

**Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados  
“DEMOCRACIA Y DERECHOS”**

**TEMÁTICA: DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

**Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados  
Bilaterales de promoción y protección de Inversiones.  
El CIADI como arbitraje institucional internacional.**

**Abstract**

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis sobre el tratamiento que reciben las inversiones extranjeras bajo la protección de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. A tal fin, se propone examinar el marco jurídico general que proveen estos Tratados, con especial atención en la manera de hacerlos cumplir a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), órgano creado por iniciativa del Banco Mundial que pretende mejorar la atmósfera de confianza mutua entre el inversionista y el Estado receptor y así fomentar las inversiones de países industrializados en los países en desarrollo.

En este contexto, el trabajo analiza aspectos normativos, dogmáticos y casos más relevantes. Se divide en cuatro partes bien definidas: la introducción, los aspectos normativos de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones, el análisis del CIADI como órgano de aplicación y la conclusión.

**Dorín, Noelia Giselle**

**D.N.I. N° 32.318.275**

# **Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional.**

## **Sumario**

- 1. Introducción**
- 2. Inversiones extranjeras en el marco de los TIB**
  - 2.1. Contenido de los TIB. Ámbito de aplicación**
  - 2.2. Obligaciones del Estado que surgen de los TIB: Tratamiento de las inversiones**
  - 2.3. La cláusula arbitral como recurso del inversor extranjero**
- 3. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones**
  - 3.1. Procedimiento arbitral ante el CIADI**
  - 3.2. Jurisdicción del CIADI**
  - 3.3. Derecho aplicable**
  - 3.4. Adopción del laudo arbitral. Obligatoriedad, reconocimiento y ejecución de los laudos**
- 4. Conclusión.**

## **1. Introducción**

El proceso de globalización y la apertura comercial han generado una mayor internacionalidad en el intercambio comercial y en la circulación de factores productivos. La competitividad no se limita solo fronteras adentro sino que en esta expansión asume vital importancia las condiciones propuestas por países extranjeros y su inserción en el mundo económico. En este contexto, la capacidad de cada Estado de atraer capital extranjero resulta decisiva. Esta creciente tendencia ha dado lugar a la celebración de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, los cuales consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros a la vez que les confiere los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos.

Esta realidad se impone en el escenario actual de crisis económica internacional, donde la generación de capital proyecta nuevas estrategias de inversiones extranjeras, que sin variar en su esencia, buscará redimensionar sus exigencias para un clima de inversión a garantizar por los Estados necesitados del capital extranjero.

Durante la década del 90, gran parte de los países latinoamericanos que requerían de inversión extranjera directa tuvieron como premisa principal la celebración de este tipo de Tratados, entre ellos, Argentina.

## **2. Inversiones Extranjeras en el marco de los TBI**

Un Tratado Bilateral de promoción y protección de Inversiones (en adelante “TBI”) consiste en un Tratado entre dos Estados que establece un marco legal para el tratamiento de los flujos de inversión entre la dos naciones, mediante el cual se crean derechos para los inversores de ambos Estados.

### **2.1. Contenido de los derechos derivados de los Tratados Bilaterales de Inversión. Ámbito de aplicación material, personal y temporal**

Estos TBI amparan las inversiones realizadas en el territorio de un Estado sujeto a un TBI por inversores del otro Estado, mediante la definición de inversión e inversor, que

delimita el ámbito de aplicación material y [personal](#) de sus disposiciones. Se especifica además el ámbito temporal, esto es a partir de qué momento quedan protegidas las inversiones.

### **I) Definición de inversión extranjera**

Este concepto resulta de gran importancia en el marco de este tipo de tratados, toda vez que delimita el alcance del mismo. El concepto de "inversión" receptado en general es amplio, comprendiendo a toda clase de bienes o todo elemento del activo, en especial, aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa, tales como la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales como cauciones, hipotecas y prenda; las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación en sociedades, aún las minoritarias o indirectas; los títulos públicos o privados; los derechos de propiedad industrial e intelectual así como también las concesiones otorgadas por ley o por contrato, incluidas aquellas que alcanzan a la prospección, extracción o explotación de recursos naturales. A pesar de estas amplias definiciones de inversión, existe cierto consenso en cuanto a las características que tiene una inversión a los efectos de la protección al inversor extranjero:

- a) Una inversión tiene cierta duración.
- b) Incluye cierta regularidad de beneficio y rendimiento.
- c) Implica un elemento de riesgo para ambas partes.
- d) Generalmente implica un compromiso o aportación sustanciales.

### **II) Definición de inversor**

Establecer este concepto brinda el alcance en cuanto al titular de la protección. Los TBI amparan las inversiones efectuadas en un Estado por inversores pertenecientes al otro Estado, sean personas físicas o jurídicas. Por regla general, la pertenencia de personas físicas a un Estado puede determinarse sobre la base de la nacionalidad o del domicilio; en el caso de las personas jurídicas o de existencia ideal puede tenerse en cuenta el lugar de constitución, o de su sede, o de ambas a la vez. Para que la inversión extranjera se dé por existente en el Estado receptor, el nacional de una de las partes debe tener la propiedad o el control directo o indirecto, entendiendo este concepto como el poder efectivo de dirección de los negocios sociales y se vincula con la participación social y que puede obtenerse por dos vías: la interna, caracterizada por la tenencia de los votos necesarios para formar la voluntad social y la externa, que generalmente se da en razón de vínculos existentes entre la sociedad controlada y la controlante mediante los cuales se logra dirigir los negocios sociales por parte de esta última<sup>1</sup>.

En consecuencia, en caso de reclamos derivados de un tratado, las partes que podrán atacarlo serán el inversor de un Estado Parte (del Estado Nacional del inversor) y el Estado en donde se llevó a cabo la inversión concreta (conocido como el Estado Receptor de la inversión), definido como el propio Estado y no una unidad federal o regional ni entidades u organismos estatales. Cuando un inversor efectúa una reclamación derivada de un tratado basada en la actuación de una autoridad gubernamental a un nivel inferior, entonces el inversor deberá demostrar que el Estado es responsable de esta conducta en el ámbito del Derecho Internacional<sup>2</sup>.

### **III) Ámbito de aplicación temporal**

<sup>1</sup> Esto le ha permitido al CIADI conferir legitimación procesal a accionistas minoritarios o no controladores de la sociedad local, o cuya participación es indirecta a través de una sociedad controlada (por ej. Aguas del Aconquija y Vivendi vs. Argentina, Caso ARB/97/3). Tiende a consagrarse el derecho de acción directa del titular de la inversión contra los actos del Estado receptor.

<sup>2</sup> Cabe señalar que la fuente del Derecho de una reclamación derivada de un tratado es un derecho establecido y definido en un tratado de inversión, a diferencia de los reclamos que pueden surgir de forma contractual por derechos creados y definidos en un contrato.

Los Convenios aseguran la protección de los inversores extranjeros por un período inicial de diez años, renovables. Poseen, incluso, la "cláusula de remanencia" (de 10 o 15 años, según el caso) en virtud de la cual se prevé que el convenio continuará aplicándose, aún después de terminado el mismo, a inversiones efectuadas antes de su expiración. Ese efecto se justifica por la necesidad de asegurar a todo inversor el beneficio del trato durante un tiempo juzgado necesario para la amortización de su inversión.

## **2.2. Obligaciones del Estado que surgen de los Tratados Bilaterales de Inversión: Tratamiento de las inversiones**

La finalidad de este punto es analizar las principales obligaciones respecto de la protección de los inversores extranjeros asumidos normalmente por los distintos Estados al suscribir este tipo de Tratados Bilaterales de Inversión. Los Tratados en cuestión contienen un conjunto de normas jurídicas destinadas a ser cumplidas por los Estados y cuyos beneficiarios directos son los inversores de uno u otro Estado parte, generando obligaciones para los Estados y derechos para los inversores.

El tratamiento de las inversiones consiste en el régimen legal aplicable al inversor extranjero en el Estado receptor, es decir, aquel tratamiento que el Estado nacional se compromete a conceder al inversor extranjero, a fin de asegurar el goce y disfrute de los beneficios concedidos a los inversores nacionales o a los de un tercer Estado.

Las protecciones más frecuentes que prevén este tipo de tratados consisten en otorgar un trato justo, equitativo y no discriminatorio así como la de conceder protección y seguridad plenas y trato nacional y de la Nación más favorecida. También contienen cláusulas especiales como "umbrella clause", "stabilization clause" y eliminación de la doble imposición.

Existen dos géneros de estándares: contingentes y no-contingentes. Mientras que los primeros son aislados (tienen un contenido propio), el contenido de los segundos se determina no en base a una circunstancia exterior de hecho o de derecho, sino en el tratamiento otorgado a otros. Los primeros son absolutos, como trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas; los segundos relativos, tal es el caso de la Nación más favorecida, el trato nacional y la "umbrella clause".

**a. Trato justo y equitativo:** sienta un patrón básico de tratamiento, tratándose de una norma clásica del Derecho Internacional Público. Asimismo, su inclusión permite auxiliar la interpretación de otras normas contenidas en los tratados, e inclusive, suplir eventuales lagunas normativas en los ordenamientos internos.

Las cláusulas de "trato justo y equitativo" insertadas en los acuerdos, por lo general no se encuentran definidas, razón por la cual es posible que, en caso de reclamación, su entendimiento quede a discreción de los árbitros.

**b. El trato no discriminatorio:** tiene como objetivo generar la obligación de no perjudicar con medidas arbitrarias o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición en su territorio de las inversiones de inversores de la otra Parte contratante.

**c. Protección y seguridad plenas:** es un principio por el cual se busca una obligación positiva, de hacer por parte del Estado que recibe la inversión extranjera, obligándose a ejercer la debida diligencia para la protección de aquella inversión.

La aplicación de este estándar tradicionalmente alcanzaba al Estado contratante cuando no garantizaba protección física a la inversión<sup>3</sup>. Sin embargo, se ha determinado que el principio supera esta concepción, extendiéndose a otros supuestos, como un cambio

---

<sup>3</sup> "AAPL v. Republic of Sri Lanka"; "American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire"

sustancial en el marco jurídico que impida continuar con los acuerdos contractuales de las inversiones<sup>4</sup>.

**d. La cláusula de la Nación más favorecida:** consiste en que los Estados contratantes reciban las mismas ventajas comerciales recíprocas que la Nación más favorecida con la que aquellos Estados hayan contratado previamente. El mecanismo de la cláusula que ha sido circunscrito a la importación de disposiciones de fondo, parece haberse modificado al estar implícitamente habilitado para importar también normas de procedimiento, como resultado en la valoración que los árbitros, Estados e inversionistas hacen de ella<sup>5</sup>.

**e. El trato nacional:** este principio exige que a los efectos del tratado los extranjeros sean objeto de igual trato que los nacionales. Incorporado en la mayor parte de los acuerdos multilaterales y bilaterales, la aplicación práctica de esta norma importa evitar la discriminación existente en diversas normas locales, como pueden ser aquellas relacionadas con la propiedad de ciertos bienes o la contratación administrativa.

Con respecto al “trato nacional” y a “la cláusula de la nación más favorecida” se establece en los tratados que cada parte contratante deberá conceder un tratamiento no menos favorable que el que concede a las inversiones de sus propios nacionales o compañías o las de terceros Estados. Las excepciones más comunes previstas a este respecto se relacionan con:

I) Privilegios que cualquiera de las dos partes contratantes conceda a inversionistas de un tercer Estado, debido a que son miembros de, o están asociados con, una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o un acuerdo regional.  
II) Preferencias o privilegios resultantes de un acuerdo internacional, relacionado plena o principalmente con asuntos tributarios.

**f. La denominada "Umbrella clause":** la mayor parte de los tratados en cuestión contiene este tipo de cláusulas, destinadas a proteger que el tratamiento más favorable que pudiera haberse estipulado en otros acuerdos internacionales u obligaciones entre las partes en su legislación interna no sea dejada sin efecto por parte del Estado receptor para con los inversores nacionales. Sin embargo, se admite que los países partes dispongan excepciones a este estándar de tratamiento, a fin de proteger el desarrollo de la industria nacional. Otra excepción es la prevista en algunos tratados que otorgan al Estado receptor el derecho a adoptar las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público y la seguridad interna o externa.

**g. La llamada "Stabilization clause":** en virtud del principio que establece que las normas de alcance general carecen de estabilidad, y de las consecuencias que la modificación de la legislación por una normativa menos favorable al inversor extranjero podría producir, surgen estas cláusulas de "estabilización" con el objetivo de garantizar que, en el supuesto que la normativa sea modificada, se siga aplicando a las inversiones anteriores a la modificación, la legislación vigente al tiempo de la suscripción de los tratados.

Las cláusulas de estabilización contienen una prohibición, implícita o explícita, de modificar la legislación vigente al momento de producirse la inversión, ya que ello se equipara a una expropiación directa de las inversiones. Lo que se pretende con ellas es

<sup>4</sup> “CME B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic”, para. 613.

<sup>5</sup> En el caso “Gas Natural SDG, S.A. v. República Argentina”, el Tribunal consideró que sólo pueda tenerse acceso al mecanismo de arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un período de espera de 18 meses, implica un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el período de negociación. En consecuencia, la Demandante del presente caso tiene derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el TBI entre Argentina y los Estados Unidos invocando el Artículo que prevé la cláusula de nación más favorecida inserto en el tratado bilateral de inversiones entre España y Argentina.

evitar que el Estado receptor de la inversión dotado de potestad soberana modifique la legislación a su voluntad y discreción perjudicando con ello al inversionista. Por consiguiente, lo que se persigue es el mantenimiento del marco jurídico existente en el momento de conclusión del acuerdo de inversión para lograr de esta manera que las obligaciones y derechos de ambas partes contratantes se mantengan inalterables a lo largo de la ejecución del contrato. El problema que se plantea respecto de estas cláusulas tiene que ver con la determinación de su posible validez y eficacia, ya que se relacionan directamente con el derecho soberano del Estado receptor para legislar y con la doctrina de la soberanía permanente de los recursos naturales.

Los problemas derivados de estas cláusulas han precipitado que en la práctica se haya introducido un nuevo modelo denominado "de reajuste" o de "reequilibrio económico", que plantean la posibilidad de reajustar los acuerdos de inversión a fin de tomar en cuenta los cambios que puedan ocurrir como resultado de los desarrollos tecnológicos, sociales, económicos, entre otros. De hecho, el principio de mutabilidad de las convenciones se encuentra cada vez más reconocido en el Derecho Internacional. Este principio se basa en el principio de la buena fe y de lealtad contractual que posibilita a las partes renegociar su contrato frente a determinados casos como por ejemplo, caso fortuito y fuerza mayor.

**h. Eliminación de "Doble imposición":** cuando un residente de un Estado obtenga rentas o posea un patrimonio que, de acuerdo a lo establecido en los convenios, puedan ser gravados en el otro Estado, el primero eximirá de impuesto a dicha renta o patrimonio. No obstante puede, a efectos de calcular el monto de impuesto a la renta excedente o del patrimonio de ese residente, aplicar la tasa del impuesto que hubiera debido pagarse como si dicha renta o patrimonio no hubieran estado exentos.

### 2.3. La "cláusula arbitral" como recurso del inversor extranjero

En función de una protección eficaz hacia el inversor extranjero, estos Tratados contienen mecanismos de solución de controversias en virtud de los cuales el inversor privado puede recurrir al arbitraje internacional para dirimir sus diferendos con el Estado receptor de la inversión. Así, se concibe la cláusula de arbitraje internacional como un recurso de protección que tiene el inversor extranjero ante cualquier incumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión, contando con legitimación activa para efectuar el reclamo. Esta posibilidad que se le concede al inversor extranjero constituyó, una de las dificultades principales que demoraron la participación de los países de América Latina en estos convenios. Durante el siglo XIX, se desarrollaron dos doctrinas que establecieron el punto de partida de una tradición jurídica basada en la defensa de las ventajas territoriales del Estado nacional en materia de inversiones.

La primera, denominada **Doctrina Drago**<sup>6</sup>, aspiraba a prohibir la utilización de la fuerza para el cobro de la deuda pública de los países de América Latina. La segunda, denominada **Doctrina Calvo**<sup>7</sup>, sostenía que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados, no debía estar sometido a la ingerencia de otros Estados. Asimismo, los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias ante los Tribunales internos del Estado territorial. Como resultado de esta doctrina diversos países de América Latina impusieron la llamada "Cláusula Calvo", aplicada a los acuerdos contractuales con inversores extranjeros, obligando a estos últimos a renunciar al recurso de protección

---

<sup>6</sup> Basada en una nota enviada en 1902 por el canciller argentino Drago a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos.

<sup>7</sup> Originada en las declaraciones efectuadas por el diplomático e internacionalista argentino Carlos Calvo, siendo asimismo desarrollada en su obra "Derecho Internacional Teórico-Práctico"

diplomática, permitiéndoles únicamente acudir a los Tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local en pos de una reparación por cualquier violación contractual suscitada.

Una cláusula típica de resolución de controversias en un convenio de inversiones incluye por lo general, cuatro pasos diferentes entre el reconocimiento por las partes de que ha surgido una controversia y la constitución de un Tribunal Arbitral:

- a) Un período de consulta y negociación;
- b) Un período de espera;
- c) Elección de jurisdicción;
- d) Elección de instituciones o reglas de arbitraje.

#### **a) Consulta y negociación**

Para el caso de controversia, los acuerdos de inversión recomiendan de forma casi parecida en todos los casos, tanto al inversor como al Estado receptor, tratar de alcanzar un arreglo amistoso.

Esta exigencia podría llevar a las partes a que "traten de buscar el acuerdo a través de la consulta y la negociación"<sup>8</sup>; o "Las controversias que surgieren entre una de las partes y un inversor de la otra parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amistosamente solventadas entre las partes en el litigio"<sup>9</sup>.

#### **b) El período de espera**

El deber de probar un arreglo amistoso viene normalmente apoyado por un período de espera preceptivo antes de iniciar un arbitraje. El artículo 10 inciso 2 del convenio suscrito por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: "Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser solventada dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia lo haya iniciado, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión".

Este período puede ser utilizado para la negociación del arreglo amistoso o la preparación del arbitraje o litigio. Un período de tres o seis meses constituye un período de prueba habitual antes del inicio de las actuaciones legales correspondientes.

#### **c) La elección de jurisdicción**

El próximo paso que deberá seguir el inversor extranjero, en caso que las negociaciones hayan acabado sin éxito y que el período de espera haya expirado, es la elección de tribunal o jurisdicción. La elección de cláusula de jurisdicción acuerda típicamente tres posibles formas de resolución de controversias:

- i) Los tribunales administrativos del Estado parte;
- ii) Arbitraje comercial internacional;
- iii) Cualquier tipo de procedimientos aplicables de solución de controversias previamente acordado.

El inversor extranjero tendrá habitualmente derecho a elegir la jurisdicción, salvo que el Tratado lo establezca de otra manera. Tradicionalmente, los inversores, al igual que los Estados de su nacionalidad, han considerado que sus derechos e intereses se ven más eficazmente resguardados recurriendo a la práctica arbitral.

#### **d) La elección de institución o de reglas de arbitraje**

Luego que el inversor extranjero ha elegido el arbitraje internacional como foro de resolución de una controversia de inversión, surge entonces la cuestión de si el arbitraje

---

<sup>8</sup> Artículo 7 del Tratado Bilateral suscrito por Argentina y Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92)

<sup>9</sup> Artículo 10, inciso 1 del Convenio suscrito por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92).

debería ser "no institucional" o "institucional", y en este caso, determinar la institución que resolverá la controversia.

En algunos convenios, el inversor extranjero tiene la autoridad de elegir la institución o reglas aplicables. En otros, la elección se desarrolla por acuerdo entre las partes. Por último, en algunos tratados en que el Estado parte tiene la facultad de iniciar el arbitraje relativo a una controversia de inversión, la elección se lleva a cabo por la parte que inicia el arbitraje.

En cuanto al arbitraje *ad hoc* o "no institucional", existen las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI (The United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL). Por su parte, la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París es asimismo una institución propuesta en algunos convenios en la materia.

El arbitraje "administrado" o "institucional", se despliega en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) que funciona en la oficina principal del Banco Mundial.

Si bien existe una significativa diversidad de criterio en la práctica de los Tratados Bilaterales de Inversión, éstos con gran frecuencia eligen el arbitraje institucional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), dado el grado de especificidad del organismo creado al efecto.

### **3. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)**

Esta organización internacional de carácter público creada por el "Convenio Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", (Convenio de Washington o Convención del CIADI) celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965, y entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. Este instrumento<sup>10</sup> se basó en la necesidad de generar cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado. La creación de este mecanismo obedeció, igualmente, al reconocimiento de las inevitables diferencias que surgen entre los Estados receptores de la inversión y de los inversionistas y la necesidad de contar con una herramienta adecuada para su solución.

Conocido también como International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), este Centro fue fundado con el objeto de proporcionar un foro para la resolución de conflictos en un marco de equilibrio entre los intereses y las necesidades de las partes involucradas.

Su sede se encuentra en Washington D.C., Estados Unidos. El organismo se encuentra formado por el Consejo Administrativo y la Secretaría. El primero está integrado por un representante de cada Estado contratante y lo preside el Presidente del Banco Mundial. Su función principal consiste en adoptar las normas que regularán las actuaciones relativas a la conciliación y arbitraje.

La Secretaría está constituida por un Secretario General y uno o más Secretarios Generales Adjuntos y el personal del Centro. Funciona bajo la dirección del primero que, a su vez, es elegido por el Consejo. Su función es registrar las solicitudes de iniciación de los procedimientos y de autenticar los laudos arbitrales dictados conforme al Convenio del CIADI, confiriendo copias certificadas de los mismos.

---

<sup>10</sup> Cabe señalar que el Convenio de Washington proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes, pero por las características del desarrollo del presente trabajo se analizará en profundidad únicamente el sistema de arbitraje ante el CIADI.

A continuación, se abordarán los aspectos vinculados con el procedimiento arbitral ante el CIADI, la jurisdicción del Centro, el Derecho aplicable y la obligatoriedad de los laudos

### **3.1. Procedimiento arbitral ante el CIADI**

El Convenio de Washington<sup>11</sup> contiene la composición del tribunal, debiendo estar integrado por un solo árbitro o bien, por un número impar. Además, la mayoría no podrá tener la procedencia del Estado parte en la diferencia, ni la del Estado al que pertenezca el nacional del otro Estado contratante. Los árbitros nombrados según lo acuerden las partes, pueden no pertenecer a la Lista de Árbitros que el Centro pone a disposición de las partes.

En principio, el arbitraje se formaliza en la sede del Centro. No obstante, las partes podrán convenir llevarlo a cabo en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya o de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo al efecto, o en cualquier otro lugar que el Tribunal aprobare, previa consulta con el Secretario General.

El Estado contratante o el nacional de un Estado contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá una solicitud escrita al Secretario General, quien enviará copia de la misma a la otra parte. Este deberá registrar la petición salvo que, de la información contenida en ella, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. De esta manera, procederá a notificar inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud o su denegación. Una vez registrada se procederá lo antes posible a la constitución del tribunal de arbitraje (art. 37, inciso 1).

Las Reglas de Arbitraje establecidas en el CIADI señalan que las partes son quienes deben acordar el número de miembros del tribunal, como sus nombres. A falta de acuerdo, y en cualquier momento dentro de los 60 días siguientes al registro de la solicitud, cualquiera de ellas podrá informar al Secretario General que se constituya el tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 37, 2.b) del Convenio, es decir, “el tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo”.

Si persiste el desacuerdo y el tribunal no llega a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación de registro hecho por el Secretario General, conforme al artículo 36(3) de la Convención del CIADI, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el artículo 30 del instrumento y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje señalan: “Cualquiera de las partes podrá dirigir una solicitud escrita al Presidente del Consejo Administrativo, a través del Secretario General, para que nombre el árbitro o árbitros que aún no hayan sido nombrados y para que designe a un árbitro para que actúe como presidente del tribunal”. En este caso el Presidente del Consejo Administrativo habrá de tener en cuenta que en un plazo de 30 días ha de elegir entre aquellas personas que pertenecen a la lista de árbitros que mantiene el Centro y que en todo caso, no han de ser nacionales ni del Estado parte de la diferencia, ni del Estado del que es nacional el inversor.

---

<sup>11</sup> Las disposiciones del Convenio se complementaron mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con el artículo 6, 1., a) y c) del Convenio (Reglamento y Reglas del CIADI). El Reglamento y las Reglas del CIADI incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero; las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación); las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación); y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje).

Por último, el artículo 39 del texto convencional dispone que la mayoría de los árbitros no pueden tener ni la nacionalidad del Estado del que es nacional el inversor, ni del Estado que es parte en la controversia.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 44 de la Convención del CIADI, se deja a las partes una gran libertad para acordar las normas procesales aplicables a la tramitación de su procedimiento. Solo en caso de que no exista tal acuerdo, serán aplicables las Reglas de Arbitraje del Centro vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento para acudir a este mecanismo.

El arbitraje del CIADI es exclusivo y queda totalmente aislado de cualquier intervención de las jurisdicciones nacionales. La ley aplicable al procedimiento son las normas procesales contempladas en el texto convencional y, salvo acuerdo de las partes, las reglas de arbitraje adoptadas por el Centro.

En cuanto a las pruebas, serán las partes las que tendrán por misión aportar aquellas que apoyen sus pretensiones, además de proponer cualquier otro medio de prueba para su realización. No obstante, el tribunal arbitral siempre tendrá el poder de ordenar la práctica de aquellas pruebas que considere convenientes.

### **3.2. Jurisdicción del CIADI**

Conforme el artículo 25 del Convenio de Washington, el Centro entiende en las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro.

Por lo tanto, deben darse los requisitos de jurisdicción objetiva (a) y subjetiva (b) y (c):

a- diferencias de naturaleza jurídica entre el Estado receptor y el inversor extranjero nacional del otro Estado parte en el convenio, excluyéndose así todo conflicto de intereses surgidos por motivos políticos, económicos o exclusivamente comerciales.

b- que las controversias se produzcan entre Estados e inversores. En cuanto a la jurisdicción subjetiva se debe señalar que una de las partes debe ser un Estado contratante, o una subdivisión política u organismo público, actuando con la aprobación del Estado<sup>12</sup>, y la otra debe ser nacional de otro Estado contratante. El Convenio de Washington califica como "nacional" del otro Estado contratante a personas físicas y jurídicas con determinadas especificaciones.

Para los conceptos de inversor e inversión resultan claves los delineamientos expuestos en el TBI celebrado entre los Estados, que han sido analizados con anterioridad (ver punto 2.1.). En todo caso, cabe observar que frente a las posibles interpretaciones, el CIADI ha acudido a la "teoría de la unidad general de una operación de inversión", en el sentido de señalar que tiene competencia para conocer de todas las cuestiones que se puedan presentar en relación con la operación de inversión. La nacionalidad, a su vez, juega un rol fundamental a la hora de determinar la jurisdicción del Centro<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> En términos específicos, se entiende que un Estado es contratante a los 30 días siguientes después de haber depositado su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación del texto convencional (art. 68).

<sup>13</sup> Al respecto, cabe recordar que el artículo 25 de la convención prescribe: "Se entiende como nacional de otro Estado contratante: a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consistieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado 3.º del artículo 28 o en el apartado 36, la nacionalidad de un Estado contratante, distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia. b) Toda persona jurídica que, a la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad 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".

En cuanto a las personas físicas el mayor problema puede presentarse con las dobles nacionalidades. De acuerdo con los requisitos que plantea la norma, un inversionista que sea doble nacional de un Estado contratante y del Estado parte en la diferencia de las dos fechas críticas señaladas en el artículo 25, inciso 2, a) no podrá incoar un procedimiento de arbitraje ante el CIADI. El objetivo es evitar una confrontación entre una persona y el Estado del cual es nacional.

En cuanto a las personas jurídicas, la construcción jurídica de la nacionalidad de las sociedades no presenta criterios unívocos en derecho internacional por lo cual la dificultad es mayor. Los ordenamientos jurídicos definen la nacionalidad de una sociedad en atención a diversos elementos: su lugar de constitución, su sede social o su control. Ahora bien, el tenor literal de la norma en cita plantea que una sociedad puede ser tratada como extranjera, aun cuando se trate de una persona jurídica constituida en el territorio nacional, si las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter a los efectos del Convenio, por estar sometida a control extranjero. Se trata de una norma excepcional, dado que este control debe provenir efectivamente del extranjero y, además, el Estado receptor debe haber prestado su consentimiento para brindarle a esa sociedad local un trato que correspondería a las extranjeras. Cabe destacar que este instrumento no define el concepto de “control extranjero”. Ante tal ausencia, debería estarse a los criterios de control comúnmente desarrollados, considerando los elementos de: participación mayoritaria en el capital de la persona jurídica por parte de los socios extranjeros y su posibilidad de influir en la administración de la sociedad.

c- El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez que las partes han consentido en someter su diferencia a la conciliación o el arbitraje del Centro, ellas no pueden revocar unilateralmente su consentimiento. Si bien en su origen el acatamiento a la jurisdicción del Centro resulta voluntario, los Estados podrían declinar suscribir el Convenio o no consentir la jurisdicción arbitral.

El artículo 26 del Convenio en forma compatible con la Doctrina Calvo previó que los Estados contratantes pudiesen exigir como condición para su consentimiento al arbitraje del Centro, el agotamiento previo de sus remedios internos.

Según el artículo 26 del Convenio, el consentimiento de las partes al arbitraje del Centro descarta cualquier otro recurso, salvo acuerdo de partes. Como consecuencia de ello, el procedimiento del Centro impide cualquier forma de intervención o control judicial.

El artículo 27 del Convenio puso fin a la utilización de la protección diplomática, al impedir expresamente a todo Estado contratante al igual que la promoción de cualquier reclamo internacional al respecto una vez consentida la jurisdicción arbitral del Centro.

No obstante, corresponde decir que tales derechos reaparecen en el supuesto que el Estado parte en la diferencia dejase de cumplir el laudo arbitral.

Por otro lado, las partes deber haber consentido en someterse a los procedimientos instituidos por el Centro. De esta forma, no basta la mera ratificación de la Convención del CIADI por parte del Estado receptor y del Estado del que es nacional el inversor, sino que tal voluntad deberá expresarse por escrito (art. 25(1)) , pudiendo restringirse a determinadas materias.

La fecha del otorgamiento del consentimiento debe ser anterior al momento en que se inicia el procedimiento arbitral ante el Centro y su perfeccionamiento lleva consigo tres efectos básicos: la irretroactividad; la imposibilidad de acudir a otros medios de solución de controversias y la suspensión desde ese instante del ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado del que es nacional el inversor. En la práctica, el consentimiento suele presentarse en planos jurídicos diferentes: el contractual, mediante una cláusula contenida en el contrato celebrado entre el inversor y

el Estado; el Derecho interno, habitualmente un código o ley de inversiones y el Derecho Internacional, en una cláusula de un acuerdo de promoción y protección de inversiones, o bien, mediante un instrumento multilateral<sup>14</sup>.

### **3.3. Derecho aplicable**

El artículo 42 del Convenio establece que el tribunal de arbitraje debe resolver la controversia con sujeción a las normas de derecho pactadas por las partes y, a falta de acuerdo en este punto, empleando las leyes del Estado receptor de la inversión junto con las normas de Derecho Internacional Privado aplicables al caso y las de Derecho Internacional general. Siguiendo un criterio equivalente, la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión establecen la aplicación de las leyes del Estado receptor de la inversión.

Los sucesivos laudos del Centro han entendido que si bien el derecho del Estado receptor debe ser aplicado a la solución del conflicto, aquél debe compararse siempre con las normas de Derecho Internacional, de forma tal que si existiera alguna laguna en el derecho interno o estuvieran en conflicto ambos derechos, prevalezca el Derecho Internacional. Así, el Derecho Internacional funciona de forma "complementaria" y "correlativa", como derecho "regulador" y "controlador" de la regla interna.

De esta forma, se recoge el principio de flexibilidad al otorgar un papel principal a la autonomía de la voluntad de las partes para que sean estas las que elijan el derecho aplicable a su relación. Además, el artículo mencionado contempla que, si las partes lo acuerdan, los árbitros resuelvan de acuerdo a la legislación que consideran más justa y apropiada para dicho caso (ex aequo et bono). A falta de acuerdo, el Tribunal aplica la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado y aquellas normas de Derecho Internacional Público que resultaran aplicables.

### **3.4. Adopción del laudo arbitral. Obligatoriedad, reconocimiento y ejecución de los laudos.**

Ante el incumplimiento de las cláusulas previstas en los TBI, surge la obligación de indemnizar los perjuicios causados por medidas generales adoptadas por parte del Estado receptor de la inversión con motivo de una crisis económica y social sin precedentes para ella y de mayor gravedad que la sufrida por cualquier otro país en los últimos años. A fin de determinar si se produjo una expropiación indirecta, el Tratado de Libre Comercio, suscripto entre Chile y Estados Unidos a mediados del año 2003, contiene algunas pautas generales para su conceptualización. Así, debe valorarse diversos criterios ya que no cualquier medida adoptada por un Estado soberano puede dar lugar a una indemnización. En este sentido, entre otros criterios deberá valorarse:

a- El grado de interferencia con el derecho de propiedad: la privación de la propiedad debe ser total y definitiva. Cualquier restricción, por si sola, no puede dar lugar a indemnización.

b- La duración de la regulación: Los Estados pueden adoptar medidas temporarias; únicamente una restricción definitiva puede llegar a otorgar derecho a una indemnización.

---

<sup>14</sup> Algunos presentan un consentimiento expreso a los procedimientos del Centro. Otros solo tienen cláusulas que se refieren al CIADI y se realiza una promesa por parte de los Estados contratantes de que a solicitud del inversor se ha de otorgar el consentimiento. Por su parte, se encuentran los que contienen una mera declaración y, por último, aquellos en que se expresa que será necesario un acuerdo específico posterior. En la primera categoría, el inversor tiene un derecho al arbitraje; en la segunda no hay derecho al arbitraje en tanto no medie aceptación expresa del Estado receptor.

c- El propósito del Estado y el contexto económico y social en que se adoptan las medidas: Los Estados están obligados a velar por la paz social y el bienestar de sus ciudadanos y, en tal mérito, deben adoptar las medidas conducentes al cumplimiento de dichos objetivos; no solo debe ponderarse el efecto de la medida sobre el patrimonio del inversor.

Las decisiones del tribunal deben ser adoptadas por la mayoría de los votos de todos sus miembros (art. 48, inciso 1), razón por la cual la citada norma será aplicable tanto al laudo como al resto de resoluciones que se dicten en el curso del procedimiento. La decisión debe ser dictada por escrito y contener la firma de los miembros del tribunal que hayan votado a favor de la misma (art. 48, inciso 2). Por su parte, debe contener la "declaración sobre todas las pretensiones sometidas al tribunal y será motivado" (art. 48, inciso 3) y debe referirse a todos los problemas planteados, debiendo expresar además las razones en las que se fundamenta.

Una vez dictado el laudo, es obligatorio para todas las partes y no puede ser objeto de apelación ni de otros recursos diversos a los señalados en el Convenio (art. 53, inciso 1). Estos recursos son: aclaración e interpretación; revisión sobre la base del descubrimiento de nuevos hechos y anulación, en un número muy restringido de casos (art. 52).

En cuanto al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, todo Estado contratante debe reconocer el carácter obligatorio del laudo y deberá ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por este, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal de ese país. La importancia radica en que no existe la necesidad de un exequátur ni de homologación, razón por la cual el laudo no será considerado extranjero, ya que tendrá toda la fuerza de un fallo definitivo del tribunal de un país (art. 54). Solo bastará verificar la autenticidad de la copia del laudo presentada por la parte que inste el reconocimiento y ejecución. Para la eficacia de norma, los Estados contratantes deberán haber tomado las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones del convenio tengan vigencia en sus territorios (art. 61).

Frente al incumplimiento del Estado condenado, los mecanismos contemplados por la Convención del CIADI que intentan revertir tal postura son jurídicos y económicos. En el primer caso, se trata de una reanudación de la protección diplomática del Estado del inversor, que se obtiene mediante una reclamación internacional que permite que una diferencia interestatal pueda ser llevada ante el Tribunal Internacional de Justicia (art. 64). La económica, en cambio, tiene relación con la delicada posición en que quedará colocado el infractor frente a los órganos directores del Banco Mundial, además de la grave pérdida de credibilidad ante la comunidad internacional que tal conducta trae aparejada.

#### **4. Conclusión**

La dinámica del flujo de capitales constituye actualmente uno de los aspectos más salientes de la globalización económica y, en este sentido, el problema de la protección del inversor extranjero radica en encontrar el mecanismo que logre salvar tales diferencias, otorgando una protección eficaz y sólida ajustada a los tiempos que corren.

Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones constituyen instrumentos internacionales a través de los cuales los Estados se comprometen a garantizar al inversor extranjero un "estándar" de tratamiento y protección reconocido a nivel internacional, que consiste en abstenerse de perturbar o interferir en la gestión económica de la inversión a través de medidas discriminatorias o arbitrarias, de nacionalizar o expropiar sino bajo ciertas condiciones, de interferir en las

transferencias de capital relacionados con la inversión, hacia o desde el territorio donde se ha establecido.

De tal modo, pueden visualizarse distintos intereses. Por un lado, el inversor extranjero requiere que el Estado receptor de la inversión garantice predictibilidad, es decir, seguridad jurídica, a través de un régimen jurídico que los proteja de riesgos excepcionales, y por el otro, los Estados receptores han demostrado cierta inquietud ante la posibilidad de que importantes sectores de su economía pasen a manos de empresas sometidas a control extranjero en cuestiones que tocan a los intereses esenciales de la comunidad. En virtud de ello, los TBI logran "armonizar" estos intereses.

El sistema contemplado por el CIADI es autónomo, toda vez que no está sujeto a control de otro tribunal; hermético, ya que una vez que se ingresa a él ya no es posible salir; e imprevisible, dado que no existe un tribunal permanente que unifique jurisprudencia. Teniendo en cuenta estas características del procedimiento arbitral, la imposibilidad de revisión del laudo por los tribunales del país en que se va a ejecutar o por una segunda instancia establecida para estos efectos resulta preocupante. Además, el Centro ha recibido duras críticas en cuanto a la excesiva tutela y protección que reciben los intereses de las corporaciones internacionales, por encima del Derecho nacional e internacional. De todas formas, el artículo 52 de la Convención del CIADI contempla que las partes pueden recurrir de nulidad del laudo ante al Secretario General, fundadas en que el tribunal se constituyó incorrectamente; que se extralimitó manifiestamente en sus facultades; que hubo corrupción de algún miembro del tribunal; que se quebrantó de manera grave de una norma de procedimiento; o que no se expresaron en el laudo los motivos en que este se fundó.

En el marco de desarrollo de las relaciones económicas actuales, la seguridad jurídica de los Estados emisores y receptores de inversión debe conjugarse con una transparencia expresa de las obligaciones que se asumen en los instrumentos jurídicos de naturaleza económica. No debemos perder de vista que el objetivo de estos TBI consiste en promover una mayor cooperación económica entre los países contratantes para lograr el desarrollo económico de los países y el incremento de la prosperidad de los pueblos.