al derecho aplicable o las acciones u omisiones que verdaderamente las partes efectuaron para llegar al conflicto o por las medidas adoptadas por los Estados en circunstancias excepcionales, se puede arribar a conclusiones poco acertadas en la aplicación de justicia.

Estas situaciones, las que algunos Estados (principalmente sudamericanos y africanos) han denominado “arbitrariedades en el ámbito del CIADI”, está motivando el alejamiento de éstos del Convenio o planteando limitaciones respecto a qué causales de inversión se elevarán al órgano arbitral del Banco Mundial u otros tribunales arbitrales. A ello debe agregarse la tendencia de los Estados a modificar sus legislaciones o acuerdos internacionales para imponer mayores límites al agotamiento de los recursos internos como exigencia previa a una instancia internacional, lo que implicaría un retorno (en forma solapada) a la cláusula Calvo.

Aunque la jurisprudencia en el sistema de arbitraje internacional de las inversiones (como en otros mecanismos arbitrales) no se rige por la

⁷⁰Suelen citarse los casos de *Lauder y CME vs. República Checa* y *SGS vs. Pakistán y Filipinas*. En los casos planteados contra Argentina, se han producido situaciones similares por los cuales algunos tribunales arbitrales negaron la existencia de una situación de emergencia que llevó al Estado al dictado de normas que restringieron derechos de los inversores (*Asunto CMS vs. Argentina*) mientras que otros tribunales reconocieron parcialmente la existencia de esas situaciones de emergencia (*LG&E vs Argentina* y *Continental Casualty vs. Argentina*).

práctica anglosajona del *stare decisis*, lo cierto es que en la mayoría de los casos planteados ante sus tribunales, las partes y los árbitros emplean citas de casos anteriores para dar un mayor apoyo a sus posturas y fundamentos. En el caso particular de los tribunales, no hay una postura homogénea en cuanto a cómo deben ser entendidas ciertas cláusulas arbitrales (v.gr. Nación más favorecida, concepto de inversión), sin embargo en otros aspectos, se puede apreciar cómo los diversos paneles de arbitraje han sido contestes en mantener posturas sobre los alcances de aspectos como expropiación, acceso a la jurisdicción de inversores con paquete accionario minoritario, entre otros. Esta postura sobre los diversos alcances de los TBI y de sus cláusulas, en algunas circunstancias es entendida por los tribunales *ad-hoc* y de anulación como tendencias a la conformación de una pretendida armonización de la jurisprudencia, al menos como paliativa de la existencia de un órgano que pueda unificar o al menos estandarizar criterios sobre las interpretaciones del derecho aplicable en las inversiones⁷¹.

En diversas oportunidades, los tribunales han hecho alusión a los alcances de la pretensión de que las decisiones arbitrales tengan un punto de desarrollo constante pero equilibrado de la jurisprudencia, que posibilite al menos, contribuir a la elaboración de una doctrina legal común o de una jurisprudencia constante⁷² ya que el tribunal no tiene una regulación específica que lo obligue a su utilización, pero tampoco se lo prohíbe⁷³; o que pesa sobre los tribunales *ad-hoc* -especialmente- la responsabilidad de asegurar consistencia en la jurisprudencia y de conformar un cuerpo coherente de reglas⁷⁴. A ello debe agregarse también que la aplicación o utilización de citas de casos anteriores ante tribunales arbitrales, es posi-

⁷¹ Confr. D. BENTOLILLA, “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo aniversario, UNAM-México, 2012, pág. 374 y ss.; T. GIOVANNINI, “International arbitration and iura novit curia - towards harmonization”, en FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A and ARIAS, D. (eds.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pág. 495 y ss.; A. REINISCH, “The role of precedent in ICSID arbitration”, en C. KLAUSEGGER and P. KLEIN (eds.). *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien, 2008, pág. 499 y ss.

⁷² *AES Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI ARB/02/17). Laudo sobre jurisdicción del 26 de abril de 2005, párr. 33.

⁷³ *Ibidem*, párr. 22-23.

ble gracias a que los árbitros tienen un acceso más amplio a los casos precedentes planteados ante el tribunal, particularmente en el mecanismo de arbitraje CIADI. Esa publicidad de los laudos, en buena medida contribuye a que los árbitros puedan conocer las líneas argumentativas de los casos anteriores y apoyarse en dichas posturas, si así lo consideran, más allá que carezcan de un valor de precedente jurisprudencial⁷⁵.

Reflexiones finales

El arbitraje internacional representa un medio de solución de diferencias que se ha expandido como un mecanismo jurisdiccional que no puede soslayarse en el vertiginoso ámbito de la globalización económica y financiera. En este contexto, el auge de los TBI ha posibilitado que se establezcan mecanismos más flexibles para la solución de disputas entre Estados por las diferencias o posibles vulneraciones de los derechos de sus nacionales en el Estado receptor de la inversión, evitando así, el ejercicio de la protección diplomática y sus eventuales consecuencias en las relaciones entre los Estados.

El arbitraje de inversión extranjera, principalmente a través del CIADI o mediante otros tribunales *ad-hoc* bajo las reglas arbitrales del CNUDMI/ UNICTRAL, ha posibilitado que los inversionistas puedan reclamar a los Estados receptores de la inversión, por las diferencias en el cumplimiento o ejecución de la inversión, en el marco del ámbito de aplicación del TBI. Este sistema, establecido en el contexto del Convenio de Washington, ha consolidado un mecanismo arbitral de características particulares, ya que si bien, son los Estados los que acuerdan los TBI, serán los inversores los que directamente demanden al Estado receptor (o viceversa) por tales incumplimientos. Esta posibilidad que los inversionistas puedan acceder a tribunales a-nacionales, ha conllevado que la denominada “Cláusula Cal-

⁷⁴ *MCI Power Group and New Turbine Inc vs. Ecuador* (Caso CIADI ARB/03/6). Laudo de anulación del 19 de octubre de 2009, párr. 24-25.

⁷⁵ D. FERNÁNDEZ ARROYO, “Transparencia y jurisprudencia en el arbitraje internacional”, *Sesión del 39º Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de la Haya*, Buenos Aires, 30 de octubre de 2012.

vo” por la cual los inversionistas estaban limitados en procurar reclamaciones internacionales, pierda vigencia y sea una postura ya no aplicada en los modernos TBI. Sin embargo, la idea de limitar el acceso a dichos tribunales, sin que obligatoriamente el inversionista agote los recursos internos de los Estados, está resurgiendo en regiones como la sudamericana, a través de proyectos de organizaciones regionales como el UNASUR.

Desde su puesta en funcionamiento, el arbitraje de inversión extranjera en el ámbito del CIADI, si bien ha contribuido a la búsqueda de una expedita resolución del diferendo entre las partes involucradas, no ha estado exento de controversias respecto a su funcionamiento. Una de esas continuas controversias, se puede avizorar en las vías de acceso a su jurisdicción, en algunos casos bajo las denominadas cláusulas “*fork in the road*” como así también respecto a qué debe entenderse como inversión o inversionista. Al no establecer el art. 25 del Convenio, una mayor precisión sobre los alcances y límites de los conceptos “inversión” e “inversionista”, como tampoco lo suelen ser en algunos casos, en exactitud los términos de los TBI; ha sido la “jurisprudencia” de los tribunales arbitrales la que han ido “creando” dichas interpretaciones, las cuales no han sido pacíficas ya que en ciertas oportunidades, a pesar de haberse establecido previamente los alcances de determinadas categorías de inversión o inversionistas, otros tribunales *ad-hoc* han modificado ambos criterios. Por otra parte, al no existir una práctica que armonice los alcances interpretativos del derecho internacional de las inversiones en el ámbito del arbitraje de inversión (sin que ello implique la aplicación de un *stare decisis* en las decisiones de los árbitros) cada tribunal o Comité *ad-hoc*, al resolver el caso, suele arribar a diferentes interpretaciones sobre los alcances de los términos de los TBI y demás normas complementarias, incluso sobre hechos similares, derecho aplicable o sujetos intervinientes. Esta realidad debe ser modificada, ya que tiende a una mayor imprevisibilidad sobre los alcances interpretativos que los árbitros efectúan en el asunto abordado, no generando a su vez, confianza en el sistema arbitral, principalmente entre los Estados Partes, de los cuales, algunos han optado por retirarse del Convenio. Como ejemplo, basta recordar que en los últimos años se han incorporado a las demandas existentes, personas físicas y jurídicas, que poseyendo “bonos soberanos” ofertados por el Estado en su oportunidad, pretenden ser considerados como inversores (en un caso ya han obtenido acceso a la jurisdicción del CIADI), lo que vulnera una interpretación de buena fe de los alcances

que los Estados Partes ha acordado en su momento a los TBI o al propio Convenio.

Estas fluctuantes diferencias de interpretación entre los alcances establecidos por los Estados Partes en los TBI, en el marco del derecho internacional y el sentido que algunos tribunales o Comités *ad-hoc* en el ámbito del CIADI han efectuado, tiende a una inevitable fragmentación del derecho internacional, en razón que, bajo el argumento de la prevalencia de la *lex specialis* del sistema del derecho internacional de las inversiones extranjeras, dicho derecho termina siendo “creado o re interpretado” por lo que los tribunales arbitrales dictaminan que debe entenderse en un TBI y no por el alcance que los Estados Partes pretendieron darle en su momento.

Anexo

VA UN GRAFICO

Fuente: CIADI. Estadísticas 2012. Disponible en:
[https://icsid.worldbank.org/ICSID/
FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics)