

Empresas de inversión y arbitraje. La jurisdicción del CIADI en razón de la materia y el concepto de inversión

Luis F. Castillo Argañarás³¹¹

Sumario

En 1965, por medio del Convenio de Washington se crea el Centro Internacional de Arreglo de Controversias en materia de Inversiones (CIADI) en el ámbito del Banco Mundial. Las empresas pueden presentar reclamos frente a Estados receptores de su inversión ante los tribunales del CIADI. La definición de inversión es relevante al efecto de determinar si las Partes han consentido el arbitraje y si el tribunal arbitral es competente en las diferencias entre inversores (empresas) y Estados. De la misma manera, es condición sine qua non para establecer la jurisdicción del CIADI. El Convenio de 1965 no brinda una definición de inversión. Es la práctica arbitral la que ha realizado una intensa labor interpretativa sobre la definición de inversión. El objetivo de esta presentación es analizar brevemente la práctica arbitral en los casos resueltos en el CIADI a los efectos de delimitar una definición de inversión extranjera protegida.

I. Introducción

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue establecido por el Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados³¹². Fue firmado

³¹¹ Investigador del Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Proyectuales (INSOD) de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) y del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

³¹² En mayo de 2016 son 153 Estados Partes. Argentina lo firmó el 21 de mayo de 1991, depositó el instrumento de ratificación el 19 de octubre de 1994 y entró en vigor para el país el 18 de noviembre de 1994. Información disponible en el sitio web del CIADI <https://>

en Washington el 18 de Marzo de 1965. En su preámbulo señala que atribuye “particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias” y en el Art. 1, segundo párrafo establece: “El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”. Al 30 de junio de 2015, el CIADI ha registrado 525 casos bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario, mientras que hasta esa misma fecha en el año 2015 se han registrado 28 casos. El 25 % de los casos presentados son contra Estados de América del Sur desde la creación del CIADI mientras que en el año solo corresponden a este continente el 4% ³¹³.

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

El Convenio de Washington de 1965 no brinda una definición de inversión, deja librado a que sean los Estados en los tratados bilaterales quienes definan inversiones. La práctica arbitral ha realizado una intensa labor interpretativa sobre la definición de inversión. Podemos distinguir dos tipos de inversión extranjera: la inversión extranjera directa y la de portafolio o cartera. Según Prieto, “la diferencia entre ellas es precisamente el elemento de control y administración sobre la inversión. La inversión de portafolio o cartera consiste en la adquisición de compañías a través de paquetes accionarios, sin que exista control o sin que el inversor intervenga directamente en la administración del negocio”,³¹⁴ y agrega que “se puede considerar a la inversión extranjera directa como la más compleja, y sus elementos permiten

icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx (última consulta 24 de mayo de 2016)

³¹³ CIADI; Carga de Casos del CIADI-Estadísticas- Edición 2015 -2. Disponible en [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(Spanish).pdf) (última consulta 24 de mayo de 2016)

³¹⁴ PRIETO, Gustavo, *El Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional de Inversiones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Ecuador, 2013, p. 14

diferenciarla de otro tipo de operaciones como la inversión de portafolio, que carece del elemento de administración: la compra venta internacional, que carece de largo plazo, beneficios regulares y administración, y cualquier otra operación comercial que no involucre todos estos elementos”³¹⁵.

El objetivo de esta presentación es analizar brevemente a la inversión extranjera directa como vía de acceso al CIADI.

II. Las vías de acceso al CIADI y las controversias en razón de la materia

El consentimiento de las partes (que puede surgir de un contrato o de un tratado) es la base del arbitraje. De acuerdo a lo que señalamos en la introducción, la jurisdicción del CIADI surge del art. 25 que establece:

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

En ese sentido, se pueden clasificar las distintas vías de acceso al CIADI de la siguiente manera: a) controversias en razón de la materia (jurisdictio *ratione materiae*), b) en consideración al demandante (jurisdictio *ratione personae*), c) en relación al consentimiento de las partes (jurisdictio *voluntatis*), y d) la controversia debe satisfacer los requisitos de tiempo establecidos en el tratado en virtud del cual se funda la acción (jurisdictio *temporis*)³¹⁶.

En relación a la “jurisdictio *ratione materiae*”, Prieto señala que “la definición de inversión extranjera representa un problema, no necesariamente por su desarrollo histórico o sus elementos conceptuales, sino porque su alcance amplía o disminuye la gama de posibles conflictos que pueden accionar mecanismos de protección de inversiones como el arbitraje”³¹⁷. Así, Sornarajah la definió como la “transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro con el propósito de uso en ese país para generar

³¹⁵ *Ibidem*

³¹⁶ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2011, p. 307

³¹⁷ PRIETO, Gustavo, op. cit., 2013, p. 13.

riqueza bajo el control parcial o total del dueño del activo”³¹⁸. No obstante, la definición dada por el autor antes señalado, el concepto ofrece dificultades para su conceptualización. A continuación analizaremos brevemente su definición en los tratados internacionales y en los laudos arbitrales.

II.1. Los tratados y la definición de inversión

Rigo Sureda puntualiza que “según resulta de las negociaciones del Convenio, el concepto de inversión en relación con la jurisdicción del Centro fue objeto de discusión y desacuerdo, y fue más bien por falta de acuerdo sobre su significado que no se incluyó una definición en el Convenio”³¹⁹. En ese sentido, cita al arquitecto del Convenio, Aron Broches que opinó que “el no incluir la definición de inversión había sido una decisión prudente, completamente de acuerdo con el carácter consensual del Convenio, que deja amplia discreción a las partes. Sin embargo, esta discreción no es ilimitada y no puede ser ejercida hasta el punto de que sea inconsecuente con los fines del Convenio”³²⁰.

Ymaz Videla puntualiza que “la Convención no define el término ‘inversión’, a fin de que las partes determinen que inversión desean llevar a su jurisdicción. Sin embargo, existen algunos límites objetivos. (...) Las partes definen la inversión en los tratados bilaterales que por su amplitud, incluyen a los contratos administrativos -. Se ha entendido que las amplias enunciaciones de estos tratados, cumplen con los límites objetivos de la Convención”³²¹.

Los tratados de inversiones adoptan diferentes formas para definir una inversión; ya sea con listas taxativas; mientras que otros tienen listas ejemplificativas de lo que se entiende por inversión. En ese sentido, la definición usual incluye “todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza” y luego sigue una lista de ejemplos que incluyen categorías como haberes físicos e intangibles, una empresa, acciones u otras formas de participación en el capital de una sociedad, obligaciones propiedad intelectual, cualquier derecho conferido por ley o contrato o por licencias o permisos³²².

318 SORNARAJAH, M., op. cit., 201.

319 RIGO SUREDA, Andrés, “La Noción de Inversión Protegida” en Mantilla Serrano, Fernando (Coordinador), *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales*. Comité Colombiano de Arbitraje y Legis. Colombia. 2007, p. 6.

320 Ibidem

321 YMAZ VIDELA, Esteban, *Protección de Inversiones Extranjeras, Tratados Bilaterales, Sus Efectos en las Contrataciones Administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 65

322 Ver RIGO SUREDA, Andrés, op. cit., p. 4 y ss.

II.2. Los tribunales arbitrales y la conceptualización de inversión en sus laudos

A continuación se considerarán los laudos más relevantes en relación a la jurisdicción del CIADI en razón de la materia (protección de la inversión).

El caso *Fedax N.V. vs. Venezuela*³²³, se relaciona con la emisión de títulos de créditos emitidos por la República Bolivariana de Venezuela para hacer frente al pago de los servicios brindados por la Industrias Metalúrgicas Van Dam C.A. Estos títulos eran transferibles y en dólares. El país ya estaba en mora. La cuestión se analiza a la luz del Tratado bilateral de protección y promoción de las inversiones firmado entre los Países Bajos y Venezuela³²⁴. El tribunal consideró que los préstamos y los instrumentos de crédito se encuentran dentro de los términos del Convenio y del tratado bilateral. El tribunal arbitral estimó que los títulos reunían los requisitos del concepto de inversión: cierta duración, regularidad en los beneficios, asunción de riesgo, compromiso sustancial y con significación para el desarrollo del país. Además, la inversión se extendía más allá del año fiscal en que fue realizada, el capital comprometido era importante, había riesgo y existía una relación entre la transacción y el desarrollo del Estado receptor³²⁵.

En el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. vs. The Slovak Republic*³²⁶, la controversia es relativa a un contrato de préstamo en el marco de un Acuerdo de consolidación firmado entre la República Checa y la República Eslovaca con el objeto de privatizar Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (en adelante CSOB) en estos Estados a posterioridad de su demenbramiento de la ex Checoeslovaquia. En virtud del Acuerdo se había previsto transferir los préstamos que se hallaban en mora en manos de CSOB a sociedades de recaudación en cada uno de los países. Las sociedades de recaudación debían pagar por los activos que se transferían a CSOB a través de préstamos hechos por la misma sociedad a las empresas recaudadoras³²⁷.

³²³ Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case N° ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 de Julio de 1997. Disponible en: <http://www.italaw.com/cases/432> (última consulta 20/6/2016).

³²⁴ *Ibidem*, parr. 30.

³²⁵ *Ibidem*, parr. 43.

³²⁶ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction- 24 de mayo de 1999. Disponible en: <http://www.italaw.com/cases/documents/239> (última consulta 20/6/2016).*

³²⁷ *Ibidem*, parr. 21 y ss.

El Tribunal analizando que en el Convenio no se define “inversión” y que los redactores no quisieron imponer restricciones a su significado³²⁸, llegó a la conclusión que se puede inferir que “una operación internacional que contribuye a la cooperación con el fin de promover el desarrollo económico del Estado Contratante puede ser considerada como una inversión en los términos del Convenio”³²⁹. Por otro lado, el concepto de inversión comprendido en la Convención en el Art. 25.1 es un concepto objetivo pudiendo las Partes adoptar una definición más precisa o restringida, pero no pueden someter al CIADI controversias que no se relacionan con una inversión.³³⁰ El tribunal considera también, que “una inversión es frecuentemente, una operación compleja, compuesta de transacciones relacionadas unas con otras, cuyos elementos de por sí puede que no califiquen en todos los casos como inversión”³³¹, y agrega “una controversia puede surgir de una inversión aún cuando no esté basada en en una transacción que por sí sola no califica como inversión en los términos del Convenio siempre que forme parte integral de una operación que en su conjunto constituya una inversión”³³². Finalmente, el Tribunal estimó que el último objetivo del Acuerdo de Consolidación era asegurar la continuación y expansión de la actividad de CSOB en ambas Repúblicas. Este compromiso involucró una significativa contribución de CSBO al desarrollo económico de la Republica Eslovaca. Esto califica a CSBO como inversor y al proceso completo como inversión en la República Eslovaca de acuerdo al significado de la Convención. Esto es evidente desde desde el hecho que el emprendimiento de CSBO incluye el gasto o desembolsos de recursos en la República de Eslovaquia en respuesta a las necesidades de desarrollo de la infraestructura bancaria de la República³³³.

En *Salini vs. Marruecos*³³⁴ la cuestión está vinculada a la construcción de una carretera y si era un contrato de servicio o configuraba una inversión. Rigo Sureda sintetiza la opinión del Tribunal que consideró que “una obra cuya ejecución se extiende durante varios años y cuyo costo no puede ser

328 Ibidem, parr. 64.

329 Ibidem.

330 Ibidem, parr. 68.

331 Ibidem, parr. 72.

332 Ibidem

333 Ibidem, parr. 88.

334 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4. Decision on Jurisdiction. 23 de Julio de 2001 Disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf> (última consulta 20/6/2016)

establecido de antemano es un riesgo para los contratistas. El que la remuneración de estos no esté ligada a la explotación de la obra terminada no tiene relevancia. Finalmente, en cuanto a la contribución al desarrollo económico del Estado, al Tribunal no le cupo duda alguna de que la construcción de la carretera en cuestión suponía una contribución al servicio del interés público³³⁵. Por su parte Sornarajah, puntualiza las características reseñadas en este caso y que fueron seguidos en otros. Estas son: contribución en dinero, en especie o en industria, larga duración, presencia de riesgo, y la promoción del desarrollo económico³³⁶.

En *Joy Mining Machinery Limited vs. Egipto*³³⁷, la cuestión es relativa a las garantías brindadas por la empresa Joy Mining Machinery Limited a una empresa minera de Egipto (General Organization for Industrial and Mining Projects of the Arab Republic of Egypt - IMC) en el marco de un contrato de suministro de equipos de extracción de fosfatos para la producción de fertilizantes. Se pagó mediante una letra de crédito irrevocable al principio de la operación y la reclamante otorgó garantías a la sociedad compradora por el 97 % del contrato. La garantía estaba vinculada al buen funcionamiento del equipo. Hubo imputaciones cruzadas en relación al funcionamiento del equipo³³⁸.

Se solicitó el arbitraje en base al Acuerdo sobre Promoción y Protección de las Inversiones entre Reino Unido y Egipto que estaba en vigor desde el 24 de febrero de 1976³³⁹.

En relación con el contrato, el Tribunal, llegó a la conclusión que era de compraventa cuya finalidad era reemplazar el equipo de detenido a ser usado en la actividad minera y que todas las actividades adicionales eran parte de un contrato de suministro de equipos complejos; no tipificando una inversión³⁴⁰. El tribunal señala que los términos del contrato son comerciales, incluyendo aquellos que regulan las garantías. No hay referencias a inversiones y no se dio ningún paso para que califique como inversión bajo los mecanismos de la legislación de Egipto. Además, el Tribunal consideró que la producción y reemplazo de los equipamientos involucrados en este caso es la actividad

335 RIGO SUREDA, Andrés, op. cit., p. 13.

336 SORNARAJAH, M., op. cit., p. 309.

337 *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° ARB/03/11. Award on Jurisdiction. 30/6/2004. Disponible en <http://www.italaw.com/cases/documents/591> (última consulta 20/6/2016).

338 *Ibidem*, parr. 15 y ss.

339 *Ibidem*. parr. 22.

340 *Ibidem*, parr. 41 y ss.

normal de la empresa y no puede ser asimilado a una inversión³⁴¹. En relación a la duración, el tribunal estimó que no era significativo dado que el precio había sido abonado en su totalidad casi al principio del contrato. Tampoco había regularidad en los beneficios y el riesgo no era diferente de cualquier contrato comercial³⁴². En vista de ello, el Tribunal lauda estableciendo que no tiene Jurisdicción ni competencia (punto a).

III. Conclusiones finales

En oportunidad de redactarse el Convenio de Washinton de 1965 que estableció el Centro Internacional de Arreglo de Controversias en materia de Inversiones (CIADI), no hubo consenso para definir el término “inversión” como forma de acceso en razón de la materia a los tribunales arbitrales. La doctrina consideró que fue una decisión prudente, de acuerdo con el carácter consensual del Convenio, que deja amplia discreción a las Partes; sin embargo esta discreción no puede ser ejercida hasta el punto de ser inconsecuente con los fines del Convenio. Además, las partes deben determinar qué quieren llevar a la jurisdicción del Tribunal. Así, serán los tratados bilaterales y la práctica arbitral los encargados de conceptualizar o definir una inversión.

En ese sentido, se puede definir inversión como la “transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro con el propósito de uso en ese país para generar riqueza bajo el control parcial o total del dueño del activo”. Esta definición como generalmente la encontramos en los tratados ofrece también sus dificultades.

De los laudos arbitrales analizados surgen los siguientes elementos tipificantes de una inversión: debe haber una contribución en dinero, en especie o en industria, larga o cierta duración en el tiempo, regularidad en los beneficios, presencia de riesgo, y la promoción del desarrollo económico. Los contratos de compra venta no son considerados inversión, y los contratos de prestamos no son considerados como de inversión por si mismos. Debemos destacar la promoción del desarrollo económico a favor del Estado receptor que siempre debe estar presente.

Podemos concluir señalando que el concepto de “inversión” es dinámico y se interpreta a la luz de los tratados y la practica arbitral caso por caso. En ese sentido, los árbitros tienen la última palabra.

³⁴¹ *Ibidem*, parr. 56.

³⁴² *Ibidem*, parr. 57.

Bibliografía

- PRIETO, Gustavo, *El Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional de Inversiones*. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional. Ecuador, 2013
- RIGO SUREDA, Andrés, “La Noción de Inversión Protegida” en Mantilla Serrano, Fernando (Coordinador), *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales*. Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Colombia, 2007
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S. y WOSS, H., *Arbitraje en Materia de Inversiones*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, “Los Tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones de inversiones como vía de acceso al CIA-DI” en *DECITA 03, 2005. Inversiones Extranjeras*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 2005
- SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2011
- VÍTOLO, Daniel Roque, *Manual Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones Extranjeras*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003
- WEILER, Todd (Editor), *International Investment Law and Arbitration*, Cameron May, London, 2007
- YMAZ VIDELA, Esteban, *Protección de Inversiones Extranjeras, Tratados Bilaterales, Sus Efectos en las Contrataciones Administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999

Sitios web visitados

Centro Internacional de Arreglo de Controversias en materia de Inversiones (CIADI): <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>

ITALAW.COM - <http://www.italaw.com/browse>