

EL ARBITRAJE DEL CENTRO INTERNACIONAL
DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS
A INVERSIONES EN LATINOAMÉRICA.
NUEVAS TENDENCIAS: MÉXICO, ARGENTINA,
ECUADOR Y BOLIVIA

Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problemática general*. III. *El rumbo de los casos*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Estamos asistiendo a una auténtica revolución en materia de resolución de controversias en materia de inversiones entre un Estado y un inversor extranjero que, no por esperada y tardía, deja de ser sorprendente.

El punto de partida lo constituye el elevado número de demandas que afectan en la actualidad a los Estados latinoamericanos; demandas que a veces presentan un sustento muy cuestionable,¹ con resultados muy discutibles, que invitan a la reflexión de todos los seguidores del sistema instaurado por el Banco Mundial a través del Convenio de Washington y que supuso la creación del CIADI. Estas cifras han llevado a que los países latinoamericanos estén tomando otra actitud, completamente activa ante este sistema, proponiendo diversas opciones del más variado calado.

Así, si bien el CIADI nunca ha sido un foro de resolución de controversias pacífico pues ya en sus inicios de labores encontramos comentarios que manifiestan cierto descontento, en la actualidad se encuentra

* Doctora en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

¹ Es el caso, sin querer ahondar más, Robert Azinian y otros vs. México y Aguas del Tunari vs. Bolivia.

atravesando por un momento crucial ante la postura de acoso y derribo adoptada y liderada por los países latinoamericanos. No aventuramos que la actitud de Bolivia ponga en jaque a un sistema de administración de arbitraje dirigido y orquestado por el banco Mundial. Ahora bien, lo que sí aseguramos es que se pone en una difícil treta al hacerse patente y manifiesto el descontento de algunos Estados y en una situación ciertamente incómoda.

De un recuento general vemos que los casos que afectan a los Estados latinoamericanos suman en la actualidad sesenta y tres pendientes y treinta y seis concluidos.² En concreto señalamos que el caso argentino en la actualidad cuenta con treinta y cuatro casos pendientes³ de resolver y doce ya resueltos;⁴ seguido del caso mexicano quien suma cinco pendien-

² Estos datos pueden comprobarse en la página oficial del Banco Mundial: www.worldbank.org/icsid. Datos actualizados al 15 de enero de 2008.

³ Como enumeración de los casos argentinos encontramos: Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. and Vivendi Universal (caso 97/3), Azurix Corp. (caso 01/12), Lg & E Energy Corp, LG&E Capital Corp. and LG & E Capital Corp. and LG & E Internacional Inc. (caso 02/1), Siemens A.G. (caso 02/8), AES Corporation (caso 02/17), Camuzzi Internacional S. A. (caso 03/2), Metalpar S. A. and Buen Aire S. A. (caso 03/5), Continental Casualty Company (caso 03/9), Gas Natural SDG (caso 03/10), Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company (caso 03/13), El Paso Energy Internacional Company (caso 03/15), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Interaqua Servicios Integrales de Agua S. A. (caso 03/17), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A and Vivendi Universal S. A. (caso 03/19), Telefónica S. A. (caso 03/20), Enersis S. A. (caso 03/21), Electricidad Argentina S. A. and EDF Internacional S. A. (caso 03/22), EDF Internacional S. A. SAUR Internacional S. A. and León Participaciones Argentinas S. A. (caso 03/23), Unisys Corporation (caso 03/27), Azurix Corp. (caso 03/30), Total S. A. (caso 04/1), Saur Internacional (caso 04/4), BP America Production Company and others (caso 04/8), CIT Group Inc. (caso 04/9), Wintershall Aktiengesellschaft (caso 04/ 14), Mobil Exploration and development Inc., Suc. Argentina and Mobil argentina (caso 04/16), Daimler Chrysler Services AG (05/1), Compañía General de Electricidad S. A. and GCE Argentina S. A. (caso 05/2), TSA Spectrum de Argentina S. A. (caso 05/5), Asset Recovery Trust S. A. (caso 05/11); Giovanna A. Beccara and others (caso 07/5), Giovanni Alemanni and others (caso 07/8); Impregilo S. p. A. (caso 07/17); Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (caso 07/26); HOCHTIEF Aktiengesellschaft (caso 07/31).

⁴ Lanco International, Inc. (caso 97/6) Houston Industries Energy, Inc. and other (caso 98/1) Mobil Argentina S. A. (caso 99/1) Empresa Nacional de Electricidad S. A. (caso 99/4) Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP (caso 01/3), CMS Gas Transmisión Company (caso 01/8) Sempra Energy Internacional (caso 02/16) Camuzzi Internacional S. A. (caso 03/7) Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S. A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S. A. (Caso 03/12)

tes⁵ y ocho concluidos;⁶ con parecido recuento está el caso de Ecuador con siete pendientes⁷ y dos concluidos;⁸ Venezuela con cinco pendientes⁹ y cuatro concluidos;¹⁰ numéricamente más alejado encontramos el caso de Perú con tres casos pendientes¹¹ y dos concluidos;¹² Chile con un caso pendiente¹³ y dos concluidos,¹⁴ Bolivia con dos casos pendientes¹⁵ y uno concluido;¹⁶ Paraguay con dos pendientes¹⁷ y uno concluido;¹⁸ Honduras

Aguas Cordobesas S. A, Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (caso 03/18) France Telecom S.A. (caso 04/18) RGA Reinsurance Company (caso 04/20).

⁵ En el caso mexicano encontramos los siguientes casos: Corn Products Internacional (caso AF/04/1), Gemplus S. A., SLP, S. A. and Gemplus Industrial, S. A. de C. V. (caso AF/ 04/3), Talsud SA (caso AF 04/4), Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Ameritas, Inc. (caso AF/04/5), Cargill, Incorporated (caso AF/05/2).

⁶ Metalclad Corporation (caso (AF)/97/1), Robert Azinian and others (caso (AF)/97/2), Waste Management, Inc. (caso (AF)/98/2), Marvin Roy Feldman Karpa (caso (AF)/99/1), Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. (caso (AF)/00/2), Waste Management, Inc. (caso (AF)/00/3), Firesman's Fund Insurance Company (caso AF/ 02/01); Bayview Irrigation District and others (caso AF/05/1).

⁷ En los casos en que se implica a Ecuador encontramos MCI Power Group, LC and New Turbina, Inc (caso 03/6), Duke Energy Electroquill Partners and Electroquil S. A. (caso 04/19), empresa eléctrica del Ecuador, INC (EMELEC) (caso 05/9), Noble Energy Inc. And Machala Power Cia. Ltd. (caso 05/12); Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company (caso 06/11); Técnicas Reunidas, S. A. and Eurocontrol, S. A. (caso 06/17); City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (caso 06/21).

⁸ Repsol YPF Ecuador S. A. (caso 01/10), IBM World Trade Corp. (caso 02/10).

⁹ Vannessa Ventures Ltd. (caso (AF)/04/6); Vestey Group Ltd (caso 06/4); Eni Dación B.V. (caso 07/4); Mobil Corporation and others (caso 07/27); ConocoPhillips Company and others (caso 07/30).

¹⁰ Fedax N.V. (caso 96/3); GRAD Associates, P.A. (caso 00/3); Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. (caso 00/5); I & I Beheer BV (caso 05/4).

¹¹ Duke Energy Internacional Peru Investment núm. 1 Ltd (caso 03/28), Aguaytia Energy, LLC (caso 06/13), Tza Yap Shum (caso 07/6).

¹² Compagnie Minière Internationale Or S. A., (caso 98/6) Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú (caso 03/4).

¹³ Víctor Pey Casado and President Allende Foundation (caso 98/2).

¹⁴ Los casos chilenos son MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile S. A. (caso 01/7) y Sociedad Anónima Eduardo Vieira (caso 04/7).

¹⁵ Química e Industrial del Borax Ltda. and others (caso 06/2) y E.T.I. Euro Telecom International N.V. (caso 07/28).

¹⁶ Aguas del Tunari S.A. (caso 02/3).

¹⁷ Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B. V. (caso 07/9); Société Générale de Surveillance S. A. (caso 07/23).

¹⁸ Eudoro A. Olguín (caso 98/5).

con un caso cada uno pendiente¹⁹ y uno concluido;²⁰ Costa Rica con uno pendiente²¹ y uno concluido,²² El Salvador con uno concluido,²³ Nicaragua con un caso concluido;²⁴ Panamá con un caso pendiente²⁵ y Guatemala con uno pendiente.²⁶ Extrañamente el embate más fuerte al CIADI lo protagoniza Bolivia quien cuenta pocas demandas en su marcador.

Del anterior recuento de las demandas (concluidas y pendientes) se puede observar, desde un punto de vista cuantitativo, la existencia de dos bloques de Estados latinoamericanos; en el primero encontraríamos una zona “crítica” en la que se hallan Argentina, México, Ecuador y Venezuela; en el segundo encontraríamos una zona de “bajo perfil” en la que podríamos incluir a Bolivia, Paraguay, Honduras o El Salvador. El análisis que se ofrece de cada uno de estos casos se intenta ubicar en su propio contexto social-político y económico desde que se trata de tres aristas que deben ser conjuntamente tratadas; prueba de ello lo encontramos en el caso Boliviano y Argentino donde el aspecto político tinte de otro color la esfera jurídica. Igualmente no hay que desdeñar el aspecto económico puesto que no cabe desconocer que Argentina y México son grandes receptores de inversión extranjera; sólo desde el estudio global de estas tres facetas de manera conjunta podemos llegar a la justificación de una presentación tan elevada de demandas en el contexto latinoamericano.²⁷

II. PROBLEMÁTICA GENERAL

Desde hace algún tiempo venimos dando seguimiento a la actividad que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de In-

¹⁹ Astaldi S.p.A. (caso 07/32).

²⁰ Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A. (caso 99/8).

²¹ Alasdair Ross Anderson and others (caso (AF)/ 07/3).

²² Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. (caso 96/1).

²³ Inceysa Vallisoletana SA (caso 03/26).

²⁴ Shell Brands International AG and Shell Nicaragua S.A (caso 06/14).

²⁵ Nations Energy, Inc. and others (caso 06/19).

²⁶ Railroad Development Corporation (caso 07/23).

²⁷ Se ha llegado a afirmar “el impacto económico que representan aquellas demandas” señalando en este orden de ideas que “las indemnizaciones reclamadas en dichos procesos arbitrales —alrededor de US\$ 20 mil millones— se aproximan al total del presupuesto nacional anual de la Argentina y son, por lo tanto, imposibles de conciliar con la capacidad práctica de pagar sin que la economía de la Argentina resulte inviable”.

Véase www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20866.

versiones (en adelante, CIADI) viene desarrollando respecto a los países latinoamericanos. Nuestra alarma principal e inicial se producía en el concreto caso de Argentina, por su elevado número de demandas, motivadas por la crisis económica a la que se enfrentaba; así, narrábamos la crónica de una avalancha anunciada derivada de una crisis financiera que, a final de cuentas, justificaría en cierta medida una cláusula de escape por balanza de pagos en los APPRI.²⁸ Igualmente un foco rojo se prendía en el caso de México donde, al ser el segundo Estado latinoamericano más demandado, seguíamos discutiendo sobre la conveniencia o no de la ratificación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 18 de marzo de 1965 (en adelante, Convenio de Washington).²⁹ Sin embargo, en esta ocasión nuevos factores económicos y políticos hacen que pongamos nuevamente nuestra mirada en el contexto latinoamericano y, que sin perder de vista el rumbo que van adquiriendo los casos de Argentina y México, centremos nuestra atención en dos nuevos Estados que hasta ahora habían pasado desapercibidos: Ecuador y Bolivia.

Derivado de lo anterior pretendemos abordar cuatro inquietudes englobadas en dos rubros generales: a) El alarmante y creciente número de demandas en contra de Estados latinoamericanos y las medidas que se

²⁸ Rodríguez Jiménez, S. “La actual crisis del CIADI en la Argentina. Su posible declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 39, 2006-A, Lexis-Nexis, Argentina, pp. 379-407.

²⁹ Rodríguez Jiménez, S., *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; Rodríguez Jiménez, S., “México y el sistema arbitral del centro internacional de arreglo de diferencias en materia de inversiones (CIADI): el mecanismo complementario”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, pp. 107-139. Rodríguez Jiménez, S., “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *DeCita, inversiones extranjeras*, Zavalia, Argentina, marzo de 2005, pp. 119-149. Rodríguez Jiménez, S., “Cooperación juez – árbitro respecto a las medidas provisionales en el ámbito del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965”, *Tendencias actuales del derecho mercantil internacional*, Madrid, pp. 911-952. Rodríguez Jiménez, S., “¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los tribunales arbitrales CIADI”, *Estudios sobre contratación internacional*, Universidad Carlos III, Madrid, 2006, pp. 573-596. Rodríguez Jiménez, S., “El arbitraje en inversiones en Latinoamérica: Los casos de Argentina y México”, en González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. (Coord.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Porrúa-IIJ, 2007, pp. 237-271. Rodríguez Jiménez, S., “Tres casos latinoamericanos ante el CIADI: Argentina, México y Ecuador” publicado en el libro homenaje al profesor Rodolfo Cruz Miramontes, en prensa.

han diseñado para combatir tan dramática cifra y b) La rebelión actual que protagonizan los Estados latinoamericanos, que en el plano político se traduce en el planteamiento de un modelo radicalmente distinto.

1. *El alarmante y creciente número de demandas en contra de Estados latinoamericanos*

En el primer rubro encuadraríamos las dos primeras inquietudes:

A. *Argentina*

Del caso argentino nos preocupan dos cuestiones: las medidas que han diseñado para combatir tan elevado número de demandas así como el devenir que hasta la fecha han ido adquiriendo los casos presentados en su contra. Lo anterior nos llevará en esta primera parte a dar una pincelada sobre el contexto argentino, sus propuestas y logros, mientras que en la segunda parte a realizar un breve recorrido sobre las distintas modificaciones que desde el primer caso presentado contra Argentina (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal, caso 97/3) al último de ellos (HOCHTIEF Aktiengesellschaft, caso 07/31) se han producido. Nuestra esperanza sigue puesta en la renegociación de los contratos como la salida más airosa para Argentina, donde esperemos que apuesten fuerte por lo poco que pueden perder (económica-política y socialmente hablando) en esta vía de solución. Lo anterior no quita que seamos conscientes de las dificultades que atañe. En este orden de ideas observamos que la totalidad de las demandas argentinas podrían desembocar, en caso de no renegociarse y resolverse desfavorablemente, en un monto aproximado de 10.000 millones de pesos.³⁰

El caso de Argentina no deja de ser curioso por las tres líneas de actuación, de muy diverso sentido y alcance, que intenta implementar ante tal cantidad de demandas. El gobierno argentino, representado en aquel momento por el que fuera su Ministro de Justicia, H. Rosatti, emprendió la tarea de llevar a cabo estas importantes medidas. De estas propuestas pudiéramos haber apostado hace un año atrás que tendrían poco eco; sin embargo, la realidad nos ha demostrado que se han convertido en el re-

³⁰ <http://www.nacionhumana.org>, revisada el 17 de enero de 2008.

ferente del pensar actual de Estados latinoamericanos como Nicaragua, Bolivia o Ecuador, cada uno con sus diferentes circunstancias.

La primera consistiría en la idea de crear un foro nacional para la administración de las disputas relativas a inversiones con inversores extranjeros. El descontento generalizado y manifiesto ante el sistema que representa el CIADI ha llevado a continuar esta pionera idea a través de otras propuestas individuales, de creación de organismos nacionales *ex novo* y *ex professo* para la resolución de controversias en materia de inversiones. El primer Estado que encontramos en esta tónica lo marca, como era de esperar, Argentina, quien de manera seria se planteó un sistema nacional, alternativo y excluyente, para la resolución de las controversias en materia de inversiones. Este foro vendría a ser el denominado TASP (Tribunal Administrativo de los Servicios Públicos de Competencia Nacional).³¹ Argentina apostaba a que con la creación de este foro aminoraría la excusa principal de los inversores extranjeros para no someterse a los foros nacionales argentinos. En este sentido alegaba Argentina que sería un tribunal con competencia exclusiva, *ratione materiae*, es decir, que conocería únicamente de los litigios en materia de inversiones extranjeras; lo anterior suponía especialización y rapidez por parte de este tribunal.

El eco de esta propuesta se propaga a Bolivia quien tiene la intención de crear una Procuraduría General del Estado que, a nivel interno resuelva los conflictos con inversores extranjeros. De momento el primer paso está dado, así, se acaba de presentar una carta a la Secretaria General del CIADI notificando en el marco del Convenio de Washington el retiro de Ecuador de las disputas que tengan como objeto litigioso los recursos naturales.

La segunda medida, algo más discutible desde el punto de vista jurídico,³² consistía en el intento de una declaración de inconstitucionalidad de la Ley 24.353 de 28 de julio de 1994, por la que se incorpora como derecho positivo el Convenio de Washington, supuestamente por

³¹ Se pretendía por el ministro de Justicia argentino conformar una Comisión de expertos que elaborara un proyecto de ley por el que se creara el mencionado Tribunal. Esta Comisión derivaría sus funciones de la resolución 57/2005 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicada en el *Boletín Oficial* el 27 de enero de 2005.

³² Muestra de ello es la división interna que causó dicha medida entre el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, la Asociación de Abogados de Buenos Aires y la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

contravenir los artículos 27, 31, 75 y 116 de la Constitución Argentina del 22 de agosto de 1994.³³

La tercera consistiría en la renegociación de los contratos internacionales por los cuales se recibe capital extranjero en la República Argentina. Se estaría apostando por una vía de bajo costo (material y personal), esto es, por una renegociación (en masa) de los contratos, bien antes de que éstos llegaran al CIADI o bien una vez que los contratos estuvieran siendo discutidos dentro de este sistema; ambos tiempos con el fin de evitar la imposición de una condena que en el mejor de los casos sería a las costas procedimentales (árbitros, Centro, abogados, opiniones de expertos, etcétera). Además esta vía ofrece una imagen conciliadora ante los inversores extranjeros.

Las tres actuaciones implican una retirada (más o menos encubierta) del CIADI.

B. *México*

La segunda preocupación se centra en la República mexicana. Esta inquietud es una vieja conocida tanto por su problemática cuantitativamente hablando de las demandas que enfrenta en su contra, como por la postura (temerosa) que tiene ante el CIADI. Temor que no descartamos sea fundado. Si en la primera parte del trabajo queremos animar a México a tomar una nueva postura frente al CIADI, en la segunda parte del trabajo pretendemos analizar el sentido que han llegado a adquirir los dos últimos pronunciamientos arbitrales emitidos en las demandas presentadas contra México (Bayview Irrigation District and others (AF)/05/1 y Firesman's Fund Insurance Company (AF)/02/01).

En este momento queremos poner de manifiesto que México tiene la posibilidad de una triple actuación, en el mismo sentido que la están pergeñando otros Estados latinoamericanos: bien que se retire del mecanismo de solución de controversias que administra el Banco Mundial (en este caso se sumaría a la propuesta que está en auge en estas latitudes geográficas: Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Argentina), bien que se decida a ratificar el Convenio de Washington para acceder por “la puerta princi-

³³ Para ver un comentario más extenso véase Rodríguez Jiménez, S., “La actual crisis del CIADI en la Argentina. Su posible declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 39, 2006-A, Lexis-Nexis, Argentina, pp. 396-406.

pal” al CIADI, evitando de esta forma los inconvenientes que, en el seno del recurso de anulación, se vienen dando a través de la aplicación del denominado Mecanismo Complementario, o bien, que se sume a la propuesta de crear un foro *ex novo*, de carácter regional, de atribuciones arbitrales, para la solución de las controversias con inversores extranjeros.

Al hilo de la segunda propuesta debemos asentar quiénes tienen firmado y ratificado o no del Convenio Washington por parte de los Estados que centran nuestra atención y cuáles serían las consecuencias de dichos actos. Si bien en el caso de Argentina, Ecuador y Bolivia, todos los casos (concluidos y pendientes), se han conducido o se están conduciendo por vía del Convenio de Washington, la excepción la representa México quien está llevando todos sus casos a través del Mecanismo Complementario. Para nosotros México se encuentra en la peor situación respecto a su postura ante el CIADI. Lo anterior lo representa la necesidad imperativa de acudir a Tribunales nacionales para que conozcan y resuelvan el recurso de anulación que se pueda presentar tras la emisión de un laudo arbitral. De esta forma se consiente una “politización” de la controversia a todas luces desfavorable y descartada por el artículo 27 del Convenio de Washington. Por la falta de ratificación del Convenio de Washington, México no acude a un Comité *ad hoc* para la tramitación de dicho recurso sino a los Tribunales nacionales que fungieron como sede del arbitraje.

Una vez más es el momento de pedir a México que opte por ratificarlo o bien que opte por unirse a las nuevas tendencias de renuncia y rebeldía. Cualquiera de las dos supone una situación más favorable para México que la actual. En este dilema hay quien afirma sin titubeos que México debe adherirse (y ya ha hecho tarde) al Convenio de Washington; este es el caso de González de Cossío que señala que “hace algunos años defendí la adhesión de México al Convenio CIADI calificando su renuencia de contradictoria y vergonzosa” y continúa señalando que “la negativa a adherirse al tratado llama la atención y es motivo de especulación. Mas no su implicación: contradicción. México es parte de 33 tratados de inversión y en todos contempla el arbitraje CIADI como una opción. Sin embargo, la opción es ficticia. Dado que México no es parte del convenio CIADI, el mecanismo está indisponible”.³⁴

³⁴ González de Cossío, F., “México ante el Arbitraje CIADI ¿prudente o rebelde?”, publicado en su página personal, pp. 1 y 2.

Al caso mexicano hay que añadirle un nuevo dato, la firma por Canadá del Convenio de Washington. El hecho de que el 15 de diciembre de 2006 Canadá firmara el Convenio de Washington tiene dos lecturas para el contexto mexicano: una positiva y una negativa. La positiva es que el Capítulo XI del TLCAN cobrará, si se logra la ratificación, pleno sentido desde que las disputas en materia de inversión en que se involucre a Estados Unidos y Canadá podrán optar por resolverse a través de este mecanismo el cual se encontraba en desuso por la falta del cumplimiento *ratione personae* del Convenio de Washington. El negativo es que no le deja bien parado a México desde que se convierte en el último de los tres Estados miembros del TLCAN en firmar el mencionado Convenio y darle así pleno sentido a la inserción en dicho Capítulo del mecanismo que representa el CIADI.

Al hilo de estas ideas y para concluir el caso de México queremos señalar que la retirada explícita de Bolivia y la implícita de Ecuador no trae buenos augurios para este Estado en lo que concierne a dar paso más hacia la firma y ratificación del Convenio de Washington. Además creemos que México pasa por una situación política distinta, caracterizada por un gobierno de derechas.

2. *La rebelión actual que protagonizan los Estados latinoamericanos*

En este segundo rubro encuadraríamos nuestras dos inquietudes finales las cuales tienen como punto de giro a Ecuador y a Bolivia.

A. *Ecuador*

La primera pregunta gira alrededor del caso de Ecuador quien se ha propuesto dos metas, a saber, liderar la creación de un foro de arbitraje latinoamericano para evitar el acceso al CIADI y propiciar así la fuga masiva de los Estados latinoamericanos de este Centro Internacional. Esta propuesta está liderada por el actual presidente de Ecuador, Rafael Correa.³⁵ Así, el gobierno de este país, a través de su Ministro de Minas y Petróleos, Galo Chiriboga, propone que una posibilidad es que sea la

³⁵ <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

Comunidad Andina uno de los espacios propicios para tratar y resolver las controversias derivadas de las inversiones extranjeras. El objetivo final de Ecuador es reivindicar la soberanía jurídica y para conseguir dicha meta la solución pasa por ser la creación de un foro latinoamericano que elimine el sometimiento de las diferencias en materia de inversiones a foros “extra nacionales” y “extra regionales”.³⁶ Quizá la justificación en la toma de estas medidas vienen avaladas por el dato de que Ecuador es el tercer Estado latinoamericano más demandado ante este Centro Internacional (y, dicho sea de paso, de una manera bastante repentina).

En la consecución de este objetivo se ha iniciado una campaña de movilización social donde se ha llegado a señalar que “el CIADI es una trampa para Latinoamérica. Se están llevando acciones de denuncia, esclarecimiento y rechazo contra el CIADI en Latinoamérica, Europa y los EEUU. Defender la postura boliviana es defender a todos los países, como Argentina, México, Ecuador y otros, que se encuentran entrapados entre las multinacionales despiadadas e insaciables y los políticos complacientes, que aceptaron condiciones leoninas en los procesos privatizadores”.³⁷

En este sentido no es de extrañar que encontremos con mucha frecuencia noticias periodísticas sobre la postura de “acoso y derribo” de Ecuador ante el CIADI. El descontento ante este sistema de resolución de controversias es manifiesto. Así, los titulares que encontramos son “Ecuador desconoce la jurisdicción arbitral del CIADI”,³⁸ “Ecuador busca excluir la jurisdicción del CIADI”,³⁹ “Ecuador quiere denunciar tratado que lo somete al CIADI”,⁴⁰ “Ecuador convoca a un frente latinoamericano contra el CIADI”,⁴¹ “Ecuador aseguró que no se someterá a jurisdicción del CIADI”.⁴²

De la lectura y reflexión de estas noticias y comentarios era de esperar que se retirara más temprano que tarde del CIADI y así, nuestros pronósticos se han cumplido. Hacía unos meses se afirmaba por la Canciller y Ministra ecuatoriana de Comercio Exterior, María Fernanda Espinosa,

³⁶ *Idem.*

³⁷ <http://www.nacionhumana.org> revisada el 17 de enero de 2008.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

que ya se había notificado al CIADI sobre la decisión de Ecuador de no someter a este Centro lo relativo a litigios que versen sobre recursos naturales,⁴³ hoy lo encontramos publicado en la página oficial del CIADI. Sin embargo esta declaración no es nueva en el seno del CIADI, así afirmamos que esto mismo lo han hecho otros Estados como Israel o Jamaica.

La anunciada retirada de Ecuador del sistema CIADI se ha producido de manera encubierta al enviar una carta, fechada el 4 de diciembre de 2007, dirigida a la Secretaria General del CIADI, la Sra. Ana Palacio, a través de su Embajada en Washington, pero de responsabilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.⁴⁴ En esa carta se menciona que: “La República de Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador con eficacia inmediata a partir de esta fecha”.⁴⁵ Hablamos de una retirada encubierta desde que la frase “actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros” representa el tema protagonista de las demandas presentadas contra Ecuador. Es una simple ecuación: retirarse de estas materias es retirarse del CIADI. De esta manera la situación que se plantea es que el gobierno no reconocerá a posteriori la competencia de los tribunales arbitrales del CIADI ni la jurisdicción del centro para dirimir los problemas sobre contratos que versen sobre recursos naturales, no especificando si éstos son o no renovables, y ejemplificándolo con el petróleo (principal

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ La actual Ministra Ecuatoriana de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración es María Fernanda Espinosa Garcés.

⁴⁵ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=regular&AnnounceNo=9.pdf>. Revisada el 28 de enero de 2008.

producto de exportación ecuatoriano), el gas o los minerales. En este sentido se llega a señalar que es “un tema de soberanía jurídica”.⁴⁶

Como consecuencia de lo anterior Ecuador está afirmando que no reconoce la jurisdicción del CIADI, que revisará y reestructurará los BITs que tiene firmados con algunos Estados latinoamericanos como Chile, Perú y Venezuela, que renunciará al BIT que tiene firmado desde 1997 con Estados Unidos,⁴⁷ al tiempo que avisa que la Cancillería hace renunciaciones materiales en el seno del Convenio de Washington. De ellos la propuesta más sonada es la renuncia al BIT con Estados Unidos desde que éste tratado ha servido de base para las demandas de Occidental Petroleum (Oxy), City Oriente, Texaco y Duke Energy. Ecuador es consciente de que la renuncia a someter al CIADI los recursos naturales de poco sirve si los Tratados Bilaterales siguen aplaudiendo el sistema arbitral CIADI, su Mecanismo Complementario. Así, como es de esperar la renuncia realizada debe ir acompañada de, cuando menos, una revisión a conciencia de los Tratados Bilaterales. Consideramos que es, cuando menos, una estrategia jurídica más coherente que sólo denunciar el Convenio de Washington.

B. Bolivia

Nuestra última inquietud la protagoniza Bolivia por su reciente salida (manifiesta, publicitada y aceptada) del sistema que representa el CIADI. Nos llama la atención en este caso que, sin tener un elevado número de demandas, presentando un perfil bajo, se haya atrevido a dar este trascendental paso, que sin duda significa un punto de inflexión en el joven historial del CIADI.0

Bolivia se adhirió el 12 de agosto de 1994, por Ley Ratificatoria núm. 1593, al CIADI. Desde esa fecha hasta hoy este Estado se ha convertido, queriéndolo o no, en un importante referente en el marco de las inversiones extranjeras. Así, estamos ante un caso que marcará un hito en el panorama internacional, no sólo por su salida, que es la crónica de un retiro anunciado, sino por la cantidad de medios de comunicación, organizaciones civiles, opinión pública que ha despertado y las ideas que están generándose como consecuencia de dicha retirada. Lo anterior hasta el

⁴⁶ <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

⁴⁷ *Idem*.

punto de que el 31 de mayo de 2007 se dirigió una carta a la Secretaria General del CIADI, la española Ana Palacio, en la que se afirmaba entre otras cosas que

los abajo firmantes, organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo, le escribimos en apoyo a la valiente e importante decisión del gobierno de Bolivia de retirarse de la Convención ICSID del Banco Mundial (Centro Internacional de Resolución de Controversias). Aunque ICSID sea una parte poco conocida del Grupo del Banco Mundial, los casos llevados ante los Tribunales de la ICSID muestran los poderes excesivos concedidos a las corporaciones multinacionales por los tratados bilaterales de inversión y acuerdos de libre comercio. ...ICSID representa las injusticias de un sistema internacional desviado contra los países en vías de desarrollo ...ICSID es un mecanismo de resolución de disputas antidemocrático y sin rendición de cuentas, porque delibera a puertas cerradas y no se pueden apelar sus decisiones ...ICSID no es un mecanismo objetivo, neutral o imparcial para la solución de controversias ...La Convención ICSID, y la inversión y los Tratados de Libre Comercio que lo ponen en práctica, a menudo violan la soberanía de un país, la Constitución y las leyes nacionales. En el caso de Bolivia, como en muchos otros países, la mayor parte de los inversionistas extranjeros que han llevado casos contra Bolivia han violado las leyes nacionales del país, incluyendo ambientales, leyes de trabajo y fiscales y están en el incumplimiento por sus obligaciones contractuales.⁴⁸

En este contexto el 16 de mayo de 2007 se anuncia en la página oficial del CIADI que Bolivia somete su decisión de renunciar al CIADI, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del Convenio de Washington, que a la postre señala: “todo Estado Contratante podrá denunciar este convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”. En este sentido se avisa que el 2 de mayo de 2007 el Banco Mundial recibió un escrito anunciando la mencionada renuncia por lo que transcurridos seis meses, el 3 de noviembre de 2007, Bolivia quedaría fuera de la lista de Estados que tienen firmado y ratificado el Convenio de Washington. En este orden de ideas Bolivia acudió al depositario de este Convenio que, de conformidad con el artículo 73 de este instrumento convencional, supone que “los instrumentos de ratificación,

⁴⁸ El texto completo de la referida carta puede consultarse en <http://www.waterjustice.org> revisada el 17/02/2008.

aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositarán en el Banco, quien desempeñará la función de depositario de este Convenio. El depositario transmitirá copias certificadas del mismo a los Estados miembros del Banco y a cualquier oro Estado invitado a firmarlo”; este artículo debe ser puesto en consonancia con el 75 que señala “el depositario notificará a todos los estados signatarios lo siguiente: (f) las denuncias, conforme al artículo 71”.

Como señalábamos las cuestiones referentes al CIADI deben ser estudiadas teniendo en cuenta la conjunción de las aristas social, económica y política. En este sentido podemos señalar que la reciente renuncia de Bolivia al CIADI tiene que ver con la llegada de Evo Morales, el primer y único presidente indígena que ha tenido Bolivia, y su política de nacionalizar sectores claves de la economía; por ejemplo el petróleo y el gas. De todos es conocido que Bolivia cuenta con recursos naturales que siendo abundantes no están repartidos de manera igualitaria.

La actuación de Bolivia nos sitúa en el plano de las conjeturas y así afirmamos que no será hasta mediano-largo plazo que podamos hacer un balance más o menos certero de las implicaciones que esta retirada tiene en la atracción de capital extranjero. Determinar ahora la seguridad del binomio: ratificación del Convenio de Washington atracción de capital extranjero, sería muy aventurado. Podemos esgrimir argumentos en contra y a favor de esta sencilla ecuación. Como argumento a favor podríamos esgrimir la presunción de neutralidad que tanto para el Estado como para el inversor extranjero le genera el sometimiento de una eventual disputa a un foro internacional. Así, desde la óptica del inversor se genera tranquilidad desde que los litigios no se verán sometidos a los tribunales nacionales del Estado que recibió el capital extranjero y que “supuestamente” incumplió el contrato que motivó la disputa. Las posibilidades de que los tribunales nacionales condenen a su Estado por un incumplimiento contractual ante un inversor extranjero no son muy elevadas. Igualmente al Estado le genera la confianza de que la eventual disputa no se vea sometida a los tribunales nacionales del inversor. Las posibilidades de que los tribunales nacionales condenen a su nacional por un incumplimiento contractual ante un tercer Estado tampoco son muy elevadas.

Nuestra postura es más tímida y en este sentido sostenemos que tener ratificado el Convenio de Washington no se traduce necesariamente en una mayor atracción de capital extranjero; ahora bien, no podemos tam-

poco desdeñar sin más esta ecuación. Estamos sin duda ante un terreno completamente hipotético. Así, si bien podemos afirmar que no necesariamente atraerá mayor inversión también hay que advertir que ignoramos qué tanta inversión podemos dejar de percibir por no tener ratificado dicho instrumento convencional. De esta forma lo que sí es seguro es que no se puede afirmar como dogma que se dé una ecuación perfecta entre la firma y ratificación del Convenio de Washington y una mayor atracción de capital extranjero. Como contra argumento tenemos el caso de Brasil que, sin tener ratificado el Convenio de Washington nadie duda de que es uno de los Estados latinoamericanos con mayor número de inversiones extranjeras; es más, Brasil no cuenta en su marcador con Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones (BITs) que prevean este sistema de resolución de controversias y la inversión es una de sus principales fuentes de generación de empleos y reactivación de su economía.

La controversia está servida desde que no todos los sectores bolivianos alaban la decisión del presidente Evo Morales y en este sentido ya se han levantado las primeras (que no únicas) voces críticas. Así se señala que “varios empresarios criticaron la decisión porque ahuyentará las inversiones”; en tanto que el vocero de la Cámara Boliviana de Hidrocarburos (CBH), Yussef Aki, declaró al diario *La Prensa* que los tratados bilaterales “agregan valor” y hacen atractivo al país a los ojos de los inversionistas”.⁴⁹

Tras la retirada es lógico esperar la propuesta de Bolivia para el arreglo de diferencias en materia de inversiones extranjeras; de lo contrario se crearía un vacío “reparador” que sin duda fungiría como repelente al capital extranjero. En este sentido la propuesta de Bolivia consiste en someter a los tribunales nacionales las disputas que puedan surgir en relación con los inversores extranjeros, personas físicas o jurídicas. En este caso pretende consolidar *ex novo* y *ex professo* una Procuraduría General del Estado que evite la fuga de conocimiento y resolución de los casos del plano nacional al internacional. En este sentido se ha llegado a afirmar que “el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Defensor del Pueblo y el Viceministro de Transparencia y Lucha contra la Corrupción son órganos que no cuentan con recursos y competencias

⁴⁹ <http://funsolon.civilblog.org> consultada el 17 de enero de 2008. En este sentido señalan que “no pocos opinan que tal vez la más grave tragedia boliviana sea la profunda ignorancia de su elite”.

suficientes para la defensa de los intereses patrimoniales del Estado”.⁵⁰ De esta forma se llega a sostener que “las atribuciones de la Procuraduría General del Estado previstas en la Constitución deberían ser de manera ineludible las siguientes: la defensa y representación de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República”.⁵¹

Llegados a este punto creemos que es necesario esgrimir cuáles son las principales seis razones por las que Bolivia ha tomado tan importante decisión. Razones que nos hacen recordar las esgrimidas por Rosatti en el contexto argentino hace algunos meses.⁵² En este sentido alegaba: a) la falta de conexión entre los casos, b) la composición como un sistema autorreferencial y hermético, c) argumentos débiles de competencia, d) el agotamiento de los recursos internos,⁵³ e) criterios flexibles de admisibilidad material de las controversias, f) posibilidad de pronunciamientos contradictorios, g) confidencialidad y h) escasa cuota para la inscripción de los casos.

a. Inclinación de la balanza

El gobierno de Evo Morales esgrime como la primera causa de su retirada que “el CIADI es un Tribunal absolutamente desequilibrado que toma partido siempre por las transnacionales”.⁵⁴ Para consolidar esta primera razón alegan tres datos: a) que de los 232 casos de arbitraje presentados, 230 han sido planteados por transnacionales contra Estados; b) que en el 74% de los casos los demandados son países en desarrollo, el 19 países desarrollados y apenas el 1.4% son países del G8; c) el 36% de los casos terminaron con un fallo favorable al inversionista privado, el 34% fueron resueltos de manera extra CIADI con una compensación para el inversor y, en aquellos en que ganó el Estado no recibió indemnización. Las cifras hacen obvio una situación que no podemos contradecir.

⁵⁰ <http://www.rebellion.org/noticia> consultada el 17 de enero de 2008.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Rodríguez Jiménez, S.; “La actual crisis del CIADI en la Argentina. Su posible declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 39, 2006-A, Lexis-Nexis, Argentina, pp. 388-396.

⁵³ Sin entrar en mayores comentarios podemos señalar que en este sentido podrían haber realizado una reserva.

⁵⁴ <http://funsolon.civilblog.org> consultada el 17 de enero de 2008; <http://www.art-us.org/node/240> revisada el 17 de enero de 2008 y <http://humanidadenred.org.ve> revisada el 17 de enero de 2008.

b. Sistema antidemocrático

El segundo argumento esgrimido por Bolivia es que “el CIADI es antidemocrático porque delibera a puertas cerradas y sus decisiones son inapelables”.⁵⁵ Lo anterior se agrava desde que los temas que se tratan se relacionan con recursos naturales estratégicos y servicios esenciales de interés público. Para apoyar este argumento recurren nuevamente a cifras y señalan que sólo en 2 de 110 casos se aceptaron audiencias públicas. El único apunte que haríamos en este sentido, una pequeña matización, es que las decisiones del CIADI son inapelables una vez que se han agotado los recursos que el propio sistema prevé. En este sentido los artículos 50, 51 y 52 del Convenio de Washington prevén la posibilidad de interponer tres recursos a los laudos emitidos en el seno del CIADI: aclaración, revisión y anulación. Así las cosas una vez que se han interpuesto todos o algunos de los recursos no se puede interponer otro en sede judicial. Por otro lado, la razón la encontramos en el caso Aguas del Tunari contra Bolivia donde se presenta una Organización no Gubernamental que solicita una autorización para intervenir en el arbitraje; esta legitimación procesal como partes en las actuaciones que se llevaran a cabo se solicita al Tribunal arbitral que se encontraba ya constituido.⁵⁶ A estas peticiones el Tribunal determina no tener competencia para acceder a las mismas.

c. Elevados costes

Bolivia argumenta como tercera justificación que “el CIADI es extremadamente caro para países como Bolivia”.⁵⁷ Señalan que el sometimiento de un caso de escasa litigiosidad cuesta alrededor de 3 millones de dólares en pago de honorarios de árbitros, abogados, centro administrador, expertos, etcétera.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Solicitan la posibilidad de presentar escritos, asistir a las audiencias del tribunal, formular exposiciones orales, tener acceso a todos los escritos presentados al tribunal, que se hicieran públicas las declaraciones, documentos, escritos, acceso público a las audiencias y visitar la zona afectada.

⁵⁷ *Cit.*, nota 54.

d. Un sistema de indemnizaciones millonarias

El cuarto argumento señala que “las transnacionales aprovechan el tribunal para arrancar indemnizaciones millonarias a los Estados”.⁵⁸ En este apartado señalan el caso de Aguas del Tunari donde se demanda a Bolivia por una cantidad de entre 25 y 100 millones de dólares cuando la inversión realizada no alcanzó el medio millón.

e. Un sistema de juez y parte

La quinta y penúltima razón es que “el Banco Mundial funge como juez y parte en los procesos del CIADI”.⁵⁹ En este argumento discrepamos puesto que el Centro tiene una intervención muy controlada realizada a través del secretario general y el propio tribunal arbitral. El primero registra la solicitud de manera “casi automática” salvo que esté “manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro” y el segundo se limita a dirimir los puntos controvertidos que las partes le someten.

f. Un sistema abiertamente inconstitucional

Señalan que “la ratificación de este Tribunal viola abiertamente la Constitución Política del Estado”.⁶⁰ En este caso alegan la violación a los artículos 135 y 24⁶¹ constitucionales.

Si bien algunos puntos nos parecen justificados, por ejemplo el primero, llegamos a matizar algún otro, el segundo, y a discrepar de otro, el quinto. De otros, como es el caso del sexto, no podemos argumentar ante nuestro desconocimiento del sistema constitucional boliviano.

Como punto final queremos regresar al requisito *ratione voluntatis* del Convenio de Washington, instaurado en su artículo 25. Sabemos que la sumisión al CIADI a través del Convenio de Washington necesita una doble prestación del consentimiento: la firma y ratificación del Convenio

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ El artículo 24 constitucional señala que “las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas”.

de Washington más la firma y ratificación de un BIT o la inclusión en un contrato o en la ley de inversiones estatal de un nuevo consentimiento. La retirada del Convenio de Washington elimina el primero de los dos requisitos cumulativos lo cual se traduce en una imposibilidad de someterse al CIADI a través del Convenio de Washington; ahora bien, no impide la alegación y puesta en funcionamiento del Mecanismo Complementario. Volvemos a reiterar nuestra crítica derivada de la tramitación en el recurso de anulación. Al hilo de estas afirmaciones estimamos necesario que Bolivia enfrente también una revisión a conciencia, como en el contexto ecuatoriano, de los tratados bilaterales que en materia de inversión extranjera tiene firmados y ratificados.

Como conclusión a este primer análisis, y derivado de nuestras afirmaciones encontramos el siguiente panorama: mientras unos se plantean retirarse formalmente del CIADI (Nicaragua y Argentina) otros ya lo han hecho de manera expresa (Bolivia) o de manera encubierta (Ecuador), otros ingresan, después de más de dos décadas de complejas negociaciones, a este sistema (Canadá), mientras otros siguen en un criticable *stand by* en su postura ante el CIADI (México).

III. EL RUMBO DE LOS CASOS

1. *Argentina*

A. *Introducción*

No podemos abordar el análisis de los casos argentinos sin poner nuestra atención en la crisis económica que inicia en el año 2000. Crisis que ha llamado la atención de los sectores políticos, económicos e incluso sociales y que se han convertido en una parte importante de la vida argentina. Prueba de este eco lo refleja el Tribunal arbitral que emitió el laudo en el caso CMS al señalar que “hacia finales del decenio de 1990 comenzó a desarrollarse en la República Argentina una grave crisis económica que iba a dar lugar a hondas secuelas políticas y sociales”.⁶²

⁶² www.infobaeprofesional.com revisado el 20 de mayo de 2007. En esta misma publicación se llegó a mencionar que “la crisis de 2001 y la pesificación de la economía que le siguió a principios de 2002, fueron dos de los traumas políticos, sociales y económicos más importantes de la historia de la Argentina”.

Si bien no todas las demandas se originan como consecuencia de la pesificación (por ejemplo el caso Siemens⁶³ desde que se afirma que el caso nació cuando el “ex presidente Fernando de la Rúa decidió rescindir un contrato firmado durante la administración de Carlos Menem entre el Estado y la empresa alemana para la confección de DNI”)⁶⁴ sí podemos afirmar que la mayoría de ellas son presentadas como consecuencia de la crisis económica argentina. De esta forma se ha llegado a comparar la crisis de 2001 con una “invasión militar”. Estas afirmaciones se dan en el contexto del caso LG&E a través de un Tribunal arbitral conformado por Tatiana de Maekelt, Francisco Rezek y Albert Jan van den Berg. Lo anterior implica reconocer por primera vez el “estado de necesidad” en que se vio inmerso el Estado argentino.⁶⁵

B. *Los frutos de la renegociación*

Una vez más el balance que podemos hacer de la renegociación de los contratos internacionales por Argentina presenta sus luces y sus sombras. Los últimos datos que han salido apuntan, en un informe de la Procuraduría del Tesoro, que entre suspensiones y desistimientos se ha llegado a reducir considerablemente los reclamos presentados ante el CIADI; en este orden de ideas se señala que “sobre un total de 41 causas presentadas, menos de la mitad se encuentran en trámite”.⁶⁶ De esta forma se habla de que se ha llegado a congelar el 40% de los reclamos.

En esta línea de ofrecer datos que ayuden a comprobar el éxito (aunque sea tímido) tenemos que entre las primeras demandas que se retiraron están: las empresas españolas Gas Natural Ban⁶⁷ y Telefónica S. A.⁶⁸

⁶³ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144. De este caso se ha afirmado que “el caso nació antes, cuando el ex presidente Fernando de la Rúa decidió rescindir un contrato firmado durante la administración de Carlos Menem entre el Estado y la empresa alemana para la confección de DNI”.

⁶⁴ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=39712.

⁶⁵ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=34009 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=37508.

⁶⁶ <http://abogados.infobaeprofesional.com> del 07/11/2007.

⁶⁷ Véase www.clarin.com/diario/2005/03/15/elpais/p-00701.htm. De este caso se llegó a suspender la cantidad de 268 millones de dólares.

⁶⁸ Véase [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=17876](http://www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=17876) donde en una entrevista al procurador Guglielmino afirma respecto a esta retirada que “(esta re-

así como la empresa estadounidense Pioneer Natural Resources.⁶⁹ Del caso de Telefónica se ha sostenido que es el mayor juicio que había en el CIADI contra la Argentina⁷⁰ desde que la empresa española solicitaba en su reclamo el pago de 2,834 millones de dólares. En el caso de Pioneer Natural se terminó en un desistimiento al reclamo del inversor norteamericano basado en la participación en la explotación y extracción de hidrocarburos; la justificación del inversor se centraba en la modificación de las medidas cambiarias así como en las retenciones a los derechos de exportación.⁷¹

Tras esta primera oleada de retiro de las demandas la segunda vendría protagonizada por el caso France Telecom el cual ha sido exitosamente negociado, con un resultado final de desistimiento. En este sentido, el inversor, una empresa francesa de telecomunicaciones alcanza un acuerdo con la República Argentina, ciertamente influido por el ejemplo que en ese mismo ramo ponía la empresa española Telefónica.⁷²

tirada) va a tener un impacto impresionante, notable... No sé si los argentinos llegan a comprender la magnitud del éxito del arreglo y de haber reducido la demandabilidad de esa manera y el mensaje que se manda a quienes realmente hicieron inversiones en la Argentina y quieren seguir haciéndolas. Se puede categorizar de muchas maneras a los inversores. Están aquellos que realmente hicieron inversiones y los que buscan lucrar de una manera injustificada. "...De la retirada de la demanda de la compañía española sólo nos consta por este artículo ya que de la página oficial del CIADI todavía no se ha actualizado en este sentido y sigue constando como caso pendiente de resolución. De igual forma en www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=19845 que afirma que "Telefónica estaría negociando con el Gobierno un ajuste de tarifas, como condición para retirar su demanda". De esta última, Telefónica, se afirmaba que retiraba la demanda del CIADI la cual ascendía a un total de 2.834 millones de dólares, retiro que se efectuaría antes de fin de año. Igualmente anunció que realizaría nuevas inversiones que ascenderían a 2.500 millones de euros. www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota_herr&idx=30378 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁶⁹ Véase www.clarin.com/diario/2005/03/30/um/m-947989.htm.

⁷⁰ <http://www.lanacion.com.ar/economia> del 7/11/2007.

⁷¹ <http://abogados.infobaeprofesional.com> del 7/11/2007.

⁷² www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=notaherr&idx=30378.

Una tercera oleada de contratos renegociados estaría compuesta por Aguas Cordobesas,⁷³ Aguas de Santa Fe,⁷⁴ Telecom,⁷⁵ Edenor,⁷⁶ Edesur,⁷⁷ Enersis,⁷⁸ Camuzzi,⁷⁹ Transpa S.A.⁸⁰ y RGA Reinsurance Company.⁸¹ Del caso Camuzzi se ha señalado que “la distribuidora de gas italiana Camuzzi pagará a la norteamericana Sempra Energy una millonaria indemnización que debía pagar el Estado argentino tras perder un juicio en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones (CIADI), Tribunal que depende del Banco Mundial”.⁸²

Un primer ejemplo de que las renegociaciones de los contratos no siempre llegan a buen puerto es el caso Siemens.⁸³ Dándole el necesario

⁷³ Véase [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=22790](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=22790). En este reporte se afirma que “el retiro de la demanda puede llegar a incluir, según se haya convenido con la empresa, no sólo el desistimiento del proceso sino también el de derecho, que implica que la compañía no puede volver a iniciar el reclamo”. Un reclamo que se estima valorado en 108 millones de dólares. Se puede leer algo más sobre este caso en [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=23059](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23059). En [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=23958](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23958) se afirma la suspensión del reclamo ante el CIADI.

⁷⁴ Se puede consultar el status de este caso en [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=23535](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23535). Esta empresa está controlada por capital francés y español. En este sentido encontramos a la empresa francesa Suez y la española Aguas de Barcelona. En [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=23630](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23630) se afirma que “Suez no retirará su demanda del CIADI y se va de Aguas de Santa Fe”; ahora bien, en [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=24111](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=24111) se afirma que podría retirarse del CIADI.

⁷⁵ [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=24788](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=24788) en este artículo se afirma que las empresas que ya han desistido son AES Corporation, Pioneer Natural Resources, Camuzzi Internacional, Gas Natural SDG SA, Aguas Cordobesas, Aguas Argentinas, Telefónica, Enersis SA, Electricidad Argentina SA y EDF Internacional y Unysis Corporation. www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144

⁷⁶ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20899. Demanda que ascendía a la escalofriante cantidad de 960 millones de dólares.

⁷⁷ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=19845.

⁷⁸ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁷⁹ *Idem* y <http://abogados.infobaeprofesional.com> del 7/11/2007. Se centra en el reclamo de un inversor de nacionalidad Luxemburguesa.

⁸⁰ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44472.

⁸¹ <http://abogados.infobaeprofesional.com> del 7/11/2007.

⁸² *Idem*, se afirma que la Unidad de Renegociación y Análisis de los Contratos de Servicios Públicos (Uniren) señaló que “los acuerdos suscritos este año entre la empresa licenciataria Camuzzi Gas del Sur y el Estado nacional permitieron neutralizar los efectos de la decisión arbitral “dejando indemne a la Nación y a los usuarios del servicio”.

⁸³ www.clarin.com/diario/2005/04/13/um/m-956524.htm.

seguimiento a este caso observamos que no todos eran optimistas acerca de la posible negociación y retirada de este caso, y en este contexto algunos afirmaban que “avanza hacia una audiencia de fondo”.⁸⁴ En este caso Argentina alegaba que la rescisión del contrato se produjo por errores en la confección de los denominados “DNI”; para la empresa alemana Siemens se produjo una expropiación tras la rescisión inesperada del contrato. De esta forma reclamaba la cantidad de 418 millones de dólares en concepto de “expropiación” y “lucro cesante” como argumentos centrales.⁸⁵ En este caso se han confirmado los peores temores, es decir, se ha llegado a una condena a Argentina ante el reclamo presentado por el inversor alemán por la rescisión de un contrato para la elaboración de los denominados “DNI”.

Otro ejemplo de intento frustrado de renegociación es el laudo emitido, el 12 de mayo de 2005, en el caso CMS Gas Transmisión Company y por el que se condena a Argentina al pago de 133.2, de los 256 millones de dólares reclamados.⁸⁶ El reclamo del inversor norteamericano se cen-

⁸⁴ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=notaherr&idx=30378.

⁸⁵ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20658 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=31113 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=33736.

⁸⁶ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=15675. Sin que se halla publicado el laudo en la página oficial del CIADI se nos adelantaban los argumentos que se esgrimieron para condenar a Argentina por parte de la página infobaeprofesional. El alegato del estado de necesidad se convierte en el aspecto central de la defensa técnica nacional, el cual se utiliza en las otras 35 demandas que enfrenta en el CIADI. El tribunal, respecto a este importante alegato, señaló como puntos más importantes que: “si no se exigen condiciones estrictas y rigurosas o si las mismas son aplicadas en un sentido amplio, cualquier estado podría invocar necesidad para eludir sus obligaciones internacionales, lo cual, ciertamente, sería contrario a la estabilidad y previsibilidad del derecho” (párrafo 317). “El problema es entonces determinar si acaso la contribución de Argentina a la crisis ha sido lo suficientemente importante. Luego de determinar las circunstancias de la controversia, el tribunal debe concluir que ese fue en efecto el caso. La crisis no fue generada por un gobierno en particular y reconoce sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, agravada por las políticas gubernamentales de los años 90, que alcanzó su punto máximo en 2002 y los años subsiguientes. De ahí que el tribunal debe tener en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales ellas no eximen de responsabilidad al demandado en esta materia” (párrafo 329). “...este hecho por sí mismo lleva a la conclusión inevitable de que no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de necesidad en la costumbre internacional para permitir que se excluya la ilicitud de los actos” (párrafo 331). “...el tribunal está

tra en dos puntos: a) “la posibilidad de aplicar el índice PPI para el ajuste de tarifas” y b) “por el modo en que la Ley de Emergencia reguló el modo en que se calculan las tarifas”.⁸⁷

Un tercer ejemplo de fracaso lo refleja el caso Sempra Internacional;⁸⁸ en este caso se apostó por una negociación pero acabó con una decisión condenatoria para Argentina. Los reclamos del inversor norteamericano se basan en alegaciones parecidas a los casos de CMS, LG&E y Enron. En este caso se alegaba la violación de las normas de privatización cuando se “abandonó la convertibilidad y congeló las tarifas de los servicios públicos privatizados”.⁸⁹ Sempra Energy reclamaba la caída en el valor de su participación en dos compañías de gas natural (Camuzzi Gas Pampeana y Camuzzi Gas del Sur). El 7 de noviembre de 2007 se anunciaba que Sempra ganaba un arbitraje internacional por 172 millones de dólares.⁹⁰

Un cuarto ejemplo es el caso Azurix en el que se ha condenado a Argentina a indemnizar a la compañía norteamericana con 165 millones de dólares basándose en argumentos de “ingerencia política indebida”⁹¹ tras alegar incumplimientos por la provincia de Buenos Aires en el servicio

convencido de que la crisis argentina fue grave pero no llevó a un total colapso económico y social. Cuando se compara la crisis argentina con otras crisis contemporáneas que afectan a países en diversas regiones del mundo, se observa que esas otras crisis no han dado lugar al incumplimiento de obligaciones internacionales contractuales o convencionales. Ha habido por cierto renegociaciones, adaptaciones y prórrogas, pero la esencia de las obligaciones internacionales se ha mantenido intacta” (párrafo 355). El laudo contiene entre sus conclusiones: “1. el demandado incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista el trato justo y equitativo garantizado por el artículo II.2.a) del tratado y de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el artículo II.2.c) del tratado. 2. el demandado deberá pagar al demandante una indemnización por el monto de US\$133,2 millones. 3. luego del pago de la indemnización decidida en este laudo, el demandante transferirá al demandado la propiedad de sus acciones en TGN una vez que el demandado haya pagado el monto adicional de US\$ 2.148,100. El demandado tendrá hasta un año a partir de la fecha de notificación del presente laudo a las partes, para aceptar dicha transferencia. . .”. www.infobaeprofesional.com/download/15/0041583.pdf, www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=15675. y www.infobaeprofesional.com/download/15/0041583.pdf, párrafos 317 y ss.

⁸⁷ <http://abogados.infobaeprofesional.com> del 7 de noviembre de 2007.

⁸⁸ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144 y <http://www.lanacion.com.ar/economia> del 7 de noviembre de 2007.

⁸⁹ <http://abogados.infobaeprofesional.com> del 7 de noviembre de 2007.

⁹⁰ *Idem*, el Consejero general de Sempra señalaba su esperanza en que el gobierno de la Argentina honrara sus obligaciones legales.

⁹¹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=30981.

de agua potable. Las alegaciones de “trato justo y equitativo”, “arbitrariedad” y “protección y seguridad” fueron los elementos contundentes para que prosperara la condena para la República Argentina. De este caso se ha llegado a afirmar que “pese al laudo desfavorable para el país, destacaron que el laudo fue favorable porque sólo le concedió a la empresa el 29% de lo reclamado”.

El quinto ejemplo lo materializa el caso LG&E donde también prosperó la demanda y, a finales de julio del 2007, se condenó a Argentina (por decisión unánime de los tres árbitros) a pagar 57.4 millones de dólares por violación a los principios de “trato justo y equitativo”, “trato no menos favorable” que el exigido por el derecho internacional y discriminación. En este caso el reclamo del inversor norteamericano presenta el mismo patrón que el caso CMS.

El sexto caso que podemos mencionar como sombra a la renegociación es el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A & Vivendi Universal donde se condenó a Argentina al pago de 105 millones de dólares a la empresa francesa por incumplimiento de los principios de “trato justo y equitativo”. El conflicto se inició en 1997 y versaba sobre una concesión del servicio de cloacas y agua potable a una subsidiaria de la compañía francesa Aguas del Aconquija.

El último caso donde se ha condenado a Argentina es Enron donde el inversor norteamericano presenta reclamos fundados en razones de igual tenor que en los casos CMS y LG&E.

Otros ejemplos están esperando su renegociación exitosa, este es el caso de Unisys.⁹² El tema toral de este caso es el suministro al Poder Judicial argentino de sistemas tecnológicos, la cual se efectuaría en función de la licitación pública 1/97. La demanda se basa en un supuesto incumplimiento del BIT firmado entre Argentina y Estados Unidos de América tras la aplicación de la Ley 25.561 de Emergencia Económica. Igualmente en esta línea encontramos el caso Suar Internacional. Se trata de una empresa francesa que tenía otorgada la concesión del servicio de agua potable en la provincia de Mendoza y que reclamaba el pago de 200 millones de dólares.⁹³ En la demanda se alega la modificación que había sufrido la empresa en las condiciones iniciales de contratación. Un tercer

⁹² www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44472. Este caso es seguido de cerca por Consejo de la Magistratura de la Nación, concretamente por la Comisión de Administración y Financiera.

⁹³ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

caso de esfuerzo renegociador y de posible retirada de la demanda que se está llevando a cabo es Pan American Energy. En esta ocasión se presenta una demanda por la petrolera el 6 de junio de 2003 en la que se solicita la cantidad de 300 millones de dólares en concepto de indemnización.⁹⁴ De este caso se señala que el retiro de su demanda fue “a cambio de obtener la concesión del yacimiento Cerro Dragón hasta 2047”.⁹⁵ En esta tónica encontramos otros casos que se encuentran en posibilidad de ser negociados como son: AES Corporation,⁹⁶ EDF Internacional,⁹⁷ ASSET Recovery Trust.⁹⁸

La última demanda contra Argentina se presenta por parte de Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa.⁹⁹ Esta demanda se presenta tras la cancelación en julio de 2006 de un contrato de servicios públicos, con motivo de una supuesta prestación defectuosa de los mismos.¹⁰⁰

2. México

A. Introducción

Los casos pendientes que figuran a la fecha en el marcador mexicano son cinco: 1) Corn Products International, Inc;¹⁰¹ 2) Gemplus, S. A., SLP, S. A. and Gemplus Industrial, S. A. de C. V.¹⁰² 3) Talsud, S. A.¹⁰³ 4) Ar-

⁹⁴ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44972.

⁹⁵ <http://www.lanacion.com.ar/economia> del 7 de noviembre de 2007.

⁹⁶ Del caso AES Corporation se señala que es accionista de las distribuidoras Edelap, EDEN y EDES y de las generadoras Alicurá y San Juan y que se “suspendió una causa por 750 millones de dólares”. <http://www.lanacion.com.ar/economia> del 7 de noviembre de 2007.

⁹⁷ <http://www.lanacion.com.ar/economia> del 7 de noviembre de 2007. Del caso EDF se señaló que “algo más complejo ocurrió con la francesa EDF. Mientras su subsidiaria Electricidad Argentina (controlante de Edenor) quedó en manos del grupo local Dolphin –que congeló su demanda–, la casa matriz reactivó un reclamo que corresponde a la tenencia de acciones que EDF tenía en la distribuidora eléctrica de Mendoza, Edemsa, de la cual se marchó en 2004. La demanda asciende a 257 millones de dólares”.

⁹⁸ <http://abogados.infobaeprofesional.com> del 7 de noviembre de 2007.

⁹⁹ (ICSID Case núm. ARB/07/26).

¹⁰⁰ <http://abogados.infobaeprofesional.com> del 26 de octubre de 2007.

¹⁰¹ Caso núm. ARB(AF)/04/1).

¹⁰² Caso núm. ARB(AF)/04/3.

¹⁰³ Caso núm. ARB(AF)/04/4).

cher Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.;¹⁰⁴ 5) Cargill Incorporated.¹⁰⁵ A este panorama debemos aunar otros ocho casos, los cuales estando ya concluidos se observa que corrieron distinta suerte para México. Encontramos así los casos de 1) Metalclad Corporation;¹⁰⁶ 2) Robert Azinian and others;¹⁰⁷ 3) Waste Management, Inc.;¹⁰⁸ 4) Marvin Roy Feldman Karpa;¹⁰⁹ 5) Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A.;¹¹⁰ 6) Waste Management, Inc.;¹¹¹ 7) Fireman's Fund Insurance Company;¹¹² y 8) Bayview Irrigation District and others.¹¹³

En este orden de ideas debemos mencionar que México cuenta en la actualidad con una veintena de Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con sus principales socios inversores.¹¹⁴ En esta lista encontramos a: Alemania,¹¹⁵ Argentina,¹¹⁶ Australia,¹¹⁷ Austria,¹¹⁸

¹⁰⁴ Caso núm. ARB(AF)/04/5.

¹⁰⁵ Caso núm. ARB(AF)/05/2.

¹⁰⁶ Caso núm. ARB (AF)/97/1. Véase González de Cossío, F., "The Mexican Experience with Investment Arbitration", *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 3, 2002, pp. 474-477; González de Cossío, F., "The International Centre for Settlement of Investment Disputes-The Mexican Experience", *Journal of International Arbitration*, vol. 19, núm. 3, 2002, pp. 235-238; y González de Cossío, F., "Aportación de México al arbitraje de inversión", *AMDI*, vol. VI, 2006, pp. 653 y 654.

¹⁰⁷ Caso núm. ARB (AF)/97/2 para tener una visión de este caso véase González de Cossío, F., "The Mexican Experience...", *Ibidem*, pp. 473 y 474; González de Cossío, F., "The International Centre for Settlement...", *Ibidem* pp. 234 y 235; y González de Cossío, F., "Aportación de México al arbitraje...", *Ibidem*, pp. 653 y 654.

¹⁰⁸ Caso núm. ARB (AF)/98/2. Véase González de Cossío, F., "The International Centre for Settlement...", *Ibidem*, pp. 238 y 239; y González de Cossío, F., "Aportación de México al arbitraje...", *Ibidem*, pp. 655-657.

¹⁰⁹ Caso núm. ARB (AF)/99/1. Véase González de Cossío, F., "Aportación de México al arbitraje...", *Ibidem*, pp. 653 y 654.

¹¹⁰ Caso núm. ARB(AF)/00/2.

¹¹¹ Caso núm. ARB(AF)/00/3.

¹¹² Caso núm. ARB (AF)/02/1.

¹¹³ Caso núm. ARB(AF)/05/1.

¹¹⁴ Véase esta información en www.economia.gob.mx.

¹¹⁵ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 23 de febrero de 2001.

¹¹⁶ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 22 de julio de 1998.

¹¹⁷ La entrada en vigor de este BIT se encuentra pendiente.

¹¹⁸ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 26 de marzo de 2001.

Corea,¹¹⁹ Cuba,¹²⁰ Dinamarca,¹²¹ España,¹²² Finlandia,¹²³ Francia,¹²⁴ Grecia,¹²⁵ Islandia,¹²⁶ Italia,¹²⁷ Países Bajos,¹²⁸ Panamá,¹²⁹ Portugal,¹³⁰ Reino Unido,¹³¹ República Checa,¹³² Suecia,¹³³ Suiza,¹³⁴ Unión Belgo-Luxemburguesa¹³⁵ y Uruguay.¹³⁶ Aunado a estos instrumentos bilaterales encontramos¹³⁷ el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el TLCAN, firmado con Estados Unidos y Canadá;¹³⁸ el G-3 firmado con Colombia y Venezuela;¹³⁹ el TLCA México-Costa Rica,¹⁴⁰ TLC México-Bolivia;¹⁴¹ TLC México-Nicaragua;¹⁴² el TLCA México-Chile;¹⁴³ el TLCUEM;¹⁴⁴ TLC México-Israel;¹⁴⁵ TLC México-TN con El Salvador, Guatemala y Honduras;¹⁴⁶ TLC

¹¹⁹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de diciembre de 2000.

¹²⁰ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 29 de marzo de 2002.

¹²¹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 23 de septiembre de 2000.

¹²² La entrada en vigor de este BIT se cifra el 18 de diciembre de 1996.

¹²³ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 21 de agosto de 2000.

¹²⁴ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 11 de octubre de 2000.

¹²⁵ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 17 de septiembre de 2002.

¹²⁶ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 6 de junio de 2006.

¹²⁷ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 4 de diciembre de 2002.

¹²⁸ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 10 de octubre de 1999.

¹²⁹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de diciembre de 2006.

¹³⁰ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 4 de septiembre de 2000.

¹³¹ La entrada en vigor de este BIT se encuentra pendiente.

¹³² La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de marzo de 2004.

¹³³ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 10 de julio de 2001.

¹³⁴ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 11 de marzo de 1996.

¹³⁵ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 20 de marzo de 2003.

¹³⁶ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 10 de julio de 2002.

¹³⁷ La información facilitada se puede corroborar en la página www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/ficha_publica_tlcs.htm

¹³⁸ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 10 de enero de 1994.

¹³⁹ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 10 de enero de 1995. Se advierte por la Secretaría de economía que a partir del 19 de noviembre de 2006 en el G3 participan únicamente México y Colombia.

¹⁴⁰ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 10 de enero de 1995.

¹⁴¹ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 10 de enero de 1995.

¹⁴² La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 10 de julio de 1998.

¹⁴³ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 10 de agosto de 1999.

¹⁴⁴ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 10 de julio de 2000.

¹⁴⁵ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 10 de julio de 2000.

¹⁴⁶ La entrada en vigor de este Tratado se cifra en marzo para El Salvador y Guatemala y en junio para Honduras.

México-AELC;¹⁴⁷ TLC México-Uruguay;¹⁴⁸ el AAE México-Japón.¹⁴⁹ De este listado se desprende que están cubiertos los principales socios comerciales de México.

B. Balance actual de los casos recientemente concluidos

a. Fireman's Fund Insurance Company

Este caso versa sobre servicios financieros. El actor se dedica como negocio principal a los seguros, principalmente a los seguros contra accidentes e incendios. Como se desprende del laudo “este es el primer caso que se lleva de conformidad con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), a ser resuelto conforme al Capítulo Catorce, en relación con inversiones transnacionales en Servicios Financieros”.¹⁵⁰

El 30 de octubre de 2001 el actor presentó una Notificación de Arbitraje en contra de México, de conformidad con el Capítulo XI del TLCAN y en función del Mecanismo Complementario. La solicitud se registró el 15 de enero de 2002, constituyéndose el Tribunal el 17 de mayo de 2002 con la siguiente composición, como presidente el alemán Albert Jan van den Berg y como árbitros el estadounidense Andreas F. Lowenfeld y el mexicano Alberto Guillermo Saavedra Olavarrieta. La primera sesión del Tribunal arbitral se celebra en Washington el 22 de julio de 2002.

Fireman's es una sociedad constituida conforme a las leyes del Estado de California, Estados Unidos de América. Es una subsidiaria íntegramente propiedad de Allianz of America, Inc., una sociedad constituida de conformidad con las leyes del Estado de Delaware que, a su vez, es subsidiaria íntegramente propiedad de Allianz AG, una sociedad constituida de conformidad con las leyes de Múnich, Alemania. Por último encontramos que es a su vez una filial de Allianz México, S.A.¹⁵¹

El primer documento que encontramos es un Aviso de Intención,¹⁵² el cual se dirige a la Dirección General de Inversiones Extranjeras de la Se-

¹⁴⁷ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de julio de 2001.

¹⁴⁸ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 15 de julio de 2004.

¹⁴⁹ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de abril de 2005.

¹⁵⁰ Párrafo 1. En este sentido se afirma que se involucró una inversión en una institución financiera, tal y como aparece definida en el artículo 1416 del TLCAN.

¹⁵¹ Párrafo 10.

¹⁵² www.economia.gob.mx/work/sncl/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Fireman/Fireman.

cretaría de Comercio y Fomento Industrial. En este aviso se informa que en cumplimiento del artículo 1119 del TLCAN se notifica la intención de someter a arbitraje una reclamación en contra de México. Las disposiciones que en este Aviso se alegan como incumplidas son los artículos 1102, 1105, 1110 y 1405 del TLCAN.

Se presenta el escrito de demanda en la que se alega actos de expropiación, por acción y omisión, de México a la inversión realizada por *Fireman's*, en violación al artículo 1110 del TLCAN. En este sentido se demanda por una eventual expropiación de la inversión del actor en el Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V. en violación al artículo 110 del TLCAN; se afirma que México privó a la actora del uso y valor de su inversión de una manera discriminatoria y arbitraria y que no le otorgó el valor justo de mercado de dicha inversión. México, por su parte, busca otra indemnización, la correspondiente condena en costas a favor de México. Por dichos actos se solicita una indemnización, una compensación por el valor total de su inversión, de cincuenta millones de dólares más intereses anuales con base en la tasa LIBOR a 90 días, más 4%, desde el momento de la toma de la inversión hasta la fecha de pago.

El 17 de julio de 2003 se notifica a las partes que el Tribunal decidió resolver que “no tiene competencia para conocer de las reclamaciones presentadas por la demandante en virtud de los Artículos 1102, 1105 y 1405 del TLCAN, pero que las reclamaciones presentadas en relación con el Artículo 1110 están dentro de su competencia”.

Remontándonos al origen de toda esta serie de pronunciamientos encontramos el año 1994 cuando se produjo una crisis financiera en México tras la devaluación del peso mexicano y la subida dramática de las tasas de interés. El laudo deja constancia de que México adoptó una serie de medidas para apoyar a los bancos y a los ahorradores y para reestablecer su viabilidad.¹⁵³ En esta ayuda se incluye a Grupo Financiero BanCreceer, S. A. de C. V.¹⁵⁴ “A mediados de los años 90, Allianz México pretendía fortalecer su presencia dentro de la industria de seguros en México. En particular, estaba interesado en construir un negocio de seguros denominado “líneas personales” (seguro de vida, automóviles y casas-habitación)”.¹⁵⁵

¹⁵³ Párrafo 49.

¹⁵⁴ Grupo Financiero BanCreceer, S. A. de C. V., es una sociedad mexicana controladora de BanCreceer, S.A: Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero BanCreceer.

¹⁵⁵ Párrafo 52.

Para este propósito Allianz México se apoya en BanCrecer, un banco mexicano, local. La situación de BanCrecer se deterioraba¹⁵⁶ lo cual desencadena toda una cadena de decisiones, acuerdos y alianzas.

De este caso se publicó el laudo arbitral el 17 de julio del 2006 que determinaba que “(1) RECHAZA la demanda de FFIC para resolver que el Gobierno de México, a través de actos u omisiones, violó el Artículo 1110 del TLCAN al expropiar la inversión de obligaciones denominadas en dólares, emitidas por Grupo Financiero BanCrecer, S. A. de C.V.; (2) RECHAZA la demanda de FFIC para que el Tribunal le conceda una compensación por la totalidad del valor de su inversión; (3) DETERMINA que cada Parte deberá cubrir sus propios costos y que las Partes deberán cubrir los costos del Tribunal en proporciones iguales, correspondientes a los anticipos en costos hechos por éstos; (4) ORDENA a las partes tratar de llegar a un acuerdo dentro de los 30 días siguientes a la fecha del presente Laudo, sobre qué porciones de éste, si las hubiere, deberán ser omitidas con el fin de cumplir con las Resoluciones Procesales Nos. 3 y 5”.¹⁵⁷

b. Bayview Irrigation District and others

El tema litigioso es novedoso pues se trata de una empresa destinada a la agricultura. Tema poco usual en el seno del CIADI. El 20 de enero de 2005 se recibe una carta en el seno del CIADI solicitando el inicio de procedimientos de arbitraje. En la solicitud de arbitraje se informa, a efectos cumplir con el requisito *ratione personae*, que cada uno de los cuarenta y seis demandantes es o ha sido residente de Texas y nacionales de Estados Unidos de América. La fecha de registro de la solicitud es el 1o. de julio de 2005; de esta forma el Secretario General del Centro aprobó el acceso al Mecanismo Complementario, constituyéndose el Tribunal el 15 de diciembre de 2005 con la siguiente composición: como presidente el británico Vaughan Lowe; como árbitros el británico Edwin Meese III y el mexicano Ignacio Gómez Palacios, dándose de esta forma por iniciado el procedimiento.

El Tribunal celebró su primera sesión con las partes el 14 de febrero de 2006 en Washington DC. En esta primera sesión el Tribunal resolvió tratar los asuntos competenciales como una cuestión previa.

¹⁵⁶ Párrafo 64.

¹⁵⁷ Párrafo 226.

En el Aviso de Notificación se alega por el actor el incumplimiento estatal de los artículos 1102 y 1110 del TLCAN. El 19 de abril de 2006 se da la presentación de objeciones a la competencia del Tribunal arbitral y a la jurisdicción del Centro. Las argumentaciones de México en este sentido se centran en tres argumentos, a saber, a) que la reclamación está fuera del ámbito de aplicación del TLCAN por razón de los sujetos y del objeto de la misma; así afirma que ninguno de los reclamantes tiene una inversión en México y por ende ninguno es un inversor de una Parte; b) que la reclamación está fuera del ámbito de aplicación del TLCAN por razón de la materia del tratado; c) que la reclamación ha prescrito y consecuentemente es inadmisibile.

El demandado presentó, como es habitual en el seno CIADI, el 19 de abril de 2006, un Memorial sobre la competencia y admisibilidad de la solicitud, alegando tres excepciones:

A) Que la reclamación está fuera del ámbito de aplicación del TLCAN dado el objeto, fin y naturaleza de ese tratado. Se afirma por el demandado que la reclamación debe referirse a una inversión de conformidad con el Capítulo XI del TLCAN y al consentimiento dado para el sometimiento a arbitraje. En este sentido y alegando el artículo 1101 del TLCAN sostuvo que se debe aplicar para la protección de inversores de un Estado Parte del TLCAN o a sus inversiones en el territorio de un Estado Parte del TLCAN. Alegando la definición de “inversión” contenida en el artículo 1139 del TLCAN sostiene que “los demandantes no tienen ni pueden tener en México derechos de propiedad sobre las aguas del Río Bravo/ Río Grande o sus tributarios, por más que los posean en las aguas cuando éstas se encuentran en los Estados Unidos”. El 23 de junio de 2006 los demandantes presentaron su Memorial de Contestación. Respecto al primer punto afirmaron que “su reclamación se refiere a una medida adoptada por México en relación con inversionistas de otra Parte y con una inversión ubicada en territorio mexicano. Sostuvieron que la medida pertinente era la captura, por parte del Demandado, de su agua, mientras ésta estaba en tránsito hacia los campos de los Demandantes en Texas, y su desvío, por parte del Demandado, para que la usaran agricultores mexicanos en México”; ante esta situación señalan que, de conformidad con el artículo 1102 y 1105 del TLCAN, no se establece ninguna imposición referente a la ubicación del inversor o de su inversión. Igualmente señalaron que no se estaba solicitando al Tribunal “que se pronunciara sobre los derechos y obligaciones de México y los Estados Unidos bajo

el Tratado de Aguas de 1944, y sostuvieron que su reclamación se basaba en incumplimientos del TLCAN”.¹⁵⁸

B) Que la reclamación es extemporánea, y por lo tanto inadmisibile. En este caso el demandado alega el artículo 1116.2 del TLCAN y sostiene que “la Solicitud de Arbitraje fue presentada el 20 de enero de 2005, y que todos los supuestos actos y omisiones en que se basó la reclamación habían tenido lugar más de tres años antes de esa fecha”. El demandante en su contestación alegó que “no existió violación de sus derechos de agua, sino hasta... el 30 de septiembre de 2002, porque fue el 1 de octubre de 2002 que el demandado incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones... Esta fecha, 1 de octubre de 2002, está comprendida dentro del plazo de prescripción de tres años previsto en el artículo 1116.2 del TLCAN”.¹⁵⁹

C) Que existen deficiencias en las reclamaciones individuales, con respecto a la prueba de elegibilidad de cada demandante. En este apartado el demandado alega que “no le era posible verificar que cada uno de los usuarios de agua demandantes cumpliera con los requisitos de nacionalidad del TLCAN, y que no existen pruebas de que los distritos de riego demandantes hubieran obtenido el consentimiento de quienes representan para la presentación de esta reclamación”.¹⁶⁰ El demandante alega que “presentaron amplia evidencia, tales como pasaportes, actas de nacimiento u otras pruebas, sobre la nacionalidad de cada uno de ellos”.¹⁶¹ El tribunal determina que es “competente para pronunciarse sobre reclamaciones efectuadas por un inversionista de una parte del TLCAN ...para establecer si las reclamaciones están comprendidas en el ámbito de los artículos 1115 y 1116 es necesario, por lo tanto, determinar si los demandantes son “inversionistas” y si sus reclamaciones “están comprendidas dentro de los límites y el ámbito de aplicación de la Sección A del capítulo XI”.¹⁶² De esta manera el tribunal analiza si las reclamaciones se refieren a “los inversionistas de otra parte; y/o b) las inversiones de inversionistas de otra parte realizadas en territorio de la parte”.¹⁶³ De

¹⁵⁸ Párrafo 51.

¹⁵⁹ Párrafo 53.

¹⁶⁰ Párrafo 38.

¹⁶¹ Párrafo 54.

¹⁶² Párrafo 83.

¹⁶³ Párrafo 88.

esta forma inicia respondiendo que necesitan saber si al menos uno de los inversionistas tiene la nacionalidad requerida, aunque no sean todos, para poder iniciar los trámites de conformidad con las disposiciones del TLCAN. Igualmente entra a revisar si es necesario que la inversión se realice en México o es suficiente con que se realizara en Texas. Este punto controvertido nos recuerda al caso SGS. En este sentido afirma el Tribunal que “cabe la posibilidad de que los Estados partes del TLCAN hubieran concedido a los inversionistas que fueran nacionales de un Estado del TLCAN y hubieran realizado una inversión en ese mismo Estado del que fueran nacionales, el derecho de formular una reclamación contra otra parte del TLCAN, en relación con una medida de esa otra Parte que hubiera afectado desfavorablemente a sus inversiones en el Estado del que son nacionales. Ese derecho facultaría, por ejemplo, a todos los empresarios mexicanos que hubieran invertido en México creando allí sus propias empresas ... a entablar acciones contra los Estados Unidos en relación con cualquier medida de los Estados Unidos que afectara a sus empresas mexicanas ... en violación de disposiciones del TLCAN como, por ejemplo, la del “trato justo y equitativo” del artículo 1105”.¹⁶⁴ En este sentido analiza cual es el requisito necesario para que una inversión sea considerada “extranjera” y no “doméstica” y así inicia afirmando que “es evidente que una característica destacada es que, esa inversión se rige principalmente por el derecho aplicable de un Estado distinto del Estado de la nacionalidad del inversionista y que ese derecho es creado y aplicado por un Estado que no es el Estado de la nacionalidad del inversionista. Determina que “para ser un “inversionista” en la acepción del artículo 1101 a del TLCAN, una empresa debe efectuar una inversión en otro Estado del TLCAN que no sea el propio. Adoptando la terminología del Tribunal del caso Methanex vs. Estados Unidos, es necesario que las medidas en que se base la reclamación afecten a una inversión que tenga una “conexión legalmente significativa” con el Estado que ha creado y aplicado esas medidas. El mero hecho de que una empresa establecida en un Estado del TLCAN se vea afectada por medidas adoptadas en otro Estado del TLCAN, no es suficiente para establecer el derecho de esa empresa a obtener protección conforme al Capítulo XI de ese tratado: es la relación, la conexión legalmente significativa, con el Estado que adopta esas medidas, la que genera el derecho a la protección, y no el mero

¹⁶⁴ Párrafo 94.

hecho de que la empresa se vea afectada por las medidas”.¹⁶⁵ Y continúa señalando que “el capítulo XI del TLCAN no tenía la intención de brindar protección sustancial o derechos de ejercitar acción a inversionistas cuyas inversiones estuvieran enteramente limitadas a sus propios Estados nacionales, en circunstancias en que esas inversiones pudieran ser afectadas por medidas adoptadas por otro Estado Parte del TLCAN”.¹⁶⁶

De esta forma concluye el Tribunal que los demandantes no eran “inversores extranjeros” en México puesto que “el hecho de que una empresa dependa económicamente del suministro de bienes —en este caso agua— de otro Estado, no es suficiente para que se considere, a dicha empresa dependiente, como un “inversionista” en ese otro Estado”.¹⁶⁷ Así, “el Tribunal no acepta la afirmación de que los demandantes sean propietarios de agua en México, en el sentido de derechos personales de propiedad con respecto a las aguas físicas de ríos que fluyen en territorio mexicano”.¹⁶⁸ “Los demandantes no son propietarios de agua dentro de México. Tampoco poseen derechos de agua en México, exigibles al Estado mexicano. Sus derechos de agua les han sido otorgados por el Estado de Texas. Dichos derechos han sido creados en Texas y se ejercitan en Texas”.¹⁶⁹ Derivado de lo anterior señala que “carece de competencia para conocer cualesquiera de estas reclamaciones contra México, porque los demandantes no han demostrado que sus reclamaciones estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación del capítulo XI del TLCAN, tal como lo define el artículo 1101 del TLCAN. Habiendo llegado a esta conclusión, es innecesario que se consideren otros temas, pues es evidente que el tribunal carece de competencia para conocer sobre estas reclamaciones”.¹⁷⁰

En este caso la decisión sobre competencia nos sorprende pues estadísticamente no suelen prosperar dichas objeciones a la competencia de un tribunal arbitral y a la jurisdicción del CIADI “el tribunal de arbitraje

¹⁶⁵ Párrafo 101.

¹⁶⁶ Párrafo 103.

¹⁶⁷ Párrafo 104.

¹⁶⁸ Párrafo 114.

¹⁶⁹ Párrafo 117. En este sentido el tribunal acude al artículo 27 constitucional de conformidad con el cual la propiedad de aguas dentro de las fronteras del territorio nacional pertenece originalmente a la nación, y que el agua de sus ríos y tributarios es propiedad de la nación.

¹⁷⁰ Párrafos 122 y 123.

carece de competencia respecto de la diferencia que le ha sido sometida en este arbitraje; cada parte debe cubrir sus propias costas y las costas del tribunal deben dividirse igualmente entre las partes”.

Nuestra opinión es que en este caso era flagrante y manifiesta la falta de competencia y jurisdicción en el seno del CIADI desde que la operación no podía ser calificada de “inversión”. Si bien no hay una definición establecida, incluso admitida, de este término, no falta literatura jurídica en los distintos tribunales arbitrales consolidados en el seno del CIADI. Lo anterior podría orientar a conformar un concepto, en el cual, no cabe la transacción sobre la que versa este caso.

3. Ecuador

El tercer caso que queremos abordar es el de Ecuador el cual viene a representar el segundo Estado latinoamericano más demandado a través de la vía del Convenio de Washington. El conteo de demandas asciende a siete casos pendientes y dos concluidos.¹⁷¹

Como afirmábamos en las primeras líneas Ecuador está liderando un movimiento para que los Estados latinoamericanos se decidan a salir del CIADI y creen un foro arbitral de corte regional. Esta reacción repercute en el devenir y rumbo que están adquiriendo los casos ecuatorianos ante el CIADI. En este sentido se afirma que “el Gobierno está negociando con multinacionales petroleras cinco convenios y pretende excluir esa instancia arbitral por otro organismo latinoamericano. El Gobierno de Ecuador intensificó la renegociación de contratos con cinco de las multinacionales petroleras que operan en la amazonia ecuatoriana, con la creación de mesas de trabajo para discutir las condiciones. El ministro de Minas y Petróleo, Galo Chiriboga, y representantes de las compañías City Oriente, Petrobras, Perenco, Repsol-YPF y Andes Petroleum formaron una mesa de trabajo por cada una de las empresas extranjeras. Las mesas de trabajo estarán integradas por representantes del Gobierno y un equipo técnico de las empresas, que analizaran las garantías para las inversiones de las compañías como del Estado ecuatoriano, dijo Chiriboga a los periodistas. Según Chiriboga, las empresas han mostrado su disposición

¹⁷¹ Para un mayor conocimiento sobre el caso véase González Martín, N., “Un acercamiento al CIADI: el caso de Ecuador”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia (coords.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

a cambiar la modalidad de contrato de participación, que actualmente tienen, por la de servicios al Estado, que pretende generalizar el Gobierno. El ministro apuntó que espera que la renegociación termine antes de mayo y que se excluya en los nuevos contratos la posibilidad de que intervenga en el arbitraje de posibles disputas el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), relacionado con el Banco Mundial (BM). Los eventuales problemas contractuales con las petroleras se resolverían en algún organismo de arbitraje latinoamericano o cortes ecuatorianas, según Chiriboga. Las empresas están también preocupadas por las inversiones que han realizado para sus operaciones en Ecuador, que superan los mil millones de dólares, y Chiriboga afirmó que se garantizarán las amortizaciones, ya que el Estado “no tiene interés de quedarse con nada”, por lo que hará una auditoria para estudiar esta cuestión. La renegociación de los contratos se inició después de que el pasado 4 de octubre el presidente de Ecuador, Rafael Correa, firmó un decreto por el que el Estado se quedaba con el 99% de las ganancias extraordinarias originadas por el incremento del precio del petróleo. Ecuador es el quinto productor de crudo de Suramérica, con unos 500.000 barriles diarios, y los ingresos del petróleo son el capítulo más importante de su economía y aportan alrededor del 35% del presupuesto del Estado”.¹⁷²

El primer caso que encontramos es Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador).¹⁷³ El objeto de esta demanda tiene su origen en un contrato de explotación de petróleos. De este caso conocemos la existencia de dos procedimientos arbitrales. El primero que termina con la emisión de un laudo, el 20 de febrero de 2004. La fecha de registro es el 5 de octubre de 2001, constituyéndose el Tribunal arbitral el 22 de mayo de 2002, estando presentes Rodrigo Oreamuno, Costarricense, como presidente del Tribunal arbitral, Eduardo Carmigniani Valencia y Alberto Wray Espinosa, ecuatorianos ambos, como árbitros. El segundo procedimiento tiene su origen en la presentación por las partes del recurso de anulación. Recurso que se registra el 15 de julio de 2004, constituyéndose el Comité *ad hoc* el 14 de septiembre de 2004 y compuesto por Judd L. Kessler, americano, como presidente, Piero Bernardini, italiano y Gonzalo Biggs, chileno, como árbitros. El

¹⁷² www.infobaeprofesional.com, revisado el 22 de enero de 2008.

¹⁷³ Caso núm. ARB/01/10.

estado actual en el que se encuentra este recurso es pendiente desde que el Comité emitió la Orden Procesal No. 5 referente a la presentación de documentos.

El segundo caso ecuatoriano es M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc.¹⁷⁴ Los datos que tenemos de este caso es que versa sobre un proyecto para la generación de electricidad. La fecha de registro de la demanda es el 8 de abril de 2003, constituyéndose el Tribunal arbitral el 11 de septiembre de 2003. En la constitución de este Tribunal arbitral encontramos a Raúl E. Vinuesa, argentino y presidente del Tribunal, Benjamín J. Greenberg, canadiense, y Jaime Irrázabal C., chileno, como árbitros. Este caso se encuentra en una temprana etapa procesal desde que el Tribunal mantuvo una audiencia sobre el fondo en Washington, D.C., a finales de marzo de 2006.

El tercer caso es Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A.¹⁷⁵ La temática de este caso es la generación de energía. La fecha de registro es de 7 de octubre de 2004; la fecha de constitución del Tribunal arbitral es de 18 de mayo de 2005 estando compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler, como presidente, y Enrique Gómez Pinzón y Albert Jan van den Berg como árbitros. El estado en que se encuentra el proceso es pendiente.

El cuarto caso es el representado por Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC).¹⁷⁶ Se trata de una empresa de electricidad, temática recurrente en el contexto ecuatoriano. La fecha de registro de la solicitud por el Secretario General del CIADI es el 26 de mayo de 2005. La fecha de constitución del Tribunal arbitral es de 28 de febrero de 2006, compuesto por Bernardo Sepúlveda Amor como presidente y John H. Rooney y W. Michael Reisman, como árbitros. El estado actual en el que se encuentra el caso es la presentación de los escritos sobre el fondo el 2 de noviembre de 2006.

El quinto caso es Noble Energy Inc. and Machala Power Cía. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad.¹⁷⁷ Volvemos a encontrar con la misma temática, a saber, una empresa de electricidad. La fecha de registro es de 29 de julio de 2005, constituyéndose el

¹⁷⁴ Caso núm. ARB/03/6

¹⁷⁵ Caso núm. ARB/04/19.

¹⁷⁶ Caso núm. ARB/05/9.

¹⁷⁷ Caso núm. ARB/05/12.

Tribunal el 4 de enero de 2006 conformándose por Gabrielle Kaufmann-Kohler, como presidente, Henri C. Alvarez y Bernardo M. Cremades, como árbitros. Se presenta una objeción a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal arbitral contándose a la fecha con los respectivos escritos.

El sexto caso viene representado por Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company.¹⁷⁸ Se trata de la concesión de hidrocarburos. La fecha de registro de la solicitud es el 13 de julio de 2006 constituyéndose el Tribunal arbitral el 6 de febrero de 2007, compuesto por L. Yves Fortier, como presidente, Brigitte Stern y David A. R. Williams, como árbitros. En este caso se afirma que se “elevó un millonario reclamo contra Ecuador por la anulación de su contrato en 2006 tras ser acusada de venta ilegal de acciones”.¹⁷⁹

El séptimo caso ecuatoriano es el representado por Técnicas Reunidas, S. A. and Eurocontrol, S. A.¹⁸⁰ El tema de este caso es la expansión de una refinería de petróleo. La fecha de registro es de 31 de octubre de 2006 estando a la fecha pendiente la composición del Tribunal.

El último caso lo encabeza City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador).¹⁸¹ El tema que se aborda en este caso es la concesión de hidrocarburos. La fecha en que se registra la solicitud por el Secretario General es de 19 de diciembre de 2006. De este caso se ha afirmado que se origina por “las reformas a la ley de hidrocarburos emitidas por el Ejecutivo de Quito el año pasado”.¹⁸² El estado actual de este caso es que Ecuador solicita medidas cautelares¹⁸³ contra la compañía alegando que la petrolera norteamericana no pagó 28 millones de dólares que representan el 50% de los beneficios extraordinarios obtenidos en el 2006. La demandante es una compañía con sede en Panamá de capital estadounidense.

¹⁷⁸ Caso núm. ARB/06/11.

¹⁷⁹ <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

¹⁸⁰ Caso núm. ARB/06/17.

¹⁸¹ Caso núm. ARB/06/21.

¹⁸² <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

¹⁸³ Se ha llegado a pensar en solicitar prisión preventiva de los implicados: tres representantes legales de la empresa petrolera estadounidense City Oriente y un ex ministro de Energía. <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

4. *Bolivia*

A. *Introducción*

En la actualidad Bolivia presenta en su marcador dos casos pendientes¹⁸⁴ y uno concluido.¹⁸⁵

Siguiendo con las cifras podemos ver que Bolivia tiene, de conformidad con la información facilitada por el Banco Mundial, dieciocho Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de los cuales tiene en vigor el BIT celebrado con Argentina,¹⁸⁶ Alemania,¹⁸⁷ Italia,¹⁸⁸ Países Bajos,¹⁸⁹ Perú,¹⁹⁰ España,¹⁹¹ Suecia,¹⁹² Suiza¹⁹³ y Reino Unido,¹⁹⁴ y únicamente firmado con: Unión Belgo-Luxemburguesa,¹⁹⁵ Cuba,¹⁹⁶ Dinamarca,¹⁹⁷ Ecuador,¹⁹⁸ Francia,¹⁹⁹ Corea,²⁰⁰ y Rumania.²⁰¹ Este listado de BITs nos hace preguntarnos nuevamente si otros casos en materia de inversiones con tintes internacionales no se verán sometidos al CIADI por vía de estos instrumentos y por la puerta de acceso que representa el Mecanismo Complementario; la renuncia se ha producido al CIADI, al Convenio de Washington, pero subsisten los BITs y la posibilidad de someterse vía Mecanismo Complementario.²⁰² Por ello afirmamos

¹⁸⁴ Química e Industrial del Borax Ltda. and others (06/2) y E.T.I. Euro Telecom International N.V. (07/28).

¹⁸⁵ Aguas del Tunari S. A. (02/3).

¹⁸⁶ 1o. de mayo de 1995.

¹⁸⁷ 9 de noviembre de 1990.

¹⁸⁸ 22 de febrero de 1992.

¹⁸⁹ 1o. de noviembre de 1994.

¹⁹⁰ 19 de febrero de 1995.

¹⁹¹ 12 de mayo de 1992.

¹⁹² 3 de julio de 1992.

¹⁹³ 13 de mayo de 1991.

¹⁹⁴ 16 de febrero de 1990.

¹⁹⁵ 25 de abril de 1990.

¹⁹⁶ 6 de mayo de 1995.

¹⁹⁷ 12 de marzo de 1995.

¹⁹⁸ 25 de mayo de 1995.

¹⁹⁹ 25 de octubre de 1989.

²⁰⁰ 1o. de abril de 1996.

²⁰¹ 9 de octubre de 1995.

²⁰² En este sentido los artículos 8o. y 9o. de estos instrumentos internacionales establecen que las controversias se resolverán, de ser posible, a través de consultas amistosas

que es un efecto en cadena la renuncia de Bolivia al CIADI y la revisión de los BITS. Un paso más allá (y más ambicioso) sería que prosperara la admisión de un recurso de inconstitucionalidad por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional boliviano contra las leyes que ratificaron la adhesión de Bolivia a los BITS suscritos con Argentina (Ley núm. 1594), Países Bajos (Ley núm. 1586), Francia (Ley núm. 1535), Gran Bretaña (Ley núm. 1132), España (Ley núm. 2360) y Estados Unidos (Ley núm. 1897). El origen se remonta al 10 de mayo de 2006 cuando el Tribunal Constitucional declaró constitucionales las mencionadas leyes. La razón alegada para la interposición de este recurso de inconstitucionalidad es el privilegio que se concede al inversor extranjero sobre el nacional de someterse a un Centro Internacional para solventar sus disputas con exclusión de los tribunales nacionales bolivianos a los que se verían sometidos irremediabilmente los inversores nacionales. El privilegio que representa el sometimiento a un foro internacional contraría los artículos 135,²⁰³ 116²⁰⁴ y 228²⁰⁵ de la Constitución Boliviana.

B. *Evolución de los casos*

a. ETI Euro Telecom Internacional N.V.

De este caso queremos poner sobre la mesa la conjunción de fechas dejando así a cada quien que analice este caso sacando sus propias conclusiones.

Si bien el sometimiento al CIADI de la renuncia de Bolivia se produjo el 2 de mayo del 2007 con efectos el 3 de noviembre de 2007, es curioso

en un plazo de seis meses, transcurrido el plazo sin un resultado positivo se someterán al arbitraje CIADI.

²⁰³ El artículo 135 constitucional establece: “todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República”.

²⁰⁴ El artículo 116 de la Constitución señala que “el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, las cortes superiores, tribunales y jueces de instancia y tribunales y juzgados que establece la ley, sin que puedan establecerse tribunales o juzgados de excepción”.

²⁰⁵ El artículo 228 constitucional afirma que “la Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”.

que en este caso se registrara la solicitud el 31 de octubre de 2007; es decir, la premura parece ser incuestionable para someter el último caso a un foro internacional a poco más de un par de días de surtir efectos su renuncia. Estos datos no han pasado desapercibidos en el contexto boliviano donde se asegura que “si bien el gobierno de Bolivia siguió todos los procedimientos adecuados para retirarse del CIADI, la organización planificó conformar en pocos días más un Tribunal para que escuche el caso elevado contra Bolivia por Euro Telecom Internacional (ETI), una compañía incorporada en los Países Bajos y cuyos reales propietarios son Telecom italiana y Telefónica española. ETI es propietaria del 50% de ENTEL, empresa que proporciona el 60% de los servicios de telefonía de Bolivia”.²⁰⁶

Esta premura en el registro de la solicitud contrasta con la falta de constitución del Tribunal arbitral a la fecha. Así, lo que importaba era registrar la disputa antes de que surtiera efectos la renuncia planteada por Bolivia. Una vez registrada no afecta a la constitución del Tribunal arbitral y desarrollo del resto de actuaciones el que Bolivia se haya retirado.

*b. El caso Aguas del Tunari S.A.*²⁰⁷

Debemos iniciar este caso teniendo claras las fechas que son relevantes con la finalidad de tomar una postura ante este caso.

- a)* La fecha de celebración del contrato es en septiembre de 1999;
- b)* La cancelación del contrato se produce en abril de 2000;
- c)* Se produce un cambio en la estructura societaria clave el 22 de diciembre de 1999;
- d)* La Presentación de la renuncia al CIADI por parte de Bolivia se produce el 2 de mayo de 2007;
- e)* El registro de la solicitud se da el 12 de noviembre de 2001 notificándose el 25 de febrero de 2002; y
- f)* La aceptación de la renuncia por el CIADI se emite el 3 de noviembre de 2007.

Queremos iniciar señalando algunos comentarios que se han vertido sobre este caso en el contexto boliviano los últimos días, en este sentido se afirma que:

²⁰⁶ <http://www.boliviasoberana.org> revisada el 17/01/2008.

²⁰⁷ El laudo, en español e inglés, está publicado en la página oficial del CIADI véase www.worldbank.org/icsid.

A pesar de las fraudulentas condiciones de la demanda de Betchel contra Bolivia, el CIADI del Banco Mundial ha aceptado la competencia sobre esta demanda: recordemos que este es uno de los casos más escandalosos de los últimos años en los que una empresa intenta lucrar con la pobreza de un pueblo. La demanda ha sido cuestionada fuertemente por la sociedad civil no sólo boliviana sino del todo mundo por tratarse de uno de los ejemplos más bochornosos de usufructo a partir de los sistemas de protección de inversiones que amenazan los derechos de los pueblos.²⁰⁸

En este sentido se ha hablado de un caso de “emergencia” por la aprobación de su conocimiento por parte del CIADI.²⁰⁹

Con estas palabras nada hace presagiar que no podamos contaminarnos al sumarle la fatídica coincidencia de las fechas de renuncia del CIA-DI y la admisión por el Centro de la mencionada controversia.

En este contexto el 12 de noviembre de 2001 se presenta una solicitud ante el Secretario General del CIADI; solicitud ante la cual Bolivia no queda pasiva, y el 5 de diciembre de 2001, presentó sus objeciones alegando que la pretensión está “manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI”. A pesar de las reclamaciones del Estado el 25 de febrero de 2002 se registra, de conformidad con el artículo 36.3 del Convenio CIA-DI, la solicitud y el 26 de junio de 2002, de conformidad con el artículo 37.2.b) del Convenio CIADI, se constituye el Tribunal arbitral que conocerá y resolverá del fondo de la pretensión.²¹⁰

Con estos antecedentes pasemos a ver los hechos del caso; el demandante es Aguas del Tunari, S. A. (en adelante, AdT), una sociedad constituida de conformidad con la legislación de Bolivia; el demandado (una vez más) el Estado boliviano, receptor del capital extranjero. En 1998 Bolivia inicia un proceso de licitación internacional de los servicios de agua y alcantarillado sanitario así como una licencia para generar electricidad en Cochabamba. A este llamado acude únicamente un consorcio “Aguas del Tunari” quien estaba dirigido por Internacional Water Ltd. Se comprueba, y así se refleja en el laudo, que este consorcio no reunía los requisitos mínimos requeridos por Bolivia para la concesión y no prospera la solicitud. Esta situación lleva a un período de negociaciones creán-

²⁰⁸ <http://funsolon.civilblog.org> revisada el 17 de enero de 2008.

²⁰⁹ <http://funsolon.civilblog.org>.

²¹⁰ El Tribunal arbitral está compuesto por Henri Álvarez, Canadá; José Luis Alberro-Semerena, México y David D. Caron, Estados Unidos.

dose a tal efecto, y por decreto, un “Comité de Negociación” el cual llevaría a que el 2 de septiembre de 1999 el gobierno boliviano aprobara la adjudicación a AdT y ésta se registrara como sociedad boliviana. En esta peculiar (por no decir “irregular”) situación la empresa y el Estado firman un contrato, el 3 de septiembre de 1999, denominado “Contrato de Concesión de Aprovechamiento de Aguas y de Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario en la Ciudad de Cochabamba”.²¹¹ Este contrato duró poco tiempo puesto que en abril de 2000 quedó sin efecto,²¹² lo cual contrasta con los 40 años inicialmente proyectados que debía durar la relación contractual. Los datos de la privatización de servicios no han pasado desapercibido y en este sentido se ha señalado en la prensa que “la privatización del servicio de agua en Cochabamba en 1999 es producto de las condicionalidades que impusieron el BM y el FMI en Bolivia a cambio de la renegociación de una parte de la deuda”.²¹³ Igualmente se reclama que “Aguas del Tunari, empresa liderada por BETCHEL, accedió al contrato de concesión del servicio de agua y alcantarillado de Cochabamba en 1999, siendo la única empresa presentada a la licitación, lo cual le da ya al propio procedimiento de concesión un velo de corrupción de los funcionarios de entonces y de una empresa que se arriesga a ser contratada a pesar de esa irregularidad”.²¹⁴

En este contrato se insertó un artículo, el 41.5, donde se preveía que

Las partes (La Superintendencia de Aguas y AdT) reconocen que dichos Accionistas y Accionistas Últimos del Concesionario incluyendo los Accionistas Fundadores, son libres para ampararse en aquellos métodos de resolución de disputas que puedan serles legalmente disponibles de acuerdo a la Ley Boliviana (como por ejemplo arbitraje bajo las reglas de CCI, CIADI o UNCITRAL y otros organismos internacionales similares). Las Partes acuerdan cooperar en el proceso arriba mencionado, en la medida que les sea permitido por Ley.

La demandante sostiene en su demanda la violación de diversas disposiciones del BIT firmado entre Bolivia y Países Bajos;²¹⁵ en concreto

²¹¹ En este contrato la demandante se obligaba a proporcionar un suministro regular de agua potable a cambio de una rentabilidad negociada.

²¹² Párrafo 73.

²¹³ *Cit.*, nota 208.

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ Párrafo 76.

se basa en lo establecido en el artículo 9.6 del BIT entre Bolivia y Países Bajos que señala “si ambas Partes Contratantes se han adherido al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965, las diferencias derivadas de inversiones que pudieran surgir entre una de las Partes Contratantes y un nacional de la otra Parte Contratante, serán, de acuerdo con las disposiciones de dicho Convenio, sometidas a conciliación o arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”. De esta afirmación se desprende que la demandante alega ser una empresa de “nacionalidad holandesa” a lo cual Bolivia se opone y se constituye en el punto fundamental a discutir en este caso. Examinemos esta situación que queda patente en el laudo. La titularidad accionaria de AdT a la fecha de la firma del contrato era que estaba controlada por cuatro empresas bolivianas²¹⁶ cada una de las cuales tenía un 5% de las acciones, por una empresa de las Islas Caimán, Internacional Water (Aguas del Tunari) que poseía el 55% y Riverstar Internacional S. A, Uruguay, con el 25% restante. A su vez Internacional Water (Aguas del Tunari) Ltd estaba controlada al 100% por Betchel Holdings, Inc., una compañía de Estados Unidos y Riverstar Internacional S. A. estaba controlada al 100% por Abengoa, una empresa española. En 1999, tras la adjudicación de la concesión se produce un cambio en la estructura societaria de AdT quedando de la siguiente manera: 1) Encontramos cuatro compañías bolivianas que controlan el 5% cada una de ellas de AdT; estas compañías bolivianas son las mismas que con anterioridad a la fecha citada; 2) Tenemos además a Internacional Water (Tunari) SARL que posee el mismo 55% de las acciones; el cambio se produce en que ahora desaparece el “Ltd (Islas Caimán)” y aparece “SARL (Luxemburgo)”; si antes aparecía controlada directamente y al 100% por Betchel Holdings, Inc. ahora se interponen cuatro personas jurídicas desembocando igualmente en un control absoluto por Betchel Holdings, Inc. (Estados Unidos); en este sentido aparecen en esta nueva estructura societaria a) Internacional Water (Tunari) B. V. (Países Bajos); b) Internacional Water Holdings B. V (Países Bajos) que controla al 100% a la anterior; y c) Baywater Holdings B. V. (Países Bajos) quien controla el 50% de las acciones de la anterior junto con Edison SPA (Italia) quien posee el restante 50%; 3)

²¹⁶ Constructora Petricevic S. A., Compañía Boliviana de Ingeniería SRL, ICE Agua y Energía, SA y Sociedad boliviana de Cemento, S. A.

Encontramos nuevamente a Riverstar Internacional S. A. (Uruguay) quien continúa con su 25% de las acciones y continúa controlada al 100% por Abengoa (España).

Como se señala en el laudo “Bolivia cuestiona la existencia real de esas entidades holandesas, describiéndolas como “empresas vacías”.²¹⁷ En este sentido la demandante alega el cumplimiento del artículo 1.b. ii) y iii) del BIT mencionado para sostener su “nacionalidad holandesa” al señalar que son nacionales: (ii) personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante; (iii) personas jurídicas controladas directa o indirectamente por nacionales de esa Parte Contratante, pero constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante. A estos artículos la demandante se aferra para determinar que es una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación de Bolivia pero controlada por nacionales de los Países Bajos. Justifica que “la transacción de diciembre de 1999 no implicó venta de acciones ni alteración de la propiedad sino “migración” a Luxemburgo de una sociedad de las Islas Caimán”.²¹⁸

El eco de esta situación se propaga hasta la prensa boliviana quien resalta que “lo más escandaloso de todo es que siendo una empresa norteamericana, nos demanda como holandesa pues durante los meses de su contrato, esta empresa cambió la dirección legal de su subsidiaria a las Islas Caimán a Holanda, a sabiendas de que Bolivia tenía un Acuerdo Bilateral de Inversiones vigente con Holanda que le permitía acudir a Tribunales internacionales. Y así nos demanda como empresa holandesa. Lo más grave es que el CIADI admite y avala esta situación aceptando que una transnacional pueda utilizar recursos de “la letra menuda”, cambiar de nacionalidad y demandar a un país disfrazando su identidad, para o sacarnos el dinero, o al menos dejar bien claro el mensaje de que una transnacional es todo poderosa frente a un país y un pueblo”.²¹⁹

²¹⁷ Párrafo 72.

²¹⁸ Párrafo 158.

²¹⁹ <http://funsolon.civilblog.org> revisada el 17 de enero de 2008. En este sentido se ha sostenido que “al no contar con acuerdos bilaterales de inversión entre sus países de origen y Bolivia, la empresa inició sus acciones desde una subsidiaria holandesa. No es la primera vez que Holanda sirve de sede para juicios de las multinacionales contra Bolivia. Ya a fines de los 90 la empresa estadounidense Betchel “se instaló” en ese país abriendo una casilla postal, para iniciar, a nombre de Aguas del Tunari, al demanda por el contrato de concesión del sistema de agua de Cochabamba”. <http://www.nacionhumana.org> revisada el 17 de enero de 2008.

A los dos datos anteriores (una única empresa que concurre a la licitación y el cambio en la estructura societaria) se añade la situación de que el 14 de septiembre de 1999, y a través de un artículo periodístico, se dieran a conocer las declaraciones del Gobierno así como las esperadas preocupaciones de ciudadanos por el monto de las nuevas tarifas. El gobierno señaló que las tarifas entrarían en vigor el 1 de diciembre de 1999. En este sentido encontramos un artículo que señala que “Betchel protagonizó una escandalosa subida de tarifas (hasta 300% en algunos casos) y abusó de su poder obteniendo que se aprobara una ley de aguas que quitaba las fuentes de agua a las comunidades indígenas, atentando incluso al cumplimiento de los derechos que les otorga el Convenio 164 de la OIT, suscrita por nuestro Estado”.²²⁰

Así la problemática, señalamos que la primera sesión se celebra el 9 de diciembre de 2002 en Washington D.C.; en esta primera sesión el Estado reitera sus objeciones referentes a la competencia del Tribunal arbitral y a la jurisdicción del Centro; en este sentido presenta un escrito titulado “Excepciones opuestas por la República de Bolivia en materia de jurisdicción y solicitudes de producción de pruebas y aclaración de los procedimientos”; a este escrito la empresa replica a través de su “Contestación a las excepciones de Bolivia en materia de jurisdicción y solicitudes de producción de pruebas y aclaración de los procedimientos”.

En esta etapa el Tribunal emite tres Órdenes Procesales que por espacio remitimos a nota al pie.²²¹ Tras la emisión de estas tres Órdenes procesales se llevó a cabo, el 9, 10 y 11 de febrero de 2004, la audiencia referente a las excepciones a la jurisdicción. Este es el punto que nos interesa tratar. Como se viene afirmando Bolivia presenta excepciones a la competencia del Tribunal arbitral y a la jurisdicción del Centro; objeciones que se acordaron fueran tratadas como de previo pronunciamiento.²²²

²²⁰ <http://funsolon.civilblog.org> revisada el 17 de enero de 2008.

²²¹ La primera se produce el 8 de abril de 2003, su “Resolución procesal núm. 1” que determina “que los argumentos de las Partes en cuanto a la necesidad de las diversas solicitudes de producción de pruebas no estaban suficientemente pormenorizados o claros para que pudieran acogerse o rechazarse”; la “Orden procesal núm. 2”, sobre la posibilidad presentada por Bolivia de postergar las audiencias debido a los disturbios acaecidos en La Paz, y en la que se determinó por el Tribunal que “la gravedad y el carácter extraordinario de los hechos ocurridos en Bolivia constituían causa suficiente para postergar la audiencia” y la “Orden procesal núm. 3”, en la cual el tribunal accede a la petición de Bolivia de poder examinar a los testigos que presenten ambas partes.

²²² Párrafo 21.

Bolivia interpone dos excepciones: a) la falta del requisito *ratione voluntatis*²²³ y b) la falta del cumplimiento *ratione personae*²²⁴ por parte de la actora. Veamos cada una de ellas.

a) La falta de consentimiento estatal para el sometimiento al CIADI presenta varias ramificaciones:

1) El Contrato celebrado entre las partes priva de jurisdicción al CIA-DI. En este sentido Bolivia argumenta que las disputas sobre este contrato, de conformidad con su artículo 41.2,²²⁵ deben resolverse en el seno de los tribunales nacionales bolivianos y de acuerdo con su legislación. El demandante replica señalando que las reclamaciones que se plantean se relacionan directamente con el BIT y no con el contrato de concesión.²²⁶ Sin duda estamos ante el argumento más esgrimido en los casos de objeción al CIADI. En este sentido se desprende del laudo que el demandante alega que en el caso Lanco, AdT sostiene que su reclamación contra Bolivia tiene como fundamento “el incumplimiento por parte del Demandado, de obligaciones de derecho internacional enmarcadas en el TBI (y) no en incumplimientos del Contrato de Concesión”.²²⁷ A esta alegación el Tribunal arbitral determina que “no concluye que haya existido una intención común de las Partes de excluir la jurisdicción del CIADI en caso de una reclamación de AdT, ni una clara renuncia de parte de AdT, a través del artículo 41 o de la concesión en general, a su derecho de promover sus reclamaciones ante el CIADI. El Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio, en tal sentido, no es suficiente. Por las razones que anteceden el Tribunal rechaza el primer aspecto de la primera excepción del demandado”.²²⁸

2) Bolivia carece de legitimación procesal. En este sentido se alega que los reclamos del actor se basan en actos de la “Superintendencia de Aguas”, una persona jurídica que no forma parte del gobierno central

²²³ Párrafo 84.

²²⁴ Párrafo 85.

²²⁵ Este artículo dispone que “el concesionario reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y de los tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes bolivianas aplicables”, párrafo 96.

²²⁶ Párrafo 102. En este sentido alega los casos de Aguas del Aconquija contra Argentina y Lanco Internacional contra Argentina.

²²⁷ Párrafo 104.

²²⁸ Párrafos 122 y 123.

de Bolivia, persona jurídica que nunca fue designada como “subdivisión política u organismo público” de Bolivia de conformidad con el artículo 25 del Convenio de Washington.²²⁹ El actor alega, entre otras cosas, que “la concesión se negoció bajo la supervisión de autoridades bolivianas con facultades independientes de la del Superintendente de Aguas”.²³⁰ El tribunal rechaza el argumento boliviano señalando que

las partes plantean varias cuestiones que requieren conclusiones más amplias, basadas en pruebas adicionales. En esta fase de los procedimientos, referente a la determinación de la competencia, el tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre: 1) atribución y responsabilidad del Estado en el marco del TBI, o 2) relación precisa entre la República de Bolivia y la Superintendencia de Aguas, cuestiones ambas sobre las que el tribunal, si fuere necesario, se pronunciará más adelante, en la etapa de sus actuaciones referente al fondo del asunto.²³¹

3) El artículo 2o. del BIT se refiere a disposiciones bolivianas que excluyen la jurisdicción del CIADI. En este sentido afirma que “AdT está obligada a someterse a la legislación boliviana, al SIRESE y a la Corte Suprema de Bolivia”.²³² El actor sostiene que de ser esa la interpretación correcta “no existiría ningún arbitraje del CIADI”.²³³ Ante estas alegaciones, igualmente rechazadas, el tribunal concluye que “las referencias a la legislación boliviana que contiene el Artículo 2o. del TBI no se extienden, como mínimo, a aspectos de la legislación boliviana que a su vez impondrían la competencia exclusiva en relación con controversias enmarcadas en el TBI”.²³⁴

4) Se señala que la transferencia de acciones de AdT excluye la competencia del tribunal. En este sentido Bolivia señala que la transferencia de acciones de AdT realizada por la sociedad controlante (o controladora) de las Islas Caimán implicó una trasgresión de la Concesión.²³⁵ El actor reclama que no existe ninguna infracción en el cambio de la estructura societaria de AdT. El tribunal rechaza dicha excepción seña-

²²⁹ Párrafo 124 a 129.

²³⁰ Párrafo 132.

²³¹ Párrafo 137.

²³² Párrafo 139.

²³³ Párrafo 141.

²³⁴ Párrafo 154.

²³⁵ Párrafo 157.

lando que esta migración de Islas Caimán a Luxemburgo no transgredía el contrato.

5) Bolivia alega la existencia de errores en los representantes del demandante. En este sentido menciona el recibo de dos cartas de representantes de Bechtel confusas y engañosas. La primera señala “revelaciones referentes a una transferencia directa de acciones e AdT de IW Ltd en las Islas Caimán a una sociedad diferente que iba a instalarse en los Países Bajos”; la segunda “se sostenía que la transferencia de la calidad de Accionista Fundador de las Islas Caimán a una empresa holandesa no determinaría “efecto o impacto desfavorable alguno para el gobierno boliviano, para entidades bolivianas ni para la municipalidad de Cochabamba”.²³⁶ El demandante alega que la transferencia de la titularidad accionaria allí propuesta fue abandonada llevándose a cabo una serie de transacciones diferentes. Ante esta nueva alegación el tribunal da nuevamente la razón al actor afirmando que efectivamente la transacción anunciada en dichas cartas nunca se llevó a cabo.

6) La última alegación de esta primera excepción consiste en que “la invocación del TBI Países Bajos-Bolivia, constituye una afirmación de jurisdicción no comprendida en los límites del consentimiento al arbitraje por parte de Bolivia”.²³⁷ En este sentido Bolivia alega que su consentimiento al arbitraje CIADI estaba condicionado. Alega que el hecho de que el CIADI tenga jurisdicción debe estar comprendida dentro de los límites de la “previsión razonable” de las partes.²³⁸ En este orden de ideas alega que su consentimiento nunca fue otorgado para casos como el de AdT por sus “intereses accionarios migratorios”²³⁹ de esta forma señala que “el tribunal debería rechazar la fórmula “rígida” de AdT, consistente en determinar el consentimiento sobre la única base del Tratado, el convenio y la Solicitud de Arbitraje.²⁴⁰ Por su parte el demandante señala que “ni el TBI ni el Convenio del CIADI, en que se basa la competencia del tribunal, establecen que Bolivia debe consentir el control holandés de un nacional de Bolivia, para que un tribunal del CIADI tenga competencia en controversias entre ese nacional boliviano bajo control holandés

²³⁶ Párrafo 182.

²³⁷ Párrafo 193-205.

²³⁸ Párrafo 194.

²³⁹ Párrafo 196.

²⁴⁰ Párrafo 198.

y Bolivia”.²⁴¹ El Tribunal arbitral, por mayoría, rechaza nuevamente los argumentos estatales señalando que este argumento ya fue tratado y solucionado en las decisiones anteriores.²⁴²

b) La falta de cumplimiento *ratione personae* por parte del actor. Considero que esta objeción es más sustentable pues no puede dejar indiferente el cambio en el control accionario que sufre la empresa actora en el año 1999. Se alega que el demandante no es una entidad boliviana controlada directa o indirectamente por nacionales de los Países Bajos. De esto se desprende la imposibilidad de aplicar el BIT firmado entre Bolivia y Países Bajos. En este sentido se afirma que el término “control” se refiere a “quien ejerce el control final, que en este caso es Betchel, una sociedad estadounidense” y que “la cuestión de si una entidad es “controlada, directa o indirectamente”, es una cuestión de hecho, cuyo cumplimiento no requiere necesariamente que la titularidad accionaria pertenezca en un 100% a otra entidad”.²⁴³ De lo anterior se desprende que Bolivia considera a las empresas holandesas como mera pantalla, como empresas vacías que no “controlan” a AdT. En este sentido sostiene que “control” significa “titularidad”, “ejercicio de potestades o administración, y no la mera posibilidad legal de hacerlo”.²⁴⁴ La respuesta del demandante es que existe una correlación absoluta entre la posesión del 100% del capital y el concepto de control. Si bien alega que “si bien está constituida en Bolivia, es controlada, directa o indirectamente, por nacionales de los Países Bajos. Específicamente, manifiesta que si bien AdT está constituida en Bolivia, el 55% de sus acciones está en manos de IW S.a.r.l. A su vez, el 100% de las acciones (y derechos de voto) de IW S.a.r.l. está en manos de IWT B.V., entidad nacional de los Países Bajos”.²⁴⁵ De esta forma la cuestión principal radica en dar la razón a una de las dos interpretaciones al significado de “control”. La demandante determina que “basta la posibilidad jurídica de controlar al demandante, y que por lo tanto la frase puede referirse no sólo a la compañía madre final de AdT, sino también a las filiales de esta última ubicadas por encima del Demandante”.²⁴⁶ Por su parte el demandando lo interpreta de otro modo, a saber, “como requiriendo el con-

²⁴¹ Párrafo 200.

²⁴² Párrafo 203.

²⁴³ Párrafo 207.

²⁴⁴ Párrafo 222.

²⁴⁵ Párrafo 211.

²⁴⁶ Párrafo 223.

trol “final” de AdT o, si esa frase no se limitara a la compañía que ejerce el control final, entonces un control “efectivo”, “real” de AdT”.²⁴⁷

De esta segunda alegación el Tribunal realiza una serie de afirmaciones encaminadas a determinar el concepto de “control”; para ello se puede acudir a los diferentes laudos arbitrales que sobre este término se han manifestado con anterioridad. Lo anterior con la observación de que los laudos arbitrales CIADI no constituyen en modo alguno “jurisprudencia”. Inicia buscando el sentido “corriente” de la frase “controladas directa o indirectamente”,²⁴⁸ y continua con el significado que presenta en el contexto del BIT.²⁴⁹ En este sentido señala que “no es una práctica para nada infrecuente que el Estado que recibe la inversión imponga a los inversionistas extranjeros la obligación de constituirse en su jurisdicción”. Efectivamente no estaba en discusión si AdT era una empresa constituida en Bolivia y por ende “nacional boliviana”; tampoco se discutía si esta empresa estaba sometida a un control “directo” o “indirecto” extranjero; tampoco si las empresas holandesas estaban constituidas correctamente de conformidad con la ley holandesa; por el contrario, lo que estaba en la mesa de debate era si ese control era holandés a efectos de aplicar el BIT. El demandado alegaba que la entidad controladora de AdT era Bechtel, una sociedad estadounidense. Recordemos que la celebración del contrato se da en septiembre de 1999 y la cancelación en abril del 2000; a esas fechas los BITs que estaban en vigor eran los firmados con Italia (1992) y Países Bajos (1994). No estaban en vigor los firmados con Luxemburgo (2004), España (2002) y Estados Unidos (2001). Las opciones estaban claras y cualquiera de los dos serviría a los fines de cumplir los requisitos establecidos para el CIADI. Toda la problemática que se plantea en este punto es saber la correcta interpretación y alcance de la frase “controladas, directa o indirectamente”. En realidad se trata de identificar si AdT estaba controlada (directa o indirectamente) por IWT B.V. o por IWH B.V.

Con las ideas realizadas con las interpretaciones “corrientes” y en el contexto del BIT el Tribunal emite, por mayoría de votos, con la opinión disidente del árbitro José Luis Alberro-Semerena, una “conclusión en cuanto al significado de la frase “controladas directa o indirectamente”. En este sentido el Tribunal afirma que la frase “controladas directa o indirectamente” significa que pueda predicarse de una entidad que controla a

²⁴⁷ Párrafo 223.

²⁴⁸ Párrafos 225-239.

²⁴⁹ Párrafos 240-248.

otra (ya sea directamente, es decir, sin que exista una entidad intermedia, o indirectamente) si tal entidad posee capacidad jurídica para controlar a la otra entidad. Con sujeción a la prueba de la existencia de restricciones especiales para el ejercicio de derechos de voto, esa capacidad jurídica debe establecerse en relación con el porcentaje de acciones que se poseen. En el caso de un accionista minoritario, la capacidad jurídica de controlar a una entidad puede existir en virtud del porcentaje de acciones poseídas, de los derechos jurídicos transferidos en instrumentos o acuerdos tales como convenios constitutivos o acuerdos de los accionistas, o de una combinación de esos factores. A juicio del tribunal, el TBI no exige un control real cotidiano o final para que se configure lo requerido por la expresión “controladas directa o indirectamente” contenida en el Artículo 1. b (iii). El tribunal observa que no le compete determinar todas las formas que podría asumir ese control y concluye, por mayoría, que en las circunstancias del caso de autos, en que una entidad posee capital accionario mayoritario y es propietaria de la mayoría de los derechos de voto, existe un control como el referido en la frase operativa “controladas directa o indirectamente”.²⁵⁰

Con estas conclusiones el tribunal rechaza las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado; lo anterior concluye en que el demandante puede continuar sus actuaciones en el foro CIADI.

A lo anterior hay que sumarle las opiniones del árbitro Alebro-Semereña que sin duda viene a sembrar la duda sobre “la limpieza y objetividad” del actuar del tribunal arbitral CIADI. En este sentido afirma:

A) Que la cuestión del cambio accionario es una cuestión decisiva y en este sentido afirma que “AdT no tenía acceso al arbitraje del CIADI antes de su reestructuración de fines de 1999; porque el proyecto de reestructuración presentado por Betchel a las autoridades bolivianas a fines de noviembre de 1999 incluía la inserción de una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria, lo que no fue aprobado por aquéllas; porque la estructura que en definitiva se estableció efectivamente insertó a una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria, y porque “si se puede probar la existencia de engaño o falsas manifestaciones, del hecho del consentimiento nada puede inferirse sobre la existencia de un acuerdo en materia de nacionalidad”.²⁵¹ En este orden de ideas señala que “el proyecto de transferencia a una compañía neerlandesa de

²⁵⁰ Párrafo 264.

²⁵¹ Párrafo 4.

las acciones de AdT de propiedad de IW Ltd no fue autorizado”.²⁵² Conviene en señalar que “el 21 de diciembre de 1999, IW Ltd de las Islas Caimán emigró a Luxemburgo, modificando su nombre, y al día siguiente una compañía neerlandesa se convirtió en la propietaria del 100% de sus acciones”²⁵³ y que “la cuestión consiste sencillamente en establecer si puede considerarse que Bolivia consintió un sistema en virtud del cual una compañía registrada en Bolivia pueda, en cualquier momento y en cualesquiera circunstancias, reorganizarse, reestructurarse, para adquirir el derecho de promover una reclamación ante el CIADI, en todos los casos en que ese litigio parece conveniente y deseable desde la perspectiva de los inversionistas”. Sostenemos que la respuesta a esa pregunta es “no”.²⁵⁴ Reprocha que el tribunal no solicitara los siguientes documentos: 1) los probatorios de las fechas en que se adoptaron las decisiones de transferir a IW Ltd de las Islas caimán a Luxemburgo en lugar de realizar la transacción anunciada el 24 de noviembre de 1999; 2) los probatorios de los costos y beneficios de cada alternativa y, los probatorios de los argumentos en contra y a favor de la emigración de IW Ltd de las Islas caimán y la adquisición del 100% de sus acciones por parte de Internacional Water (Tunari) B.V. De la anterior decisión del Tribunal el árbitro señala que “Bolivia no consintió la jurisdicción del CIADI en el marco del TBI que había celebrado entre Bolivia y los países Bajos por lo que el Demandante no tiene derecho a invocarlo”.

B) La segunda discrepancia tiene que ver con determinar el alcance e interpretación del “control directo o indirecto”. Para la demandante la propiedad accionaria mayoritaria y los derechos de voto representa “la prueba de control más estricta posible”, “la cuestión de la jurisdicción... reside en determinar si la propiedad de acciones y derechos de voto en el demandado, por parte de una entidad de los Países Bajos, en un nivel superior al 50%, basta para configurar control directo o indirecto”;²⁵⁵ para Bolivia “estar controlado es incuestionablemente distinto de estar en condiciones de ser controlado o poder ser controlado”. Este árbitro determina que “discrepo con la decisión del tribunal referente a la excepción opuesta por Bolivia con respecto a la competencia del tribunal, y considero que debe hacerse lugar a esa excepción”. En este sentido afirma que “es inexacto

²⁵² Párrafo 13.

²⁵³ Párrafo 15.

²⁵⁴ Párrafo 6.

²⁵⁵ Párrafo 36.

igualar los conceptos de “controlado” y “control”. (...) Las cuestiones fundamentales de previsibilidad, transparencia y estabilidad aceptadas por las partes de un TBI no pueden resolverse limitando el concepto de control” a propiedad mayoritaria y derechos de voto, cuando el tratado utiliza expresamente la frase “controladas directa o indirectamente”.²⁵⁶ Acude a la redacción del Convenio de Washington donde se mencionó que “la propiedad de las acciones en un nivel de más del 50% podría no representar un interés de control (...) incluso un 51% de las acciones podría no constituir control”.²⁵⁷ Seguimos coincidiendo con el árbitro cuando señala que el Tribunal podría haber solicitado los siguientes documentos en orden a probar que efectivamente estaba controlada por la empresa holandesa: 1) Los que reflejen las comunicaciones entre AdT/Internacional Water S.a.r.l; AdT/Internacional Water BV y AdT/Baywater Holdings BV; 2) los que reflejen comunicaciones relativas a AdT entre cualquiera de las entidades mencionadas anteriormente; y 3) actas de directorias y asambleas de accionistas de todas las sociedades mencionadas.

De lo anterior determina que:

es por las razones que anteceden que discrepo con la decisión de la mayoría a favor de la jurisdicción y concluyo que el demandante no está facultado para invocar la competencia del CIADI en el marco del TBI mutuamente celebrado por Bolivia y los Países Bajos. Comparto sin reservas la determinación del tribunal de cumplir su obligación de preservar la integridad de la jurisdicción del CIADI durante la fase de consideración del fondo del asunto, cuando las partes presenten sus memoriales completos y pruebas de respaldo.²⁵⁸

Nuestro comentario acerca de este caso es que el rigor en la admisión de las demandas en el CIADI queda una vez más en entredicho o, cuando menos, suscita a la reflexión. La narración de los hechos y los comentarios de uno de los árbitros hace pensar que para el CIADI una compañía registrada y constituida en Bolivia puede, en cualquier momento, bajo cualquier circunstancia, y en clara posición de ventaja, reestructurarse con el único fin manifiesto de cumplir los requisitos de un BIT y por ende reclamar en contra de este Estado una violación convencional y su sometimiento al CIADI. De otra manera se hubiera solicitado una violación

²⁵⁶ Párrafo 32.

²⁵⁷ Párrafo 38.

²⁵⁸ Párrafo final.

contractual en la que el CIADI no hubiera podido actuar, sometiéndose las partes a los foros nacionales bolivianos.

Uno de los puntos centrales lo constituye la teoría del control extranjero la cual aparece contemplada en el artículo 25.2. b) *in fine* del Convenio de Washington y que representa la excepción al principio general representado por la nacionalidad de las partes. Esta teoría viene a sostener una ficción jurídica,²⁵⁹ a saber, si a la fecha de prestación del consentimiento a la jurisdicción del CIADI y sobre la base de un efectivo control extranjero, las partes acuerdan tratar a la compañía local como nacional de otro Estado Contratante, el Centro tendrá jurisdicción y el tribunal arbitral competencia. Sin duda alguna, y este es el caso, a través de la alegación y materialización de esta excepción se asiste a una ampliación del requisito por razón de la persona que deriva en la afirmación de la jurisdicción del Centro. Una ampliación que puede convertirse en un mecanismo propenso al “fraude”. Esta excepción juega un doble rol: en sentido positivo, así, cuando la persona jurídica esté incorporada o tenga su sede central en un Estado no Contratante podría tener la nacionalidad de un Estado Contratante debido al control que sobre ella se ejerce. En un sentido negativo, podría ocurrir que una persona jurídica, poseyendo la nacionalidad de un Estado Contratante se excluya de la jurisdicción del Centro ante su control por un Estado no contratante. La teoría del control no es nueva en el CIADI y prácticamente en todos los casos se ha llegado a discutir con más o menos ahínco.

Además, como quedó demostrado en los diversos casos sometidos al CIADI existen otros criterios para determinar el control efectivo (nacionalidad de los directivos, respaldo financiero, existencia de una cláusula CIADI, etcétera); respecto al último indicio, se viene afirmando por los tribunales arbitrales que no es necesario un consentimiento expreso sien-

²⁵⁹ Respecto a esta excepción Miaja de la Muela afirma que “por vía de ficción jurídica, las partes pueden convenir a efectos de aplicación del Convenio, las partes admitan de común acuerdo que la sociedad es de nacionalidad extranjera, por razón del control ejercido sobre ella”. Miaja de la Muela, A., “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol. XXII, 1969, p. 32. Por su parte Amadio señala que la falta de jurisdicción del Centro puede ser subsanada por la noción de control según la cual una persona jurídica se considerará como nacional de otro Estado Parte. *Cfr.*, Amadio, M., *Le contentieux international de l’investissement privé et la Convention de la banque Mondiale du 18 mars 1965*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1967, pp. 113 y 114. Como afirma Klesta “en virtud del artículo 25.2.b) del Convenio una sociedad se equipara a una persona jurídica extranjera”. *Cfr.*, Klesta, L., “La nazionalità delle società: il criterio del controllo nel sistema ICSID”, *Il Risparmio*, vol. 42, 1994, p. 1421.

do suficiente la inclusión de una cláusula arbitral que señale al CIADI como el foro de resolución de controversias. Es la denominada “doctrina del acuerdo implícito”²⁶⁰ la cual encontramos en el caso LETCO,²⁶¹ en el caso Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros v. República de Camerún y Sociéte Camerounaise des Engrais. Klöckner,²⁶² y, en el caso Amco Asia Corp. (U.S.) and others vs. República de Indonesia.²⁶³

²⁶⁰ Vives Chillida utiliza esta denominación, la cual encontramos en todo extremo apropiada. Vives Chillida, J., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998, p. 113.

²⁶¹ En este caso el Tribunal lanzó una serie de interrogantes que consideramos oportuno reproducir: “¿debe haber una relación causal entre un efectivo control y el acuerdo?, ¿cómo puede ser probado? ¿qué tipo de acuerdo, implícito o explícito, es requerido? ¿si el acuerdo puede ser implícito, qué hechos son capaces de presuponer tal acuerdo?”. El tribunal consideró que debe ser presumido que existe control extranjero por el hecho de tener una cláusula arbitral que otorga jurisdicción al CIADI. En este caso se observó que “podría discutirse que el simple hecho de que Liberia y LETCO incluyeran una cláusula de arbitraje CIADI en su Acuerdo de Concesión constituye un acuerdo para tratar a LETCO como un “nacional de otro Estado Contratante”. Concluir de otro modo sería equivalente a decir que Liberia nunca intentó cumplir su parte del Acuerdo de Concesión; que Liberia, acordando la cláusula CIADI, actuaba de mala fe y contra el tenor y propósito del Convenio CIADI”. Como se afirma: “cuando un Estado Contratante firma un acuerdo de inversión, conteniendo una cláusula arbitral CIADI, con una persona jurídica controlada por extranjeros con la misma nacionalidad que la del Estado Contratante y lo hace con conocimiento de que sólo será sometido a la jurisdicción del CIADI si se ha acordado tratar a la compañía como una persona jurídica de otro Estado Contratante, el Estado Contratante podría ser considerado que ha acordado tal trato por haber acordado la cláusula arbitral CIADI. Esto es especialmente el caso donde el derecho del Estado Contratante requiere al inversor extranjero establecerse localmente como una persona jurídica en orden a realizar una inversión”, véase *YBCA*, vol. XIII, 1988, p. 39.

²⁶² El tribunal una vez más, siguiendo la línea trazada por el caso Amco Asia, mantuvo una posición abierta entendiendo que la inserción de la cláusula arbitral CIADI por sí misma presupone e implica que las partes acordaron considerar a una persona jurídica como una compañía bajo el control extranjero. Afirma que: “la inserción de una cláusula arbitral CIADI por sí misma presupone e implica que las partes han acordado considerar a SOCAME en esa fecha ser una compañía bajo el control extranjero, teniendo así la capacidad de actuar en el arbitraje CIADI. Esto es un reconocimiento que excluye completamente una interpretación diferente de la intención de las partes. Insertando esta cláusula en el contrato de establecimiento sería una tontería si las partes no hubieran acordado que, por razón del control ejercitado por intereses extranjeros sobre SOCAME, dicho Acuerdo podría estar sujeto a la jurisdicción CIADI”, véase *YBCA*, Vol. XX, 1995, p. 17, e *ICSID REVIEW-FILJ*, vol. 9, 1994, p. 85.

²⁶³ En este sentido el tribunal afirma que: “lo que es necesario, para que la provisión final del artículo 25.2.b) sea aplicable, es (1) que la persona jurídica, parte en la disputa, sea legalmente un nacional del Estado Contratante, el cual es la otra parte y (2) que esta

Este indicio pudiera haber arrojado alguna luz para determinar si efectivamente la empresa holandesa controlaba directa o indirectamente a Aguas del Tunari. Cuestiones que no se llegaron a plantear en el caso por el demandado ni a solicitar por el actor. Si bien este criterio considerado de forma aislada, como se afirma en el caso *Vacuum Salt Limited vs. Gobierno de la República de Ghana*, “no le otorga competencia *ipso iure*”.²⁶⁴ En este sentido afirma el Tribunal que “cuando las partes establecen la existencia del control extranjero se crea una presunción fuerte, la cual ha de rechazarse cuando el control extranjero no pueda sustentarse en los hechos o existan criterios razonables de que un Tribunal no aceptaría la competencia porque en tal caso las partes usarían el Convenio para propósitos para los que no fue redactado. Las palabras “debido al control extranjero” deben tener algún significado y efectos. Tales palabras claramente califican que las partes no tiene la libertad absoluta de acordar tratar a la compañía de un Estado receptor como nacional extranjero: “sólo lo pueden hacer debido “al control extranjero”.²⁶⁵

En los casos *SOABI*,²⁶⁶ *MINE* o *Mobil Oil New Zealand Ltd. et al. vs. Gobierno de Nueva Zelanda*²⁶⁷ el acuerdo de las partes sobre la existencia del control extranjero fue dado de manera explícita lo cual facilitó la tarea del Tribunal arbitral.

persona jurídica estando bajo control extranjero, según el conocimiento del Estado controlador, las partes acuerden tratarla como una persona jurídica extranjera”; el tribunal estableció que: “nada en el Convenio, y en particular en el artículo 25, prevé un requisito formal de una expresa cláusula diciendo que las partes han decidido tratar a una compañía que tiene legalmente la nacionalidad del Estado Contratante, el cual es parte en la disputa, como una compañía extranjera de otro Estado Contratante, a causa del control al cual está sometida”, *YBCA*, vol. X, 1985, p. 63.

²⁶⁴ *YBCA*, vol. XX, 1995, p. 22, e *ICSID REVIEW-FILJ*, vol. 9, 1994, p. 89.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 91.

²⁶⁶ En el caso *SOABI v. Senegal* el tribunal reveló que efectivamente Naikida estaba controlada por dos nacionales belgas y Bélgica era desde 1970 Estado Parte del Convenio CIADI. En este caso, la existencia de una cláusula arbitral determinando el CIADI como Centro de resolución de controversias evitó que el tribunal tuviera que preguntarse sobre la exigencia o no de un acuerdo explícito.

²⁶⁷ En este caso encontramos el acuerdo explícito en la vía contractual. En este sentido señalamos la cláusula contractual VII.3 del Acuerdo de Participación firmado el 12 de febrero de 1982. Esta cláusula contractual establecía que: “Todos los inversores son, bien nacionales de otro Estado diferente a Nueva Zelanda, o están controlados por nacionales de tales Estados, y para los propósitos de este artículo VII cada inversor deberá ser juzgado como un nacional de ese Estado del cual éste o su respectivo accionista controlador es un nacional”, véase *YBCA*, vol. XIII, 1988, p. 638.

Volviendo a nuestro caso, coincidimos, apoyándonos en el caso LETCO, que la tenencia del 100% de las acciones de una empresa y derechos de voto no se traduce necesariamente en un control efectivo. Así, un accionista minoritario podría controlar una compañía. En el mismo sentido que afirmara el árbitro disidente “la titularidad accionaria mayoritaria y los derechos de voto mayoritarios no constituyen, *per se*, control”.²⁶⁸

IV. CONCLUSIONES

Podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos que, sólo el tiempo determinará:

a) Si las renunciias (tácitas o expresas) protagonizadas recientemente por dos Estados latinoamericanos, Bolivia y Ecuador, sirvieron como un eficaz repelente para la inversión extranjera.

b) Si efectivamente podemos apostar al binomio: ratificación del Convenio de Washington-atracción de capital extranjero quedando Brasil como un ejemplo anecdótico. En este sentido nos atrevemos a señalar que no nos resulta tan anecdótico desde que es el principal receptor de inversión extranjera en América Latina y el segundo después de China entre países en vías de desarrollo.

c) Si sólo han sido dos Estados los que se han animado a presentar su renuncia o si, se producirá un “efecto llamada” para los demás, en concreto, si servirá para animar a Nicaragua, Argentina o México.

d) Si México sale de su situación de *stand by* y decide unirse a una corriente, bien de renuncia al sistema CIADI, bien de comprometerse al Convenio de Washington eliminando así el tinte de politización que supone la tramitación del recurso de amparo cuando éste se tramita por la vía del Mecanismo Complementario.

e) Si Argentina salió bien librada con su apuesta a la renegociación de los contratos internacionales o, si por el contrario, todo intento quedó simplemente en eso.

f) Si Canadá hizo lo correcto con la firma del Convenio de Washington y si se atreverá a ratificarlo. En este segundo caso, podremos determinar

²⁶⁸ Párrafo 92.

las consecuencias, traducidas en demandas, en función del TLCAN y su incomprendido Capítulo XI.

Lo único que podemos hacer en este momento es hacer conjeturas sobre estas hipótesis que han puesto al CIADI en una complicada situación.

Por ahora sólo nos queda esperar.