

La nacionalidad de las sociedades: los principios de la protección diplomática, ¿un modelo para el CIADI?

Verónica Lavista^{1†}

Este artículo propone la utilización en determinadas circunstancias de los principios subyacentes de la protección diplomática para determinar la nacionalidad de las sociedades en casos ante el CIADI. Para sustentar esta idea, el trabajo discute entre otras cosas las diferencias entre la protección diplomática y el arbitraje de inversiones, analiza cómo es tratada la cuestión de la nacionalidad bajo estas dos instituciones, considera cuál podría ser la interacción entre el arbitraje internacional y la protección diplomática, y qué interpretación ofrecería los mejores resultados para el Convenio del CIADI.

Palabras clave: Protección diplomática, arbitraje de inversiones, CIADI, nacionalidad de la sociedad, Tratados Bilaterales de Inversión

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

^{1†} Verónica Lavista es abogada por la Universidad Torcuato Di Tella, LLM por la NYU Law School y Candidata doctoral (JSD) por la Oxford University Faculty of Law.

La comunidad internacional de arbitraje se enorgullece de ofrecer soluciones donde la protección diplomática no logra hacerlo, sin embargo, ¿hay todavía algo que podamos aprender de aquella institución? Existen claras diferencias entre los ámbitos de la protección diplomática y el arbitraje de inversiones; por ejemplo, en los actores involucrados en las distintas disputas. Por un lado, la protección diplomática trata conflictos entre Estados. Independientemente de la existencia o no de la ficción vatteliana, la disputa se resuelve entre Estados. El arbitraje de inversiones, por otro lado, se refiere a disputas entre un privado y un Estado soberano.

Al constituirse el CIADI, los Estados tenían inquietudes diferentes de aquellas que originalmente afloraron con la protección diplomática, y esa es la razón por la que *prima facie* la cuestión de la nacionalidad es tratada de distintas maneras en ambos casos. Actualmente, la jurisprudencia del CIADI, al tratar el problema de la nacionalidad de las personas jurídicas,^[1] parece aleatoria y carente de coherencia. El propósito de este trabajo es –a través del entendimiento de las consideraciones normativas del Convenio del CIADI y de la protección diplomática– intentar trazar ciertas directrices de esta última que podrían proveer mayor coherencia al primero.

La segunda sección de este trabajo discutirá las diferencias entre los dos sistemas; la tercera tratará el problema de la nacionalidad de acuerdo a la protección diplomática; la cuarta hará referencia al problema de la nacionalidad tal como fue contemplado por los Estados Contratantes del Convenio del CIADI; la quinta sección tratará la relación entre los TBI y el CIADI; la sexta sección considerará la jurisprudencia que se ha desarrollado con relación a la nacionalidad de acuerdo al CIADI; y, finalmente, la séptima sección considerará cuál podría ser la interacción entre el arbitraje internacional y la protección diplomática, y qué interpretación ofrecería los mejores resultados para el Convenio.

II. DOS SISTEMAS

Las preocupaciones normativas detrás de ambos procedimientos se reflejan en la jurisdicción de los tribunales que resolverán sus disputas, y en las decisiones acerca de la nacionalidad de las partes. La protección diplomática inicialmente se preocupaba únicamente por la protección de

los extranjeros viviendo en el exterior que estuvieran en riesgo de actos arbitrarios por parte del Estado anfitrión. Tal como indica Crawford, “era el deber del Estado de origen proteger a sus ciudadanos lesionados en el exterior [...] reivindicando así sus propios derechos”.^[2] Desde el caso “Mavrommatis” se determinó que “un Estado solo podría proteger a una persona o entidad frente a violaciones al derecho internacional si esa persona o entidad era un ciudadano de aquel Estado en momentos relevantes”.^[3]

Sin embargo, el arbitraje de inversiones tuvo una historia diferente. La redacción del Convenio del CIADI fue impulsado por el Banco Mundial, teóricamente, como una respuesta a una serie de problemas relacionados al desarrollo y a la inversión en la comunidad internacional.^[4] El Banco Mundial consideraba que el flujo de la inversión privada a países en vías de desarrollo era necesario para incrementar su desarrollo y que “el capital privado no se estaba moviendo a estas áreas en volúmenes suficientes”.^[5] Las razones de esta falta de movimiento del capital se basaban supuestamente en “el temor de los inversores de que sus inversiones estuvieran expuestas a riesgos políticos, tales como la expropiación sin una compensación adecuada, la interferencia gubernamental que, sin representar una expropiación, priva sustancialmente al inversor del control o de los beneficios de su inversión, y el incumplimiento por parte del gobierno anfitrión de los compromisos contractuales por los cuales la inversión fue llevada a cabo”.^[6]

Originalmente, y hasta la adopción del Convenio del CIADI, los inversores se enfrentaban a tres opciones en caso de que se dieran alguna de estas situaciones: (i) podían presentarse ante las cortes locales;^[7] (ii) podían solicitar la protección diplomática de su propio Estado;^[8] y (iii) podían llegar a un acuerdo con el Estado anfitrión con relación a un foro de arbitraje internacional y esperar que el Estado anfitrión respetara el acuerdo, o recurrir a la protección diplomática si el Estado anfitrión no lo respetaba. Por lo tanto, la protección diplomática era potencialmente relevante en dos de las opciones aparentemente a disposición de los inversores extranjeros. Sin embargo, por una serie de razones, la protección diplomática parecía no ser garantía suficiente. Primero, el Estado anfitrión podría haberle pedido al inversor que renunciara a la

protección diplomática antes de llevar a cabo la inversión.^[9] Segundo, podría ser difícil encontrar un foro que tuviera jurisdicción sobre el Estado anfitrión; y finalmente, el inversor se encontraba sujeto a la discreción de su propio gobierno ya que la decisión de apoyar el reclamo era una decisión política.^[10]

III. EL PROBLEMA DE LA NACIONALIDAD Y LOS PRINCIPIOS DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Históricamente, la norma era la prohibición de la protección diplomática en casos de doble nacionalidad por parte de uno de los Estados de nacionalidad del individuo en contra del otro, por lo menos, hasta mediados del siglo XX.^[11] El principio de la “no-responsabilidad” de los Estados para los reclamos de doble nacionalidad era defendido, entre otros, por la CIJ, si bien como dicta, en la opinión consultiva de “Reparations for Injuries”.^[12] Este principio estaba en pugna con el principio de la ciudadanía dominante o nacionalidad efectiva avalado por la CIJ en su decisión en “Nottebohm”.^[13]

En lo que atañe a las personas jurídicas, el Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática de la CDI provee un punto de partida útil para este análisis. Es interesante notar que si bien el caso “Nottebohm” no hizo referencia a la personalidad de las sociedades, se ha argumentado que el principio de nacionalidad efectiva o genuina también debería ser aplicado a las sociedades.^[14] Sin embargo, en contradicción con esto, en el caso “Barcelona Traction” la CIJ estableció que: “[e]n la asignación de entidades corporativas a los Estados a efectos de la protección diplomática, el derecho internacional se basa, pero solo de forma limitada, en una analogía con las reglas que rigen la nacionalidad de las personas”.^[15] Por lo tanto, la aplicabilidad del principio de la nacionalidad efectiva a las sociedades, incluso en el caso de protección diplomática, es controversial.

En “Barcelona Traction”, la CIJ también estableció que las decisiones judiciales y arbitrales relacionadas a la propiedad enemiga en tiempos de guerra, o los arreglos compensatorios con relación a la nacionalización de la propiedad, deberían ser reconocidos como casos *lex specialis* distintos del derecho internacional general sobre protección de los accionistas.^[16] La Corte no tuvo en cuenta las referencias de las

partes al “tratamiento de la propiedad enemiga y aliada durante y luego de la Primera y Segunda Guerra Mundial, en los tratados de paz y otros instrumentos internacionales; [y] el tratamiento de la propiedad extranjera como consecuencia de la nacionalización llevada a cabo”, así como tampoco a la “jurisprudencia arbitral general acumulada en la última mitad de siglo”. Al hacerlo, la Corte resaltó, respectivamente, que el primero de ellos “tiene que ser visto como procesos distintivos, que surgieron a partir de circunstancias particulares de cada situación”^[17], y que en el último, “las decisiones citadas descansaban en los términos de instrumentos que establecían la jurisdicción del tribunal o Comisión de Reclamaciones y [...] no pueden, por lo tanto, dar lugar a generalizaciones que vayan más allá de las circunstancias específicas de cada caso”^[18].

A pesar de esto, en sus artículos acerca de la protección diplomática, la CDI se basó parcialmente en esta jurisprudencia. Por ejemplo, en su Proyecto de Artículo 7, en referencia a la aplicación de un principio de nacionalidad dominante o efectiva con relación a reclamos hechos por individuos con doble nacionalidad en contra de uno de los Estados de nacionalidad.^[19] Sin embargo no es claro, del análisis hecho por la CIJ en “Barcelona Traction”, que los principios derivados del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., o de la Comisión de Conciliación Italia-EE.UU., entre otros, sean útiles para determinar los principios consuetudinarios del derecho internacional con relación a la nacionalidad de las sociedades en el área de la protección diplomática. Por lo tanto, en vez de mirar estos casos, nos concentraremos en los casos de la CIJ.^[20]

En “Barcelona Traction” la CIJ explicó que, de acuerdo a la regla tradicional de la protección diplomática, la nacionalidad de una sociedad puede ser la del Estado de constitución o donde tiene la sede social.^[21] Sin embargo, en ciertos momentos, los Estados han otorgado protección diplomática a sociedades cuya sede social, administración o centro de control se encontraba en su territorio, a pesar de que “ningún test de ‘conexión genuina’ haya logrado una aceptación general”^[22]. La CIJ observó que Barcelona Traction tenía una “conexión cercana y permanente” con Canadá.^[23] Adicionalmente, la Corte hizo referencia a ciertas situaciones que podrían justificar el levantamiento del velo societario, *inter alia*: “el uso incorrecto de los privilegios de la

personalidad legal, [...] fraude o conducta indebida, para proteger a terceros [...] o para evitar la evasión de requerimientos u obligaciones legales”;^[24] “el caso de la sociedad que ha dejado de existir y el caso en el que el Estado de la sociedad carece de la capacidad para accionar en su nombre”;^[25] pero consideró que ninguno de estos existió en el caso en cuestión.

El siguiente caso decidido por la CIJ en este tema, “ELSI”, ha llevado a interpretaciones variadas y por momentos contradictorias. *Prima facie*, parece que en este caso la CIJ concedió al Estado de nacionalidad de los accionistas (EE.UU.) de una sociedad local (italiana) la facultad de iniciar reclamos por actos llevados a cabo en contra de la sociedad italiana.^[26] Esta decisión ha sido interpretada como contradictoria de la decisión previa de la CIJ en “Barcelona Traction” y sobre esta base la CDI ha desarrollado una serie de disposiciones relacionadas a los derechos de los accionistas para reclamar por sociedades locales.^[27] Sin embargo, una interpretación alternativa de “ELSI”, en línea con lo decidido en “Barcelona Traction”, es que la CIJ permitió a los EE.UU. reclamar únicamente por los derechos de los accionistas de la sociedad local *qua* accionistas.^[28]

Esta última interpretación se confirma en la decisión de la CIJ en el caso “Diallo”, en el que la Corte mantuvo y reforzó su posición previa de “Barcelona Traction”. En “Diallo”, la CIJ consideró que tenía jurisdicción para escuchar los reclamos de Guinea en nombre de Diallo, nacional de ese país, pero que no tenía jurisdicción para escuchar los reclamos de Diallo en sustitución de aquellas sociedades en las que Diallo era el único accionista, ya que la nacionalidad de estas sociedades seguía siendo congoleña.^[29] En efecto, en su decisión sobre el fondo de la disputa, la Corte observó la importancia de esta distinción estableciendo que “[l]a Corte entiende que tal distinción podría parecer artificial en el caso de una SPRL en el que las participaciones sociales se encuentran en la práctica en manos de un único accionista. No obstante, se encuentra jurídicamente bien fundado, y es esencial observarlo rigurosamente en este caso”.^[30]

Por lo tanto, parecería ser que, de acuerdo al derecho consuetudinario internacional, la nacionalidad de las sociedades, por lo menos ante lo reflejado por la jurisprudencia de la CIJ en el área de la protección

diplomática, se basa *prima facie* en el Estado de constitución o en la sede social. Sin embargo, se ha sostenido que esta es solamente una base *prima facie* y que en ciertas situaciones “es permisible mirar por detrás de la nacionalidad formal de la sociedad [...] para poder determinar la relación real con un Estado, tal como es demostrado por la ubicación nacional del control y de la titularidad de la sociedad”.[\[31\]](#)

La aceptación del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Protección Diplomática es todavía controversial, particularmente con relación a los principios que crea para la protección de los accionistas.[\[32\]](#) Sin embargo, es relevante hacer aquí referencia a algunos de estos principios para comprender su contenido y contexto, y cómo podrían ser útiles (o no) en el contexto del arbitraje internacional. El Artículo 9 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Protección Diplomática basa la nacionalidad de una sociedad en el principio del Estado de constitución tal como lo establece el caso “Barcelona Traction”.[\[33\]](#) Este artículo prevé que una nacionalidad alternativa puede ser considerada en el caso de que la sociedad esté controlada por nacionales de un Estado distinto del Estado de constitución, no tenga una actividad sustancial en el Estado de constitución, y la sede de la administración y control financiero de la sociedad estén localizados en otro Estado.[\[34\]](#)

Sumado a esto, el Proyecto de Artículos de la CDI permite al Estado de los accionistas reclamar en nombre de la sociedad si ésta dejó de existir (por una razón no relacionada con el daño) o la sociedad tenía la nacionalidad del Estado anfitrión y la constitución en ese Estado era un requerimiento para poder hacer negocios allí.[\[35\]](#) En “Diallo”, la CIJ específicamente observó que, debido a los hechos del caso, no era concluyente que este último correspondiera al derecho consuetudinario internacional, más allá de que esto haya sido sostenido por Guinea.[\[36\]](#)

IV. LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES DE ACUERDO AL CONVENIO DEL CIADI

El Convenio del CIADI fue redactado como un foro novedoso. Su novedad recaía, mayormente, en el hecho de que aquí, los individuos o las personas jurídicas, podrían acercar reclamos directamente en contra de Estados sin tener que recurrir a soluciones locales o a la protección diplomática. A través del Convenio del CIADI, inversores extranjeros

tendrían “acceso directo [...] a un tribunal internacional en el ámbito de las disputas financieras y económicas con los gobiernos”.^[37] Una de las premisas era que los reclamantes tendrían el “derecho de llevar adelante estos reclamos basándose sustantivamente en los mismos derechos que poseen los Estados con la protección diplomática”.^[38]

Dada la naturaleza del Convenio, algunos Estados insistieron en la inclusión de reglas jurisdiccionales claras que no pudieran ser ignoradas. Así, “el Artículo 25 del Convenio, la cláusula básica de la jurisdicción del CIADI, indica claramente que los servicios del CIADI no están disponibles para disputas entre individuos privados, entre Estados (incluyendo subdivisiones o agencias), o entre un Estado y sus propios ciudadanos. Estas no son restricciones irrazonables: [...] las disputas entre Estados y sus propios ciudadanos quedan excluidas del alcance de una convención internacional prevista para tratar con la inversión extranjera”.^[39]

Hubo una preocupación especial entre las partes negociantes del Convenio con relación a la cuestión de la nacionalidad.^[40] La oposición de los Estados en vías de desarrollo a la posibilidad de que inversores locales pudieran recurrir al CIADI fue particularmente fuerte. Tal como explica el Profesor Szasz: “particularmente los gobiernos de Estados en vías de desarrollo (i.e. aquellos en los que probablemente se llevarían a cabo las inversiones) esperaban impedir *a priori* cualquier posibilidad de que luego pudiesen ser presionados a solucionar controversias ante el Centro con otro gobierno, o con sus propios ciudadanos”.^[41] Sin embargo, el Presidente Broches destacó que las diferencias parecían existir en cuanto a las sociedades más que en relación a las personas, “[a]lgunas objeciones se habían hecho con respecto a la posibilidad de que, de acuerdo al Convenio, una sociedad pudiera llevar a su propio Estado nacional ante un tribunal internacional, a pesar de que tales objeciones no hayan sido tan contundentes como aquellas con relación a los ciudadanos”.^[42]

La cuestión de la nacionalidad de las sociedades, de acuerdo al Convenio, fue largamente discutida en su negociación. Algunos Estados estaban particularmente preocupados acerca de cómo lidiar con sociedades locales sujetas a un control extranjero.^[43] Los Estados rechazaron inicialmente relacionar la nacionalidad al control, proponiendo en cambio que debía otorgarse un acceso directo a los

intereses extranjeros. Esto fue propuesto para evitar los problemas derivados de una discusión acerca de un mayor o menor grado de control.^[44] Finalmente, se adoptó un enfoque más flexible hacia las personas jurídicas con relación a las personas físicas. Este enfoque más flexible permitió a las sociedades locales ser parte de disputas bajo el auspicio del Centro si el Estado anfitrión “había accedido a tratarla como un nacional de otro Estado Contratante debido al control extranjero”.^[45]

En la discusión de los artículos propuestos con relación a las personas jurídicas, los Estados contaban con varias opciones disponibles. Su preocupación original era que a las sociedades locales no se les permitiera recurrir a la jurisdicción de los tribunales del CIADI. ^[46] Consciente de que varios Estados tenían disposiciones que obligaban a inversores extranjeros a constituir sociedades locales para poder invertir en aquellos países, el Presidente Broches intentó encontrar opciones que también protegieran a los accionistas de estas sociedades. Tal como propuso, existían dos opciones posibles: “[u]na se basaría en el efectivo control económico de la sociedad por parte de intereses extranjeros como un test de nacionalidad extranjera. La otra opción permitiría a los intereses extranjeros de una sociedad local, diferentes de la propia sociedad, ser parte de los procesos de acuerdo al Convenio”.^[47]

Con esta preocupación en mente, al votar el artículo referido a esta cuestión, la mayoría de los Estados rechazaron la última de las propuestas. El texto sujeto a votación, y rechazado, tenía como propósito “prevenir tal acceso a las personas jurídicas que son ciudadanos del Estado anfitrión incluso si el último consentía”.^[48] Independientemente, al final, el Profesor Broches informó a los Directores Ejecutivos que la decisión había sido tomada por una estrecha mayoría y que él “no consideraba probable que continuar con el debate llevara a un mayor grado de consenso e indicó al Comité que las opiniones expresadas serían informadas a los Directores Ejecutivos”^[49]

Sin perjuicio de la decisión final de los directores ejecutivos, el enfoque adoptado no es tan flexible como parece ser. Someter una disputa ante la jurisdicción del CIADI no es una decisión completamente reservada al consentimiento de las partes. Luego de que la votación haya

sido llevada a cabo, el Sr. Broche declaró “que por lo tanto se tornó necesario expresar los casos en los que las personas jurídicas que tengan la nacionalidad del Estado anfitrión puedan presentarse ante el Centro”.[\[50\]](#) Al final, el test aprobado a estos efectos por los directores ejecutivos fue el del control por parte de los nacionales de otro Estado Contratante.[\[51\]](#)

El Artículo 25(2)(b) *in fine* fue, por lo tanto, incorporado al Convenio del CIADI. Este artículo previó la situación particular de que “las partes pudiesen acordar que una persona jurídica [localmente constituida] sea un nacional de otro Estado Contratante si es controlada por nacionales de ese Estado Contratante. Esta condición de control es esencial para asegurar que la Convención de Washington se aplique solamente a disputas entre el Estado Contratante y una parte que sea efectivamente un nacional de otro Estado Contratante. Nuevamente, las partes no podrán modificar esta condición”.[\[52\]](#)

Al comentar acerca de la decisión que permite que los Estados anfitriones consientan ante la jurisdicción del CIADI con sociedades constituidas en su propio Estado, el Profesor Broches explica que esta opción no sería radicalmente diferente a no permitir que estas situaciones procedan, ya que “sólo significaría que los acuerdos de inversión deberían ser pactados entre los accionistas de una sociedad registrada nacionalmente y el Estado anfitrión, más que entre la sucursal local de la sociedad y el Estado directamente, por lo que era más una cuestión de método que de sustancia”.[\[53\]](#)

Por lo tanto, de acuerdo al CIADI, la peculiar circunstancia logra que una sociedad localmente constituida pueda peticionar ante un organismo internacional de resolución de controversias para resolver sus reclamos. Puede llevarlo a cabo cuando las partes acuerdan que será tratada como un nacional de otro Estado Contratante, debido a su control extranjero.

El principio general de la nacionalidad de las sociedades de acuerdo al CIADI (Artículo 25(2)(b) primera parte), parece seguir los principios generales del derecho internacional, es decir, que la nacionalidad de una sociedad será determinada por su Estado de constitución, sede social, etc.[\[54\]](#) El Profesor Amerasinghe explica que el Convenio no aporta mayores definiciones respecto a la nacionalidad. Para determinar si una sociedad posee la nacionalidad de un Estado anfitrión de acuerdo al

Artículo 25(2)(b) primera parte, “no puede aplicarse un test de ‘control’. El hecho de que una persona jurídica posea la nacionalidad del Estado anfitrión debe ser decidido por otro tipo de test, tal como el del país de constitución o el *siège social*, etc. Del mismo modo, el test de ‘control’ no puede ser aplicado inicialmente para establecer otra nacionalidad que no sea la del Estado anfitrión, cuando la nacionalidad es considerada la del Estado anfitrión según otro tipo de test. Si no fuera así, la segunda parte del Artículo 25(2)(b) no tendría sentido”.[\[55\]](#)

Sin embargo, al mismo tiempo, ya nos hemos referido extensamente al hecho de que el Convenio del CIADI no fue hecho para resolver disputas entre ciudadanos y sus propios gobiernos. Más aún, ha sido observado que: “cuando una de las múltiples nacionalidades es la del Estado anfitrión, la asunción de jurisdicción estaría excluida, excepto en el caso de que exista un acuerdo basado en el control extranjero en virtud del cual la persona jurídica tiene la nacionalidad de otro Estado Contratante”.[\[56\]](#)

¿Qué sucede entonces cuando hay una sociedad constituida en el extranjero controlada por ciudadanos del Estado anfitrión? ¿Sería considerado una elusión de los principios jurisdiccionales del Convenio? Tal como veremos más adelante, la jurisprudencia ha encontrado variadas soluciones para este problema. El Profesor Lalive se refiere a la necesidad de respetar los límites jurisdiccionales del CIADI en los siguientes términos: “el consentimiento al arbitraje internacional entre un Estado y una persona jurídica que es, legal o formalmente hablando, su ‘nacional’, debe ser unívoco y no debe dejar lugar a dudas. Una interpretación demasiado liberal del Artículo 25(2)(b) difícilmente contribuiría a una mayor aceptación de los Estados al arbitraje ante el CIADI y, por lo tanto, a la protección de inversores extranjeros”.[\[57\]](#)

V. LOS TBI Y EL CIADI

Hay un acuerdo generalizado de que los TBI le dan significado a una gran parte de los términos indefinidos en el Convenio del CIADI, en concordancia con el consentimiento de las partes hacia el TBI. Así, por ejemplo, el TBI define inversión, inversor, y los requerimientos procedimentales para que un Estado acepte la jurisdicción del CIADI.[\[58\]](#) En algunos casos los TBI también se refieren al significado de

la nacionalidad de los individuos y de las sociedades, y bajo qué circunstancias un Estado acepta tratar a una sociedad local como extranjera de acuerdo al Artículo 25(2)(b) *in fine*. En este aspecto, los TBI pueden llegar a definir los términos con arreglo a los cuales la jurisdicción del CIADI estaría permitida, dentro de los “límites exteriores” del Convenio del CIADI.^[59] Así, por ejemplo, un TBI puede no permitir a un inversor local iniciar un reclamo en contra de su Estado anfitrión, cuando no es controlado por extranjeros.

Esto se encuentra en línea con la “naturaleza consensual del Convenio, que deja una buena medida de discrecionalidad a las partes”.^[60] Sin embargo, “esta discreción no es ilimitada y no puede ser ejercitada al punto de ser claramente inconsistente con los propósitos del Convenio”.^[61]

VI. LA JURISPRUDENCIA DEL CIADI

El Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI establece los requerimientos de nacionalidad necesarios para que las personas jurídicas puedan acudir al CIADI. El texto señala lo siguiente:

“Nacional de otro Estado Contratante” significa:

“(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

El texto del artículo básicamente prevé dos escenarios diferentes que darían lugar a la jurisdicción del CIADI para las sociedades. En primer lugar, se refiere a la persona jurídica que tenía la nacionalidad de otro Estado Contratante a la fecha en que se consintió al proceso de arbitraje o de conciliación. En segundo lugar, a una persona jurídica que tenía la nacionalidad del Estado anfitrión a la fecha del consentimiento^[62] y que, “debido al control extranjero” de la misma, las partes acordaron que debía ser considerada como nacional de otro Estado Contratante.

La jurisprudencia relativa a este artículo ha sido de gran alcance y parece sumamente dispersa. A continuación, analizaremos los casos principales, determinando hasta qué punto revelan una lógica común.

A. Artículo 25(2)(b)(i)

La mayoría de los casos llevados ante el CIADI son aquellos relacionados al Artículo 25(2)(b)(i), i.e. aquellos en los que una sociedad extranjera ha iniciado un reclamo ante el CIADI en contra de un Estado anfitrión. Básicamente, existen dos criterios que han sido tenidos en cuenta con relación a este requisito jurisdiccional. Por un lado, la mayoría de los tribunales han sostenido que no existe una necesidad de ver más allá de la nacionalidad de la sociedad que presenta el caso.^[63] Por otro lado, en algunos de estos casos, los tribunales, o por lo menos algunos de sus miembros, han demostrado preocupación con relación a los riesgos de no analizar más allá de la nacionalidad de constitución de la sociedad que reclama ante el tribunal.

En este sentido, en un trabajo reciente de la OCDE, en el cual se estudia la jurisprudencia del arbitraje de inversión respecto de reclamos de accionistas, el autor destaca en un “análisis simplificado” que “la nacionalidad de la sociedad (incluyendo la nacionalidad de los accionistas que son sociedades) es determinada por el Estado de constitución sin la necesidad de un requisito de ‘vínculo genuino’”^[64]. Es preciso resaltar que en arbitrajes internacionales de inversiones “la simple constitución de una sociedad en un Estado ha sido interpretada como condición suficiente para que esta última califique como un nacional de ese Estado de acuerdo a muchos TBI”.^[65] El autor relaciona esto con las dificultades para identificar a los accionistas.^[66]

El caso interesante a la hora de decidir si ignorar o no quiénes son realmente los controlantes de la sociedad extranjera, por lo menos a efectos de este trabajo, es aquel en el que los controladores reales son nacionales del Estado anfitrión o nacionales de Estados no contratantes. *Prima facie*, parecería que estos no tendrían acceso a los tribunales del CIADI, ya que frustraría la jurisdicción del Estado anfitrión o bien, le daría al inversor dos mordidas a la misma manzana (a través del CIADI y de la protección diplomática). En la mayoría de estos casos, el análisis de los tribunales comenzó por revisar los términos del TBI en vez de los términos del Convenio.

En "Tokios Tokeles" la mayoría del Tribunal sostuvo que sólo sería posible levantar el velo societario si el demandado demostrase: "que el Demandante ha usado su status como persona jurídica de Lituania para perpetrar un fraude o para participar de conductas indebidas [...] con el objetivo de proteger terceros [o] [...] de evadir requisitos u obligaciones legales aplicables a su caso"[\[67\]](#) (i.e. si se cumplían los requisitos de "Barcelona Traction"). Sin embargo, esta posición fue descartada luego por el tribunal en "Rompetrol v. Romania" en el cual sostuvo que "ni el caso Nottebohm o el caso Barcelona Traction tienen una relevancia directa en una disputa como la presente".[\[68\]](#) En cambio, en "Wena Hotels v. Egypt" el tribunal no tuvo en cuenta cuándo es posible levantar el velo societario con arreglo al Artículo 25(2)(b)(i), determinando que el único propósito del Artículo 25(2)(b)(i) era expandir la jurisdicción del CIADI y que no podía ser utilizado para excluir inversores que calificaban de acuerdo al Artículo 25(2)(b)(i).[\[69\]](#)

Los casos analizados de acuerdo al primero de los criterios han incluido circunstancias en las cuales el control extranjero del Demandante le pertenecía a nacionales de Estados no contratantes;[\[70\]](#) y otras en las cuales el control le pertenecía a nacionales del Estado anfitrión.[\[71\]](#) Por el contrario, los tribunales del CIADI se han empeñado en mirar más allá de la nacionalidad de la sociedad demandante y analizar quiénes son los accionistas controlantes en aquellos casos en que esto último tornara admisible la jurisdicción del tribunal. Así, por ejemplo, en "Perenco v Ecuador" el tribunal se concentró en el requisito del control francés de acuerdo a lo establecido por el TBI, excluyendo de la discusión la cuestión referida a la interpretación del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, a pesar de que la demandante era una sociedad constituida en las Bermudas.[\[72\]](#)

En el segundo tipo de casos, ha habido notas de preocupación en relación a las consecuencias de no analizar más allá de la nacionalidad del demandante. En el caso en el que el control es ejercido por nacionales de Estados no contratantes, un tribunal sostuvo que no podía otorgarle jurisdicción a una sociedad que pudiese recurrir tanto a la protección diplomática como a la jurisdicción del CIADI, como consecuencia de su estructura corporativa.[\[73\]](#) Otro tribunal sostuvo que ni el CIADI, ni tampoco el TBI, requerían determinar si existía o no una conexión

genuina entre la sociedad y su Estado de nacionalidad, aunque sí tuvo en consideración que la sociedad no era una mera sociedad ficticia.^[74] En "Tokios Tokeles" hubo una fuerte opinión en disidencia por parte del Presidente del Tribunal (Profesor Prosper Weil) sosteniendo que el Convenio del CIADI no fue concebido para permitir a los inversores locales evitar presentar sus disputas ante los tribunales locales.^[75]

Además, en "Phoenix", el tribunal sostuvo que los inversores locales simplemente reorganizaron sus activos en el ámbito de su familia "para acceder a la jurisdicción del CIADI, a la cual no podía acceder el inversor inicial".^[76] Sin embargo, el caso "Phoenix" es una excepción a las reglas generalmente adoptadas con arreglo a este artículo. Como se observa más abajo, las inquietudes planteadas en este caso son consideradas cada vez más por los tribunales internacionales. El tribunal destacó que la intención real de los demandantes en este caso fue: "un intento de someter sus disputas puramente domésticas a las protecciones del TBI".^[77] El tribunal consideró que esto era un abuso del sistema del CIADI y que, si no prevenía este tipo de casos al denegarles la jurisdicción, "entonces cualquier disputa nacional previa podría ser sometida ante el tribunal del CIADI mediante una transferencia de los intereses económicos nacionales a una sociedad extranjera en un intento de lograr protecciones con arreglo a un TBI".^[78] El tribunal también entendió que tenía la obligación "de asegurar que el mecanismo del CIADI no proteja inversiones que no fue diseñado para proteger, ya que en esencia son inversiones domésticas disfrazadas de inversiones internacionales con el único propósito de acceder a este mecanismo".^[79]

En el caso "Loewen", decidido por el TLCAN^[80], el tribunal parece sostener un criterio similar al establecer que: "El formato del TLCAN claramente tiene como objetivo proteger las inversiones de una Parte Contratante de prácticas injustas que se suceden en una de las otras Partes Contratantes. No fue creado para, y no debería, afectar los derechos de inversores norteamericanos respecto a prácticas de los Estados Unidos que afectan negativamente a tales inversores norteamericanos".^[81]

En "Mobil v. Venezuela", a la luz de acusaciones similares por parte de Venezuela, el tribunal observó que el Artículo 25(2)(b) del Convenio del

CIADI “no impone ningún criterio particular de nacionalidad [...] en aquellos casos en que las personas jurídicas no tengan la nacionalidad del Estado Anfitrión” y que, por lo tanto, las partes del TBI tenían la libertad de establecer el criterio de control para considerar a una sociedad como un nacional.[82] Adicionalmente, el tribunal consideró si la reestructuración llevada adelante por ExxonMobil, de su cadena societaria de inversiones en Venezuela, era un abuso de derecho. Concluyó que la incorporación de una entidad holandesa a la cadena tenía como objetivo principal “lograr acceder al arbitraje del CIADI” [83], y que esto era “perfectamente legítimo siempre y cuando se tratara de disputas futuras” [84] pero no lo era así para disputas preexistentes.[85]

En “Conoco v. Venezuela” el tribunal decidió no mirar más allá del Estado de constitución de los demandantes, a pesar de las denuncias de abuso por parte de Venezuela, argumentando que los demandantes habían modificado su estructura societaria para poder obtener la protección del TBI entre Holanda y Venezuela. Sin embargo, el tribunal observó primero la evidencia al tiempo de la reestructuración, descartando cualquier manifestación de abuso.[86] De forma similar, en “Pac Rim” el tribunal observó que una reestructuración societaria para obtener cierta nacionalidad con el propósito de acceder al CIADI puede ser considerado un abuso del proceso [87], aunque lo descartó para este caso debido al tiempo en el cual fueron tomadas las medidas en cuestión y la caracterización de ellas como actos continuos.[88]

En este sentido, parece que, hasta hace poco, con algunas excepciones, el principio general en virtud de la primera parte del Artículo 25(2)(b) era que el nexo formal de la nacionalidad a través de la constitución en un Estado era suficiente para establecer la jurisdicción del CIADI. Existen ciertos riesgos al aceptar este criterio, tal como ha sido puesto en evidencia por algunos tribunales y opiniones disidentes. En particular, en el caso de que el control sea ejercido por nacionales de un Estado no contratante, existe el riesgo de que el inversor esté protegido tanto por la protección diplomática como por el CIADI, un riesgo que se buscó evitar tal como lo refleja la historia de negociaciones del Convenio del CIADI.[89] Finalmente, en el caso de nacionales del Estado anfitrión que controlan la inversión, donde parece haber un riesgo significativo de abuso de los procedimientos del CIADI,[90] la cuestión a resolver es

entonces si las partes negociantes previeron este riesgo durante las negociaciones del Convenio, o no lo hicieron.

Sobre este punto, es importante reflexionar sobre si los límites exteriores del Convenio del CIADI tenían la intención o no de excluir a los nacionales del Estado anfitrión de la jurisdicción del CIADI. Tal como fue señalado, el Profesor Amerasinghe sostenía que la primera parte del Artículo 25(2)(b) no permitía determinar la nacionalidad del Estado anfitrión basándose en el criterio de control.^[91] Sin embargo, el Convenio del CIADI no tuvo como propósito “ser un sustituto, siquiera con carácter opcional, de los procedimientos domésticos para la resolución de disputas entre Estados y sus propios ciudadanos”.^[92]

B. Artículo 25(2)(b)(ii)

Los casos sometidos al Artículo 25(2)(b) *in fine* pueden ser distribuidos básicamente en dos categorías: aquellos que refieren a un control genuino y efectivo; y aquellos que consideran que es suficiente analizar la estructura societaria inicial que se encuentra por encima de la sociedad local. También es importante diferenciar aquellos casos en los que se le atribuyó un control extranjero a la sociedad –incluso si no es controlada por nacionales del Estado en el primer nivel de control– de aquellos casos en los que hay un control local.

Esta divergencia de criterios es evidente desde los inicios de la jurisprudencia del CIADI. Así, “Amco Asia v. Indonesia” y “Klöckner v. Cameroon” tienen explicaciones diferentes. Sin embargo, es importante destacar que en ambos casos el controlante final parece haber sido un extranjero. En “Amco Asia v. Indonesia” el tribunal descartó prestarle atención a la controlante final de la sociedad local ya que: “tal razonamiento sería acorde a derecho, pero no acorde al Convenio. En efecto, existe un concepto clásico de nacionalidad que se basa en la ley con arreglo a la cual la persona jurídica ha sido constituida, el lugar de constitución y el lugar de la sede social”.^[93] En cambio, en “Klöckner v. Cameroon”, el tribunal consideró tanto a los accionistas de la sociedad local como el hecho de que la administración estaba compuesta mayoritariamente por individuos recomendados por la empresa extranjera.^[94]

En cuanto a aquellos tribunales que han observado que el control final de la sociedad local correspondía a nacionales extranjeros, han surgido

dos criterios. En primer lugar, en "SOABI v. Senegal" y "African Holding Company of America and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. Democratic Republic of Congo", los tribunales consideraron que debía observarse quiénes son los controlantes finales para determinar la jurisdicción. En ambos casos, la razón para tal decisión fue que la sociedad intermediaria, una sociedad ficticia, había sido constituida en un Estado no contratante (Panamá y las Islas Caimán, respectivamente).^[95]

En segundo lugar, en "Aguas del Tunari v. Bolivia" y "Aucoven v. Venezuela" los tribunales determinaron que la titularidad mayoritaria de las acciones de la sociedad local era suficiente para determinar el control.^[96] Sin embargo, en ambos casos, los tribunales observaron que el controlante final, a pesar de no ser un nacional de las partes del TBI era, en efecto, un nacional extranjero.

Finalmente, en los casos en que los tribunales han encontrado que el controlante final era un nacional del Estado anfitrión, rechazaron la jurisdicción del CIADI.^[97] Las inquietudes de los Estados negociantes del Convenio del CIADI con relación a sus intereses fueron particularmente importantes al establecer este grado de revisión del control de la sociedad local. Así, en "Vacuum Salt v. Ghana" indicó que: "sería profundamente inquietante la posibilidad de que, por ejemplo, a un Estado se le exija someterse a un arbitraje internacional bajo los auspicios del CIADI en una disputa con una sociedad municipal cuyas acciones han sido libremente transferidas en su totalidad por extranjeros a nacionales del Estado [...]. En esa circunstancia se plantea la cuestión de si a la luz del objeto y propósito del Convenio, una interpretación de la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b) que le permite al Centro ejercer su jurisdicción, no conduciría a un resultado 'manifiestamente absurdo e irrazonable'".^[98]

En cuanto al Artículo 25(2)(b) *in fine* los tribunales han tenido criterios divergentes al momento de analizar la existencia de un control extranjero sobre la sociedad local. Sin embargo, pareciera que no hay un acuerdo en cuanto al hecho de que un criterio formal de control pudiera ser suficiente si la sociedad fuera controlada por nacionales locales.

La pregunta que entonces surge es si no hay una contradicción entre el criterio utilizado por los tribunales con arreglo a la primera y segunda

parte del Artículo 25(2)(b) y, si esta divergencia no podría ser resuelta examinando las intenciones de quienes redactaron los borradores del Convenio y los principios subyacentes de la protección diplomática. Como la mayoría del tribunal explicó en "TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina": "una interpretación estrictamente literal [de la primera parte del Artículo 25(2)(b)] puede parecer contraria al sentido común en ciertas circunstancias, especialmente cuando la nacionalidad formal tapa una entidad corporativa controlada directa o indirectamente por personas de la misma nacionalidad que la del Estado anfitrión".[\[99\]](#)

VII. CONCLUSION

Normalmente, se sostiene que el Convenio del CIADI y la protección diplomática son dos instituciones sumamente diferentes, basadas en principios diferentes y que, por lo tanto, las decisiones de un ámbito no deberían, como norma general, ser importadas al otro.[\[100\]](#) De hecho, en su Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática, la CDI específicamente observa que estos "no se aplican en la medida en que sean incompatibles con reglas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados para la protección de inversiones".[\[101\]](#)

La historia de negociaciones del Convenio del CIADI refleja claramente que la necesidad de crear este mecanismo de solución de controversias se debía a una supuesta ineficiencia e inestabilidad en la práctica de la protección diplomática de inversiones en países extranjeros. El Banco Mundial, en particular, apuntaba a crear este mecanismo para dar seguridad a los inversores cuando invirtieran en países extranjeros, sobre todo en los Estados en vías de desarrollo, y al mismo tiempo evitar depender de la voluntad política de sus países de origen para proteger sus inversiones. La historia de negociaciones del Convenio, y su preámbulo, también manifiestan la preocupación de los Estados con las implicancias de la creación de esta "nueva" jurisdicción y con evitar el abuso de la jurisdicción por parte de personas cuya protección no es parte del objeto del Convenio. Estos objetivos potencialmente contrapuestos pueden ser la razón detrás de las tensiones que son evidentes en la jurisprudencia analizada a lo largo de este trabajo.

Teniendo en cuenta que el CIADI fue creado para reemplazar –por lo menos hasta cierto punto– a la institución de la protección diplomática,^[102] no queda claro por qué los principios subyacentes de la protección diplomática no pueden ser útiles en las disputas de inversión en las que hay incertidumbre en cuanto a los términos de su jurisdicción. Su aplicación podría ser invocada de acuerdo al Artículo 42 del Convenio del CIADI y al Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, siempre y cuando estos principios se encuentren en concordancia con los objetivos y propósitos del Convenio.

De hecho, algunos tribunales han observado que los principios de la protección diplomática “pueden, dependiendo del tema en cuestión, ser relevantes para la interpretación de un TBI”.^[103] Otros han sostenido: “No hay duda de que es el inversor quien hace valer su reclamo en un arbitraje de inversión, lo cual lo distingue de la protección diplomática. No obstante, eso no significa que no existe un nexo de nacionalidad en un arbitraje inversor-Estado”. Sumándole a esto que el nexo de nacionalidad sería diferenciable del caso de la protección diplomática ya que está “definido por el tratado de inversión [...]. En ese sentido, existe una relación triangular en el arbitraje en relación a un tratado de inversión que es diferente de la que existe en asuntos vinculados con la protección diplomática de acuerdo al derecho consuetudinario internacional. La existencia de una relación triangular en la que el nexo de nacionalidad es definido por el tratado es otra razón por la que el tratado debería prevalecer”.^[104]

Un caso paradigmático es el de la protección de inversores que son nacionales del Estado anfitrión. Pareciera no haber razón para que los tribunales se preocupen por la realidad subyacente de la protección de nacionales de Estados anfitriones de acuerdo al Artículo 25(2)(b) *in fine* pero no de acuerdo a la primera parte del Artículo 25(2)(b). En este contexto, parece que ciertos principios de la protección diplomática podrían ser una guía útil para los tribunales.

Extender la jurisdicción del CIADI a nacionales del Estado anfitrión parecería estar en contradicción con el objeto y propósito del Convenio y de la intención de las partes reflejada en la historia de la negociación, planteando, por lo tanto, un límite objetivo a su jurisdicción. Este artículo no intenta sugerir que uno no podría recurrir a los principios de la

protección diplomática del derecho consuetudinario internacional para extender los principios de jurisdicción de los tribunales del CIADI si esa extensión estuviese en contradicción con el objeto y el propósito del Convenio.^[105] Sin embargo, esto no significa que no puedan ser invocados en otros casos.

Que los Tribunales del CIADI permitan a los nacionales del Estado anfitrión evitar las instancias locales y recurrir a tribunales internacionales, con el riesgo de hacer internacionalmente responsables a los Estados anfitriones, parece un exceso de jurisdicción que no fue previsto por los Estados Contratantes y que podría socavar la legitimidad del sistema del CIADI. En la medida en que los Estados sean responsables ante sus propios nacionales en foros internacionales que no aceptaron para tal propósito, existe un riesgo significativo para la confianza de los Estados en este sistema.^[106]

Sin embargo, parece que la posibilidad de que los Estados hayan sido responsabilizados en este sentido ya ha ocurrido en la jurisprudencia del CIADI, a pesar de que los tribunales no lo hayan indicado expresamente. Generalmente, de acuerdo a la primera parte del Artículo 25(2)(b) del Convenio, el Artículo 9 del Proyecto de Artículos de la CDI tiende a ser aplicado, i.e. prevalece el Estado de constitución de la sociedad. No obstante, en aquellos casos en los que el Estado de constitución ha sido utilizado para sortear la jurisdicción del CIADI, p.ej. "Phoenix", la segunda parte del Proyecto de Artículo podría cobrar relevancia para evitar abusos, y prevalecería el Estado controlante.

Ahora bien, el Artículo 25(2)(b) *in fine* complementa esta regla. De acuerdo a este artículo, es como si los tribunales aplicasen el Proyecto de Artículos 9 y 11 conjuntamente. El acceso a la jurisdicción del CIADI le fue otorgado a sociedades locales, con el consentimiento del Estado anfitrión, debido al control extranjero. En el caso de que esos accionistas no tuvieran el control efectivo, dado que esta fue la razón para otorgar la jurisdicción, los tribunales podrían observar el Proyecto de Artículo 9 *in fine* para asegurarse de que no estar otorgándole acceso a la jurisdicción internacional a inversores locales, eludiendo los límites exteriores del CIADI.

El propósito del Convenio del CIADI fue crear una solución a los problemas inherentes de la protección diplomática y, de esa forma,

permitir inversiones extranjeras crecientes y más seguras en países en vías de desarrollo. Los argumentos del Profesor Weil en su opinión disidente en "Tokios Tokeles" y de la mayoría del tribunal en "TSA v. Argentina" reflejan problemáticas que deberían, por lo menos, ser contempladas –y están empezando a serlo– por los tribunales del CIADI al determinar su jurisdicción. Así, la aplicación de principios subyacentes de la protección diplomática, tal como la refleja generalmente la CDI en su Proyecto de Artículos, podría resultar útil para determinar la jurisdicción de los tribunales del CIADI y evitar el abuso de dicha jurisdicción por personas que las Partes Contratantes del Convenio no tenían la intención de proteger.

[1] A efectos del tema a tratar, previamente a profundizar en los principios de nacionalidad con arreglo a la protección diplomática, es necesario descartar la cuestión de la nacionalidad de los individuos. A pesar de que ha habido una gran controversia en el área del derecho internacional generalmente en torno al problema de la nacionalidad de los individuos con arreglo a la protección diplomática, y esta problemática ha sido recientemente desarrollada en la jurisprudencia del CIADI ("Franck Charles Arif v. Moldavia", Caso CIADI Nro. ARB/11/23, Laudo del 8 de abril de 2013, ¶¶ 354-360; "Jan Oostergetel y Theodora Laurentius v. República Eslovaca", Caso CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción del 30 de abril de 2010, ¶¶ 119-135; "Hussein Nuaman Soufraki v. Emiratos Árabes Unidos", Caso CIADI Nro. ARB/02/7, Laudo del 7 de julio de 2004, ¶ 55; "Ioan Micula, Viorel Micula y otros v. Rumania", Caso CIADI Nro. ARB/05/20, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 24 de septiembre de 2008, ¶¶ 86-106), ésta no será discutida aquí.

[2] James Crawford, *The ILC's Articles on Diplomatic Protection*, 31 *South African Yearbook of International Law* 16, 22 (2006).

[3] *Id.*

[4] Este trabajo se concentrará principalmente en las disputas inversor-Estado bajo los auspicios del Convenio del CIADI. A pesar de que también hay disputas inversor-Estado en otros foros (CNUDMI, CCI, CCE), aquellas no serán tratadas en este trabajo.

[5] History of the ICSID Convention 73 II-1 (2006).

[6] Id.; ver también C.F. Amerasinghe, *The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multilateral Corporation*, 9 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 793, 795 (1976) (“El temor a riesgos políticos sin dudas opera como un elemento de disuasión para el flujo de capital extranjero hacia países en vías de desarrollo. Por lo tanto, el Banco Mundial consideró apropiado explorar si se podría mejorar el clima de inversión a través de un proceso que reduciría la probabilidad de conflictos sin resolver entre los países que reciben la inversión y el país del inversor. Por consiguiente, el Banco Mundial decidió crear establecimientos para el acuerdo voluntario de disputas de inversión a través de la conciliación y/o procesos arbitrales en el que el país en el que se realizó la inversión y los inversores extranjeros estarían procesalmente en pie de igualdad, sin que ninguna de las partes requiera o permita la intervención del país del inversor”).

[7] History of the ICSID Convention 73 II-1 (2006).

[8] Id.

[9] Esto fue solicitado por varios países de Latinoamérica a la luz de la Doctrina Calvo. Había una “visión” de que esta exención no era vinculante para el Estado, por ser la protección diplomática un derecho del Estado y no del individuo. Sin embargo, la existencia de dicha exención hizo más compleja la protección.

[10] History of the ICSID Convention 1 II-1 (2006).

[11] Report of the International Law Commission to the General Assembly 61 U.N. GAOR Sup. (Nro. 10) en 44, en referencia a la Convención de la Haya de 1930 relativa a los conflictos de ley en materia de nacionalidad; ver también Zvonko R. Rode, *Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality*, 53(1) *American Journal of International Law* 139, 143 (1959).

[12] “Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations”, Opinión Consultiva 1949, ICJ Reports 174, 186 (11 de abril).

[13] *Nottebohm (“Liechtenstein v. Guatemala”)* 1955 ICJ Reports 4, 22-23 (6 de abril). Ha habido cierta discusión en cuanto a la extensión de la aplicabilidad de los principios de *Nottebohm* a otros casos. James Crawford, *The ILC’s Articles on Diplomatic Protection*, 31 *South African Yearbook of International Law* 16, 28 (2006) (“Dugard atacó la opinión

de que se requiere un vínculo genuino con arreglo al derecho internacional consuetudinario en todos los casos. Remarcó dos factores que podrían limitar Nottebohm a los hechos de ese caso: en primer lugar, parece que la Corte estaba interesada en la manera en que Liechtenstein le confirió la nacionalidad a Nottebohm [...]. En segundo lugar, la Corte estaba claramente interesada acerca de los vínculos ‘extremadamente tenues’ entre Nottebohm y Liechtenstein en comparación con los vínculos estrechos entre Nottebohm y Guatemala durante un período de 34 años”).

[14] Ian Brownlie, *Principles of International Law* 407, 465 (6ta edición, 2003).

[15] “Barcelona Traction”, *Light and Power Co., Ltd.* (“Bélgica v. España”), 1970 ICJ Reports 3, 42 (5 de febrero).

[16] *Id.* 39-40.

[17] En particular, en el caso de la nacionalización de propiedad extranjera, la Corte señala que “[s]u razón de ser, derivada de cambios estructurales en la economía de un Estado, también difiere de las disposiciones normalmente aplicables”.

[18] “Barcelona Traction”, *Light and Power Co., Ltd.* (“Bélgica v. España”), 1970 ICJ Reports 3, 39-40 (5 de febrero).

[19] Proyecto de Artículo 7, Report of the International Law Commission to the General Assembly 61 U.N. GAOR Sup. (Nro. 10) pág. 89.

[20] La CIJ ha tenido la oportunidad de referirse a la nacionalidad de las sociedades con arreglo a la protección diplomática en el derecho consuetudinario internacional en tres ocasiones: “Barcelona Traction”, “*ELSI*”, y “*Diallo*”.

[21] “Barcelona Traction”, *Light and Power Co., Ltd.* (“Bélgica v. España”), 1970 ICJ Reports 3, 42 (5 de febrero).

[22] *Id.*

[23] *Id.*

[24] *Id.* 39.

[25] *Id.* 40.

[26] *Elettronica Sicula* (“Estados Unidos v. España”) 1989 ICJ Reports 15 (20 de julio).

[27] Proyecto de Artículos 9 y 11, Report of the International Law Commission to the General Assembly 61 U.N. GAOR Sup. (Nro. 10) pág. 53, 58.

[28] Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* 408-413 (2009); James Crawford, *The ILC's Articles on Diplomatic Protection*, 31 *South African Yearbook of International Law* 16, 37 (2006).

[29] Ahmadou Sadio Diallo (“Guinea v. República Democrática del Congo”) 2007 ICJ Reports 1, 30-31 (24 de mayo).

[30] Ahmadou Sadio Diallo (“Guinea v. República Democrática del Congo”) 2010 ICJ Reports 639, 679 (30 de noviembre).

[31] *Oppenheim's International Law* 861 (Vol 1) (9na edición, 2008)

[32] “The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States” (Caso CIADI Nro. ARB(AF)/98/3), Laudo del 26 de junio de 2003, ¶ 236; James Crawford, *The ILC's Articles on Diplomatic Protection*, 31 *South African Yearbook of International Law* 19 (2006); Ahmadou Sadio Diallo (“Guinea v. República Democrática del Congo”) 2007 ICJ Reports 1, 31, 37 (24 de mayo).

[33] Proyecto de Artículo 9, Report of the International Law Commission to the General Assembly 61 U.N. GAOR Sup. (Nro. 10) pág. 52.

[34] Proyecto de Artículo 9, Report of the International Law Commission to the General Assembly 61 U.N. GAOR Sup. (Nro. 10) pág. 52. Los comentarios a este Proyecto de Artículo expresan que este principio contradice lo que la CIJ estableció en “Barcelona Traction”, ya que en ese caso la Corte reconoció que había una necesidad de un “vínculo estrecho y permanente” entre el Estado que ejercía la protección diplomática y la sociedad.

[35] Proyecto de Artículo 11, Report of the International Law Commission to the General Assembly 61 U.N. GAOR Sup. (Nro. 10) pág. 58.

[36] Ahmadou Sadio Diallo (“Guinea v. República Democrática del Congo”) 2007 ICJ Reports 1, 37 (24 de mayo).

[37] *History of the ICSID Convention* 2 II-1 (2006).

[38] *Id.*; *Id.* 259.

[39] C.F. Amerasinghe, *The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multilateral Corporation*, 9 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 793, 803 (1976); ver también Paul C. Szasz, *A Practical Guide to the Convention on Settlement of Investment Disputes*, 1 *Cornell International Law Journal* 1, 9 (1968) (“si el inversor es un nacional del Estado en el que hace la inversión, debe estar preparado para presentar cualquier disputa con su propio gobierno en sus cortes nacionales o entes administrativos competentes”.); Id. (“Una razón para los requisitos jurisdiccionales restrictivos es que el Convenio fue diseñado para llenar un espacio específico en los foros anteriormente disponibles para resolver controversias relativas a inversiones”.); Emmanuel Gaillard, *Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses* 3(1) *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 136, 140 (Spring 1988); C.F. Amerasinghe, *Jurisdiction racione personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 47 *British Yearbook of International Law* 227, 228-229 (1974-1975).

[40] El Gobierno Español, *History of the ICSID Convention* 13 II-1 (2006); en el comentario al primer Proyecto del Convenio, declaró que era “necesario, en primer lugar, excluir las disputas entre los Estados y sus propios nacionales”, Id. 22; la cuestión de la nacionalidad estaba contemplada explícitamente como una excepción preliminar para la jurisdicción que tenía su propio procedimiento, Id. 33-37; “Estos servicios, por lo tanto, no estarán disponibles en relación con las disputas entre particulares, entre un gobierno y un nacional propio o entre gobiernos” Id. 78; Mr. Broches, Id. 563 (9 de julio de 1964). Aron Broches, *Development of International Law by the International Bank for Reconstruction and Development* (1965) in *Selected Essays World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law* 83 (1995).

[41] Paul C. Szasz, *A Practical Guide to the Convention on Settlement of Investment Disputes*, 1 *Cornell International Law Journal* 1, 10 (1968).

[42] Mr. Broches, *History of the ICSID Convention* 395 II-1 (18 de febrero de 1964) (2006).

[43] Mr. Gould (Sudáfrica), History of the ICSID Convention 394 II-1 (18 de febrero 1964) (2006) (“No sería un principio saludable que una sociedad con el control y la administración en el Estado que recibe la inversión tenga acceso directo a un litigio con ese Estado ante tribunales internacionales.”); ver también Representante australiano, History of the ICSID Convention 709 II-2 (21 de diciembre de 1964) (2006) (“Sin embargo, con respecto a las personas jurídicas, podría ser conveniente que los accionistas que pueden poseer una nacionalidad diferente puedan defender sus derechos incluso si la sociedad de la que son accionistas es considerada un nacional del Estado parte en la controversia”).

[44] Mr. Broches, History of the ICSID Convention 446 II-1 (2006).

[45] Mr. Broches, Draft report of the executive directors, History of the ICSID Convention 957-958 II-2 (19 de enero de 1965) (2006).

[46] Mr. Broches, History of the ICSID Convention 395 II-1 (18 de febrero de 1964) (2006).

[47] Id.

[48] History of the ICSID Convention 869 II-2 (2006).

[49] Id. 938.

[50] Id. 869.

[51] Aron Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction (1966) in Selected Essays World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law 168 (1995).

[52] Emmanuel Gaillard, Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses 3(1) ICSID Review Foreign Investment Law Journal 136, 140 (Spring 1988); ver también C.F. Amerasinghe, Jurisdiction *ratione personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 47 British Yearbook of International Law 227, 255 (1974-1975).

[53] History of the ICSID Convention 871 II-2 (2006).

[54] “Abaclat y otros v. Argentina”, Caso CIADI Nro. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, ¶ 420 (notas al pie omitidas) (“De acuerdo al derecho internacional general aplicado a sociedades y otras formas de organización, el requisito de nacionalidad significa que dichas sociedades y organizaciones deben

estar debidamente constituidas y organizadas con arreglo a la ley italiana y/o tener su ‘siège social’ en Italia”).

[55] C.F. Amerasinghe, Jurisdiction *ratione personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 47 *British Yearbook of International Law* 227, 255 (1974-1975).

[56] *Id.* 260.

[57] Pierre Lalive, The First ‘World Bank’ Arbitration (“Holiday Inns v. Marruecos”)—Some Legal Problems, 51 *British Yearbook of International Law* 123, 141 (1980).

[58] Aunque hay cierta discusión acerca del grado hasta el cual la definición de inversor e inversión no están sujetos a los límites del Convenio del CIADI.

[59] Aron Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 136 *Recueil des Cours* 331, 351 (1972-II); *Vacuum Salt Products Limited v. Ghana* (Caso CIADI Nro. ARB/92/1), Laudo del 16 de febrero de 1994, ¶¶ 36-38; “The Rompetrol Group NV v. Rumania” (Caso CIADI Nro. ARB/06/3), Decisión sobre Jurisdicción del 18 de abril de 2008, ¶ 80.

[60] Aron Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 136 *Recueil des Cours* 331, 362 (1972-II).

[61] *Id.*

[62] “TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina” (Caso CIADI Nro. ARB/05/5), Laudo del 19 diciembre 2008, ¶160.

[63] “ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Hungría” (Caso CIADI Nro. ARB/03/16), Laudo del 2 de octubre de 2006, ¶ 336; “Wena Hotels v. República Árabe de Egipto” (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Jurisdicción del 25 de mayo de 1999., 41 *ILM* 881, 889; “Tokios Tokeles v. Ucrania” (Caso CIADI Nro. ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril de 2004, ¶ 52; “The Rompetrol Group NV v. Rumania” (Caso CIADI Nro. ARB/06/3), Decisión sobre Jurisdicción del 18 de abril de 2008.

[64] David Gaukrodger, “Investment treaties as corporate law: Shareholder claims and issues of consistency. A preliminary framework

for policy analysis”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/3, OECD Investment division, p. 32 (2013).

[65] Ibid, p. 33.

[66] Ibid, p. 32.

[67] “Tokios Tokeles v. Ucrania” (Caso CIADI Nro. ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril de 2004, ¶ 55.

[68] “The Rompetrol Group NV v. Rumania” (Caso CIADI Nro. ARB/06/3), Decisión sobre Jurisdicción del 18 de abril de 2008, ¶ 101.

[69] “Wena Hotels v. República Árabe de Egipto” (Caso CIADI Nro. ARB/98/4), Decisión sobre Jurisdicción del 25 de mayo de 1999, 41 ILM 881, 889.

[70] “ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Hungría” (Caso CIADI Nro. ARB/03/16), Laudo del 2 octubre de 2006, ¶ 336.

[71] “Wena Hotels v. República Árabe de Egipto” (Caso CIADI Nro. ARB/98/4), Decisión sobre Jurisdicción del 25 de mayo de 1999, 41 ILM 881, 889; “Tokios Tokeles v. Ucrania” (Caso CIADI Nro. ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril 2004, ¶ 52; “The Rompetrol Group NV v. Rumania” (Caso CIADI Nro. ARB/06/3), del 18 de abril de 2008.

[72] “Perenco Ecuador Limited v. Ecuador” (Caso CIADI Nro. ARB/08/6), Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 12 de septiembre de 2014, § VII(A)(3).

[73] “Banro American Resources y Société Aurifère du Kivu et tu Maniema SARL v. República Democrática del Congo” (Caso CIADI Nro. ARB/98/7), Decisión sobre Jurisdicción del 1 de septiembre de 2000 (extractos), ¶ 24.

[74] “ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited v. Hungría” (Caso CIADI No. ARB/03/16), Laudo del 2 octubre 2006, ¶¶ 336-337.

[75] “Tokios Tokeles v. Ucrania” (Caso CIADI Nro. ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción, Opinión en disidencia del Profesor Weil del 29 de abril de 2004, ¶ 29.

[76] “Phoenix Action Ltd. v. República Checa” (Caso CIADI Nro. ARB/06/5), Laudo del 15 de abril 2009, ¶ 140.

[77] "Phoenix Action Ltd. v. República Checa" (Caso CIADI Nro. ARB/06/5), Laudo del 15 de abril de 2009, ¶ 141.

[78] *Id.*, ¶ 144.

[79] *Id.*

[80] N. del T: Más conocido por sus siglas en inglés: NAFTA

[81] "The Loewen Group Inc. y Raymond L. Loewen v. Estados Unidos" (Caso CIADI Nro. ARB(AF)/98/3), Laudo del 26 junio 2003, ¶ 223.

[82] "Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Venezuela" (Caso CIADI Nro. ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción del 10 junio de 2010, ¶ 157.

[83] "Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Venezuela" (Caso CIADI Nro. ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción del 10 de junio 2010, ¶ 190.

[84] "Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Venezuela" (Caso CIADI Nro. ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción del 10 de junio de 2010, ¶ 204.

[85] "Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Venezuela" (Caso CIADI Nro. ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción del 10 de junio 2010, ¶ 205. Se llegó a una conclusión similar en "Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, CA, Twenty Grand Offshore, LLC, Point Marine, LLC, Jackson Marine, LLC, Zapata Gulf Marine Operations, LLC v Venezuela" (Caso CIADI Nro. ARB/10/5), Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero 2013, ¶ 198.

[86] "ConocoPhilips Petrozuata B.V., ConocoPhilips Hamaca B.V., ConocoPhilips Gulf of Paria B.V. y ConocoPhilips Company v Venezuela" (Caso CIADI Nro. ARB/07/30), Decisión sobre Jurisdicción y Fondo del 3 septiembre 2013, § VI(C)(1).

[87] "Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador" (Caso CIADI Nro. ARB/09/12), Decisión sobre Jurisdicción del 1 de junio de 2012, ¶ 2.45.

[88] "Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador" (Caso CIADI Nro. ARB/09/12), Decisión sobre Jurisdicción del 1 de junio 2012, ¶ 2.109-2.111. Con relación a los distintos estándares aplicados por estos tribunales en cuanto al tiempo y al momento de surgimiento de la controversia ver Utku Topcan, 'Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration' in 29(3) ICSID Review 627, 646-647 (Fall 2014).

[89] History of the ICSID Convention 255 II-1 (2006); Id. 406.

[90] Se ha sostenido, sin embargo, que "los Estados contratantes pueden recurrir a fórmulas simples si desean asegurarse que cualquier demandante futuro no tenga conexiones sustanciales con alguno de ellos". Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* 316-317 (2009).

[91] C.F. Amerasinghe, *Jurisdiction razione personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 47 *British Yearbook of International Law* 227, 255 (1974-1975).

[92] Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (1972) en *Selected Essays World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law* 202 (1995).

[93] "Amco Asia Corp. y otros v. Indonesia" (Caso CIADI Nro. ARB/81/1), Decisión sobre Jurisdicción del 25 de septiembre de 1981, ¶ 14, pero nótese que el tribunal reconoció que, en cualquier caso, el controlante final habría sido un extranjero.

[94] "Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. Camerún" (Caso CIADI Nro. ARB/81/2), Laudo del 21 de octubre de 1983, ¶ 14 en 114 *ILR* 152, 162 [extractos]. Este mismo criterio fue seguido en "Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia" (Caso CIADI Nro. ARB/83/2), Laudo del 31 de marzo de 1986, 26 *ILM* 647, 652-653.

[95] "SOABI v. Senegal" (Caso CIADI Nro. ARB/82/1), Decisión sobre Jurisdicción del 19 de julio de 1984, ¶ 38; "African Holding Company of America y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. República Democrática del Congo" (Caso CIADI Nro. ARB/05/21), Decisión sobre Jurisdicción del 29 de julio de 2008, ¶ 101.

[96] "Autopista Concesionada de Venezuela CA v. Venezuela" (Caso CIADI Nro. ARB/00/5), Decisión sobre Jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, ¶ 86; "Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia" (Caso CIADI Nro. ARB/02/3), Decisión sobre Jurisdicción del 21 de octubre de 2005, ¶ 264.

[97] "Vacuum Salt Products Limited v. Ghana" (Caso CIADI Nro. ARB/92/1), Laudo del 16 de febrero de 1994, ¶ 54; "TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina" (Caso CIADI Nro. ARB/05/5), Laudo del 19 de diciembre de 2008, ¶ 160.

[98] "Vacuum Salt Products Limited v. Ghana" (Caso CIADI Nro. ARB/92/1), Laudo del 16 de febrero de 1994, ¶ 29 n. 9.

[99] "TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina" (Caso CIADI Nro. ARB/05/5), Laudo del 19 de diciembre de 2008, ¶ 146.

[100] C.F. Amerasinghe, *The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multilateral Corporation*, 9 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 793, 807 (1976); ver también Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* 323-324 (2009) (distingue la cuestión de la nacionalidad en la protección diplomática como una cuestión de admisibilidad mientras que en disputas de inversión lo considera un tema de jurisdicción).

[101] Proyecto de Artículo 17, Report of the International Law Commission to the General Assembly 61 U.N. GAOR Sup. (No. 10) en 89. En los comentarios a este Artículo, la CDI específicamente distingue el Proyecto de Artículos de los principios aplicables a los TBI o al CIADI en la medida en que no son compatibles con ellos.

[102] Ver artículo 27, Convenio del CIADI, que fuerza a los Estados a renunciar a la protección diplomática de sus inversores si consintieron a la jurisdicción del CIADI.

[103] "Perenco Ecuador Limited v. Ecuador" (Caso CIADI Nro. ARB/08/6), Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 12 de septiembre de 2014, ¶ 522.

[104] "KT Asia Investment Group BV v. Kazajstán" (Caso CIADI No. ARB/09/8), Laudo del 17 octubre de 2013, ¶ 143.

[105] Es decir, el principio de la nacionalidad efectiva, tal como refleja el Proyecto de Artículo 7 de la CDI no sería aplicable a los tribunales del CIADI ya que ese caso fue específicamente rechazado por las partes negociantes.

33 *La nacionalidad de las sociedades: los principios de la protección diplomática, ¿un modelo para el CIADI?*

[\[106\]](#) Ver la denuncia de Ecuador y Bolivia del Convenio.