



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE COMERCIO EXTERIOR

“LA JURISDICCIÓN DEL CENTRO
INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES.
PERSPECTIVA DE LA POLÍTICA
LATINOAMERICANA”.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
ELBA MARÍA ARJONA ORTIZ



ASESOR: EUNICE HERRERA CUADRA

MÉXICO, D. F.

2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE COMERCIO EXTERIOR

“La Jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
Perspectiva de la Política Latinoamericana”.

Tesis para obtener el título de licenciado en derecho de la alumna:

Postulante: Elba María Arjona Ortiz

Asesor: Eunice Herrera Cuadra



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR
OFICIO APROBATORIO No. L. 06/2011.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
PRESENTE.

Distinguido señor Director:

Me permito informarle que la tesis para optar por el título de la licenciatura, elaborada por la pasante en Derecho **ARJONA ORTÍZ ELBA MARÍA**, con número de cuenta **303696896** en este Seminario, bajo la dirección de la LIC. **EUNICE HERRERA CUADRA**, denominada **“LA JURISDICCIÓN DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. PERSPECTIVA DE LA POLÍTICA LATINOAMERICANA”**, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria, D. F., a 31 de mayo del 2011.

DR. JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ
Director del Seminario,



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
ESTUDIOS SOBRE EL
COMERCIO EXTERIOR

JMSP/ png

Un logro como éste no es producto de una sola persona, por ello, agradezco su valioso apoyo a todos ustedes que con cariño y paciencia me han apoyado.

Siendo mi deseo no omitir a nadie, les dedico este trabajo, como muestra de mi gratitud y aprecio.

Introducción	8
Capítulo I: Comercio Internacional e Inversión Extranjera Directa.	11
1.1 Sistema Multilateral	11
1.1.1 Organización Mundial del Comercio	13
1.1.2 Banco Mundial.....	16
1.1.3 UNCITRAL	18
1.2 Regionalismo y bilateralismo	22
1.3 Naturaleza del arbitraje de inversiones.	29
Capítulo II: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.....	31
2.1 Antecedentes	31
2.2 Creación del CIADI.....	32
2.3 Estructura del CIADI	36
2.3.1Mandato del CIADI	38
2.4 Jurisdicción.....	39
2.4.1 Consentimiento (jurisdicción <i>ratione voluntatis</i>).....	42
2.4.2 Jurisdicción <i>ratione materiae</i>	48

2.4.3 Jurisdicción <i>ratione personae</i>	50
2.5 Mecanismo Complementario	52
2.5.1 Propósito del Mecanismo Complementario	53
2.5.2 Diferencias entre el Mecanismo Complementario y el mecanismo original/ convencional	55
2.6 Derecho Aplicable.	56
2.7 Recursos contra El Laudo.....	58
2.8 Reconocimiento y Ejecución del Laudo.	60
2.8.1 Inmunidad Soberana.	61
2.9 Situación Actual del CIADI.....	63
Capítulo 3: El CIADI en Latinoamérica	66
3.1 Panorama General de la Región.....	66
3.2 Argentina.....	68
3.2.1. La Crisis Argentina	70
3.2.2 Controversias del Gas y el Estado de Necesidad.....	71
3.2.3 Política Actual de Argentina.....	74
3.3 Brasil	76
3.4 Bolivia.....	78

3.4.1 Política de Nacionalización	79
3.4.2 Denuncia	82
3.5 Ecuador	89
3.5.1 Antecedentes	89
3.5.2 Murphy Exploration and Production Company Internationalvs. Ecuador	91
3.5.3 La denuncia y las Reformas legislativas y constitucionales	93
3.6 México	96
3.6.1 Análisis Jurídico de la relación México –CIADI	96
3.6.2 Política Mexicana frente al CIADI	101
Capítulo IV: Prospectiva del CIADI en América Latina	105
4.1 Ventajas del CIADI	106
4.2 Desventajas.....	108
4.3 Denuncia	109
4.4 El futuro del CIADI	119
Conclusiones.....	121

Introducción

¿Quién garantiza los derechos de Siemens en Argentina? ¿Quién defiende el patrimonio de Cemex en Venezuela? En un mundo globalizado en el cual encontrar las mismas marcas y productos en distintos Estados es tan común como respirar, donde las empresas trasnacionales se confunden con las empresas locales, ¿Quién regula las actividades de una empresa extranjera que cuenta con un capital, que es superior al producto interno bruto de una nación?; o por el contrario, ¿Quién limita las acciones de un Estado, que se encuentra en contra de una empresa extranjera?

La inversión extranjera directa constituye un papel esencial en el crecimiento y desarrollo de los Estados. Se estima que hasta el 35% del producto interno bruto de un Estado puede relacionarse con este elemento. Este porcentaje, varía dependiendo de determinadas condiciones que atraen la inversión, entre las cuales se encuentran el nivel de democracia del Estado receptor, sus políticas públicas y el cumplimiento al Estado de Derecho.

Asimismo, los Estados buscan promover la inversión suscribiendo tratados internacionales ya sean de carácter bilateral o multilateral. A través de estos se pretende incrementar la predictibilidad de las relaciones económicas, dar certeza jurídica al inversionista y protegerlo de abusos a los que puedan ser sujetos.

Al existir distintos intereses entre el Estado receptor y los inversionistas, es necesario acudir ante un tercero imparcial para solucionar los conflictos que puedan surgir de las relaciones entre estos. Como el Estado es parte de la controversia, su solución es más compleja, ya que si se presenta ésta ante un tribunal nacional, se corre el riesgo de ser resuelta parcialmente. Lo anterior, ha dado origen a la creación de foros internacionales para la solución de este tipo de diferencias.

El escenario tradicional de solución de controversias que establecía, que los únicos sujetos facultados para acudir a un tribunal internacional de solución de diferencias eran los Estados, ha sido modificado. Actualmente, las empresas transnacionales y los inversionistas cuentan con la posibilidad de acudir ante un foro internacional, dejando a un lado la necesidad de depender de la discreción de su Estado para presentar una reclamación en contra de otro Estado.

Esta facultad otorgada a las empresas y a los inversionistas es un gran avance para el derecho internacional, y en particular para el comercio internacional. Estos privilegios no se han obtenido en otras áreas del derecho internacional como el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde el particular debe acceder a la justicia a través de la Comisión, pues no puede someter directamente una controversia. Otro caso similar es el acceso a la Corte Internacional de Justicia, en la cual, los Estados son los únicos facultados para presentar controversias.

La facultad de particulares para acceder a foros internacionales de solución de controversias, no se ha quedado como una garantía más otorgada a las empresas y los inversionistas, sino que se ejerce continuamente, e incluso se ha incrementando exponencialmente el número de controversias año tras año.

Karl- Heinz menciona que la mayoría de los casos presentados entre un Estado y un Inversionista surgen por dos motivos, que son: la creación de programas de privatización o por el cambio de gobierno, en el cual el nuevo régimen no desea continuar con las políticas o contratos de su predecesor.¹ Esta teoría se refleja claramente en ciertos

¹ Lo anterior se menciona al hablar sobre su experiencia como árbitro en diversos mecanismos de solución de diferencias como CIADI, ICC, TLCAN, etc. Karl- Heinz, *Enterprise v. State: the New David and Goliath? –the Clayton Utz Lecture*, the Journal of the London Court of Arbitration, vol. 23 num. 1, 2007.

Estados Latinoamericanos, cuyo número de controversias presentadas ante centros de solución de diferencias, han aumentado significativamente.

En los últimos años, ha surgido una nueva ola de democracias en América Latina, con tendencias socialistas, cuyas políticas públicas incluyen programas de privatización, provocando el incremento de controversias presentadas ante diversos mecanismos de solución de controversias, y en particular ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o Centro).

En el presente trabajo se pretende demostrar la relación de la región con el CIADI, analizando las diversas posturas respecto al mismo y la consecuencia del rechazo demostrado por algunos de los Estados Latinoamericanos.

Para tal efecto, se estudiará la estructura y funcionamiento del Centro. Asimismo, se analizarán posturas de Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador y México, examinando su participación en éste, así como las medidas adoptadas respecto al mismo.

Por otra parte, se observarán los fundamentos jurídicos de la denuncia al Convenio de Washington y los efectos de la misma, considerando las distintas teorías señaladas por la doctrina al respecto.

Lo anterior, con el propósito de analizar las ventajas y desventajas del Centro y la viabilidad de utilizar un mecanismo alternativo para la solución de diferencias de la materia, tal como el UNCITRAL.

Capítulo I: Comercio Internacional e Inversión Extranjera Directa.

Desde tiempos remotos, los pueblos han tenido que vincularse comercialmente con otros para complementar su producción y así satisfacer sus necesidades básicas; al surgir los Estados, estas necesidades incrementaron al aumentar la población; originando la necesidad de relacionarse con otros Estados para subsanar las carencias de cada uno, surgiendo así el comercio internacional.

En el siglo pasado, la economía mundial dio un gran giro y el sistema económico internacional requirió un ajuste de acuerdo a las nuevas tendencias de mercado tal como lo conocemos, originando un gran cambio tanto en el aspecto productivo como en las necesidades básicas.

Surgieron nuevos sistemas y/o mecanismos más complicados para integrar las diferentes políticas e instrumentos de negociación y celebración de acuerdos comerciales. De aquí derivan las nuevas corrientes o sistemas denominados como multilateralismo, bilateralismo y regionalismo. Con la creación de estos nuevos sistemas para la celebración de acuerdos comerciales, surgieron mecanismos para resolver las diferencias derivadas del aumento a los flujos comerciales.

1.1 Sistema Multilateral

Al término de la Segunda Guerra Mundial, el aparato productivo y la economía Europea se encontraban devastados, por lo que fue necesario que los Estados se asociaran para poder plantear un nuevo orden político y económico internacional que ayudara a la reconstrucción de Europa, surgiendo así el sistema multilateral.

Este sistema económico es de carácter universal, y se caracteriza por promover la apertura de mercados y reducción de aranceles entre otros. Al respecto, Reich señala que el multilateralismo como sistema económico, proponía la liberalización real de los

intercambios comerciales y económicos y la apertura a la participación de todos los países. Este previene la desviación del comercio, promueve la solución de conflictos en materia de cooperación, optimiza globalmente las economías de escala, sirve para la unificación de conceptos y parámetros así como, para crear un balance en el poder de negociación entre los distintos miembros del sistema multilateral.²

Este sistema se sustentó a partir de la creación de tres organismos rectores: El Fondo Monetario Internacional, el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, posteriormente uno de los organismos del Banco Mundial y la Organización Internacional del Comercio. Las ideas de Henry Morgenthau, de Harry Dexter White y de John Maynard Keynes; que propagaban establecer un orden económico internacional basado en la toma de decisiones consensualmente y cooperación en el ámbito de las relaciones económicas y comerciales, sirvió como base para crear estas instituciones.

El Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo surgen a partir de la Conferencia Bretton Woods, la cual se crea como un foro de cooperación económica internacional y para ayudar a la reconstrucción.

Posteriormente, un grupo de empresarios estadounidenses proponen la creación de un nuevo acuerdo sobre comercio y desarrollo, siendo estas ideas el antecedente directo de las primeras reuniones en las que se gesta el GATT y la Organización Internacional del Comercio, posteriormente la Organización Mundial del Comercio.

Entre los principales avances obtenidos en la época, fue la firma en 1947 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), cuyo fin era crear un foro internacional en donde se promoviera la liberalización del comercio entre los Estados

² Reich, Arie, *Bilateralism versus Multilateralism in International Economic Law: Applying the Principle of Subsidiarity*. 60 U. Toronto L.J. 263 (2010)

miembros mediante la regulación y la reducción de los aranceles aplicados a los bienes comercializados, de acuerdo con dos principios básicos, el trato nacional y el trato de la nación más favorecida, y suministrando un mecanismo permanente para la solución de diferencias³.

1.1.1 Organización Mundial del Comercio

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es el mecanismo permanente más representativo del sistema multilateral. “Es un foro en donde los gobiernos miembros pueden discutir y resolver sus problemas comerciales y negociar juntos, con el objeto de ampliar todas las oportunidades comerciales que se presenten.”⁴

Surge como resultado de las diversas rondas de negociación del GATT. En las primeras siete rondas consecutivas del GATT se llevaron a cabo negociaciones sobre la liberalización arancelaria, siendo en la Octava Ronda de Negociación del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (Ronda de Uruguay) en 1994, cuando se firma el Acuerdo de Marrakech, documento que da origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC); la cual, se constituyó formalmente el 1º de enero de 1995 integrada por 51 miembros originarios.

“Mediante la ronda en cuestión (Ronda de Uruguay), se crea la Organización Mundial del Comercio y se formalizan en un todo de diversos acuerdos, entendimientos y

³ Mortimore Michael, Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe, CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No 188. División de Desarrollo Productivo, de la CEPAL, 2009.

⁴ Mercado S, Comercio Internacional II, cuarta edición, editorial Limusa, México DF, 1997, p.190.

declaraciones que constituyen los instrumentos jurídicos regulatorios a nivel multilateral, de las relaciones de comercio internacional de ciento treinta y un países”.⁵

“El cambio del GATT a la OMC fue quizás el acontecimiento más importante de la historia del comercio mundial. Una parte importante de ese éxito se debió a la introducción del procedimiento de solución de diferencias comerciales, de garantías en el cumplimiento de las normas y de un mecanismo de apelación. El acuerdo de la OMC implementa un sistema formal de solución de diferencias que funciona como tribunal de comercio internacional, en el que se aplican normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público”⁶.

Los objetivos de esta organización se encuentran definidos en el GATT 94, al respecto, el preámbulo del mismo establece el deseo de los países miembros de la OMC por cumplir con sus objetivos a través de la celebración de acuerdos encaminados a reducir substancialmente los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales, así como la eliminación del trato discriminatorio.

Dichos objetivos se encuentran descritos de la siguiente manera:

“Esta organización reconoce que sus relaciones comerciales y económicas deben tender al logro de niveles de vida más altos, a la consecución del pleno empleo y de un nivel elevado, cada vez mayor, del ingreso real y de la demanda efectiva, a la utilización completa de los recursos mundiales y al crecimiento de la producción y de los intercambios de productos.”

⁵ Cruz Miramontes, R; “La Organización Mundial del Comercio: introducción, antecedentes, elementos fundamentales de su constitución y su aportación a la solución de controversias; *aris iuris* 21, universidad Panamericana, México D.F., 1999.

⁶ Mortimore Michael ,*opus cit.*

En cuanto a su estructura, la OMC se integra por 153 Estados miembros (hasta abril de 2011), los cuales representan casi el 97 por ciento del comercio Mundial. Los cuales se reúnen para crear consensos a distintos niveles de dialogo.

A nivel ministerial y jefes de Estado, la OMC cuenta con la Conferencia Ministerial, que es el órgano superior para la adopción de decisiones, la cual se reúne cada dos años. El dialogo a nivel embajadores y jefes de delegación se lleva a cabo dentro del Consejo General, el cual sesiona varias veces al año en Ginebra.

El Consejo General paralelamente a sus funciones como promotor de diálogo y consenso, celebra reuniones en calidad de Órgano de Examen de las Políticas Comerciales y de Órgano de Solución de Diferencias.

El Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales tiene por objeto promover la transparencia, aumentar la comprensión de las políticas adoptadas por los distintos países y evaluar su repercusión.

Todos los miembros de la OMC deben someterse a este examen periódico, dicho análisis se lleva a cabo por todos los miembros de la organización reunidos en el Consejo General y se toma en consideración el informe del país en cuestión y el de la Secretaría de la OMC.

El “Anexo 3” del Acuerdo de Marrakech señala los objetivos de este Mecanismo, siendo su principal finalidad “coadyuvar a una mayor adhesión de todos los Miembros a las normas y disciplinas de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y, cuando proceda, de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, y a los compromisos contraídos en su marco, y, por ende, a un mejor funcionamiento del sistema multilateral de comercio, mediante la

consecución de una mayor transparencia en las políticas y prácticas comerciales de los Miembros y una mejor comprensión de las mismas”⁷.

Dicho anexo, a su vez plantea la frecuencia con la que se deberán de realizar los exámenes a cada miembro. Al respecto señala que se realizarán conforme a la participación de cada Miembro en el comercio mundial. Las cuatro principales entidades serán examinadas cada dos años, las siguientes dieciséis serán cada cuatro años y el resto de los miembros se examinará cada seis años. Excepcionalmente, en el caso de los países menos adelantados se les podrán conceder un plazo mayor.

1.1.2 Banco Mundial

El Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo, se crea a partir de la Conferencia de Bretton Woods, celebrada en Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos que tuvo lugar en julio de 1945. Siendo la segunda institución que se derivó de dicha Conferencia. Éste tenía como principal propósito la reconstrucción de la economía mundial y la cooperación económica internacional, e inició sus labores en 1946.

Inicialmente esta institución seleccionaba a sus clientes dependiendo de su solvencia económica, exigiendo amplias garantías y que el préstamo fuera aplicado a determinado tipo de proyectos. Posteriormente, se creó una nueva institución, la Corporación financiera Internacional con una visión más amplia, la cual prestaba a la industria y podía vender su cartera.⁸

Actualmente el Grupo del Banco Mundial, se compone de cinco instituciones que son: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), la Asociación Internacional de

⁷“Anexo 3” del Acuerdo de Marrakech; http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/anexo3_s.htm

⁸ Sepúlveda, Derecho Internacional, ed. Porrúa, México 1991, pág. 426.

Fomento (AIF) , la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI/ MIGA) y el CIADI.

El BIRF fue creado en 1944 y tiene como principal función el otorgamiento de préstamos a gobiernos con capacidad crediticia de Estados con ingreso medio o bajo. A su vez, esta institución promueve el desarrollo sostenible mediante préstamos, garantías, instrumentos de gestión de riesgos y servicios no crediticios de asesoría y análisis.

La AIF, por su parte, se encarga de otorgar créditos a largo plazo sin interés y donaciones a los gobiernos de los Estados más pobres del mundo, mismos que se distinguen porque su capacidad crediticia, es decir, para tomar préstamos en condiciones de mercado es escasa o nula. Los créditos y las donaciones de la AIF se financian con las contribuciones de los países donantes, las transferencias de ingresos netos del BIRF, las donaciones de la CFI y los reflujos de los créditos de la AIF.

La CFI creada en 1956, tiene como principales funciones conceder préstamos de largo plazo, realizar inversiones en capital accionario, ofrecer instrumentos de financiamiento estructurado; así como prestar servicios de asesoría y mitigación de riesgos a empresas privadas en los países en desarrollo o con economías en transición.

El MIGA desde 1988 funge como una “especie de Aseguradora” proporcionando seguros o garantías a los Estados Miembros, contra riesgos no comerciales para promover la inversión extranjera directa en países en desarrollo. El MIGA también ayuda a resolver las diferencias entre los inversionistas y los gobiernos a fin de que las inversiones garantizadas —y sus beneficios— avancen conforme a lo previsto.

La labor del Organismo en lo que respecta a difusión de conocimientos y asistencia técnica ayuda a los países a definir y poner en práctica estrategias destinadas a promover la inversión y proporciona información sobre oportunidades de negocios, clima para la inversión y seguros contra riesgos no comerciales.

El CIADI, se crea a partir del Convenio de Washington en 1966, funge como mecanismo para la solución de controversias relativas a inversiones internacionales surgidas entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores, a través de la conciliación y el arbitraje.

“El CIADI es una institución internacional autónoma establecida según el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que comenzó con 30 Estados miembros y ahora cuenta con más de 140. El propósito principal del CIADI es brindar medios para la conciliación y el arbitraje de controversias relativas a inversiones internacionales. El convenio buscaba eliminar los principales impedimentos para el libre flujo internacional de la inversión privada que planteaban los riesgos no comerciales y la ausencia de métodos internacionales especializados para la solución de controversias relativas a inversiones”⁹.

El Centro cuenta con una gran cantidad de miembros y un gran número de Tratados Bilaterales en Materia de inversión (BITs), así como leyes sobre la materia, lo establecen como mecanismo para la solución de controversias derivadas de la aplicación de los mismos. El CIADI también desarrolla actividades de investigación y compila publicaciones relativas a legislación sobre arbitraje internacional e inversión extranjera.

1.1.3 UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)¹⁰, surge en 1966 a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como consecuencia de la gran disparidad legislativa de la época, sobre todo en el ámbito de comercio internacional. Las grandes diferencias entre las leyes, dificultaban las transacciones comerciales entre distintos Estados.

⁹ Mortimore Michael ,*opus cit.*

¹⁰ Por sus siglas en inglés, *United Nations Commission on International Trade Law.*

Por tal motivo, mediante la resolución 2205(XXI) de la Asamblea General, se crea esta Comisión con el fin de fomentar la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional.

En el marco de la UNCITRAL, se ha creado una serie de documentos para fortalecer el comercio internacional, entre estos, la Ley Modelo del UNCITRAL sobre el Arbitraje Comercial Internacional, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), y el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

El Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL es uno de los mecanismos más utilizados para la solución de diferencias. Una de las características de éste es que no limita su ámbito de aplicación en virtud de la materia, pues resuelve todo tipo de controversias relacionadas con el comercio internacional, ya sean derivadas de una compraventa internacional de mercaderías o del incumplimiento de un contrato de inversiones.

Para acceder al arbitraje de la UNCITRAL, se requiere que las partes hayan acordado que las controversias entre ellas, derivada de una relación jurídica determinada, ya sea contractual o extracontractual, se resuelvan conforme al reglamento del arbitraje del UNCITRAL. La ley aplicable al procedimiento, será aquella acordada por las partes y en caso de no contar con un acuerdo al respecto, el tribunal aplicará la legislación que estime apropiada. Asimismo, las partes podrán autorizar al tribunal para resolver la controversia *ex aequo et bono*.

Cabe mencionar, que la UNCITRAL es una comisión reguladora, que pretende entre otras cosas unificar la legislación existente sobre el comercio internacional, y no un mecanismo administrador de arbitraje. Las controversias resueltas conforme al reglamento deberán contar con una autoridad nominadora, que podrá ser la Corte Permanente de Arbitraje u otro designado por las partes, como el mecanismo complementario del CIADI.

1.1 Multilateralismo y la regulación de la inversión extranjera directa.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, y con el adelanto en las negociaciones comerciales multilaterales, se intentó llegar a un consenso internacional para otorgar beneficios mutuos en materia de inversión extranjera, sin embargo el camino de este tipo de negociaciones ha sido mucho más complejo que aquel del comercio internacional.

Los Estados inversionistas a través de los años, han intentado establecer un esquema regulatorio de la inversión extranjera por distintos medios que van desde la creación de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional o la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), hasta intentar negociar estos temas en foros como la OMC, o a través de acuerdos internacionales bilaterales y plurilaterales de inversión, como los BITs y los capítulos sobre inversión en los acuerdos comerciales regionales.

El primer intento por regular la inversión surge con la creación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹¹, cuyo fin era incrementar los flujos de capitales disponibles para la inversión. Asimismo, se instaba a redactar un acuerdo en materia de inversiones. Ésta Conferencia tuvo lugar en la Habana, Cuba en 1947.

En dicha conferencia, se adoptó la Carta de La Habana, misma que tenía por objeto el establecimiento de una organización multilateral de comercio. Ésta nunca entró en vigor por diversos motivos, entre éstos se argumentó que las cláusulas de resguardo y las excepciones a la no discriminación, en ella contenidas, no favorecería la liberalización del comercio.

¹¹ Por sus siglas en inglés, “*United Nations Conference on Trade and Development*”.

Al fracasar la Conferencia de la Habana, surgió el GATT, acuerdo meramente comercial, y sus Rondas de negociación. Fue hasta la Ronda de Uruguay, cuando se introducen dos acuerdos específicos relacionados con la materia de inversiones: el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMS)¹² y el “Acuerdo General sobre Comercio y Servicios” (GATS).

El TRIMS se enfoca en aquellas medidas que pueden afectar el tráfico de mercancías. Reconoce que algunas pueden restringir y alterar el comercio, estableciendo que ningún miembro del acuerdo, deberá aplicar medidas que discriminen a los inversionistas extranjeros como son violar el principio de trato nacional consagrado en el GATT.

Este, se caracteriza por prohibir medidas de inversión vinculadas al comercio, como la regla del contenido nacional,¹³ que contradecían a lo establecido por el GATT. La razón para limitar las medidas sobre la inversión fue evitar los efectos restrictivos y distorsionantes de éstas.

Este acuerdo, establecía la creación de un comité regulador de los acuerdos pactados en el mismo, señalando que los Estados miembros de la OMC deberían considerar si se incluían lineamientos sobre la política de inversiones y políticas de competencia. Esta discusión formó parte de la Ronda de Doha, misma que fracasó.

Posteriormente, se llevó la necesidad de regular el tratamiento de las inversiones a un nuevo foro, la OCDE. En ésta se establecieron lineamientos de conducta para las empresas transnacionales tales como los “Códigos de Liberalización” de 1961 y la “Declaración y

¹² Generalmente conocido como TRIMS por sus siglas en inglés, que corresponden al “*Trade Related Investment Measures*”.

¹³ En virtud de ésta regla se obliga al inversionista a crear productos con un porcentaje mínimo de materia prima nacional.

Decisiones sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales” de 1976. Al adherirse a éstos instrumentos, los países signatarios se comprometían a asegurar un trato transparente y no discriminatorio para los inversionistas extranjeros.

En 1995, como parte de la agenda de la reunión anual del Consejo de la OCDE, se presentó la propuesta del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (MAI), instrumento que pretendía regular la protección de la inversión extranjera, la liberalización de la inversión y la solución de controversias. Hubo tal rechazo a éste proyecto, sobre todo por Estados como Francia, que en 1998 las negociaciones cesaron y a la fecha no han vuelto a reanudarse.

El sistema multilateral, no ha logrado plantear un esquema de protección de inversiones, aún cuando la inversión extranjera directa ha mostrado un crecimiento paulatino desde la postguerra; por tal motivo, es que los Estados han optado por regular éste sector desde otra perspectiva, creando una serie de tratados tanto bilaterales como regionales.

1.2 Regionalismo y bilateralismo

A partir de la firma del primer BIT, celebrado entre la República Federal Alemana y Pakistán en 1959, se han creado miles de tratados de esta naturaleza entre diversos Estados¹⁴. En la última década, la creación de tratados bilaterales y regionales en materia de inversiones se ha incrementado sustancialmente, al utilizarlos como mecanismo para suplir las deficiencias en los acuerdos alcanzados en mecanismos multilaterales, como la OMC.¹⁵

¹⁴ Gonzalez de Cossio F, Arbitraje de inversión, ed. Porrúa, México 2009.

¹⁵ En este sentido, Stanly señala que “dada la ausencia de un marco multilateral, el esquema jurídico que comienza a ser utilizado como marco de protección de las inversiones es el de los Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones comúnmente denominado como “Tratados Bilaterales de Inversión”(BITs). Aunque en el año de 1959 se firma el primero de dichos tratados, los mismos recién comienzan a generalizarse en la década de 1980, “explotando” su utilización a mediados de la década de 1990.” Stanly L.,

Este tipo de tratados, a diferencia de aquellos que emergen en el ámbito multilateral, otorgan una mayor libertad de negociación a las partes, pues estas encuentran mayor facilidad para hacer que sus intereses y necesidades sean escuchados. Los BITs, complementan a los tratados multilaterales, ya que abarcan temas que en los que no se ha logrado un consenso y ayudan a avanzar en las negociaciones de ciertas áreas susceptibles que obstaculizan los acuerdos por la vía multilateral. Un claro ejemplo de lo anterior, es la gran influencia que tuvo el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), en las negociaciones de la Ronda de Uruguay.

El GATT faculta a los Estados a asociarse para crear mecanismos de integración, “los miembros pueden incumplir la norma esencial de la No Discriminación mediante acuerdos preferenciales, pero sólo bajo determinadas condiciones. Estos acuerdos deben cubrir “lo esencial de los intercambios comerciales” –*substantially all trade*- entre las partes y la “liberalización” debe efectuarse en un periodo “razonable” de tiempo (artículo XXIV del GATT).¹⁶

El GATT contempla los beneficios que se obtienen al celebrar acuerdos de integración económica con el propósito de incrementar el comercio entre los Estados signatarios de los mismos, por tal motivo, reconoce y autoriza a las partes a crear dos mecanismos de integración regional, la unión aduanera y las zonas de libre comercio, estas se encuentran reguladas por en el artículo XXIV del GATT de la siguiente manera:

“(...) 4. Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que

Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante tribunales internacionales: la experiencia de argentina reciente, Serie desarrollo productivo 158 , Naciones Unidas, Chile octubre 2004,

¹⁶ Febrel Iñigo, Multilateralismo y Acuerdos Comerciales Regionales, boletín económico del ICE no. 2956, del 1 al 15 de enero de 2009.

participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.

5. Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, a condición de que:

a) en el caso de una unión aduanera o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una unión aduanera, los derechos de aduana que se apliquen en el momento en que se establezca dicha unión o en que se concierte el acuerdo provisional no sean en conjunto, con respecto al comercio con las partes contratantes que no formen parte de tal unión o acuerdo, de una incidencia general más elevada, ni las demás reglamentaciones comerciales resulten más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la unión antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso;

b) en el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una zona de libre comercio, los derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al comercio de las partes contratantes que no formen parte de tal territorio o acuerdo, en el momento en que se establezca la zona o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso; y

c) todo acuerdo provisional a que se refieren los apartados a) y b) anteriores comprenda un plan y un programa para el establecimiento, en un plazo razonable, de la unión aduanera o de la zona de libre comercio. (...)"

Del artículo anterior, se desprende la facultad de los Estados miembros de la OMC para asociarse y formar uniones aduaneras o zonas de libre comercio, siempre que éstas no sean más rigurosas que los derechos y reglamentaciones vigentes antes de la celebración

del acuerdo provisional y que estas comprendan un programa para su establecimiento en un plazo razonable.

Hasta julio de 2010 se habían notificado a la OMC la existencia de 474 acuerdos comerciales regionales, ya sea Uniones Aduaneras o Zonas de Libre Comercio. De los cuales 351 se notificaron conforme lo establecido por el artículo XXIV del GATT, 31 conforme la cláusula de habilitación y 92 conforme el artículo V del GATS. Si la tendencia no se modifica, el número de acuerdos aumentara significativamente en los próximos años, siendo el 90 por ciento son acuerdos de libre comercio (ALC) y acuerdos de alcance parcial y el 10 por ciento son uniones aduaneras.¹⁷

En este sentido, México es uno de los países con mayor número de instrumentos para promoción de inversiones. A la fecha, ha firmado 11 tratados de libre comercio con 43 países, 6 acuerdos de complementación económica y al menos 25 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las inversiones.

En América Latina han surgido diversos organismos de integración regional, como el TLCAN entre Estados Unidos de Norte América, Canadá y México, el Grupo de Río, el MERCOSUR, el Grupo de los tres, etc.

Aunado a los mecanismos de integración, se han creado una serie de BITs, para suplir los vacíos que ha dejado la falta de consenso en el ámbito multilateral en materia de inversiones. Este tipo de instrumentos conlleva una serie de beneficios para las partes; pues funcionan como mecanismo para atraer la inversión extranjera, reflejando el compromiso del Estado para garantizar un nivel de protección de los derechos de los inversionistas extranjeros.

¹⁷ Fuente Sistema de Información sobre los Acuerdos Comerciales Regionales de la OMC, <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>, última visita 06/03/2011.

Este tipo de tratados surge inicialmente, con dos propósitos. El primero como medio para consolidar la inversión extranjera, limitar el riesgo de expropiación ilegítima, y otros riesgos de carácter político que pueden afectar los intereses de los inversionistas; y por otra parte, con el fin de institucionalizar la solución de controversias dándole a los inversionistas extranjeros más opciones respecto de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversiones, eliminado así gradualmente la necesidad de agotar los recursos locales y mejorar la aplicación de las normas.¹⁸

Aunado a esos dos propósitos, con la firma de éste tipo de tratados, se pretenden aplicar principios como el trato nacional y nación más favorecida para promover la eliminación de barreras al comercio y facilitar el intercambio comercial entre los Estados contratantes, aumentar sustancialmente las oportunidades para los inversionistas y atraer la inversión; crear y fortalecer los mecanismos, y promover el libre comercio entre sus suscriptores.

La vasta mayoría de tratados en materia de inversiones incluyen apartados específicos para:

- i) el trato a la inversión, el cual se integra por las cláusulas de trato nacional, nación más favorecida, nivel mínimo de trato.
- ii) Sobre expropiación, limitando y definiendo las expropiaciones tanto directas como indirectas.
- iii) Requisitos de desempeño
- iv) Solución de controversias

El trato a la inversión es una de las principales garantías que puede otorgar un BIT, en esta garantía se establecen los parámetros para acoger a la inversión extranjera. En esta se

¹⁸ Mortimore Michael ,*opus cit.*

consagran tres principios: el trato nacional, la cláusula de nación más favorecida y el nivel mínimo de trato.

Trato nacional es un principio fundamental en todo esquema de libre comercio e implica que ningún Estado parte podrá otorgar un trato menos favorable que el otorgado a sus connacionales, prohibiendo a las partes discriminar a los inversionistas por su origen.¹⁹

El principio de Nación más favorecida recoge la obligación de los Estados a otorgar a un inversionista un trato no menos favorable que aquel otorgado a un inversionista nacional de cualquier otro Estado.

El Nivel mínimo de trato: se refiere a la obligación del Estado para tratar al inversionista conforme al derecho internacional, este trato debe ser justo y equitativo. En *Mondev vs Estados Unidos de Norte América* el tribunal estableció que cualquier requisito general de acordar el trato justo y equitativo deberá ser conforme a la práctica del Estado en cuestión, la jurisprudencia y la costumbre y otras fuentes de derecho internacional.²⁰

Por su parte, el tribunal de *Waste Mangement, Inc c. Estados Unidos Mexicanos* resolvió que el nivel mínimo de trato justo y equitativo se quebranta por una conducta que es atribuible al Estado, perjudicial para la demandante, siempre que ésta sea arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, discriminatoria siempre que la

¹⁹ Ryan Hauk, al analizar el caso de *UPS vs Canadá*, señaló que para considerar la existencia de una violación al principio de trato nacional deben configurarse tres supuestos: i) la existencia del trato, elemento que presupone la existencia de una inversión y un acto en su contra, ii) que existan circunstancias similares “*in like circumstances*”; y iii) que éste sea menos favorable que aquel recibido por los inversionistas nacionales.

²⁰ *Mondev International Limited c. Estados Unidos de Norte América*, laudo del 11 de octubre de 2002, caso CIADI n° ARB(AF)/99/2

demandante sea objeto de prejuicios raciales o regionales, o si involucra la violación al debido proceso.²¹

Los apartados que versan sobre expropiaciones, dentro de los BIT, no eliminan el derecho del Estado para expropiar determinados bienes, sino que lo regulan, estableciendo los elementos necesarios para llevarla a cabo. En estos apartados, se salvaguardan los derechos de los inversionistas al garantizar el pago de una compensación en caso sufrir una expropiación²², la cual podrá realizarse de manera directa, indirecta²³ o una medida equivalente a la expropiación.

Un Estado podrá expropiar un bien si: a) se realiza por causas de utilidad pública, b) no es discriminatoriamente, c) mediante el pago de una compensación²⁴ pronta, justa y efectiva y d) conforme al debido proceso.

Por otra parte, los BITs establecen un apartado para regular los requisitos de desempeño, que son condiciones de carácter cuantitativo o cualitativo de tipo económico que repercuten en el accionar de la empresa. Los Estados no podrán imponer ni hacer cumplir

²¹ Waste Mangement Inc c. Estados Unidos Mexicanos, caso CIADI n° ARB(AF)/00/3.

²² En el caso de *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, el tribunal sostuvo que “la expropiación para el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o transferencia formal y obligatoria de títulos en favor del Estado receptor; pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”, ver laudo del 30 de agosto de 2000, CIADI caso no. ARB (AF)/97/1.

²³ En el caso de *S. D. Myers c el gobierno de Canadá*, el tribunal definió a la expropiación indirecta una privación prolongada de la capacidad de un propietario de hacer uso de sus derechos económicos.

²⁴ La mayoría de los tratados celebrados con Estados Unidos, se incluye la “*fórmula Hull*”, la cual establece que la indemnización/ compensación deberá equivaler al valor justo del mercado, inmediatamente antes de la medida expropiatoria.

un compromiso respecto a la inversión que pudiera afectar las actividades del inversionista extranjero.

Finalmente, la mayoría de los BITs proporcionan a las partes un mecanismo de solución de controversias ante instancias internacionales, que facultan al inversionista a presentar una diferencia aún cuando el contrato de inversión o la concesión, no establezcan un mecanismo específico de solución de controversias.

Las instancias internacionales para la solución de diferencias en materia de inversiones a las que se hace referencia en la mayoría de los tratados son: el CIADI (ya sea el mecanismo originario o el complementario), el arbitraje a través de las reglas de la UNCITRAL, la Corte Permanente de Arbitraje y tribunales *ad hoc*.

1.3 Naturaleza del arbitraje de inversiones.

La naturaleza jurídica del arbitraje en materia de inversiones es singular, pues las partes que lo componen hacen que éste no pueda considerarse ni público ni privado. Existen tres tipos de arbitraje: el arbitraje público, el arbitraje privado y el arbitraje mixto.

El arbitraje público es aquel en el cual las partes involucradas en la controversia son Estados soberanos. Por citar un ejemplo de este tipo de arbitrajes podemos mencionar la controversia entre México y Estados Unidos de Norte América por las medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Este tipo de controversias se solucionan ante foros como la OMC o la Corte Internacional de Justicia.

El arbitraje privado es aquel que sirve para solucionar controversias entre dos particulares. Este tipo de arbitraje ayuda a crear confianza entre las partes al existir dudas hacia las jurisdicciones de otros Estados y ayuda su carácter confidencial lo hace sumamente atractivo. El arbitraje privado se puede llevar a cabo en instituciones administradoras de arbitraje tanto locales o internacionales, como lo son la Cámara de

Comercio Internacional (ICC) o por tribunales *ad hoc*. Como ejemplo de los casos que se resuelven a través de este tipo de arbitraje, se encuentran aquellas diferencias derivadas del incumplimiento de un contrato de compraventa internacional de mercaderías.

Por último, el arbitraje mixto, se caracteriza por resolver controversias entre particulares y Estados soberanos. Éste tercer tipo de arbitraje incluye elementos del arbitraje público y privado. El arbitraje de inversiones, se encuentra incluido en éste rubro y las diferencias sobre la materia, se solucionan en mecanismos como el CIADI o tribunales *ad hoc* con base en el reglamento de arbitraje de la UNCITRAL. Por citar un ejemplo de este tipo de diferencias, podemos mencionar el caso de *Marvin Roy Feldman Karpa vs Estados Unidos Mexicanos*, celebrado ante el CIADI.

Capítulo II: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

En materia de inversión extranjera, al surgir controversias entre un Estado Receptor y un inversionista de otra nacionalidad, es necesario resolverlas en un foro distinto a los tribunales locales. Este foro deberá caracterizarse por ser un mecanismo alternativo que le garantice y asegure al inversionista la imparcialidad de la solución de la controversia.

Por tal motivo, se han creado tribunales y reglas especiales para la solución de conflictos de esta naturaleza, como el CIADI y las reglas de la UNCITRAL²⁵. En el presente capítulo, se desarrollarán los principales aspectos del Centro, incluyendo su creación, estructura, mandato y jurisdicción.

2.1 Antecedentes

Al ser el gobierno parte de una controversia en materia de inversiones, se corre el riesgo de que los tribunales nacionales la resuelvan parcialmente, anteponiendo los intereses nacionales. Por tal motivo, los foros internacionales son los medios idóneos para resolver este tipo de diferencias.

Inicialmente, los únicos facultados para acceder a estas instancias eran los Estados, prohibiendo a los particulares el derecho a presentar una controversia. Las empresas e inversionistas extranjeros que necesitaban resolver una diferencia con el Estado y que no querían o no podían acudir a los tribunales locales, debían buscar la protección diplomática, dejando al arbitrio de su país de origen si se presentaba o no la reclamación.

Las controversias se resolvían de las siguientes formas:

²⁵ CNUDMI (UNCITRAL). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

- i) Por vía diplomática, a través de acuerdos entre ambos Estados,
- ii) Por vía jurisdiccional, presentado la controversia ante tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia. un ejemplo de éste tipo de casos es aquel conocido como el “Barcelona Traction case” originado entre la empresa “*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*”, quien solicitó la protección diplomática del gobierno Belga, y el Reino de España.
- iii) Mediante la guerra o invasión. Ésta práctica fue severamente criticada por el Ministro de Relaciones Exteriores Argentino, Luis María Drago, quien, en diciembre de 1902, , creó la Doctrina Drago, la cual señala que “la deuda pública no justifica una intervención”. Esta teoría condena las invasiones o guerras, utilizadas como medio para cobrar la deuda pública no cubierta; señalando que esto significaba la supresión o subordinación de los gobiernos, violando con esto la doctrina Monroe.

Posteriormente, los Estados se percataron de la importancia de las inversiones para el desarrollo de la economía, y la necesidad de atraer la inversión extranjera, por tal motivo, se facultó a las empresas trasnacionales y a los inversionistas extranjeros a acudir ante instancias internacionales de solución de controversias, creando el arbitraje mixto.

El otorgamiento del *ius standi* a los inversionistas y empresas trasnacionales es un gran logro para el derecho internacional y para el comercio exterior, pues existen otras áreas del derecho internacional, en donde los particulares no han logrado este privilegio.

2.2 Creación del CIADI

En materia de inversiones siempre han existido riesgos para los inversionistas sobre todo cuando al existir ciertas diferencias respecto a la manera de resolver una controversia entre un inversionista (considerado un particular, sin importar si es persona física o moral) y el Estado receptor de la inversión.

Los riesgos a los que se ven expuestos los inversionistas son de distinta naturaleza, y en el caso de la inversión extranjera, van más allá de los riesgos propios del negocio. Estos conllevan una serie de elementos tanto cuantitativos (económicos) como cualitativos (políticos)²⁶ que los inversionistas deberán analizar antes de invertir en determinado país. A este tipo de estudio de riesgos se le denomina comúnmente por la doctrina como “*country-risk analysis*” o “*risk analysis*”.

Los elementos cualitativos que pueden afectar una inversión son el riesgo a que la legislación del Estado receptor cambie repentinamente en detrimento de la inversión; las diferencias étnicas, ideológicas y religiosas que puedan ocasionar inestabilidad política, el nacionalismo extremo y el rechazo a extranjeros, las revueltas sociales y conflictos internos, la falta de democracia en el país y la estabilidad política del mismo.

Entre los elementos cuantitativos que determinan si un país es idóneo para invertir se encuentran la deuda externa, el nivel de exportaciones del Estado, las reservas internacionales con las que éste cuenta y el crecimiento económico del mismo.

Aunado a los elementos antes descritos, existe la posibilidad de que los tribunales locales actúen a favor de su Estado al resolver una diferencia. Estos riesgos en gran número de los casos desmotivaban a los inversionistas, evitando que éstos se establezcan en un país determinado. Por tal motivo, los Estados han comprendido que es necesario otorgarle ciertas garantías y seguridades al inversionista para atraer e incrementar las inversiones.

Entre dichas garantías, se encuentran los pactos arbitrales, con los que se pretende reducir el riesgo de que los conflictos se resuelvan parcialmente; ya que, al surgir una diferencia, y someterla ante los tribunales locales (del Estado receptor), éste se convierte

²⁶ González de Cossio F., *opus cit*

en juez y parte. Lo anterior ocasiona el temor de que estos tribunales fallen favoreciendo al Estado receptor.

A su vez, la misma controversia se puede plantear ante los tribunales del Estado Parte de donde es originario el inversionista, en este caso se teme que estos tribunales fallen a favor de sus connacionales.

En la década de los sesenta, en el Banco Mundial se estaba consciente de la importancia de la inversión extranjera directa para la economía mundial, así como, los riesgos ésta que conlleva, considerando necesario otorgar garantías al inversionista, evitando así la imparcialidad al solucionar los conflictos derivados de esta actividad.

Con tal propósito, se buscó el consenso entre los Estados miembros del Banco para crear un organismo que sirviera para reducir los riesgos de la inversión, sobre todo, cuando ésta se llevara a cabo entre países desarrollados y países en vías de desarrollo.

El objetivo del organismo propuesto era crear un ambiente recíproco de confianza y certeza jurídica; al ser un tercero el encargado de resolver los posibles conflictos entre el Estado Receptor y el Inversionista. Éste, se caracterizó por otorgar al inversionista la posibilidad de acudir a un foro internacional para solucionar sus controversias, es decir, se le otorgo *ius standi*.²⁷

Así, el 18 de septiembre de 1962 a partir de la resolución núm. 174 de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial, se autorizó a los directores ejecutivos a estudiar la

27 Inicialmente, los Estados eran los únicos facultados para acudir ante foros internacionales, principalmente ante la Corte Internacional de Justicia, quien resolvía las controversias, por citar un ejemplo ver "*The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*" entre Bélgica y el Reino de España.

viabilidad de establecer una organización que se ocupara de la resolución de diferencias entre Estados e inversionistas.²⁸

Como resultado, el Banco Mundial propuso la creación del CIADI, con el objeto de fortalecer el comercio internacional a través de la inversión extranjera directa.

El Centro, tal como lo menciona Sepúlveda Amor, es una institución de naturaleza autónoma, con personalidad jurídica y régimen legal propio, independiente de los tribunales locales, con un procedimiento que permite, conforme a sus propias reglas, recurrir a los laudos arbitrales.²⁹

En 1965 se firma el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, también conocido como Convenio de Washington, por el que se constituyó el CIADI.

El Convenio de Washington establece en el artículo 68 que entrará en vigor a los 30 días de la fecha de depósito del vigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación; esto sucedió el 14 de octubre de 1966; entre los signatarios de tratado se encuentran algunos Estados latinoamericanos: Venezuela, Bolivia³⁰ y Ecuador³¹.

²⁸ Álvarez Ávila, *El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 125. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/art/art4.htm>

²⁹ Sepúlveda Amor, *México y el Arreglo de Controversias en Materia de Inversión: ¿el CIADI como opción viable?*, La Barra, México, núm. 48, 2005.

³⁰ Bolivia denunció el Convenio de Washington, mediante comunicado de fecha 1 de mayo de 2007, convirtiéndose así en el primer Estado en denunciarlo.

³¹ El 4 de diciembre de 2007, el Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio e Integración de la República de Ecuador, notificó a la Secretaria General del CIADI el retiro de consentimiento para la jurisdicción del Centro sobre las diferencias que surjan relativas al tratamiento de una inversión, que se derive a actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros.

El artículo primero de este Convenio crea al Centro y plantea los principales objetivos del mismo, dicho artículo dispone lo siguiente:

*“Artículo 1 (1): Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado el Centro).
(2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.”*

Como se puede apreciar, el Centro tendría como objetivo solucionar vía conciliación y arbitraje, las diferencias suscitadas en materia de inversión. Siempre que éstas surjan de la relación de un Estado Contratante y un Inversionista, quién deberá ser nacional de otro Estado contratante.

El Convenio de Washington inicialmente era la base del CIADI, posteriormente, éste se complementó con la creación de tres reglas adoptadas por el Consejo Administrativo, estas son: i) Las Reglas de iniciación, de carácter procesal aplicables a la iniciación de procedimientos de conciliación y arbitraje, ii) Las Reglas de Arbitraje, aquellas aplicables al procedimiento arbitral y iii) las Reglas de Conciliación, propias para el procedimiento conciliatorio.³²

2.3 Estructura del CIADI

El CIADI tiene su sede en las oficinas centrales del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Respecto a su estructura, el Centro consta de un Consejo Administrativo y un Secretariado. El Consejo Administrativo se integra por los representantes de cada Estado

³² Rodríguez Jiménez, El Sistema Arbitral del CIADI, ed. Porrúa, México 2006.

Contratante. El presidente del mismo será *ex officio* el Presidente del Banco, cabe mencionar que este no cuenta con derecho al voto, mientras que los demás miembros sí. Asimismo, el Convenio de Washington establece que, el Centro debe mantener una Lista de Conciliadores y una Lista de Árbitros. Ello, toda vez que los tribunales son *tribunales ad hoc* designados a partir de dichas listas para conocer sobre determinadas controversias.

Las reuniones del Consejo Administrativo se llevarán a cabo cada año, a su vez podrán celebrarse cuando sean acordadas por el Consejo o convocadas por el Presidente, el Secretario General o a solicitud de cinco Estados Contratantes.

El Secretariado, por su parte, se integra por un Secretario General y uno o más Secretarios Adjuntos, así como el personal del Centro. El Secretario General y los Secretarios Adjuntos se eligen a propuesta del Presidente por el Consejo de Administración.

En el artículo 11 del Convenio establece que el Secretario General es el representante legal del CIADI así como el principal funcionario del mismo; lo anterior, se establece de la siguiente manera:

“Artículo 11: El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este Convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.”

Los laudos arbitrales a los que se refiere el artículo anterior, serán dictados por tribunales *ad hoc*, cuyos miembros se eligen de las Listas de Árbitros; el Artículo 13 del Convenio, faculta a cada Estado Contratante para designar hasta cuatro personas para cada Lista, (de Árbitros y de Conciliadores).

Los designados se desempeñan por un periodo renovable de seis años y pueden ser ciudadanos o no ciudadanos del país que los designa. Además, el Presidente del Consejo Administrativo puede designar hasta diez personas para cada lista.

El artículo 14 del Convenio señala las características que debe contener un candidato para poder ser designado como parte de las Listas, entre estas se encuentra gozar de una amplia consideración moral y tener reconocida competencia en el ámbito jurídico. Dicho artículo establece lo siguiente:

“Artículo 14: (1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

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

2.3.1 Mandato del CIADI

Al resolver las controversias, el tribunal arbitral deberá obedecer el mandato del Centro, que se encuentra enmarcado en el artículo 42 del Convenio, como sigue:

“Artículo 42 (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de

derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

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

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

Del artículo anterior se desprende que el Tribunal respetará lo dispuesto en el tratado bilateral, contrato o cualquier acuerdo en el que se haya pactado la legislación aplicable a la controversia, asimismo, se señala la legislación supletoria, en caso de que existan vacíos legales en las leyes acordadas por las partes.

También obliga al tribunal a resolver la controversia aún cuando exista un silencio legislativo, en tal caso se deberá acudir a otras fuentes como lo son el derecho internacional, los principios generales de derecho, entre otros.

El último apartado del artículo, establece la posibilidad de que las partes de mutuo acuerdo, soliciten al tribunal que resuelva la controversia según su leal saber y entender, aún cuando esto pueda implicar que no se adhieran la legislación aplicable.

2.4 Jurisdicción

El CIADI, se caracteriza por resolver únicamente determinadas controversias, éstas serán aquellas que cumplan con tres requisitos básicos: (i) que el inversionista sea miembro de un Estado Parte del Convenio y que el Estado Receptor sea parte del mismo, (ii) que la

controversia sea resultado de una inversión y (iii) que exista el consentimiento escrito de las partes para someterse a la jurisdicción del Centro.³³

Como se puede observar de los requisitos antes mencionados, el Centro restringe su jurisdicción en virtud de la materia, *ratione materiae*, los sujetos involucrados en el conflicto, *ratione personae* y al otorgamiento del consentimiento, *ratione voluntatis*.

El artículo 25 del Convenio de Washington establece claramente la jurisdicción del Centro; estableciendo los casos en los que podrá resolver una diferencia en virtud de la materia, el consentimiento o las partes involucradas, dicho artículo establece lo siguiente:

*“Artículo 25 (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las **diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.** El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.*

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

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

³³Vincze A, *Jurisdiction Ratione Personae In ICSID Arbitration*, Department of European Law and Private International Law University of Miskolc, Rusia, 2010.

de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

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

El Centro podrá conocer sobre una controversia, en materia de inversiones, aún cuando ésta no se encuentre contemplada en los supuestos señalados por el artículo anterior, a través del mecanismo complementario, si se cumple con lo siguiente:

- (i) Que exista un BIT entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de cuya nacionalidad es el inversor, en éste documento se deberá pactar el sometimiento a la jurisdicción del Centro.

A partir de este supuesto, el CIADI ha podido conocer múltiples controversias; por citar un ejemplo, podemos mencionar el caso de

“*Compañía de Aguas del Acoquina S.A. y Vivendi Universal v. República de Argentina*”. El Centro se vio facultado para conocer del asunto a través del BIT entre Argentina y Francia, el cual establece la posibilidad de acudir al arbitraje internacional ya sea ante el CIADI o ante un tribunal *ad hoc* al amparo de la UNCITRAL.³⁴

- (ii) Que dentro del contrato del cual se deriva la inversión se incluya una cláusula compromisoria con la cual se reconozca la jurisdicción del Centro y se sometan a ella en caso de surgir alguna controversia.³⁵

Como se puede apreciar del artículo 25, el CIADI bajo su mecanismo originario conocerá únicamente de los conflictos derivados entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado Contratante ya sea persona física o moral.

2.4.1 Consentimiento (jurisdicción *ratione voluntatis*)

El principal requisito para que exista la jurisdicción del Centro es el consentimiento,³⁶ mismo que deberá expresarse escrito. Por regla general éste debe otorgarse para cada caso en concreto, lo cual implica que el simple hecho de ser un Estado Miembro de el Convenio no significa que todas las diferencias que involucren a los Estados Miembro

³⁴Yuval S., *Contract Claims vs. Treaty Claims: mapping conflicts between ICSID decisions on multisourced investment claims*, The American Journal of International Law, vol. 99.835, 2005.

³⁵ Idem.

³⁶En *Waste Management, Inc. vs México*, el tribunal arbitral hace referencia a la importancia del consentimiento, al señalar lo siguiente: “los elementos esenciales que componen la institución del arbitraje son la existencia de un conflicto de intereses y un acuerdo de voluntades o un mandato legal, en virtud del cual se origina la constitución del Tribunal de Arbitraje. Esta aseveración constata la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes cuya expresión se realiza a través del consentimiento de someter determinadas disputas al procedimiento arbitral. Por ello, del consentimiento al arbitraje efectuado por las partes depende la completa eficacia de la institución.” Ver ICSID case no. **ARB(AF)/98/2**

deberán resolverse ante el CIADI³⁷. Sin embargo, una vez otorgado el consentimiento al arbitraje sobre un caso en concreto, éste no podrá ser retirado.

El artículo 25 del Convenio establece lo anterior, al señalar como requisito *“que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”*

Rodríguez Jiménez, menciona que existen tres rasgos característicos del consentimiento al Centro, que son: la necesidad, la voluntariedad y la reciprocidad.³⁸ Es necesario pues constituye un requisito *sine qua non* para iniciar el procedimiento; la voluntariedad implica que las partes podrán o no someterse a la jurisdicción del CIADI, otorgando así un gran valor al principio de la autonomía de la voluntad. La reciprocidad implica que ambas partes deben otorgar el consentimiento, pues la declaración unilateral no será suficiente para iniciar un procedimiento.

Inicialmente, la declaración del consentimiento únicamente podía realizarse a través de un acuerdo arbitral en el cual las partes acordaban someterse a la jurisdicción del Centro o a través de una cláusula compromisoria pactada dentro de un contrato, lo que implicaba en ambos casos, que el consentimiento se otorgaba al mismo tiempo por ambas partes y la existencia de una relación contractual entre ellas. Sin embargo, en los últimos años han surgido casos en los cuales la jurisdicción del Centro se deriva de la declaración unilateral de un Estado, sin requerir una relación contractual.

³⁷ En el preámbulo del propio Convenio se señala que: *“... la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”*

³⁸ Rodríguez Jiménez, opus cit. Pág. 387.

Al respecto, Paulsson señala que existe un nuevo fenómeno dentro del arbitraje, denominado “*arbitration without privity*”³⁹. Éste fenómeno modifico la lógica original del arbitraje en donde se entendía que cualquiera de las partes podrá iniciar en cualquier momento el arbitraje, por así haberlo convenido con su contraparte, quien tendrá derecho a contra demandar.

El nuevo “fenómeno” del arbitraje, surge a partir de una promesa unilateral para someter ante el Centro determinadas diferencias, ésta se encuentra generalmente contenida en un Tratado Internacional, ya sea de carácter bilateral o multilateral, o en una Ley Nacional en Materia de Inversiones; con la cual el Estado expresa su consentimiento a la jurisdicción del Centro para aquellas controversias derivadas de inversiones al amparo de dicho BIT o ley.

Por lo tanto, el consentimiento surge a partir de la declaración unilateral del Estado, y no se necesita más, una relación contractual entre el demandante y demandado (Estado Receptor- Inversionista) como se requería anteriormente.

Una de las características principales de fenómeno, es que la estructura del arbitraje varia completamente, en éste, los papeles de las partes no podrán invertirse; pues, el demandado no podría haber iniciado el arbitraje bajo las mismas circunstancias, y no tiene la certeza de poder contra demandar⁴⁰. Esto es, un inversionista puede someter una diferencia ante el Centro en virtud de la declaración unilateral hecha por el Estado, pero el

³⁹ El término *privity* en el sistema inglés se utiliza para denominar a aquellos derechos y obligaciones que surgen a partir del mutuo consentimiento, estableciendo como requisito para el nacimiento de los mismos, la voluntad de ambas partes.

⁴⁰ “ *This new world of arbitration is one where the claimant need not have a contractual relationship with the defendant and where the tables could not be turned; the defendant could not have initiated the arbitration, nor is it certain of being able even to bring counterclaim*”. Paulsson, *Arbitration Without Privity*, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, vol. 10, number 2, Fall 1995, International Center for Settlement of Investment Disputes. P. 232-257.

Estado por ningún motivo podría someter la misma diferencia, a partir de su declaración unilateral, sin el consentimiento previo del inversionista.

El consentimiento del inversionista, debe otorgarse por escrito, sin embargo, éste queda implícito al momento de presentar la demanda ante el Centro. El Estado que haya otorgado su consentimiento mediante declaración unilateral, no podrá presentar una demanda hasta que el inversionista haya manifestado su voluntad para someterse a la jurisdicción del CIADI.

Ésta manifestación, surge a partir de la firma del contrato de inversión (mismo que debe contener una cláusula de reconocimiento de la jurisdicción del CIADI) o a partir de la presentación de un escrito en el cual se reconoce la jurisdicción del centro.

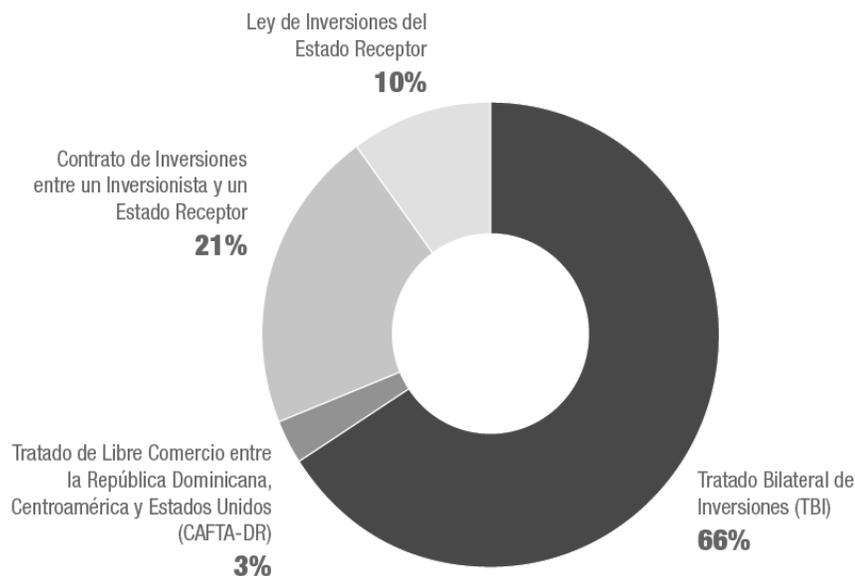
Se entenderá que el Estado ha consentido someterse a la jurisdicción del Centro en los siguientes casos:

- (i) Al firmar un Tratado Bilateral en Materia de Inversión (BIT) en donde las partes, se sometan a la jurisdicción del Centro.
- (ii) Cuando dentro de un Tratado de Libre Comercio se pacte que la jurisdicción del CIADI como ejemplo de este supuesto podemos mencionar el capítulo XI apartado B del TLCAN en el cual las partes se someten al Centro para la solución de controversias relativas a inversiones.
- (iii) Al incorporar el procedimiento de CIADI en las leyes en materia de inversión,
- (iv) Al incluir una cláusula compromisoria dentro del contrato de inversión en la cual reconozcan la competencia del mismo.
- (v) Al firmar con el inversionista un convenio arbitral.

- (vi) Al suscribir un convenio en donde se pacta el consentimiento a se podrá otorgar el consentimiento por medio de un acuerdo posterior a la inversión entre las partes.

La siguiente figura denominada “bases del consentimiento invocadas para establecer la jurisdicción del CIADI en casos del CIADI registrados en el ejercicio de 2010” ilustra la aplicación de los supuestos antes mencionados para otorgar el consentimiento a la jurisdicción del Centro.

Bases del consentimiento invocadas para establecer la jurisdicción del CIADI en casos del CIADI registrados en el ejercicio de 2010



Fuente: informe 2010 del CIADI

De la figura anterior, se desprende que la principal fuente del consentimiento a la jurisdicción del CIADI son los BIT, lo cual no es de sorprender si consideramos que en la actualidad existen alrededor de 2,700 BITs en el mundo.

Así mismo, se puede observar que los contratos entre inversionistas y Estado receptor son la segunda fuente para otorgar el consentimiento, siendo las cláusulas compromisorias establecidas dentro del contrato un medio eficaz para su otorgamiento.

De los datos anteriores, podemos afirmar que el fenómeno del *“arbitration without privity”*, es la principal fuente del consentimiento en la actualidad, y éste tipo de promesas unilaterales para someterse a la jurisdicción del Centro han dado resultado, pues no sólo atraen la inversión, sino que ofrecen cierta certidumbre al inversionista.

Cabe destacar que la declaración unilateral que emite el Estado, podrá estipular el acceso al arbitraje a través de dos modalidades; la primera denominada por la doctrina *“fork in the road issue”*, establece el libre acceso al arbitraje internacional sin requisitos previos, mientras la segunda, plantea la necesidad de someter la controversia a los tribunales nacionales, agotando los recursos internos; en algunos tratados bilaterales que establecen éste requisito, sólo autoriza el arbitraje si después de 18 meses los tribunales nacionales no han dictado sentencia o hubieren rechazado la demanda⁴¹.

Al respecto, el artículo 26 del Convenio establece lo siguiente:

“Artículo 26: Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerara como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías

⁴¹ En *Maffezini vs Reino de España*, se consideró que el Reino de España había otorgado el consentimiento, aún cuando no se habían agotado los recursos internos (modalidad establecida en el BIT entre Argentina y el Reino de España), alegando la existencia de un acuerdo que contenía normas más favorables sobre resolución de controversias. en virtud de la cláusula de nación más favorecida, el tribunal arbitral permitió el acceso al arbitraje.

administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.”

Del artículo anterior se desprende que el consentimiento al CIADI excluye a los demás foros que podrían conocer sobre la controversia, salvo los casos en los que el Estado receptor obligue el agotamiento de los recursos locales previo el sometimiento al arbitraje del Centro.

En conclusión, podemos afirmar que el consentimiento a la jurisdicción del Centro es un elemento fundamental para la jurisdicción del CIADI, sin éste las diferencias no podrán someterse. Asimismo, el momento en el que se otorgue el consentimiento, será de vital importancia para determinar si el Centro es competente, sobre todo en caso de existir denuncia al Convenio.

2.4.2 Jurisdicción *ratione materiae*

El segundo requisito para la jurisdicción del CIADI surge en virtud de la materia de estudio, en este caso, el artículo 25 del Convenio de Washington señala que *“La jurisdicción del Centro se extenderá a las **diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión (...)**”*.

De lo antes citado, se desprenden dos elementos de la jurisdicción *ratione materiae* (i) la naturaleza jurídica de las diferencias y (ii) que estas sean en materia de inversiones. Dentro de las negociaciones del texto del Convenio se buscó incluir que las diferencias debían ser de naturaleza jurídica con el fin de excluir todas aquellas controversias de carácter meramente político o comercial; por lo que al señalar que el carácter de éstas debe ser jurídico, requiere la existencia de un derecho u obligación jurídica, que ha sido violado o perturbado.

El Convenio, no define lo que es una inversión y mucho menos cuales son las diferencias que surgen de una inversión, lo cual ha ocasionando, conflictos al analizar la competencia del Centro sobre determinados casos.

En virtud de lo anterior, los tribunales arbitrales han tenido que interpretar en cada caso en concreto la existencia de una inversión. Cuando la competencia del Centro se deriva de un Tratado Bilateral, (BIT) se atenderá a la definición que generalmente se establece en éste tipo de tratados. Respecto a los tratados multilaterales, debemos mencionar que la mayoría siguen la línea del Convenio de Washington con una definición en un sentido demasiado amplio de lo que es una inversión; sin embargo existen algunos pocos que definen estrictamente lo que debe considerarse como inversión, ejemplo de lo anterior, es

la definición que realiza el TLCAN⁴² del término inversión, definiendo incluso en un sentido más estricto que muchos BITs⁴³.

2.4.3 Jurisdicción *ratione personae*

Por último, el Centro podrá conocer una controversia en virtud de los sujetos que la integran, siempre que cumplan con determinados requisitos señalados en el artículo 25 del Convenio; a la jurisdicción derivada de los sujetos que forman parte de la controversia se le denomina jurisdicción *ratione personae*.

En tal sentido, el Centro tendrá jurisdicción siempre que la diferencia surja entre un Estado Contratante y un inversionista nacional de otro Estado Contratante. Para tales

⁴² El artículo 1139 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, define lo que es una inversión de la siguiente manera: “**inversión** significa;(a) una empresa;(b) acciones de una empresa;(c) instrumentos de deuda de una empresa:(i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento; (d) un préstamo a una empresa, (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento; (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa; (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d); (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a: (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa; pero inversión no significa: (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o (j) cualquier otra reclamación pecuniaria; que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h);”

⁴³ Ver Kühn Wolfgang et al, The Application of International Law and Treaty Provisions by Arbitrators, The Journal of World Investment,

efectos, el artículo 25 del Convenio señala claramente quienes podrán ser considerados como Nacionales de un Estado Contratante y las instituciones que se encuentran incluidas como parte del Estado.

Los primeros incluyen a las persona físicas⁴⁴ que cuenten con la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; excluyendo a los inversionistas que cuenten con doble nacionalidad y que la segunda sea la del Estado receptor de la inversión, en este caso, se les considerará como inversionistas nacionales.

También se establece que serán nacionales de un Estado contratante aquellas personas morales que prestaron su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, registradas o nacionales de un Estado Parte del Convenio, distinto al Estado Parte de la diferencia, así como aquellas personas morales que teniendo la nacionalidad del Estado Parte de la diferencia, se encuentran sometidas al control extranjero, considerándolas indirectamente no nacionales del Estado Parte en la diferencia.

Por otra parte, se considerará, en principio, como Estado Contratante a aquellos Estados signatarios del convenio. En este sentido, el artículo 67 del Convenio establece que podrán ser parte del mismo los miembros del Banco Mundial, así como aquellos Estados signatarios del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y que el Consejo Administrativo, por voto de dos tercios de sus miembros, hubiere invitado a firmar el Convenio.

⁴⁴ El caso de *Emilio Agustín Maffezini vs el Reino de España*, al discutir las excepciones sobre la jurisdicción del Centro presentadas por el demandado, el tribunal resolvió al interpretar el BIT entre Argentina y el Reino de España que “las personas que cuenten con la nacionalidad de una de las Partes Contratantes, que efectúen inversiones en sociedades o entidades jurídicas similares creadas en el territorio de la otra Parte Contratante, tienen en general derecho a invocar la protección de este tratado. Estas disposiciones complementan los requisitos del Artículo 25 del Convenio y son compatibles con ellos”. (Ver ICSID Case no. ARB /97/7)

Aunado a los Estados Contratantes, entendidos como Estados signatarios del convenio, el artículo 25 en la fracción primera señala que se podrán considerar como Estados Contratantes a aquellas subdivisiones políticas u organismos públicos acreditados ante el CIADI por dicho Estado.

Existen muy pocas acreditaciones de subdivisiones políticas u organismos, por lo que en la mayoría de los casos, los Estados son los únicos como sujetos que pueden formar parte de las controversias de las que conoce el CIADI. Asimismo, la simple mención o la designación de una subdivisión política u organismo público dentro de un acuerdo de inversión/ BIT o un acuerdo bilateral entre el Estado y la subdivisión, no podrá ser considerada como una designación, ya que ésta deberá ser formal.

2.5 Mecanismo Complementario

Las actividades del CIADI, inicialmente, se limitaban únicamente a las controversias entre Estados Parte e inversionistas miembros de un Estado Parte, excluyendo así a aquellas controversias derivadas de un Estado Parte o inversionista de un Estado Parte y un Estado o Inversionista no Parte.

Sin embargo, tras la insistencia de los Estados y el sector empresarial en septiembre de 1978, se autorizó al Secretariado a implementar medidas y procedimientos tendientes a aumentar el espectro de las actividades del CIADI, creando al Mecanismo Complementario o “*Additional Facility*.”

El Mecanismo Complementario incluyó las controversias que conciernen a una “Parte no miembro”, ya sea el Estado o el inversionista y una “Parte miembro”, supliendo el requisito de competencia *ratione personae* establecido en el artículo 25 del Convenio, que obliga a las partes a ser Estados Miembros y/o nacionales de un Estado Miembro. Asimismo, se crearon las reglas que regulan al mecanismo complementario, mismas que aumentaron las facultades del Secretariado en procedimientos como:

- a) la conciliación y el arbitraje en materia de inversiones, cuando no se cumplan los requisitos personales señalados por el artículo 25 del Convenio, es decir cuando surjan entre un Estado y un inversionista, cuando el Estado Parte (receptor de la inversión), o el Estado del cual es nacional el inversionista, no es un Estado contratante del Convenio;
- b) conciliación y de arbitraje para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión y en donde al menos una de las partes es un Estado contratante o un inversionista de un Estado contratante, siempre y cuando no se trate de una transacción comercial ordinaria; y
- c) Procedimientos de comprobación de hechos.⁴⁵

2.5.1 Propósito del Mecanismo Complementario

El mecanismo tiene como propósito suplir dos vacíos jurisdiccionales, derivados de los requisitos del propio Convenio y crear un nuevo procedimiento de comprobación de hechos. Éste amplía el ámbito de aplicación del Convenio de Washington, facultando al Centro para conocer controversias que no cumplen con los requisitos *ratione personae* y *ratione materiae* materiales y personales.

Respecto al requisito personal, el Reglamento del Mecanismo Complementario autoriza al Centro para conocer controversias entre un Estado Parte o un nacional de un Estado Parte con un Estado No Parte o un Nacional de un Estado No parte; siempre que estos hayan otorgado su consentimiento para someterse al arbitraje o conciliación por parte del CIADI a través del Mecanismo Complementario.

En cuanto al requisito material, el mecanismo faculta al Centro para conocer sobre controversias cuya materia no sea calificada como inversión o que no sean propiamente

⁴⁵ Álvarez Ávila, *opus cit.*

una inversión. Este procedimiento no autoriza el sometimiento de todo tipo de controversias, pues excluye las controversias derivadas de una transacción comercial ordinaria.

El artículo cuarto párrafo cuarto del Reglamento, establece el acceso al Mecanismo Complementario, como medio para subsanar la falta del requisito material de la siguiente forma:

“Artículo 4: Acceso al Mecanismo Complementario con respecto a los procedimientos de conciliación y arbitraje sujetos a la aprobación del Secretario General (...)

(4) Si en el caso de una solicitud basada en el Artículo 2(b) se han cumplido los requisitos jurisdiccionales racione personae del Artículo 25 del Convenio y a juicio del Secretario General es probable que la Comisión de Conciliación o el Tribunal de Arbitraje, según sea el caso, sostengan que la diferencia surge directamente de una inversión, el Secretario General puede condicionar su aprobación de la solicitud a que ambas partes convengan en someter cualquier diferencia en primera instancia a la jurisdicción del Centro”.

El artículo anterior, faculta al Secretario General para autorizar el acceso al arbitraje conforme el reglamento del Mecanismo Complementario cuando exista duda sobre la materia de la diferencia.

En este sentido, Broches explica que entre los motivos para proponer la creación del Mecanismo Complementario era la falta de definición del término inversión en el Convenio, circunstancia que preocupaba a las partes, pues su consentimiento a la conciliación o arbitraje, podría frustrarse si la comisión o el tribunal declinaran su competencia, por considerar que la transacción en cuestión no es propiamente una “inversión”.

Asimismo, señala que el objeto del párrafo 4 del artículo en comento, era evitar que se frustrara el acceso a la conciliación y/ o arbitraje y por consiguiente, el fracaso en la aplicación del Convenio. La facultad del Secretariado General derivada de este párrafo se utilizará únicamente en casos dudosos⁴⁶.

Por último, el Mecanismo Complementario tiene como propósito crear el procedimiento de Comprobación de Hechos, también denominado, “*fact-finding*”, este es de carácter preventivo, pues se determinan imparcialmente los hechos controvertidos, propiciando una solución pacífica de la diferencia, al delimitar las actuaciones de la partes.

2.5.2 Diferencias entre el Mecanismo Complementario y el mecanismo original/convencional

El mecanismo complementario y el mecanismo original, derivado del Convenio de Washington, cuentan con bastantes similitudes y otorgan garantías similares a las partes. Sin embargo difieren en ciertos aspectos, además de los requisitos de jurisdicción explicados en el apartado anterior, (requisitos personales y materiales) difieren en la ejecución del laudo y el recurso de nulidad en contra del laudo.

Respecto al laudo, la diferencia radica en que aquel dictado bajo el Mecanismo Complementario, no es independiente, pues depende del derecho aplicable del foro incluyendo los tratados internacionales vigentes. Lo anterior, otorga demasiada importancia al lugar en donde se lleve a cabo el arbitraje.

Otra diferencia respecto al laudo se encuentra en el reconocimiento y aplicación del mismo. En el procedimiento original, los Estados signatarios del Convenio se comprometen a reconocer al Laudo como obligatorio, comprometiéndose a ejecutarlo

⁴⁶ Broches A., Selected Essays World Bank, ICSID and other subjects of public and private international law, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1994.

como si fuera una sentencia emitida por los tribunales nacionales. Por su parte, aquellos dictados en el Mecanismo Complementario dependen del derecho nacional para su reconocimiento y ejecución, por tal motivo, es fundamental que los Estados que utilicen el Mecanismo Complementario sean signatarios de la Convención de Nueva York; pues de lo contrario, los laudos podrían impugnarse o no ser reconocidos.

Respecto a la anulación del laudo, ambos mecanismos difieren en el tribunal que conocerá el recurso. Aquel emitido por el mecanismo originario, podrá ser anulado por un comité ad hoc, distinto al tribunal que resolvió la controversia. Los árbitros que integren al comité deberán estar completamente desligados a la diferencia, es decir no pueden ser connacionales de las partes ni haber pertenecido al tribunal que dictó el laudo.

Contrario a lo anterior, la anulación del laudo dictado en el mecanismo complementario se llevará a cabo por el tribunal que resolvió la controversia, esto puede ocasionar que se pierda la imparcialidad.

2.6 Derecho Aplicable.

El derecho aplicable a las diferencias llevadas ante el CIADI se puede dividir en dos tipos, aquel que regula el procedimiento y aquel que contempla la sustancia o fondo de la diferencia.

Sobre el derecho aplicable al procedimiento debemos señalar que el Convenio de Washington establece un marco jurídico cerrado, excluyendo cualquier legislación o instrumento distinto a este. El Convenio regula de manera exhaustiva todo lo concerniente al proceso. Asimismo, éste evita que los tribunales locales injieran en el procedimiento, al establecer que los laudos únicamente podrán combatirse conforme los recursos establecidos en éste. Lo anterior, se ve reflejado en el texto del artículo 44, mismo que señala lo siguiente:

“Artículo 44: Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”.

Por medio del artículo anterior, el Convenio establece la obligación de realizar los procedimientos de arbitraje conforme a la sección primera del Capítulo IV del mismo, estableciendo la *lex arbitri*.

Al referirnos sobre el derecho aplicable al fondo de las controversias, debemos comenzar mencionando que el Convenio recoge el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que dependerá de las partes el derecho aplicable. El artículo 42 del Convenio regula lo anterior de la siguiente manera:

“Artículo 42: (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

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

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

Como se puede observar en el artículo que precede, el texto del Convenio es claro respecto al derecho aplicable al fondo de la controversia, primero se deberá atender a lo

acordado por las partes y a falta de acuerdo se aplicará la legislación vigente del Estado receptor de la inversión.

Asimismo, del párrafo primero de dicho artículo, se desprende que el tribunal estará facultado para aplicar tanto el derecho local del Estado receptor como el derecho internacional suscrito por éste. Lo anterior implica que al existir diferencias entre el derecho local del Estado receptor y el derecho internacional, el tribunal podrá aplicar el derecho internacional sobre el primero.

2.7 Recursos contra El Laudo.

Al hablar sobre los recursos en contra de los laudos del CIADI debemos comenzar aclarando que el Convenio de Washington no contempla la apelación. Los únicos recursos que pueden surgir ante el Centro son la aclaración, la revisión y la nulidad.

- i) El recurso de aclaración que es la petición realizada por alguna de las partes al Secretariado General, con el fin de que se interprete el alcance del Laudo. Esta interpretación deberá realizarla el tribunal que resolvió la controversia. El recurso de aclaración se encuentra regulado en el artículo 50 del Convenio.⁴⁷
- ii) El recurso de revisión, consiste en la solicitud presentada al Secretariado General con el propósito de revisar el laudo, al descubrirse un hecho que pudo haber influido decisivamente en el laudo, siempre que, al momento de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que solicite el recurso. Cabe destacar, que el desconocimiento del hecho no debe ser resultado de la negligencia del solicitante.

⁴⁷ Dicho artículo señala lo siguiente: **“Artículo 50: (1) Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General. (2) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo. Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración”.**

La revisión podrá solicitarse dentro de los 90 días siguientes al descubrimiento del hecho, o dentro de los 3 años siguientes a la emisión del laudo y de ser posible, se buscará que el tribunal que resuelva el recurso sea el mismo que resolvió la controversia.

iii) Recurso de nulidad, es aquella petición que hace alguna de las partes para anular el procedimiento, y en algunos caso suspender la aplicación del laudo en tanto se resuelve el recurso, cuando se han incurrido en los siguientes supuestos:

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

Éste recurso se resolverá ante un tribunal *ad hoc* distinto al que resolvió la controversia original y de ser necesario se podrá anular total o parcialmente el laudo, las partes podrán solicitar que la diferencia sea sometida ante otro tribunal.⁴⁸

⁴⁸ Respecto la interpretación de las causales de nulidad, existen dos posturas que puede tomar el comité para resolver el recurso, la primera señala que al comité no le corresponde especular sobre los motivos del árbitro, sino que su único papel será determinar si existen causales de nulidad, es decir que mientras existan respuestas intangibles que no sean arbitrarias no constituirán un ejercicio excesivo del poder y por lo tanto se presumirá la validez del laudo. Al existir un umbral alto de revisión el Comité podrá dictar la nulidad del laudo si existe una motivación insuficiente, hipotética o contradicción en la motivación. La segunda postura establece un umbral bajo en la cual rechaza que cualquier discrepancia técnica o mecánica pueda resultar una nulidad, esta postura considera que dar un espectro mucho más amplio al comité convertiría al recurso de nulidad en una apelación.

2.8 Reconocimiento y Ejecución del Laudo.

Dentro del arbitraje internacional, ya sea comercial o en materia de inversiones, la facilidad que tienen las partes para ejecutar el laudo es fundamental. Una de las ventajas de pertenecer al CIADI es que el procedimiento de ejecución de laudos es auto-contenido. Es decir, el propio Convenio establece un procedimiento de ejecución y reconocimiento de los laudos, sin necesidad de acudir a los tribunales nacionales para tal fin. Otra ventaja del CIADI es que el Convenio no incluye causales para no ejecutar o reconocer al laudo, algo que sí sucede en la Convención de Nueva York.

Los laudos del CIADI son obligatorios y deberán reconocerse y ejecutarse como si fueran sentencias dictadas en tribunales nacionales. Lo anterior se establece en los artículos 53 y 54 del convenio de forma siguiente:

“Artículo 53: (1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

(2) A los fines previstos en esta Sección, el término "laudo" incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

“Artículo 54 (1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos

tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

(3) El laudo se ejecutara de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.”

De los artículos antes citados se desprende la obligatoriedad de los laudos y el mecanismo de ejecución de los mismos; en estos, se contempla la obligación del Estado para reconocer el laudo como si fueran sentencias firmes de tribunales nacionales. La parte que solicite el reconocimiento, deberá entregar una copia del laudo a la autoridad competente, quien deberá ejecutarlo, sin existir la posibilidad de modificarlo o rehusarse.

2.8.1 Inmunidad Soberana.

Los Estados pueden excusar el incumplimiento de obligaciones de carácter internacional, incluido el cumplimiento de los Laudos del Centro, al alegar la existencia de inmunidad soberana.

La inmunidad soberana es un mecanismo, reconocido por el derecho internacional para excusar incumplimiento de las obligaciones de los Estados, se deriva del principio de territorialidad y de la soberanía nacional. Aunado a los principios antes mencionados, el

principio de *par in parem non habet imperium*⁴⁹, en virtud de este principio, un Estado no debería estar subordinado ante otro Estado.

Existen dos tipos de inmunidad soberana, aquel que derivado de la jurisdicción y el que surge de la ejecución. La inmunidad en virtud de la jurisdicción, un Estado no podrá ser juzgado por otros, al considerarlos sus iguales, siguiendo el principio de *par in parem non habet imperium*.

El segundo, implica que un Estado será inmune a la ejecución de sentencias o laudos en su contra. Este tipo de inmunidad, ayuda a los Estados a mantener bienes en el extranjero, generalmente con fines de representación y consecución de actividades públicas gubernamentales, sin ser sujetos a embargo o evitando que estos bienes sean sujetos a medidas de ejecución.

El artículo 55 del Convenio de Washington⁵⁰ establece que las medidas de ejecución y reconocimiento de los laudos, señalados en el artículo 54 del mismo, no modifican las leyes de inmunidad soberana de un Estado, por lo que, todo acuerdo relacionado con la inmunidad de un Estado deberá respetarse.

La inmunidad soberana respecto al CIADI es un tema especial, pues si bien es cierto que se deben respetar las leyes nacionales sobre ésta materia, en realidad sólo se respetan sobre la inmunidad soberana respecto a la ejecución de los laudos, pues al existir la obligación de cumplir derivada del artículo 54 de cumplir con las determinaciones de los tribunales

⁴⁹ Adagio latino que significa, Nadie tiene potestad sobre su igual.

⁵⁰ **Artículo 55:** Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretara como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

como si fueran sentencias propias, la inmunidad de jurisdicción se erradica, supuesto que no aplica para aquella derivada de la ejecución.

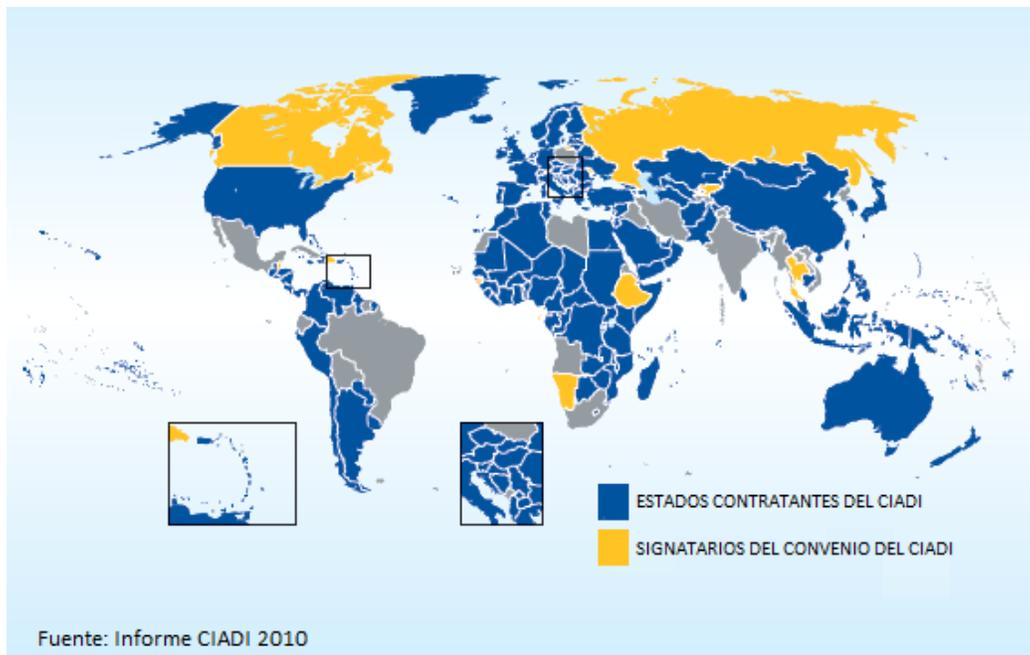
2.9 Situación Actual del CIADI

El número de Estados parte del Convenio de Washington ha aumentado significativamente desde su creación, a la fecha cuenta con 155 Estados signatarios del Convenio. De los cuales, 144 son Estados Contratantes del CIADI al haber cumplido con los lineamientos del artículo 68 del Convenio, antes mencionado.⁵¹

Aunado a las controversias derivadas de los Estados Miembros, el Centro conoce sobre disputas a través del Mecanismo Complementario derivadas de relaciones entre Estados miembros y no miembros, por tal motivo, podemos afirmar que en la actualidad el Centro conoce sobre controversias originadas en casi todo el mundo.

La siguiente figura se muestran en azul, los Estados Parte del CIADI hasta julio de 2010, así como aquellos Estados que han firmado el Convenio sin llegar a formar parte de la misma; a su vez, se podrá apreciar que sólo una pequeña minoría de Estados no son Parte o signatarios del convenio, como el caso de Brasil.

⁵¹ Ver el informe anual 2010 sobre el Centro Internacional de Solución de Controversias Relativas a Inversiones, en www.worldbank.org/icsid (rubro About ICSID/Annual Reports).



Algunos de los Estados que no son Parte del Convenio, se han sujetado en múltiples ocasiones a la jurisdicción del Centro, como lo son Argentina y México.

Respecto a los procedimientos presentados en el 2010, podemos mencionar según el último informe se registraron 27 nuevos procedimientos incrementando el 12% de los casos registrados en el periodo anterior.

Cabe mencionar que dentro de en este periodo del informe las nacionalidades de los inversionistas (quienes por en la mayoría de los casos, son los que inician el procedimiento) varió, aumentando el número de inversionistas de países en desarrollo.

Respecto la materia de las controversias, éstas se han suscitado en sectores específicos de la economía, tales como el petróleo o explotación de recursos naturales, esto es importante ya que existen casos de países que han denunciado a la jurisdicción del CIADI únicamente para casos en los que las controversias versen sobre ciertos sectores de la economía como es el caso de Ecuador quien denunció a la jurisdicción del Centro sobre

conflictos derivados de inversiones en el ámbito de recursos naturales, como el petróleo o gas.

El “Informe anual 2010 sobre el Centro Internacional de Solución de Controversias Relativas a Inversiones”, señala los principales sectores económicos materia de las controversias registradas en el centro señalando que “el sector del petróleo, el gas y la minería ocupó un papel predominante (37%), seguido del sector del transporte (11%). El 21% de las diferencias se refirieron, en iguales proporciones, a electricidad y otras formas de energía; al turismo, y al sector de servicios y comercio (7% cada uno). Los casos restantes se refirieron a agricultura, construcción, información y comunicaciones, y agua, saneamiento y protección contra inundaciones”⁵².

El principal sector económico materia de controversias es aquel relacionado con los recursos naturales, principalmente energéticos, sector al cual Ecuador se opone a que el CIADI tenga jurisdicción, pues las controversias derivadas de la explotación de estos recursos suelen involucrar grandes sumas de dinero.

⁵² Ver el informe anual 2010 sobre el Centro Internacional de Solución de Controversias Relativas a Inversiones, en www.worldbank.org/icsid (rubro About ICSID/Annual Reports).

Capítulo 3: El CIADI en Latinoamérica

En los últimos años, el número de casos presentados ante el CIADI ha aumentado sustancialmente, y con ello su injerencia a nivel mundial, siendo éste el principal mecanismo para la solución de controversias en materia de inversiones. La presencia de los Estados Latinoamericanos, ha sido de vital importancia, pues estos aparecen como actores de un gran porcentaje de las controversias presentadas ante el Centro.

En el presente capítulo se analizará el papel de la región en el Centro y posteriormente, la relación entre ciertos Estados Latinoamericanos y el Centro, quienes se caracterizan no sólo por el número de casos en los que han participado, sino por el rol que desempeñan regionalmente y respecto al Centro. Los Estados que se estudiarán son: Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, Venezuela y México.

3.1 Panorama General de la Región.

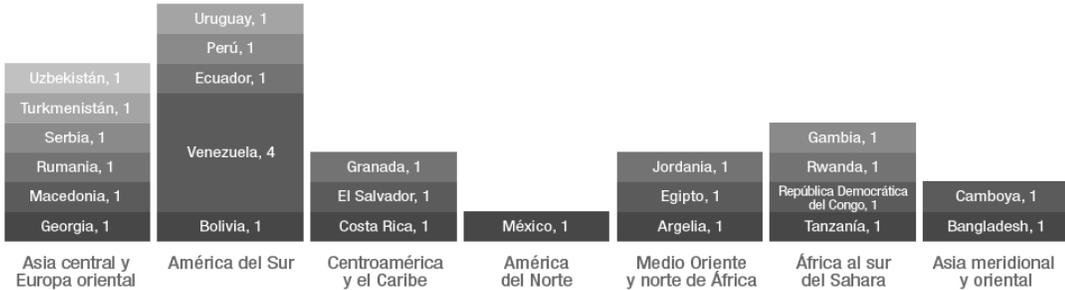
Desde el surgimiento del Centro, el continente Americano, ha aportado un gran número de controversias registradas en éste. En particular, los Estados Latinoamericanos, han sido parte de un gran número de dichas controversias.

De los casos concluidos por el CIADI a la fecha, más de una cuarta parte de ellos involucran a un Estado Latinoamericano, mientras que de los 110 casos pendientes, aproximadamente 65 involucran a un miembro de la región; de estos, 27 se presentaron en contra de Argentina, derivado de la crisis sufrida a principios de siglo y las medidas de emergencia tomadas.

De los 24 casos registrados ante el CIADI durante 2009, 9 involucraban a un Estado Latinoamericano, lo cual representa el 37.5 % de casos, superado únicamente por la región de Europa Oriental y Asia Central la cual contaba con 10 controversias registradas.

Por su parte, en el 2010 el número de controversias en las que se involucra un Estado Latinoamericano, se mantuvo alto pues de 27 registradas 12 pertenecen a la región. En la siguiente tabla se puede observar la distribución geográfica de las controversias sometidas ante el Centro en el último periodo.

Distribución geográfica de casos registrados en el ejercicio de 2010, por Estado parte involucrado



Fuente: Informe Anual 2010 del CIADI

En la figura anterior, se puede apreciar la distribución geográfica de las 27 controversias registradas en el ejercicio 2010, de las cuales 12 pertenecen a Latinoamérica, bajo los rubros: América del sur, Centroamérica y el Caribe y Norte América.

Estas cifras son de suma importancia si se considera que la región es la principal fuente de controversias registradas ante el Centro, seguida por Asia Central y Europa Oriental con una cifra considerablemente menor. Éstas son un reflejo de la situación regional, en donde se ha creado un bloque de Estados con nuevas tendencias político-económicas, que buscan la nacionalización de las empresas y que han ocasionado el aumento de

reclamaciones ante el Centro, por incumplir con los BIT, en los que se fundamentaba la inversión. A su vez, dichas políticas han ocasionado la condena de grandes sumas como indemnización a favor de los inversionistas, lo que ha ocasionado una gran inconformidad de los Estados Miembros.

Aunado al gran número de casos registrados, la importancia de región aumentó con la denuncia de Bolivia al Convenio de Washington, siendo éste el primer Estado en la historia del CIADI en denunciarlo, así como la denuncia “parcial” de Ecuador, ambos Estados miembros de la región. Éstas políticas adoptadas por algunos de los Estados de Latinoamérica han provocado incertidumbre a los inversionistas, pues al no existir antecedentes sobre la denuncia del Convenio, las consecuencias aún no son claras.

Las denuncias de Bolivia y la limitación del consentimiento por parte de Ecuador, surgen a partir del pacto realizado por los países miembros del ALBA para el retiro del CIADI; dicho pacto se consagra en el "Acuerdo de Tintorero"; firmado en abril de 2007 en el marco de la V Cumbre de Barquisimeto y Tintorero. Uno de los factores claves para pactar el retiro del Centro son las grandes sumas, en ocasiones exageradas, que han tenido que pagar los Estados Latinoamericanos, como condena.

A continuación se realizará un estudio a mayor profundidad sobre la relación que guardan Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, México y Venezuela con el Centro.

3.2 Argentina

A lo largo del siglo XX, Argentina se caracterizó por ser fiel seguidora de la Doctrina Calvo⁵³, y obligar a los inversionistas a resolver las controversias derivadas de los

⁵³ La Doctrina Calvo, denominada así en honor a su creador, Carlos Calvo, establece que los extranjeros deben someterse a la jurisdicción local para solucionar y sólo recurrir a su gobierno cuando han sufrido una denegación de justicia, Sepúlveda, Derecho Internacional, ed. Porrúa, México 1991. Ésta doctrina aplicada al comercio internacional, establece que las controversias que involucren a individuos, invirtiendo en el

contratos con el Estado, ante tribunales locales. A principios de los noventa, la política comercial Argentina dio un gran giro, se inicio una política de privatización de empresas estatales. Con tal propósito, se firmaron diversos tratados en materia de inversión y en Octubre de 1994, ratificó la Convención de Washington, iniciando así una nueva etapa en la que se otorgaba a los inversionistas un mayor grado de certeza jurídica.

En esta etapa, se firmaron una serie de BITs, con el propósito de fomentar la inversión extranjera, incluyendo el BIT entre Argentina y Estados Unidos. Dichos tratados se caracterizaron por plantear el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias sin requerir el agotamiento de los recursos internos, rompiendo con la larga tradición de seguir la Doctrina Calvo.

La reticencia de Argentina al arbitraje marcó las negociaciones de los Tratados en cuestión. Inicialmente, se limitaba el acceso al arbitraje internacional, al requerir que se agotaran los recursos internos antes de someter el caso al arbitraje. Únicamente, se podría acudir al arbitraje en los siguientes supuestos: (i) al transcurrir cierto tiempo determinado, sin emitir respuesta alguna de parte del Tribunal local, (ii) la controversia continúa después de que se haya dictado sentencia; (iii) que las partes consideren que la controversia persiste.⁵⁴ A partir de la firma del BIT con Estados Unidos, la política sobre arbitraje, se abrió, pactando la posibilidad de someter controversias a arbitraje sin necesidad de agotar recursos internos.

exterior, deberán resolverse ante tribunales locales, en lugar de en instancias internacionales. A su vez, se elimina la posibilidad de acudir a la protección diplomática para la solución de controversias, estableciendo la igualdad de circunstancias entre nacionales y extranjeros, ante los tribunales locales.

⁵⁴ Ver, Goodman, Uncharted Waters: financial Crisis and enforcement of ICSID Awards in Argentina; Journal of International Economic Law. U. Pa. J. Int'l Econ. L. vol. 28:2.

Argentina registra el mayor número de demandas ante el CIADI, en contra de un Estado Latinoamericano⁵⁵. La mayor parte de ellas surge a consecuencia de la severa crisis económica sufrida a inicios de éste siglo. Las medidas de emergencia tomadas por el gobierno argentino con el propósito de paliar los estragos de la misma, ocasionaron detrimentos en los capitales de los un gran número de inversionistas, presentando éstos controversias ante el Centro, primordialmente por expropiaciones.

3.2.1. La Crisis Argentina

A finales de los años ochenta y principios de los noventa, Argentina sufrió una serie de crisis caracterizadas por una profunda recesión y por hiperinflación; para el año 2001, la situación económica se recrudeció aún más. La capacidad del Estado para cumplir con la deuda externa disminuyó mientras que el desempleo y la pobreza aumentaron.

La incertidumbre ante la situación económica vivida en la época, hizo que la población dudara que el Gobierno cumpliera con sus obligaciones y así tomara medidas tendientes a inmovilizar los depósitos bancarios. Estas dudas ocasionaron un retiro masivo de efectivo de los bancos, sumas que en muchos de los casos fueron transferidas a bancos Uruguayos.

Ante la fuga de capitales, el Gobierno tomo medidas de emergencia para tratar de controlar la economía del país. La primera medida adoptada fue la ley número 1570/01 conocida como “El Corralito”, la cual congeló temporalmente la banca, autorizando únicamente un retiro semanal de 250 pesos, así mismo, se prohibieron las transferencias al extranjero y el cambio de divisas.

La medida anterior provocó gran descontento social, mostradas como grandes manifestaciones y protestas, que al tornarse violentas cobraron decenas de vidas. A

⁵⁵ Según datos del CIADI, se han presentado 49 casos en contra de Argentina, 22 de ellos han sido concluidos y 27 se encuentran pendientes.

consecuencia del este gran descontento el Presidente y su gabinete renunciaron, lo anterior seguido por una sucesión de presidentes cuyo mandato terminaba en cuestión de días.

Posteriormente se publicó la ley de emergencia 25561, consistente en una serie de disposiciones que afectaron a las instituciones financieras, los sectores de petróleo, gas, electricidad, agua, transporte y telecomunicaciones.

Ésta ley, elimina la paridad peso- dólar, poniendo fin al plan de convertibilidad. Como parte de las medidas de estabilización, se crea la política de “El Corralón”, con la cual se restituyen los depósitos reordenando el sistema financiero, así mismo, se creó la estrategia de pesificación, en el cual todas aquellas obligaciones contraídas en dólares americanos deberían de ser cumplidas en pesos, con un tipo de cambio de un peso cuarenta centavos por cada dólar estadounidense, o su equivalente en otra moneda extranjera.

Este conjunto de hechos provocaron una gran ola de controversias presentadas ante el Centro, siendo Argentina, el primer Estado en tener una gran cantidad de demandas en el mismo periodo.

3.2.2 Controversias del Gas y el Estado de Necesidad.

Entre las controversias que surgieron a partir de la crisis económica, un grupo importante de éstas, emanó del sector energético, principalmente de empresas dedicadas al transporte y distribución de gas. Éstas son de gran relevancia a nivel doctrinal. En la mayoría de los casos, se condenó a Argentina al pago de grandes sumas de dinero como indemnización ocasionado el rechazo al sometimiento de controversias ante el Centro. Sin embargo, en LG&E vs. Argentina, se avaló la principal postura de la defensa, cambiando la postura de los tribunales hasta ese momento.

A principios de los noventa, el Gobierno Argentino decidió privatizar, Gas del Estado S.E, empresa que controlaba el monopolio del gas.; ofreciendo a inversionistas tanto nacionales como extranjeros, concesiones para su transporte y distribución.

Se pactó que la tarifa del transporte y la distribución cobrada a los consumidores finales, debería permitir recuperar un “índice de ganancia razonable” a los concesionarios; para definir el precio de la tarifa se basaron en los costos de actividades con riesgos similares. También se acordó que los precios se actualizarían semestralmente conforme a los indicadores del mercado internacional de este tipo de servicios. Las tarifas deberían calcularse en dólares americanos y posteriormente convertirlas en pesos argentinos.

Al presentarse la crisis financiera, las tarifas del gas no se actualizaron, hecho que, originó el incumplimiento de los contratos. Por tal motivo se presentaron ante el Centro diversas controversias; a continuación abordaremos la sentencias de los casos CMS y LG&E, por ser los principales casos sobre las controversias del sector gas en Argentina.

La postura de las partes en ambos casos fue similar, por una parte las empresas demandaban el incumplimiento de los contratos, así como la violación del BIT entre Estados Unidos y Argentina. Por su parte, la defensa argumentó que las responsabilidades en las que pudo haber incurrido al dictar las leyes de emergencia, se encontraban justificadas al existir un estado de necesidad, lo cual era una de las excluyentes de responsabilidad pactados en el tratado.⁵⁶

⁵⁶ Al respecto, Goodman, señala:” *in many of the ICSID CASES brought against Argentina, Argentina has asserte its right under the NPM clause of the United States – Argentina BIT as a defense against claims that Argentina had breached its treaty obligations. Tribunal have weighed in on how to interpret NPM clauses in two ICSID cases brought against Argentina, CMS vs. Argentina and LG&E vs Argentina but with very different assessments. In CMS the tribunal found that NPM was not appropriate in Argentine case in light of the stringent customary international law defense of necessity. In LG&E on the other hand , the tribunal found that because of the NPM clause in the United States – Argentina BIT, Argentina was not liable for any actions during the economic crisis. As such, interpretation of NPM clauses in BIT agreements is far from settled, but can have sizeable effects on the outcome of many of the cases against Argentina*”. , Goodman, *Uncharted*

Las decisiones sobre estas controversias fueron contradictorias, en ambas el tribunal arbitral estudio la existencia de un Estado de Necesidad a la luz del derecho internacional consuetudinario como de las disposiciones del Tratado, derivado de la crisis económica.

En CMS vs. Argentina se condenó a Argentina por los daños ocasionados a CMS por el incumplimiento del contrato así como, aquellos derivados de la ley de emergencia; el tribunal determinó que no aplicaban las cláusulas de salvaguardia (*non-precluded measures*) conforme los parámetros sobre el estado de necesidad, establecidos en el derecho internacional.

Por otra parte, en el caso de LG&E vs. Argentina el tribunal arbitral resolvió de manera contraria, absolviendo a Argentina de la mayoría los cargos, al considerar que las circunstancias económicas de la época y la premura para hacer frente a las mismas, no permitieron que se tomaran otro tipo de medidas, surgiendo así un Estado de necesidad.

El tribunal concluyó lo siguiente: “las condiciones en Argentina desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003 fueron tales, que dicho Estado queda eximido de responsabilidad por las violaciones del Tratado resultantes de las medidas que adoptó. El concepto de eximir a un Estado de responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales durante el llamado “estado de necesidad” o “estado de emergencia” también existe en el Derecho internacional. Luego, y aunque el Tribunal considera que las protecciones del Artículo XI del Tratado han sido accionadas en este caso y son suficientes para eximir a Argentina de responsabilidad, reconoce que el estado de necesidad, tal y como se define hoy en el Derecho internacional (reflejado en el Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos Internacionales,

Waters: financial Crisis and enforcement of ICSID Awards in Argentina; Journal of International Economic Law. U. Pa. J. Int’l Econ. L. vol. 28:2.

elaborado por la Comisión de Derecho Internacional) confirma la conclusión del Tribunal⁵⁷”

La postura tomada por el tribunal sobre el Estado de necesidad, es de suma importancia, pues puede servir como precedente para la gran cantidad de casos que se encuentran pendientes en contra de Argentina, derivados por la crisis económica sufrida a inicios de siglo.

3.2.3 Política Actual de Argentina.

Ante la creciente ola de demandas presentadas ante el Centro y sobre todo ante las grandes condenas que debía pagar Argentina por los incumplimientos a los BIT's y contratos de inversión derivados de la crisis económica, se tomaron ciertas medidas para controlar la materia de inversiones y así intentar interrumpir las grandes demandas presentadas en su contra.

La principal inquietud de los inversionistas al momento de presentar las controversias ante el CIADI es que se determine si el gobierno incumplió unilateralmente los contratos de concesión adjudicados; mientras que al contestar las demandas, Argentina no reconoce la jurisdicción y competencia del CIADI, paralizado así, algunos de los procesos presentados ante esta institución; así mismo, las empresas han iniciado negociaciones con el ministerio de economía y con el de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

Rodríguez Jiménez señala que el Gobierno Argentino planteó tres líneas de actuación con el propósito de reducir las grandes demandas presentadas en su contra: (i) la creación de un foro nacional para la solución de controversias, (ii) el intento de declarar

⁵⁷ ver caso LG&E vs. Argentina, ICSID case no. ARB/02/1.

inconstitucional la Ley que incorpora el Convenio de Washington a la legislación interna;
(iii) la renegociación de los contratos internacionales.

(i) A través de la iniciativa de ley 57/2005, el Ministerio de Justicia de la Nación aprobó la propuesta de crear un comité de expertos, integrado por cinco miembros, dos funcionarios de la Secretaría de política Judicial y Asuntos Legislativos y tres reconocidos juristas especializados en derecho administrativo; con el fin de para elaborar un proyecto de ley para crear el Tribunal Administrativo de Servicios Públicos.

La importancia de crear un tribunal de esta naturaleza, es que al ser especializado en materia de inversiones, tendría la misma jurisdicción *ratione materia* que el Centro, además sería un tribunal independiente e imparcial; así los inversionistas podrían preferir interponer una demanda ante éste foro y evitarse grandes costos del arbitraje internacional, estableciéndolo como alternativa al CIADI. No obstante, a la fecha, no se ha creado dicho Tribunal.

(ii) La segunda forma de atacar al Centro, fue intentar declarar inconstitucional la ley 24,353 que incorpora a la legislación Argentina el Convenio de Washington, por tal motivo, el 10 de marzo de 2009 se presentó el proyecto de ley 0482-D-09 con el fin de declarar inconstitucional ésta ley, al considerarla violatoria de los artículos 27, 31, 75 y 116 de la Constitución.

(iii) La tercera alternativa planteada por Rodríguez Jiménez es renegociar los contratos de inversiones; es necesario recordar, que una vez otorgado el consentimiento a la jurisdicción del CIADI, éste no podrá ser retirado unilateralmente. Al modificar los contratos por ambas partes, se evita esta restricción, convirtiendo ésta opción en la más viable.

Como se puede observar, la postura de Argentina sobre el CIADI se encuentra justificada por el gran número de demandas en su contra, y las grandes sumas a las que ha sido

condenada, que en algunos casos han sido excesivas, protegiendo al inversionista. Ésta postura se ha repetido en algunos Estados Latinoamericanos, como Bolivia, hecho que se analizará posteriormente.

La importancia de Argentina en CIADI, radica en el número de controversias que se han presentado ante el Centro, originadas por la gran crisis económica sufrida; así mismo, los casos que se han resuelto derivados de ésta, sirven como antecedentes para futuras controversias.

3.3 Brasil

La postura Brasileña en materia de inversiones es una excepción a la tendencia global y regional en la materia, pues es de los pocos Estados que se muestran renuentes a formar parte de mecanismos internacionales de solución de controversias tales como el CIADI, y a ratificar tratados en materia de inversiones.

La negativa de Brasil para aceptar la jurisdicción de un foro internacional de solución de controversias y a otorgar ciertas garantías a los inversionistas por medio de BITS no ha sido un factor determinante para los inversionistas pues actualmente es el principal receptor de inversiones en la región⁵⁸.

En los años noventa, Brasil negoció y firmó 14 BITS⁵⁹, sólo algunos fueron remitidos al Congreso para su aprobación, sin embargo, ninguno fue ratificado. Los principales motivos para no ser ratificados eran las cláusulas sobre transferencias, expropiaciones y solución

⁵⁸ Según el informe La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2009, publicado por la CEPAL, en 2009, Brasil continuó siendo el mayor receptor de inversión extranjera directa seguido por Chile, México, Colombia y Argentina.

⁵⁹ Los BITS firmados fueron con : Portugal, Chile, Reino Unido, Suiza, Finlandia, Italia, Dinamarca, Francia, Venezuela, Corea, Alemania, Cuba, Países Bajos y Unión Económica Belgo-Luxemburguesa.

de controversias, (que incluía el sometimiento al arbitraje internacional, principalmente del CIADI).⁶⁰

El rechazo Brasileño al Convenio de Washington y al arbitraje de Centro se fundamenta en el monopolio del Estado para impartir justicia y en el principio de equidad. El primero, establece la facultad y obligación del Estado para impartir justicia, impidiendo a tribunales internacionales conocer sobre controversias competencia del Estado Brasileño.

El segundo argumento, se refiere al principio de equidad ante la ley, en el cual todos los ciudadanos cuentan con el mismo derecho para acceder a la justicia, al otorgar el derecho a los inversionistas extranjeros para acudir un foro internacional de solución de controversias se deja en desventaja a los inversionistas nacionales, pues al tener algún conflicto la única vía a la que pueden acceder es la local, ocasionando desventajas y desigualdades en el acceso a la Justicia.

Augusto de Resende Rocha, ex Ministro de Relaciones Exteriores Brasileño estableció una lista de razones por las cuales Brasil no debía firmar el Convenio, estas eran:

1. Violaba Garantías consagradas en la Constitución Brasileña,
2. Era innecesario pues el Gobierno Brasileño hasta ese entonces, había sido capaz de resolver controversias de esta índole ya sea por vía judicial o diplomática.
3. Contravenía a la legislación nacional al obligar a los inversionistas, a renunciar al derecho de protección diplomática.
4. Reduciría la independencia de los tribunales nacionales para escuchar y conocer asuntos de ésta naturaleza.⁶¹

⁶⁰ KALICKI et Medeiros, Investment Arbitration in Brazil, Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration; Arbitration international, vol. 24, no. 3 LCIA, 2008.

⁶¹ KALICKI et Medeiros, opus cit.

En esta lista no sólo se refleja el principio de equidad en el cual los inversionistas nacionales deben contar con el mismo derecho a acudir a la justicia que los extranjeros, sino que plantea un conflicto de soberanía, pues ésta se disminuiría al aceptar que los conflictos se dirimieran en un tribunal internacional en lugar de los tribunales nacionales; así mismo, busca proteger los derechos de los inversionistas a acudir a la protección diplomática, recurso prohibido por el convenio.

Los argumentos de Resende Rocha, permanecieron durante muchos años y se aplicaban tanto al arbitraje comercial como aquel en materia de inversiones, en especial el argumento que consideraba que se violaban garantías constitucionales. En los últimos años, la política sobre el arbitraje comercial se modificó radicalmente con la creación de la ley de arbitraje en 1996⁶²; aceptando el sometimiento al arbitraje comercial internacional.

En materia de inversiones Brasil se ha caracterizado por ser fiel a línea planteada por antiguos políticos como Resende Rocha, no sólo negándose a firmar BITs y el Convenio de Washington, sino absteniéndose incluir éste tipo de mecanismos de solución de controversias en contratos de inversión. Así mismo, ha fortalecido los tribunales locales para solucionar este tipo de controversias. Sin embargo, con la apertura al arbitraje comercial internacional, la aceptación del CIADI, parece menos imposible.

3.4 Bolivia

El papel de Bolivia ante el CIADI ha sido de vital importancia, no sólo en el ámbito regional sino en la estructura y funcionamiento del mismo. Ésta no radica en el número de casos en los que ha participado, pues únicamente se ha involucrado en cuatro casos llevados

⁶²Wald et Kalicki, the Settlement of Disputes between Public Administration and Private Companies by Arbitration y Brazilian Law, Journal of international arbitration, 26(4): 557-578, Kluwer Law international Netherlands, 2009.

ante el Centro, sino en que fue el Primer Estado Miembro del Convenio de Washington en denunciarlo.

Bolivia firmó el Convenio de Washington el 3 de mayo de 1991⁶³, convirtiéndose en Estado miembro del Centro. Así mismo, ha firmado veintidós BITs. En la gran mayoría de estos, se contempla como mecanismo de solución de controversias al CIADI, ya sea en el mecanismo original o a través del mecanismo complementario⁶⁴.

Ha participado únicamente en cuatro controversias ante el Centro, de las cuales dos sólo han sido resueltas: Aguas del Tunari S.A. y E.T.I. Euro Telecom International N.V., mismas que concluyeron con un arreglo amistoso entre las partes y el retiro de la demanda. Las controversias pendientes actualmente son, Quiborax S.A., y Pan American Energy LL.; ésta última se presentó en abril de 2010, tres años después de la denuncia de Bolivia, al Convenio de Washington, por lo que la simple admisión de este caso ha planteado un precedente en el funcionamiento del Centro.

3.4.1 Política de Nacionalización

En 2006, con la victoria electoral de Evo Morales, la política económica de Bolivia sufrió diversas modificaciones, entre ellas se instauró la política de nacionalización de los hidrocarburos al aprobar una serie de Decretos Supremos que otorgaban al Estado la

63 Lo ratifico través de la Ley 1593, el 12 de agosto de 1994. El acuerdo entró en vigor a partir del 23 de julio de 1995.

64 Bolivia ha firmado TBIs con Alemania (23-03-1987), Argentina (17-03-1994), Bélgica (25-04-1990), Chile (22-09-1994), Corea (1-04-1996), Costa Rica (7-10-2002), Cuba (6-05-1995), Dinamarca (12-03-1995), Ecuador (25-05-1995), España (24-04-1990), Estados Unidos (17-04-1998), Francia (25-10-1989), Italia (30-04-1990), Países Bajos (10-03-1992), Paraguay (3-05-2001), Perú (30-06-1993), Reino Unido (24-05-1988), Rumania (9-10-1995), Suecia (20-09-1990), Suiza (6-10-1987), Uruguay y Venezuela. En la mayoría de los casos, los artículos 8 o 9 de estos TBI sostienen que toda controversia relativa a las inversiones, en manera de lo posible, será solucionada en consultas amistosas en un plazo de seis meses, pero si eso no sucede se abre la puerta al litigio en el CIADI.

propiedad en boca de pozo y el derecho exclusivo para comercializar el gas natural y otros hidrocarburos.

Con el decreto Supremo no. 28701, conocido como “Decreto de Nacionalización Héroes de Chaco”, el Estado recupera la propiedad, la posesión y el control total y absoluto de los recursos del sector de hidrocarburos. Asimismo, se nacionalizan las acciones necesarias para que Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), empresa propiedad del Estado, controle como mínimo el 51% de las empresas Chaco SA., Andina SA., Transredes SA., Petrobrás Bolivia Refinación SA. y Compañía Logística de Hidrocarburos de Bolivia SA, convirtiéndolas en empresas de capital mixto.

Conforme a ésta normativa las ahora empresas mixtas, deben entregar la producción a YPFB quien se encarga y define las condiciones, volúmenes y precios de su comercialización ya sea en el ámbito local o internacional.

En materia de gas natural, se decreto que las empresas dedicadas a este sector, con una producción mayor a 100 millones de pies cúbicos diarios deberían entregar el 82% de las ganancias al Estado. Muchas de las empresas afectadas por éste decreto, amenazaron con presentar controversias ante el Centro, argumentando que la política de nacionalización violaba diversos BIT's. Sin embargo, a la fecha no se han presentado casos en contra de Bolivia relacionadas con éste sector.

En 2008, dos años después de la nacionalización del sector hidrocarburífero, se decretó la nacionalización de la principal empresa en materia de telecomunicaciones, “Entel”, S.A.. Ésta, fue la primera y única empresa operadora de larga distancia, y contaba con el 80% del mercado cautivo en materia de telecomunicaciones.

El 1° de mayo de 2008, se publicó el Decreto Supremo no. 29544, por medio del cual se nacionaliza el paquete accionario de ETI Eurotelecom International, NV; empresa de

capital italiano, dentro “Entel”, S.A.. Dicho decreto, establece que los pasivos de ENTEL S.A. se deducirán de la indemnización de ETI Eurotelecom International NV.

ETI Eurotelecom International NV(ETI), quien es la filial holandesa de Telecom Italia NV sometió la controversia ante el Centro, alegando que éste era competente el asunto en virtud del BIT celebrado entre Holanda y Bolivia, mismo que establece como mecanismo de solución de controversias el CIADI.

Así, éste fue el primer caso presentado en contra de Bolivia, después de su denuncia al Convenio de Washington. La controversia, se sometió el 12 de octubre de 2007 cuando el periodo de seis meses posteriores a la denuncia, establecido en el artículo 71 del Convenio, estaba vigente. Como parte de la defensa Boliviana, se argumentó que el consentimiento de ETI se había otorgado después de la denuncia del Convenio.

El caso fue aceptado por la Secretaría del CIADI, quien informó a las partes, que con base en las reglas del procedimiento, el encargado de decidir si existía o no competencia para resolver era el Tribunal Arbitral. En virtud de lo anterior, se encargó al Tribunal Arbitral que decidiera si existía o no competencia para resolver.⁶⁵

Las partes argumentaron sobre el momento en de el consentimiento a la jurisdicción.. El principal argumento de la defensa de Bolivia era que ETI no había consentido a la jurisdicción del Centro, antes de la denuncia de Bolivia. Por su parte, ETI presentó una reclamación inicial en la cual manifestaba violaciones al BIT, sin embargo según Bolivia, la manifestación del consentimiento se dio al momento de presentar la demanda, hecho posterior a la denuncia.

⁶⁵ Valverde, M., “Bolivia se margina del CIADI”, Puentes, marzo 2008 vol. IX no. 1, <http://www.icsid.org/monthly/puentes/htm>

Además, ETI alegaba que el consentimiento lo había manifestado por medio de un escrito previo a la denuncia y que si esto no era suficiente se había presentado la demanda antes de los seis meses previos a la entrada en vigor de la denuncia, por lo que el consentimiento existía, y el Centro debía de ser competente.

La controversia terminó, en 2009 cuando ETI, retiró la controversia para someterla ante un tribunal ad hoc de las Naciones Unidas, conforme a las reglas de la UNCITRAL. De haberse resuelto la controversia ante el CIADI, se hubieran aclarado varias interrogantes sobre las consecuencias de la denuncia al Convenio de Washington, pues este hubiera sido el primer caso resuelto en contra de un Estado que ha denunciado el Tratado, especialmente aquellas cuestiones relacionadas con el consentimiento.⁶⁶

3.4.2 Denuncia

El 1° de mayo de 2007, Bolivia presentó al Banco Mundial, la denuncia al Convenio de Washington y en consecuencia el retiro del Centro. Ésta decisión forma parte de una política de rechazo al Centro pactada por los Estados miembros del ALBA, a través del "Acuerdo de Tintorero"; firmado en abril de 2007 en el marco de la V Cumbre de Barquisimeto y Tintorero.

La denuncia se justificó argumentando que el Centro es un tribunal desequilibrado con tendencia a beneficiar a las transnacionales, y en el cual, la mayoría de los casos resueltos se interpusieron en contra de países en vías de desarrollo. Asimismo, justifica el rechazo al Centro por el gran costo que representa el arbitraje, sin incluir las cifras millonarias que reclaman los inversionistas al momento de presentar la controversia. En el caso de expropiaciones, no sólo se reclama el valor de los bienes expropiados sino que se sino

⁶⁶ El 5 de noviembre de 2010, el gobierno boliviano anunció la suscripción de un acuerdo con ETI por la cantidad de 100 millones de dólares como compensación por la nacionalización. Equivalente al 10% de la reclamación inicial.

que se solicita una compensación por las ganancias que se dejaron de percibir a partir de la expropiación.

Se argumenta que el CIADI y sus laudos violan los artículos 135 y 24 de la Constitución Boliviana, mismos que señalan lo siguiente:

Artículo 135: "Todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República"

Artículo 24 "Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas"

Éstos artículos establecen que las empresas extranjeras deberán someterse a las leyes y autoridades Bolivianas, ocasionando que se interpreten como una obligación de resolver las controversias en el ámbito interno, negando con esto, la jurisdicción del Centro. Por otra parte, se considera que al otorgar un mecanismo alternativo de solución de controversias únicamente a los extranjeros, se viola el principio de igualdad.

La denuncia de Bolivia ha sido fundamental para el Centro, pues hasta ese entonces, las consecuencias de la denuncia no eran claras. El Convenio, establece en el artículo 71, que la denuncia surtirá efectos a los seis meses de su notificación. El precepto en comento establece:

"Artículo 71: Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación".

Conforme a lo anterior, si Bolivia presento la notificación al Banco Mundial, como depositario del Convenio de Washington, el 1 de mayo de 2007, los efectos de la misma surtieron el partir del 1 de noviembre de 2007.

El alcance de la denuncia es incierto, pues aún cuando un Estado denunciante deje de considerarse Estado Miembro, el artículo 72 del Convenio establece que no se afectarán los derechos y obligaciones nacidas del consentimiento a la jurisdicción del Centro, otorgado previo a la notificación de la denuncia. Dicho artículo señala lo siguiente:

“Artículo 72: Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectaran a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario. “

Del artículo anterior, se desprende que Bolivia cuenta con ciertos derechos y obligaciones aún después de que la notificación de la denuncia haya surtido efectos. Estos, son aquellos derivados del consentimiento como la obligación de no retirar unilateralmente el consentimiento otorgado antes de la denuncia, conforme al primer párrafo del artículo 25.

Al persistir obligaciones después de la denuncia, surgen las siguientes interrogantes: (i) delimitar cuáles son los derechos y las obligaciones que persisten, (ii) si es necesario la aceptación de un tercero a la declaración unilateral del consentimiento otorgado por Bolivia para considerar que existe consentimiento, o basta que ésta lo haga unilateralmente para considerarlo obligatorio, conforme al artículo 25 del Convenio⁶⁷

⁶⁷ En este sentido, el artículo 25 del Convenio establece que *“el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”*.

(iii) se puede solicitar un arbitraje durante los seis meses posteriores a la notificación de la denuncia. Esto es, se debe de entender que el consentimiento unilateral otorgado por Bolivia.

Entre los derechos y obligaciones que persisten se encuentra la obligación de permitir que las controversias se resuelvan ante el CIADI⁶⁸; respetando así, el derecho del inversionista a someter una diferencia ante el Centro. Éste derecho, se encuentra condicionado al consentimiento, mismo que debe haberse otorgado por el Estado denunciante, antes de que el Banco Mundial reciba la notificación de la misma. Lo anterior, implica que si el Estado del cual es nacional el inversionista denuncia el convenio antes de que éste interponga una controversia, el inversionista pierde su derecho a acudir ante el CIADI.

Se deberá continuar con aquellos procedimientos a los que haya otorgado el consentimiento, en los casos que se haya pactado el agotamiento de recursos internos como condición al arbitraje, podrá exigir el cumplimiento de los mismos⁶⁹. La prohibición para otorgar protección diplomática sigue existiendo.

Alejandro Escobar, señala que las controversias surgidas después de la denuncia de Bolivia pueden solucionarse de distintas formas dependiendo de la interpretación del artículo 72,

⁶⁸ Moreno, A., Bolivia, , The Arbitration Review of the Americas 2011, global arbitration review, <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/32/the-arbitration-review-americas-2011/>

⁶⁹ Al respecto, el artículo 26 del convenio establece lo siguiente: “Artículo 26 Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerara como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

señalando así, los posibles efectos de la denuncia. En este sentido, establece tres distintos escenarios para la solución de las diferencias⁷⁰:

1. El Consentimiento debe perfeccionarse antes de que la denuncia sea notificada al Banco Mundial como depositario del Convenio. Esto implica que el inversionista debió aceptar el consentimiento de Bolivia antes del 2 de mayo de 2007. Este supuesto brinda certeza jurídica al Estado denunciante pues, podrá determinar el momento en que su participación en el Centro concluye; sin embargo desprotege al inversionista quien pudo haber invertido en Bolivia en vez de cualquier otro lugar por las garantías que le ofrecían al momento de realizar la inversión, incluyendo la posibilidad de solucionar controversias en el CIADI.

Otro aspecto negativo de éste escenario, es que no considera los apartados específicos de solución de controversias en los BITs, dejándolos sin un mecanismo especializado para estos propósitos. Asimismo, se debe considerar el periodo de seis meses entre la denuncia y su entrada en vigor, en este escenario se imposibilita al inversionista a reconocer el consentimiento de Bolivia en este periodo, aun cuando la denuncia no ha surtido efectos.

2. El segundo escenario expuesto, es aquel en el que se requiere que se perfeccione el consentimiento antes de que surta efectos la denuncia, es decir antes del 3 de noviembre de 2007. Éste escenario resuelve el conflicto del periodo entre la notificación de la denuncia y su entrada en vigor, obligando a permanecer el consentimiento otorgado unilateralmente mientras el estado denunciante siga

⁷⁰ Escobar, A. Bolivia's withdrawal from ICSID, *Global Arbitration Review*, Volume 2, Issue 3 June/July 2007.

siendo miembro del Convenio. A su vez, se otorga la posibilidad al inversionista de perfeccionar el consentimiento aun cuando se haya notificado la denuncia.

Con este escenario, existe incertidumbre sobre el consentimiento otorgado unilateralmente por Bolivia, pues al no presentarse controversias antes del 3 de noviembre de 2007, se considera que el consentimiento no se perfecciono, las declaraciones unilaterales de Bolivia dejan de tener efectos, lo que incumple con lo dispuesto por el artículo 25 fracción primera, que se prohíbe el retiro unilateral del consentimiento a la jurisdicción del Centro.

3. El tercer escenario propuesto, es la posibilidad de perfeccionar el consentimiento otorgado por Bolivia mediante declaración unilateral, durante el tiempo que ésta exista. Es decir, mientras exista el BIT o tratado internacional que dio origen al consentimiento de Bolivia al Centro, ésta se encuentra vinculada al Centro, ésta postura promueve el cumplimiento de los tratados internacionales y otorga al inversionista la certeza de que las garantías otorgadas al momento de realizar la inversión, en especial las referentes a la solución de controversias va a cumplirse.

Entre las desventajas de este escenario, se encuentra el hecho de que limita la denuncia al Convenio, obligando a Bolivia a ser parte de controversias aun cuando éstas surjan muchos años después de la denuncia del convenio, así mismo, ésta estará vinculada aun cuando la inversión se haya dado después de noviembre de 2007.

De los tres escenarios planteados por Escobar, el más viable es el tercero, pues cumple con lo dispuesto por el artículo 25 del Convenio y otorga certeza jurídica a los inversionistas. Sin embargo, conforme a dicho artículo, el consentimiento se perfecciona cuando ambas partes lo han manifestado por escrito. Este supuesto ocasiona cierta

incertidumbre pues es posible argumentar que si no se perfecciona el consentimiento antes de la denuncia, el Centro no tendrá jurisdicción para resolver la controversia.⁷¹

Ahora bien, si un BIT establece más de un mecanismo de solución de controversias y uno de sus Estados miembros denuncia el Convenio de Washington sin que se haya perfeccionado el consentimiento, es posible que éste alegue que existen otros mecanismos para la solución de la controversia distintos al CIADI, sin estar obligado a acudir ante éste.

En el supuesto anterior, es muy probable que al dejar de ser Estado Parte, la controversia derivada de un BIT deba solucionarse ante el mecanismo complementario, el cual resuelve diferencias entre un Estado Parte o los nacionales de un Estado Parte y un Estado no parte o sus nacionales.

Como se puede observar, la denuncia de Bolivia al Convenio de Washington, ha abierto la caja de Pandora, y a partir de ésta se han podido especular diversos escenarios y posibles soluciones a las controversias que se deriven en un futuro. Lo que es muy cierto es que quien puede marcar un precedente y determinar las consecuencias de la denuncia, es el propio CIADI a través de los tribunales arbitrales.

En abril de 2010 el Centro admitió una controversia planteada por la empresa por Pan American Energy LLC en contra de Bolivia por la nacionalización de su filial, “Chaco”, S.A. en enero de 2009. La determinación del Tribunal Arbitral sobre éste asunto, podrá ser la respuesta a las interrogantes sobre los efectos de la denuncia, que a la fecha siguen inciertos.

⁷¹ en el caso ETI Eurotelecom International NV vs. Bolivia, la defensa de Bolivia argumentó que el Centro no era competente para conocer sobre la controversia toda vez que, ETI manifestó su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, cuando Bolivia ya había denunciado el Convenio.

3.5 Ecuador

En los últimos años, la postura de Ecuador ante el arbitraje internacional, en particular el del CIADI, ha sido de rechazo absoluto, formando parte del grupo de Estados latinoamericanos comprometidos a terminar o limitar el alcance de los tratados existentes en materia de inversiones. No se debe olvidar que Ecuador es miembro del ALBA y que este se comprometió, junto con los demás miembros del bloque a denunciar el Convenio.

El 5 de junio de 2009 el Banco Mundial recibió la notificación formal de la denuncia al Convenio de Washington por parte de Ecuador, el argumento principal para dicho acto, era que el Convenio así como los laudos emitidos por el Centro violaban la Constitución, modificada en el 2008, la cual prohíbe que celebre tratados internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales.

3.5.1 Antecedentes

En 2007, siguiendo los pasos de Bolivia y la línea establecida por el ALBA, el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador presentó ante el CIADI el comunicado no. 56354/GM, limitando su consentimiento a la jurisdicción del Centro, dicho comunicado establece lo siguiente:

“La República de Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del CIADI, las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República de Ecuador en someter ésta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de

presentación de esta notificación, es retirado por la República de Ecuador, con eficacia inmediata a partir de ésta fecha.”

Al limitar la jurisdicción del Centro en las diferencias que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales en especial del sector hidrocarburos, Ecuador pretendía limitar el número de diferencias presentadas en su contra, pues la mayoría de éstas se relacionan con dichas actividades. Asimismo, se buscaba reducir las consecuencias de la nueva política sobre la materia, en la cual se aumentaron significativamente los impuestos a la extracción del petróleo.

El propio Convenio, faculta a los Estados Contratantes a limitar la jurisdicción del CIADI, respecto cierto tipo de controversias, sin que se considere esto como el retiro unilateral del consentimiento. Ésta facultad se establece en el artículo 25 fracción IV de la siguiente manera:

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

La fracción anterior del artículo 25 es un medio para limitar el consentimiento del Estado sin que éste se considere como una denuncia o retiro unilateral del consentimiento, lo cual se encuentra prohibido por el propio artículo 25.

La notificación de Ecuador sobre la negativa de someter ante el Centro las diferencias derivadas del sector hidrocarburífero no evitó que se presentaran demandas en su contra por las mediadas adoptadas por el Gobierno de Correa. Tal es el caso que a la fecha se han

presentado cuatro denuncias por controversias de ésta naturaleza, mismas que fueron admitidas por la Secretaria General.

3.5.2 Murphy Exploration and Production Company Internationalvs. Ecuador

Este caso es de suma importancia para entender los alcances de la notificación derivada de la fracción IV del artículo 25, pues es la única diferencia resuelta en contra de Ecuador, derivada de los sectores excluidos en el comunicado no. 56354/GM.

Murphy Exploration and Production Company International es una empresa dedicada a Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana, la cual se vio afectada por el decreto 662 emitido el 18 de octubre del 2007, por el cual las empresas dedicadas a la exploración y explotación de hidrocarburos debían pagar el 99% de la diferencia entre el precio de mercado del petróleo y el precio contractual de referencia

Al presentar la diferencia ante el Centro, éste alegó que Ecuador no le brindó un trato justo y equitativo a su inversión y, que al incumplir el Contrato, violó la cláusula paraguas del BIT. Además, que las medidas arbitrarias dictadas por el gobierno, perjudicaron su inversión a tal grado de sufrir una expropiación indirecta.

Por su parte, Ecuador alegaba que no había jurisdicción del Centro, toda vez que notificación presentada al amparo de la fracción cuarta del artículo 25 del Convenio limitaba su consentimiento a la jurisdicción del CIADI en el sector hidrocarburífero.

Para resolver el conflicto sobre la jurisdicción, el tribunal arbitral analizó los alcances de la fracción IV del artículo 25, y si la exclusión de jurisdicción hecha por Ecuador afectaba el consentimiento otorgado a través del BIT con Estados Unidos. Al respecto el tribunal concluyó lo siguiente:

“A juicio del Tribunal, el artículo 25(4) del Convenio les permite a los Estados Contratantes notificar al Centro la clase de diferencias que aceptarían someter, en el futuro, a su jurisdicción. Esa notificación se podría formular en cualquier momento, por medio de una declaración unilateral dirigida al Centro y el Secretario General debería transmitirla inmediatamente a todos los Estados Contratantes. Sin embargo, a juicio del Tribunal, el efecto de las notificaciones realizadas según el artículo 25(4) es el de informar a las demás partes contratantes la clase o clases de diferencias que el Estado notificante aceptaría someter, en el futuro, a la jurisdicción del Centro. El mismo texto aclara que esa notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) del artículo 25.”⁷²

Aún cuando se determinó que el efecto de la notificación era informar a las demás partes que en el futuro no aceptaría la jurisdicción del Centro para las diferencias de determinada clase; permanecía la duda sobre si el consentimiento derivado de un BITs terminaba con ésta declaración. En tal sentido, el tribunal señaló que el Estado no puede modificar unilateralmente un tratado a través de este tipo de notificaciones. Asimismo, hizo hincapié en la obligatoriedad de los tratados y su cumplimiento de buena fe a partir del principio *pacta sunt servanda*.

El tribunal resolvió la controversia sobre si se modificaba el consentimiento del BIT al señalar que *“Para Ecuador, la opción del arbitraje CIADI en virtud del TBI⁷³ funciona solamente dentro de los límites establecidos en el Convenio CIADI. En consecuencia,*

⁷² Murphy Exploration and Production Company International vs. Ecuador es el único caso de la materia resuelto después de la notificación de Ecuador para limitar la jurisdicción del Centro. Ver: ICSID Cases no. ARB/08/4. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1812_Sp&caselId=C267

⁷³ Tratado bilateral en material de inversiones (BIT)

sostiene que al aceptarse los términos del TBI e incluir la opción de la jurisdicción del CIADI, ambas Partes retuvieron su derecho de actuar conforme al artículo 25(4) para limitar la disponibilidad de su consentimiento”.

El caso de Murphy Exploration, sirvió para aclarar los efectos de la limitación del consentimiento a la jurisdicción del CIADI, pues hasta antes del laudo, existían diversas teorías en la doctrina que señalaban distintos efectos, entre estas que el consentimiento otorgado por un BIT en vigor, no debía de ser modificado con éste tipo de notificaciones, y por lo tanto se entendía que los efectos de la misma surgirían para BIT o contratos posteriores.

3.5.3 La denuncia y las Reformas legislativas y constitucionales

Desde su entrada al poder, el Gobierno de Rafael Correa, ha sido uno de los principales promotores del rechazo del CIADI, promoviendo nuevos mecanismos para la solución de diferencias en materia de inversiones, principalmente aquellos regionales. Correa ha manifestado en diversas ocasiones que el arbitraje del Centro es una forma de colonialismo y esclavitud ante los inversionistas, Washington y por supuesto el Banco Mundial.

Como parte de la política de rechazo al CIADI se han implementado medidas que van desde reformas legislativas hasta la denuncia de tratados internacionales incluyendo el Convenio de Washington. Además se han renegociado contratos, excluyendo la cláusula compromisoria, que otorgaba el consentimiento a la jurisdicción del Centro.

El 6 de junio de 2009, Ecuador presentó formalmente la denuncia del Convenio de Washington al Banco Mundial, siendo el segundo Estado en la historia del CIADI en

denunciarlo. Los efectos de la misma surtieron el 7 de enero de 2010.⁷⁴ Como se mencionó en el apartado anterior, los efectos de la denuncia siguen siendo inciertos, pues aún no se establecen los límites para el consentimiento a la jurisdicción del Centro, el cual no puede retirarse unilateralmente.

Los motivos de Ecuador para denunciar el Convenio de Washington, son similares a los esgrimidos por Bolivia en su momento, y pueden resumirse en cuatro puntos principalmente: (i) Las decisiones del CIADI son inapelables, (ii) en la mayoría de los casos resueltos por el centro han favorecido a los inversionistas, hecho que demuestra la falta de neutralidad y parcialidad del CIADI, (iii) son discriminatorias, pues sólo las empresas privadas cuentan con *ius standi*, para acudir ante este foro (iv) los costos del arbitraje y la aplicación de justicia son sumamente elevados.⁷⁵

A diferencia de Bolivia, el consentimiento otorgado por Ecuador previo a la denuncia, ha sido retirado a través de modificaciones tanto a BITs y la renegociación de contratos, reduciendo los vínculos entre éste y el CIADI.

El 28 de septiembre de 2008, se aprobó mediante referéndum La Constitución para la República de Ecuador, la cual establece una nueva política de Estado, que incluye una

⁷⁴“Ecuador Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention. On July 6, 2009, the World Bank received a written notice of denunciation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention) from the Republic of Ecuador. In accordance with Article 71 of the ICSID Convention, the denunciation will take effect six months after the receipt of Ecuador's notice, i.e., on January 7, 2010. In its capacity as the depository of the ICSID Convention, and as required by Article 75 of the ICSID Convention, the World Bank has notified all ICSID signatory States of the Republic of Ecuador's denunciation of the ICSID Convention.” Comunicado de prensa emitido por el CIADI, ver <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement20>

⁷⁵ Vincentelli, I. "The Uncertain Future of ICSID in Latin America", 2009. Disponible en: http://works.bepress.com/ignacio_vincentelli/1. última revisión: 20 de enero de 2011.

postura distinta en materia de inversiones, y sobre todo respecto al arbitraje. El artículo 422 prohíbe celebrar tratados que reconozcan el arbitraje internacional. Dicho artículo señala lo siguiente:

“Artículo 422.- No se podrán celebrar tratados internacionales en el que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”

El precepto antes citado, establece que no se podrán suscribir nuevos tratados que incluyan cláusulas de sometimiento al arbitraje internacional sobre diferencias de carácter contractual y comercial en donde el Estado sea parte. La redacción de éste artículo, sugiere que el arbitraje en materia de inversiones se encuentra permitido, al especificar únicamente el arbitraje comercial y contractual.

La Corte Constitucional declaró inconstitucionales dieciséis BITs entre ellos los celebrados con Alemania, Reino Unido, Finlandia y China, por considerar que violaban el artículo 422 al contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias⁷⁶. Esta interpretación es incorrecta, pues el artículo en comento, prohíbe celebrar nuevos tratados, por lo tanto aquellos celebrados con anterioridad, no serán afectados por dicha norma. Asimismo, se debe tomar en cuenta, que el texto Constitucional no menciona la prohibición de someterse al arbitraje en materia de inversiones, pues se limita a señalar el arbitraje comercial y contractual.

La postura de Ecuador ante el CIADI es fundamental para entender el futuro de la denuncia, pues ha sido el único Estado en tomar las medidas pertinentes para romper los

⁷⁶Jijón-Letort R., Robalino-Orellana J., Ecuador, Arbitration Review of the Americas 2011, global arbitration review, <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/32/the-arbitration-review-americas-2011/>

vínculos que lo ataban al Centro, ya que la denuncia del Convenio de Washington es sólo un paso para evitar que se presenten diferencias ante el CIADI.

3.6 México

México ha formado parte de catorce casos⁷⁷; presentados ante el Centro; sin embargo su relación con el CIADI es particular, por no calificarla como contradictoria. Por un lado, es uno de los Estados con mayor número de controversias, precedido únicamente por Argentina y Venezuela y por otra es de los pocos Estados Latinoamericanos renuentes a formar parte del Convenio de Washington.

México es de los Estados con mayor número de casos sometidos ante el CIADI a través del mecanismo complementario. Los casos en los que México ha participado como demandado se derivan del consentimiento al arbitraje del Centro otorgado en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

3.6.1 Análisis Jurídico de la relación México –CIADI.

Para poder entender la postura Mexicana respecto al CIADI y en especial el rechazo a formar parte de éste, es necesario responder a las siguientes interrogantes, (i) Si México, conforme a la legislación vigente, puede aceptar un Mecanismo de Solución de Diferencias en Materia de Inversiones y (ii) si la firma del Convenio de Washington es compatible con nuestro ordenamiento jurídico interno.

⁷⁷Waste Management, Inc.; Bayview Irrigation District and others; Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.; Talsud, S.A.; Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. ; Corn Products International, Inc.; Fireman's Fund Insurance Company; Waste Management, Inc.; Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A.; Marvin Roy Feldman Karpa; Robert Azinian and others; Metalclad Corporation

Con tal propósito, se deberá considerar lo dispuesto por la Constitución, la legislación Nacional, los tratados internacionales vigentes en México y los principios generales de derecho, incluyendo aquellos de derecho internacional. En especial, lo señalado en el artículo 104 fracción III de la Constitución. Así mismo, se deberá considerar el requisito de agotamiento de los recursos internos, la protección diplomática y algunos principios de derecho internacional como el *Pacta Sunt Servanda*.

En materia de celebración de tratados nuestra Carta Magna establece como limitaciones de carácter formal las contenidas en el 89 fracción X y el artículo 76 fracción I. En el ámbito material, se deben considerar aquellas derivadas de los artículos 15, 18 y 133; las cuales no impiden la posibilidad de celebrar un tratado que contemple éste tipo de mecanismos.

El artículo 104 fracciones III de nuestra Constitución establece que el único competente para resolver las diferencias que involucren a la Federación son los Tribunales Federales, limitando así, la posibilidad de someter este tipo de controversias ante tribunales internacionales. Dicho artículo establece lo siguiente:

“Artículo 104. Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para ante (apelables ante, sic DOF 08-10-1974) el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado (...)

II. De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo;

III. De aquellas en que la Federación fuese parte..."

De la lectura del artículo anterior, se desprende que las diferencias en las que la Federación fuese parte, incluyendo aquellas en materia de inversiones, deberán resolverse por los Tribunales Federales.

Robustezco las consideraciones anteriores, con el criterio Federal que a continuación se transcribe:

Tesis Seleccionada

Instancia: Tercera Sala

Época: Octava Época

Localización

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Parte: 59, Noviembre de 1992
Tesis: 3a./J. 22/92
Página: 18

Rubro

COMPETENCIA FEDERAL. SE SURTE CUANDO EN UNA CONTROVERSIA SEA PARTE LA FEDERACION, ENTENDIDA ESTA COMO EL ENTE JURIDICO DENOMINADO ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Texto

Establece el artículo 104, fracción III, constitucional, que los tribunales federales conocerán de las controversias. "En que la Federación fuese parte". En este precepto el término Federación no está utilizado como forma de gobierno ni como órgano federal con facultades específicas, sino como la nación misma, es decir, como la agrupación humana que con su poder soberano se organiza jurídica y políticamente a través del Derecho para dar vida a la persona moral denominada Estados Unidos Mexicanos, con todos sus elementos: población, territorio y poder público, que abarca tanto al orden federal, que impera sobre todo el territorio, como a los órdenes locales, que velan sobre el territorio específico de cada entidad federativa. El Estado Mexicano actúa o ejerce las diversas funciones en que se desarrolla el poder público a través de órganos estatales que en su conjunto constituyen el Gobierno Federal, con jurisdicción en todo el país, o bien los gobiernos de cada Entidad Federativa, pero es el primero el que además de ejercer las funciones que le corresponden dentro de la distribución de competencias, asume la representación de la nación. Lo anterior no implica que se identifiquen el Estado Mexicano

y el Gobierno Federal; éste se constituye sólo por los órganos a través de los cuales aquél, persona moral de derecho público con sustancialidad jurídica y política propias, ejercita en el ámbito federal el poder público de que está investido y aun cuando posea la representación de dicho Estado, no es el Estado mismo. Por tanto, para que se surta la competencia de los tribunales federales según lo dispuesto por la fracción III del artículo 104 constitucional, se requiere que sea parte en la controversia la Nación, el Estado Federal Mexicano como ente de Derecho, con personalidad jurídica y política propias, que abarca el orden total, dentro del cual se incluye el federal y los locales. No basta, por tanto, que en la controversia sea parte alguno de los Poderes de la Unión o algún órgano de los mismos con motivo del ejercicio de las facultades y atribuciones que conforme al sistema competencial establecido les corresponda, pues en este supuesto el sujeto en la controversia es el órgano de gobierno mas no la entidad Estados Unidos Mexicanos, sin que puedan identificarse. En cambio, cuando alguno de los Poderes u órganos federales interviene en un juicio, no como tal sino como representante de la Nación, su conocimiento compete a los tribunales federales porque es parte el Estado Mexicano y no el Poder u órgano que sólo lo representa.

Por su parte, la Ley de Celebración de Tratados reconoce los tratados que planteen la solución de diferencias incluyendo aquellas en las que la Federación sea parte, siempre que se cumplan con los requisitos de reciprocidad internacional, garantía de audiencia e imparcialidad; lo anterior se encuentra descrito en el artículo 8 de la Ley en comento, de la siguiente manera:

“Artículo 8: Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeros u organizaciones internacionales, deberán:

- I. Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional.*
- II. Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y*
- III. Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.”*

La intención del legislador en el artículo que precede es aceptar y reconocer los mecanismos internacionales de solución de controversias incluyendo aquellos especializados en resolver diferencias en las que el Estado o la Federación sean parte; hecho que podría considerarse como inconstitucional y violatorio de la fracción III del artículo 104 Constitucional.

Éste artículo contradice al artículo 104 fracción tercera de la Constitución, pues faculta a instancias distintas a los tribunales de la federación para conocer las controversias en las que la federación sea parte.

Por otra parte, debe considerarse que México ha suscrito una gran cantidad de tratados que contemplan la solución de diferencias en materia de inversiones ante distintos foros internacionales, como lo son el arbitraje bajo las reglas de la UNCITRAL o el CIADI.

Respecto a la obligatoriedad de los tratados internacionales La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena) reconoce el principio de *Pacta Sunt Servanda* al señalar, en el artículo 26, que “*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. Con lo cual, los Estados signatarios deberán cumplir cabalmente con los Tratados que suscriban.

Asimismo la Convención de Viena establece que un Estado no podrá alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento, estableciendo un límite para las excepciones que los Estados quisieran oponer con el fin de evitar el cumplimiento de sus obligaciones.

Considerando, que México ratificó en 1988 la Convención de Viena, nuestro país se encuentra obligado por los tratados suscritos a someter las controversias ante foros internacionales y no podrá justificar el incumplimiento por ser contradictorio al derecho interno, pues de lo contrario, incurriría en responsabilidad internacional.

Por tal motivo, es necesario hacer un análisis de la política Mexicana frente al arbitraje en materia de inversiones para intentar comprender los motivos que han llevado al gobierno Mexicano a contraer obligaciones internacionales y crear leyes que pueden considerarse como contrarias a la Constitución.

3.6.2 Política Mexicana frente al CIADI

México, se ha mantenido renuente a la firma del Convenio de Washington, sin embargo en sus 25 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (BITs) y los 11 Tratados de Libre Comercio⁷⁸ contemplan al CIADI como mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones.

La negativa del gobierno Mexicano a firmar el Convenio no implica el rechazo a la jurisdicción del Centro, pues éste contempla el arbitraje del CIADI en todos sus instrumentos en materia de inversiones⁷⁹. Al no ser Estado Miembro, todas las controversias en las que México o sus inversionistas, sean parte deberán resolverse conforme al Mecanismo Complementario del CIADI.

Cabe mencionar, que al no formar parte del CIADI, los inversionistas Mexicanos se encuentran en desventaja respecto a los inversionistas de distintos Estados, pues éstos no podrán acudir ante el Centro a menos que exista un BIT que contemple al Centro como mecanismo de solución de diferencias. Sin embargo, nuestros inversionistas correrán los

⁷⁸ México los tratados de libre comercio firmados por México son: Tratado de Libre Comercio para América del Norte (México, Estados Unidos y Canadá); Grupo de los Tres (México y Colombia); TLC México-Costa Rica; TLC México-Nicaragua; TLC México-Israel; TLC México-TN (El Salvador, Guatemala, Honduras y México); TLC México-AELC (Islandia, Noruega, Liechtenstein, Suiza y México); TLC México-Uruguay; TLC México- Japón; TLCUEM (México y Unión Europea); TLC México-Chile.

⁷⁹ Gonzalez de Cossio F., Arbitraje de Inversión, Porrúa, México, 2009.

mismos riesgos distintos a aquellos propios de la inversión, sin la posibilidad de resolver sus diferencias ante el CIADI.

Mucho se ha dicho sobre los motivos del gobierno para evitar suscribir el Convenio, sin embargo, no existe una postura real que justifique ésta reticencia; lo que ha llevado a especular sobre las verdaderas razones para negarse a ser parte del Centro, entre éstas se mencionan los casos de arbitraje en los que México ha participado, y las condenas que ha tenido que pagar, también se argumenta que existe un rechazo a acudir a foros internacionales, como el CIADI, para resolver las controversias.

La realidad es que no existe una razón válida que explique por qué se rechaza al CIADI (en el mecanismo originario) y se promueve el mecanismo complementario ; aún cuando el segundo, trae consigo ciertas desventajas, pues en principio excluye la aplicación del Convenio. Aunado a que éste no es un tratado internacional, por lo que cualquier controversia derivada de su aplicación no podrá ser resuelta por la Corte Internacional de Justicia.

El mecanismo se caracteriza por ser un conjunto de reglas dictadas por el Consejo Administrativo del Centro que autorizan al Secretariado a administrar, a petición de parte ciertos procedimientos entre estados nacionales e inversionistas de otros estados que caen fuera del ámbito del convenio. El procedimiento, excluye a aquellos Estados que no son signatarios de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

El artículo tercero del Reglamento del Mecanismo Complementario, limita la competencia de los árbitros conforme al mecanismo, excluyendo la aplicación del Convenio a aquellas recomendaciones, laudos o informes que emitan los árbitros conforme éste procedimiento.

A diferencia del arbitraje bajo el Convenio del Washington, el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario se encuentra sujeto a los procedimientos y mecanismos del Estado Cede del arbitraje, *Lex Arbitri*.⁸⁰ Lo anterior, remite a los tribunales locales para el reconocimiento y ejecución de los laudos, lo que puede ocasionar abusos o retrasos por parte de las autoridades locales.

Como se pudo observar, existen grandes diferencias entre el arbitraje del Centro y aquel derivado del mecanismo complementario, el cual ofrece menos garantías a los inversionistas Mexicanos y condiciona su acceso al Centro a que el Estado receptor sea Estado Miembro del Convenio.

En conclusión podemos mencionar que la negativa de México ante el CIADI es injustificada, pues ha adquirido derechos y obligaciones por haber suscrito tratados que reconocen al Centro como mecanismo de solución de diferencias, lo que implica una aceptación al arbitraje en materia de inversiones, y el reconocimiento de un foro internacional para resolver este tipo de diferencias.

El punto medular de la postura Mexicana radica en descifrar porqué si se reconoce el procedimiento derivado del mecanismo complementario, no gozar los derechos que surgen al convertirse un Estado Miembro y resolver las controversias conforme el Convenio de Washington.

Diferencia entre ésta postura y la de otros Estados Latinoamericanos que no han firmado el Convenio, como Brasil, es que éste es ecuánime en su postura, pues no sólo se niega a firmar el Convenio de Washington sino que evita firmar BITs. México debería de seguir este ejemplo y decidir si acepta o no la jurisdicción del Centro tomando las medidas acordes a dicha postura; es decir, si se opta por rechazar el Convenio, lo más prudente

⁸⁰ González de Cossio F. *opus cit*

seria renegociar los tratados en materia de inversiones para excluir las clausulas compromisorias.

Capítulo IV: Prospectiva del CIADI en América Latina

Al surgir controversias en materia de inversiones entre un Estado Receptor y un inversionista de otra nacionalidad, es necesario resolverlas en un foro distinto a los tribunales locales, con el fin de garantizar imparcialidad. En este sentido, el CIADI ha fungido como mecanismo de solución de diferencias. Sin embargo, existe la necesidad de sopesar las ventajas y desventajas derivadas de este mecanismo, para determinar su viabilidad e intentar proyectar una prospectiva del mismo en la región.

A nivel mundial se han presentado exclusivamente dos denuncias del Convenio de Washington una por Bolivia y otra por Ecuador, ambos pertenecientes al ALBA. Por su parte Argentina sobresale por el número de controversias presentadas en su contra. Brasil, un gran foco de inversiones, se caracteriza por su rechazo a la firma de tratados en materia de inversiones en particular a los mecanismos internacionales de solución de diferencias como el CIADI.

El futuro cercano del CIADI en América Latina es incierto, sobre todo si se considera que existen dos tendencias sobre el arbitraje en materia de inversiones. Por una parte, un gran grupo de Estados Latinoamericanos que se muestran a favor del arbitraje sobre la materia, principalmente aquel celebrado ante el Centro. Estas naciones apuestan por el mecanismo a través de la promoción de BITs o incluyendo cláusulas compromisorias en sus contratos de inversiones. Por otro lado, existe otro bloque de Estados que promueve la denuncia del Convenio de Washington y pretende evitar la jurisdicción de organismos internacionales, en particular los extra regionales, para resolver este tipo de controversias.

Entre estos últimos se encuentran Bolivia y Ecuador, quienes han denunciado el Convenio como parte de una política del ALBA. Las circunstancias en las que se dio la denuncia de estos países ha generado incertidumbre sobre la aplicación del Convenio de Washington,

pues éste señala que una vez otorgado el consentimiento por las partes no podrán retirarlo unilateralmente.

Someterse a la jurisdicción del Centro y la firma del Convenio de Washington, conlleva una serie de ventajas y desventajas. A continuación se sopesarán las ventajas y desventajas que implica someter una controversia ante el Centro, con el fin de establecer la viabilidad del Centro en la región; posteriormente, se analizarán las consecuencias de denunciar el Convenio.

4.1 Ventajas del CIADI

El Centro concede al inversionista la facultad para presentar controversias ante una instancia internacional sin necesidad de acudir a la protección diplomática; concediéndole el *ius standi* al inversionista.

Bohoslavsky menciona al reflexionar sobre la solución de controversias en materia de inversiones, que “lo más importante es que el sistema de resolución de disputas entre inversores y Estados es pretendidamente “despolitizado” en el sentido de que, por un lado, el Estado del inversor y el que lo aloja ya no se relacionan directamente puesto que existe un complejo sistema arbitral que los intermedia (Shihata, 1986); y por el otro, porque ese sistema implica la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros internacionales que son —pretendidamente— ajenos a las tensiones políticas propias de cualquier sistema judicial doméstico.”⁸¹

El CIADI, garantiza a las partes que las diferencias no serán sujetas a la agenda política de los Estados Parte, al obligar a los inversionistas a renunciar al derecho de protección

⁸¹ Bohoslavsky J., Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento), junio de 2010, Naciones Unidas.

diplomática. Así mismo, el Convenio establece límites, dentro de su clausulado, para denunciarlo por cuestiones políticas.

A diferencia de otros mecanismos de solución de controversias, el Centro es un mecanismo especializado de solución de diferencias, lo cual implica que únicamente conocerán de diferencias en materia de inversiones. Al ser especializado, sus árbitros se encuentran sensibilizados con los temas controvertidos; considerándoles expertos en la materia. Contrario a lo que ocurre en otro tipo de mecanismos, como los tribunales ad hoc creados a partir de las reglas de la UNCITRAL, quienes son más generales y no obligan a que los árbitros sean expertos en la materia de inversiones.

Los laudos emitidos por los tribunales del Centro, se caracterizan por ser exigibles en cualquiera de sus Estados Partes, sin necesidad de ser reconocidos por un juez nacional. El procedimiento de ejecución de las sentencias del CIADI es un sistema auto-contenido, es decir, el propio Convenio regula que procedimiento para ejecutar los laudos. Asimismo, el Convenio señala que éstos deberán ejecutarse como si fueran sentencias dictadas por tribunales nacionales.

Otros mecanismos, como aquellos que siguen las reglas de la UNCITRAL, remiten el laudo a los tribunales nacionales para su reconocimiento y ejecución, obligando al Estado a formar parte de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York). Ésta diferencia, hace que someter una controversia ante el CIADI sea una opción más atractiva para las partes.⁸²

En cuanto a la ley aplicable, el Centro autoriza a las partes a acordar la ley sustantiva sobre la que deberá versar la controversia, en caso de desacuerdo, se podrá invocar el

⁸²Los laudos emitidos dentro del Mecanismo Complementario del CIADI, carecen de ésta ventaja y requieren que los Estados (tanto receptor de la inversión, como aquel del cual el inversionista es nacional) formen parte de la Convención de Nueva York.

propio BIT, normas de derecho internacional aplicables. Lo anterior, constituye una ventaja para las partes.

Otra ventaja de presentar controversias ante el CIADI es que éste no condiciona su jurisdicción al agotamiento de los recursos internos, sino que será a discreción de los Estados si se pacta esto en los BITs. En este sentido, los recursos internos no pueden considerarse como un foro alternativo para la solución de la diferencia una vez que ésta ha sido presentada.

Los laudos del CIADI son inapelables, únicamente aceptan tres recursos, regulados por el propio Convenio, que son la aclaración, revisión y nulidad. Estos únicamente interpretan los laudos y atacan fallas en el procedimiento, evitando modificar la sustancia del mismo. Asimismo, los Estados al ejecutar el laudo, no pueden modificarlo, otorgando certeza jurídica a las partes.

4.2 Desventajas

Las controversias sometidas ante el Centro han sido severamente criticadas por un gran número de Estados Latinoamericanos, ya que presentan ciertas desventajas sobre todo para los países en vías de desarrollo.

La primera desventaja esgrimida por los opositores al CIADI y al Convenio de Washington es el costo del procedimiento, el cual es sumamente elevado y por lo general los árbitros deciden que éste deberá dividirse entre ambas partes. Lo anterior, aunado a la facilidad que tienen los inversionistas para presentar reclamaciones, hace que los costos para los Estados se intensifiquen pues se puede llevar más de un arbitraje en contra de un Estado receptor al mismo tiempo.

Asimismo, en algunos casos el Centro ha sido un tribunal desequilibrado, con cierta tendencia a beneficiar a las trasnacionales quienes reclaman cifras millonarias al

momento de presentar la controversia. Éstas, no sólo equivalen a la inversión, sino que incluyen cantidades sumamente elevadas como compensación por las ganancias que se dejaron de percibir a partir de la violación al BIT o el incumplimiento al contrato de inversiones.

Otra desventaja para el Estado receptor de someter controversias ante el CIADI es que al ser tribunales *ad hoc*, integrados específicamente para resolver cada diferencia no es posible la acumulación de causas. Al deber juzgar cada controversia de manera independiente, los costos del procedimiento no disminuye, y existe la posibilidad de juzgar de manera contradictoria diferencias derivadas del mismo acto impugnado, como son los casos surgidos en Argentina en materia de gas.

4.3 Denuncia

Al analizar la prospectiva del CIADI en la región, es necesario detenerse a estudiar la denuncia del Convenio de Washington, con el fin de establecer si es posible dejar de ser un Estado Miembro y que tan viable es sustituir la jurisdicción del Centro por otro tipo de mecanismos de solución de diferencias.

La denuncia dentro del derecho internacional es una declaración unilateral por medio de la cual un Estado retira su consentimiento a un tratado internacional, renunciando así a los derechos y obligaciones derivados del mismo.

En la denuncia, a diferencia de la terminación o de la suspensión⁸³, el Tratado así como, los derechos y obligaciones creados por el mismo permanecen, cesando únicamente para el Estado denunciante.

⁸³ La terminación de un tratado internacional implica que las partes contratantes del mismo quedan exentas del cumplimiento de las obligaciones del mismo, sin afectar los derechos o situaciones jurídicas creadas durante la vigencia del mismo. Por otra parte, la suspensión de un tratado implica “el paro” o “la pausa” en

Existen tratados que prevén la denuncia de los mismos, estableciendo el procedimiento a seguir en caso de que un Estado decida hacerlo; mientras que existen otros tipos de tratados, tales como los de derechos humanos, que expresamente la prohíben.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en el artículo 56 esta figura, señalando como requisito, en caso de no existir alguna disposición específica al respecto, notificar las intenciones de denunciar el tratado por lo menos 12 meses antes.

Lo anterior, se establece de la siguiente manera:

“ARTICULO 56: Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro.

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su determinación ni prevea la denuncia o retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:

a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o

b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

2. Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1”

Del artículo anterior, se desprende que el consentimiento de las partes para la denuncia es un requisito indispensable, por tal motivo, en los propios tratados se debe contemplar

el cumplimiento de las obligaciones del tratado, mientras existan las circunstancias que ocasionaron dicha pausa. Las causas para la terminación o suspensión de un tratado se encuentran reguladas en la Convención de Viena en los artículos 54 al 64.

dicha figura o en su defecto será necesario demostrar que era la intención de las partes autorizarla.

El consentimiento a la denuncia al Convenio de Washington se da de manera manifiesta, al contemplar en los artículos 71 y 72 la posibilidad de que los Estados Parte puedan denunciarlo.

Sin embargo, la denuncia al Convenio de Washington, por la naturaleza del mismo, reviste mayor complejidad que la denuncia de cualquier tratado. Pues la mayoría de los tratados son de carácter sustantivo, y al denunciarlos, únicamente cesan las obligaciones del Estado denunciante.

Por el contrario, el Convenio de Washington es de carácter procesal y crea al CIADI. Al suscribirlo, los Estados Parte, aceptan las normas procesales contenidas en éste y la posibilidad de resolver controversias ante el CIADI, siempre que se otorgue consentimiento a la jurisdicción por ambas partes de la diferencia.

Al denunciar el Convenio, no sólo se dejarán de aplicar las normas adjetivas o procedimentales derivadas del mismo, sino que la aceptación para resolver diferencias en materia de inversiones⁸⁴ ante el Centro también se retira. En este sentido, podrán existir obligaciones pendientes como la solución de diferencias sometidas ante el CIADI al momento de la denuncia que podrían no haberse llevado a cabo.

La experiencia adquirida a partir de las denuncias de Bolivia y Ecuador nos ha enseñado que existen aspectos derivados de ésta que requieren ser analizados con mayor detalle, pues las consecuencias de la denuncia al Convenio de Washington no han sido claramente

⁸⁴ Siempre que se haya otorgado por ambas partes de la diferencia el consentimiento conforme al artículo 25 del Convenio.

establecidas. Cabe mencionar que antes de la denuncia de Bolivia en 2007, no se había suscitado ninguna.

A la fecha, después de la denuncia de dos Estados, las consecuencias de ésta siguen siendo inciertas. Lo anterior, ha originado grandes discusiones entre doctrinarios, pues el convenio no esclarece todos los aspectos relacionados con la misma. Entre los aspectos que deberán considerarse se encuentran las siguientes incógnitas: ¿cuál es el alcance de la denuncia?, ¿Persiste la obligación de someterse a la jurisdicción del Centro derivada de un BIT cuando se ha denunciado el Convenio?, o ¿Cuál es la consecuencia de privar al inversionista de un recurso previsto cuando éste realice la inversión?

Comencemos por analizar lo dispuesto por el propio Convenio respecto de esta figura tan singular. La denuncia se regula en los artículos 71 y 72 de la siguiente forma:

“Artículo 71: Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.”

“Artículo 72: Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectaran a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.”

De los artículos anteriores se desprende que:

- i) todo Estado Contratante podrá denuncia en el Convenio,
- ii) los efectos de la misma se producirá 6 meses después de su presentación,

iii) los derechos y obligaciones derivadas del consentimiento otorgado previo a la notificación de la denuncia, permanecerán.

Los artículos 71 y 72 retrasan los efectos de la denuncia, al señalar que surtirán 6 meses después de la notificación y que el consentimiento previamente otorgado persiste. Al respecto, Fouret explica que el artículo 72 complementa al artículo 71 y ambos pretende evitar denuncias derivadas de cuestiones “políticas”, planteadas únicamente con el fin de evitar procedimientos arbitrales.⁸⁵ Al establecer que los derechos y obligaciones adquiridos con anterioridad a la denuncia persisten, éste figura deja de considerarse como un medio para evitar procedimientos ante el Centro.

El primer conflicto que surge al presentarse una denuncia es respecto a la jurisdicción *ratione personae*. Pues, si un Estado denuncia del Convenio de Washington, automáticamente deja de considerarse Estado Parte del mismo y por lo tanto, sus nacionales pierden el status de nacionales de un Estado Parte, requisitos fundamentales para someterse a la jurisdicción del Centro, tal como se señala en el artículo 25.

Este supuesto ocasiona conflictos para aquellas controversias que se presentan durante los 6 meses posteriores a la denuncia o que se encuentran pendientes al momento de la misma, la pregunta es ¿deberán considerar al Estado denunciante y sus nacionales como Estado Parte o nacional de un Estado Parte, a efectos admitir una diferencia conforme el artículo 25 del Convenio?

Esta pregunta la resuelve Fouret al señalar que las Partes que al momento de la denuncia se encuentren sometidas a un procedimiento arbitral en el Centro, y hubieren otorgado su

⁸⁵ “Article 72 complements article 71 and tries to avoid the contingency of a “political” denunciation only designed to avoid possible or potential arbitral procedures.” Fouret, *Journal of international arbitration, Denunciation of the Washington Convention*, vol. 25 no. 1, February 2008, Kluwer Law International. 25 J. Int. Arb 1.

consentimiento para someterse a la jurisdicción del mismo, seguirán vinculadas aún cuando no cumplan con los requisitos "*ratione personae*" o "*nationae*".⁸⁶

Esta posibilidad de seguir vinculado al Centro, aún cuando no se cumplan cabalmente con el requisito personal es decir, ser un Estado Parte o Nacional de un Estado Parte, se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 72 y 25.

Si se interpreta la premisa que señala la permanencia de los derechos y obligaciones otorgados antes de la denuncia, en el artículo 72 junto con la prohibición para retirar unilateralmente el consentimiento del artículo 25fracción primera, se concluye que un Estado seguirá vinculado al CIADI aún cuando haya denunciado el Convenio de Washington. Lo anterior, con el propósito de evitar que el Estado se retire unilateralmente el consentimiento al arbitraje dejando desprotegido al inversionista.

Delaume la denomina a la restricción antes mencionada, como la "*permanencia del consentimiento para el arbitraje del CIADI*", y ésta se refiere a que los Estados denunciantes seguirán constreñidos por el Convenio de Washington a través del consentimiento previamente otorgado; tal y como lo establece la fracción I del artículo 25 antes mencionada.

Con el fin de señalar el alcance de los posibles efectos de la denuncia conforme a los artículos antes mencionados, se han creado diversas teorías que intentan explicar el momento en el que surge el consentimiento.

⁸⁶ "*parties already engaged in ICSID proceedings, and potential parties having previously consented to arbitration, would go before an arbitral tribunal even though the "ratione personae" or "nationae", condition is no longer fulfilled*". Flouret, Journal of International Arbitration, Denunciation of the Washington Convention, vol. 25 no. 1, February 2008, Kluwer Law International. 25 J. Int. Arb 1.

La doctrina concuerda que con base en los artículos 72 y 25 párrafo 1 el consentimiento no podrá ser retirado unilateralmente y permanecerá después de la denuncia al Centro. Sin embargo existe controversia sobre el momento en el que surge el consentimiento, y por consiguiente los alcances de la denuncia.

El principal conflicto al analizar la denuncia al Convenio de Washington, radica en resolver:

- i) si la declaración unilateral realizada por un Estado se considera como consentimiento y por lo tanto permanece, o
- ii) si ésta debe perfeccionarse para que se pueda considerar que el consentimiento ha sido otorgado; y
- iii) si el consentimiento debe perfeccionarse antes de la notificación de la denuncia al Banco Mundial, o si bastará con que se perfeccione durante los seis meses siguientes a la notificación.

La doctrina ha intentado resolver estas interrogantes al profundizar sobre el consentimiento a la jurisdicción del CIADI; en este sentido existen dos teorías que explican los supuestos antes mencionados. La primera versa sobre la oferta del consentimiento y la segunda sobre el consentimiento *per se*.

La primera teoría establece que la declaración realizada por los Estados es una mera oferta que no será considerada como consentimiento hasta que el inversionista la acepte. Esta postura equipara al consentimiento con un acuerdo de voluntades, en el cual tanto el Estado como el inversionista pactan someterse a la jurisdicción del CIADI.

Al respecto, Schreuer menciona que la declaración unilateral de un Estado no es suficiente para considerarlo como consentimiento; así mismo, señala que el consentimiento debe perfeccionarse a través de un acuerdo de voluntades, tal como se perfeccionaría el consentimiento en un contrato, en donde una parte realiza una oferta (Estado), misma

que deberá aceptarse por la contraparte (inversionista) para que surja el acuerdo de voluntades y por ende el consentimiento.

La teoría de Schreuer ha sido severamente criticada por autores como Garibaldi, quien menciona que requerir el “perfeccionamiento el consentimiento” es un sofismo o una analogía mal aplicada, pues el texto del Convenio en ningún momento establece como requisito del consentimiento, que el inversionista acepte la declaración unilateral del Estado para someterse a la jurisdicción del Centro. Asimismo, señala que el texto del Convenio es claro, y cuando requiere que éste otorgue por ambas partes, menciona claramente “*el consentimiento de las partes*”⁸⁷.

Esta teoría, del consentimiento visto como contrato, se fundamenta en las discusiones de Aron Broches y algunos representantes de diversos Estados previo a la firma del Convenio, en éstas explica que si un Estado ha otorgado su consentimiento al arbitraje a través de una cláusula compromisoria (en un contrato de inversiones), ésta permanecerá durante la vigencia del contrato sin importar la denuncia al Convenio.

Asimismo, al ser interrogado sobre el alcance de la denuncia cuando el consentimiento surge de una declaración unilateral, éste señaló que si el Estado retira su declaración unilateral, denunciando el Convenio antes de que ésta sea aceptada, ningún inversionista podrá someter diferencias en contra del Estado denunciante.⁸⁸

Conforme ésta, las únicas diferencias que podrán resolverse después de la denuncia del Convenio, serán aquellas que hayan sido presentadas antes de la notificación de la misma

⁸⁷ Ver: Garibaldi, On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy, *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, issue 1, marzo, 2009.

⁸⁸ Vincentelli, A, The uncertain future of ICSID in Latin America, 2009. Available at: http://works.bepress.com/ignacio_vincentelli/1. last checked: January 20, 2011.

o que el consentimiento haya surgido a partir de una cláusula compromisoria en un contrato de inversiones.

La segunda teoría se basa en el consentimiento *per se* y establece que el consentimiento surge a partir de que un Estado emite la declaración unilateral para someterse a la jurisdicción del Centro. Es decir, basta con que un Estado suscriba un BIT en el cual pacte que las diferencias derivadas de la aplicación del mismo se resolverán conforme al CIADI para que considere que éste ha consentido la jurisdicción del Centro.

En tal tenor, Gaillard señala que el propio artículo 72 establece que la denuncia no afectará los derechos y obligaciones *“nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro **dado por alguno de ellos** con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”*, haciendo hincapié en que el texto del tratado establece uno de ellos y no ambos.

Asimismo, explica que al señalar que el éste podrá otorgarse por alguno de ellos, aquel expresado unilateralmente por un Estado bastará para que exista consentimiento, y por lo consiguiente las obligaciones y derechos derivados del mismo permanecerán.

Conforme a ésta teoría, mientras el instrumento que dio origen al consentimiento persista⁸⁹, los derechos y obligaciones derivados serán vinculantes para las partes aún cuando se haya denunciado el Convenio de Washington, sin importar si el inversionista aceptó dicho consentimiento antes de la notificación de la denuncia, o durante los seis meses posteriores a la misma.

Los casos presentados ante el CIADI posteriores a la denuncia de Bolivia y Ecuador no han resuelto las dudas sobre las consecuencias de la denuncia, pues ninguno de ellos ha sido

⁸⁹ Estos pueden ser: contratos de inversiones, un convenio entre las partes, un BIT, una declaración unilateral.

resuelto. Sin embargo de éstos se pueden rescatara varios aspectos. El primero es que se pueden presentar diferencias en el periodo de 6 meses posterior a la denuncia, la Secretaria General admitió controversias como *Pan American Energy LL vs Bolivia*.

En el caso de ETI Eurotelecom International NV (ETI), se plantearon las dos posibles posturas respecto al consentimiento y las consecuencias de la denuncia. Bolivia argumentó que no el Centro no tenía jurisdicción para conocer la diferencia pues el consentimiento se perfeccionó, mediante la presentación de la controversia, después de su denuncia al Convenio de Washington.

Por su parte, ETI argumentó que el consentimiento de Bolivia se había expresado a través del BIT con Holanda y que éste no podía retirarse unilateralmente. Asimismo, señaló que el consentimiento ofertado unilateralmente por el Estado no requiere perfeccionarse para considerarse como tal.

En conclusión, la denuncia del Convenio de Washington es mucho más compleja que la denuncia a un Tratado Internacional pues ésta, no implica que un Estado dejará de sujetarse a la jurisdicción del Centro, ya que, si éste ha otorgado unilateralmente el consentimiento al mismo a través de su legislación nacional o de tratados internacionales el CIADI podrá conocer sobre las controversias que surjan al amparo de dichos instrumentos.

Lo anterior implica que la denuncia no podrá perfeccionarse mientras existan:

- i) una cláusula compromisoria en un contrato de inversiones en la cual se reconozca la jurisdicción del Centro,
- ii) la declaración unilateral del Estado para someterse al arbitraje plasmada en un BIT,
- iii) un acuerdo escrito entre las partes otorgando el conocimiento.

Conforme a lo anterior, se sugiere:

- i) modificar los contratos de inversión que remitan al CIADI para la solución de controversias derivadas de los mismos
- ii) los Estados denunciantes deberán modificar los BITs suscritos, eliminando las cláusulas que contemplen el sometimiento a la jurisdicción del Centro,
- iii) establecer nuevos instrumentos en los cuales se pacte con antelación los mecanismos de solución de controversias alternativos al CIADI. Sin dichas enmiendas los Estados seguirán sometidos al Centro aún cuando hayan denunciado el Convenio de Washington.

De no realizarse las modificaciones anteriores, el CIADI seguirá facultado para resolver aquellas controversias surgidas en virtud de un BIT o contrato de inversiones que consientan la jurisdicción del mismo, aún cuando el Estado haya denunciado el Convenio.

4.4 El futuro del CIADI

El futuro del CIADI en América Latina, es incierto, ya que existe un bloque de Estados que se muestran renuentes a someter controversias ante el mismo; sin embargo, éste es el mecanismo de solución de diferencias que ofrece mayores ventajas para las partes que se someten al arbitraje.

La situación económica y política regional, requiere un mecanismo de arbitraje especializado en materia de inversiones que garantice a las partes imparcialidad y apego a la ley. Hasta hace unos años el mecanismo idóneo era el CIADI, sin embargo cada vez es más común escuchar reclamos sobre el arbitraje del mismo.

Al hacer un balance de las ventajas y desventajas que representa pertenecer al Convenio de Washington y por consiguiente someter una diferencia ante el Centro, observamos que

es necesario hacer ciertas modificaciones a la estructura del mismo para asegurar el futuro el mismo en la región.

1. Se requiere reducir los costos del arbitraje, para que someter una controversia ante el mismo se pueda considerar un derecho y no en un privilegio. Actualmente, las costas legales, imposibilitan a un gran número de inversionistas para acudir ante el Centro.
2. Se sugiere hacer un examen más exhaustivo al momento de ingresar una controversia, previniendo a los inversionistas que reclamen cifras millonarias.

Por otra parte, respecto a las políticas adoptadas por los Estados Latinoamericanos, sobre todo aquellas relacionadas con la denuncia del Convenio de Washington es necesario hacer una serie de cambios a la legislación y los contratos de inversión existentes para acoplarlos con la nueva postura, de lo contrario aún cuando se haya decidido denunciar el Convenio, el Centro tendrá jurisdicción para conocer de las controversias presentadas ante el mismo.

En tal orden de ideas, se sugiere la modificación o denuncia de los BITs eliminando el consentimiento a la jurisdicción del CIADI, pactando nuevos mecanismos de solución de controversias.

Respecto a los contratos de inversión, se debe iniciar la renegociación de los mismos, evitando incluir cláusulas compromisorias que remitan a las partes a la solución de controversias del Centro.

Asimismo, se deberá plantear una política coherente respecto a la jurisdicción del Centro, pues pactar en los tratados y contratos de inversión el someter controversias ante el CIADI y negarse a firmar el Convenio de Washington, produce desventajas para el inversionista o la parte que no sea miembro del Convenio, pues el mecanismo complementario se rige bajo términos distintos al arbitraje del Centro.

Conclusiones

PRIMERA: El CIADI, es un organismo del Banco Mundial cuyo fin es la resolver las controversias entre Estados e inversionistas, surge como medio para promover las inversiones, al reducir los riesgos a los que se enfrentan los inversionistas.

SEGUNDA: El Centro otorga *ius standi* a los inversionistas. Es decir, los faculta para someter diferencias ante un mecanismo internacional de arbitraje, eliminando así, la necesidad de acudir a la protección diplomática, para dirimir las controversias en materia de inversiones, práctica utilizada anteriormente. Éste recurso se utilizará únicamente cuando alguna de las partes incumple el laudo del tribunal. La naturaleza jurídica del arbitraje del Centro es de ser un arbitraje mixto, pues las diferencias que dimiten involucran a particulares y Estados.

TERCERA: La jurisdicción del Centro, se deriva de la existencia de los elementos cumplimiento: *ratione personae*, *ratione voluntatis* y *ratione materiae*. La jurisdicción *ratione personae*, requiere la que los sujetos de parte de la controversia sean un Estado Parte del Convenio de Washington y por un inversionista nacional de un Estado Parte del Convenio. La jurisdicción *ratione voluntatis*, señala que las partes de la diferencia deberán otorgar previamente su consentimiento a la jurisdicción del Centro, mismo que no podrá retirarse unilateralmente. Finalmente, la jurisdicción *ratione materiae*, requiere que las controversias que se pretendan someter al Centro sean derivadas de inversiones. El Convenio de Washington no define que es inversión, ocasionando conflictos para diferenciar aquellas diferencias derivadas de inversiones, requisito *ratione personae*.

CUARTA: Los laudos emitidos por los tribunales del CIADI son inapelables. Estos se podrán combatir, únicamente a través de tres recursos contemplados en el Convenio de

Washington, los cuales sirven para corregir faltas en el procedimiento. Estos recursos son: la aclaración, revisión y nulidad.

QUINTA: El procedimiento de ejecución de laudos establecido por el Convenio de Washington es auto-contenido. Es decir, el propio Convenio establece un procedimiento de ejecución y reconocimiento de los laudos, sin necesidad de acudir a los tribunales nacionales; asimismo, los Estados deberán reconocer y ejecutar los laudos como si fueran sentencias dictadas por los tribunales nacionales.

SEXTA: El mecanismo complementario surge con el fin de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio de Washington. Éste tiene el propósito de suplir dos vacíos jurisdiccionales, derivados de los requisitos del propio Convenio, facultando al Centro para conocer controversias que no cumplen con los requisitos materiales y personales. Asimismo, se crean nuevos procedimientos como aquel de comprobación de hechos.

SÉPTIMA: La presencia de los Estados Latinoamericanos, ha sido de vital importancia, para el Centro. En esta región, han surgido las únicas dos denuncias del Convenio de Washington. Asimismo, existen Estados como Argentina que aparecen como actores de un gran porcentaje de las diferencias presentadas. Brasil quien es un gran foco de inversiones se caracteriza por su rechazo a la firma de tratados en materia de inversiones y en particular a los mecanismos internacionales de solución de diferencias como el CIADI. México, por su parte, es uno de los principales demandados de la región sin ser miembro del Convenio de Washington, esto es posible a través del mecanismo complementario.

OCTAVA: La importancia de Argentina en CIADI, radica en el número de controversias que se han presentado ante el Centro, originadas por la gran crisis económica sufrida. Las controversias derivadas de la crisis del gas, demostraron, como un Estado puede ampararse en el “estado de necesidad”, para incumplir con las obligaciones de los BITs, en

estas diferencias los tribunales resolvieron de forma contradictoria, demostrando la autonomía de los tribunales.

NOVENA: Brasil se ha caracterizado por mantener una postura uniforme sobre el comercio internacional y la materia de inversiones, al negarse a firmar BITs y a participar en mecanismos internacionales de solución de controversias, incluyendo el Convenio de Washington. Con tal propósito, ha fortalecido los tribunales locales para solucionar este tipo de controversias.

DÉCIMA: La postura de México ante el CIADI es incongruente y hasta cierto punto injustificada, por una parte se muestra renuente a suscribir el Convenio de Washington. Sin embargo, en todos los tratados celebrados en materia de inversiones, contempla al Centro como mecanismo de solución de controversias. México es el Estado con mayor número de casos resueltos ante el CIADI, a través del mecanismo complementario.

DÉCIMA PRIMERA: Diferencia entre la postura Mexicana y la de otros Estados Latinoamericanos que no han firmado el Convenio, como Brasil, es que éste es congruente en su postura. México debería de seguir este ejemplo y decidir si acepta o no la jurisdicción del Centro tomando las medidas acordes a dicha postura; es decir, si se opta por rechazar el Convenio, lo más prudente sería renegociar los tratados en materia de inversiones para excluir las cláusulas compromisorias.

DÉCIMASEGUNDA: Las denuncias de Bolivia y Ecuador nos enseñaron que su eficacia depende de una serie de supuestos, pues al prohibir el retiro unilateral del consentimiento, el Convenio limita la denuncia y faculta al Centro para resolver diferencias aún cuando se haya presentado la denuncia.

DÉCIMATERCERA: La denuncia al Convenio de Washington, por la naturaleza del mismo, reviste mayor complejidad que la denuncia de cualquier tratado pues al denunciar el Convenio, no sólo se dejan de aplicar las normas adjetivas o procedimentales derivadas

del mismo, sino que la aceptación para resolver diferencias en materia de inversiones ante el Centro también se retira.

DECIMA CUARTA: Aún cuando se denuncie el Convenio, existe la posibilidad de seguir vinculado al Centro, aún cuando se deje de cumplir con el requisito personal de ser nacional de un Estado Parte o ser un Estado Parte señalado por el artículo 25. El convenio establece que el consentimiento no podrá retirarse unilateralmente, por lo que mientras éste exista, las partes seguirán vinculadas al CIADI, aún cuando hayan denunciado el Convenio.

DECIMA QUINTA: Los Estados que pretendan denunciar el Convenio de Washington deberán i) modificar los contratos de inversión que remitan al CIADI para la solución de controversias derivadas de los mismos, ii) enmendar los BITs suscritos, eliminando las cláusulas que contemplen el sometimiento a la jurisdicción del Centro, iii) establecer nuevos instrumentos en los cuales se pacte con antelación los mecanismos de solución de controversias alternativos al CIADI. Sin dichas enmiendas los Estados seguirán sometidos al Centro aún cuando hayan denunciado el Convenio de Washington.

DECIMA SEXTA: El futuro del CIADI en América Latina, es incierto, ya que la postura respecto al mismo se encuentra dividida, existe un bloque de Estados que se muestran renuentes a someter controversias ante el mismo, como Brasil, Bolivia y Ecuador y promueven la creación de nuevos mecanismos de arbitraje, en especial mecanismos regionales de solución de controversias, y otro que directa o indirectamente promueven su aplicación como lo son México y Argentina; lo que es un hecho es que si se pretende denunciar al Centro y quedar completamente desvinculado de éste, será necesario tomar medidas más allá de la denuncia al Convenio de Washington.

Bibliografía

Álvarez, G; "Elarbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 125. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/art/art4.htm>

Alvarez, José E. and Kathryn Khmasi, "The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", IILJ Working Paper 2008/5.

Amin, G; "Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity", Sweet & Maxwell, England, 2010.

Bohoslavsky J, "Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento), Naciones Unidas", junio de 2010.

Briones J, and Tagvoryan A. "Is International Arbitration in Latin America in Danger?" Law and Business Review of Americas, vol. 16, United States of America, 2010.

Broches, A. "Selected Essays World Bank, ICSID and other subjects of Public and Private International Law"; Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1994.

Chukwumerije, "International Law and article 42 of the ICSID Convention", Journal of International Arbitration vol. 14 no. 3, Kluwer Law International, Switzerland, September 1997.

Cremades, B., "Arbitration in investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties", Liber Amicorum Karl-Heins Böckstiegel, 1996.

Cruz Miramontes, R; "La Organización Mundial de Comercio: introducción, antecedentes, elementos fundamentales de su constitución y su aportación a la solución de controversias; aris iuris 21, universidad Panamericana, México D.F., 1999.

Delaume, G. "ICSID and Bilateral Investment Treaties", News from ICSID vol.2 1985.

Escobar, A. Bolivia's withdrawal from ICSID, Global Arbitration Review, Volume 2, Issue 3 June/July 2007.

Febrel, I. "Multilateralismo y Acuerdos Comerciales Regionales", boletín económico del ICE no. 2956, del 1 al 15 de enero de 2009.

Flouret C., Journal of international arbitration, Denunciation of the Washington Convention, vol. 25 no. 1, February 2008, kluwer law international. 25 J. Int. Arb 1.

Garibaldi, O. "On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy", Transnational Dispute Management, Vol. 6, issue 1, marzo, 2009.

Gaillard E, "Anti arbitration trends in Latin America", New York Law Journal, vol. 239, no. 108, Estados Unidos, 5 de Junio de 2008.

González de Cossío F., Arbitraje de Inversión , Porrúa, México, 2009.

González de Cossío F. “México ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión. Un comentario”, Revista de Derecho Privado. Nueva época, año 1,2002.

Goodman, L. “Uncharted Waters: financial Crisis and enforcement of ICSID Awards in Argentina”; Journal of International Economic Law. U. Pa. J. Int’l Econ. L. vol. 28:2.,

Kalicki et Medeiros, Investment Arbitration in Brazil, Revisiting Brazil’s Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration; Arbitration international, vol. 24, no. 3 LCIA, 2008.

Heinz-Böckstiegel, K. “Enterprise v. State: the New David and Goliath? – the Clayton Utz Lecture”, the Journal of the London Court of Arbitration, vol. 23 num. 1, 2007.

Kühn, W. *et al*, “The Application of International Law and Treaty Provisions by Arbitrators, The Journal of World Investment”, vol. 14, no. 3 2003.

Mason, P. “New Keys to Arbitration in Latin- America”, Journal of International Arbitration 25(1): 31-69, Kluwer Law International, Netherlands 2008.

Mercado S, Comercio Internacional II, cuarta Edición , Editorial Limusa, México DF, 1997, p.190.

Moreno, A. “Bolivia” , The Arbitration Review of the Americas 2011, global arbitration review, United States, 2011. <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/32/the-arbitration-review-americas-2011/>

Mortimore, M., Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe, CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No 188. División de Desarrollo Productivo, de la CEPAL, 2009.

Parra, A. “ The Development of the Regulations and Rules of International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *liber amicorum* in honor of Roberto G. MacLean, edited by Joseph J. Norton, and in 41 The International Lawyer 47 (2007)

Paulsson J, Arbitration Without Privity, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, vol. 10, number 2, Fall 1995, International Center for Settlement of Investment Disputes. P. 232-257.

Reich, Arie, Bilateralism versus Multilateralism in International Economic Law: Applying the Principle of Subsidiarity. 60 U. Toronto L.J. 263 (2010)

Rodríguez S., El Sistema Arbitral del CIADI, ed. Porrúa, México 2006.

Rodríguez S. “El Arbitraje del Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica, Nuevas Tendencias . México, Argentina, Ecuador y Bolivia. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/13.pdf.

Saldaña, J. “Comercio Internacional, régimen jurídico económico, 3ª. Ed., México, Porrúa- Universidad Panamericana, 2010.

Shany Y., Contract Claims vs. Treaty Claims: mapping conflicts between ICSID decisions on multisourced investment claims, *The American Journal of International Law*, vol. 99.835, 2005.

Sepúlveda Amor B., México y el Arreglo de Controversias en Materia de Inversión: ¿el CIADI como opción viable?, *La Barra*, México, núm. 48, 2005.

Sepulveda C., *Derecho Internacional*, ed. Porrúa, México 1991,.

Stanly L, Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante tribunales internacionales: la experiencia de Argentina reciente, *Serie desarrollo productivo 158 CEPAL*, Naciones Unidas, octubre 2004, Chile.

Valverde, M., "Bolivia se margina del CIADI", *Puentes*, marzo 2008 vol. IX no. 1, <http://www.icsid.org/monthly/puentes/htm>

Vincentelli, A, The uncertain future of ICSID in Latin America, 2009. Available at: http://works.bepress.com/ignacio_vincentelli/1. last checked: January 20, 2011.

Vincze A, *Jurisdiction Ratione Personae In Icsid Arbitration*, Department of European Law and Private International Law University of Miskolc, Rusia, 2010.

Wald et Kalicki, the Settlement of Disputes between Public Administration and Private Companies by Arbitration y Brazilian Law, *Journal of international arbitration*, 26(4): 557-578, Kluwer Law international Netherlands, 2009.