

# **El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes**

**Lidia MORENO BLESA**  
Departamento de Derecho  
Universidad Europea de Madrid  
*lidia.moreno@uem.es*

## **The ICSID arbitration and its contribution to development in the light of direct investments in emerging markets**

### **ResumenAbstract**

- 1. Introducción**
- 2. Los tratados bilaterales de inversión**
- 3. El arbitraje del CIADI**
  - 3.1. Origen y finalidad del CIADI**
  - 3.2. Ámbito de aplicación material y personal del CIADI**
  - 3.3. El procedimiento de arbitraje ante el CIADI**
  - 3.4. Excepciones preliminares, medidas provisionales y costas**
  - 3.5. El recurso de anulación del laudo**
  - 3.6. Reconocimiento y ejecución del laudo**
- 4. Experiencia práctica**
- 5. Conclusiones**
- 6. Referencias bibliográficas**

# El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes

Lidia MORENO BLESA  
Departamento de Derecho  
Universidad Europea de Madrid  
*lidia.moreno@uem.es*

## The ICSID arbitration and its contribution to development in the light of direct investments in emerging markets

### Resumen

Las relaciones jurídicas litigiosas entre Estados y empresas en materia de inversiones cuentan con un procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos a través del arbitraje. Se trata del servicio prestado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, el 18 de marzo de 1965. El CIADI es una institución afiliada al denominado «Grupo del Banco Mundial», del que también forman parte el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI). En definitiva, el objetivo del Centro es facilitar la solución de las controversias entre los ciudadanos extranjeros y las autoridades locales del lugar donde se realizan los negocios mediante el recurso a un procedimiento arbitral. Para lograrlo, todos los Acuerdos bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) contienen mecanismos de resolución de litigios entre inversores y Estados receptores similares al del Convenio CIADI o se remiten a él. Esto último, unido a un sistema eficaz de ejecución de los laudos dictados en este contexto, debe servir a los mercados emergentes para atraer el capital necesario que contribuya a su definitiva expansión.

**Palabras clave:** Inversiones extranjeras, resolución alternativa de conflictos, arbitraje, tratados bilaterales, ejecución de laudos.

### Abstract

The international investment disputes between states and companies have a procedural framework of dispute resolution through arbitration. This is the service provided by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which was established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 18 March 1965. ICSID is a member of the World Bank Group, which also encompasses the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), the International Development Association (IDA), International Finance Corporation (IFC) and the Agency multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA). The goal of the Center is to facilitate the settlement of disputes between foreign citizens and local authorities where the business is conducted through arbitration. To achieve this, all Bilateral Promotion and Reciprocal Protection of Investments Treaties (BITs) contain mechanisms for resolution of disputes between investors and States similar to the ICSID Convention or refer to it. The latter, joined to an efficient implementation of awards rendered in this context, should serve emerging markets to attract the capital required to contribute to their final expansion.

**Keywords:** Foreign Investments, Alternative Dispute Resolution, Arbitration, Bilateral Treaties, Enforcement of Arbitral Awards.

# 1 Introducción

Uno de los fenómenos más relevantes del proceso de globalización ha sido el crecimiento de las inversiones extranjeras directas, con su particular incidencia en el desarrollo de las economías, tanto nacionales como regionales, sobre todo en los países en desarrollo. En estos países, en general, ha existido históricamente un déficit interno de inversión y de generación de capital, como consecuencia de varios factores, pero principalmente se ha debido a la falta de recursos, por lo que ha resultado imprescindible, para lograr el desarrollo económico, buscar apoyo en inversores extranjeros. Estos últimos, a su vez, han encontrado en los mercados emergentes atractivas perspectivas para invertir. Pero para materializar el flujo de capital se ha necesitado seguridad jurídica y un marco de transparencia y certidumbre que aseguren al inversor un trato justo y equitativo.

De esta forma, se fueron concibiendo una serie de instrumentos internacionales, tanto bilaterales como regionales y multilaterales, que incorporaron, de manera directa o indirecta, cuestiones relacionadas con las inversiones. De estos documentos destacamos los Tratados Bilaterales de Inversiones (también conocidos con el nombre de Acuerdos bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y en su acrónimo APPRI, así como *BIT* en siglas inglesas, por derivar de la expresión: *Bilateral Investment Treaties*) y, en el plano multilateral, se resaltan los Convenios de la Organización Mundial de Comercio, en particular el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (*GATS* en siglas inglesas, por derivar de la expresión: *General Agreement on Trade in Services*) y el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (*TRIMS* en siglas inglesas, por derivar de la expresión: *the agreement on Trade Related Investment Measures*)<sup>1</sup>.

No obstante la suscripción de los acuerdos multilaterales por parte de los Estados y unido a las dificultades que se presentan en las instancias de discusión de estos instrumentos, los países han apelado a la firma de los convenios bilaterales, que les han permitido mejores condiciones para el ingreso de la inversión extranjera en las economías de los Estados nacionales. En este sentido, los mencionados *BIT*, se convirtieron en un instrumento de creciente importancia en lo que a protección de inversión extranjera respecta.

Un Tratado Bilateral de Inversión (*BIT*), es un convenio entre dos Estados que establece un marco legal para el tratamiento de los flujos de inversión entre las dos naciones.<sup>2</sup> Crea derechos para los inversores de ambos Estados, esto es, derechos derivados de un tratado o derechos contractuales. El objetivo general de los mismos consiste, conforme surge de sus Preámbulos, en promover una mayor cooperación económica entre los países contratantes, para lograr el desarrollo económico y el incremento de la prosperidad de

1 Ortiz (2006), disponible en: <[http://www.escri-net.org/sites/default/files/Foco\\_Los\\_tratados\\_bilaterales.pdf](http://www.escri-net.org/sites/default/files/Foco_Los_tratados_bilaterales.pdf)> (fecha de consulta: 03/07/2014).

2 Cremades (2004, p. 232).

los pueblos, y, específicamente, en estimular la iniciativa privada y el flujo de capitales privados, como así también mantener un marco estable para las inversiones.

A su vez, los mismos prevén en su articulado mecanismos de solución de controversias en materia de inversión por medio de arbitrajes internacionales, ya sea a través de tribunales *ad hoc* o mediante tribunales constituidos bajo reglas específicas.<sup>3</sup> El procedimiento arbitral otorga legitimación activa al inversor para solicitar un arbitraje de inversiones contra el Estado receptor en caso de la violación del Tratado Bilateral de Inversión, e incluso cuando se produce un incumplimiento contractual.

Es por eso por lo que, dentro de la modalidad arbitral, ha adquirido un desarrollo sin precedentes en América Latina el arbitraje en materia de inversiones, produciendo además la evolución del Derecho Internacional en dicha materia, con el objeto de dar respuesta a los dinámicos patrones comerciales y a las cambiantes realidades políticas.

## 2 Los tratados bilaterales de inversión

Los *BIT* tienen por finalidad darle protección a la propiedad privada invertida y darle al inversionista las garantías mínimas necesarias para que pueda realizar la actividad económica que motivó la inversión, no dependiendo el inversor de su Estado para realizar las reclamaciones al Estado receptor de la inversión a través de la protección diplomática.

A su vez, el fundamento económico de los *BIT* es conferir a las inversiones una protección confiable a través de un instrumento jurídico que no puede ser modificado unilateralmente por los Estados receptores del capital. Estos tratados otorgan garantías sustantivas y procesales mínimas claramente identificables para el inversionista. Reflejan una caracterización de inversión e inversor amplia, lo que implica incorporar dentro de la protección cualquier clase de activo, sea este tangible e intangible, fijos o acciones.<sup>4</sup>

En lo que respecta a los antecedentes históricos de estos tratados, existe consenso en que el antecedente más cercano a los mismos fueron los denominados Tratados de Amistad, Comercio y Navegación suscritos esencialmente durante la posguerra y hasta finales de la década de los sesenta por los Estados Unidos de América, Japón y por algunas naciones de Europa occidental. No obstante, a finales del siglo XVIII se pueden encontrar tratados bilaterales de comercio, que si bien no estaban dedicados exclusivamente a regular la inversión extranjera, contenían disposiciones relativas a la adquisición de propiedad o al ejercicio de determinadas actividades económicas en el territorio de un Estado por nacionales de otro Estado.<sup>5</sup>

3 Ymaz Videla (1999, p. 45).

4 Pagliari (2009, p. 191).

5 Granato (2005, p. 15).

Hasta la Primera Guerra Mundial el objeto principal de estos instrumentos fue el de proteger la expansión del comercio y la navegación. Con el transcurrir del tiempo se procuró promover también las inversiones en el extranjero, mediante la inclusión en los tratados de determinadas reglas de tratamiento de los inversores de ambas partes contratantes. A partir de la Segunda Guerra Mundial, surge un nuevo género de tratados en esta materia que apuntaba al reconocimiento internacional de la validez de seguros nacionales contra riesgos no comerciales, tales como la expropiación, la nacionalización, los daños debidos a conflictos armados, la imposibilidad de transferencia y la inconvertibilidad de la moneda local. Estos seguros fueron otorgados por los países exportadores de capital a las inversiones realizadas por sus propios inversores en países extranjeros, desarrollando de esta forma interesantes esquemas de garantías para la inversión.

Por estos tratados, el Estado receptor de la inversión reconocía la validez de los pagos efectuados por el Estado asegurador al inversor para el caso de que su inversión fuese afectada por algún riesgo político, en el país donde se encontraba radicada. De esta forma, el Estado receptor de la inversión aceptaba, asimismo, la transferencia al Estado asegurador de todas las reclamaciones que hubiera podido ejercer el inversor por los daños sufridos. Surgieron, de esta forma, conocidos programas de garantía multilateral desarrollados por el Banco Mundial, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el Consejo de Europa, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia de Garantía Multilateral de Inversiones.<sup>6</sup>

Finalmente, en las últimas décadas, se produce el surgimiento de lo que hoy se conoce como Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) o *Bilateral Investment Treaties (BIT)*. El primero de estos tratados fue suscrito en 1959 por la República Federal de Alemania con la República Islámica de Pakistán. Gradualmente, otros países europeos fueron celebrando este tipo de tratados hasta convertirse en una política deliberada de los países exportadores de capital. A partir de los años ochenta, con la consagración del liberalismo político y económico, estos convenios fueron también celebrados por los países de Europa central y oriental, así como los del Sudeste Asiático, hasta que, en la década de los noventa, se incorporaron en la lista de Estados celebrantes de convenios en materia de inversiones extranjeras, los países latinoamericanos. De tal forma que, a finales de 2005, el número de acuerdos bilaterales de inversión alcanzaba la cifra de aproximadamente 2500 en todo el mundo.<sup>7</sup>

En concreto, los Tratados Bilaterales de Inversión en América Latina tuvieron como premisa crear un clima de inversión adecuado para satisfacer la necesidad de protección requerida por el inversor extranjero. Aquí es donde este tipo de tratados adquieren su verda-

6 Granato (2005, p. 16).

7 Los datos se han extraído del informe de la UNCTAD de 2007, titulado *Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, p. 15, disponible en [http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf) (fecha de consulta: 09/07/2014).

dera relevancia, ya que están destinados a asegurar la estabilidad y predictibilidad de los marcos jurídicos nacionales respecto de la inversión extranjera directa. Sientan condiciones básicas para el tratamiento de las inversiones que los países receptores de capital no pueden ya modificar de forma unilateral sin incurrir en responsabilidad internacional.<sup>8</sup> Y, por último, recurren al arbitraje internacional para la solución de controversias en materia de inversión, cuando el Estado receptor de los capitales incumple el Tratado Bilateral en detrimento del inversor extranjero.

Es evidente que el mundo de las inversiones internacionales es extremadamente controvertido y complejo. La realización de una inversión se ve afectada por muchos y muy cambiantes factores, que comportan importantes riesgos, tanto para los países receptores como para el promotor o promotores de la misma. Es por ello por lo que se impone la necesidad de garantizar al inversor un determinado nivel de seguridad jurídica, poniendo a su disposición, entre otros, procedimientos de solución de controversias rápidos y eficaces, que le protejan ante el surgimiento de un litigio y no le impidan verse privado de la disposición de sus dividendos y, en ciertos casos, de la propia inversión.<sup>9</sup>

Para conseguir aportar una mayor seguridad jurídica al inversor, el contenido del Convenio bilateral recoge los estándares obligatorios de tratamiento y protección que ambos Estados deberán cumplir respecto a las inversiones realizadas en su territorio por los inversores del otro Estado, siendo las disposiciones y cláusulas habitualmente contenidas en los APPRI celebrados por España con otros países las siguientes:

- Tratamiento justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional.
- Plena protección y seguridad, así como prohibición de medidas injustificadas y discriminatorias.
- No discriminación: tratamiento nacional (TN) y de nación más favorecida (NMF). En términos generales, con la excepción de los privilegios concedidos a terceros a través de procesos de integración económica regional, de los convenios para evitar la doble imposición y de la legislación fiscal interna, la inversión española recibirá un trato no menos favorable que la del inversor local o que la de los inversores de un tercer país.
- Las medidas de expropiación, nacionalización u otras, cuyos efectos sean similares a la expropiación, solo podrán adoptarse de manera no discriminatoria, por razones de interés público y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.
- TN y NMF respecto a cualesquiera compensaciones por pérdidas en la inversión debidas a guerra, revolución o conflictos similares.

8 Granato (2005, p. 14).

9 Gonzalo Quiroga (20014, pp. 2 y 3).

- Derecho a la libre transferencia del capital, beneficios y de otros pagos relacionados con la inversión.
- Cumplimiento de obligaciones contractuales contraídas con el inversor por el Estado receptor de la inversión.
- Mecanismos para resolver, mediante arbitraje internacional, las posibles controversias que pudieran surgir:
  - entre los dos Estados Parte en un APPRI sobre la interpretación o aplicación del Acuerdo y
  - entre el inversor y el Estado receptor de la inversión respecto al incumplimiento por parte de este último de las obligaciones contenidas en el Acuerdo. Dos suelen ser las opciones de arbitraje internacional ofrecidas al inversor:
    - El arbitraje *ad hoc*, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (<http://www.uncitral.org>), y
    - el arbitraje institucional, siendo dos, asimismo, las posibles modalidades arbitrales incluidas en la mayoría de los acuerdos: la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) (<http://www.iccwbo.org>) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con sede en Washington (CIADI) (<http://www.worldbank.org/icsid>).<sup>10</sup>

### 3 El arbitraje del CIADI

Un elemento fundamental que contribuye a incentivar el flujo económico desde los inversores extranjeros hasta los mercados emergentes lo constituye, sin duda, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, a iniciativa del Banco Mundial. Tal es así que, en la actualidad, este organismo es considerado como la principal institución de arbitraje internacional, dedicada a la solución de controversias entre inversores privados y los estados receptores del capital. Actualmente, 159 estados han firmado este Convenio, de los cuales, además, 150 han expresado su consentimiento en obligarse por sus normas.<sup>11</sup>

El propósito del CIADI no es otro que servir a la promoción de las inversiones extranjeras en otros países, particularmente en los que se pueden catalogar de emergentes, con la finalidad de contribuir al desarrollo económico a través de la cooperación internacional. Al respecto, son muy numerosos los Acuerdos Internacionales suscritos entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que

10 Información extraída de la página web de la Secretaría de Estado de Comercio, disponible en: <<http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/Paginas/contenidos-y-objetivos.aspx>> (fecha de consulta: 08/07/2014).

11 La lista de Estados contratantes y signatarios del CIADI se puede encontrar en la siguiente página web: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingStates&ReqFrom=Main> (fecha de consulta: 09/07/2014).

es nacional el inversor extranjero, los denominados Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (APPRI), que contienen cláusulas de resolución de controversias a través del recurso al CIADI. Con la celebración de estos Acuerdos, se consigue aumentar la inversión extranjera directa en los países que se encuentran en una fase no muy avanzada de evolución, ya que la existencia de una vía alternativa para la resolución de los conflictos a través del recurso a una institución internacional es un elemento positivo más para el inversor extranjero, que puede aportar mayor confianza al sistema.

En efecto, las partes contratantes de los APPRI suelen recurrir frecuentemente a las reglas del CIADI para resolver las controversias entre inversores privados y Estados receptores del capital.<sup>12</sup> Y ello es así porque existe el convencimiento de que para atraer inversiones se debe crear un marco legal favorable a las mismas, parte del cual serían mecanismos fiables de solución de disputas con los que los inversores pudieran defender sus derechos frente a los Estados, organismos públicos y empresas estatales. Esta idea contribuyó a afianzar el arbitraje como medio habitual de solución de controversias derivadas de incumplimientos de contratos de Estado, siempre que estos acuerdos contengan la «cláusula arbitral» de sometimiento al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.<sup>13</sup>

En definitiva, la existencia de instrumentos de protección jurídica de las inversiones a través de los *BIT* tiene un impacto económico evidente, que se materializa en el aumento de la inversión extranjera directa en países en vías de desarrollo<sup>14</sup>. Los *BIT* típicamente prohíben el trato discriminatorio a los inversores extranjeros e incluyen garantías de compensación por la expropiación de los bienes o fondos, y libre circulación de capitales, así como repatriación de los mismos y los beneficios que se deriven de ellos. Además, las partes involucradas en un *BIT* suelen acordar someterse a la solución de controversias vinculante cuando surge un litigio relativo a las disposiciones de los Acuerdos Bilaterales. Aparentemente, estas disposiciones deben garantizar algunos de los requisitos básicos para la protección segura de la propiedad y de los derechos contractuales que los inversores extranjeros buscan en los países de acogida y que con estos instrumentos internacionales se consigue lograr en mayor medida.<sup>15</sup>

### 3.1. Origen y finalidad del CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una de las cinco instituciones que conforman actualmente el denominado Grupo del Banco Mundial<sup>16</sup>. Si bien dicho Grupo estaba formado en sus orígenes por una sola entidad, el llamado Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), que se puso en marcha en 1946, pronto fueron apareciendo los

12 En estos términos se manifiesta el informe de la UNCTAD de 2007, titulado *Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, p. 114, disponible en <[http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf)> (fecha de consulta: 15/07/2014).

13 Zambrana Tévar, (2007, p. 327).

14 Claros Alegría, (2007, p. 415).

15 Neumayer y Spess, L., «Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?». London: LSE Research Online, 2005, p. 9. Available at: <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>, (fecha de consulta: 9 de enero de 2014).

16 Sobre el Grupo del Banco Mundial puede verse la página web del conglomerado institucional, disponible en: <<http://www.bancomundial.org/es/about>> (fecha de consulta: 09/07/2014).

otros cuatro miembros para dedicarse entre todos al desarrollo a través de actividades estrechamente relacionadas. Así, en 1960 surgió la Asociación Internacional de Fomento (AIF), creada a iniciativa de la Junta de Gobernadores del BIRF y que comparte con el Banco una misma estructura orgánica, razón por la cual se trata de las dos instituciones principales del Banco Mundial. Junto a las anteriores, se encuentran las llamadas «instituciones afiliadas» al Banco Mundial y que son las tres entidades siguientes:

- La Corporación Financiera Internacional (CFI), que fue creada por el BIRF en 1956.
- El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), que fue instaurado por el BIRF en 1985.
- El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que fue implantado por el Convenio elaborado por los Directores Ejecutivos del BIRF en 1965.

Para conocer la finalidad del CIADI puede recurrirse al Informe de los Directores Ejecutivos de 18 de marzo de 1965, que fue elaborado para facilitar la comprensión del Convenio que estableció el CIADI y contribuir a la aceptación de la norma convencional por parte de los Gobiernos miembros del Banco.<sup>17</sup> En concreto, el párrafo número 9 del Informe viene a señalar que el objetivo fundamental del convenio es fortalecer la asociación de los países en la consecución del desarrollo económico. Y para lograrlo, el Informe añade que se crea una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros, con la intención de promover un ambiente de confianza mutua y, en consecuencia, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo.

Los países más necesitados son los principales destinatarios de las inversiones directas extranjeras, ya que el crecimiento de un Estado es difícil que se produzca sin atraer fondos extranjeros a su economía. El fomento de dichas inversiones contribuye a impulsar el desarrollo de muchas zonas deprimidas que, de lo contrario, se hubiesen quedado fuera del comercio internacional. La llegada del capital extranjero está asociada a una mayor riqueza, a la introducción de nuevas tecnologías y a la creación de nuevos puestos de trabajo. Por lo tanto, la existencia de efectivos monetarios se convierte en una fuerza benéfica especialmente dirigida al enriquecimiento de los países más pobres, que consideran esos recursos como un fenómeno deseado, fomentado y bien recibido<sup>18</sup>.

17 El texto del Informe de los Directores Ejecutivos puede verse en <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/main-spa.htm>>. (fecha de consulta: 09/07/2014).

18 Gonzalo Quiroga (2014, p. 119).

### **3.2. Ámbito de aplicación material y personal del CIADI**

De conformidad con el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, en su párrafo número 25, se puede decir que el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esen-

cial para dar jurisdicción al Centro. Es por ello por lo que el artículo 25.1 del Convenio CIADI exige que las partes hayan consentido por escrito en someter la controversia al Centro y, además, el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. Pero el otorgamiento del consentimiento no ha sido una cuestión pacífica a la hora de acreditar la jurisdicción del Centro. En este sentido, la jurisprudencia del CIADI ha puesto de manifiesto que la posibilidad de acudir al arbitraje en este contexto es muy amplia y que no se hace depender únicamente, a diferencia del arbitraje más tradicional y de carácter convencional, de la iniciativa o actuación conjunta de las dos partes, que deben aceptar, en un mismo acto, su sometimiento a dicha forma de resolución de conflictos.

Así, el laudo arbitral de 27 de junio de 1990, recaído en el caso *Asian Agricultural Products LTD. (AAPL) contra la República de Sri Lanka*,<sup>19</sup> constituye el primer ejemplo en el que la competencia de un tribunal arbitral del CIADI se sustenta, no en la celebración de un acuerdo o cláusula compromisoria entre las dos partes implicadas en el litigio, sino en la existencia de una disposición incluida en un acuerdo bilateral suscrito entre los dos Estados antes de que la controversia hubiera surgido. En este caso, el Tribunal Arbitral admitió la demanda interpuesta por una empresa agrícola de Hong Kong contra la República de Sri Lanka, como consecuencia de los daños producidos en la planta principal de producción de la compañía durante una operación militar dirigida por las fuerzas de seguridad del país asiático, aunque no existía entre el inversionista ni el Estado ningún contrato ni compromiso arbitral firmado entre ambas partes. La justificación que se utilizó por el demandante fue recurrir al artículo 8 (1) del Acuerdo Bilateral de Inversiones (BIT), que había sido firmado por el Reino Unido y el Gobierno de Sri Lanka y cuyos efectos habían sido extendidos a Hong Kong, en cuanto colonia británica hasta julio de 1997, según el cual cada parte contratante aceptaba someter al CIADI cualquier controversia jurídica relativa a una inversión que afectara a un nacional o empresa de una de las partes contratantes en el territorio de la otra.

Se puede colegir de lo anterior que, dependiendo de la redacción más o menos clara que pudiera presentar la regla del Tratado Bilateral de Inversiones por la que se acepta la jurisdicción del CIADI, sería posible que el arbitraje tuviera lugar sin ningún consentimiento expreso del Estado posterior a su ratificación. De tal forma que podría considerarse producida una «oferta anticipada de adhesión al sistema arbitral del CIADI» con la sola entrada en vigor del Tratado Bilateral, siendo suficiente la mera decisión del inversor, materializada a través de la presentación de la demanda arbitral, para que la jurisdicción del CIADI quede acreditada. Pero esta conclusión no solo ha sido corroborada en otro laudo arbitral del CIADI, sino que se ha llevado más allá, al entender que la competencia del Centro estaba justificada por el Acuerdo bilateral correspondiente, a pesar de la existencia de un contrato posterior

19 Vid. ICSID case No. ARB/87/3, *Asian Agricultural Products LTD. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>> (fecha de consulta: 15/07/2014).

entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión por el que se atribuía el conocimiento de la controversia a los tribunales de justicia de dicho Estado.

En efecto, el laudo arbitral del CIADI de 21 de noviembre de 2000, emitido en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Compagnie Générale des Eaux contra República Argentina*<sup>20</sup>, confirmó la competencia del CIADI, a partir de la existencia de un tratado bilateral de promoción y protección de inversiones entre la República Argentina y la República Francesa de 1991, por el cual el inversor de una de las partes contratantes podría optar por someter la controversia correspondiente a la jurisdicción nacional de la otra parte contratante o al arbitraje del Centro. De tal forma que la existencia de un contrato de concesión posterior entre una sociedad francesa y la provincia argentina de Tucumán, por el cual la resolución de las controversias contractuales se atribuía a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de Tucumán, no dejaba sin efectos los consentimientos adelantados y recogidos en el tratado bilateral por el Estado de la nacionalidad del inversor y el Estado receptor de la inversión. Pero no acaba aquí la posibilidad de otorgar jurisdicción al Centro sin la existencia de una cláusula compromisoria bilateral y síncrona por la que se acepta el sometimiento al arbitraje del CIADI, ya que el laudo de 20 de mayo de 1992, en el caso *Southern Pacific Prosperities Ltd. contra la República Árabe de Egipto*,<sup>21</sup> reconoció la jurisdicción del Centro por la mera existencia de una ley reguladora de las inversiones extranjeras en el Estado receptor de la inversión, por la que se atribuía el conocimiento de las controversias al CIADI. Y ello con independencia de la existencia en este caso de un contrato posterior entre las partes implicadas en el litigio por el que se atribuía el conocimiento de las disputas que pudieran surgir a la competencia de la Cámara de Comercio Internacional.

Con todo, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción, ya que la posibilidad de recurrir al CIADI para la resolución de una controversia se encuentra limitada tanto por la naturaleza de la diferencia como por la de los sujetos que deciden someter su litigio al arbitraje. En efecto, el artículo 25.1 del Convenio, cuando alude al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la jurisdicción del Centro, lo circunscribe «a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión». Para saber qué se entiende por «diferencias de naturaleza jurídica» puede recurrirse al Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, que en su párrafo número 26, señala lo siguiente: «La expresión “diferencia de naturaleza jurídica” se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación

20 Vid. ICSID case No. ARB/97/3, *Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Compagnie Générale des Eaux contra República Argentina*, disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>> (fecha de consulta: 15/07/2014).

21 Vid. ICSID case No. ARB/84/3, *Southern Pacific Prosperities Ltd. contra la República Árabe de Egipto*, disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>> (fecha de consulta: 15/07/2014).

de una obligación de orden legal». En definitiva, se trata de excluir de la expresión analizada las controversias meramente políticas, morales o comerciales que no involucren un conflicto de derechos u obligaciones jurídicas.

Por su parte, el Convenio no suministra una definición de inversión, que permita tener una noción somera del contenido de este término. Lo que, por una parte, puede considerarse un rasgo de flexibilidad del Convenio, que deja a la decisión de las partes aquello que debe considerarse como «inversión». Pero, por otra, puede generar incertidumbre el no contar con una idea aproximada de lo que puede entenderse incluido dentro del concepto. Para clarificar esta situación puede recurrirse a la jurisprudencia arbitral del CIADI, donde el laudo parcial sobre jurisdicción, de 23 de julio de 2001, (caso n.º ARB/00/4),<sup>22</sup> señaló que una inversión comprende los siguientes elementos: i) una aportación económica por parte del inversor; ii) cierta duración en la ejecución del proyecto; iii) la participación en el riesgo empresarial de la operación; y iv) la contribución al desarrollo económico en el Estado receptor de la inversión.

En relación con el ámbito de aplicación personal del Convenio, el artículo 25.1 señala que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias «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». En definitiva, se trata de resolver controversias entre un Ente público y una parte privada, que deben pertenecer a un Estado contratante, ya bien sea por tratarse de un órgano perteneciente a la Administración del Estado en cuestión o por tener, la parte privada, la nacionalidad de dicho Estado.

### **3.3. El procedimiento de arbitraje ante el CIADI**

Aunque el Convenio regula dos tipos de procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, por un lado, la conciliación en los artículos 28 a 35, y, por otro, el arbitraje en los artículos 36 a 55; solo será objeto de análisis este último, por ser el más utilizado ante el CIADI. La regulación que contiene el Convenio sobre el arbitraje se desarrolla en otras normas elaboradas por el Centro y que comprende las siguientes disposiciones:

- 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 arbitraje (Reglas de Arbitraje).
- El Reglamento administrativo y financiero.

Por su parte, el procedimiento de arbitraje comprende varias fases que pueden identificarse con los siguientes nombres: la etapa de inicia-

22 *Vid.* ICSID case No. ARB/00/4, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, disponible en: <<http://www.italaw.com/cases/958>> (fecha de consulta: 15/07/2014).

ción, la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento y la terminación con el laudo. En concreto, las Reglas de Iniciación prevén en su Regla 1 que la iniciación del procedimiento se produzca con la solicitud presentada por escrito al secretario general del Centro, que deberá estar redactada en un idioma oficial del CIADI (español, inglés o francés), llevará la fecha y estará firmada por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado. Además, las Reglas de Iniciación también contemplan la posibilidad de que la solicitud se presente en forma conjunta por las partes en una diferencia.

Una vez presentada la solicitud, las Reglas 5, 6 y 7 de las Reglas de Iniciación encomiendan al secretario general una serie de actuaciones, que podemos sintetizar de la forma siguiente: revisar la solicitud y proceder a su registro, salvo que considere que está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro; también deberá notificar a las partes el acto de registro, trasladando a la otra parte una copia de la solicitud y de la documentación que la acompañe. Además, invitará a las partes a que constituyan un Tribunal de Arbitraje, tan pronto como les sea posible.

Una vez registrada la solicitud de arbitraje, se abre la fase de constitución del Tribunal Arbitral. Según el artículo 37 del Convenio, el tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes. Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que ocupará el puesto de presidente del Tribunal, de común acuerdo. Si transcurridos 90 días el Tribunal Arbitral no se hubiere constituido, el artículo 38 del Convenio encomienda al presidente del Consejo Administrativo del CIADI la labor de nombrar a los árbitros.

Respecto al lugar en el que se tramitará el procedimiento arbitral, el Convenio no obliga a utilizar el Centro situado en Washington, pudiendo las partes libremente elegir el procedimiento a seguir y el lugar de celebración del mismo. En este sentido, el Convenio del CIADI contiene normas para facilitar esta elección y, además, ha firmado acuerdos con otras instituciones para utilizar sus servicios cuando las partes elijan un lugar donde estas tengan oficinas y servicios.<sup>23</sup> Por lo que se refiere al Derecho aplicable al fondo del asunto, el artículo 42 del Convenio del CIADI alude, en primer lugar, a las normas de derecho acordadas por las partes. Se trata con este precepto de otorgar protagonismo a los sujetos implicados en la controversia, para decidir el ordenamiento conforme al cual los árbitros van a resolver su litigio. Cuando el Convenio del CIADI hace referencia al derecho aplicable al fondo de la controversia y otorga primacía a las normas elegidas por las partes, hay que entender que los sujetos podrán escoger, no solo un ordenamiento nacional, sino también normas y principios anacionales (nueva *lex mercatoria*, Derecho transnacional) e internacionales.<sup>24</sup> A falta de acuerdo entre las partes sobre el derecho aplicable a la resolución de la con-

23 Parra (2007, pp. 401 y 402). En este sentido, el CIADI ha concluido acuerdos para la deslocalización de la sede del Centro con las siguientes instituciones:

- Permanent Court of Arbitration at The Hague;
- Regional Arbitration Centres of the Asian-African Legal Consultative Committee at Cairo, at Kuala Lumpur and at Lagos;
- Australian Commercial Disputes Centre at Sydney;
- Australian Centre for International Commercial Arbitration at Melbourne;
- Singapore International Arbitration Centre;
- Gulf Cooperation Council Commercial Arbitration Centre at Bahrain;
- German Institution of Arbitration;
- Maxwell Chambers, Singapore;
- Hong Kong International Arbitration Centre;
- Centre for Arbitration and Conciliation at the Chamber of Commerce of Bogota; and
- China International Economic and Trade Arbitration Commission.

24 Zambrana Tévar (2007, p. 351). Además, añade, que la elección del Derecho internacional o principios generales siempre ha tenido el significado de evitar las alteraciones o incertidumbres que, en detrimento del inversor, suele tener el Derecho del Estado receptor y parte en el arbitraje. Sin embargo, el Derecho del Estado receptor será naturalmente aplicable en algunas materias estrechamente conectadas con su territorio y que forzosamente no pueden ser reguladas por el Derecho internacional, como pueden ser cuestiones de Derecho administrativo, laboral, tributario, etc.

troversia, el artículo 42 hace entrar en juego a 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.<sup>25</sup>

Constituido el Tribunal Arbitral dará comienzo el desarrollo del procedimiento, que según la Regla 29 de las Reglas de Arbitraje comprende dos etapas: una de actuaciones escritas, seguida de otra de actuaciones orales. La fase escrita supone la presentación de un memorial del solicitante y el memorial de contestación de la otra parte, a los que pueden añadirse una réplica y dúplica. La fase de actuaciones orales comprende las audiencias del Tribunal para oír a las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, y a los testigos y peritos. Por último, el procedimiento termina con la emisión del laudo que, según la Regla 46 de las Reglas de Arbitraje, deberá formularse y firmarse dentro de 120 días después del cierre del procedimiento, pudiéndose ampliar ese plazo por 60 días más.

### 3.4. Excepciones preliminares, medidas provisionales y costas

El desarrollo del procedimiento arbitral puede verse impedido como consecuencia de la interposición de excepciones preliminares por alguna de las partes. La Regla 41 de las Reglas de Arbitraje contempla dos supuestos distintos en los que cabe recurrir a esta figura excepcional, se trata de los casos de falta de jurisdicción del Centro y de los relativos a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La falta de jurisdicción o, lo que es lo mismo, la incompetencia del Tribunal Arbitral deberá oponerse lo antes posible y, a más tardar, antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si se refiere a una petición adicional, de la dúplica.<sup>26</sup> Por su parte, la excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación deberá presentarse como muy tarde 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de que tenga lugar la primera sesión. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones, deberá, en su primera sesión o prontamente después, decidir sobre la excepción.

El artículo 47 del Convenio se refiere a la posibilidad de que el Tribunal adopte medidas provisionales, si considera que las circunstancias del caso así lo requieren y salvo acuerdo en contrario de las partes. En relación con los tipos de medidas provisionales, el precepto referenciado concede una amplia libertad al Tribunal que podrá recomendar la adopción de aquellas medidas que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes. Por su parte, el carácter obligatorio o no de las medidas que el Tribunal puede recomendar, ha sido objeto de controversia. La Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, en el caso CIADI/ARB/98/2,<sup>27</sup> viene a despejar algunas dudas al respecto.

25 Para saber qué debe entenderse por «derecho internacional», cuando se usa en este contexto, puede recurrirse al Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, que en su párrafo número 40, señala que se entenderá en el sentido que le atribuye el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado artículo 38 está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados. De tal forma que, el mencionado artículo 38 (1), se refiere a los siguientes elementos formando parte de la expresión «derecho internacional»:

- a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares.
- b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
- c. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

26 Nótese que la versión española de esta Regla 41.5, publicada por el propio CIADI, presenta una errata, si se compara con la versión inglesa, de tal forma que está escrito réplica, cuando debería decir dúplica.

27 *Vid.* ICSID case No. ARB/98/2, *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>> (fecha de consulta: 15/07/2014).

En concreto, la Decisión arbitral parece decantarse por el carácter obligatorio de las medidas provisionales, pero la persistencia de dudas razonables sobre esta cuestión resulta zanjada con la siguiente conclusión: «El Tribunal gozaba del derecho de tener en cuenta, en su decisión final, el comportamiento de las partes y su eventual inobservancia de las medidas provisionales que se hayan recomendado».

Las costas del procedimiento de arbitraje se regulan en el artículo 61.2 del Convenio y permite al Tribunal que las determine, salvo acuerdo en contrario de las partes. En concreto, las costas comprenderán los gastos en que las partes hubieren incurrido en el procedimiento, los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los derechos devengados por la utilización del Centro. También el Tribunal decidirá la forma de pago de las costas y la manera de distribuirlas. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo. En concreto, la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero regula los costos directos de cada procedimiento y, en relación con los honorarios de los árbitros, estos comprenden los producidos por cualquier gasto directo, los correspondientes a cada día de trabajo, los gastos de manutención y los generados por los viajes que se hayan tenido que realizar. Para poder hacer frente a estos gastos, la Regla 14, en su apartado número 3, del Reglamento Administrativo y Financiero, establece que las partes harán los pagos por adelantado.

### **3.5. El recurso de anulación del laudo**

El artículo 52 del Convenio regula una serie de supuestos tasados de impugnación de laudo, por los que se puede dejar sin efecto la sentencia arbitral emitida. En concreto, se permite que cualquiera de las partes pueda solicitar la anulación mediante la interposición de un escrito dirigido al secretario general. Ahora bien, mientras la iniciación del procedimiento se insta ante el propio Centro, la sustanciación de las actuaciones pertinentes para el análisis del laudo arbitral se sigue ante un nuevo Tribunal Arbitral (denominado «Comisión *ad hoc*»). Para poder fundar una solicitud de anulación solo se podrán alegar los motivos siguientes:

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

La presentación de la solicitud de anulación correspondiente habrá de hacerse dentro de los 120 días a contar desde la fecha en que el laudo fue dictado. Pero si la causa alegada fuese la corrupción

de algún miembro del Tribunal, el plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho y, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

Con la presentación de la solicitud al secretario general se inicia la tramitación del recurso de anulación, que seguirá con el nombramiento de la Comisión *ad hoc* por parte del presidente del Consejo Administrativo. La Comisión que analizará el recurso estará integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros, pero ninguno de ellos podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal, ni ser de la nacionalidad de las partes, así como tampoco podrá haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros del Centro por el Estado receptor de la inversión o el Estado del inversor extranjero de la controversia, ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia.

Las disposiciones que regulan el procedimiento de arbitraje se aplicarán, *mutatis mutandis*, al procedimiento que se tramite ante la Comisión para la resolución de la anulación en cuestión. Además, la ejecución del laudo podrá ser suspendida por la Comisión hasta que se decida sobre la anulación, si considera que las circunstancias del caso así lo exigen. Si la suspensión fuera solicitada por la parte que inste la solicitud de anulación, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición. Finalmente, si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal.

Si bien los arbitrajes del CIADI presentan un gran atractivo para los inversionistas extranjeros, por la autonomía e independencia que mantienen respecto de las normas nacionales sobre arbitraje y los tribunales nacionales, el procedimiento de anulación de laudos arbitrales sobresale, pues permite insular casi completamente el procedimiento arbitral de las regulaciones o jurisdicciones nacionales, a niveles en que no es posible hacerlo en otros sistemas arbitrales.<sup>28</sup> Pero la operatividad práctica que habría de tener el procedimiento de anulación no ha sido una cuestión pacífica en su devenir histórico. De tal forma que la jurisprudencia de las comisiones *ad hoc* revela una colisión entre el deseo de que los procedimientos arbitrales no se dilaten excesivamente y la aspiración de conducir los mismos respetando ciertas garantías de justicia. Esta dicotomía ha producido una clara división en los resultados de los pronunciamientos arbitrales relativos al alcance y extensión del proceso de anulación en el CIADI.

Así, en una primera etapa se generaron bastantes críticas, al estimarse que las comisiones *ad hoc* se habían extralimitado del ámbito propio de la anulación, por cuanto se habían dedicado a efectuar una revisión de fondo, más propia de una apelación que de una anulación. Este activismo desmesurado de las comisiones en su

28 Cordero Arce (2005, p. 222).

- 29 Cordero Arce (2005, p. 221).
- 30 Schwartz (2004, pp. 49 y 50).
- 31 *Vid.* ICSID case No. ARB/81/2, *Klöckner v. Republic of Cameroon*, disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>> (fecha de consulta: 16/07/2014).
- 32 Sirva como soporte de la conclusión esgrimida el siguiente párrafo de la decisión *Klöckner*, en el asunto ARB/81/2: «The Committee is inclined to consider that the finding that there is one of the grounds for annulment in Article 52(1) must in principle lead to total or partial annulment of the award, without the Committee having any discretion, the parties to the Washington Convention and the parties to an arbitration under the ICSID system having an absolute right to compliance with the Convention's provisions, and in particular with the provisions of Article 52».
- 33 *Vid.* ICSID case No. ARB/97/3, *Compañía de aguas del Aconquija S. A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina)*, disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>> (fecha de consulta: 16/07/2014).
- 34 Para ilustrar el carácter más discrecional que pueden adoptar las comisiones *ad hoc* cuando deban decidir sobre la procedencia o no de la anulación, se puede recurrir al siguiente párrafo del caso *Vivendi*, en el asunto ARB/97/3: «parece estar establecido que un comité *ad hoc* tiene una cierta medida de discreción en cuanto a si anula un laudo, aun cuando halle que existe un error anulable. El artículo 52 (3) dispone que un Comité "tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo", y esto ha sido interpretado en el sentido de otorgar a los Comités alguna flexibilidad en determinar si la anulación es apropiada en las circunstancias. Entre otros factores será necesario que un comité *ad hoc* considere cuán significativo es el error en relación a los derechos legales de las partes».

función revisora fue visto como un atentado a uno de los principios básicos de los procedimientos arbitrales, esto es, la finalidad del laudo.<sup>29</sup> Incluso, en la Reunión Anual del Consejo Administrativo del CIADI de 1986, el secretario general de dicho organismo manifestó su preocupación por el efecto que las decisiones tomadas en los procedimientos de anulación de aquella época podían tener sobre la confianza de los inversores y Estados en el CIADI, dado el riesgo de que se hiciera frecuente la práctica de que la parte que quedara insatisfecha con el laudo solicitara anulación.<sup>30</sup>

Un ejemplo de esta situación puede encontrarse en la decisión adoptada por la comisión *ad hoc* en el asunto *Klöckner* de 1985.<sup>31</sup> Al respecto, en este caso se planteó la cuestión sobre la posición que la comisión debía de adoptar ante la constatación de la existencia de algún motivo de anulación recogido en la Convención, siendo dos las posibles actuaciones que podrían desencadenarse: o bien, se debía proceder a la anulación del laudo de forma automática, o por el contrario, se contaba con cierto margen de discrecionalidad. Lo que se saldó en el asunto *Klöckner* con el recurso a la primera de las posibilidades, es decir, al automatismo en la anulación cuando la comisión constatará la presencia de alguna de las causales de anulación contempladas en la Convención.<sup>32</sup>

Sin embargo, esta situación ha ido cambiando paulatinamente y en el momento actual las decisiones existentes se inclinan sobre todo por ser más restrictivas respecto de la procedencia de la anulación y, por tanto, otorgar más discrecionalidad a la comisión a la hora de realizar sus valoraciones. Como prueba de ello puede citarse, entre otras, la decisión adoptada en el asunto *Vivendi*,<sup>33</sup> del año 2002, que partía de la premisa de que un comité *ad hoc* no era un tribunal de apelaciones y que, por ende, no debían efectuarse anulaciones por una causa trivial. Además, respecto a si la forma de actuar de la comisión ante la anulación debía ser más automática o podía desenvolverse de manera más discrecional, el caso *Vivendi* se decantó por la segunda de las opciones.<sup>34</sup> De tal forma que el temor inicial a que el procedimiento de anulación fuera utilizado como una apelación por la parte que hubiera quedado perjudicada en el laudo ha quedado en la actualidad bastante neutralizado y, por lo tanto, solo cabe plantear la anulación cuando existan motivos serios y graves que lo justifiquen.

### 3.6. Reconocimiento y ejecución del laudo

La validez extraterritorial de los laudos extranjeros en el contexto del CIADI se regula en los artículos 53 a 55 del Convenio, que parte de considerar que todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme al Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. Por lo tanto, se puede concluir que el laudo CIADI está exento de la necesidad de exequátur y, en consecuencia, no le es de

aplicación el régimen general de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, que para la mayoría de países está gobernado por el Convenio de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958.<sup>35</sup>

Para instar el reconocimiento o ejecución del laudo, el artículo 54.2 del Convenio señala que la parte solicitante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designada por el Estado Contratante al efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el secretario general. Por su parte, la ejecución del laudo, de conformidad con el artículo 54.3 del Convenio, se realizará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Ahora bien, la ejecución forzosa de las obligaciones pecuniarias impuestas por un laudo puede encontrar dificultades prácticas derivadas de lo previsto en el artículo 55 del Convenio, cuando dispone que la regulación de la validez extraterritorial de las sentencias arbitrales procedentes de un Estado Contratante y que vayan a producir efectos en otro Estado Contratante distinto no se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero. En consecuencia, al ser la ejecución forzosa de los laudos un procedimiento procesal asistido por los tribunales de los Estados miembros del Convenio, pueden producirse dificultades de implementación derivadas del recurso a la inmunidad que el mismo Convenio reconoce, lo que puede ser contrarrestado por la relación institucional del Centro con el Banco Mundial y, por ende, por la relevancia política de este último en el escenario internacional, que puede ser un acicate moral para reconducir situaciones de incumplimiento.

Pero, incluso, si esto último no consigue evitar que el Estado infractor recurra a la inmunidad para eludir el cumplimiento del laudo, sería necesario acudir a una interpretación restrictiva de esta inmunidad, entendiendo que los tribunales pueden conocer de demandas contra otros Estados cuando el objeto de la controversia sea un acto de naturaleza comercial o también conocido con el nombre de actos *iure gestionis*. De tal forma que los activos empleados en transacciones con finalidad mercantil estarían excluidos del beneficio de la inmunidad y sí se concedería a todos aquellos empleados para fines de naturaleza estatal. Ahora bien, esta distinción podría no resultar todavía suficiente en el caso del dinero depositado en cuentas bancarias, ya que presenta una dificultad especial al estar destinado a finalidades diversas. Por lo tanto, en este último caso será necesaria una labor hermenéutica extra por parte de los tribunales encargados de ventilar la ejecución, con la finalidad de despejar cualquier duda sobre el carácter público o privado que pudieran tener dichos capitales.

35 Claros Alegría (2007, p. 458).

## 4 Experiencia práctica

Para ilustrar aún más si cabe el funcionamiento práctico del CIADI, haremos alusión a una de las últimas resoluciones que ha implicado al Reino de España como demandado, y que tuvo a un nacional argentino como demandante. Nos estamos refiriendo al laudo emitido el 13 de noviembre de 2000 y que fue objeto de rectificación, de acuerdo con el artículo 49.2 del CIADI y a la Regla de Arbitraje 49.<sup>36</sup> Se trata del caso n.º ARB/97/7, iniciado en 1997, como consecuencia de una controversia suscitada por el tratamiento que supuestamente recibió el actor por parte de entidades españolas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región española de Galicia. En concreto, la empresa del demandante se constituyó como sociedad anónima de conformidad con las leyes de España y su capital fue suscrito en el 70% por el actor y en el 30% por una entidad española y se incluyó un tercer accionista nominal para dar cumplimiento a los requisitos legales relativos a la constitución de la sociedad, pero esa participación fue recomprada inmediatamente por el accionista mayoritario. La principal cuestión, entre otras, que se dilucidó en el laudo afectó a la naturaleza jurídica, pública o privada, de la entidad española que poseía el 30% del capital y a una transferencia de fondos ordenada por dicha entidad, sin la autorización del demandante que era el que ponía a disposición la suma de dinero correspondiente.

En concreto, lo que el Tribunal Arbitral tuvo que averiguar era la condición de la entidad española, es decir, si se trataba de una repartición estatal que actuaba en nombre del Reino de España para los efectos de determinar la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. Para indagar sobre esta cuestión, se aplicó una prueba estructural y una prueba funcional. Si bien, en relación con la estructura de la Administración Pública española, se podía mantener que la entidad demandada era una entidad financiera creada como sociedad privada. Al mismo tiempo, se podían considerar otros aspectos, que provienen del Derecho internacional y que son, en particular, el control de la sociedad por el Estado o por entidades estatales y los objetivos y funciones para los cuales se creó esa sociedad. De tal forma que el Tribunal debía establecer si determinados actos u omisiones eran fundamentalmente de carácter comercial y no gubernamental o, a la inversa, si eran de índole esencialmente gubernamental y no comercial.

La principal actuación que sirvió para resolver el carácter público o privado de la demandada fue una transferencia de fondos, que ordenó el representante de la entidad española ante la empresa demandante. Debido a las dificultades financieras por las que atravesaba la sociedad demandante, el propietario mayoritario

36 *Vid.* ICSID case No. ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini y el Reino de España*, disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>> (fecha de consulta: 15/07/2014).

de la misma ofreció poner a disposición de la compañía una suma de dinero importante, que procedía de su cuenta personal, y que podía ser utilizada en el momento en que lo solicitara el representante de la entidad española, ahora demandada. La orden de transferencia fue dada por dicho representante, sin que nunca se llegara a formalizar en un contrato obligatorio para el nacional argentino y sin que el préstamo fuera aprobado por el directorio de la empresa demandante. Lo que el Tribunal se pregunta en este momento es si dicha actuación era de carácter meramente comercial o si se llevó a cabo en el ejercicio de las funciones públicas o gubernamentales de la empresa demandada y, por lo tanto, sería imputable al Estado español.

La solución de esta cuestión solo podía basarse en el carácter de las funciones desarrolladas por la entidad española en este caso. Al respecto, quedó acreditado que la empresa española era una entidad encargada de poner en práctica políticas de gobierno relativas a la promoción industrial y que, por ende, esta desempeñó varias funciones que normalmente no realizaban las sociedades comerciales corrientes. El manejo de las cuentas de la demandante como empresa participada, la gestión de sus pagos y sus finanzas, y, en general, la intervención en nombre de la demandante ante las autoridades españolas sin recibir retribución por esos servicios, son elementos que respondían al carácter y responsabilidades públicos de la empresa española. Por lo tanto, las actuaciones de la empresa española relacionadas con el préstamo no podían considerarse de carácter comercial y guardaban relación con sus funciones públicas, por lo que la responsabilidad de dichas acciones era imputable al Reino de España. Esta conclusión se saldó con la estimación de la procedencia de la reclamación del demandante y el reconocimiento del derecho a una indemnización a pagar por parte del Reino de España.

Ahora bien, el laudo emitido en este asunto fue objeto de una solicitud de rectificación presentada por el Reino de España, en la que se pedía que la palabra *funcionario* utilizada en el laudo para referirse al representante de la empresa española ante la entidad demandante fuera sustituida por la expresión *trabajador empleado*, ya que había quedado acreditado que los empleados de la empresa española no eran funcionarios desde un punto de vista jurídico, sino trabajadores en régimen jurídico laboral. Esta conclusión se derivaba del análisis estructural de la empresa demandada, donde se había probado que se trataba de una sociedad anónima, regulada por el derecho mercantil privado español y cuyos operarios eran trabajadores unidos con su empleadora por una relación laboral regulada por las leyes laborales españolas. Petición que fue aceptada por el Tribunal y, en consecuencia, se modificó el laudo en la forma que solicitaba el Reino de España.

## 5 Conclusiones

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una de las instituciones que forman parte del denominado «Grupo del Banco Mundial», que fue creado en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI), hecho en Washington, D. C. el 18 de marzo de 1965. El Convenio del CIADI es un tratado multilateral, que elaboraron los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, institución que también pertenece al Grupo del Banco Mundial, y que entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. El Convenio trató de eliminar los principales obstáculos a la libre circulación de los flujos internacionales de inversión privada y corrigió la ausencia de métodos internacionales especializados para la solución de diferencias relativas a inversiones. Para la consecución de este último objetivo, el Convenio estableció un procedimiento de conciliación y arbitraje para la resolución de conflictos relativos a inversiones entre partes contratantes.

La Convención de Washington proporciona un sistema comprensivo y autosuficiente de arbitraje internacional en el área de disputas relativas a inversiones. Bajo este Convenio, la actuación de los tribunales judiciales debería estar limitada a reconocer y/o ejecutar el carácter obligatorio del laudo y/o ejecutar las obligaciones monetarias que imponga, como si se tratara de una sentencia dictada por un tribunal de la más alta instancia en sus territorios. Y esto en virtud del artículo 54 del citado Convenio, por el cual los Estados Parte se comprometen a reconocer como vinculante y obligatorio el laudo, del mismo modo que lo harían con una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado y de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda (artículo 54.3 del Convenio).

Así, un laudo arbitral del CIADI constituye un título válido equiparable a una sentencia firme local y, por lo tanto, no revisable ni impugnabile por dicha ley, aunque sí sujeto a las restricciones que pudieran existir en materia de ejecución forzosa de sentencias judiciales contra el Estado (artículo 55 del Convenio de Washington). Los Estados gozan de inmunidad de ejecución y podrían impedir, limitar o diferir en el tiempo la ejecución forzosa de sentencias judiciales obtenidas contra el propio Estado o contra ciertos bienes de este.

Pero eso no debe ser interpretado en el sentido de que el Convenio de Washington permita eludir su responsabilidad, al impedir la ejecución del laudo una vez obtenida una decisión definitiva del caso. Lo que el artículo 55 prevé es que la forma de ejecutar los laudos se regirá por los procesos locales ya previstos para casos de

sentencias locales previstas en las normas de los Estados que se sometieron a su jurisdicción. Por tanto, la negativa de ejecutar el laudo, según las citadas pautas, podría llevar a la aplicación de los artículos 27 y 64 del Convenio, que prevén la protección diplomática o acudir a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

A tal efecto, el artículo 27 del Convenio prohíbe que los Estados Contratantes concedan protección diplomática o promuevan reclamaciones internacionales respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme al Convenio del CIADI, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. Por su parte, el artículo 64 del Convenio se refiere a la posibilidad que tienen los Estados Contratantes de acudir a la Corte Internacional de Justicia para resolver toda diferencia que surja entre ellos sobre la interpretación o aplicación del Convenio del CIADI y que no se resuelva mediante negociación, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.

En definitiva, existen mecanismos suficientes para asegurar la ejecución de la sentencia arbitral y, por ende, contribuir a la eficacia del sistema, que ha de servir para canalizar el capital de los inversores privados hasta las economías más necesitadas de actividad empresarial. Se trata de que el particular que asume el riesgo de la operación cuente con instrumentos fiables de solución de controversias, que le permitan defender sus derechos frente al posible incumplimiento del Estado receptor de la inversión. Es por ello que la existencia del CIADI supone un paso importante en la protección de inversiones, porque establece un marco institucional y regulatorio específico para las controversias relativas a inversiones entre Estados parte del Convenio e inversores con nacionalidad de otros Estados miembros. En este sentido, se manifiesta el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, cuando en el párrafo 12 se señala lo siguiente: «la adhesión de un país al convenio proporcionaría un incentivo adicional y estimularía un mayor flujo de inversiones privadas internacionales hacia su territorio, lo que constituye el propósito principal del convenio».

Por lo que si el Estado infractor persiste en su idea de recurrir a la inmunidad para incumplir lo preceptuado por un laudo, se puede plantear como línea futura de investigación la viabilidad de implantar en el CIADI una reserva dineraria, sufragada por los Estados Contratantes que acepten someterse al arbitraje de este Centro Internacional. La forma de materializarla se articularía en torno a un depósito monetario realizado por el Estado Contratante en cuestión, antes de iniciarse el procedimiento de resolución extrajudicial y sobre la base de una estimación neutral elaborada por un organismo creado al efecto dentro de la estructura institucional del Grupo del Banco Mundial. Para buscar un equivalente hoy en día de la

propuesta formulada de *lege ferenda*, se puede acudir a la regulación de las medidas provisionales o cautelares que se pueden solicitar en las controversias internacionales, cuando se pretenda asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se pudiera llegar a dictar. Como en el CIADI se trataría de una provisión de fondos efectuada por el Estado Contratante de forma voluntaria y previa al comienzo del arbitraje, no sería necesario acudir a la instancia judicial para solicitar la medida cautelar correspondiente. Con ello se garantizaría el cumplimiento íntegro del laudo y se ofrecería suficiente confianza a los inversores privados para operar con total seguridad en cualquier país, ya se trate una economía desarrollada o de un mercado más modesto, todavía en proceso de expansión.

## 6 Referencias bibliográficas

- CLAROS ALEGRÍA P (2007). El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Capítulo del libro: Collantes González, J. L., El arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Ed. Palestra, Perú.
- CORDERO ARCE G (2005). «Anulación de laudos arbitrales en el CIADI». Revista Chilena de Derecho, vol. 32, n.º 2: 219-252.
- CREMADES B, y CAIRNS A (2004). La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras. Zavalia, Buenos Aires.
- GONZALO QUIROGA M. El sistema arbitral del solución de controversias del CIADI, Cátedra Bancaja de jóvenes emprendedores, Universidad Rey Juan Carlos, disponible en: [www.urjc.es/bancaja/formacion/archivos/marta\\_gonzalo.doc](http://www.urjc.es/bancaja/formacion/archivos/marta_gonzalo.doc), acceso el 9 de julio de 2014.
- GRANATO L (2005). Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados bilaterales de Inversión. Tesina del maestrando en Derecho de la Integración Económica, Escuela de Posgrado Ciudad Argentina (EPOCA), Universidad del Salvador y Université Paris I-Pantheon Sorbonne.
- INFORME DE LOS DIRECTORES EJECUTIVOS DEL BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=RulesMain>, acceso 13 enero 2014.
- NEUMAYER E, SPESS L (2005). Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? London: LSE Research Online. Available at: <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>, acceso el 9 de enero de 2014.
- ORTIZ R (2006). Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI. Informe FOCO, Centro de documentación e investigación Chile-Latinoamérica, (FDCL), Berlín, Alemania.
- PAGLIARI S (2009). Temas de doctrina y jurisprudencia en el Derecho Internacional Público. Editorial Advocatus, Córdoba.
- PARRA C (2007). El arbitraje a la luz de las jurisdicciones internacionales: los tribunales arbitrales internacionales. Capítulo del libro: Collantes González, J. L., El arbitraje en las distintas áreas del Derecho, Ed. Palestra, Perú.
- SCHWARTZ E (2004). Finality at What Cost? The Decision of the Ad Hoc Committee in Wena Hotels v. Egypt, en Annulment of ICSID Award. Gaillard y Banifatemi Editores, Juris Publishing.

YMAZ VIDELA E (1999). Protección de las inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas. Ed. La Ley, Buenos Aires.

ZAMBRANA TÉVAR N (2007). Arbitraje y protección de inversiones, capítulo del libro: Collantes González, J. L., El arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Ed. Palestra, Perú.

## **Páginas webs consultadas**

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE PARÍS-CCI: <http://www.iccwbo.org>

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL-CNUDMI: <http://www.uncitral.org>

SECRETARÍA DE ESTADO DE COMERCIO: <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/Paginas/contenidos-y-objetivos.aspx>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT: <http://unctad.org/es/paginas/Home.aspx>

WORLD BANK-ICSID: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

## **Jurisprudencia CIADI**

ICSID case No. ARB/81/2: Klöckner v. Republic of Cameroon.

ICSID case No. ARB/84/3: Southern Pacific Prosperities Ltd. contra la República Árabe de Egipto.

ICSID case No. ARB/87/3: Asian Agricultural Products LTD. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka.

ICSID case No. ARB/97/3: Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Compagnie Générale des Eaux contra República Argentina.

ICSID case No. ARB/97/3: Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) contra República Argentina.

ICSID case No. ARB/97/7: Emilio Agustín Maffezini y el Reino de España.

ICSID case No. ARB/98/2: Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile.

ICSID case No. ARB/00/4: Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco.