

El caso Siag: Nacionalidad de las personas naturales y Jurisdicción del CIADI

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI*

El Instituto Internacional para la Sostenibilidad y el Desarrollo, por sus siglas en inglés IISD,¹ ha informado recientemente que se ha producido una resolución por mayoría en un tribunal arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Inversionista Estado; en adelante CIADI;² en la cual los árbitros mantienen opiniones divididas sobre el tema de la nacionalidad de los inversionistas, para decidir respecto de la Jurisdicción del CIADI, en el marco del Artículo 25 de la Convención CIADI y en lo referente al tema de personas naturales.

Se trata de la decisión sobre Jurisdicción recaída en el caso Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi con la República Árabe de Egipto (ICSID Case No. Arb. 05/15);³ en adelante, caso Siag. Este arbitraje tuvo origen en el ámbito de aplicación del Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recí-

* Abogado y Profesor del curso de Arbitraje Nacional e Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor del curso Negociación, Conciliación y Arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, miembro del Círculo Peruano de Arbitraje.

¹ Ver International Institute for Sustainable Development; IISD; en <http://www.iisd.org>, revisar el texto de la resolución en http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_siag_vs_egypt.pdf

² Web de CIADI <http://www.worldbank.org/icsid/>

³ Ver <http://www.investmentclaims.com/decisions/Siag-Egypt-Jurisdiction.pdf>

proca de Inversiones, celebrado entre Italia y la República Árabe de Egipto; en adelante, BIT Italia – Egipto. En el caso, los demandantes formulan reclamación por el supuesto perjuicio ocasionado por el Estado Egipcio, respecto de una inversión inmobiliaria en el sector turismo en un balneario ubicado en Egipto.

La decisión del tribunal CIADI para determinar si tiene o no Jurisdicción, fue emitida por mayoría, estableciendo que efectivamente existe Jurisdicción por parte del CIADI, a efectos de proseguir con el arbitraje iniciado por dos personas naturales en contra de Egipto, bajo el BIT Italia – Egipto. En consecuencia, el caso pasará a una nueva etapa, en la cual se discutirán los temas de fondo y las pretensiones formuladas por los demandantes, debiendo ser laudado en su oportunidad.

Como se sabe, una vez verificado el consentimiento de las partes, el arbitraje del CIADI puede ser utilizado por los países que hayan ratificado la Convención CIADI o sus nacionales, en contra de otro Estado que haya ratificado la misma Convención y siempre que se cumplan las condiciones jurídicas correspondientes. El Artículo 25(1) del Tratado precisa:

Artículo 25

1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.⁴

En consecuencia, queda claro en el artículo en mención, que la Convención CIADI solamente permite que los Estados que son parte o sus nacionales, personas naturales o jurídicas, recurran al arbitraje o a los medios de solución de controversias inversionista - Estado del CIADI. De modo que no es posible que la persona de determinada nacionalidad recurra al CIADI en contra del Estado que corresponde a su propia nacionalidad.

⁴ ICSID (2003); Convenio CIADI, Reglamento y Reglas; CIADI 15 Rev. 1; Washington D.C.; p. 11; en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

La Jurisdicción del CIADI es diferente a la Jurisdicción Estatal. Es decir, el concepto de Jurisdicción en el caso del CIADI está vinculado directamente con la arbitrabilidad de la controversia. Esta se define a partir de la concurrencia de determinados factores previstos en el ordenamiento jurídico del CIADI y/o de las normas de Derecho Internacional de las Inversiones que generalmente contiene un BIT o un capítulo de inversiones en un Tratado de Libre Comercio de última generación.⁵

Es decir, que haya consenso formal entre las partes para arbitrar, que el conflicto sea en materia de inversiones, que el arbitraje lo inicie un inversionista, persona natural o jurídica y que la inversión se encuentre bajo la cobertura jurídica nacional o internacional correspondiente. Cabe anotar, sin embargo, que la Convención CIADI no define taxativamente qué cosa es una inversión ni qué cosa es la nacionalidad, de modo que ello debe interpretarse caso por caso, tal como ha ocurrido en el caso Siag y en otros casos.

En consecuencia, el concepto de Jurisdicción en el CIADI no equivale en sus contenidos y alcances a lo que se entiende por Jurisdicción Estatal, como función pública que expresa el poder soberano de un Estado para juzgar.⁶ Ello se debe, entre otras razones, a que los fines y objetivos del CIADI obedecen a la lógica del rol de las inversiones internacionales en materia de desarrollo,⁷ tal como se aprecia en el Preámbulo de la Convención y de donde también se deduce la relevancia de las inversiones internacionales, como factor que demanda un tratamiento jurídico especializado en el ámbito transnacional y del Derecho Internacional de las Inversiones:

Los Estados Contratantes

*Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;...*⁸

⁵ Ver KUNDMÜLLER, Franz (2005); *El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio*; en Revista Peruana de Arbitraje; No. 1/2005; Editorial Grijley.

⁶ Ver ROBBINS, Joshua (2006); *The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties*; en University of Miami International and Comparative Law Review, Spring 2006; 13 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 403.

⁷ PORTERFIELD, Matthew (2006); *An International Common Law of Investor Rights?*; en University of Pennsylvania Journal of International Economic Law; 27 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 79; p. 81 - 82.

⁸ ICSID (2003); *Ibid.*

En cuanto a los medios de solución de controversias del CIADI, cabe señalar que se trata de medios; en este caso, el arbitraje, con una conformación mixta. De manera que, una vez verificado el consentimiento, siempre se tratará de un proceso arbitral entre un Estado y un particular, persona natural o jurídica.⁹ Se deben dar entonces; entre otras, las condiciones previas claramente establecidas en el artículo 25 antes citado. De lo contrario, el CIADI carece de Jurisdicción, tal como lo precisan sus propias reglas, debiendo la controversia ventilarse ante el foro que resulte competente, pero no ante el CIADI.

En suma, si un ciudadano de determinada nacionalidad pretende iniciar un arbitraje en contra del Estado de su «propia nacionalidad», salvo la existencia de un contrato con un convenio arbitral, dicha controversia debería ventilarse en sede judicial ante la Jurisdicción Estatal de su propio Estado, pero no ante el CIADI.

Adicionalmente, el Artículo 25(2) de la misma Convención establece los requisitos que deben cumplir las personas naturales y jurídicas respecto de su nacionalidad, a efectos de recurrir al CIADI.¹⁰ En tal sentido, el tema de la nacionalidad es tratado en la Convención sin aportar una definición taxativa y por ende, dejando abierta la posibilidad de, por vía de interpretación y en cada caso, recurrir a los conceptos sobre nacionalidad, contenidos generalmente en el Derecho Internacional y en las leyes nacionales. La Convención CIADI establece respecto de las personas naturales el siguiente criterio sobre nacionalidad:

Artículo 25 (...)

2) Se entenderá como «nacional de otro Estado Contratante»:

*a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (...)*¹¹

⁹ Ver TIETJE, Christian (2003); *Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten*; en *Arbeitspapiere* aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, Martin Luther Universität, Halle – Wittenberg; Heft 10.

¹⁰ Ver KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz; RUBIO GUERRERO, Roger (2006); *El Arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*; en *Revista Lima Arbitration* N° 1, en <http://www.limaarbitration.net/revista.htm>

¹¹ ICSID (2003); *Ibid.*

La regla contenida en el Artículo 25(2) de la Convención CIADI encuentra correlato «procesal» en las Reglas de Iniciación para llevar a cabo el arbitraje ante el CIADI. Ver al respecto la Regla 1, sobre la solicitud de conciliación y/o arbitraje; y la Regla 2, sobre contenido de la solicitud de conciliación y/o arbitraje.

En ambos casos se reitera el mismo principio, ya que sólo podrán recurrir ante el CIADI los inversionistas que tengan la nacionalidad del «otro Estado». También queda claro por estas reglas, que no cabe el arbitraje entre el inversionista nacional y el Estado de su país de origen, pues como ya se ha señalado líneas arriba, de esta manera se desnaturalizaría el objeto y fin del CIADI.

Una regla similar ha sido recogida en el caso de las Reglas Adicionales de Facilitación del CIADI. Esta se aplica a los casos en que los Estados que no son parte de la Convención CIADI, consienten en someter controversias inversionista – Estado ante el CIADI. También en este caso se debe seguir la misma estructura conceptual, no siendo posible que el nacional de un país demande a su propio Estado, en aplicación de dichas reglas.

En este contexto, al igual que en el caso de la aplicación directa de la Convención CIADI, se privilegia y preserva el carácter internacional del medio de solución de controversias, que se da entre el inversionista extranjero y el Estado. Las referidas Reglas Adicionales se suelen utilizar, por ejemplo, cuando intervienen países como Canadá y México, que no son parte de la Convención CIADI, como ya se ha dado en el caso de la aplicación del Capítulo XI sobre inversiones, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte; por sus siglas en inglés, NAFTA.

En el caso Siag, la decisión del tribunal sobre Jurisdicción se adoptó en mayoría y se presentó una opinión disidente de uno de los árbitros sobre el tema de la nacionalidad de los demandantes, no obstante que ello no fuera materia de reclamo por parte de Egipto. Antes de comentar al respecto, cabe destacar que de acuerdo a algunas fuentes, la determinación de la nacionalidad de las personas naturales no es un tema complicado, como si lo podría ser la nacionalidad de la persona jurídica.¹²

Por el lado del Derecho de los Tratados, cabe citar el Artículo 1 del proyecto de Convención de la Haya sobre Algunas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes sobre Nacionalidad de 1930, que no obstante nunca haber

¹² Ver VINCZE, Andrea (2004); *Jurisdiction Rationae Personae in ICSID Arbitration*; en European Integration Studies; Miscolc, Vol. No. 1; p. 113.

entrado en vigencia, resalta la importancia de la ley local y recoge un criterio unánimemente aceptado por los Estados para efectos de la determinación de la nacionalidad:

*It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognized by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality.*¹³

A su vez, si abordamos el tema por el lado de la jurisprudencia internacional, la Corte Internacional de Justicia brindó una solución al tema de la nacionalidad de la persona natural, al resolver en el caso *Nottebohm* lo siguiente:

*Different factors are taken into consideration, and their importance will vary from one case to the next: the habitual residence of the individual concerned is an important factor, but there are another factors such as the centre of his interests, his family ties, his participation in public life, attachment shown by him for a given country and inculcated in his children, etc. ...*¹⁴
*...a legal bond having as its basis a social fact or attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties.*¹⁵

Como se puede apreciar, la sentencia recaída en el caso *Nottebohm* pone de relieve una serie de factores para determinar la nacionalidad, señalando que éstos varían de caso en caso. Pero finalmente destaca la idea del vínculo legal basado en la sujeción o conexión genuina por razón de existencia, intereses y sentimientos, sumado ello a la existencia de derechos y obligaciones recíprocos.

Sin embargo, es pertinente tener en cuenta que en el caso *Nottebohm* también hubo un voto en discordia. En efecto, el jurista Read sostuvo que la teoría de la vinculación o «attachment» respecto de la nacionalidad, no nece-

¹³ SCHLEMMER, E.C. (2006); *Investment, Investor, Nationality, Shareholders and Foreign Investment Law*; en International Law Association; <http://www.ila-hq/pdf/Foreign%20Investment/Schlemmer%Investment.pdf>; p. 18.

¹⁴ SIMPSON, J.L.; FOX; Hazel (1959); *International Arbitration; Law and Practice*. Ed. Steven & Sons Limited; London; p. 106.

¹⁵ SHAW, Malcolm (1997); *International Law*, Cambridge University Press; p. 464.

sariamente permitía tener certeza respecto de la misma, dado su carácter vago y subjetivo, resaltando la importancia de la legislación local para determinar la nacionalidad.¹⁶

De otro lado, conviene precisar que el Derecho Internacional, así como el Derecho Comparado, establecen en general y como los principios más importantes para la definición de la nacionalidad de las personas naturales, la descendencia (*ius sanguinis*) y el lugar de nacimiento (*ius soli*).¹⁷ Es usual entonces que el hijo reciba la nacionalidad de los padres, por razón de descendencia. Esta es una regla generalmente utilizada en los países europeos que corresponden a la familia jurídica del Derecho Continental Europeo, como es el caso de Francia, Alemania y Suiza. Adicionalmente, algunos ordenamientos jurídicos europeos establecen que la nacionalidad del «hijo ilegítimo» equivale a la nacionalidad de la madre.

De otro lado, los países de la familia jurídica del Common Law, como el Reino Unido, sus ex colonias y los Estados Unidos de Norteamérica, tienden a otorgar la nacionalidad a partir del principio del *ius soli*. De modo que, en general, cualquier niño que nace en el territorio de estos países, recibe la nacionalidad del lugar de nacimiento. La Ley de la Nacionalidad Británica (British Nationality Act) de 1948 precisa, por ejemplo, que «cualquier persona que haya nacido en el Reino Unido o en sus Colonias, será ciudadano del Reino Unido y de sus Colonias por razón de nacimiento.»

En los casos de nacionalidad única, como ya se ha adelantado, siguiendo el criterio del proyecto de Convención de la Haya sobre la materia, es usual que la nacionalidad de las personas se defina por la legislación doméstica o nacional. Solamente en caso de duda o incertidumbre, generalmente en casos de doble nacionalidad, se procede a aplicar los criterios establecidos en el caso Nottebohm.

Se recurre así a la noción de «vinculación efectiva» con determinada nacionalidad y con la finalidad de establecer la «nacionalidad predominante». En consecuencia, el interesado deberá sustanciar y demostrar el fundamento de sus argumentos, a efectos de ser considerado como ciudadano con determinada nacionalidad, en función de criterios como los recogidos en la referida jurisprudencia internacional. Como se sabe, ésta es fuente de Derecho Internacional.¹⁸

¹⁶ SIMPSON, J.L.; FOX; Hazel; *Ibid.*; p. 107.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Sobre fuentes del Derecho Internacional ver SHAW; *Ibid.* ; p. p. 54 y siguientes.

Regresando al caso Siag, la posición del árbitro parcialmente disidente del parecer de la mayoría del tribunal arbitral, ha consistido en sostener que no puede aprobar que en el caso en mención se hayan dado las condiciones para que el CIADI tenga Jurisdicción respecto de las pretensiones de uno de los demandantes, dado que éste no cumple con los requisitos previstos en la normativa CIADI sobre nacionalidad.

Es así como el Profesor Franciso Orrego Vicuña, árbitro que disiente parcialmente de la mayoría que emite resolución sobre Jurisdicción del caso Siag, ha advertido en su voto singular que la decisión de dicha mayoría sería contraria a los fines y objetivos de la Convención CIADI, pues en su concepto, uno de los demandantes es egipcio y no podría ser codemandado en un caso arbitral ante el CIADI contra la República Árabe de Egipto.

Sin embargo, cabe precisar en este punto que el codemandante a que se refiere el Profesor Orrego, ostenta al menos tres nacionalidades: la italiana, la libanesa y la egipcia, generándose un problema de interpretación y aplicación de normas en el tiempo, que conducen a que el árbitro formule su voto en discordia en los términos ya comentados líneas arriba, dado que adopta una interpretación diferente a la que lleva a cabo la mayoría de miembros del tribunal, para declarar que el CIADI si tiene Jurisdicción respecto del caso.

En consecuencia, el Profesor Orrego sustenta su decisión señalando que, en la medida que uno de los dos demandantes ha «ocultado» o «puesto en la sombra» su nacionalidad egipcia, para efectos de llevar adelante una controversia en el CIADI y en contra de su propio país; él se ve en la obligación de votar en discordia respecto del sentido adoptado por la mayoría de miembros del tribunal arbitral, basando su voto disidente en el Derecho Internacional y en el Derecho Egipcio sobre nacionalidad.

En su sustentación, el Profesor Orrego dice que la regla sobre nacionalidad equipara en sus efectos a una norma de *jus cogens*¹⁹ en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones y para ello cita el Informe de los Directo-

¹⁹ Como detalladamente explica el Profesor Shaw con relación a la norma de *jus cogens*, refiriéndose al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados: *Such a peremptory norm is defined by the Convention as one accepted and recognised by the international community of states as a whole as a norm which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character. The concept of jus cogens is based upon an acceptance of fundamental and superior values within the system and in some respects is akin to the notion of public order or public policy in domestic legal orders.* En SHAW; *Ibid.*; p. 96 y siguientes.

res Ejecutivos del Banco Mundial, cuando éste señala con referencia al Convenio CIADI, que:

Puede observarse que bajo la letra (a) del apartado (2) del Artículo 25, la persona natural que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia no puede ser parte en los procedimientos que se tramiten bajo los auspicios del Centro, ni aun cuando al propio tiempo tuviere la nacionalidad de otro Estado. Esta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento.²⁰

Por su parte, el BIT Italia-Egipto, dispone en su artículo 1(3) que las personas naturales son aquellas que tienen la nacionalidad del Estado parte en el BIT, determinada dicha nacionalidad de acuerdo con las leyes del Estado parte.

En tal sentido, en el BIT se sigue el mismo orden de prelación e importancia de la ley nacional, recogido en la doctrina y donde se advierte la relevancia del Derecho interno de los países, tal como señala Schreuer en sus comentarios al ordenamiento jurídico del CIADI:²¹

Whether a person is a nation of a particular State is determined, in the first place, by the law of the State whose nationality is claimed (...) But an international tribunal is not bound by the national law in question under all circumstances...

Regresando al voto en discordia del Profesor Orrego, él sostiene que mantiene diferencias con el tribunal, en lo que concierne a los alcances de los principios contenidos en el Artículo 25(2)(a) de la Convención CIADI para el caso Siag, en orden a que los demás miembros del tribunal asumen que el Artículo 25 sólo se aplicaría para los casos de doble nacionalidad, cuando lo que en realidad ocurre en el caso materia de análisis, es que uno de los demandantes, el Sr. Waguih Elie George Siag, carece de doble nacionalidad. Es más, agrega Orrego, el análisis a partir de la conexión con la nacionalidad efectiva («attachment») previsto en el caso Nottebohm, se suele llevar a cabo justamente cuando hay doble nacionalidad y eso no ocurre en el presente caso.

En tal sentido, según el árbitro Orrego, la situación del Sr. Waguih Elie George Siag contraviene el sentido de la Convención CIADI; en particular,

²⁰ ICSID; *Ibid.*

²¹ SCHREUER, Christoph (2001); *The ICSID Convention, A Commentary*; p. 268. Citado en la resolución del Tribunal sobre Jurisdicción. Caso Siag.

los alcances del Artículo 25(2)(a) y la situación de dicha persona natural es además contraria a lo que el informe de los Directores del Banco sobre el CIADI contiene al respecto. Ello se debe, prosigue Orrego Vicuña, a que uno de los inversionistas en el caso Siag era egipcio al momento de haber llevado a cabo la inversión en Egipto.

Del mismo modo, prosigue el árbitro, la persona en mención se benefició con la legislación egipcia que concede derechos exclusivos a los ciudadanos egipcios y además ha sido considerado todo el tiempo como tal. Tanto el gobierno egipcio como la familia del codemandante, lo han tratado como egipcio en todo momento. El hecho de que posteriormente el Sr. Waguih Elie George Siag haya adquirido otra nacionalidad, no perjudica el análisis que realiza el árbitro que votó en discordia.

A ello se suma un análisis hecho por el árbitro en el sentido que de acuerdo a los fundamentos de la Convención CIADI, queda claro que los Estados parte de la misma no deseaban ser demandados por sus propios nacionales. En consecuencia, es necesario prevenir el «abuso» de los nacionales, cuando éstos aprovechan determinadas circunstancias para demandar a su propio Estado en el marco del CIADI, internacionalizando así la solución de la controversia en forma innecesaria.

Es por tal motivo que, a criterio del árbitro que emitió voto en discordia, es necesario tomar en cuenta a efectos de la nacionalidad del inversionista, cuál era la situación del inversionista al momento de producirse el compromiso o la obligación del Estado para someterse al arbitraje del CIADI. De modo que no sería suficiente con verificar la nacionalidad del inversionista a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje y habría que remontarse a la etapa previa, ya que sólo así se dotaría de mayores seguridades para el cumplimiento de los alcances de la normativa CIADI, en lo que concierne a la prohibición de que los nacionales de determinado país demanden por esta vía a su propio Estado.

Hasta donde se conoce, el único caso en el que una solicitud de arbitraje haya fracasado por inexistencia de Jurisdicción del tribunal arbitral, debido específicamente a la aplicación del artículo 25 de la Convención CIADI sobre nacionalidad de personas naturales, es el caso Soufraki con Los Emiratos Árabes (Caso CIADI No. ARB/02/07).²² Este caso versó sobre una inversión en materia de servicios portuarios. Justamente en este caso el Estado de Emiratos

²² Ver http://ita.law.uvic.ca/documents/Soufraki_000.pdf

Árabes argumentó en contra de la nacionalidad alegada por el inversionista como persona natural, lo que sirvió de base para que el tribunal arbitral deniegue por unanimidad la Jurisdicción del CIADI, ya que el demandante carecía de la nacionalidad italiana, como para invocar válidamente la protección del BIT Italia con Emiratos Árabes.²³ Sin embargo, el tribunal arbitral precisó que «de haberse tratado de una persona jurídica constituida de conformidad con las leyes italianas, el CIADI habría contado con Jurisdicción».²⁴

De acuerdo con algunas fuentes, esto demostraría la «inconsistencia» de las reglas del CIADI sobre Jurisdicción y nacionalidad, entre las disposiciones que regulan este tema para el caso de las personas naturales y las reglas que sirven para los mismos efectos en el caso de las personas jurídicas, pues en éste último caso, solamente se necesitaría constituir la empresa en el lugar que convenga y que ello sea verificable posteriormente en el marco del BIT correspondiente.²⁵

En tal sentido, las reglas en mención incentivarían el «shopping de nacionalidades», con la finalidad que el inversionista recurra al BIT que lo favorezca; en especial, a efectos de actuar en contra de un Estado por vía de una persona jurídica. Esta práctica se viene extendiendo paulatinamente en el arbitraje en inversiones. Por ejemplo, se sabe de inversionistas de los Estados Unidos de Norteamérica que constituyen sus empresas en Mauritius, con la finalidad de acogerse a la protección del BIT que existe entre Mauritius y la India²⁶ y en orden a que no existe un BIT entre su país y la India. Es más, el referido BIT cumple con el «estado actual de la técnica», ya que comprende una serie de disciplinas del Derecho Internacional de las Inversiones.

Sin perjuicio de la opinión del árbitro con voto en discordia sobre el tema de la nacionalidad, en el caso Siag, los árbitros estuvieron de acuerdo por unanimidad en el sentido que el sistema de arbitraje del CIADI no establecía limitación alguna respecto del origen de los fondos usados para llevar a cabo una inversión. Es decir, no siendo necesario que dichos fondos provengan obligatoriamente del exterior del país receptor, a efectos de que califiquen como «inversión extranjera» de conformidad con el CIADI.

²³ Ver http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_siag_vs_egypt.pdf

²⁴ Cf. SCHLEMMER; *Ibid.*; p. 21.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

Es así como el tribunal arbitral, en el caso Siag, se remitió al caso Tokios Tokeles contra Ucrania del año 2004,²⁷ donde el tribunal arbitral resolvió en mayoría interpretando que la estructura jurídica del CIADI no imponía ningún requisito específico respecto del origen del capital. En consecuencia, en el caso Siag el tribunal aplicó por unanimidad el mismo criterio de interpretación, pero remitiéndose al contenido del BIT Italia – Egipto. Sin embargo, cabe referir que el caso Tokios citado por el tribunal, implicó la enérgica renuncia del presidente del tribunal arbitral, Profesor Prosper Weil, ya que él no estuvo de acuerdo con el criterio adoptado por los demás miembros del colegiado.

Weil advirtió que el criterio adoptado por la mayoría, en el sentido que el origen del capital era irrelevante a efectos jurisdiccionales, en un arbitraje entre un Estado y un inversionista, atentaba directamente con el objeto y propósito del sistema jurídico de la Convención CIADI. Una decisión arbitral de este tipo, declaró Weil, atenta contra la integridad del arbitraje del CIADI, al calificar como inversión extranjera una inversión que ha sido financiada por capital doméstico «disfrazado» de capital extranjero, a partir de una serie de «creativas» acciones corporativas para aparentar que efectivamente se trata de una «inversión extranjera», algo que en el fondo no lo es.

La jurisprudencia CIADI citada escuetamente líneas arriba grafica la problemática actual de este tipo de arbitraje. Algo que, de acuerdo con algún sector de la doctrina, se viene percibiendo como la inconsistencia e incluso la crisis de legitimidad del arbitraje inversionista – Estado.²⁸ Por cierto que en los casos citados, las soluciones adoptadas terminan imponiéndose por mayoría en los respectivos tribunales arbitrales, de modo que formalmente no se afecta la seguridad jurídica correspondiente a cada caso.

No obstante ello, los casos en mención abren un amplio espacio para el debate y el análisis, ya que se trata de temas en los que se discute respecto de la arbitrabilidad de la controversia en CIADI, ya sea por el tema de la nacionalidad o por el tema de la proveniencia de los fondos que dan lugar a la inversión extranjera, a partir de la opinión de dos destacados juristas especializados en temas internacionales y en el campo del Derecho Internacional de las Inversiones, como es el caso de los Profesores Orrego Vicuña y Weil.

²⁷ Ver <http://www.investmentclaims.com/decisions/Tokios-Ukraine-Jurisdiction-29Apr2004.pdf>

²⁸ Ver FRANCK, Susan (2005); *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through inconsistent Decisions*; en Fordham Law Review; Vol. 73.

Esta diversidad de perspectivas y pareceres respecto de la relevancia de ciertas disciplinas en materia de Derecho Internacional de las Inversiones, también se puede apreciar en otro reciente caso: Enron con República de Argentina²⁹ y respecto del caso LG&E³⁰ también con República de Argentina,³¹ lo que ha generado un amplio debate entre expertos en arbitraje en inversiones. Por ejemplo, el Profesor Stephan Schill, de la Universidad de Nueva York,³² ha expresado su disconformidad respecto de la forma como se producen cambios de criterio que son adoptados por los árbitros en los nuevos casos, criticando el nuevo criterio adoptado en Enron respecto del «estado de necesidad» por parte del Estado argentino en la reciente crisis financiera sufrida por Argentina.

El Profesor Schill no está de acuerdo con la tendencia que consiste en que los tribunales arbitrales en materia de inversiones no incluyan un razonamiento mediante el cual los árbitros fundamenten en forma consistente por qué es que están adoptando criterios diferentes a los usados por otros tribunales, que han laudado en casos similares y a partir de hechos muy parecidos.³³

El foco de la crítica de Schill, que es compartida por diversos autores,³⁴ radica en que ante la inexistencia de un ente central o permanente que decida

²⁹ Ver [http://www.investmentclaims.com/decisions/Enron%20-%20Argentina%20-%20Award%20\(Ancillary%20Claim\).pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Enron%20-%20Argentina%20-%20Award%20(Ancillary%20Claim).pdf)

³⁰ Ver <http://ita.law.uvic.ca/documents/lge-decision-en.pdf> y también http://ita.law.uvic.ca/documents/ARB021_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf

³¹ Paradójicamente, en el caso Enron que es más reciente, el tribunal arbitral guardó silencio absoluto respecto del «estado de necesidad», tal como este concepto fue cronológicamente tratado en el caso LG&E contra Argentina. En consecuencia, en el caso Enron el tribunal arbitral no hizo ningún intento por diferenciar su razonamiento para resolver, de aquél llevado a cabo en el caso LG&E. Al diferenciarse del criterio tomado en consideración en el caso LG&E respecto de la importancia del «estado de necesidad» como argumento de defensa del Estado argentino por un período de tiempo determinado (17 meses), el caso Enron regresa al razonamiento adoptado en el caso CMS Gas Transmisión Company contra Argentina, llevado a cabo ante el CIADI bajo el mismo BIT Argentina-USA, puesto que CMS también es una empresa americana. Ver International Institute for Sustainable Development; IISD; en <http://www.iisd.org>

³² *Ibid.*

³³ Esta realidad determina que en el proyecto de Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, al igual que en el caso de otros tratados similares, se ha incluido la posibilidad de que las partes en el tratado evalúen la creación a futuro de un órgano o ente de apelaciones, tal como se puede apreciar en el caso del Anexo 10-D del Capítulo X sobre inversiones; en http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Peru_TPA/Final_Texts/asset_upload_file483_9547.pdf

³⁴ Ver FRANCK; *Ibid.*

sobre disputas en materia de inversiones, la única manera de llegar a soluciones que sean aceptables y convincentes, radica en la necesaria transparencia respecto de los argumentos que sustentan dichas decisiones al interior de los tribunales arbitrales.

De modo que estos argumentos convenzan a las partes así como a otros observadores, incluyendo a los Estados, a los inversionistas, al sector académico y al público general. En suma, debe quedar claro que las nuevas decisiones y sus argumentos sobre problemas similares resueltos con anterioridad, son preferibles. Esto no habría ocurrido en algunos de los casos referidos líneas arriba, abriéndose así un espacio de reflexión y debate que sin duda contribuirá al perfeccionamiento del Derecho Internacional de las Inversiones y de sus respectivos medios de solución de controversias.