

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA
RECINTO UNIVERSITARIO “RUBÉN DARÍO”
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO**



MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL

**LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
ESTABLECIDOS EN EL TLC DR-CAFTA Y EN LOS TRATADOS
BILATERALES DE INVERSIÓN (TBIS). EFECTOS DE SU
APLICACIÓN EN NICARAGUA DURANTE EL PERIODO 2006-2010**

Tesis para optar al Título de Máster en Derecho Empresarial

MAESTRANTE:

REINALDO ANTONIO ROQUE GUTIÉRREZ

TUTOR:

Dr. ARMÍN SANTAMARIA CANO

Managua, noviembre del 2012

INDICE

DEDICATORIA:	4
AGRADECIMIENTO:	5
RESUMEN	7
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
1. CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	9
2. ENUNCIADO.....	10
I. INTRODUCCIÓN	11
II. OBJETIVOS	15
OBJETIVO GENERAL:.....	15
OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	15
HIPÓTESIS	16
III. MARCO TEÓRICO	17
CAPITULO I. ORGANISMOS MULTILATERALES DE COMERCIO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS	17
1.1. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC):.....	17
1.1.1. Antecedentes históricos:	17
1.1.2. Función:.....	19
1.1.3. Solución de diferencias:.....	20
1.1.4. Procedimiento de solución de diferencias en el seno de la OMC	23
1.1.5. Apelación:.....	25
1.1.6. Plazos.....	26
1.1.7. Sanciones:.....	26
1.2. EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI).....	28
1.2.1. Organización y funciones:.....	30
1.2.2. Condiciones necesarias para la iniciación de un procedimiento ante el CIADI.	31
1.2.3. Algunas notas sobre el procedimiento arbitral.	34

1.2.4.	Reflexiones en torno a la operatividad del sistema CIADI.....	40
1.3.	LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI).	52
1.3.1.	Origen.....	52
1.3.2.	Composición	53
1.3.3.	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)	53
1.3.4.	Antecedentes de la ley modelo	55
1.3.5.	Características más destacadas de la Ley Modelo	58
1.4.	OTROS ORGANISMOS MULTILATERALES PARA LA PROTECCIÓN DELAS INVERSIONES.....	74
1.4.1.	EL ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES (MIGA).	74
1.4.2.	LA CORPORACIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS EN EL EXTRANJERO (OPIC).	76
1.4.3.	LA CONVENCIÓN DE NEW YORK DE 1958.....	78
CAPITULO II. EFICACIA DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS QUE SE APLICAN EN EL TLC DR-CAFTA Y TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBIs).....		81
2.1.	EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DR-CAFTA	81
2.1.1.	Antecedentes de la Negociación del TLC- DR-CAFTA.	82
2.1.2.	Mecanismo de Solución de Controversias en el TLC DR- CAFTA.....	87
2.1.3.	Arbitraje Comercial Internacional Privado: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (DR-CAFTA), Capítulo 10, Sección B: Solución de Controversias Inversionista – Estado	88
2.1.4.	Arbitraje Comercial Internacional Público: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (TLC DR-CAFTA), Capítulo 20, Sección A: Solución de Controversias.	92
2.2.	EVOLUCIÓN Y MARCO DE DESARROLLO DE LOS ACUERDOS BILATERALES DE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES (APPRIS).	99
2.2.1.	Definición y Contenido de los APPRIs	106
2.2.2.	Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscritos por Nicaragua.....	112
2.2.3.	Centros e instancias de Arbitrajes en los que está suscrito Nicaragua.....	120

CAPITULO III. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TLC DR-CAFTA Y TBIs PARA EL ESTADO DE NICARAGUA.....	121
1.1. Efectos de los procedimientos para la solución de controversias en el DR-CAFTA para Nicaragua.....	121
1.1.1. La falta de mecanismos jurídicos protectores.....	125
1.1.2. Vulnerabilidad del sistema jurisdiccional nacional.	129
1.1.3. La imposición del CIADI en la jurisdicción nacional.	132
1.1.4. Los órganos del nuevo aparato juzgador:	133
1.1.5. Quebrantamientos del orden constitucional nicaragüense.....	137
1.2. Efectos Jurídicos de los Tratados Bilaterales de Inversión TBIs	139
1.3. La cláusula de solución de controversias Inversionista vs. Estado y otros aspectos de incidencia.	140
IV. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	149
V. RESULTADOS.....	152
VI. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....	158
VII. CONCLUSIONES.....	166
VIII. RECOMENDACIONES.....	169
IX. BIBLIOGRAFIA.....	171
X. ANEXOS.....	177
ANEXO 1. GLOSARIO DE SIGLAS.	177
ANEXO 2. ENTREVISTA CUALITATIVA.....	180
ANEXO 3. CAPITULO XX TLC DR – CAFTA.....	182
ANEXO 4. DECRETO CREADOR DE LA COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA DEFENSA DEL ESTADO DE NICARAGUA POR DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES.....	195
ANEXO 5. CRÉASE LA COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL DE SEGUIMIENTO Y ATENCIÓN A PROCESOS DE DEMANDAS JUDICIALES Y ARBITRALES POR EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA.....	200

DEDICATORIA:

A **DIOS**, a su Divina presencia en Mí, fuente de mi inspiración y fortaleza,

A mis HIJOS, **MARIA GABRIELA** y **CARLOS MANUEL ROQUE MONTERREY**,

A mi Esposa, **ELSA MARÍA MONTERREY VÍLCHEZ**.

AGRADECIMIENTO:

A los Docentes de la Maestría en Derecho Empresarial de la UNAN-MANAGUA, quienes contribuyeron enormemente en mi crecimiento profesional y humano.

A las Autoridades del Departamento de Derecho de la Facultad de Humanidades y Ciencias Jurídicas, y a su personal administrativo por su apoyo.

A los Funcionarios de Instituciones Públicas y Privadas, que contribuyeron con su valiosa información, a la culminación de la presente Tesis.

A mi Tutor, Doctor **ARMIN ADARIEL SANTAMARÍA CANO**, quien me asistió en todo momento durante la elaboración de mi Tesis de Maestría.

RESUMEN

El Estado de Nicaragua, con el objetivo de abrir fronteras comerciales, ha desarrollado en los últimos años, mediante la firma de Tratados de Libre Comercio y Tratados Bilaterales de Inversión, las bases para su desarrollo económico. En ese sentido, ha surgido la necesidad de establecer regulaciones específicas en esta materia, por parte de los Estados Inversores o Exportadores, así como de los Estados receptores, quedando las partes contratantes obligadas voluntariamente a su cumplimiento, lo que particularmente es del interés del Estado.

En vista de la crisis que sufren los sistemas de justicia en todo el mundo, se ensayan procedimientos alternos, tales como el arbitraje, la mediación, la conciliación, la negociación directa, el diálogo y otros mecanismos análogos. Estos mecanismos deben ser actualizados y mejorados. En este contexto cobran vital importancia los mecanismos de solución de controversias establecidos en el DR-CAFTA y en Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), lo mismo que los efectos de su aplicación en Nicaragua.

Los objetivos de esta investigación estuvieron dirigidos a identificar estos procedimientos y el rol que juegan los Organismos Multilaterales de Comercio Internacional en la protección de las inversiones, así como establecer el grado de eficacia de los mecanismos de solución de controversias que se aplican en el TLC DR-CAFTA y Tratados Bilaterales de Inversión. En este contexto se analizaron los efectos que se derivan para el Estado de Nicaragua, de la aplicación de los sistemas de solución de controversias vigentes en esos Acuerdos Comerciales Internacionales.

Este estudio se llevó a cabo con el uso de la metodología cualitativa, es de carácter analítico-crítico. La muestra fue seleccionada de acuerdo con el tipo de muestreo probabilístico y el estudio se centró en el análisis de la eficacia de los procedimientos establecidos en el TLC DR-CAFTA y en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) para la solución de controversias, así como los efectos de su aplicación para el Estado de Nicaragua en el periodo 2006 – 2010.

Se utilizó la entrevista para los Funcionarios de Instituciones Públicas y Privadas de Nicaragua, relacionadas con los Tratados de Libre Comercio, Tratados Bilaterales de Inversión y los mecanismos de solución de controversias surgidos en ellos, de lo que se desprenden los efectos que ello acarrea al Estado de Nicaragua. La revisión documental permitió analizar, identificar y establecer la eficacia y efectos de los tratados comerciales al momento de posibles discrepancias en cuanto a su aplicación.

Algunas de las principales conclusiones del estudio son:

1. Las disposiciones de los acuerdos sobre inversión, ya sea dentro del TLC DR-CAFTA o un TBI, ponen en riesgo la capacidad jurídico procesal de defensa del Estado de Nicaragua para dirimir las controversias comerciales surgidas de la aplicación o alcances de estos cuerpos normativos internacionales, lo que atenta contra su soberanía nacional y políticas comerciales.
2. La poca precisión de las normas que describen los derechos de los inversionistas, podría abrir la puerta para interpretaciones excesivamente generales y peligrosas. Se crea la posibilidad de que el inversionista interponga reclamos contra políticas públicas estatales, en cualquier área que tenga relación con sus inversiones.
3. Un efecto adverso al Estado de Nicaragua, consiste en los elevados costos financieros de los procedimientos para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en materia de arbitraje internacional.
4. Las Interpretaciones extensivas de la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, producen riesgos adicionales para el gobierno nicaragüense al momento de dirimir una posible contienda de este tipo y limitando su espacio en la aplicación de políticas nacionales.

Palabras claves: Tratado de Libre Comercio, Tratados Bilaterales de Inversión, controversias, Estado de Nicaragua, Inversionista.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA.

Con la política de apertura comercial que ha adoptado Nicaragua en la última década, manifestada en los distintos Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRIs), Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y Tratados de Libre Comercio (TLCs) que ha suscrito, ha abierto las puertas a la inversión extranjera en Nicaragua. Se ha mejorado la infraestructura y generado nuevas fuentes de empleo, lo que ha inyectado dinamismo y movimiento a la economía nacional.

Dentro de los Tratados de Inversión (APPRIs, TBIs, TLCs) negociados, suscritos y/o ratificados por Nicaragua, se establecen mecanismos alternos para la solución de controversias relativas a inversión que puedan surgir entre Estados, o entre un Estado Receptor de la Inversión y los Inversionistas de los otros Estados

Nicaragua es miembro de la OMC y del TLC DR-CAFTA. El panorama se convierte relativamente complejo al existir dos órganos principales a los cuales acudir en caso de existir una controversia en materia de comercio. Siendo así, los mecanismos jurídicos existentes tanto en los Tratados, como en nuestro país, se puede presentar alguna confusión, al determinar cuál es el procedimiento y órgano competente para plantear la posible controversia, ya que en ocasiones las soluciones pueden llegar a ser contradictorias.

En los Capítulos X y XX del TLC DR-CAFTA, se presenta una inconsistencia en los Tribunales Arbitrales, relativa a la interpretación de las disposiciones, lo que da lugar a una incertidumbre jurídica en cuanto al mecanismo de solución de controversias, debido a que no sientan precedente. En cierto modo puede ser bueno, pero no ha existido uniformidad en lo establecido

por los Paneles en sus reportes finales y con eso aportan inseguridad jurídica a los inversionistas y a los Estados miembros del Tratado. Es por ello que es necesario analizar el procedimiento de estos tratados internacionales y los efectos de su aplicación.

2. ENUNCIADO.

Ante ello cabe formularse la siguiente pregunta:

¿CUÁLES HAN SIDO LOS EFECTOS PARA EL ESTADO DE NICARAGUA, DE LA APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ESTABLECIDOS EN EL TLC DR-CAFTA Y EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBIs) DURANTE EL PERIODO 2006-2010?

I. INTRODUCCIÓN

Debido a las relaciones comerciales que Nicaragua ha desarrollado en los últimos años, con el objetivo de abrir nuevos espacios comerciales y oportunidades de inversión mediante la firma de Tratados de Libre Comercio y Tratados Bilaterales de Inversión, ha venido surgiendo la necesidad de establecer regulaciones específicas en esta materia, por parte de los Estados Inversores o Exportadores, así como de los Estados receptores, quedando las partes contratantes obligadas voluntariamente a su cumplimiento, lo que particularmente es del interés de Nicaragua.

La globalización de las economías, los procesos de integración en áreas supranacionales, el avance tecnológico y la especialización que han alcanzado las diversas transacciones comerciales, entre otros factores, son determinantes de los profundos cambios operados en el mundo empresarial.

El flujo de las inversiones y el diseño de alianzas estratégicas, son ejemplos de esa nueva proyección internacional de la economía de nuestros días.

En este contexto, la existencia de sistemas de solución de controversias comerciales que se adecuen a los requerimientos de la época, resulta de fundamental importancia.

Desde el mismo origen de la humanidad se presentan diferencias. Con la creación del Estado moderno se le otorga casi el monopolio al Estado para resolver los conflictos a través del aparato jurisdiccional. Se desarrolla bajo la denominación de métodos alternos de solución de controversias, un movimiento que tiene como propósito principal recuperar los principios generales del Derecho, el sentido común, el protagonismo de los particulares en resolver por sí mismos sus propias diferencias, la negociación y otros principios que se han extraviado en los tribunales ordinarios de justicia de la mayor parte de los países del orbe, con mayor agudeza en los países subdesarrollados.

Las formas alternativas previstas para resolver conflictos tienen como característica separar el método judicial de los posibles arreglos que las partes voluntariamente buscan sin atenerse estrictamente a la exclusividad de los tribunales ordinarios de justicia.

En vista de la crisis que sufren los sistemas de justicia en todo el mundo, se ensayan procedimientos alternos, tales como el arbitraje, la mediación, la conciliación, la negociación directa, el diálogo y otros mecanismos análogos. Dichos mecanismos son actualizados y mejorados, ya que son muy antiguos.

Estos mecanismos de solución de conflictos, en primer lugar el de conciliación, que a nivel internacional algunos hacen su equivalencia con la mediación, constituyen una antigua manera de dirimir las desavenencias presentadas entre las personas, e incluso, corresponde a una metodología que se extiende a grupos sociales y aún a Estados envueltos en discrepancias, los cuales buscan evitar una jurisdicción convencional de jueces, tribunales u organismos institucionales.

Actualmente, las disposiciones del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), contemplan la posibilidad de recurrir al arbitraje.

El Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA y los TBIs, incorporan el arbitraje dentro de los mecanismos de solución de controversias entre Estados. La incorporación del arbitraje en los Tratados de Integración Económica es reciente, y se da a partir de la década de los noventa en el siglo XX. Y en lo que respecta a nuestro país, en el primer decenio del siglo XXI,

Con el fin de precisar las características del arbitraje, se establecerán las diferencias y similitudes con otros mecanismos alternativos; se precisará la noción, elementos y su definición; las materias y asuntos que pueden ser objeto del mismo; los requisitos exigidos por el legislador en materia de procedimientos; las condiciones que debe reunir el arbitraje; el foro; algunas notas sobre el

procedimiento arbitral; así como reflexiones en torno a la operatividad del sistema del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Por ello, este trabajo pretende destacar el acceso, la libertad y las oportunidades de que deben gozar las partes, el efecto preventivo de un conflicto mayor y por sobre todo, lo que debería ser la solución pacífica, económica, equitativa y constructiva de resolver los conflictos, así como los efectos de la aplicación de estos **mecanismos de solución de controversias para el Estado de Nicaragua.**

Debido a que no existen antecedentes de investigaciones que aborden esta problemática con profundidad, ni los tratadistas han investigado este tema con la atención que se merece, es que se abordan los métodos alternos de solución de controversias. Posteriormente se analizan los Tratados de Libre Comercio, la aplicación y utilización del arbitraje dentro de los referidos Tratados, como el Mecanismo de Solución de Controversias en ellos, así como el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), para lo cual se hace necesario exponer un resumen del Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA, el sistema de solución de controversias dentro del Tratado, las ventajas y beneficios de los métodos alternos de solución de controversias.

Es imposible dedicarle suficiente espacio en esta tesis a la explicación de todas las bases teóricas y prácticas que cimientan la utilización del arbitraje y los métodos alternos de solución de controversias dentro del Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA y los Tratados Bilaterales de Inversión TBIs. Se trató de hacerlo en forma breve, esperando que sea lo suficientemente ilustrativo para que se logre identificar la enorme incidencia de los mecanismos alternativos de solución de controversias dentro del Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA y los Tratados Bilaterales de Inversión TBIs

Debido a lo anterior, es completamente necesario determinar cuáles son los mecanismos de solución de controversias establecidos en el TLC DR-CAFTA y en

los Tratados Bilaterales De Inversión (TBIs), así como también determinar efectos de su aplicación en Nicaragua en el periodo 2006-2010.

Esta investigación desea aportar información específica sobre lo enunciado anteriormente, se desea contribuir sustancialmente en la misma, para poner al día a la comunidad jurídico-científica, sobre los efectos de los mecanismos de solución de controversias establecidos en el TLC DR-CAFTA y en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) en el marco de los procesos de integración.

Por lo tanto, dentro de esos mecanismos, el arbitraje comercial internacional está en crecimiento y tomando en cuenta la expansión y diversificación económica y comercial de Nicaragua, cobra mayor importancia la presente Tesis.

La metodología muestra una identificación clara, tanto del mecanismo como de su operatividad, describe el ámbito donde puede tener lugar, la forma de acceder a soluciones satisfactorias. Se realiza el análisis de la normativa reciente, sobre la cual aún es temprano para que haya pronunciamientos de la doctrina, de la propia jurisprudencia y de los especialistas sobre el tema; con lo que se pretende estar al día en esta materia sobre todo en el ámbito de las regulaciones de carácter legal y reglamentario.

II. OBJETIVOS.

OBJETIVO GENERAL:

Analizar la eficacia de los procedimientos establecidos en el TLC DR- CAFTA y en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) para la solución de controversias, así como los efectos de su aplicación para el Estado de Nicaragua durante el periodo 2006 - 2010

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Identificar los procedimientos que tienen los Organismos Multilaterales de Comercio Internacional para la protección de las inversiones extranjeras.
2. Establecer el grado de eficacia de los mecanismos de solución de controversias que se aplican en el TLC-DR-CAFTA y Tratados Bilaterales de Inversión.
3. Analizar los efectos que se derivan para el Estado de Nicaragua de la aplicación de los sistemas de solución de controversias vigentes en el TLC DR-CAFTA y en los Tratados Bilaterales de Inversión.

HIPÓTESIS.

LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ESTABLECIDOS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DR-CAFTA Y LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN, NO SON FAVORABLES PARA EL ESTADO DE NICARAGUA.

III. MARCO TEÓRICO.

CAPITULO I. ORGANISMOS MULTILATERALES DE COMERCIO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

1.1. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC):

1.1.1. Antecedentes históricos:

Con la firma de los acuerdos de Marrakech en abril de 1994 concluyeron ocho años de arduas negociaciones de la ronda de Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Uno de los mayores éxitos de esa ronda fue la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) como respuesta a los nuevos retos del comercio internacional.

El GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade* (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio) fue creado en 1947 en La Habana, como respuesta al periodo de proteccionismo, devaluaciones competitivas y controles de capitales del periodo de entreguerras que se considera fue uno de los factores que llevó a la Segunda Guerra Mundial. Tras la adopción de la *Smoot-Hawley Tariff Act*¹ en Estados Unidos, que incrementó los aranceles estadounidenses entre el 38%-52%, los socios comerciales de los EEUU le impusieron a éste restricciones comerciales como medida de represalia. Esto provocó un efecto dominó por el cual los flujos comerciales se desviaban a otros países, se tomaban medidas proteccionistas en estos, y a su vez medidas de represalia adicionales.

Una vez concluida la guerra, los líderes políticos mundiales quisieron establecer una serie de organizaciones internacionales que redujeran la posibilidad de que se repitiera de nuevo el conflicto. Estas organizaciones internacionales fueron creadas para controlar las relaciones internacionales y monetarias (Naciones Unidas y FMI) y para el control de las relaciones comerciales (la Organización Internacional del Comercio, OIC).

¹ Ley de tarifas Smoot-Hawley: Ley aprobada en Estados Unidos el 17 de junio de 1930, propuesta por los senadores Reed Smoot y Willis C. Hawley, que elevó unilateralmente los aranceles estadounidenses a los productos importados, para intentar mitigar los efectos de la Gran Depresión iniciada en 1929.

Se consideró que un aumento del comercio incrementaría las rentas reales y que la garantía de un acceso no discriminatorio a los mercados internacionales reduciría la posibilidad de conflictos políticos o que las disputas comerciales pudieran crearlos.

El GATT fue el resultado de conversaciones entre 23 países (12 países industrializados y 11 en desarrollo) que tuvieron lugar en paralelo a las conversaciones para la creación del OIC. Las negociaciones que tuvieron lugar en La Habana en 1947 no dieron sus frutos debido a la reticencia del Congreso de los Estados Unidos en ratificar el acuerdo. Finalmente, el GATT fue el único resultado de los acuerdos y éste impulsó la reducción de aranceles entre los Estados miembros.

A partir de aquí, y de acuerdo con el funcionamiento típico de los tratados, se sucedieron una serie de *rondas de negociación* que iban cambiando o añadiendo determinados aspectos al GATT. Por ejemplo, en 1962 se firmó el Acuerdo de Multifibras que derogaba determinadas restricciones cuantitativas en el sector textil de la aplicación de las reducciones arancelarias (es decir, que en estos sectores no se aplicarían dichas reducciones). Entre 1973 y 1979 se celebró la Ronda de Tokio y posteriormente se celebró la Ronda de Uruguay (1986-1993), siendo ésta, uno de los momentos más importantes dentro de las negociaciones comerciales, resultando en la reintegración del sector agrícola y textil, introducción de nuevas disciplinas en el sector servicios y de Propiedad Intelectual, así como la creación de la OMC.

Así pues, la OMC fue creada el 1 de enero de 1995, sustituyendo al GATT, en la ciudad de Ginebra, Suiza, donde aún mantiene su sede.

Pascal Lamy es el quinto Director General de la OMC. Su nombramiento, para un mandato de cuatro años, se hizo efectivo el 1º de septiembre de 2005. En abril de 2009, los Miembros de la OMC volvieron a elegir al Sr. Lamy para un segundo mandato de cuatro años, a contar desde el 1º de septiembre de 2009.

La OMC se establece y entra en vigor el 1 de enero de 1995 y viene a sustituir al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)² como órgano rector del comercio mundial. **Nicaragua es miembro de la OMC desde el 03 de Septiembre de 1995.**

La Asamblea Nacional Nicaragüense aprobó la adhesión de Nicaragua a esta organización, según Acuerdo A.N No. 1013 del 24 de Julio de 1995, Publicado en La Gaceta No. 138 del 25 de Julio de 1995, y se ratificó dicho acuerdo mediante el Acuerdo No. 47-95 del 27 de Julio de 1995, publicado en la Gaceta No. 141 del 28 de julio de 1995.

1.1.2. Función:

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. El objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades.

La OMC está dirigida por los gobiernos de sus Miembros. Todas las decisiones importantes son adoptadas por la totalidad de los Miembros, ya sea por sus Ministros (que se reúnen por lo menos una vez cada dos años) o por sus embajadores o delegados (que se reúnen regularmente en Ginebra).

Aunque la OMC está regida por sus Estados Miembros, no podría funcionar sin su Secretaría, que coordina las actividades. En la Secretaría trabajan más de 600 funcionarios, y sus expertos: abogados, economistas, estadísticos y especialistas en comunicaciones, que ayudan en el día a día a los Miembros de la OMC para asegurarse, entre otras cosas, de que las negociaciones progresen

² Nicaragua suscribió el GATT el 28 de Mayo de 1950.

satisfactoriamente y de que las normas del comercio internacional se apliquen y se hagan cumplir correctamente.

Los acuerdos de la OMC, establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son esencialmente contratos que garantizan a los países Miembros importantes derechos en relación con el comercio y que, al mismo tiempo, obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de unos límites convenidos en beneficio de todos. Aunque son negociados y firmados por los gobiernos, los acuerdos tienen por objeto ayudar a los productores de bienes y de servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades.

Para lograr ese objetivo, la OMC se encarga de:

- a) administrar los acuerdos comerciales
- b) servir de foro para las negociaciones comerciales
- c) resolver las diferencias comerciales
- d) examinar las políticas comerciales nacionales
- e) ayudar a los países en desarrollo con las cuestiones de política comercial, prestándoles asistencia técnica y organizando programas de formación
- f) cooperar con otras organizaciones internacionales.

1.1.3. Solución de diferencias:

El procedimiento de la OMC para resolver controversias comerciales en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias es vital para la observancia de las normas, y en consecuencia para velar por la fluidez de los intercambios comerciales. Los países someten sus diferencias a la OMC cuando estiman que se han infringido los derechos que les corresponden en virtud de los Acuerdos. Los dictámenes de los expertos independientes designados especialmente para el caso se basan en la interpretación de los Acuerdos y de los compromisos contraídos por cada uno de los países.

El procedimiento de solución de diferencias es la piedra angular del sistema multilateral de comercio y una contribución excepcional de la OMC a la estabilidad de la economía mundial. Sin un medio de solución de diferencias el sistema basado en normas sería menos eficaz, puesto que no podrían hacerse cumplir las normas. El procedimiento de la OMC hace hincapié en el imperio de la Ley y da mayor seguridad y previsibilidad al sistema de comercio. Se basa en normas claramente definidas y se establecen plazos para ultimar el procedimiento. Las primeras resoluciones las adopta un grupo especial y las respalda (o rechaza) la totalidad de los Miembros de la OMC. Es posible apelar basándose en cuestiones de derecho.

Ahora bien, lo importante no es dictar sentencia; la cuestión prioritaria es resolver las diferencias, de ser posible mediante la celebración de consultas. En enero de 2008 sólo en 136 de los 369 casos planteados se había llegado al final del procedimiento del grupo especial. En cuanto al resto, en la mayoría de los casos se había notificado su solución “extrajudicial” o seguían siendo objeto de un prolongado proceso de consultas, algunos desde 1995.³

Las diferencias que surgen en la OMC se refieren esencialmente a incumplimiento de contratos. Los Miembros de la OMC han convenido en que, cuando estimen que otros Miembros infringen las normas comerciales, recurrirán al sistema multilateral de solución de diferencias en vez de adoptar medidas unilateralmente. Ello significa seguir los procedimientos convenidos y respetar los dictámenes emitidos.

Surge una diferencia cuando un país adopta una política comercial o toma una medida que otro u otros Miembros de la OMC consideran infringe las disposiciones de la Organización o constituye un incumplimiento de las obligaciones contraídas. Un tercer grupo de países puede declarar que tiene interés en la cuestión, lo que le hace acreedor a ciertos derechos.

³ www.wto.org/spanish/consultada el 5 de julio del 2011

En el antiguo GATT existía ya un procedimiento de solución de diferencias, pero no preveía plazos fijos, era más fácil obstruir la adopción de las resoluciones y en muchos casos pasaba mucho tiempo sin que se llegara a una solución concluyente. El Acuerdo de la Ronda Uruguay estableció un procedimiento más estructurado, con etapas más claramente definidas. Implantó una mayor disciplina en cuanto al tiempo que debía tardarse en resolver una diferencia, con plazos flexibles para las diversas etapas del procedimiento. En el Acuerdo se hace hincapié en que para que la OMC funcione eficazmente es esencial la pronta solución de las diferencias. Se establecen con gran detalle el procedimiento y el calendario que han de seguirse al resolver las diferencias. Un caso que siga su curso completo hasta la primera resolución no debe durar normalmente más de un año aproximadamente, 15 meses de haber apelación. Los plazos convenidos son flexibles y si se considera que un caso es urgente (por ejemplo, si se trata de productos perecederos) se acelera en la mayor medida posible su solución.

Por otro lado, el Acuerdo de la Ronda Uruguay hace también que sea imposible que el país que pierda un caso obstruya la adopción de la resolución. Con arreglo al anterior procedimiento del GATT, las resoluciones únicamente podían adoptarse por consenso, lo que significaba que una sola objeción podía bloquear la adopción. Actualmente la resolución se adopta automáticamente a menos que haya consenso para rechazarla; es decir, si un país desea bloquear la resolución tiene que lograr que compartan su opinión todos los demás Miembros de la OMC (incluido su adversario en la diferencia).

Aunque el procedimiento es en gran parte análogo al de un tribunal o corte de justicia, la solución preferida es que los países afectados examinen sus problemas y resuelvan la diferencia por sí solos. Así pues, la primera etapa es la celebración de consultas entre los gobiernos partes en la diferencia y, aun cuando el caso siga su curso y llegue a otras etapas, sigue siendo siempre posible la celebración de consultas y la mediación.

1.1.4. Procedimiento de solución de diferencias en el seno de la OMC

La solución de diferencias es de la competencia del Órgano de Solución de Diferencias (el Consejo General bajo otra forma), integrado por todos los Miembros de la OMC. El Órgano de Solución de Diferencias tiene la facultad exclusiva de establecer “grupos especiales” de expertos para que examinen la diferencia y de aceptar o rechazar las conclusiones de dichos grupos especiales o los resultados de las apelaciones. Vigila la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y tiene potestad para autorizar la adopción de medidas de retorsión cuando un país no respete una resolución.

Primera etapa: consultas (hasta 60 días). Antes de adoptar cualquier otra medida los países partes en la diferencia tienen que mantener conversaciones para ver si pueden resolver sus diferencias por sí solos. Si este intento fracasa, pueden también pedir al Director General de la OMC que medie o trate de ayudar de cualquier otro modo.

Segunda etapa: el grupo especial (hasta 45 días para la constitución del grupo especial, más seis meses para que éste concluya su labor). Si en las consultas celebradas no se llega a una solución satisfactoria, el país reclamante puede pedir que se establezca un grupo especial. El país “en el banquillo” puede obstruir la constitución del grupo especial una vez, pero no puede volver a hacerlo cuando el Órgano de Solución de Diferencias se reúna por segunda vez (a no ser que haya consenso contra la constitución del grupo especial).

Oficialmente, el grupo especial ayuda al Órgano de Solución de Diferencias a dictar resoluciones o hacer recomendaciones, pero, como su informe únicamente puede ser rechazado por consenso en el Órgano de Solución de Diferencias, es difícil revocar sus conclusiones. Dichas conclusiones deben basarse en los Acuerdos invocados.

Normalmente, debe darse traslado del informe definitivo del grupo especial a las partes en la diferencia en un plazo de seis meses. En casos de urgencia, por ejemplo de tratarse de productos perecederos, ese plazo se reduce a tres meses.

En el acuerdo se describe con cierto detalle cómo deben actuar los grupos especiales. Las principales etapas son las siguientes:

Antes de la primera audiencia: cada parte en la diferencia expone sus argumentos, por escrito, al grupo especial.

Primera audiencia: el país reclamante y la parte demandada exponen sus argumentos: el país reclamante (o los países reclamantes), el país demandado y los terceros que hayan anunciado tener interés en la diferencia exponen sus argumentos en la primera audiencia del grupo especial.

Réplicas: los países afectados presentan réplicas por escrito y exponen verbalmente sus argumentos en la segunda reunión del grupo especial.

Expertos: cuando una parte en la diferencia plantea cuestiones de carácter científico o técnico, el grupo especial puede consultar a expertos o designar un grupo consultivo de expertos para que prepare un informe al respecto.

Proyecto inicial: el grupo especial da traslado de los capítulos expositivos (hechos y argumentación) de su informe a ambas partes en la diferencia y les da un plazo de dos semanas para formular observaciones. En este informe no se incluyen las constataciones y conclusiones.

Informe provisional: a continuación, el grupo especial da traslado de un informe provisional (en el que se incluyen sus constataciones y conclusiones) a ambas partes y les da un plazo de una semana para que soliciten un reexamen.

Reexamen: el período de reexamen no debe exceder de dos semanas. Durante ese tiempo el grupo especial puede celebrar nuevas reuniones con las dos partes en la diferencia.

Informe definitivo: se envía el informe definitivo a las partes en la diferencia y, tres semanas más tarde, se distribuye a todos los Miembros de la OMC. Si el grupo especial decide que la medida comercial objeto de la diferencia constituye una infracción de un Acuerdo de la OMC o un incumplimiento de una obligación dimanante de las disposiciones de la OMC, recomienda que se ponga en conformidad con dichas disposiciones. El grupo especial puede sugerir la manera en que podría hacerse.

El informe se convierte en una resolución: transcurridos 60 días, el informe se convierte en una resolución o recomendación del Órgano de Solución de Diferencias, a no ser que se rechace por consenso. Ambas partes en la diferencia pueden apelar (y en algunos casos ambas lo hacen).

1.1.5. Apelación:

Una y otra parte pueden apelar contra la resolución del grupo especial. A veces lo hacen ambas. Las apelaciones han de basarse en cuestiones de derecho, por ejemplo una interpretación jurídica; no es posible examinar de nuevo las pruebas existentes ni examinar nuevas cuestiones.

Cada apelación es examinada por tres miembros de un Órgano Permanente de Apelación establecido por el Órgano de Solución de Diferencias e integrado por siete miembros representativos en términos generales de la composición de la OMC. Los miembros del Órgano de Apelación son nombrados por un período de cuatro años. Deben ser personas de competencia reconocida en derecho y comercio internacional que no estén vinculadas a ningún gobierno.

La apelación puede dar lugar a la confirmación, modificación o revocación de las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial. Normalmente, la

duración del procedimiento de apelación no deberá ser superior a 60 días y en ningún caso excederá de 90 días.

El Órgano de Solución de Diferencias tiene que aceptar o rechazar el informe del examen en apelación en un plazo de 30 días; únicamente puede rechazarlo por consenso.

1.1.6. Plazos

Los plazos aproximados establecidos para cada etapa del procedimiento de solución de diferencias son indicativos: el acuerdo es flexible. Además, los países pueden resolver su diferencia por sí solos en cualquier etapa. Los plazos totales son también aproximados.

60 días	Consultas, mediación, etc.
45 días	Establecimiento del grupo especial y designación de sus miembros
6 meses	El grupo especial da traslado de su informe definitivo a las partes
3 semanas	El grupo especial da traslado de su informe definitivo a los Miembros de la OMC
60 días	El Órgano de Solución de Diferencias adopta el informe (de no haber apelación)
Total = 1 año	(sin apelación)
60-90 días	Informe del examen en apelación
30 días	El Órgano de Solución de Diferencias adopta el informe del examen en apelación
Total = 1 año y 3 meses	(con apelación)

1.1.7. Sanciones:

Si un país ha hecho algo que no debe hacer, ha de rectificar rápidamente; y si sigue infringiendo un acuerdo, debe ofrecer una compensación o sufrir una sanción adecuada que le haga cierto efecto.

Incluso una vez decidido el caso, todavía hay que hacer algo antes de la imposición de sanciones comerciales (que es la pena que suele imponerse). La cuestión prioritaria en esta etapa es que el “demandado” perdedor ponga su política en conformidad con la resolución o recomendación. En el acuerdo sobre la solución de diferencias se hace hincapié en que para asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los miembros, es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD (Órgano de Solución de Diferencias).

Si el país objeto de la reclamación pierde, debe seguir las recomendaciones formuladas en el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación. Debe manifestar su intención de hacerlo en una reunión del Órgano de Solución de Diferencias que ha de celebrarse dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe. En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, se dará al miembro afectado un “plazo prudencial” para hacerlo. Si no adopta las medidas oportunas dentro de ese plazo, tendrá que entablar negociaciones con el país reclamante (o los países reclamantes) para establecer una compensación mutuamente aceptable: por ejemplo, reducciones arancelarias en esferas de especial interés para la parte reclamante.

Si transcurridos 20 días no se ha convenido en una compensación satisfactoria, la parte reclamante podrá pedir la autorización del Órgano de Solución de Diferencias para imponer sanciones comerciales limitadas (“suspender la aplicación de concesiones u obligaciones”) con respecto a la otra parte. El Órgano de Solución de Diferencias deberá otorgar esa autorización dentro de los 30 días siguientes a la expiración del “plazo prudencial”, a menos que se decida por consenso desestimar la petición.

En principio, las sanciones deben imponerse en el mismo sector en que haya surgido la diferencia. Si ello resulta impracticable o ineficaz, podrán imponerse en un sector diferente en el marco del mismo acuerdo. Si también esto

es impracticable o ineficaz, y las circunstancias son suficientemente graves, podrán adoptarse medidas en el marco de otro acuerdo. El objetivo perseguido es reducir al mínimo la posibilidad de que se adopten medidas que tengan efectos en sectores no relacionados con la diferencia y procurar al mismo tiempo que las medidas sean eficaces.

En cualquier caso, el Órgano de Solución de Diferencias vigila la manera en que se cumplen las resoluciones adoptadas. Todo caso pendiente permanece en su orden del día hasta que se resuelva la cuestión.

1.2. EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI).

El CIADI es una institución arbitral privada del Banco Mundial con sede en Washington⁴, creada para propiciar la solución de disputas entre gobiernos y nacionales de otros Estados. Su fundamentación principal es dotar a la comunidad internacional con una herramienta capaz de promover y brindar seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales.

El CIADI se fundó como consecuencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966, y está financiado por el propio Banco Mundial. Entre sus principales funciones, se establece que el CIADI facilitará la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes, en un procedimiento de conciliación y arbitraje.

En realidad su objetivo es tutelar y proteger los intereses de las corporaciones internacionales, en caso de controversias, conflictos, disputas, entre

⁴ El banco Mundial, está integrado por cinco organizaciones: El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)..

inversores particulares (multinacionales) y Estados. Adicionalmente, el CIADI realiza estudios académicos sobre legislación de arbitraje y elabora publicaciones sobre el arreglo de diferencias respecto de las inversiones internacionales.

Su Secretario General, en la actualidad, desde marzo del año 2009, la canadiense Meg Kinnear (quien antes de su nombramiento ejercía como directora general del Trade Law Bureau de Canadá), se encarga de nombrar árbitros a pedido de las partes para establecer procedimientos de arbitraje ad-hoc, especialmente en el contexto de las reglas de arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

En la segunda mitad del siglo pasado, las empresas transnacionales han aumentado su poder mediante normas e instituciones especialmente diseñadas para dotar de protección generalizada a los inversores privados extranjeros. Estas polémicas protecciones han sido promovidas por el Banco Mundial y otras instituciones financieras internacionales, las mismas que se convierten en norma a través de los tratados bilaterales de inversiones (TBIs) y se hacen cumplir a través de tribunales de arbitraje internacionales, como es el CIADI. Bajo la lógica de la seguridad jurídica a las inversiones, lo que subyace en el CIADI es la intencionalidad clara de protección de los inversores por encima del derecho público nacional e internacional, sin garantías para los Estados, quedando desprovistos de mecanismos de impugnación como la apelación y otros recursos.

El arbitraje se realiza carente del principio de justicia, no son órganos judiciales. Significa la privatización de la justicia donde una parte tiene doble calidad es juez y parte, lo que viene a significar una dependencia y una subordinación jurídica de los derechos de los Estados en paneles privados de arbitraje. El CIADI dotó a las compañías transnacionales, llamados inversionistas, de un organismo internacional que ayuda a proteger su rentabilidad en el extranjero. No es un organismo independiente, dado que es parte del Grupo del Banco Mundial, del cual recibe su financiación, y por más que los países suscritos

a esta institución logren construir argumentos a su favor, el fallo del CIADI siempre está determinado de una carga ideológica a favor de los inversionistas. Este fue el motivo central de su creación y también de su actual existencia. Los casos dirimidos en el CIADI carecen de imparcialidad jurídica, este hecho se constata simplemente, analizando la conformación de los tribunales que se organizan en sus causas: cada parte nombra un árbitro, pero quien nombra el árbitro dirimente siempre es el Presidente del Banco Mundial en coordinación con el Secretario General del CIADI.

Si observamos una panorámica del plano internacional, encontramos que solo a finales de 2007, el total de controversias internacionales en materia de inversiones había alcanzado un total de 293, de las cuales 187 se sometieron al CIADI. Dichos casos involucraban al menos a 73 gobiernos, siendo 44 de ellos pertenecientes al grupo de los países en desarrollo, de los cuales 78% se amparan en supuestos incumplimientos de obligaciones de acuerdos bilaterales de inversión (TBIs)⁵.

1.2.1. Organización y funciones:

Además de tener personalidad jurídica internacional, el CIADI goza de inmunidades y privilegios. Su sede se encuentra en Washington D.C. (Estados Unidos). El organismo se encuentra formado por el Consejo Administrativo y la Secretaría. El primero está integrado por un representante de cada Estado contratante y lo preside el Presidente del Banco Mundial. Su función principal consiste en adoptar las normas que regularán las actuaciones relativas a la conciliación y arbitraje.

La Secretaría está constituida por un Secretario General y uno o más Secretarios Generales Adjuntos y el personal del Centro. Funciona bajo la dirección del primero que, a su vez, es elegido por el Consejo. Su función es registrar las solicitudes de iniciación de los procedimientos y de autenticar los

⁵ <http://plano-sur.org>. Consultado el 5 de julio 2011

laudos arbitrales dictados conforme al Convenio del CIADI, confiriendo copias certificadas de los mismos.

El CIADI no es conciliador ni árbitro de las controversias. Únicamente se encarga de administrar los procedimientos. Por ello, además de contar con una organización que sirve a la gestión, cuenta con una comisión conciliadora y una lista de árbitros que serán los que finalmente formen parte de los tribunales arbitrales del Centro. (Arto. 3 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965)

En cada lista, un Estado contratante tiene la posibilidad máxima de elegir hasta cuatro personas que no necesariamente han de ser nacionales de ese mismo Estado. (Arto. 13 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965). Por su parte, el Presidente del Consejo Administrativo también tiene la posibilidad de elegir para su inclusión en las listas un máximo de 10 personas, pero, en tal designación, debe cuidar que sean de distinta nacionalidad. (Arto. 13 núm. 2 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965). Con todo, las partes pueden nombrar a árbitros no pertenecientes a las listas, posibilidad que, sin embargo, le está vedada cuando tal designación haya de ser realizada por el Presidente del Consejo Administrativo.

1.2.2. Condiciones necesarias para la iniciación de un procedimiento ante el CIADI.

La jurisdicción del CIADI se encuentra acotada a unos particulares límites: Dentro de su jurisdicción objetiva, el Centro solo tiene poder para juzgar “una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión”. (Arto. 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965). Dentro de su jurisdicción subjetiva, la controversia debe existir “entre un Estado contratante o cualquier subdivisión política u organismo público de un estado contratante ante el Centro por dicho Estado y un nacional de otro estado contratante”. Ambos deben ir acompañados

de un criterio de competencia que se manifiesta por la voluntad de las partes mediante su consentimiento específico al sometimiento de sus controversias al Centro.

Con relación al primer presupuesto, se dice que debe tratarse de “diferencias de naturaleza jurídica”. Nótese que se exige una verdadera controversia jurídica y no de una mera diferencia de intereses, lo que está acorde con la normativa general sobre arbitraje internacional. En general, y pese a que no existe una definición concreta sobre lo que ha de entenderse por este requisito no se han presentado mayores inconvenientes en cuanto a su aplicación. Bastará la afirmación del demandante y la prescripción invocada lo que, en definitiva, determinará su cumplimiento.

Otro tanto de indefinición ocurre con el término “inversión” que tampoco se encuentra precisado en la convención. En efecto, de lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio Sobre Arreglo de diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, se colige que en este punto se ha dejado una gran libertad a las partes en cuanto a su entendimiento, lo que en la práctica ha provocado que los contratantes se hayan visto forzados a señalar expresamente en los instrumentos celebrados, generalmente acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), cuáles serán los ribetes del aludido término. En todo caso, cabe observar que frente a las posibles interpretaciones, el CIADI ha acudido a la “teoría de la unidad general de una operación de inversión”, en el sentido de señalar que tiene competencia para conocer de todas las cuestiones que se puedan presentar en relación con la operación de inversión.

En cuanto a la jurisdicción subjetiva se debe señalar que una de las partes debe ser un Estado contratante, o una subdivisión política u organismo público, actuando con la aprobación del Estado, y la otra debe ser nacional de otro Estado contratante. En términos específicos, se entiende que un Estado es contratante a los 30 días siguientes después de haber depositado su instrumento de ratificación,

aceptación o aprobación del texto convencional. (Arto.68 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965)

De esta forma, los mayores problemas pueden plantearse en los plazos transitorios, como por ejemplo, si el Estado denuncia el convenio, en cuyo caso produce sus efectos seis meses después de la notificación de la misma, o que todavía no pase el plazo mencionado de 30 días. En cuanto a los organismos públicos, tal condición deberá ser debidamente acreditada por el estado parte ante el Centro, de conformidad con el artículo 25 numeral 1 del convenio. En el caso de los inversores se exige que estos efectivamente tengan una nacionalidad distinta del Estado receptor. Sin embargo, sobre esta materia se han planteado numerosas dificultades de interpretación.

Por otro lado, las partes deben haber consentido en someterse a los procedimientos instituidos por el Centro. De esta forma, no basta la mera ratificación de la Convención del CIADI por parte del Estado receptor y del Estado del que es nacional el inversor, sino que tal voluntad deberá expresarse por escrito, pudiendo restringirse a determinadas materias. (Arto. 25 núm. 1 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965)

La fecha del otorgamiento del consentimiento ha de ser anterior al momento en que se inicia el procedimiento arbitral ante el Centro y su perfeccionamiento lleva consigo tres efectos básicos: (a) La Irretroactividad; (b) La imposibilidad de acudir a otros medios de solución de controversias y (c) La suspensión desde ese instante del ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado del que es nacional el inversor.

En la práctica, el consentimiento suele presentarse en planos jurídicos diferentes: (a) El contractual, mediante una cláusula contenida en el contrato celebrado entre el inversor y el Estado; (b) El Derecho interno, habitualmente un

código o ley de inversiones y (c) El Derecho internacional, en una cláusula de un acuerdo de promoción y protección de inversiones, o bien, mediante un instrumento multilateral. Podrá tratarse de un acuerdo mutuo que podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria o un compromiso. Igualmente, los Estados pueden someter sus diferencias en materia de inversiones con los inversores privados extranjeros, oferta que por supuesto deberá ser aceptada por este último para lograr un efecto vinculante.

Así mismo, se encuentran los tratados en materias de inversiones, bilaterales o multilaterales. Estos pueden adoptar diversas formas. Por ejemplo, algunos presentan un consentimiento expreso a los procedimientos del Centro. Otros solo tienen cláusulas que se refieren al CIADI y se realiza una promesa por parte de los Estados contratantes de que a solicitud del inversor se ha de otorgar el consentimiento. Por su parte, se encuentran los que solo contienen una mera declaración y, por último, aquellos en que se expresa que será necesario un acuerdo específico posterior. Solo el primero se encuentra completo, debiendo los restantes agregar a sus enunciados mayores formalidades.

1.2.3. Algunas notas sobre el procedimiento arbitral.

1.2.3.1 Inicio

El Estado contratante o el nacional de un Estado contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá una solicitud escrita al Secretario General, quien enviará copia de la misma a la otra parte. Este deberá registrar la petición, salvo que, de la información contenida en ella, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. De esta manera, procederá a notificar inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud o su denegación. Una vez registrada se procederá lo antes posible a la constitución del tribunal de arbitraje. (Arto. 37 núm. 1 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965).

Las Reglas de Arbitraje establecidas en el CIADI señalan que las partes son quienes deben acordar el número de miembros del tribunal, como sus nombres. A falta de acuerdo, y en cualquier momento dentro de los 60 días siguientes al registro de la solicitud, cualquiera de ellas podrá informar al Secretario General que se constituya el tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 37 numeral 2 b del convenio, es decir, “... *el tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo*”.

Si persiste el desacuerdo y el tribunal no llega a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación de registro hecho por el Secretario General, conforme al artículo 36 numeral 3 de la Convención del CIADI, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el artículo 30 del instrumento y la regla 4 de las Reglas de Arbitraje señalan: “*Cualquiera de las partes podrá dirigir una solicitud escrita al Presidente del Consejo Administrativo, a través del Secretario General, para que nombre el árbitro o árbitros que aún no hayan sido nombrados y para que designe a un árbitro para que actúe como presidente del tribunal*”. En este caso el Presidente del Consejo Administrativo habrá de tener en cuenta que en un plazo de 30 días ha de elegir entre aquellas personas que pertenecen a la lista de árbitros que mantiene el Centro y que en todo caso, no han de ser nacionales ni del Estado parte de la diferencia, ni del Estado del que es nacional el inversor.

Finalmente, el artículo 39 del texto convencional dispone que la mayoría de los árbitros no pueden tener ni la nacionalidad del Estado del que es nacional el inversor, ni del Estado que es parte en la controversia.

1.2.3.2. Reglas procesales aplicables

De conformidad con lo prescrito por el artículo 44 de la Convención del CIADI, se deja a las partes una gran libertad para acordar las normas procesales aplicables a la tramitación de su procedimiento. Solo en caso de que no exista tal

acuerdo, serán aplicables las Reglas de Arbitraje del Centro vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento para acudir a este mecanismo.

El arbitraje del CIADI es exclusivo y queda totalmente aislado de cualquier intervención de las jurisdicciones nacionales. La ley aplicable al procedimiento son las normas procesales contempladas en el texto convencional y, salvo acuerdo de las partes, las reglas de arbitraje adoptadas por el Centro.

En cuanto a las pruebas, serán las partes las que tendrán por misión aportar aquellas que apoyen sus pretensiones, además de proponer cualquier otro medio de prueba para su realización. No obstante, el tribunal arbitral siempre tendrá el poder de ordenar la práctica de aquellas pruebas que considere convenientes.

Por su parte, el artículo 45 de la Convención del CIADI contempla la facultad que tiene el tribunal de continuar el procedimiento arbitral, a pesar de la declaración de rebeldía de las partes, hasta la adopción del laudo. Sin embargo, en la práctica, luego de tal declaración por una de ellas y expirado el período otorgado, se flexibilizan estas normas procesales confiriéndole al rebelde un nuevo plazo cuando se prueba que no pudo cumplir a tiempo.

1.2.3.3. Medidas cautelares o provisionales

Otro aspecto importante sobre el procedimiento arbitral lo constituye la posibilidad de dictar medidas cautelares, tarea para la cual se requerirá de la colaboración de los respectivos tribunales nacionales. En efecto, las partes pueden acudir a las autoridades judiciales locales con el fin de solicitar que estas adopten una medida cautelar o provisional y tal actuación, en ningún caso, puede entenderse como una renuncia al procedimiento arbitral.

Sin embargo, salvo acuerdo de las partes, el tribunal arbitral del Centro puede asumir una competencia única y exclusiva para la adopción de estas medidas, en cuyo caso aquellas vendrán determinadas por el artículo 47 de la

Convención del CIADI y por la regla 39 de las Reglas de Arbitraje, la cual se encarga de desarrollar aquel precepto. Los tipos de medidas cautelares o provisionales que se pueden adoptar no están expresamente contempladas ni acotadas en el texto convencional. De esta forma, existe una total libertad del tribunal para dictar aquellas que estime pertinentes.

1.2.3.4. Normas aplicables a la resolución del litigio

El artículo 42 del texto convencional establece: “1º. *El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.* 2º. *El tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la Ley.* 3º. *Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono*”.⁶

De esta forma, se recoge el principio de flexibilidad al otorgar un papel principal a la autonomía de la voluntad de las partes para que sean estas las que elijan el derecho aplicable a su relación. Además, se consagra el principio de seguridad jurídica, ya que se impone, a falta de elección de las partes, que los árbitros habrán de resolver de acuerdo con unas determinadas reglas establecidas expresamente.

En el caso de la elección de las partes, estas comúnmente escogen un arbitraje de derecho adecuado para regular su relación jurídica, lo que no implica que deban elegir sistemas jurídicos en su globalidad, sino que bastará con señalar las normas de conformidad con el artículo 42 numeral 1, las que pueden ser coincidentes entre los ordenamientos jurídicos involucrados o totalmente diversas.

⁶ ex aequo et bono: "De acuerdo con lo correcto y lo bueno" Alude a la facultad de los tribunales de resolver los litigios con la solución que consideren más equitativa en el caso particular.

Incluso, pueden elegir un conjunto de usos y costumbres mercantiles denominadas como *Lex Mercatoria*.⁷

Lo normal es que este acuerdo se plasme a través de un pacto directo sobre el derecho aplicable a su relación jurídica en el contrato de inversión en el que se contempla, generalmente también, el convenio arbitral a favor del procedimiento arbitral del Centro. Además, debe considerarse que la elección no solo debe ser expresa, sino que además podrá ser implícita, es decir, inferida de los hechos y circunstancias que rodean a la relación contractual. Así mismo se debe concluir que tal elección no requiere plantearse en el mismo acuerdo arbitral, sino que puede hacerse durante el desarrollo del procedimiento ante el tribunal arbitral, en sus primeras etapas.

Si las partes no logran consenso sobre la normativa o sobre el hecho de que el tribunal pueda escoger en equidad, será preciso acudir a la regla residual de determinación del derecho aplicable en defecto de la voluntad de las partes. Esto es, la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo normas de derecho internacional privado y aquellas disposiciones de derecho internacional que pudieran serle aplicables.

1.2.3.5. La adopción del laudo arbitral

Las decisiones del tribunal deben ser adoptadas por la mayoría de los votos de todos sus miembros, razón por la cual la citada norma será aplicable tanto al laudo como al resto de resoluciones que se dicten en el curso del procedimiento. La decisión debe ser dictada por escrito y contener la firma de los miembros del tribunal que hayan votado a favor de la misma. Por su parte, debe contener la “*declaración sobre todas las pretensiones sometidas al tribunal y será motivado*” y ha de referirse a todos los problemas planteados, debiendo expresar además las razones en las que se fundamenta. (Arto. 48 núm. 1, 2 y 3 del Convenio sobre

⁷ Ley del comerciante

Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965)

Una vez dictado el laudo, es obligatorio para todas las partes y no puede ser objeto de apelación ni de otros recursos diversos a los señalados en el Convenio según el artículo 53 numeral 1. Estos recursos son: (a) aclaración e interpretación; (b) revisión sobre la base del descubrimiento de nuevos hechos y (c) anulación, en un número muy restringido de casos.

1.2.3.6. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Todo Estado contratante debe reconocer el carácter obligatorio del laudo y deberá ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por este, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal de ese país. La importancia de lo anterior radica en que no existe la necesidad de un exequátur ni de homologación, razón por la cual el laudo no será considerado extranjero, ya que tendrá toda la fuerza de un fallo definitivo del tribunal de un país. (Arto. 54 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965) Solo bastará verificar la autenticidad de la copia del laudo presentada por la parte que inste el reconocimiento y ejecución. Para la eficacia de la norma, los Estados contratantes deberán haber tomado las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones del convenio tengan vigencia en sus territorios. (Arto 61 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965)

Otra novedad la constituye el hecho de que en los territorios de los Estados firmantes, si un Estado receptor obtiene un laudo en contra de su inversor y este no cumple, el primero podrá exigir su cumplimiento forzoso en el territorio de cualquier Estado firmante. Esto sin tropezar con todos los obstáculos que puede encontrarse para la pronta ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

En líneas generales se puede señalar que frente al incumplimiento del Estado condenado, los mecanismos contemplados por la Convención del CIADI que intentan revertir tal postura son dos: *el jurídico y el económico*. En el primer caso, se trata de una reanudación de la protección diplomática del Estado del inversor, que se obtiene mediante una reclamación internacional que permite que una diferencia interestatal pueda ser llevada ante el Tribunal Internacional de Justicia. (Arto. 64 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estado, 1965). La económica, en cambio, tiene relación con la delicada posición en que quedará colocado el infractor frente a los órganos directores del Banco Mundial.

De lo señalado se aprecia que uno de los mayores problemas es la incapacidad de hacer cumplir las reglas, principalmente en los Estados no firmantes, ya que la convención no brinda la posibilidad de obtener auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus fallos, dado que no existe una organización con estas características en el ámbito mundial. Esta situación, en todo caso, se contradice por completo con la institución arbitral general, a la que se le ha vedado históricamente la posibilidad de usar estos medios para asegurar tal cumplimiento.

1.2.4. Reflexiones en torno a la operatividad del sistema CIADI

Desde su creación se le han hecho diversas críticas al Centro. Estas incluyen: la limitada jurisdicción de sus actividades de arbitraje y conciliación, su incipiente jurisprudencia, los inadecuados recursos disponibles en relación con la demanda de sus servicios, el general desconocimiento de esta agencia en relación con otras instituciones multilaterales, la orientación cultural occidental de sus árbitros y la relativamente limitada participación de árbitros del tercer mundo en los procesos de arbitraje transnacional.

Por esa razón, el CIADI constantemente ha revisado sus procedimientos, lo que ha dado lugar a variados proyectos de revisión de su normativa. Es así como recientemente el secretariado ha puesto en conocimiento un texto tendiente para

mejorar el marco legal del arbitraje, el cual incluye propuestas para: incrementar la transparencia, el acceso público y el procedimiento de registro; acelerar la resolución de medidas provisionales y considerar un mecanismo opcional de apelación de los laudos.

Con la finalidad de revisar, ampliar y profundizar el catálogo expuesto anteriormente, a continuación se exponen y desarrollan algunas de las críticas más relevantes en torno a este sistema.

1.2.4.1 Autonomía del sistema.

El sistema CIADI es autónomo, por cuanto no está sujeto a control de otro tribunal; hermético, una vez que se ingresa a él ya no es posible salir e imprevisible ya que no existe un tribunal permanente que unifique jurisprudencia. Estas características no dejan de ser preocupantes, principalmente en lo que tiene relación con la primera de ellas, toda vez que, el hecho de que en este procedimiento arbitral no se contemple la posibilidad de revisión del laudo por los tribunales del país en que se va a ejecutar o por una segunda instancia establecida para estos efectos se puede calificar como una actitud en extremo soberbia.

El artículo 52 de la Convención del CIADI contempla que las partes pueden recurrir de nulidad del laudo ante al Secretario General, fundadas en alguna de estas causales: (a) que el tribunal se constituyó incorrectamente; (b) que el tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades; (c) que hubo corrupción de algún miembro del tribunal; (d) que se quebrantó de manera grave una norma de procedimiento o (e) que no se expresaron en el laudo los motivos en que este se fundó.

Como se puede apreciar, las aludidas causales están relacionadas principalmente con el “debido proceso”. Es decir, con cuestiones más bien de índole “formal” que debe guardar el tribunal arbitral en el procedimiento, más no con motivaciones de fondo. De esta forma, frente a la posibilidad de que el tribunal

arbitral falle de una forma errónea o no ajustada a derecho, no cabe recurso alguno, lo que ciertamente implica un manto de inseguridad para las partes.

Por lo anterior, parece recomendable comenzar a reclamar la falta de estas revisiones que, lejos de mermar la eficacia del laudo o su agilidad, provocará un bien jurídico infinitamente mayor: la seguridad jurídica. Además, un tribunal de apelación cristalizaría los esfuerzos de la comunidad internacional para diseñar mejores estructuras legales internacionales. Desde esta perspectiva, la creación de un mecanismo de apelación aparece como un elemento positivo y quizás inevitable en el desarrollo progresivo de la ley de la inversión.

Otra cuestión consistirá en establecer lo que comprenderá el estándar de revisión de hecho y de derecho y cuál será el tribunal más idóneo para realizar estas labores de segunda instancia, dado que estas funciones podrían ser desempeñadas por un tribunal estatal, uno colegiado igualmente elegido por las partes para segunda instancia o bien por un organismo propiciado por el propio CIADI.

1.2.4.2. Arbitraje y orden público.

Después de lo expresado anteriormente, es importante detenerse en esta cuestión: ¿qué ocurriría si el fallo dictado por el CIADI vulnera o es contrario a una norma de orden público? ¿Procede el incumplimiento del fallo?

Para atender este punto es preciso tener presente una cuestión previa. La institución arbitral, principalmente aquella desarrollada entre privados o particulares, Convenio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) prescribe que si el laudo pronunciado por el tribunal arbitral es contrario a algunas de las normas de orden público del país en que se pretende ejecutar el laudo, el fallo será inejecutable. De esta forma se aprecia que el “orden público local” es el límite establecido frente al laudo arbitral. De hecho, la interrelación entre arbitrabilidad y control del laudo por motivos de orden público es uno de los aspectos de mayor interés en el derecho actual del

arbitraje. En efecto, mientras más se extiende la arbitrabilidad de los litigios más se incrementa el control sobre el contenido del laudo.

En el arbitraje CIADI no existen normas de esta naturaleza, lo que en realidad no se comprende del todo, si se considera que la institución arbitral presenta idénticos cimientos y que en este caso se trata, más aún, de un arbitraje entre un Estado preocupado obviamente de sus normas de orden público y un inversionista privado. Por lo tanto, resulta paradójico que este límite se asiente con fuerza en el arbitraje entre privados y no así en el arbitraje entre un Estado y un particular.

Desde esta perspectiva, hace fuerza la idea de que el orden público se convierta igualmente en un límite del arbitraje del Centro. No obstante, tal limitación no debería verse nunca desde una óptica jurídica tan restringida como la local, sino que, por el contrario, desde el escenario internacional que es de donde emerge esta institución. Esto por cuanto el contenido que pueda otorgársele a esta noción, desde un punto de vista doméstico, siempre será mutable y diverso del de otras realidades jurídicas, lo que podría llegar a ser muy peligroso por cuanto, en definitiva, dependerá de una serie de eventualidades desconocidas por el resto de las naciones.

El concepto de orden público es, por su parte, extremadamente difícil de precisar, hecho que inevitablemente conlleva una serie de dificultades a la hora de delimitar el ámbito de aplicación material del arbitraje, por cuanto no existe precisión sobre las materias que forman parte de esta noción. De esta forma, los tribunales de justicia de cada país serán los finalmente llamados a precisar el alcance de esta noción.

Con todo, existe acuerdo en la comprensión de que el concepto de orden público internacional trasciende las nociones particulares de cada país para centrarse en aquellos valores o estándares que sean comunes y compartidos por la comunidad internacional. Por esta razón el límite solo intervendría en la medida

en que sea necesario salvaguardar las concepciones del foro, cumpliendo, por tanto, una función positiva que contribuye a la creación de reglas de naturaleza material directamente aplicables a la relación jurídica que se establece en forma distinta al orden público interno.

Se apela, por lo tanto, a que el sistema arbitral del CIADI se ocupe de este tema en aras de buscar salvaguardas a las normas que integran esta nomenclatura y para uniformar la institución arbitral internacional en su conjunto.

1.2.4.3. Nacionalidad de las partes.

Para que el Centro conozca de una controversia, esta debe cumplir con los siguientes requisitos: (a) que la controversia surja directamente de una inversión; (b) que la disputa se plantee entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado, siendo ambos países signatarios del convenio y (c) que las partes hayan consentido a someter el arbitraje al tribunal del CIADI.

La nacionalidad, por tanto, juega un rol fundamental a la hora de determinar la jurisdicción del Centro. Al respecto, cabe recordar que el artículo 25 de la convención prescribe: *“Se entiende como nacional de otro Estado contratante: a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consistieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado 3º del artículo 28 o en el apartado 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. b) Toda persona jurídica que, a la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad 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”*.

Pues bien, sobre las personas físicas el mayor problema puede presentarse con las dobles nacionalidades. De acuerdo con los requisitos que plantea la norma, un inversionista que sea doble nacional de un Estado contratante y del Estado parte en la diferencia de las dos fechas críticas señaladas en el artículo 25 numeral 2 a no podrá incoar un procedimiento de arbitraje ante el CIADI.

El objetivo es evitar una confrontación entre una persona y el Estado del cual es nacional, así como dejar de lado los problemas muy complejos de la doble nacionalidad. Estos inconvenientes no pueden salvarse mediante el consentimiento del Estado de considerar a la otra parte como nacional de otro Estado contratante.

En el caso de las personas jurídicas no se aplica lo anterior. Sin embargo, las dificultades se amplifican toda vez que el artículo en cita no realiza una definición de criterios sobre lo que ha de entenderse por aquellas. Si a lo anterior se agrega que la construcción jurídica de la nacionalidad de las sociedades no presenta criterios unívocos en derecho internacional la dificultad se vuelve verdaderamente preocupante.

En efecto, es posible enlistar sobre este punto varias dificultades. En primer lugar, el hecho de que los ordenamientos jurídicos definen la nacionalidad de una sociedad en atención a diversos elementos: su lugar de constitución, su sede social o su control. Por otro lado, la nacionalidad de una sociedad no depende, por regla general, de la nacionalidad de sus socios, fundada en la estricta separación de la sociedad con quienes la constituyen.

Sin embargo, en casos excepcionales se recurre a la llamada técnica del levantamiento del velo societario para mirar la conducta de las personas que se encuentran detrás de la citada construcción jurídica. Por último, existe dificultad para discernir si pueden o no actuar ante el CIADI aquellas sociedades que presenten una economía mixta y los criterios que permitan determinar la nacionalidad de esta persona jurídica. En otras palabras, resulta difícil determinar

si aquellas empresas que tienen aportes estatales pueden o no recurrir ante el CIADI.

Puesto que el precepto en cita tiene por objeto indicar “los límites dentro de los cuales se pueden someter las diferencias a conciliación o arbitraje” bajo los auspicios del Centro, los autores del convenio han considerado preferible otorgar a las partes “amplias facultades” para que ellas lleguen a un acuerdo respecto del significado del término nacionalidad, basado en un criterio razonable.

Ahora bien, el tenor literal de la norma en cita plantea que una sociedad puede ser tratada como extranjera, aun cuando se trate de una persona jurídica constituida en el territorio nacional, si las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter a los efectos del Convenio, por estar sometida a control extranjero. Se trata de una norma excepcional, dado que este control debe provenir efectivamente del extranjero y, además, el Estado receptor debe haber prestado su consentimiento para brindarle a esa sociedad local un trato que correspondería a las extranjeras.

Vale subrayar que este instrumento no define el concepto de “control extranjero”. Ante tal ausencia, debería estarse a los criterios de control comúnmente desarrollados, considerando los elementos de: participación mayoritaria en el capital de la persona jurídica por parte de los socios extranjeros y su posibilidad de influir en la administración de la sociedad.

1.2.4.4. Medidas precautorias.

En efecto, debe considerarse que en la normativa CIADI no se encuentran señaladas cuáles serán las medidas provisionales que pueden recomendarse por el tribunal arbitral. De esta forma, ninguno de los textos aplicables prevé expresamente la posibilidad de dictar estas medidas tendientes al pago de la *cautio judicatum solvi*.⁸ Es decir, para el posible pago de una garantía contra la

⁸ En derecho romano, garantía que debía prestar el demandado para asegurar al actor el cumplimiento de la sentencia.

eventual insolvencia, razón por la cual podría pensarse que el Estado que suscribe la Convención del CIADI debe asumir igualmente el riesgo de que se le demande por un inversor extranjero. Sin embargo, el tribunal atendiendo a casos ya resueltos y el derecho internacional de arbitraje llega a una conclusión diversa, sosteniendo la posibilidad de recomendar estas medidas por el eventual pago de las costas de la causa.

1.2.4.5. Garantías a los inversores.

Los inversionistas persiguen ciertas garantías básicas que se encargan de estipular en los respectivos APPRI⁹: (a) tratamiento justo y equitativo; (b) no discriminación; (c) trato nacional y (d) cláusula de la nación más favorecida.

En lo relativo a la “no discriminación”, casi todos los tratados contienen una prohibición contra las inversiones de inversionistas de la otra parte contratante. Se establece que ninguna de las partes contratantes podrá impedir con medidas arbitrarias y discriminatorias la libre administración, utilización, uso, goce o disposición de las inversiones por los nacionales de la otra parte contratante.

Con respecto al “trato nacional” y a “la cláusula de la nación más favorecida” se establece en los tratados que cada parte contratante deberá conceder un tratamiento no menos favorable que el que concede a las inversiones de sus propios nacionales o compañías o las de terceros Estados. Las excepciones más comunes previstas a este respecto se relacionan con:

- a) Privilegios que cualquiera de las dos partes contratantes conceda a inversionistas de un tercer Estado, debido a que son miembros de, o están asociados con, una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o un acuerdo regional.
- b) Preferencias o privilegios resultantes de un acuerdo internacional, relacionado plena o principalmente con asuntos tributarios.

⁹ Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones.

Estas cláusulas le permiten a una empresa que tiene sede en un país A invocar contra un país B un tratado que este último celebró con un país C que la favorece más que el tratado celebrado entre A y B, bajo ciertos artilugios.

Por último, las cláusulas de “tratamiento justo y equitativo” insertadas en los acuerdos, por lo general no se encuentran definidas, razón por la cual es posible que su entendimiento quede a discreción de los jueces-árbitros.

1.2.4.6. Otras garantías: cláusulas de estabilización y de reajuste.

Las cláusulas de estabilización consisten en contratos sectoriales, insertos generalmente en acuerdos bilaterales entre Estados, celebrados por el inversionista y un organismo del Estado receptor, las cuales consisten en una prohibición, implícita o explícita, de modificar la legislación vigente al momento de producirse la inversión, ya que ello se equipara a una expropiación directa de las inversiones. Lo que se pretende con ellas es evitar que el Estado receptor de la inversión, dotado de potestad soberana, modifique la legislación a su voluntad y discreción perjudicando con ello al inversionista.

Por consiguiente, lo que se persigue es el mantenimiento del marco jurídico existente en el momento de conclusión del acuerdo de inversión para lograr de esta manera que las obligaciones y derechos de ambas partes contratantes se mantengan inalterables a lo largo de la ejecución del contrato. El problema que se plantea respecto de estas cláusulas tiene que ver con la determinación de su posible validez y eficacia, ya que estas se relacionan directamente con el derecho soberano del Estado receptor para legislar y con la doctrina de la soberanía permanente de los recursos naturales.

La limitación de la competencia legislativa del Estado receptor ha supuesto un serio obstáculo a su aceptación incondicionada, provocando en determinados supuestos, serias dudas sobre su valor jurídico y la obligatoriedad del compromiso asumido por el Estado. Al respecto, la opinión dominante es que aquellas deben hacerse valer por los tribunales arbitrales ya que ha surgido una responsabilidad

por parte del Estado que ha modificado su legislación, pudiendo ordenarle prohibir de aplicar la nueva normativa a la parte inversora o establecer una compensación a favor del inversor como consecuencia del perjuicio sufrido por este último.

Ahora bien, si no se contemplan estas cláusulas de forma expresa el caso es distinto, ya que es dudosa la defensa de la existencia de una obligación implícita por parte del Estado receptor, de tal manera que, en principio, no existiría inconveniente para que el Estado pueda modificar su legislación. Sin embargo, se ha señalado, con justa razón, que dados los problemas que se derivan de esta última fórmula, habría que entender que si las modificaciones son normales, es decir, que ocurren como consecuencia del paso de tiempo y el cambio de las circunstancias sociales, nada las entorpecería. Situación muy distinta a la de un Estado que adopta cambios con el fin de anular los compromisos adquiridos con anterioridad por el Estado receptor, caso en el cual se podría estimar que aquel incurre en un incumplimiento de sus obligaciones respecto del inversor.

Los problemas derivados de estas cláusulas han precipitado que en la práctica se haya introducido un nuevo modelo denominado “de reajuste” o de “reequilibrio económico”, que plantean la posibilidad de reajustar los acuerdos de inversión a fin de tomar en cuenta los cambios que puedan ocurrir como resultado de los desarrollos tecnológicos, sociales, económicos, entre otros. De hecho, el principio de mutabilidad de las convenciones se encuentra cada vez más reconocido en el derecho internacional. Este principio se basa en el principio de la buena fe y de lealtad contractual que posibilita a las partes renegociar su contrato frente a determinados casos como por ejemplo, caso fortuito y fuerza mayor.

Por lo anterior, parece recomendable una mayor claridad sobre el real valor y alcance de estas cláusulas.

1.2.4.7. Registro de solicitudes.

Como se dijo anteriormente, el Secretario General del Centro se encarga del Registro de Solicitudes de Arbitraje. El numeral 3° del artículo 36 de la

Convención obliga a este funcionario a registrar el reclamo presentado, salvo que de la información contenida quede establecida, de manera manifiesta, la falta de jurisdicción del CIADI.

En este sentido, el sistema de registro no cumpliría adecuadamente con el principio de la bilateralidad de la audiencia, ya que la notificación a la parte demandada es posterior a la decisión del secretario de efectuar o no el registro y en contra de esta decisión no procede recurso alguno en el ámbito de la convención. Sería recomendable entonces que existiera un verdadero examen de admisibilidad de la solicitud presentada, ya que es muy difícil que de su simple análisis se deduzca la incompetencia del tribunal y se cumpla efectivamente con el propósito de esta disposición.

1.2.4.8. Discriminación respecto de países en vía de desarrollo.

Si bien el CIADI tiene por objeto ser aplicable principalmente a los países en desarrollo, lo que se justifica considerando que tales Estados son usualmente los principales receptores de la inversión extranjera , lo cierto es que respecto de la designación de árbitros sucede el efecto contrario.

En efecto, existe actualmente una tendencia hacia la discriminación que favorece a los países desarrollados y de cultura occidental. De hecho, Estados Unidos concentra por sí solo el 13% de las designaciones de árbitros, mientras que de los países en vías de desarrollo solo México y Chile han conseguido tales denominaciones. (Vázquez, María Fernanda. 2006).

Esto puede ser perjudicial para los países latinoamericanos, ya que serán personas de una realidad jurídica e idiosincrasia distinta las que resuelvan los conflictos que se presenten sobre inversiones. Además, estos árbitros son nacionales de los países a los que pertenece la mayor cantidad de inversores, hecho que puede afectar en un futuro la confiabilidad del sistema.

1.2.4.9. Costos.

También se critican los altos costos que tiene el procedimiento. El problema que se deriva de ello consiste en que este factor puede convertirse en una poderosa herramienta de coerción destinada a forzar a que los Estados receptores, generalmente los más pobres, prefieran llegar a un arreglo o transacción anticipada, antes que acudir al Centro. Una de las causas que influye decisivamente en estos costos, es el hecho de que la sede del CIADI se ubique en Washington, razón por la cual, la mayoría de los procedimientos se llevan efecto en esa ciudad, a menos que las partes dispongan otra cosa. Para paliar estos altos costos se ha buscado obtener similares resultados a través de otros medios distintos al arbitraje institucional, por ejemplo, con el arbitraje ad hoc conducido según las reglas de la CNUDMI. Sin embargo, estas pueden resultar iguales o más costosas en algunos casos.

Otra solución planteada consiste en el establecimiento de un sistema de arbitraje institucional latinoamericano similar al CIADI, pero acorde con nuestra idiosincrasia y sistemas jurídicos. Esto abarataría los costos de traducción, peritaje y traslados, dado que los países de la región son cercanos y comparten sistemas jurídicos similares. No obstante, ello podría acarrear la reticencia del resto de Estados que no ven con buenos ojos la estabilidad política latinoamericana.

1.2.4.10. Limitada jurisdicción.

Uno de los problemas más frecuentes que debe sortear el tribunal arbitral del CIADI es el reclamo de falta de jurisdicción. Esto se debe a que los procedimientos de arbitraje y conciliación del Centro solamente son aplicables a controversias surgidas entre un inversionista extranjero de un Estado parte y el Estado receptor de una inversión que también sea signatario de la misma convención, lo que se contradice con los elementos históricos que dieron origen a esta entidad. En el 2004 se emitieron nueve fallos definitivos, siendo acogida esta alegación en cinco ocasiones y rechazada en otras cuatro. (Vázquez, María Fernanda. 2006).

Por lo tanto, se dejan por fuera de la competencia del Centro los conflictos de negocios entre inversionistas extranjeros y particulares o compañías situadas dentro del Estado receptor, los que son solucionados amigablemente entre las partes o manejados por agencias privadas de arbitraje: como la Asociación Americana de Arbitraje, la Cámara de Comercio Internacional, entre otras. Quizás sea pertinente ampliar el rango de aplicabilidad de este sistema arbitral a todos los conflictos derivados de inversiones extranjeras y, con ello, propiciar un sistema más homogéneo de resolución de controversias.

1.3. LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI).

1.3.1. Origen

En un mundo económicamente cada vez más interdependiente, existe un amplio consenso sobre la importancia de mejorar el marco jurídico para facilitar el comercio y la inversión internacionales. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, cumple una función importante en el desarrollo de dicho marco en cumplimiento de su mandato de promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil. Tales temas comprenden, en concreto: la solución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías. (Guía de la CNUDMI, 2007)

Estos instrumentos se negocian a través de un proceso internacional en el que intervienen diversos participantes, entre ellos los Estados miembros de la CNUDMI, que representan diferentes tradiciones jurídicas y diversos niveles de desarrollo económico; los Estados no miembros; las organizaciones

intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales. Por lo tanto, esos textos gozan de una gran aceptación, dado que ofrecen soluciones adecuadas a Estados con distintos ordenamientos jurídicos y a países que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico. Desde su constitución, la CNUDMI ha llegado a ser reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

1.3.2. Composición

Los Miembros se seleccionan de entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas. El número de miembros inicial de la CNUDMI ascendía a 29 Estados y en 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas lo amplió a 36 y en 2002 a 60. Dicha ampliación reflejó una mayor participación y contribución de los Estados en comparación con la situación previa a la ampliación; además, fomentó un marcado interés en la expansión del programa de trabajo de la CNUDMI. Para obtener información detallada sobre el número de miembros de la CNUDMI. (Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, sección II, párr. 8., párr., 1)

La CNUDMI ha sido estructurada para garantizar la representación de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas sociales, económicos y jurídicos del mundo. La Comisión está integrada por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General. La Asamblea General elige a los miembros por un período de seis años; cada tres años expira el mandato de la mitad de los miembros. (Guía de la CNUDMI, 2007)

1.3.3. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI consta de una amplia gama de reglas procesales en las que las partes pueden convenir para la sustanciación de procedimientos arbitrales que se entablen a raíz de sus relaciones comerciales, y que se utilizan ampliamente en arbitrajes ad hoc, así como en arbitrajes administrados por instituciones. Los artículos del Reglamento rigen todos los

aspectos del proceso arbitral, contienen una cláusula modelo de arbitraje, regulan el nombramiento de los árbitros y la sustanciación de los procedimientos arbitrales y establecen reglas sobre la forma, el efecto y la interpretación del laudo.

El Reglamento de Arbitraje original de la CNUDMI fue adoptado en 1976 y se ha aplicado a la solución de una amplia gama de controversias, como las surgidas entre entidades comerciales privadas en las que no interviene ninguna institución arbitral, así como en las controversias entre inversionistas y un Estado, en las controversias entre Estados y en las controversias comerciales dirimidas por instituciones arbitrales. En 2006, la Comisión decidió que se revisara el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a fin de adaptarlo a los cambios que se habían producido durante los últimos 30 años en las prácticas arbitrales. La revisión ha tenido por objeto incrementar la eficacia de los arbitrajes regidos por el Reglamento y no se ha alterado la estructura original del texto ni su espíritu ni su estilo de redacción.

El Reglamento de Arbitraje revisado, entró en vigor el 15 de agosto de 2010. Contiene disposiciones que regulan, entre otras cosas, los arbitrajes con varias partes y la adhesión de nuevas partes a un procedimiento, la responsabilidad y un procedimiento para formular objeciones respecto de los peritos nombrados por el tribunal arbitral. Se han introducido disposiciones innovadoras para incrementar la eficacia procesal, como el procedimiento revisado para la sustitución de un árbitro, el requisito de los costos razonables y un mecanismo de examen de los costos del arbitraje. También se han previsto disposiciones más detalladas sobre las medidas cautelares. Se espera que el Reglamento revisado continúe contribuyendo al desarrollo de unas relaciones económicas internacionales armoniosas.

El 21 de junio de 1985, al finalizar su 18 período anual de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. La Asamblea General, en su resolución 40/72 del 11 de diciembre

de 1985, recomendó "*que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional*".

La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

Se adoptó la forma de una Ley Modelo como instrumento de armonización y perfeccionamiento dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje.

Parece conveniente atenerse en la mayor medida posible al modelo, por cuanto ello constituiría la mejor contribución a la armonización a la que se aspira y redundaría en interés de quienes recurren al arbitraje internacional, que son fundamentalmente las partes extranjeras y sus abogados.

1.3.4. Antecedentes de la ley modelo

La Ley Modelo responde al propósito de resolver problemas relacionados con la situación actual de las leyes nacionales sobre arbitraje. La necesidad de perfeccionamiento y armonización se basa en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas.

1.3.4.1. Insuficiencia de las leyes nacionales

El análisis mundial de las leyes nacionales sobre arbitraje pone de manifiesto notables disparidades no sólo en cuanto a las disposiciones y soluciones concretas, sino también desde el punto de vista de la evolución y el perfeccionamiento. Algunas leyes, que a veces datan del siglo XIX y que equiparan, a menudo, el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, pueden considerarse anticuadas.

Otras pueden calificarse de fragmentarias, en el sentido de que no regulan todas las cuestiones pertinentes. Incluso la mayor parte de las leyes que, al parecer, son modernas y completas, se redactaron teniendo presente de manera fundamental, cuando no exclusivamente, el arbitraje nacional. A pesar de que ese criterio resulta explicable por cuanto aún hoy la gran mayoría de los casos regidos por una ley general de arbitraje tendrían un carácter exclusivamente nacional, entraña desafortunadamente la consecuencia de que se imponen a los casos internacionales los principios locales tradicionales y, por lo general, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna.

Es posible que las expectativas de las partes, que se ponen de manifiesto en la elección de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje "específico", se vean defraudadas, sobre todo en virtud de una disposición imperativa de la ley aplicable. En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas referentes, por ejemplo, a la capacidad de las partes de someter eficazmente las controversias futuras al arbitraje, a su facultad de nombrar libremente los árbitros, o a su interés en que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustraciones son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido. La falta de disposiciones supletorias puede provocar también

dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje.

1.3.4.2. Disparidad entre las diversas leyes nacionales

Los problemas y las consecuencias no deseadas, originadas por disposiciones imperativas o supletorias o por la falta de disposiciones pertinentes, se ven agravados por el hecho de que las leyes nacionales sobre el proceso arbitral difieren ampliamente. Esta disparidad a menudo es causa de preocupación en el arbitraje internacional, donde al menos una, y a menudo las dos partes, tienen que enfrentarse a disposiciones y procedimientos extranjeros y con los que no están familiarizadas. Para la parte o partes en cuestión puede resultar costoso, poco práctico o imposible disponer de información completa y precisa acerca de la ley aplicable al arbitraje.

La inseguridad acerca de la ley local, con el riesgo inherente de frustración, puede afectar negativamente no sólo al desarrollo del proceso arbitral sino a la propia elección del lugar del arbitraje.

Por las razones indicadas es perfectamente posible que una de las partes no se decida o se niegue a aceptar un lugar que de lo contrario, por razones prácticas, sería procedente en el caso concreto. Por consiguiente, la adopción por los Estados de la Ley Modelo, que es fácilmente reconocible, responde a las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional y proporciona una norma internacional con soluciones aceptables para partes de Estados y ordenamientos jurídicos diferentes, aumentaría las posibilidades en cuanto a los lugares del arbitraje y facilitaría la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

1.3.5. Características más destacadas de la Ley Modelo

1.3.5.1. Régimen procesal especial para el arbitraje comercial internacional

Los principios y soluciones concretas adoptadas en la Ley Modelo tienen como objetivo reducir o eliminar los problemas y dificultades indicados. Como respuesta a las insuficiencias y disparidades de las leyes nacionales, la Ley Modelo establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional, que no afecta a ningún tratado pertinente en vigor en el Estado que la adopta.

Aunque la uniformidad sólo es necesaria respecto de los casos internacionales, los Estados pueden tener también interés en actualizar y perfeccionar la ley de arbitraje en relación con los casos que no tengan ese carácter y proceder, en función de ese interés, a promulgar una legislación moderna basada en la Ley Modelo para ambos tipos de casos.

a) Ámbito sustantivo y territorial de aplicación

La Ley Modelo define como internacional un arbitraje si "*las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes*" (Arto.3 inciso a) Ley Modelo de la CNUDMI). La inmensa mayoría de las situaciones que suelen considerarse internacionales responden a ese criterio. Además, un arbitraje es internacional si el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento del contrato, o el lugar del objeto del litigio están situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos, o si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

En lo que respecta a la expresión "comercial", no es posible dar una definición estricta. El artículo 1 incorpora una nota en la que se pide "una interpretación amplia para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones

de índole comercial, contractuales o no". La nota de pie de página al artículo 1 contiene a continuación una lista de ejemplos de relaciones que deben considerarse comerciales, con lo que hace hincapié en la amplitud interpretativa que se propone, e indica que lo que la ley nacional pueda considerar "comercial" no es un factor determinante.

Otro aspecto de la aplicabilidad es el relativo a lo que podría denominarse ámbito territorial de aplicación. Conforme al párrafo 2) del artículo 1, la Ley Modelo en la forma en que haya sido promulgada en un Estado determinado se aplicará únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de ese Estado. Pero hay una excepción importante y lógica. El párrafo 1) del artículo 8 y el artículo 9, que se refieren al reconocimiento de los acuerdos de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas provisionales cautelares, y los artículos 35 y 36 sobre reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, tienen un alcance mundial, es decir, se aplican independientemente de que el lugar del arbitraje esté en ese Estado o en otro Estado y, en cuanto a los artículos 8 y 9, aunque el lugar del arbitraje todavía no se haya determinado.

El criterio estrictamente territorial, que rige la mayor parte de las disposiciones de la Ley Modelo, se adoptó en aras de la certidumbre y habida cuenta de las siguientes circunstancias. La gran mayoría de las leyes nacionales considera al lugar del arbitraje como criterio exclusivo y, cuando facultan a las partes para elegir la ley procesal de un Estado que no es aquél donde se sustancia el arbitraje, se ha observado que las partes rara vez hacen uso de esa facilidad en la práctica. La Ley Modelo, por su contenido liberal, hace menos necesario aún elegir una ley "extranjera" en lugar de la Ley (Modelo) del lugar del arbitraje, sobre todo porque otorga a las partes amplia libertad para formular las normas de las actuaciones arbitrales. Por ejemplo, las partes tienen la posibilidad de incorporar al acuerdo de arbitraje disposiciones procesales de una ley "extranjera" siempre que no haya conflicto con las pocas disposiciones imperativas de la Ley Modelo. Además, el criterio territorial estricto tiene considerables ventajas prácticas en lo que respecta

a los artículos 11, 13, 14, 16, 27 y 34, que encomiendan a los tribunales judiciales del Estado respectivo las funciones de asistencia y supervisión del arbitraje.

b) Delimitación de la asistencia y supervisión judiciales.

Como lo prueban recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Al parecer, esta tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y, en particular en los casos comerciales, prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad a prolongadas batallas judiciales.

Con este espíritu, la Ley Modelo prevé la intervención de los tribunales en los siguientes casos. Un primer grupo comprende el nombramiento, la recusación y terminación del mandato de los árbitros (artículos 11, 13 y 14), la competencia del tribunal arbitral (artículo 16) y la nulidad del laudo arbitral (artículo 34). Estos casos se enumeran en el artículo 6 como funciones que deben encomendarse, con el fin de lograr la centralización, especialización y aceleración, a un tribunal judicial especialmente designado o, en lo que respecta a los artículos 11, 13 y 14, posiblemente a otra autoridad (por ejemplo, institución arbitral, cámara de comercio). Un segundo grupo comprende la asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas (artículo 27), el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas cautelares provisionales ordenadas por un tribunal judicial (artículos 8 y 9) y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (artículos 35 y 36).

Fuera de los casos previstos en esos dos grupos "en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal". Ello se declara en el innovador artículo 5, que no se pronuncia sobre cuál es la función adecuada de los tribunales judiciales, pero asegura al lector y al usuario que encontrará en esta Ley todos los casos de posible intervención del tribunal, excepto en los asuntos que no se rijan por ella (por ejemplo, acumulación de las actuaciones arbitrales, relación

contractual entre árbitros y partes o instituciones arbitrales, o fijación de costas y honorarios, incluidos depósitos). Sobre todo los lectores y usuarios extranjeros, que constituyen la mayoría de los posibles usuarios y que pueden considerarse como los destinatarios fundamentales de cualquier ley especial sobre arbitraje comercial internacional, valorarán el hecho de no tener que indagar fuera de esta Ley.

13.5.2. Acuerdo de arbitraje.

El capítulo II de la Ley Modelo trata del acuerdo de arbitraje y su reconocimiento por los tribunales judiciales. Las disposiciones siguen muy de cerca al artículo 11 de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) (denominada en adelante "Convención de Nueva York de 1958"), con varias aclaraciones útiles adicionales.

a) Definición y forma del acuerdo de arbitraje

El párrafo 1) del artículo 7 reconoce la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente ("*compromis*") o futura ("*clause compromissoire*"). En algunas legislaciones nacionales este último tipo de acuerdo no tiene plena eficacia.

Aunque en la práctica se encuentran acuerdos verbales de arbitraje y algunas legislaciones nacionales los admiten, el párrafo 2) del artículo 7 sigue a la Convención de Nueva York de 1958 al exigir que consten por escrito. Dicho párrafo amplía y aclara la definición de la forma escrita del párrafo 2) del artículo II de esa Convención pues agrega "*télex u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*", comprende la situación análoga a un acuerdo de arbitraje, cuando hay "*un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra*", y prevé que "*la referencia hecha en un contrato a un documento*" (por

ejemplo, condiciones generales) *"que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato"*.

b) El acuerdo de arbitraje y los tribunales judiciales

Los artículos 8 y 9 tratan dos aspectos importantes de la compleja cuestión de la relación entre el acuerdo de arbitraje y el recurso a los tribunales. En virtud del párrafo 1) del artículo 8 de la Ley Modelo, que sigue el modelo del párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, el tribunal judicial remitirá a las partes al arbitraje si se le presenta una reclamación sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, a menos que se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. La remisión depende de una solicitud que cualquiera de las partes puede hacer a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio. Aunque esta disposición, en el caso de que sea aprobada por un Estado cuando adopta la Ley Modelo, por su naturaleza sólo obligue a los tribunales de ese Estado, no se limita a los acuerdos que prevén el arbitraje en ese Estado y, por lo tanto, facilita el reconocimiento y la eficacia mundiales de los acuerdos de arbitraje comercial internacional.

El artículo 9 enuncia el principio de que ninguna medida cautelar provisional que se solicite de los tribunales judiciales en virtud de las leyes procesales nacionales (por ejemplo, embargos previos al laudo) será incompatible con un acuerdo de arbitraje. Al igual que el artículo 8, esta disposición se destina a los tribunales de un determinado Estado, en cuanto dispone que la concesión de medidas provisionales es compatible con un acuerdo de arbitraje, independientemente del lugar del arbitraje. En la medida en que dispone que es compatible con un acuerdo de arbitraje que una parte solicite esa medida de un tribunal judicial, el artículo 9 se aplicaría prescindiendo de si la solicitud se hace a un tribunal de un Estado determinado o de cualquier otro país. Dondequiera que pueda formularse esa solicitud, no podrá invocarse, en virtud de la Ley Modelo,

como una excepción con respecto a la existencia o eficacia del acuerdo de arbitraje.

1.3.5.3. Composición del tribunal arbitral

El Capítulo III contiene varias disposiciones detalladas sobre el nombramiento, la recusación, la terminación del mandato y la sustitución de los árbitros. El capítulo refleja el criterio adoptado en la Ley Modelo para eliminar las dificultades que resultan de leyes o normas inadecuadas o fragmentarias. Ese enfoque consiste, en primer lugar, en reconocer la libertad de las partes para determinar, haciendo referencia a un conjunto de normas de arbitraje o mediante un acuerdo especial, el procedimiento que se seguirá, respetando los requisitos fundamentales de equidad y justicia. En segundo lugar, si las partes no han hecho uso de esa libertad para establecer normas de procedimiento o no han resuelto determinada cuestión, la Ley Modelo asegura, mediante una serie de normas supletorias, que el arbitraje pueda comenzar y proceder con eficacia a la solución de la controversia.

Si en virtud de cualquier procedimiento convenido por las partes o fundado en las normas supletorias de la Ley Modelo se plantean dificultades en el proceso de nombramiento, recusación o terminación del mandato de un árbitro, los artículos 11, 13 y 14 prevén la asistencia de los tribunales judiciales o de otras autoridades. En vista de la urgencia del asunto y a fin de reducir el riesgo y las consecuencias de cualquier táctica dilatoria, las partes podrán recurrir en forma inmediata dentro de un breve plazo, y la decisión será inapelable.

1.3.5.4. Competencia del tribunal arbitral

a) Facultad para decidir acerca de su competencia.

El párrafo 1) del artículo 16 adopta los dos importantes principios (aún no generalmente reconocidos) de "*Kompetenz-Kompetenz*"¹⁰ y de la separabilidad o autonomía de la cláusula compromisoria. El tribunal arbitral puede decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, y la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no traerá aparejada de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria. Las disposiciones detalladas que contiene el párrafo 2) requieren que las excepciones relacionadas con la competencia de los árbitros se opongan lo antes posible.

La competencia del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia, esto es, sobre el fundamento mismo de su mandato y atribuciones, está, por supuesto, sometida a la supervisión judicial. Si el tribunal arbitral, como cuestión previa, se declara competente, el párrafo 3) del artículo 16 prevé la supervisión judicial inmediata a fin de evitar innecesario derroche de dinero y tiempo. No obstante, se añaden tres salvaguardas procesales para reducir el riesgo y los

¹⁰ El principio "Kompetenz-Kompetenz" tuvo su origen en un fallo emitido por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania en el año 1955. En el mismo se determinó que debía atribuírseles a los árbitros la facultad de tanto de determinar el alcance del acuerdo arbitral como de su competencia y autoridad hacia el mismo.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en español, UNCITRAL en inglés, como comúnmente se conoce) adoptó oficialmente el principio "Kompetenz-Kompetenz", estableciendo al respecto en el artículo 21, numeral 1 de su Reglamento de arbitraje, lo siguiente: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado".

efectos de las tácticas dilatorias: un plazo breve para recurrir al tribunal judicial (30 días), la inapelabilidad de la resolución del tribunal judicial, la facultad discrecional del tribunal arbitral de proseguir las actuaciones y dictar un laudo mientras esté pendiente la cuestión ante el tribunal judicial. En los casos menos frecuentes en que el tribunal arbitral combina su decisión acerca de la competencia con un laudo sobre el fondo, podrá recurrirse a la revisión judicial de la cuestión de la competencia en el procedimiento de nulidad, previsto en el artículo 34, o en el de ejecución, previsto en el artículo 36.

b) Facultad de ordenar medidas provisionales cautelares.

A diferencia de algunas leyes nacionales, la Ley Modelo faculta al tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes y a petición de una de ellas, a ordenar a cualquiera de las partes que adopte medidas provisionales cautelares respecto del objeto del litigio (artículo 17). Cabe observar que el artículo no prevé la ejecución de esas medidas; los Estados que adopten la Ley Modelo podrán disponer acerca de la asistencia judicial a este efecto.

1.3.5.5. Sustanciación de las actuaciones arbitrales.

El capítulo V proporciona el marco jurídico para la sustanciación equitativa y eficaz de las actuaciones arbitrales. Comienza con dos disposiciones que expresan los principios básicos que inspiran las actuaciones arbitrales que se rigen por la Ley Modelo. El artículo 18 establece los requisitos fundamentales de justicia procesal y el artículo 19 los derechos y atribuciones para determinar las normas de procedimiento.

a) Derechos procesales fundamentales de las partes.

El artículo 18 consagra el principio básico de que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus

derechos. Otras disposiciones aplican y concretan ese principio básico con respecto a determinados derechos fundamentales de las partes. El párrafo 1) del artículo 24 estipula que, salvo que las partes hubiesen convenido válidamente que no se celebrarían audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes. Debe observarse que el párrafo 1) del artículo 24 se refiere sólo al derecho general de las partes a la celebración de audiencias (como una opción a la sustanciación de las actuaciones sobre la base de documentos y demás pruebas) y no contempla aspectos procesales tales como la duración, el número o el momento de las audiencias.

Otro derecho fundamental de las partes a ser oídas y hacer valer sus derechos se relaciona con las pruebas presentadas por un perito nombrado por el tribunal arbitral. En virtud del párrafo 2) del artículo 26, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos, si así lo solicita una de las partes o el tribunal arbitral lo considera necesario. Otra disposición destinada a garantizar la equidad, objetividad e imparcialidad es el párrafo 3) del artículo 24, que estipula que de todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte, y que deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión. A fin de que las partes puedan presentarse en las audiencias o en cualquier reunión del tribunal arbitral a efectos de inspección, su celebración se les notificará con suficiente antelación (párrafo 2) del artículo 24).

b) Determinación del procedimiento.

El artículo 19 reconoce a las partes la libertad para convenir el procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones, con sujeción a algunas

disposiciones imperativas al respecto, y faculta al tribunal arbitral, a falta de acuerdo entre las partes, a dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia, y el valor de las pruebas.

La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues les permite seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretas, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales del derecho interno y sin el riesgo antes mencionado de la frustración. La facultad discrecional supletoria del tribunal arbitral es igualmente importante pues le consiente dirigir las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin limitaciones impuestas por la ley local ni por cualquier norma interna sobre la prueba. Además, proporciona un medio para solucionar cuestiones procesales no contempladas en el acuerdo de arbitraje o en la Ley Modelo.

Aparte de las disposiciones generales del artículo 19, hay algunas disposiciones especiales que adoptan el mismo criterio de reconocer a las partes autonomía y, a falta de acuerdo, facultar al tribunal arbitral para decidir la cuestión. Ejemplos que revisten especial importancia práctica en los casos internacionales son el artículo 20, sobre el lugar del arbitraje, y el artículo 22, sobre el idioma de las actuaciones.

c) Rebeldía de una de las partes.

Sólo si se han hecho las notificaciones debidas, las actuaciones arbitrales podrán continuar en ausencia de una de las partes. Esto se aplica, sobre todo, cuando una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales sin invocar causa suficiente (inciso c) del artículo 25). El tribunal arbitral podrá también continuar las actuaciones cuando el demandado no presente su contestación, mientras que no es necesario que prosigan las

actuaciones si el demandante no presenta su demanda (incisos a) y b) del artículo 25).

Revisten considerable importancia práctica las disposiciones que facultan al tribunal arbitral a cumplir sus funciones incluso si una de las partes no participa pues, como se ha observado, es bastante frecuente que una de las partes tenga escaso interés en cooperar y agilizar las actuaciones. En consecuencia, las disposiciones brindan al arbitraje comercial internacional la eficacia necesaria, dentro de los límites que imponen los requisitos fundamentales de justicia procesal.

1.3.5.6. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones

a) Normas aplicables al fondo del litigio

El artículo 28 trata de los aspectos del arbitraje relativos al derecho sustantivo. Al tenor del párrafo I), el tribunal arbitral decide el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Esta disposición es importante por dos razones. En primer lugar, atribuye a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable, lo que es importante dado que varias leyes nacionales no reconocen clara o plenamente esa facultad. Además, al hacer referencia a la elección de las "normas de derecho" y no a la "ley", la Ley Modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. Las atribuciones del tribunal arbitral, por otra parte, se ajustan a pautas más tradicionales. Cuando las partes no hayan indicado la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley, es decir la ley nacional, que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

Conforme al párrafo 3) del artículo 28, las partes pueden autorizar al tribunal arbitral a que decida el litigio *ex aequo et bono* o como amigable componedor. Por el momento este tipo de arbitraje no se conoce ni aplica en todos los ordenamientos jurídicos y no existe una interpretación uniforme en lo que respecta al alcance exacto de las atribuciones del tribunal arbitral. Cuando las partes prevean que pueden suscitarse dudas al respecto, tal vez les interese aclararlas en el acuerdo de arbitraje confiriendo una autorización más precisa al tribunal arbitral. El párrafo 4) aclara que, en todos los casos, es decir, incluido el arbitraje *ex aequo et bono*, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

b) Pronunciamiento del laudo y otras decisiones.

En sus normas sobre el pronunciamiento del laudo (artículos 29 a 31), la Ley Modelo presta especial atención al supuesto, bastante frecuente, de que el tribunal arbitral esté integrado por varios árbitros (especialmente tres). Establece que, en ese caso, todo laudo u otra decisión se adoptarán por la mayoría de los árbitros, con la salvedad de las cuestiones de procedimiento, sobre las que podrá decidir el árbitro presidente. El principio mayoritario se aplica también a la firma del laudo, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

El párrafo 3) del artículo 31 establece que constará en el laudo el lugar del arbitraje, y que el laudo se considerará dictado en ese lugar. En lo que respecta a esa presunción, cabe señalar que el pronunciamiento definitivo del laudo constituye un acto jurídico, que en la práctica no tiene por qué consistir en un único acto, sino que puede desarrollarse mediante deliberaciones en diversos lugares, conversaciones telefónicas o por correspondencia; sobre todo, no es necesario que el laudo sea firmado por los árbitros en un mismo lugar.

El laudo arbitral debe dictarse por escrito con indicación de su fecha. Debe también ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o

que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes, es decir, de un laudo que haga constar la transacción a que hayan llegado aquéllas. Cabe añadir que la Ley Modelo no exige ni prohíbe los "votos reservados".

1.3.5.7. Impugnación del laudo

Las leyes nacionales sobre arbitraje, que a menudo equiparan los laudos a las decisiones judiciales, establecen varios recursos contra los laudos arbitrales, con plazos diversos y por lo general dilatados y con extensas listas de motivos que difieren ampliamente de uno a otro ordenamiento jurídico. La Ley Modelo intenta mejorar esa situación, que es motivo de grave preocupación para quienes intervienen en el arbitraje comercial internacional.

a) La petición de nulidad como único recurso.

La primera medida para mejorar esa situación consiste en admitir solamente un tipo de recurso, con exclusión de cualesquiera otros recursos establecidos en otra ley procesal del Estado de que se trate. La petición de nulidad al amparo del artículo 34 debe formularse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de recepción del laudo. Habría que señalar que "recurrir" significa "impugnar" activamente el laudo; nada impide, naturalmente, que una de las partes trate de obtener el control judicial por vía de excepción en el procedimiento de ejecución (artículo 36). Además, "recurso" significa recurso a un tribunal judicial, es decir a un órgano del poder judicial de un Estado; pero nada impide que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en algunos intercambios de productos básicos).

b) Motivos de nulidad.

Otro perfeccionamiento introducido por la Ley Modelo es que establece una lista taxativa de motivos por los que un laudo puede declararse nulo. Esa lista coincide esencialmente con la del párrafo 1) del artículo 36, tomada del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958: que las partes estén afectadas por alguna incapacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje o éste no sea válido; que no se haya notificado a una de las partes la designación de un árbitro o las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos; que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje; que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, a la Ley Modelo y que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o que el laudo sea contrario al orden público, supuesto que abarca también el caso de desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal.

En la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961) se adoptó ya ese paralelismo de los motivos de nulidad con los establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para la denegación del reconocimiento y la ejecución. Al tenor del artículo IX de la primera de las convenciones citadas, la decisión de un tribunal extranjero de anular un laudo por un motivo distinto de los establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 no constituirá una causa para denegar su ejecución. La Ley Modelo lleva ese principio algo más lejos y limita directamente los motivos de nulidad.

Aunque los motivos para declarar la nulidad de un laudo coinciden casi exactamente con los motivos para denegar su reconocimiento o ejecución, habría que señalar dos diferencias prácticas. En primer lugar, los motivos relacionados con el orden público, incluido el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, pueden diferir en cuanto al fondo, según el Estado de que

se trate (p. ej. Estado en el que se declara la nulidad o Estado de la ejecución). En segundo lugar, y lo que es más importante, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo sólo son válidos y eficaces en el Estado (o Estados) en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, en tanto que los motivos de nulidad tienen repercusiones diferentes: la anulación de un laudo en el país en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inciso e) del párrafo 1) del artículo V de la Convención de Nueva York y al apartado v) del inciso a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo.

1.3.5.8. Reconocimiento y ejecución de los laudos

El octavo y último capítulo de la Ley Modelo se refiere al reconocimiento y a la ejecución de los laudos. Sus disposiciones reflejan la importante decisión política de que se aplicarán las mismas normas a los laudos arbitrales hayan sido dictados en el país de la ejecución o en otro país, y de que esas normas seguirán muy de cerca la Convención de Nueva York de 1958.

- a) Hacia el tratamiento uniforme de todos los laudos con prescindencia del país en que fueron dictados.

Al tratar a los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional de manera uniforme, cualquiera que sea el país en que se hayan dictado, la Ley Modelo traza una nueva línea demarcatoria entre los laudos "internacionales" y "no internacionales", en lugar de la línea tradicional que distingue entre laudos "extranjeros" y "nacionales". Esta nueva línea se funda en motivos de fondo, más que en las fronteras territoriales, que resultan inadecuadas habida cuenta de la limitada importancia que tiene el lugar del arbitraje en los casos internacionales. A menudo se elige el lugar del arbitraje por razones de conveniencia de las partes y es posible que la controversia tenga escasa o ninguna relación con el Estado donde se substancian las actuaciones. En consecuencia, el reconocimiento y la

ejecución de los laudos "internacionales", sean "extranjeros" o "nacionales", se regirán por las mismas disposiciones.

Al estipular normas sobre el reconocimiento y la ejecución que siguen el modelo de las disposiciones pertinentes de la Convención de Nueva York de 1958, la Ley modelo complementa el régimen de reconocimiento y ejecución creado por esa afortunada Convención sin entrar en conflicto con él.

b) Requisitos procesales del reconocimiento y de la ejecución.

En virtud del párrafo 1) del artículo 35, todo laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y podrá ejecutarse, en conformidad con las disposiciones del párrafo 2) del artículo 35 y del artículo 36 (que establece los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución). Habida cuenta de la limitada importancia del lugar del arbitraje en los casos internacionales, como ya se ha señalado, y con el deseo de superar las restricciones territoriales, no se ha incluido a la reciprocidad como requisito para el reconocimiento y la ejecución.

La Ley Modelo no fija detalles procesales para el reconocimiento y la ejecución pues no hay ninguna necesidad práctica de unificarlos, y porque constituyen una parte intrínseca del derecho y la práctica procesales de cada país. La Ley Modelo simplemente establece algunos requisitos para obtener la ejecución: petición por escrito, acompañada del laudo y del acuerdo de arbitraje (párrafo 2 del artículo 35).

c) Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

Como se observó antes, los motivos por los que podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución en virtud de la Ley Modelo son idénticos a los enunciados en el artículo V de la Convención de Nueva York. Salvo que, en virtud

de la Ley Modelo, esos motivos resultan aplicables no sólo a los laudos extranjeros sino a todos los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional. Si bien algunas disposiciones de esa Convención, especialmente en cuanto a su redacción, podrían ser mejoradas, sólo se modificó el primer motivo de la lista (esto es "que las partes en el acuerdo de arbitraje estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable") pues se consideró que contenía una norma de conflicto de leyes incompleta y que podía dar lugar a equívocos. Pero en general, se estimó conveniente adoptar en pro de la armonía, el mismo criterio y terminología de esta importante Convención.

1.4. OTROS ORGANISMOS MULTILATERALES PARA LA PROTECCIÓN DELAS INVERSIONES.

1.4.1. EL ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES (MIGA).

El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI, en inglés *Multilateral Investment Guarantee Agency*, MIGA), es un organismo del Banco Mundial creado en 1988, que tiene como meta facilitar la corriente de inversión de capitales privados con fines productivos en países en desarrollo, encargándose de otorgar garantía a los inversionistas contra pérdidas ocasionadas por riesgos no comerciales como expropiación, inconvertibilidad de moneda, transferencias cambiarias, guerra civil o disturbios. Asimismo, proporciona asistencia técnica para ayudar a los países a difundir información sobre oportunidades de inversión. Tiene 171 países miembros.

A su vez, el MIGA ofrece servicios de mediación para reducir futuros obstáculos en inversión. Desde su creación, el MIGA ha emitido alrededor de \$14.7 billones en garantías para proyectos en 91 países. Cuarenta y dos por ciento de las actividades del MIGA se concentran en regiones consideradas "de alto riesgo" y "de bajo ingreso", muchos de las cuales se encuentran en el

continente Africano. En la actualidad, la vice- presidente del MIGA es Yukiko Omura.

El rol del MIGA como proveedor de seguros contra riesgos políticos tiene cuatro modalidades de cobertura contra pérdidas a inversionistas involucrados en cualquier proyecto originado en estados miembros. (1) Las restricciones a transferencias en divisa emergen de la imposibilidad de convertir capital de inversión a moneda local. Por ejemplo, la imposibilidad de convertir ganancias a moneda extranjera para ser transferida a cuentas en el exterior como resultado de políticas gubernamentales. (2) Cobertura contra la expropiación. Ésta modalidad cubre las pérdidas incurridas por concepto de acciones gubernamentales que reducen ó eliminan derechos de propiedad ó control sobre inversiones aseguradas, aunque no cubren las acciones de gobiernos que ejercen el rol legítimo de ente regulador. (3) Cobertura en caso de guerra o disturbios civiles. Éstos incluyen revolución, golpes de estado o insurrecciones. (4) Un inversionista puede también recibir dinero por concepto de daños y pérdidas asociadas con rompimientos del contrato por parte de los Estados.

El MIGA ofrece seguros a nuevos proyectos de inversión, contribuciones adicionales a inversiones existentes asociadas con expansión, modernización ó reestructuración financiera; ó inversiones relacionadas con la privatización de empresas estatales. Además otros tipos de inversión son considerados a nivel individual. Inversiones en participación de capital, préstamos a accionistas, y garantías para préstamos a accionistas (con un mínimo de tres años de madurez) también entran en consideración. La solicitud de seguros debe ser realizada por el inversionista antes de comprometer la inversión. El MIGA argumenta que el acceso a sus seguros son concedidos cuando un proyecto es considerado: viable en lo económico y lo financiero, en línea con los objetivos de desarrollo y de estándares laborales en los países anfitriones y cuando cumplen con regulaciones medioambientales. Para cada proyecto, el MIGA identifica las políticas y las pautas más adecuadas. Dichos proyectos deben, a su vez, adherirse a leyes

nacionales e internacionales. Una evaluación ambiental y social es llevada a cabo en el caso de proyectos que puedan tener un impacto significativo en el medioambiente.

Las protecciones que brinda MIGA están relacionadas con pérdidas en transferencias de dinero, expropiación, guerras, problemas sociales y violaciones de contrato.

El período normal de garantía es de 15 años. MIGA no puede dar por finalizado el contrato de garantía a menos que surja incumplimiento de las obligaciones del contrato.

Las primas que MIGA cobra pueden ser ajustadas hacia arriba o hacia abajo, dependiendo del riesgo de ganancia del proyecto. Ellas varían entre 0.2 y 1.25 puntos porcentuales.

El monto máximo de garantía, sin tener en cuenta la naturaleza del proyecto, es hasta el 90% del total del proyecto. El inversionista está obligado a tomar el riesgo del 10% de cualquier pérdida que pudiera existir.

La aprobación del Gobierno local se la debe obtener antes que MIGA pueda emitir un contrato de garantía.

1.4.2. LA CORPORACIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS EN EL EXTRANJERO (OPIC).

El *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC) es una agencia del gobierno americano, establecida en 1971, cuyo propósito es el de promover el crecimiento del sector privado en países de desarrollo y hacer surgir economías alentando la inversión privada.

La OPIC asiste al inversionista a través de tres servicios principales:

- a) Financia al inversionista a través de préstamos directos o garantías de préstamo
- b) Asegura al inversionista contra la inconvertibilidad monetaria, expropiación, guerra, revoluciones, insurrecciones y conflictos civiles
- c) Proporciona información, asesoramiento jurídico, información del país y de la ciudad en la que el inversionista está interesado y asistencia computacional en el proyecto de interés.

El proyecto que sustenta la OPIC es asistir en el desarrollo económico y social del país anfitrión, el cual no debe crear conflicto con los intereses económicos de los Estados Unidos.

La competencia del negocio propuesto deberá estar apoyada por un récord de éxitos comprobados en el mismo negocio o en alguno parecido y los inversionistas deberán tener la capacidad de tomar riesgos financieros en el negocio.

Robert Mosbacher, Presidente y Ejecutivo principal de OPIC, anunció durante su visita a Nicaragua en octubre del 2006, *“...que la Corporación está en Nicaragua por el compromiso que ha hecho este país con los mercados abiertos y la libre empresa, y si hay un cambio de rumbo, a partir de enero de 2007, y el nuevo gobierno no está por los mercados abiertos y el libre comercio sería muy difícil seguir en estos mercados.”*¹¹ En una clara alusión a la inminente victoria electoral del actual Presidente Daniel Ortega durante los comicios electorales de ese año. (Solís, E. El Nuevo Diario, 2006)

Los programas de OPIC están disponibles en varios niveles en América Latina, algunos países están en negociación. Este Acuerdo fue suscrito por el Estado de Nicaragua el cinco de octubre de mil novecientos noventa.

¹¹ El Nuevo Diario, 2006, Jueves 19 de octubre, Edición 9405, Managua, Nicaragua.

1.4.3. LA CONVENCIÓN DE NEW YORK DE 1958.

Reconociendo la importancia creciente del arbitraje internacional como medio de resolver las controversias comerciales internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras esta Convención, trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales. Por "sentencias o laudos no nacionales" se entiende aquellos que, si bien han sido dictados en el Estado donde se prevé su ejecución, son considerados "extranjeros" por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería, por ejemplo cuando se apliquen normas procesales de otro Estado.

La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.

Uno de los grandes retos de la política de promoción y protección de inversiones que debe afrontar el gobierno es la de consolidar la seguridad jurídica entorno al reconocimiento y ejecución de sentencia arbitrales extranjeras en Nicaragua.

En efecto, el arbitraje internacional es, en principio, el mecanismo de solución de controversias preferido por contratantes ubicados o domiciliados en distintas jurisdicciones.

¿Qué es lo atractivo del arbitraje internacional? Por una parte, los inversores internacionales buscan un foro de resolución de controversias neutral, por lo que son renuentes a aceptar la jurisdicción de la corte del país en donde está ubicada su contraparte.

Sin embargo, existe otra razón, pocas veces considerada y analizada por la doctrina jurídica nacional y que tiene que ver con el valor de los laudos arbitrales. En efecto, los laudos arbitrales son susceptibles de ser reconocidos y ejecutados en distintas jurisdicciones con mayor facilidad y eficiencia que los fallos judiciales proferidos por cortes extranjeras

La razón de esta política de pro-reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros no es otra que la “Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Arbitraje Comercial el 10 de junio de 1958 (la “Convención de Nueva York”). Este tratado internacional ha sido ratificado por 144 países y es reconocida como una de las convenciones internacionales de mayor importancia en el campo del derecho internacional económico.

La Convención de Nueva York crea un régimen uniforme para el reconocimiento y ejecución de sentencia arbitrales extranjeras.

Así, el tratado establece las causales para denegar dicho reconocimiento y ejecución y se convierte en un régimen especial y preferente sobre la normatividad interna. El Artículo III de la Convención establece que para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales. Adicionalmente, el Artículo VII de la Convención establece que, en el evento en que las normas aplicables del país donde se busca el reconocimiento y

ejecución sean más favorables que las de la propia Convención, aplicarán dichas normas por encima de la Convención.

Así, los países que adoptan la Convención de Nueva York, aceptan que las condiciones para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras no podrán ser más rigurosas que las establecidas en la misma Convención, pero que si es posible aplicar disposiciones más favorables. En consideración a lo anterior, la Convención de Nueva York y su política a favor del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros ha servido para el crecimiento del arbitraje internacional comercial como mecanismo de solución de controversias en los últimos años. En este orden de ideas la aplicación de la Convención de Nueva York es un parámetro observado por los inversionistas extranjeros cuando buscan seguridad jurídica.

Nicaragua, aprobó la Convención de Nueva York el 07 de marzo del año 2002, a través del decreto número 26-2002 y publicado en la Gaceta número 56 del 21 de marzo del 2002.¹²

¹² <http://www.asamblea.gob.ni>. Consultada el 30 octubre 2012

CAPITULO II. EFICACIA DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS QUE SE APLICAN EN EL TLC DR-CAFTA Y TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBIs)

2.1. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DR-CAFTA

El DR-CAFTA (Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement, en inglés), o TLC (Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América, en español), es un tratado que busca la creación de una zona de libre comercio entre los países firmantes. Hace permanentes los beneficios para el 80% de productos centroamericanos que brinda la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC). Está compuesto por veintidós capítulos, divididos cada uno en artículos.

La negociación, firma y ratificación del tratado se realizó en condiciones diferenciadas, amoldándose a las características y contexto político y social de cada Estado parte; el proceso se inició en 2003 para todos los países a excepción de República Dominicana, concretándose la adopción del texto para todos los países involucrados, en 2004 y entrando en vigor en distintas fechas para cada país a partir de 2006. Por otro lado, considerando que la rama fundamental del tratado consiste en las disposiciones concernientes al trato comercial, es relevante abordar elementos como el arancelario, movimiento aduanero, origen de los productos y las reglas internas para el tráfico de mercancías. Como complemento, el TLC DR-CAFTA se ocupa de legislar los aspectos relativos a producción higiénica y protección al medio ambiente, respeto a los derechos de propiedad intelectual e inversión pública y privada, así como toda la legislación laboral en los Estados de la zona TLC DR-CAFTA. También especifica los mecanismos para dirimir controversias y para el establecimiento de normativas de mutuo acuerdo.

Pese al beneplácito de los Estados firmantes, el TLC DR-CAFTA ha recibido múltiples críticas de carácter político y económico, abriendo un amplio debate acerca del balance entre beneficios y desventajas que aporta la aplicación del tratado.

La asamblea Nacional de Nicaragua, aprobó la noche del 10 de octubre de 2005 la ratificación del TLC DR-CAFTA, con cuarenta y nueve votos a favor y treinta y seis en contra, y tres abstenciones. La propuesta legislativa fue introducida por la entonces ministra de comercio, Azucena Castillo. El debate entre los grupos parlamentarios fue extenso y desembocó en la aprobación del tratado por mayoría simple. El argumento fundamental de la oposición fue que el tratado llevaría al "aumento de la brecha entre ricos y pobres". El Frente Sandinista de Liberación Nacional, lideró múltiples protestas con el objetivo de frenar definitivamente la ratificación del tratado, argumentando que las disposiciones a tomar favorecen únicamente a la llamada *clase alta* del país. Con el Frente Sandinista en el poder, el presidente Daniel Ortega se ha pronunciado en contra de la decisión tomada por su antecesor, criticando fuertemente el tratado que ya está en vigor.

En Nicaragua, el Tratado de Libre Comercio (TLC) - firmado entre los Estados Unidos de América, República Dominicana y Centroamérica entró en vigencia el primero de abril del 2006.

Los funcionarios del gobierno del Ingeniero Bolaños y los grandes empresarios celebraron el acontecimiento (en dos días distintos), sin la participación del pueblo, a pesar de que la propaganda gubernamental había vendido al TLC como "*un puente hacia el futuro*".

2.1.1. Antecedentes de la Negociación del TLC- DR-CAFTA.

En los países centroamericanos existe una larga tradición en la concepción y aplicación de políticas públicas de carácter antidemocrático; esto no sólo por los perversos impactos que éstas han generado en la población, sino por los mecanismos excluyentes utilizados para su formulación e implementación. A pocas personas extraña el hecho que las decisiones económicas sean asumidas por unos cuantos funcionarios y empresarios, sin la mínima posibilidad que en el

futuro estos puedan asumir sus responsabilidades por los costes y perjuicios que sus decisiones generan.

Las negociaciones de los acuerdos y tratados de comercio e inversión no han sido la excepción. Pese a la trascendencia que los TLC tienen en la vida nacional por los impactos sociales, ambientales, políticos y económicos que generan, los procesos de negociación y de toma de decisiones se han caracterizado por la falta de transparencia, la ausencia de consultas a los sectores perjudicados y la nula participación de los diferentes sectores económicos y sociales.

Desde la lógica de los gobiernos, la sociedad civil se reduce al sector empresarial, muestra de ello es la misma conformación de los equipos negociadores de los TLC, los cuales están integrados por funcionarios públicos de los ministerios de economía o de comercio e industria, y por la representación de las cúpulas empresariales.

Las iniciativas para acordar un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos iniciaron en el 2001, cuando los países centroamericanos solicitaron al Presidente George W. Bush la negociación de un tratado de libre comercio. A raíz de esta propuesta, el Gobierno de los Estados Unidos notificó al Poder Legislativo su intención de iniciar negociaciones para la suscripción de un Tratado de Libre Comercio con los cinco países de Centroamérica.

En enero del 2002, Estados Unidos anunció que exploraría la posibilidad de iniciar en corto plazo la negociación con la Región Centroamericana. En marzo de ese mismo año, los Presidentes de Centroamérica se reunieron con el Presidente de Estados Unidos, George Bush, y se inició un periodo de acercamiento a través de talleres exploratorios.

En agosto de 2002, la Cámara de Representantes y el Senado de los Estados Unidos aprobaron la "Autoridad de Promoción Comercial", que le brinda al

ejecutivo la facultad de agilizar las negociaciones comerciales. Con esta aprobación, en enero de 2003 se realizó el lanzamiento oficial de las negociaciones, fijándose la fecha de finalización, estructura y cronograma del proceso de negociación.

La etapa de negociación se llevo a cabo en nueve rondas durante el año 2003, habiendo concluido el proceso el 17 de diciembre de ese año, para Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, en tanto que para Costa Rica se extendió hasta el 25 de enero del 2004.

De enero a mayo del año 2004, los países centroamericanos y Estados Unidos llevaron a cabo la revisión legal, que culminó con la suscripción del Tratado el 28 de mayo en la sede de la Organización de los Estados Americanos-OEA- en Washington, DC.

El 5 de agosto del 2004, luego de negociar las condiciones de su incorporación, la República Dominicana suscribió el Tratado con los países centroamericanos y los Estados Unidos, que a partir de entonces se denomina Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos.

En todos los tratados o acuerdos internacionales se establece un apartado en el cual se expresan aquellas disposiciones relativas al ámbito de aplicación del instrumento y su interrelación con otros instrumentos de carácter internacional, las bases para su establecimiento y se declaran los objetivos que persiguen.

Desde que se suscribió el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, y posteriormente con la creación de la OMC en el año 1994, los países que están interesados en tener mayores avances que los establecidos en este foro, están facultados para crear "zonas de libre comercio" o "uniones aduaneras", bajo ciertas condiciones establecidas en el Artículo XXIV del GATT y el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios GATS.

Entre dichas condiciones, los acuerdos regionales preferenciales, como el TLC- DR-CAFTA, deberán buscar:

- a) Una mayor liberalización comercial a través de la eliminación de las barreras al comercio.
- b) Ser consistentes con los compromisos adquiridos en la OMC.
- c) Que las ventajas que se otorgan los países bajo estos acuerdos preferenciales, no los obliguen a hacerlas extensivas a todos los demás miembros de la OMC. Es decir que este tipo de acuerdos son una excepción al principio de Nación Más Favorecida (NMF) por el que se prohíbe a los países miembros de la OMC la discriminación en el comercio.

El capítulo de las disposiciones iniciales se encuentra conformado por cuatro artículos relativos al establecimiento de la zona de libre comercio, los objetivos del Tratado, la relación con otros Tratados internacionales y el alcance de las obligaciones.

En dicho capítulo se establecen claramente los objetivos del Tratado, siendo éstos:

- a. Estimular la expansión y diversificación del comercio entre los países parte;
- b. Eliminar los obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de mercancías y servicios entre los territorios de los países parte;
- c. Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
- d. Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de los países parte;
- e. Proteger en forma adecuada y eficaz y hacer valer los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada país parte;
- f. **Crear procedimientos eficaces para la aplicación y el cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta, y para la solución de controversias; y**

- g. Establecer los lineamientos para la cooperación bilateral, regional, y multilateral dirigida a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado;

En este capítulo, se establece el ámbito de aplicación del Tratado por el cual se regirán las relaciones comerciales entre los países parte, como también los objetivos o el fin que se persigue con el TLC-DR-CAFTA, en donde se propicia la eliminación de los obstáculos innecesarios al comercio y su expansión, en el marco de la competencia leal en la zona de libre comercio que se está creando.

En la “negociación” del TLC DR-CAFTA se pretendió imprimirle un “rostro democrático” a las negociaciones, lo cual responde en buena medida a las crecientes movilizaciones y manifestaciones de rechazo ciudadano que los proyectos de comercio e inversión están enfrentando a nivel mundial, continental y regional.

Lo que fue susceptible de negociación en el TLC DR- CAFTA es bastante limitado y se reduce casi exclusivamente a los aspectos relacionados con el acceso de bienes al mercado, esto es el listado de productos que han de incluirse en el proceso de desgravación arancelaria, los calendarios, las normas sanitarias y fitosanitarias, las regulaciones aduaneras y las salvaguardas; en torno a estos temas se concentran los empresarios nacionales para obtener algún beneficio derivado de su exclusión, de algún trato preferencial o de un calendario de desgravación que les favorezca. Hacia estos puntos se quiere concentrar la aparente “participación ciudadana”, dejando de lado los aspectos sustantivos que sigilosamente van empujando los TLC.

En el TLC DR-CAFTA no ha estado en discusión, y menos se negociaron, los principios de trato nacional y trato de nación más favorecida, las prohibiciones a los gobiernos centroamericanos para imponer requisitos de desempeño para las inversiones extranjeras, la supresión de expropiación indirecta, la cláusula inversionista-Estado, el control monopólico sobre las patentes que ejercen las

transnacionales químico-farmacéuticas, la liberalización y consiguiente privatización de los servicios públicos, el acceso de las transnacionales a las compras gubernamentales, los subsidios estadounidenses a la agricultura; estos aspectos representan el núcleo duro de los TLC.

2.1.2. Mecanismo de Solución de Controversias en el TLC DR- CAFTA

Como es bien sabido, Nicaragua ratificó a través del Decreto Número 77-2005, Aprobado el 19 de Octubre del mismo año y publicado en la Gaceta No. 203 del 20 de octubre de ese mismo año, el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos TLC-DR-CAFTA, el cual es un acuerdo comercial que abarca el comercio de productos y servicios, y que contiene normas de apoyo a las inversiones, protección de los derechos de propiedad intelectual, acceso a las contrataciones de los gobiernos y respeto a las leyes laborales y ambientales.

También contiene normativa para mejorar la transparencia y solucionar las controversias que pudieran derivarse del intercambio comercial. Es una herramienta de facilitación del comercio exterior, el cual se define como la doble corriente de las exportaciones y las importaciones, asegurando que el mismo fluya sin mayores obstáculos.

Con la vigencia del TLC DR-CAFTA es común que surjan diferencias o controversias entre países, con motivo de:

- a. La interpretación del Tratado
- b. La aplicación del Tratado (violaciones o incumplimientos)

El proceso de Solución de Controversias, busca lograr la solución mutuamente satisfactoria a la controversia y se aplica únicamente entre países miembros, en las fases siguientes:

1. Consultas, que consisten en el intercambio de información entre los países involucrados en la controversia para alcanzar una solución satisfactoria para ambos países.
2. Intervención del Consejo de Libre Comercio o Comisión de Administración, conformada por los Ministros de Economía de los países miembros.
3. Recurrir a los Buenos Oficios, Conciliación y Mediación como métodos alternativos, los que consisten en que una o más personas intervengan entre las Partes contendientes.
4. Arbitraje, como medio para poner fin a la controversia, y por ser uno de los puntos principales dentro del presente trabajo lo desarrollaremos a continuación.

2.1.3. Arbitraje Comercial Internacional Privado: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (DR-CAFTA), Capítulo 10, Sección B: Solución de Controversias Inversionista – Estado

2.1.3.1. Consultas y Negociación:

En caso de una controversia relativa a una inversión, se establece en el Art.10.15 del TLC DR-CAFTA que el demandante y el demandado deberán primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación.

2.1.3.2. Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje:

El artículo 10.16 del TLC DR-CAFTA estipula que en el caso que una parte contendiente considere que una controversia relativa a una inversión no puede resolverse mediante consultas y negociación, el demandante podrá someter a arbitraje una reclamación de conformidad con la Sección B del Capítulo de Inversión, en la cual se alegue que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A, una autorización de inversión, o un acuerdo de inversión; y que el demandante haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

Por lo menos 90 días antes de someter una reclamación a arbitraje en virtud de la Sección B, el demandante entregará al demandado una notificación escrita indicando su intención de someter la reclamación a arbitraje (Art.10.16.2 del TLC DR-CAFTA). Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el Tratado (Art.10.16.2 del TLC DR-CAFTA) estipula que el demandante podrá someter una reclamación: 1) de conformidad con el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo; 2) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la Parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI; 3) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. (Art. 10.16.3).

2.1.3.4. Selección de los Árbitros:

A menos que las partes contendientes convengan otra cosa, el tribunal estará integrado por tres árbitros: un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el árbitro presidente, será designado por acuerdo entre las partes contendientes (Art.10.19.3.1 del TLC DR-CAFTA). Si un tribunal no se ha integrado en un plazo de 75 días a partir de la fecha en que la reclamación se somete a arbitraje, de conformidad con esta Sección, el Secretario

General del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), a petición de una parte contendiente, designará, a su discreción, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados (Art. 10.19.3 del TLC DR-CAFTA).

2.1.3.5. Realización del Arbitraje:

El Arto.10.20.1 del TLC DR-CAFTA, estipula que las partes conforme a las reglas arbitrales aplicables a falta de acuerdo entre las partes contendientes, el tribunal deberá determinar dicho lugar de conformidad con las reglas arbitrales aplicables, siempre que el lugar se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York.

En el caso que el demandado así lo solicite, dentro de los 45 días siguientes a la constitución del Tribunal, éste decidirá, sobre bases expeditas, acerca de cualquier objeción de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del Tribunal. (Art.10-20.5 del TLC DR-CAFTA).

A solicitud de cualquiera de las partes contendientes, un tribunal, antes de dictar el laudo sobre la responsabilidad, comunicará su propuesta de laudo a la parte contendiente y a la parte no contendiente. Dentro del plazo de 60 días de comunicada dicha propuesta de laudo, sólo las partes contendientes podrán presentar comentarios escritos al tribunal en relación con cualquier aspecto de su propuesta de laudo. El tribunal considerará dichos comentarios y dictará su laudo a más tardar a los 45 días siguientes de haberse vencido el plazo de 60 días para presentar comentarios (Art.10-20.9 del TLC DR-CAFTA).

Laudos: cuando un Tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente: (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan; (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar

daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución. Un tribunal podrá conceder las costas y honorarios de abogados de conformidad con la Sección B (Solución de Controversias de Inversionistas-Estado) y con las reglas de arbitraje aplicables (Art.10.26.1 del TLC DR-CAFTA). No se permite el pago de daños punitivos (Art.10.26.3 del DR-CAFTA).

Cada Parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio (Art.10.26.7 del TLC DR-CAFTA). Cuando el demandado incumpla o no acate un laudo definitivo, se establecerá un grupo arbitral de conformidad con el Mecanismo de Solución de Controversias Estado – Estado del Tratado (Solicitud de un grupo arbitral). La Parte solicitante podrá invocar dichos procedimientos para lograr una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este Tratado; y una recomendación en el sentido de que el demandado acate o cumpla el laudo definitivo (Art.10.26.8 del TLC DR-CAFTA). Una parte contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral de conformidad con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York, o la Convención Interamericana (Art.10.26.9 del TLC DR-CAFTA).

2.1.3.6. Órgano de Apelación:

El Tratado establece que si entre las Partes se pusiera en vigencia un Tratado Multilateral por separado en el que se estableciere un órgano de apelación con el propósito de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos de comercio internacional o de inversión, para conocer controversias de inversión, las Partes procurarán alcanzar un acuerdo que tendría tal órgano de apelación para la revisión de los laudos dictados en arbitrajes iniciados después de entrada en vigor el Acuerdo Multilateral. (Art.10.20.10 y Anexo 10-F.1 del TLC DR-CAFTA)¹³

¹³ **Grupo de Negociación** para desarrollar un órgano de apelación o un mecanismo similar para revisar los laudos dictados por los tribunales. Tal órgano de apelación o mecanismo similar será designado para dar coherencia a la interpretación de las disposiciones sobre inversión del Tratado.

2.1.4. Arbitraje Comercial Internacional Público: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (TLC DR-CAFTA), Capítulo 20, Sección A: Solución de Controversias.

2.1.4.1. Ámbito de Aplicación:

Salvo que en este Tratado se disponga otra cosa, las disposiciones para la solución de controversias de este Capítulo se aplicarán:

- (a) a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado;
- (b) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, eso podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o que otra Parte ha incumplido de alguna manera con las obligaciones de este Tratado; y
- (c) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo, en el sentido del Anexo 20.2 del Tratado. (Art. 20.2 TLC DR-CAFTA)¹⁴

2.1.4.2. Elección del Foro:

Cualquier controversia que surja en relación con el TLC DR-CAFTA y en relación con otro tratado de libre comercio del que las Partes contendientes sean

¹⁴ Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este Capítulo, cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga al Tratado, consideren que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones:

- (a) Capítulos Tres al Cinco (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado, Reglas de Origen y Procedimientos de Origen, y Administración Aduanera y Facilitación del Comercio),
- (b) Capítulo Siete (Obstáculos Técnicos al Comercio);
- (c) Capítulo Nueve (Contratación Pública);
- (d) Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios); o
- (e) Capítulo Quince (Derechos de Propiedad Intelectual).

parte, o en relación al Acuerdo sobre la OMC, podrá ser resuelta en el foro que escoja la Parte reclamante.

Una vez que la Parte reclamante ha solicitado el establecimiento de un grupo arbitral bajo uno de los acuerdos a que se hace referencia en el párrafo anterior **el foro seleccionado será excluyente de los otros.**

2.1.4.3. Consultas:

Cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a cualquier otra Parte la realización de consultas respecto de cualquier medida vigente o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado. En la solicitud indicara la medida violatoria fundamentándose jurídicamente su reclamación haciéndolo saber a las otras partes. (Art. 20.4 TLC DR-CAFTA). Dentro de 7 días de haberse solicitado las consultas, éste notifica a las demás partes su interés de participación. (Tercero interesado) (Art. 20.4.3 TLC DR-CAFTA).

Las partes consultantes, podrán aportar información en los siguientes casos:

- a) Aportarán la información suficiente que permita un examen completo de la manera en que la medida vigente o en proyecto, o cualquier otro asunto, pueda afectar el funcionamiento y la aplicación de este Tratado; y
- b) Darán a la información confidencial que se intercambie en las consultas el mismo trato que el otorgado por la Parte que la haya proporcionado. (Art.20.4.5 TLC DR-CAFTA).

2.1.4.4. Comisión de Libre Comercio:

Cualquier parte consultante solicitará la integración de la Comisión de Libre Comercio si no ha logrado resolver la controversia mediante las consultas dentro de los plazos siguientes:

- a) 60 días después de la entrega de la solicitud para las consultas;
- b) 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a mercancías perecederas; o
- c) Cualquier otro plazo que acuerden. (Art. 20.5.1 TLC DR-CAFTA).

La Parte solicitante notificará a las demás partes consultantes su solicitud (Art.20.4.5.1, 20.5.3 TLC DR-CAFTA).

La Comisión de Libre Comercio resolverá dentro de 10 días siguientes de haber recibido la solicitud, conforme a procedimientos de solución de controversias para que mutuamente las partes solucionen la controversia. (Art. 20.5.4 TLC DR-CAFTA).

La Comisión de Libre Comercio podrá:

- a) convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios;
- b) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación, o a otros procedimientos de solución de controversias; o
- c) formular recomendaciones;

Para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria de la controversia.

2.1.4.5. Solicitud de un Grupo Arbitral:

Artículo 20.6: Si las Partes consultantes no hubieren resuelto un asunto dentro de:

- a) 30 días cuando las parte no llegan a solución mediante consultas;
- b) 75 días contados desde la solicitud de consultas y la Comisión de Libre Comercio no se ha integrado;
- c) Cualquier plazo que las partes convengan.

La solicitud la hará la parte que solicitó la integración de la Comisión de Libre Comercio quien se la entregara a la otra parte, lo cual se entenderá por establecido el grupo arbitral. (Art. 20.6 TLC DR-CAFTA).

El tercero interesado que haya participado en la solicitud de la Comisión de Libre Comercio puede ser parte del arbitraje, pero solo como parte reclamante, dentro de 7 días de haberse hecho la solicitud de arbitraje por una de las partes, de lo contrario pierde el derecho de participar en el arbitrio. (Art. 20.4.3 TLC DR-CAFTA).

2.1.4.6. Selección del grupo arbitral.

A menos que las partes acuerden otra manera, el grupo arbitral se integrará y desempeñará sus funciones de acuerdo a las disposiciones de este Tratado. (Art. 20.6.5 TLC DR-CAFTA).

El grupo arbitral se integrará de 3 árbitros, los que serán nombrados de la siguiente manera:

1. Dentro de 15 días de haberse entregado la solicitud de la integración del grupo arbitral, se designará al presidente. De no haber designación se hará por sorteo dentro de los 3 días siguientes al concluir el presente plazo.
2. Después de la designación del presidente del grupo arbitral, las partes tienen 15 días para designar:
 - Un árbitro por la parte demandada
 - Un árbitro por la parte demandante

De no haber designación se hará por sorteo dentro de los 3 días de concluir el presente plazo. (Art. 20.9 TLC DR-CAFTA).

2.1.4.7. Reglas de procedimiento arbitral:

- a) El derecho, al menos, a una audiencia ante el grupo arbitral, la cual será pública, sujeta al subpárrafo (e);
- b) Una oportunidad para cada Parte contendiente de presentar alegatos iniciales y de réplica por escrito;
- c) Que los alegatos escritos de cada Parte participante, las versiones escritas de sus declaraciones orales, y las respuestas escritas a una solicitud o a las preguntas del grupo arbitral serán disponibles al público, de conformidad al subpárrafo (e);
- d) Que el grupo arbitral considerará solicitudes de entidades no gubernamentales de los territorios de las Partes contendientes para entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan ayudar al grupo arbitral en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes; y
- e) La protección de la información confidencial.

Salvo que las partes acuerden otro procedimiento, el arbitraje se seguirá conforme a las Reglas Modelo de Procedimiento establecidas por la Comisión de Libre Comercio. (Art. 20.10 TLC DR-CAFTA).

2.1.4.8. Participación de Terceros:

Una Parte que no sea contendiente, previa entrega de notificación escrita a las Partes contendientes, tendrá derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar alegatos escritos y orales al grupo arbitral, y a recibir alegatos por escrito de las

Partes contendientes de conformidad con lo establecido en las Reglas Modelo de Procedimiento. Dichos alegatos se reflejarán en el informe final del grupo arbitral. (Artículo 20.11 TLC DR-CAFTA)

Cuando las partes lo acuerden, bajo sus términos y condiciones establecidas, el grupo arbitral podrá recabar información y asesoría técnica en lo que sea pertinente. (Art. 20.12 TLC DR-CAFTA)

2.1.4.9. Informe Inicial:

El grupo arbitral emitirá informe inicial dentro de 120 días (prorrogables por 60 días más Art. 20.13.4 TLC DR-CAFTA) después de haber seleccionado al último arbitro, dicho informe contendrá conclusiones de hecho, determinación si una de las partes ha incumplido obligaciones del Tratado, y sus respectivas recomendaciones, si así las partes lo acordaron. (Art. 20.13.3.a.b.c TLC DR-CAFTA).

Las partes contendientes pueden hacer observaciones por escrito sobre el informe inicial dentro de 14 días de su presentación, salvo si acordaron otro plazo las partes. (Art. 20.13.6 TLC DR-CAFTA).

2.1.4.10. Informe Final:

El grupo arbitral emitirá informe final dentro de 30 días siguientes de haber presentado el informe inicial, salvo plazo contrario convenido por las partes.

El informe final será público, sujeto a la protección de la información confidencial. (Art. 20.14 TLC DR-CAFTA)

2.1.4.11. Reintegración del grupo arbitral:

Incumplimiento – Suspensión de Beneficios:

Si la Parte demandada considera que:

- (a) El nivel de beneficios que se propone suspender es manifiestamente excesivo;
- (b) Ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo constatado por el grupo arbitral; podrá solicitar, dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la Parte reclamante de conformidad con el párrafo 2, que el grupo arbitral se vuelva a constituir para examinar el asunto. La Parte demandada entregará su solicitud por escrito a la Parte reclamante.

El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible después de entregada la solicitud y presentará su decisión a las Partes contendientes dentro de los 90 días siguientes a su nueva constitución para examinar la solicitud conforme a los subpárrafos (a) o (b), o dentro de los 120 días siguientes a la solicitud presentada conforme a los subpárrafos (a) y (b). Si el grupo arbitral establece que el nivel de beneficios que la Parte reclamante pretende suspender es manifiestamente excesivo, fijará el nivel de beneficios que considere de efecto equivalente.

2.1.4.12. Revisión del Informe Final:

La parte demandada puede solicitar la revisión del cumplimiento del informe final, puesto que considera que ha eliminado la causal determinada por el grupo arbitral, notificando a la otra parte su decisión. Será el mismo grupo arbitral quien emita informe sobre el asunto dentro de 90 días siguientes de la notificación. (Art. 20.18.1 TLC DR-CAFTA).

2.2. EVOLUCIÓN Y MARCO DE DESARROLLO DE LOS ACUERDOS BILATERALES DE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES (APPRIS).

La aparición y evolución de los APPRIs ha sido un proceso resultante tanto de los avances tecnológicos como de la liberalización del Comercio Mundial. La libertad de comercio, la libertad de Inversión de capital y la libertad de establecimiento de empresas en países extranjeros, han sido los fundamentos filosóficos que han sustentado a la Globalización, como principal categoría de incidencia en la economía internacional actual.

La expansión y consolidación de las Inversiones Extranjeras, como mecanismos de oxigenación de las economías emergentes y países en vía de desarrollo, fue el resultado de la aplicación de estos fundamentos filosóficos, esencia misma de la naturaleza de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) y otros instrumentos, cuyas ventajas y desventajas se reflejan en las crisis y auges de los flujos de inversión y de la economía de mercado actual, en general.

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, el mundo quedó bajo la influencia de un Sistema Bipolar que serviría de caldo de cultivo para el restablecimiento de las Economías de los países participantes en el suceso bélico y de aquellos no participantes sobre los que hubo influencias directas. En el periodo de la Guerra Fría los países que protagonizaban una rivalidad moderada por la presencia del bloque socialista, una vez desaparecido éste, acentuarían esa competencia en busca de una periferia que le otorgara poder para recomponer su capacidad competitiva, dado lo cual tuvieron que buscar nuevos conceptos que garantizaran la nueva distribución de estos mercados, así como la desregularización superior del mercado interno más favorable a la viabilización del capital.

Estas economías en apertura identificaron a las Inversiones Extranjeras Directas (IED) como vía de expansión comercial en busca de recuperar esa capacidad competitiva. Algunos de ellas dieron un giro en su política económica

exterior llegando a transformar sus modelos de desarrollo económico y abandonar sus economías cerradas, para apostar por estos procesos de apertura económica, desregulación de los mercados y control del déficit público. Otros simplemente establecieron nuevas normas de inversiones o flexibilizaron las ya existentes como respuesta a la inevitable necesidad de crear un ambiente económico y jurídico que resulte atraíble para los inversionistas, en virtud de la seguridad jurídica, siempre exigida para poder “recibir” los beneplácitos efectos de ser receptor de capital extranjero.

En la actualidad existe el debate acerca de la existencia un proteccionismo en las políticas nacionales, pero la realidad refleja todavía una mayor apertura a las IED. La encuesta anual de la UNCTAD sobre los cambios introducidos en las leyes y reglamentos nacionales que podrían influir en la entrada y las operaciones de las Empresas Trasnacionales (ETN) indica que los políticos y dirigentes siguen procurando hacer más atractivo el clima para las inversiones. En el 2007, de los más de 100 cambios normativos que según la UNCTAD podrían influir en la IED, 74 tenían por objeto mejorar las condiciones para la IED en el país receptor. No obstante, se puede apreciar en los últimos años un aumento en la proporción de cambios menos favorables a la IED.

Sin embargo la búsqueda de este “clima para la inversión” ha sido el sustento de todo una sucesión de actos políticos, legislativos y económicos en pos de garantizar la “seguridad jurídica” de los inversionistas extranjeros, práctica que se inició desde mediados del siglo XX y dentro de los cuales encontramos los antecedentes directos de los APPRIs.

Un análisis retrospectivo nos lleva en un primer momento a los “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación” (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties*), admitidos por la doctrina internacional como el antecedente más cercano de de los TBI. Según la Dra. FERNÁNDEZ DE GURMENDI: “...*hasta la primera Guerra Mundial el objetivo principal de estos instrumentos fue el de proteger la expansión del comercio y la navegación; con el correr del tiempo se*

procuró asimismo promover las inversiones en el extranjero mediante la inclusión en los tratados de ciertas reglas de tratamiento de los inversores de ambas partes contratantes...". De esta forma, se inicia una larga batalla tanto diplomática, política como jurídica por expandir e imponer al inversionista (inicialmente) como un "actor" de especial atención por el Derecho Internacional. (Fernández de Gurmendi, Silvia, 2000.)

No obstante, desde finales del siglo XVIII encontramos Tratados Bilaterales de Comercio que aunque no se referían exclusivamente a la regulación de las Inversiones Extranjeras, si contenían importantes disposiciones respecto a la propiedad, (aspecto esencial y finalidad mediata a transformar por estos instrumentos internacionales), así como de otras actividades en el territorio de un Estado por nacionales de otros Estado.

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgió un nuevo mecanismo de protección al inversionista, consistente en un nuevo género de Tratados en materia de Inversión, que apuntaban a la admisión internacional de un sistema de seguro contra "riesgos no-comerciales". En estos tratados, el sujeto asegurador lo constituye el Estado exportador de capital, quien asegura a sus propios inversionistas en otros Estados, mediante un mecanismo de garantía que se perfecciona cuando el Estado receptor del capital, reconoce los pagos realizados por el Estado asegurador para el caso de afectaciones por algún "riesgo no-comercial"; aceptando a su vez que tal inversor ceda todos los derechos y reclamos que hubiese podido hacer en virtud de los posibles daños en sus inversiones a favor del Estado asegurador.

La doctrina clásica ha defendido que los Estados en sus relaciones económicas internacionales deberían de cumplir un "estándar mínimo de tratamiento", lo que no pocas veces sirvió de fundamento para aludir por parte de los inversionistas el ilícito internacional en la actuación de algunos Estados.

Sin embargo, nunca existió una determinación conceptual que definiera el contenido de este “estándar mínimo”, situación que hizo factible los excesos de países exportadores de capital en su política económica respecto a los países en vía de desarrollo, provocando el desarrollo de políticas proteccionistas, tales como la “Doctrina Drago”¹⁵ donde se consideraba ilícito el uso de las fuerzas en las relaciones económicas internacionales, específicamente en el cobro forzoso de las deudas públicas; al igual que la “Doctrina Calvo”¹⁶ por la que se considera que el tratamiento al inversor extranjero debe equipararse totalmente al nacional, exigiendo del inversionista la renuncia a la protección diplomática del Estado de la nacionalidad que tuviere . Estas posiciones en el Derecho interno de algunos Estados, agudizó los enfrentamientos entre inversionistas y estados receptores, lo que no pocas veces terminó en conflictos políticos entre las dos naciones involucradas. (García Rodríguez, Isabel, 2005)

Existe el precedente de las expropiaciones mexicanas de 1938, que suscitarían las tensiones con los EUA, ante la cual la entonces Corte Permanente Internacional de Justicia consolidaría la formula “*Hull*”¹⁷ (compensación pronta, justa y equitativa), política que seguirían posteriormente los Estados industrializados y que sería enconado punto de debate en la década de los sesenta y setenta en el marco de las Naciones Unidas.

Fue este espacio en el que se inició la lucha por la plena soberanía y jurisdicción sobre los recursos naturales, en el que se defendió también la “utilidad pública” como justificante a las expropiaciones, la necesidad de determinar el

¹⁵ La **Doctrina Drago**, fue anunciada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores argentino, Luis María Drago, en respuesta al no cumplimiento de la Doctrina Monroe por parte de Estados Unidos. Establece que ningún poder extranjero puede utilizar la fuerza contra una nación americana a los fines de hacer efectivo el cobro de una deuda.

¹⁶ La **Doctrina Calvo**, denominada así por su autor, Carlos Calvo, es una doctrina latinoamericana de Derecho internacional que establece que, quienes viven en un país extranjero deben realizar sus demandas, reclamaciones y quejas sometiéndose a la jurisdicción de los tribunales locales, evitando recurrir a las presiones diplomáticas o intervenciones armadas de su propio Estado o gobierno. Ha sido recogida en varias constituciones latinoamericanas.

¹⁷ Cordell Hull. Político americano.

derecho aplicable y la jurisdicción competente (nacional-judicial o internacional-arbitral) en la solución de disputas inversionistas vs. Estados; así como la naturaleza de los contratos celebrados, entre otros temas.

Los países en vía de desarrollo lograrían el cumplimiento de sus pretensiones y su reconocimiento en varios instrumentos multilaterales, destacándose el caso de la Resolución 1803 (XVII) AG ONU, por la que se reconoce la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y su independencia económica; la Resolución 3201 (S-VI) AG ONU, también conocida como la “Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional” (Derecho a la nacionalización y a la transferencia de propiedad a sus nacionales) y la Resolución 3281(XXIX) AG ONU “Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados” .

La necesidad de fortalecer sus economías y la insuficiencia de recursos económicos, llevó a éstos países en desarrollo a iniciar una excepcional y selectiva cesión sobre parte de los derechos conquistados, con la finalidad de atraer capitales. Así, a inicios de los años ochenta, dentro de los que se conoció como “carrera hacia el fondo”, se inició todo un proceso de firmas y expansión de Convenios Bilaterales, por los que los Estados importadores de capitales confieren importantes garantías de protección a las inversiones extranjeras, protección que en la mayoría de las ocasiones es mayor a la que se concede a las inversiones de sus propios nacionales. Se universalizan así los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI o BIT’s) Al respecto, el tratadista argentino Rubén Tempone (2003), señala:

“...Es interesante tener en cuenta que los países en vías de desarrollo, a pesar de la posición común mantenida en los debates de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptaron posiciones divergentes cuando actuaron individualmente. Así, casi al mismo tiempo que esos debates tenían lugar, accedieron a la celebración de tratados bilaterales de protección de inversiones que incluían, precisamente, los contenidos que férreamente habían rechazado...”

Siguiendo el hilo histórico, paralelamente han surgido varias propuestas de programas multilaterales con garantías internacionales para las inversiones (en verdad para los inversionistas), bajo el fundamento de armonizar las normas internas y externas y reforzar la promoción de las inversiones extranjeras, como factor esencial en los programas de desarrollo.

El primer intento de establecer un marco multilateral de protección de la inversión se produjo durante la negociación del proyecto de Carta de La Habana de 1948, que debía dar origen a la Organización Internacional del Comercio (OIC). Aunque la Carta hizo sobre todo referencia a cuestiones comerciales, los Estados Unidos propusieron que se incluyera alguna cláusula que ofreciera a la inversión extranjera distintos tipos de protección; al no ser aprobada la Carta, gran parte de su contenido comercial fue incorporado al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés).

Sin embargo el más popular de los intentos multilaterales fue el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), iniciativa que se empezó a negociar en mayo de 1995 en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), impulsada por los Estados Unidos de América, quien defendió la idea de que su discusión fuera en la OCDE y no en la flamante OMC. Hay que tener en cuenta que los Estados Unidos, venía de lograr el TLCAN (NAFTA por sus siglas en Inglés) en su región, donde había impuesto su modelo de acuerdo y se proyectaba por incluir en el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI), el mismo modelo perfeccionado. Todos los esfuerzos fueron en balde, pues tras prorrogarse su discusión en 1997 hasta 1998, finalmente su propuesta fue rechazada.

En el ámbito de la ya mencionada Organización Mundial del Comercio, no se han alcanzado hasta la fecha avances significativos. Ciertamente es que ha intensificado los esfuerzos por profundizar en las disposiciones del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMs, por sus siglas en inglés) adoptado en la Ronda de Uruguay, y, sobre todo, por

extender su ámbito de aplicación al conjunto de las inversiones extranjeras. Sin embargo, desde la Conferencia de Cancún se ha evidenciado la falta de consenso entre los miembros de la OMC en esta materia.

Existen otros ejemplos que han tenido mejor suerte y que quizás no a toda capacidad, también han regulado el sistema de protección a los inversionistas extranjeros; recordemos el ya mencionado Acuerdo de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), Los Protocolos de Colonia y Buenos Aires para la Promoción y Protección de Inversiones firmados por los Estados partes del MERCOSUR , las Decisiones N° 292 y 291 del año 1991 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) , las propuestas Europeas (La Carta Europea de la Energía). Otras instituciones como el Banco Mundial (con la Agencia de Garantía Multilateral de Inversiones (MIGA-Ingles) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) también desarrollaron sus propuestas, entre otros.

Es dentro de este marco internacional que se han venido desarrollando los Tratados Bilaterales de Inversión, aunque su práctica logró un mayor desarrollo en la última década del siglo XX, denotándose un leve decrecimiento desde el 2001 hasta finales del 2006 con una realza en el año en curso. (Rosabal Labrada, Carlos Miguel. 2010),

El primer TBI, se registró entre la República Federal de Alemania y la República Islámica de Pakistán, el 25 de Noviembre de 1959; de esta forma Alemania fue gradualmente seguida por otros países europeos, hasta que en la década de 1970 la conclusión de estos convenios se convirtió “...*en una política deliberada de los países exportadores de capital, los cuales suscribieron decenas de ellos, fundamentalmente con países de África y Asia...*”. (Rosabal Labrada, Carlos Miguel. 2010),

A partir de los años 80, con la consagración del liberalismo político y económico, la red de estos instrumentos bilaterales se amplió a los países de Europa del Centro y del Este y los del Sudeste Asiático. Finalmente en la década

de los 90 se añadieron a la larga lista de países firmantes de Tratados de Inversión, los países latinoamericanos, con especial mención a Nicaragua, Argentina, Uruguay, Bolivia, Venezuela, Chile y Cuba, quienes históricamente se habían negado a firmarlos en virtud de la Doctrina Calvo y los reiterados abusos de los países exportadores de capital en sus relaciones económicas internacionales.

No obstante, la UNCTAD ubica a América Latina dentro de las regiones con menos instrumentos firmados, al punto que hasta el 2 de Diciembre del 2008 no se había firmado ningún tratado bilateral de inversión e incluso algunos países han tomado medidas para retirarse de los acuerdos vigentes. A escala global el liderazgo en la firma de estos peculiares instrumentos sigue siendo llevado por los países desarrollados, mayormente exportadores de capital y lógicamente, los sujetos más interesados en la expansión de esta figura.

2.2.1. Definición y Contenido de los APPRIs

2.2.1.1. Definición

Antes de arriesgarnos al estudio de algunas definiciones de los APPRIs, debemos a priori realizar referencia a algunos aspectos que los identifican en su condición de Tratados.

Por los sujetos a quienes se aplica un tratado internacional, podemos distinguir dos grandes categorías, (a) aquellos que están dirigidos exclusivamente a los Estados y (b) aquellos que están dirigidos tanto a los Estados como a los particulares. Los Acuerdos de Inversión se ubican dentro de esta última clase de tratados pues contienen un conjunto de normas destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios directos son los inversionistas de uno y otro Estado parte. De esta forma, los países se obligan a respetar los derechos de protección conferidos a los inversionistas extranjeros mediante una especie de declaración unilateral de voluntad derivada de un convenio, generando así una “reciprocidad negativa” en la relación interestatal de que se trate.

El hecho de que beneficien directamente a los particulares en la figura de los inversionistas, no es su único elemento sui generis como Tratado, también el hecho de que estos instrumentos rompen con su tradicional contenido de obligaciones y derechos para cada una de las partes, regulando para los Estados firmantes solo obligaciones, guardando los derechos que puedan derivarse de éstos a favor de los inversionistas de sus respectivas naciones.

Al referirnos a los Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones, resulta imposible llegar a una definición internacionalmente aceptada de estos Acuerdos, pues responden en su gran mayoría a las características de los diferentes modelos de Tratados que asuman las partes firmantes, como de las características de los sistemas jurídicos de las propias partes, sus percepciones en cuanto a materias polémicas como control de la propiedad, expropiación, explotación de recursos naturales, entre otros asuntos que involucran la soberanía de los Estados y la influencia que puedan tener en la elaboración final del instrumento a firmar.

Partiendo de la generalidad, existen criterios de tratadistas que han llegado al consenso en cuanto a los puntos comunes dentro de la diversidad de los Tratados Bilaterales de Inversión. Así, PARIASCA MARTÍNEZ, define los TBIs “...como al instrumento jurídico de carácter internacional, a través del cual los Estados se comprometen a garantizar al inversionista extranjero el tratamiento y protección de su inversión, brindando de este modo predictibilidad del marco legal aplicable...”. (Pariasca Martínez, Jorge. 2006)

Resumiendo ambos sentidos, la ilustre iustratadista española Dra. ISABEL GARCÍA RODRÍGUEZ. (2005), nos comenta que los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI), “...son tratados internacionales celebrados entre dos Estados con el fin de favorecer el comercio entre ambos países y otorgar ciertas garantías y facilidades a las inversiones que se realizan entre ellos, lo que confiere al acuerdo bilateral un carácter recíproco [...]El contenido de los APPRI está formado por un conjunto de medidas y cláusulas

destinadas a proteger, desde el compromiso internacional adoptado por los Estados, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte en el acuerdo bilateral[...]El objetivo principal de los APPRIs es promover a priori y proteger a posteriori las inversiones recíprocas entre los Estados por lo que éstos adquieren el compromiso internacional de favorecer las inversiones procedentes del otro Estado al tiempo que se obligan a garantizar estabilidad y protección jurídica al inversor y su inversión ” .

Podemos definir, entonces a los APPRIs como: “tratados bilaterales cuyo objetivo principal es establecer las bases fundamentales de las políticas para la promoción y la protección de las inversiones entre los Estados firmantes, a través, esencialmente, de la creación de condiciones generales que sirvan de estímulo y de garantía para los intereses económicos y jurídicos de los inversionistas de cada uno de dichos estados, cuando invierten en el territorio del otro Estado Contratante”.

2.2.1.2. Contenido.

Independientemente de la variedad de definiciones, el contenido básico de estos convenios es muy similar toda vez que reiteran las exigencias mínimas de seguridad para la inversión contempladas, a pesar de las diferencias significativas que puedan existir entre los distintos modelos.

Las obligaciones que un Estado adopte en la materia son distintas dependiendo de la naturaleza de la relación que exista con el país con el que se celebre el acuerdo, por lo que la determinación del contenido exacto de tales normas depende de valoraciones casuísticas. Sin embargo, los APPRIs pretenden facilitar la inversión y tratar por tanto cuestiones de leyes, políticas o actuaciones oficiales que podrían dificultar o poner en peligro los flujos de inversión. Por consiguiente, cuestiones como la admisión de inversiones, el tratamiento de las mismas, las garantías de la libre transferencia de fondos y compensación de

capital y beneficios, la compensación en caso de expropiación y la resolución de controversias, se incluyen de forma casi invariable en los mismos.

Los derechos de protección a las Inversiones regulados en los APPRIs se organizan en “*normas de tratamiento*” y “*normas de protección*”, criterios sobre los que coincide la mayoría de los Tratadistas y legislaciones nacionales. No se nos escapa lo casuístico del tema, pero la determinación del contenido exacto de tales reglas mencionadas requiere de una verificación caso por caso, conforme a las circunstancias particulares que se susciten, guiadas siempre por los principios de razonabilidad y equidad.

Normas de Tratamiento: Se refiere al régimen legal aplicable al Inversionista en el Estado receptor, lo prometido a fin de asegurar el disfrute y goce de los derechos del inversionista. No estamos ante normas jurídicas estrictamente, sino a una suerte de “patrones de conductas” que el Estado se ha obligado a adoptar, obligaciones que se configuran como “estándares” más que tipificaciones jurídicas de conducta. De esta forma, su contenido no se encuentra tipificado ex ante en su totalidad, sino que se determinará conforme a las circunstancias del caso concreto. Sólo se trata de una orientación de la conducta esperada y no de una descripción detallada de la conducta requerida.

Dentro de estos derechos encontramos normas clásicas del Derecho Internacional, que más que implementar un patrón específico, se constituyen como criterios de interpretación que auxilian a otras normas contenidas en el Tratado y no pocas veces suplen eventuales lagunas normativas en el Derecho Interno de los Estados.

Normas de Protección: La finalidad de esta clase de normas es la de evitar los llamados “riesgos políticos” o “riesgos no comerciales” por los que el gobierno de un Estado podría interferir arbitrariamente en los derechos o en la propiedad de un inversionista extranjero.

Dentro de esta clase de normas podemos ubicar al derecho a una indemnización “justa, pronta y adecuada” en caso de expropiación u ocupación del Estado sobre la propiedad del inversionista extranjero y a la “libre transferencia de capitales y utilidades”. Asimismo, podemos ubicar también dentro de esta clase de normas al derecho del inversionista extranjero para acceder al arbitraje internacional como mecanismo imparcial en la solución de conflictos, sobre el que volveremos más adelante.

Hay, sin embargo, un núcleo de derechos genéricos derivados de un Tratado, bien fundamentados y definidos en el derecho internacional, que en la práctica han constituido la base de las reclamaciones derivadas de un tratado por parte de los inversores frente a los Estados Receptores. Sobre este particular existe una jurisprudencia arbitral en rápido crecimiento en relación con estos derechos derivados de un tratado, temática que no se desarrollará por no ser objetivo del trabajo.

El núcleo de derecho de Tratados es el siguiente:

(a) *Trato Nacional*: La fundamentación de su implementación es evitar la posible discriminación en las normas locales de incidencia en las inversiones extranjeras, protegiendo al inversor de exigencias especiales que se traducirían en una desventaja competitiva respecto a los inversores nacionales. Otros criterios, defienden que este estándar de tratamiento no solo busca la estricta igualdad entre inversores nacionales y extranjeros, sino que también se interpreta como un tratamiento privilegiado para el nacional al ser arrastrado al nivel de tratamiento dado al Inversionista extranjero en la expresión “trato no menos favorable” .

(b) *Trato de Nación más favorecida (NMF)*: Este derecho garantiza a los inversores del Estado Receptor un trato no menos favorable que el que dicho Estado Receptor otorga a los nacionales de cualquier otro país. De nuevo, este derecho protege a un inversor de la exigencia de requisitos especiales y de una desventaja competitiva, esta vez frente a frente con inversores extranjeros de

terceros países. Si bien estos instrumentos son bilaterales, en virtud de este derecho, pueden multilateralizarse si todos ellos contienen la cláusula de NMF.

Es común que se establezcan en los APPRIs ciertas excepciones al principio de NMF, dos de ellas son: a) excluir del trato de nación más favorecida aquellos privilegios que alguna de las Partes hayan concedido a inversionistas de terceros Estados en razón de su membresía en un área de libre comercio, unión aduanera o acuerdo regional, y b) preferencias resultantes de algún acuerdo suscrito entre Estados en materia tributaria.

(c) *Trato no discriminatorio*: El Estado receptor se compromete a no perjudicar a los inversionistas de la otra parte firmante, con medidas discriminatorias a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de las inversiones en su territorio. El elemento contradictorio de este principio reside en que conlleva a que el Estado receptor no lleve a cabo acciones discriminatorias con relación a los extranjeros en general, o con algunos en particular, quebrantándose así el principio de igualdad.

(d) *Tratamiento Justo y equitativo*: una de esas normas clásicas del Derecho Internacional, reguladas dentro del *minimum standard* históricamente exigido en la práctica internacional relativa a las Inversiones Extranjeras. Al respecto no existe consenso sobre la existencia de una norma internacional, ni en cuanto a su contenido y alcance. Algunos lo asemejan al principio de “buena fe”, en cuanto a la obligación de no tener una actitud contraria al objeto y fin del Acuerdo. Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta

(e) *Compensación por Expropiación*: Las nacionalizaciones o expropiaciones constituyen un riesgo no comercial. En efecto, la potestad expropiatoria del Estado se erige como un principio reconocido por el Derecho Internacional contemporáneo, que deriva a su vez del principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales, proclamado por la Asamblea General de las

Naciones Unidas, por lo que ningún Estado puede ser obligado a no requisar, expropiar o nacionalizar. Sin embargo, a través de la celebración de los Acuerdos de Inversión se han establecido ciertas condiciones de legalidad bajo las cuales estas medidas pueden ser adoptadas por el Estado, exigiéndose que esos actos sólo se podrán adoptar por razones de “utilidad pública”, sobre una base “no discriminatoria”, bajo el “debido proceso legal” y con el pago de una compensación “pronta, justa y efectiva”. En esta última, algunos APPRIs han incluido la exigencia de que el monto de la indemnización sea calculado a partir del valor comercial del bien del que se trate.

2.2.2. Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscritos por Nicaragua.

Según la pagina web del Ministerio de Fomento, Industria y Comercio de la república de Nicaragua¹⁸, el Estado hasta la fecha ha suscrito 19 Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, como parte de la política de fomento a las inversiones, para lograr el establecimiento de inversiones extranjeras en el país y recientemente un TLC entre las Repúblicas centroamericanas y la República de Chile y otro TLC entre las Repúblicas centroamericanas y los Estados Unidos de México.

1. Convenio sobre garantías de inversión entre Nicaragua y la **República de China (Taiwán)**.¹⁹

Lugar: Managua, Nicaragua, 29 de julio de 1992.

Fecha de aprobación: Decreto 65-92, Gaceta No. 237 del 14/12/92.

Texto en Gaceta No. 248 del 30 de diciembre de 1992.

¹⁸ <http://www.mific.gob.ni>

¹⁹ Vigencia prorrogada al 7 de enero de 2013 por Nota de Embajada de China No. HMS 91-274 del 21 de junio de 2002 y Nota de Nicaragua No. MRE/DGSTAJI/406/06/02 del 24 de junio, 2002.

Entrada en vigor: *8 de enero de 1993*. Comunicado a Embajada de China con Nota del 16 de diciembre de 1992. Comunicado por Embajada de China con Nota 81-612 del 8 de enero de 1993.

2. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y el **Reino de España**.

Lugar: Managua, Nicaragua, 16 de marzo de 1994.

Fecha de aprobación: Decreto 4-95, Gaceta No. 21 del 31/01/95. Texto en Gaceta No. 41 del 28/02/95.

Entrada en vigor: 28 de marzo de 1995. Comunicado a Embajada de España con Nota No. 002 del 16 de febrero de 1995. Notificado por Embajada de España con Nota No. 12/18 del 28 de marzo de 1995.

3. Convenio de fomento y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y **Estados Unidos de América**.²⁰

Lugar: Denver, Colorado, U.S.A., 7 de enero de 1995.

Fecha de aprobación: Decreto A.N.1437, Gaceta No.143 del 31/07/96. Ratificación por Decreto 18-96, Gaceta No. 206 del 31/10/96. Texto en Gaceta No.209 del 05/11/96.

Entrada en vigor: Comunicado a EE.UU. con Nota del 23 de agosto de 1996. Instrumento de Ratificación elaborado el 23 de agosto de 1996. No existen datos de Nota de Estados Unidos. Vigencia de 10 años a partir de 30 días después del canje de instrumentos de ratificación, según su Artículo XVI.

4. Convenio para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y el Reino de **Dinamarca**.

²⁰ Sustituido por el Capítulo de Inversiones del DR-CAFTA, suscrito en Washington, D.C., EE.UU. el 18 de febrero de 2005

Lugar: Copenhague, Dinamarca, 12 de marzo de 1995.

Fecha de aprobación: Decreto A.N. 2375, Gaceta No. 204, 26/10/99.

Ratificación por Decreto 90-2003. Gaceta No. 247, 30/12/03.

Entrada en vigor: Comunicado a Embajada de Dinamarca el 4 de febrero de 2004. No existen datos de Nota de Dinamarca.

5. Tratado para la promoción y protección recíproca de inversiones de capital entre Nicaragua y la **República Federal de Alemania**.

Lugar: Managua, Nicaragua, 6 de mayo de 1996.

Fecha de aprobación: Aprobación y Ratificación por Decreto 28-99, Gaceta No. 60 del 26/03/99. *Texto* del Instrumento de ratificación en Gaceta No. 21 del 18/11/99.

Entrada en vigor: *19 de enero de 2001*. Comunicado a Alemania con Nota No. 04 del 24 de agosto de 1999. Notificado por Alemania con Nota del 12 de diciembre de 2000. El canje de Instrumentos de Ratificación se realizó el 19 de diciembre de 2000 a las 11:30 de la mañana en Alemania.

6. Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre Nicaragua y el **Reino Unido de la Gran Bretaña**.²¹

Lugar: Managua, Nicaragua, 4 de diciembre de 1996.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto A.N. 2380, Gaceta No.219 el 16/11/99. Ratificación por Decreto 16-2000, Gaceta No. 37 del 22/02/00.

Entrada en vigor: *21 de diciembre de 2001 conforme a su Artículo 13*. Comunicado a Gran Bretaña con Nota del 13 de marzo de 2000. Notificado por Embajada Británica con Nota No. 66/1 del 21 de diciembre de

²¹ Registrado bajo el No. 39173 en la Secretaría General de la ONU el 4 de marzo de 2003. Texto publicado en idiomas inglés, español y francés, a partir de la página No. 49 del documento Serie de Tratados de la ONU, Volumen No. 2207 de 2003 (I. Nos. 39164-39224).

2001. Nota a Embajada Británica No. 001 del 13 de febrero de 2002 confirmando la entrada en vigor a partir de la fecha de la última notificación.

7. Convenio para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y **Francia**.

Lugar: Managua, Nicaragua, 13 de febrero de 1998.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto A.N.1905, Gaceta No.136 del 22/07/98. Ratificación por Decreto 30-99, Gaceta No. 68 del 14/04/99. Texto en Gaceta No. 132 del 12 de julio de 1999.

Entrada en vigor: *31 de marzo de 2000*. Comunicado a Embajada de Francia con Nota No. 001 del 26 de mayo de 1999.

Comunicado por Embajada de Francia con Nota No. 25 del 29 de febrero de 2000. Nota a Embajada de Francia No. 001 del 7 de abril de 2000 informando que el Convenio entrará en vigor para ambos países en la fecha de recepción de la última notificación.

8. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y **Argentina**.

Lugar: Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 1998.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto A.N.2086, Gaceta No.227 del 25/11/98. Ratificación por Decreto 29-99, Gaceta No. 68 del 14/04/99.

Entrada en vigor: *1 de febrero de 2001*. Comunicado a Argentina con Nota No. 02 del 26 de mayo de 1999. Notificado por Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina con Nota No. 62/00 del 4 de diciembre de 2000. Nota a Cancillería Argentina No. 001 del 29 de marzo de 2001, acusando recibo de su Nota y confirmando la entrada en vigor del Acuerdo.

9. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y **Chile**.

Lugar: Santiago de Chile, 8 de noviembre de 1998.

Fecha de aprobación: Aprobación y Ratificación por Decreto 110-99, Gaceta No. 186 del 30/09/99.

Entrada en vigor: *24 de noviembre de 2001*. Comunicado a Chile con Nota No.001 del 16 de junio de 2000. Notificado por Embajada de Chile No. 072/00 del 25 de octubre de 2001. Nota a Embajada de Chile No. 003 del 15 de noviembre de 2001, acusando recibo de su Nota y comunicando la entrada en vigor del Acuerdo.

10. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y la **Confederación Suiza**.

Lugar: Managua, Nicaragua, 30 de noviembre de 1998.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto A.N.2300, Gaceta No.135 del 15/07/99. Ratificación por Decreto 101-99, Gaceta No. 168 del 02/09/99.

Entrada en vigor: *2 de mayo de 2000*

11. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y **El Salvador**.

Lugar: Managua, Nicaragua, 23 de enero de 1999.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto A.N. 2422, Gaceta No. 231 del 2/12/99. Ratificación por Decreto 26-2000, Gaceta No. 78 del 26/04/00.

Entrada en vigor: *9 de julio de 2000*. Comunicado a El Salvador con Nota No. 002 del 8 de junio de 2000. Nota a Embajada de El Salvador No. MRE/DGSTAJI/690/08/01 del 15 de agosto de 2001, confirmando la fecha de entrada en vigor.

12. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y el **Reino de Suecia**.

Lugar: Estocolmo, Suecia, 27 de mayo de 1999.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto A.N. 2423, Gaceta 231 del 2/12/99. Ratificación por Decreto 107-2002, Gaceta 229 del 2/12/02.

Entrada en vigor: *1 de mayo de 2003*. Notificado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Suecia con Nota del 30 de agosto de 1999. Notificado a Suecia con Nota No. 002 del 19 de marzo de 2003.

13. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y la **República de Corea**.

Lugar: Seúl, Corea, 15 de mayo de 2000.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto 29-2001, Gaceta No.46 del 06/03/01. Ratificación por Decreto 42-2001, Gaceta No.81 del 02/05/01.

Entrada en vigor: *23 de junio de 2001* Notificado por Embajada de Corea con Nota KCR2001-02/025 del 7 de febrero de 2001. Notificado a Embajada de Corea con Nota No. 001 del 23 de mayo de 2001.

14. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones Nicaragua y **Ecuador**²².

Lugar: Managua, Nicaragua, 2 de junio de 2000.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto 30-2001, Gaceta No.46 del 06/03/01. Ratificación por Decreto 41-2001, Gaceta No.81 del 02/05/01.

²² Con Nota No. 4-2-12 del 21 de enero de 2008, Ecuador comunicó su decisión de denunciar el Acuerdo firmado con Nicaragua el 2 de junio de 2000 por encontrarse revisando su sistema jurídico y su política nacional e internacional en materia de inversiones.

Entrada en vigor: Notificado por Ecuador con Nota No. 4-2-37-01 del 30 de mayo de 2001. Instrumento de Ratificación: 22 de mayo de 2001. Acta de Canje: 25 de julio de 2002.

15. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y el **Reino de los Países Bajos**.

Lugar: Managua, Nicaragua, 28 de agosto de 2000.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto 12-2001, Gaceta No.21 del 30/01/01. Ratificación por Decreto 94-2002, Gaceta No. 193 del 11/10/02.

Entrada en vigor: Notificado por Embajada de los Países Bajos con Nota No. MNG/BM/01/701 del 21 de junio de 2001. Notificado a Países Bajos con Notas No. 001 el 15 de noviembre de 2002 y No. 001 el 16 de junio de 2003.

16. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y la **República Checa**.

Lugar: Managua, Nicaragua, 2 de abril de 2002.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto AN 3313, Gaceta No. 123 del 02/07/02. Ratificación por Decreto 48-2003, Gaceta No. 117 del 24/06/03.

Entrada en vigor: *24 de febrero de 2004*. Notificado a Embajada Checa con Nota No. 003 del 4 de julio de 2003. Notificado por la Embajada Checa con Nota No. 57/04/04/ERCh-CR del 24 de febrero de 2004, a la vez que informa que esa será la fecha de entrada en vigor.

17. Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Nicaragua y la **República de Finlandia**.

Lugar: Managua, Nicaragua, 17 de septiembre de 2003.

Fecha de aprobación: Aprobación: Decreto A.N. No. 4968. Gaceta No. 13 del 18 de enero de 2007. Pág. No. 416.

Entrada en vigor: Pendiente de ratificación.

18. Acuerdo sobre la promoción y protección de inversiones entre Nicaragua y la **República Italiana**.

Lugar: Managua, Nicaragua., 20 de abril de 2004.

Fecha de aprobación: Aprobación por Decreto AN No. 4215, Gaceta No. 92 del 13/05/05. Ratificación por Decreto 52-2005, Gaceta No. 162 del 22/08/05. Pág. 5650.

Entrada en vigor: Pendiente de canje de ratificaciones.

19. Acuerdo sobre la promoción y protección de inversiones entre Nicaragua y la **Unión Económica Belga-Luxemburgo**.

Lugar: Luxemburgo, 27 de mayo de 2005.

Fecha de aprobación: Aprobación: Decreto A.N. No. 4962. Gaceta No. 13 del 18 de enero de 2007. Pág. No. 414

Entrada en vigor: Pendiente de canje de ratificación.

20. Tratado de Libre Comercio entre la **República de Chile** y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, y tratado bilateral entre la República de Nicaragua y la **República de Chile**.

Lugar: Guatemala, 18 de octubre 1999 y 22 de febrero del 2011, respectivamente.

Fecha de aprobación: 31 de agosto del 2011 por el Decreto A.N. N° 6502 publicado en La Gaceta, Diario Oficial, N° 212 del 9 de noviembre del 2011.

Entrada en vigor: 27 septiembre del 2012.

21. Tratado de Libre Comercio entre los **Estados Unidos Mexicanos** y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

Lugar: San Salvador, El Salvador, 22 de noviembre de 2011.

Fecha de aprobación: 22 de marzo del 2012 por el Decreto A.N. N° 6822, publicado en La Gaceta, Diario Oficial, N° 59 del 27 de marzo del 2012.

Entrada en vigor: 1 de septiembre del 2012.

2.2.3. Centros e instancias de Arbitrajes de los que es miembro Nicaragua.

1. MIGA, *Multilateral Investment Guarantee Agency*, del Banco Mundial, para asegurar a inversionistas de países miembros contra riesgos no comerciales, Nicaragua se suscribió el 28 de septiembre de 1990.
2. OPIC, *Overseas Private Investment Corporation*, es una Agencia Autónoma del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, para asegurar inversiones calificadas desde ese País contra riesgos no comerciales en Países calificados. Nicaragua se suscribió el 5 de octubre de 1990.
3. Convención de New York del 10 de Junio de 1958, aprobada por la Asamblea Nacional el 25 de Julio de 2003.
4. Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Panamá, aprobada por la Asamblea Nacional el 04 de Febrero de 2003.
5. CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, para solucionar controversias entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Nicaragua se suscribió el 4 de febrero de 1994. Ratificado el 7 de mayo de 1995.

CAPITULO III. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TLC DR-CAFTA Y TBIs PARA EL ESTADO DE NICARAGUA.

1.1. Efectos de los procedimientos para la solución de controversias en el TLC DR-CAFTA para Nicaragua.

Una de las cuestiones de grave preocupación para los pueblos latinoamericanos es el referido a las cláusulas que contienen todos los TLC y TBIs en cuanto al sometimiento a una jurisdicción arbitral internacional para resolver eventuales conflictos, incluso en algunos casos se establece la inhibición del Congreso Nacional para legislar a futuro sobre distintos aspectos vinculados con inversiones. El caso particular respecto a estos tribunales fuera de nuestras jurisdicciones es el del CIADI que pertenece al Banco Mundial.

El gobierno de EE.UU. predijo que el TLC DR-CAFTA estimularía la economía de Nicaragua y revertiría la tendencia de pobreza. Cinco años después de que se ratificó TLC DR-CAFTA, Nicaragua aún no ha podido aprovechar el acuerdo. La pobreza, el desempleo, la falta de infraestructura y la migración plagaron la nación antes del acuerdo, sin embargo, el TLC DR-CAFTA ha agravado estos problemas más que aliviarlos.

La promesa del TLC DR-CAFTA de un sinfín de acceso al mercado grande de Estados Unidos para Nicaragua no se ha realizado y nunca se realizará, a no ser que Nicaragua haga cambios significativos y costosos a su infraestructura. Aunque durante el primer año del TLC DR-CAFTA (2006-2007) las exportaciones de Nicaragua a EE.UU. crecieron 18%, el año siguiente cayeron 1,3%. En 2007, disminuyó la ganancia de 36 productos de distintas industrias en su intercambio comercial con los EE.UU, resultando en una caída de volumen de 25,3% y una caída de valor de 13,2% en exportaciones, aunque los precios de los mismos productos subieron 16%. (Sandino, Adelmo. 2008)

Esta pendiente de dependencia ignora la soberanía nacional, la protección y el desarrollo de la producción interna de una nación y también atrapa países en una posición peligrosa. Las subidas rápidas de precios no permiten que naciones en desarrollo tengan tiempo para buscar soluciones alternativas.

Actualmente Nicaragua no tiene el capital para proteger a sus productores y negocios pequeños y medianos aunque la regulación gubernamental de comercio, importaciones y la economía fueron impulsados por las instituciones financieras internacionales y los Estados Unidos. Esto deja a Nicaragua en una posición vulnerable, ya que aumentos inesperados de precios son inminentes en los mercados interconectados al nivel global.

Nicaragua sigue siendo incapaz de competir y tener éxito en gran escala, mucho menos aprovechar las importaciones más baratas. El aumento continuo de precios internacionales de alimentos y petróleo junto con una falta severa de infraestructura demuestran que más que abrir para países en desarrollo como Nicaragua un camino verdadero al desarrollo y competir en el mercado global, la liberalización de comercio ha amenazado la seguridad alimentaria y detenido el progreso económico.

Cada vez está más claro que el llamado Tratado de Libre Comercio (TLC), que, no tiene en Estados Unidos el rango de “*Treaty*” (Tratado) sino de “*Agreement*” (Acuerdo) internacional, tal como lo indica su nombre oficial en inglés: ‘*Central America & Dominican Republic Free Trade Agreement*’ (CAFTA-DR), ni tampoco su objetivo principal es el “libre comercio”, como nos han querido hacer creer. Si un nombre le cuadra a su verdadera naturaleza, ese nombre sería: “Acuerdo para facilitar las inversiones y las ganancias de las transnacionales en Centroamérica y República Dominicana”.

Porque, en efecto, el TLC DR-CAFTA es, en su esencia, un conjunto de mecanismos tendientes a producir, entre otros que se anuncian, el resultado

encubierto de debilitar el orden jurídico de los Estados Centroamericanos y de la República Dominicana, de modo tal que las empresas transnacionales puedan llegar a disponer a plenitud, sin el engorro y las demoras que implica todavía hoy la intermediación de aquellos Estados, de las ventajas estratégicas y los recursos económicos de la Región.

Como un nuevo Caballo de Troya, el TLC DR-CAFTA lleva dichos mecanismos ocultos en las páginas innumerables de un extensísimo y oscuro documento, en espera del momento en que serán utilizados en daño de nuestros más sagrados intereses.

Siendo el NAFTA. (Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte) el modelo adoptado casi literalmente por los redactores de nuestro TLC DR-CAFTA me parece muy importante mostrar lo que algunos estudiosos han determinado en relación con la normativa del Capítulo 11 del primero, que está fielmente reproducida en el Capítulo 10 del TLC DR-CAFTA, y atañe al régimen de las inversiones.

Quienes negocian el ALCA proponen incorporar en este tratado el Capítulo 11 del TLCAN. El borrador del ALCA fue publicado por el Comité de Negociaciones del Tratado del ALCA en julio del año 2001. El análisis realizado por grupos de investigación sugiere que el borrador incluye, virtualmente al pie de la letra, la totalidad del texto del TLCAN en lo que se refiere a los mecanismos de relación entre el Estado y los inversionistas, lo que permitiría a las corporaciones extranjeras gozar de derechos especiales en la utilización de instancias de arbitraje internacional, a puertas cerradas y sin estar sujetas a dar cuenta de sus acciones, en lugar de utilizar los tribunales nacionales, disolviéndose así leyes y reglamentos promulgados democráticamente en todas las Américas, tal como está ya sucediendo en Norteamérica.

Tradicionalmente, los gobiernos han interpretado su mandato como servidores del interés público y, por eso, responsables de regular las actividades de las corporaciones. Esto significaba que el papel del gobierno, por ejemplo, consistía en asegurar la protección del medio ambiente contra la degradación, y asegurar un justo trato a los trabajadores.

Pero el mecanismo de relación entre inversionistas y el Estado, establecido en el Capítulo 11 de TLCAN está transformando esta relación histórica en su mismo núcleo.

El objetivo primario del Capítulo 11 es limitar la capacidad de los gobiernos de proteger el medio ambiente, la salud y otros valores públicos frente a los intereses comerciales. Estas medidas hacen cada vez más difícil para los gobiernos cumplir con el mandato de proteger los derechos de los ciudadanos que los han elegido.

Sin perder tiempo, las corporaciones tomaron ventaja de las oportunidades que les abría el Capítulo 11. Cerca de quince demandas legales ya han sido presentadas para atacar, en el corazón mismo, la capacidad de los gobiernos de producir orientaciones políticas y de salvaguardar la soberanía nacional, en particular en lo que se refiere a la emisión de leyes para la protección del medio ambiente. La información sobre estos casos relacionados con el Capítulo 11 es muy incompleta, y es así como un directo resultado de las reglas del TLCAN, que busca cubrir los hechos con el manto de la secretividad, en completo contraste con la apertura al público que establece la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Lo anteriormente expuesto, nos permite apreciar la situación que enfrentan México y Canadá con los inversionistas del NAFTA, a pesar de que son Estados poderosos. Por virtud del Capítulo 11 (Inversiones) las empresas inversionistas los han llevado a tribunales arbitrales y los han vapuleado, a pesar de contar, en

comparación con nosotros, con muchos mayores recursos para defenderse. Pensemos un poco, ahora, acerca de lo que nos pasaría a nosotros si nos ponemos en las mismas condiciones contractuales.

El NAFTA y el TLC DR-CAFTA son, literalmente, como dos gotas de agua; la diferencia está en las realidades que ambos regulan. Mientras el NAFTA es una relación entre gigantes, el TLC DR-CAFTA es una relación entre un gigante y seis hormigas: los resultados van a ser muy diferentes, y no serán los Estados Unidos los que lleven la peor parte.

1.1.1. La falta de mecanismos jurídicos protectores.

Los centroamericanos firmamos un “Tratado” los estadounidenses firmaron un “*Agreement*”²³. Las leyes ordinarias de los Estados de Centroamérica quedan situadas, en la jerarquía de las fuentes normativas, por debajo del TLC DR-CAFTA. La *Implementation Act*²⁴ aprobada por el Congreso norteamericano al promulgar el TLC DR-CAFTA, pone a éste por debajo de la legislación federal, estatal y local, presente y futura, de los Estados Unidos.

Pues bien, al igual que el derecho laboral, el derecho del consumidor, etc., que constituyen regímenes protectores de la parte débil de la relación, también el derecho internacional, pero sobre todo la práctica de las relaciones internacionales entre naciones amigas, debería contemplar la constitución de regímenes protectores de los Estados débiles. En concreto, el TLC DR-CAFTA debió establecer un régimen protector o compensatorio en beneficio de los Estados pequeños, frente al Estado grande y las grandes transnacionales, para compensar las desventajas “de hecho” que padecen los primeros. Porque las asimetrías, apreciables con respecto a las dimensiones geográficas, demográficas, económicas, militares, etc., que resultan de la comparación entre los Estados

²³ “Agreement”: Palabra inglesa que se traduce como “Acuerdo”.

²⁴ *Implementation Act*: Palabra inglesa que se traduce como “Ley de implementación”

Unidos y los países Centroamericanos en su conjunto, o cada uno de ellos por separado, tuvo que haber inspirado, en nuestros esforzados negociadores, la redacción de cláusulas compensatorias que, en su conjunto, significaran una equiparación de posiciones entre todos los sujetos contratantes.

Pero no fue así, Cuando se iniciaron las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en enero de 2003, uno de los temas que mayores interrogantes generaron fue el de las asimetrías, y en particular, la forma en que esas asimetrías serían compensadas por Estados Unidos.

Las asimetrías eran enormes y se esperaba un trato "especial y diferenciado", como se denomina en la terminología del comercio internacional. ¿Cómo comparar el tamaño y la capacidad productiva de las empresas norteamericanas con las de Nicaragua y el resto de Centroamérica? ¿Cómo contrastar el ingreso de una familia de Ohio o de la Florida, que sobrepasa los \$60.000.00 (sesenta mil dólares) al año, con el de un nicaragüense de Rivas o de Managua? Algún contrapeso ameritaban esos desbalances.

Lamentablemente estas y otras disparidades no fueron consideradas y, por lo tanto, no se construyó una agenda de cooperación sustantiva para ayudar a los países a enfrentar la apertura frente a un socio comercial gigantesco. La negociación, se señaló enfáticamente, se basó en la reciprocidad, o sea, se hizo bajo la ficción de que se trataba de un acuerdo entre iguales.

No obstante surgió un tema en el que parecía existir simetría. Era en el tema jurídico. Cierta discusión surgió en torno a si Tratado (*Treaty*) y Acuerdo (*Agreement*) significaban lo mismo y si tenía los mismos efectos legales. Los negociadores afirmaron que si bien podía existir alguna diferencia, esta no era relevante y el TLC tendría el mismo rango jurídico y las mismas consecuencias jurídicas tanto en Estados Unidos como en Nicaragua. (Antillón, Walter. 2006)

Ahora nos damos cuenta, con la presentación de la Ley de Implementación del TLC DR-CAFTA en la Cámara de Representantes de Estados Unidos, que las cosas no son así, y que existen diferencias fundamentales en los dos países en cuanto a las implicaciones jurídicas del Tratado/Acuerdo.

La Ley de Implementación del TLC DR-CAFTA establece en la Sección 102 titulada: Relación del Acuerdo con la Legislación de Estados Unidos (Federal) y de los Estados, lo siguiente:²⁵

- a) La normativa estadounidense (Federal) prevalece sobre cualquier precepto del Acuerdo de Libre Comercio.
- b) Todas las disposiciones que sean inconsistentes con la normativa Federal quedan sin efecto.
- c) Nada del Acuerdo podrá alterar o modificar la legislación Federal.
- d) La legislación de los estados tampoco será alterada o modificada por el Acuerdo.
- e) Ninguna persona privada podrá demandar al gobierno de Estados Unidos o a los gobiernos estatales con base en el Acuerdo.

Esta caracterización jurídica del TLC en Estados Unidos es diametralmente opuesta a lo que este instrumento representa en la normativa nicaragüense. Veamos algunos ejemplos.

- a) En la legislación nacional el Tratado de Libre Comercio tiene rango superior a la ley, y cualquier normativa que se le oponga queda automáticamente derogada.
- b) En el Capítulo del TLC referente a las "Disconformidades" se enumeran todas aquellas normas actuales que se contradicen con el Tratado pero que el propio acuerdo ratifica su vigencia. Las que no están incluidas son abolidas.

²⁵ Aprobado el 28 de junio del año 2005, por el Congreso de los Estados Unidos de América.

- c) Los legisladores nicaragüenses no podrán aprobar nueva legislación que contradiga los mandatos establecidos en el TLC.
- d) Las personas físicas y jurídicas norteamericanas que se vean afectadas por medidas del Gobierno en materia comercial o de inversiones podrán accionar contra el Estado nicaragüense con base en el Tratado.

Esta nueva asimetría de naturaleza jurídica, que no conocíamos y que se constata en la Ley de Implementación del TLC DR-CAFTA, no deja dudas en cuanto a los limitados compromisos que asume Estados Unidos con el Acuerdo, al tiempo que el Tratado afecta seriamente el marco normativo e institucional nicaragüense.

Veremos que el Capítulo 10 del TLC DR-CAFTA obliga por igual a Estados Unidos y a Nicaragua, pero ¿por qué no tiembla el gobierno de Estados Unidos ante las ventajas excesivas que dicho articulado les confiere a los inversionistas nicaragüenses que decidan establecerse en territorio norteamericano? ¿Por qué Nicaragua tendría razonablemente que temer en la situación inversa? Está a la vista el despropósito de considerar iguales dos situaciones de hecho que están lejísimos de serlo. Pero los negociadores norteamericanos hacen que no lo ven, ¿Por qué se negó Estados Unidos a introducir medidas compensatorias que permitieran a nuestro gobierno discutir con ellos y con sus transnacionales en un plano de igualdad?

Frente a la realidad de las brutales asimetrías económicas entre un Estado pequeño y débil por una parte, y las grandes transnacionales y el súper Estado por la otra, lo equitativo es darle al Estado débil una serie de ventajas que le permitan compensar aquellas desventajas. Esa es la función de un derecho “protector”, que en este caso es el derecho justo: ante diferencias de hecho que conduzcan a situaciones injustas, el derecho, para ser justo, debe corregir y contrarrestar aquellas diferencias de hecho. Eso es lo que no hemos tenido en el TLC DR-CAFTA.

Conociendo los antecedentes, entonces resulta transparente la insistencia en las asimetrías que el convenio presenta, buscadas y mantenidas a toda costa, las cuales obedecen a la dualidad de propósitos que la negociación se propuso conseguir frente a los Estados Unidos, Estado que sobrevivirá sin esfuerzo, y más bien saldrá reforzado, pues sus dimensiones y su posición dominante lo defienden. El TLC DR-CAFTA coloca, en un plano de perfecta paridad, a los países de Centroamérica, a los que se busca debilitar, pues se sabe (por la experiencia con el NAFTA) y los, que no podrán resistir la interacción con empresas transnacionales de medianas dimensiones. ¿Qué decir con las gigantes?

Uno de los medios para conseguir ese resultado, es destruir la soberanía judicial de los Estados, poniéndolos a merced de las transnacionales inversionistas con el arma de los tribunales arbitrales internacionales.

1.1.2. Vulnerabilidad del sistema jurisdiccional nacional.

En el TLC DR-CAFTA se habla de “tribunales arbitrales” y de “árbitros” para designar los órganos a los que en dicho instrumento se asigna la competencia para la solución de conflictos entre los Estados-parte y sus inversionistas. Pero, los aparatos predispuestos para esos efectos por el sistema TLC DR-CAFTA – CIADI no son verdaderos tribunales arbitrales ni procedimientos arbitrales.

Faltan totalmente en dicho procedimiento la **cláusula compromisoria** que (si se tratara de un verdadero arbitraje) firmarían el inversionista y el Estado en el momento de trabar sus relaciones; y faltaría también el compromiso (suscrito entre ellos ya en presencia del conflicto inter-partes), puesto que en el régimen del TLC DR-CAFTA – CIADI el inversionista no necesita el acuerdo de su contraparte (el Estado) para plantear su demanda. En dicho régimen no se prevé cláusulas compromisorias ni compromisos firmados entre un Estado y un inversionista concreto, sino que se estipula un acuerdo, un “agreement” entre los Estados

comparecientes, en el que éstos aceptan la jurisdicción compulsiva del CIADI para el arreglo de sus diferencias patrimoniales (véase artículo 10.17 del TLC DR-CAFTA).

Además, el laudo arbitral, siendo un acto privado, necesita la homologación judicial para devenir eficaz, mientras que en el procedimiento del TLC DR-CAFTA la decisión del tribunal, una vez agotado el recurso de apelación previsto a futuro (Anexo 10-F), será eficaz y ejecutable sin necesidad de homologación (Art. 10.26.9 del TLC DR-CAFTA, en relación con el Art. 54 CIADI).

Con vista de todo lo anterior, en la redacción del TLC DR-CAFTA se abusó de las palabras para encubrir la naturaleza de la operación que allí se intentaba, que no era posibilitar un sencillo sistema arbitral para solución de conflictos, sino la habilitación del sistema del CIADI para sustituir a los poderes judiciales de los Estados-parte en el conocimiento y solución de dichos conflictos.

El TLC DR-CAFTA, en sendos artículos que regulan las materias de inversiones, servicios financieros, ambiente y solución de conflictos, establece:

- a) La creación de una jurisdicción internacional permanente y a doble grado (Anexo 10-F), radicada en el Centro Internacional de Arreglo De Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), por completo desvinculada del Poder Judicial de Nicaragua, para la solución de los conflictos surgidos entre los inversionistas y el Estado; jurisdicción a la cual el Estado nicaragüense se encuentra jurídicamente sometido, y a la que tendrá que sujetarse forzosamente una vez que sea llevado a ella en calidad de demandado por el inversionista (10.16 y sig., 12.18, 17.2 y 20.1 y sig.);
- b) La aplicación prioritaria de las normas del TLC DR-CAFTA y anexos, por los tribunales integrados para la solución de dichos conflictos (10.22 y sig.); y

- c) El deber de esos tribunales de basar sus decisiones en la interpretación que, de la normativa del TLC DR-CAFTA y de la normativa de las llamadas “medidas disconformes” previstas en los Anexos I y II, formule el ente-órgano llamado Comisión de Libre Comercio, compuesto por los siete ministros de comercio exterior (o sus delegados); interpretación que se elaborará por consenso, o en la forma que la misma Comisión decida (10.22.3, 10.23.1 y 2, y 19.1.5).

Se creó pues, una ley, un tribunal, una interpretación ajenos al sistema judicial nicaragüense, vulnerando así, la unidad de la jurisdicción nacional, porque se crea un aparato de pretendida justicia, paralelo a nuestro Poder Judicial. De igual forma se somete al Estado de Nicaragua, es decir, a la comunidad soberana de los nicaragüenses, a decisiones que no provienen de sus propios tribunales, para solucionar litigios que, vista la experiencia de México, Canadá, Argentina y otros países del área, a juicio de expertos nacionales, no serán esporádicos ni de poca monta, sino que probablemente llegarán a ser muy frecuentes y a tener una repercusión de tal gravedad y magnitud en la economía y en el equilibrio social y político de nuestro país, que podrían llegar a provocar, en un futuro no lejano, una amenaza para Nicaragua como unidad política independiente.

De este modo el TLC DR-CAFTA no viene a propiciar uno de esos clásicos mecanismos arbitrales ad hoc, sino que su normativa organiza una verdadera institución de carácter permanente (10.17.2); y en lo que atañe a Nicaragua (y los demás miembros del CIADI suscriptores del TLC DR-CAFTA), crea una competencia, unos órganos y un procedimiento específicos para el conocimiento y resolución de los conflictos que decidan plantear los inversionistas radicados en nuestro territorio, contra el Estado nicaragüense (artículo 10.16. 1 y 3 “a”).

1.1.3. La imposición del CIADI en la jurisdicción nacional.

El CIADI, ente adscrito al Banco Mundial, y dotado de personalidad jurídica internacional, inicialmente fue concebido como un “centro internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones” al estilo tradicional, con jurisdicción no obligatoria, que para actuar requería el consentimiento escrito de las partes litigantes (preámbulo y el artículo 25 del convenio CIADI).

Por mandato del TLC DR-CAFTA, el CIADI se convierte en el ente que administra la solución de las demandas de los inversionistas contra el Estado, con jurisdicción obligatoria, en sustitución de los tribunales nicaragüenses, porque en efecto, los artículos 10.16.3 ‘a’ y ‘b’, y 10.17.2 del TLC DR-CAFTA convierten al CIADI en la instancia obligada para dirimir dichos conflictos, surgidos con ocasión de las inversiones norteamericanas hechas en Nicaragua al amparo del mismo TLC DR-CAFTA.

Las consecuencias de esos actos son de gran magnitud, pero hay algo que se debe subrayar, que es la manera en que el DR-CAFTA nos presenta una cosa tan grave.

El capítulo X del TLC DR-CAFTA nos dice, clara y abiertamente: “mediante las cláusulas que siguen se establece para el Estado de Nicaragua un sistema de justicia que sustituye al Poder Judicial en la solución de las controversias que planteen los inversionistas contra ese Estado.

Muy por el contrario, las normas que contienen la sustitución de nuestro poder judicial por el centro internacional llamado “CIADI”, se encuentran escondidas en medio de la letra del TLC DR-CAFTA. Estamos consintiendo pues, en que se cercene, de modo permanente, la potestad jurisdiccional del Estado de Nicaragua, sólo cuando el artículo 10.16 del TLC DR-CAFTA nos dice en su inciso 3:

“Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a que se refiere el párrafo I:

(a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI...”

Y cuando el artículo 10.17 nos dice que:

1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado.
2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección, cumplirá con los requisitos señalados en:
 - a) El Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia...”

1.1.4. Los órganos del nuevo aparato juzgador:

Los órganos del CIADI, adoptados por el TLC DR-CAFTA, para administrar justicia son:

- a) **El Consejo administrativo:** con representación de todos los Estados-parte y presidido por el Presidente del Banco Mundial, se ocupa, aparte de las funciones puramente administrativas y financieras, de “adoptar” las reglas de procedimiento a seguir para iniciar el arbitraje, así como las reglas del procedimiento arbitral. En cuanto a las reglas procesales para los procedimientos en los casos del TLC DR-CAFTA, las reglas procedimentales del CIADI serán supletorias de la normativa contenida en los artículos 10.16 y siguientes del propio TLC DR-CAFTA.

- b) **La Secretaría General:** cuya cabeza, el Secretario General, viene investido de una competencia general para ejercer funciones procesales de carácter preparatorio, instructorio y supletorio en apoyo del tribunal del conflicto (artículo 10.16, en relación con los artículos 9, 10, 11 y concordantes del CIADI).

Este Secretario no surge “ad hoc”, de un acuerdo entre las partes ante un conflicto concreto, sino que es “institucional”: cuenta con su propio personal para suplir los servicios de administración o “cancillería” permanente del Centro, cuya representación ostenta, para la “solución” de toda controversia que se presentare entre los inversionistas y los Estados que los acogen. Se trata de un funcionario provisto incluso de poderes para intervenir en los procedimientos, en cualquier situación en que falte el acuerdo de las partes; para remover eventuales obstáculos en el momento de la constitución del tribunal y también para hacer lo propio durante el curso del procedimiento; etc. También conserva el Secretario la Lista de árbitros elegibles para integrar los tribunales (Artículos 9 a 11 del CIADI).

- c) **Los tribunales del sistema CIADI:** llamados “arbitrales”, compuesto de tres miembros; dos de ellos designados por cada una de las partes y el tercero (que presidirá) de común acuerdo entre ellas (el Secretario, ya mencionado, tiene autoridad para designar cualquiera de los árbitros, o a todos los tres, cuando faltaren, ya por inercia o si no hubo acuerdo de las partes (artículo 10.19).

El Tribunal que se crea en el TLC DR-CAFTA no es un verdadero tribunal arbitral, en los términos en que lo entiende la doctrina jurídica. En efecto, a pesar de que, repetidamente el TLC DR-CAFTA lo llama “arbitral”, este tribunal no surge de un acuerdo (anterior o posterior al conflicto) entre el Estado y el inversionista, sino que viene ya instituido en el TLC DR-CAFTA como un órgano flanqueado por otros órganos permanentes, a la disposición del inversionista.

Obsérvese que, si las partes no disponen cosa distinta, el Secretario escogerá los miembros del Tribunal de una lista pre constituida, formada por personas seleccionadas por designación de cada uno de los Estados partes del CIADI (cuatro personas por cada Estado), y por el Presidente del mismo CIADI (diez personas), todo ello de acuerdo con el artículo 10.16.3.a del TLC DR-CAFTA, en relación con los artículos 12 a 16 del CIADI.

- d) **El órgano de apelación:** previsto por el TLC DR-CAFTA en su Anexo 10-F (y el procedimiento que deben seguir las actuaciones de las partes ante él) tendrá la genérica atribución de conocer por vía de apelación las impugnaciones que hagan dichas partes del llamado laudo arbitral. Su integración, competencia, presupuestos, legitimaciones, etc. serán establecidos sobre la base de un borrador de enmienda del mismo TLC DR-CAFTA, producido por un “Grupo de Negociación” nombrado por la Comisión de Libre Comercio.

Además de los órganos del CIADI propiamente dichos, en los procedimientos para resolver los conflictos engendrados bajo la normativa del TLC DR-CAFTA interviene, con un papel de notable importancia, la Comisión de Libre Comercio.

- e) **La Comisión de Libre Comercio:** tiene la potestad de interpretar las reglas del TLC DR-CAFTA y anexos, con efectos vinculantes para el tribunal (artículo 19.1.2 c y 3 c); Esta Comisión es el órgano de mayor rango para la dirección y administración del TLC DR-CAFTA, y en materia de solución de controversias tiene un papel decisivo: interpretar la normativa aplicable, sustancial y procesal. Así lo establece el artículo 19.1 en sus apartados 2 c) y 3 c), que en lo conducente dicen:

19.1.2: “...*La Comisión deberá: ... c): buscar resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación de este Tratado...*”

19.1.3: “...*La Comisión podrá: ... c): emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado...*”

Lo cual significa que está llamada a influir poderosamente en el contenido de las resoluciones que dicten los tribunales. En realidad, se trata de que produzca una interpretación más penetrante que la que nuestro código procesal atribuye a las Sala de Casación, porque según los artículos 10.22.3 y 10.23.2, la interpretación que decida hacer la Comisión de Libre Comercio acerca del sentido y alcance de las disposiciones del TLC DR-CAFTA, en abstracto o para un caso particular.

10.22.3 “...será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión...”

Y cuando interprete los Anexos I y II (medidas disconformes), también esa interpretación

10.23.2 “...será obligatoria para el tribunal y cualquier decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser consistente con esa decisión...”

A la vista de este amplísimo poder de interpretar que el TLC DR-CAFTA le otorga a la Comisión, habría que añadir que nuestra Asamblea Nacional vería afectada su potestad de interpretación auténtica que le reconoce el artículo 138, inciso 2) de la Constitución Política Nicaragua, pues la misma se limita a la ley ordinaria, y el TLC DR-CAFTA, aunque lo cierto es que es un mero “agreement”, no entraría en ningún caso en la categoría de ley ordinaria. Y ello nos muestra de nuevo la fuerte incidencia derogatoria de dicho instrumento, incluso a nivel constitucional.

Recapitulando, tenemos que el TLC DR-CAFTA no contiene en su texto la mera cláusula que permite al Estado y al particular partes de un contrato de inversión, tomar libremente la decisión de recurrir a los árbitros, si surgiera entre ellos un conflicto, sino que crea, en sede de convenio marco, es decir, en abstracto, en un

momento anterior a que se produzcan aquel contrato y aquel conflicto, un sistema pseudo-jurisdiccional paralelo y permanente centrado en el CIADI, invistiendo de facultades de administración judicial a su Secretario, y concediendo un poder de interpretación vinculante a la Comisión de Libre Comercio creada por el mismo TLC DR-CAFTA. Es evidente, que lo anterior conduce a serias vulneraciones de rango constitucional para nuestro País.

1.1.5. Quebrantamientos del orden constitucional nicaragüense.

El TLC DR-CAFTA ha creado un aparato institucional de solución de conflictos, a por encima de las supremas instituciones nacionales de poder. Porque crear un órgano para que interprete exclusivamente los textos aplicables, y otorgarle jurisdicción compulsiva a un Centro internacional dotado con una administración de sustento y unos tribunales, todo ello independiente y separado del Sistema Judicial de Nicaragua para resolver conflictos surgidos dentro de nuestro territorio, entre nuestro Estado y ciertos inversionistas norteamericanos aquí establecidos, no significa otra cosa que someter incondicionalmente a nuestro País a una jurisdicción internacional.

Así lo establecen los artículos constitucionales:

Arto. 5 párrafo quinto. Nicaragua fundamenta sus relaciones internacionales en la amistad y solidaridad entre los pueblos y la reciprocidad entre los Estados. Por tanto, se inhibe y proscribire todo tipo de agresión política, militar, económica, cultural y religiosa, y la intervención en los asuntos internos de otros Estados. ***Reconoce el principio de solución pacífica de las controversias internacionales por los medios que ofrece el derecho internacional.....***”

Arto. 158 La justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el Poder Judicial, integrado por los Tribunales de Justicia que establezca la Ley.

Arto. 159 Los Tribunales de Justicia forman un sistema unitario cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia. Habrá Tribunales de Apelación, jueces de Distrito, jueces Locales, cuya organización y funcionamiento será determinado por la ley. Se establece la carrera judicial que será regulada por la Ley.

Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Los Tribunales militares sólo conocerán las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia.

Para el Estado de Nicaragua, renunciar a la potestad jurisdiccional que le corresponde como Estado soberano, en la forma en que claramente aparece en el TLC DR-CAFTA, significa alterar grave y profundamente su organización política, porque no es otra cosa crear órganos supranacionales competentes para resolver conflictos internos de Nicaragua, con exclusión y por encima de nuestro Poder Judicial, y con efectos vinculantes para nuestro Estado-persona. Es entendido que la frase “alterar la organización política” puede entenderse en un sentido muy amplio o en el sentido reducido en que se usa aquí, como un cambio cualitativo o cuantitativo en la estructura del poder judicial.

Ello tiene que ser entendido de esa manera porque, de acuerdo con el texto de nuestra Constitución, Nicaragua, al igual que otros países del mundo, es un Estado moderno en el sentido clásico del concepto. La organización política de un Estado moderno conlleva de modo esencial la constitución, a nivel de la carta política fundamental, de determinados centros supremos de poder soberanos e independientes entre ellos (legislativo, ejecutivo electoral y judicial); centros de poder que la cultura político-constitucional de Occidente ha estimado indispensables para el ejercicio de las auténticas potestades soberanas de dicho Estado, a la que están subordinados todos los sujetos radicados en su territorio,

incluidos los inversionistas, cualquiera que sea su nacionalidad. (Santi Roamano.1947)

1.2. Efectos Jurídicos de los Tratados Bilaterales de Inversión TBIs.

Una referencia a los principales efectos jurídicos resultantes de los *APPRI*s puede ubicarnos en líneas paralelas casi coincidentes con el ya analizado contenido de estos instrumentos. Sin embargo, aquí se hace referencia a esos resultados inmediatos de interés jurídico, que han identificado estos instrumentos del resto de los Acuerdos en materia de Inversión, comerciales o de la amplia gama económica.

En este orden de ideas, se entiende que los principales efectos jurídicos de estos tratados sobre inversiones son:

a) Establecen el trato y protección al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar. Fortaleciéndose en su carácter convencional la obligatoriedad de su cumplimiento, incurriendo en responsabilidad internacional el Estado que incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional.

b) Otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional. Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional.

c) Los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor. Estos contratos, generalmente, se hallan sujetos a cualquier afectación del derecho interno que permite al Estado resolverlos unilateralmente por razones de “interés público”, en virtud de su soberanía e independencia económica.

En este orden de ideas, los contratos celebrados entre el Estado receptor del capital y el inversor extranjero se hallan amparados por estos tratados internacionales posibilitando su inserción en el orden jurídico internacional, otorgando la alternativa al inversor extranjero de reclamar en el plano internacional por medio del arbitraje. De este modo, el actuar del Estado parte se sujeta al tratamiento estipulado en el tratado, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor, por violación de una obligación internacional contenida en un tratado.

Esta dinámica impregnada a la relación jurídica resultante de los *APPRIs*, ha sido la constante justificación legal que ha obligado a los Estados firmantes de éstos Acuerdos, a concurrir ante instancias internacionales, muchas veces, bajo pretensiones provenientes de interpretaciones exquisitas sobre cualquier acto soberano de Estado. No obstante, es útil distinguir los incumplimientos o reclamaciones derivadas del Tratado de las provenientes de los Contratos establecidos por el Inversionista Extranjero con las entidades del Estado receptor.

1.3. La cláusula de solución de controversias Inversionista vs. Estado y otros aspectos de incidencia.

En el primer Capítulo, se ha visto a grandes rasgos, como se fueron desarrollando diferentes mecanismos de protección de las Inversiones extranjeras, los cuales fueron asumidos por varios Estados en pos de consolidar su “clima de inversión” y hacerse más atractivos a las posibles inversionistas de capital.

Sin embargo, todos esos derechos desarrollados en los *APPRIs* no fueron la mayor conquista de los Inversionistas Extranjeros. Acorde con la doctrina de las garantías jurídicas, de nada sirve la declaración de un derecho, si no se establece una garantía que salvaguarde su cumplimiento. Es en este orden de idea, que la práctica internacional ha incluido dentro de los Acuerdos Internacionales de Inversión dos sistemas de solución de controversias que atienden: Conflictos entre partes firmantes del Tratado (Estados vs. Estado) y Conflictos entre el Estado receptor y un inversor de la otra parte (Inversionista vs. Estado). Este último

mecanismo de solución de controversia, resulta el punto medular de nuestro debate.

Bajo este prisma, indiscutiblemente la mayor contribución de los *APPRI*s a los intereses de los inversionistas, está en haber logrado un mecanismo de solución de controversias en virtud de los cuales el inversor privado puede recurrir al arbitraje internacional para dirimir sus conflictos con el Estado receptor de la inversión. El solo hecho de que estos Acuerdos, cuyos contenidos son en esencia normas de tratamiento y protección para los inversionistas, regulen éste mecanismo de solución de controversias, implica admitir por los Estados firmantes, la creación de una jurisdicción especial, superior a la de los Estados, donde el sujeto activo de la relación procesal será siempre el inversionista.

No es casual la dualidad de procedimientos, pues se deja claro que los Estados resolverán los conflictos que surjan de la interpretación y aplicación del Tratado, dejando bajo la competencia del mecanismo Inversionista – Estado, todas las reclamaciones provenientes de violaciones del contenido del Acuerdo, quedando bajo protección directa de los inversionistas las normas que lo benefician y de paso librar de toda participación y responsabilidad a los Estados de procedencia.

Este novedoso mecanismo de solución de controversia, rompe con el principio de no acceso del individuo a las instancias internacionales por los hechos ilícitos cometidos por un Estado distinto del de su nacionalidad. Así, en virtud de la teoría de la subjetividad jurídica internacional, se rompe la regla de la incapacidad del individuo y se establece la capacidad (procesal) de éste para acceder a las instancias internacionales, como excepción de la misma, atribuyéndosele una subjetividad jurídica internacional restringida al ámbito de aplicación del Acuerdo.

Por otra parte, recordemos la atipicidad de los *APPRI*s como tratado, al regular solo derechos para los inversionistas, dejando todas las obligaciones a costas de los Estados. Este desequilibrio en la carga obligacional, además de ser

un ejemplo de desigualdad, repercute en la subjetividad del inversionista, pues imposibilita su responsabilidad ante el incumplimiento de una obligación, resultado deseado por los inversionistas, pero que a su vez se traduce en un reconocimiento relativo de su subjetividad al ser solo activa y no pasiva.

La justificación para la creación de éste mecanismo de solución de controversias, es la supuesta incapacidad de los órganos internos del Estado receptor para resolver las mismas, cuando dentro de sus fundamentos reales de existencia, está el hecho de que la necesidad de acudir a los tribunales nacionales como único o posible remedio al conflicto, constituye una desventaja para el inversionista. Sobre esto, aún cuando lógicamente puede tener sentido este razonamiento, se niega algo tan importante en la teoría del derecho, como son los mecanismos de controles judiciales y constitucionales, garantes principales no solo de ese principio de autonomía de los Órganos Públicos, sino de la propia legalidad de los actos de éstos.

Amén de lo planteado hasta ahora, los *APPRI*s incluyen ciertas particularidades que propician una observación diferente en las teorías tanto del régimen de protección de las Inversiones Extranjeras, como de la subjetividad jurídica internacional, ambas vistas desde el Derecho Internacional Público y sin perder la correlación existente.

Los diferentes cambios cualitativos que fueron transformando el régimen jurídico de las Inversiones Extranjeras dieron pie a las diferentes concepciones que sustentan el actual status jurídico subjetivo del inversionista. Para poder demostrar tal afirmación, debemos recordar y defender el amplio matiz procesal que caracteriza a la subjetividad jurídica internacional como institución jurídica.

Nótese el giro que gracias a los *APPRI*s, se produce en la situación del inversor extranjero; su protección frente al Estado huésped de la inversión ya no va a depender de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer o no la protección diplomática, institución que por demás se había debilitado con la

práctica de la Doctrina Calvo, expresada en cláusula de instrumentos jurídicos de muchos de los países latinoamericanos tanto en sus textos constitucionales como en otras normas tanto locales como regionales.

Deteniéndonos en esta institución, veremos que su contenido en esencia establece que los pleitos con los ciudadanos extranjeros debían necesariamente ser solucionados por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia. Este principio general teorizado por el diplomático e internacionalista argentino Carlos Calvo, se fundamenta en el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros.

Esta doctrina fue interpretada por algunos Gobiernos (por ejemplo: Estados Unidos de América), como el requerimiento del agotamiento previo de los remedios locales (agotamiento del recurso interno) de manera absoluta. Esto quiere decir, que la Cláusula Calvo bajo su interpretación, no reconoce algunas de las excepciones que la práctica internacional consuetudinaria aprecia en la necesidad de ir previamente a los recursos internos; aunque otros tratadistas dentro de la propia corriente la identifiquen como una restricción de los recursos del inversionista a las vías judiciales y administrativas del Estado huésped.

Como punto de partida se puede admitir que la regla del agotamiento de los recursos internos, es una regla consuetudinaria del Derecho Internacional, en virtud de la cual un Estado no puede ejercer en contra de otro Estado su derecho de protección diplomática a favor de su nacional, sino bajo la condición de que este último haya puesto en marcha previamente y sin ningún éxito, todos los medios de reparación o corrección que le eran ofrecidos por la legislación del Estado en contra del cual la reclamación internacional es presentada. .

La regulación del agotamiento del recurso interno en los APPRIs o TBIs, ha ido variando en el tiempo acorde a los modelos y tendencias tanto económicas como jurídicas. Algunos establecen modelos de solución de controversias como el

fork-in- the road²⁶ en el que se prevé que el inversor pueda acudir bien a los Tribunales internos del Estado receptor, bien al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. Otros se apartan de este modelo y optan por exigir al inversor, salvo pacto en contrario, que someta primero las controversias a los tribunales nacionales y en caso de no emitirse sentencia al respecto o atenderse sus pretensiones en un periodo de tiempo, acudir a la vía arbitral (Cláusula Calvo)²⁷.

Sin embargo, en los últimos años se ha incrementado la tendencia a excluir los recursos internos previos dentro de los mecanismos de solución de controversias. Esto ha tenido una mayor incidencia debido a los efectos de las cláusulas de NMF, pues en la medida que estos dos países, utilizando el ejemplo, hayan firmados o firmen algún Acuerdo Internacional de Inversión, la exclusión de esta regla se irá expandiendo al resto de los Tratados, desmontándose la facultad de cada Estado de determinar qué materia es arbitrable o no según su política económica.

En resumen, esta interpretación de la Cláusula Calvo como requerimiento del agotamiento interno, se reorientó en pos de fortalecer la figura de los inversionistas ante los Estados. Su propio desarrollo nos muestra como ante la imposición de la obligatoriedad del recurso interno y la renuncia de una protección diplomática usada en exceso, los inversionistas no se aferran a esta institución e incorporan en sus instrumentos el agotamiento del recurso interno, primero subsidiariamente, luego de manera excluyente respecto al arbitraje, para finalmente, una vez que estos acuerdos eran mayormente utilizados, eliminar esta

²⁶ Un tenedor en el camino, es una metáfora, sobre la base de una expresión literal, en un momento decisivo de la vida o de la historia en la que la principal elección de las opciones es necesaria.

²⁷ La doctrina Calvo está incorporada a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (artículo 15); al Pacto de Bogotá (artículo 7), a la Resolución 3171 del 17 de diciembre de 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas (Soberanía permanente sobre los recursos naturales), punto 3, y a varias Constituciones nacionales : de Argentina (art. 116); de Bolivia (art. 24); de El Salvador (art. 98 y 99); de Ecuador (art. 14); de Guatemala (art. 29); de Perú (art. 63, 2° c); de Venezuela (art. 151)

exigencia. Así, dan celeridad al acceso a las instancias internacionales por el inversionista (*ius standi*)²⁸ y consagran aún más su subjetividad internacional.

Otra nota común a los APPRIs es la relativa al Derecho aplicable. Todos ellos disponen que el tribunal arbitral habrá de resolver conforme a las propias disposiciones del APPRIs, las normas de Derecho Internacional general aplicables en la materia y el Derecho interno del Estado en el que se realizó la inversión. Se asegura con ello la inmunidad del inversor extranjero frente a los cambios legislativos del Estado huésped que resulten contrarios al correspondiente APPRIs o al Derecho Internacional general.

El mecanismo de solución de controversias Inversionista vs. Estado se ha ido socializando en la práctica internacional. En ello ha jugado un rol esencial la amplia aceptación que ha tenido el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI). Sobre este mecanismo es meritorio destacar algunos elementos que resultarían útiles a la naturaleza de la presente tesis.

En primer lugar, recordemos que al referirnos a la subjetividad jurídica en general, se señalan algunos criterios de aceptación internacional que defendían la existencia de una norma internacional atributiva de subjetividad jurídica internacional, idea que si bien no fue del todo acogida en el caso de los Estados como sujetos, dada la carencia en el orden jurídico internacional de criterios que pudiesen imponerse uniformemente en orden a la atribución de la cualidad de sujeto del mismo, si tuvo cierta acogida en su redimensionamiento hacia los otros sujetos no estatales, para los que se cede dando primacía al reconocimiento dado por los sujetos ya admitidos (Estados, Organismos Internacionales), reconocimiento fundamentado en virtud de la existencia de una norma internacional, a la que dan su consentimiento los sujetos de Derecho internacional

²⁸ *ius standi*: derecho de personarse (derecho de acceso ante un órgano jurisdiccional).

(acto de reconocimiento) y que regula las obligaciones y derechos de los posibles nuevos sujetos, así como su responsabilidad ante la infracción de la misma.

Tomando como base esta idea, se puede inferir que el Convenio en el momento en que se crea, al hacer alusión a los inversionistas, da por sentado su subjetividad jurídica internacional, al crearle una instancia internacional de Derecho Público. La idea es que este Convenio establece un mecanismo de solución de conflicto público, para el caso de que se violen derechos que no aparecen en una norma internacional sustantiva que le preceda, es decir, establecen como sujeto de la relación procesal que tienen por contenido, a un ente cuya subjetividad no es atribuida por el Convenio, ni se encuentran claramente definida por práctica o norma anterior.

Se considera, que este aspecto va más allá de cualquier formalismo o posible tendencia normativista respecto al Ordenamiento Jurídico Internacional, ya que se está ante un caso *sui generis* dentro de las estructuras internacionales. El CIADI ha tenido un mayor auge en su labor en la medida que en los últimos tiempos se han expandido los Tratados Bilaterales de Inversión, normas que legitiman la institución al consagrar derechos y deberes para los inversionistas, lo que nos deja la idea de haberse consagrado primero el mecanismo de protección y después los derechos reconocidos en norma internacional, a proteger por dicho mecanismo.

Otro aspecto interesante de esta Convención, está en la distinción que realiza al separar las personas naturales y jurídicas dentro del tratamiento al nacional de otro Estado contratante, lo que rompe con la costumbre internacional de incluirlos dentro del término “particulares” o “individuos”; esto responde al ánimo que perseguían los Estados de mayor influencia en la Convención, de plasmar un status jurídico favorable a las personas jurídicas privadas en concepción separada del hombre; práctica que por demás es repetida en el marco de los APPRIs y otros Acuerdos Internacionales de Inversión.

Inicialmente se concibió el mecanismo para proteger a los inversionistas de los Estados miembros de la Convención, limitación que sería vencida con las Reglas del Mecanismo Complementario, resultantes de la autorización dada por el Consejo Administrativo al Secretario del CIADI para administrar procedimientos que estén fuera del alcance del Convenio del CIADI, lo que universalizaba la subjetividad de los inversionistas, tanto personas naturales como jurídicas. No obstante resultaría incorrecto declarar la supremacía del CIADI como órgano solución de conflictos; cifras actuales demuestran un aumento generalizado de los arbitrajes Inversionistas-Estados, en otras instancias (UNCITRAL, CCI, etc.) Por otra parte, la especialización en la competencia del CIADI a disputas que surjan directamente de una inversión y el carácter público de sus laudos, han sido factores que motivan una mayor confianza para los Estados al momento de incorporarse, logrando que la práctica de este mecanismo sea mayor.

De todas formas las raíces del CIADI en las relaciones económicas internacionales son fuertes. Actualmente, el Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA en su capítulo X prevé que el inversionista, pueda someterla a arbitraje conforme a las reglas del arbitraje del CIADI.

Volviendo sobre el punto central, la idea es que el reforzamiento de la subjetividad internacional del individuo en la condición de inversionista, se ha ido incrementando a través del debilitamiento de las instituciones tradicionales del derecho Internacional, instrumentadas a través de facultades del Estado, lo que se traduce en un debilitamiento de los Estados mismos. Se trata de una “feudalización” del derecho, de un derecho corporativo opuesto al derecho público nacional e internacional, que funciona en el interés exclusivo del gran capital transnacional y de los Estados ricos y en detrimento de los derechos fundamentales de los Estados llamados periféricos y de sus pueblos

En los últimos años, ha llamado cada vez más la atención el aumento de las controversias, principalmente las relativas a inversiones en infraestructura, sobre las que han versado la mayoría de estos conflictos. El hecho de que más de 90

controversias conocidas se refieran a infraestructuras pone de manifiesto que la celebración de Acuerdos Internacionales de Inversión (y la coexistencia de Acuerdos Internacionales de Inversión y contratos con el Estado) puede tener importantes consecuencias para los Estados receptores.

Las controversias han provocado un debate sobre las consecuencias de los acuerdos internacionales de inversión y, en especial de los tratados bilaterales. Preocupa a algunos observadores que la mayor protección y seguridad para los inversionistas extranjeros se han logrado a costa de una excesiva reducción de la flexibilidad reguladora de los gobiernos. Sostienen que la posibilidad de un arbitraje entre los inversionistas y el Estado puede menoscabar la capacidad de los Estados de adoptar normas para el bienestar público y otras reglamentaciones en el interés de la ciudadanía.

América Latina ha dado un paso seguro al respecto, a partir de noviembre de 2008, Bolivia se retiró del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial. En diciembre de 2007, el Ecuador anunció que suspendía su consentimiento al arbitraje del CIADI en casos de controversias sobre contratos correspondientes a los sectores minero y petrolífero, además de denunciar 9 de sus 25 tratados bilaterales de inversión. La República Bolivariana de Venezuela ha expresado intenciones similares respecto al consentimiento del CIADI, amén de que en abril del 2008 denunció su tratado bilateral de inversión con los Países Bajos. De manera extraoficial a inicios del año 2008 se dijo que los países miembros del ALBA, en los que se incluye Nicaragua, se retirarían del CIADI.

Lo anterior nos demuestra que se ha logrado expandir este mecanismo de solución de controversias, utilizándose los APPRIs, TBIs o los Capítulos de Inversiones como Caballo de Troya y a los Estados receptores como la Troya misma, sin Héctor y con las puertas abiertas.

IV. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.

TIPO DE INVESTIGACION

Se realizó una investigación de tipo Cualitativa, de corte transversal, para medir la eficacia de los procedimientos establecidos en el TLC DR-CAFTA y los TBIs para la solución de controversias y que efectos de su aplicación conlleva para el Estado de Nicaragua en el período comprendido desde el año 2006 hasta el año 2010.

Las Fuentes de Información utilizadas fueron primarias y secundarias, dentro de las fuentes primarias se ubican especialistas en métodos alternos de solución de controversias comerciales internacionales, específicamente en el marco del arbitraje internacional dentro de los Tratados Bilaterales de Inversión y el TLC DR-CAFTA, Doctrinarios, cuerpos normativos, etc. Como fuente secundaria los tratadistas del Derecho Comercial Internacional, así como personas y representantes de organismos que tienen influencia significativa en el estudio y repercusión del problema planteado.

MÉTODOS

Los métodos aplicados fueron la entrevista a profundidad ya que se utilizó la información de especialistas en el arbitraje internacional dentro de los Tratados Bilaterales de Inversión y el TLC DR-CAFTA, así como los funcionarios de Instituciones Públicas y Privadas que se son partes actoras, bien como representantes del Estado, o como interesados particulares en el comercio internacional. Del mismo modo, la revisión documental debido a que se estudiaron los mecanismos de solución de controversias establecidos en tratados internacionales que involucran al Estado de Nicaragua.

POBLACIÓN

Funcionarios de Instituciones públicas y privadas de Nicaragua, relacionadas con los Tratados De Libre Comercio, Tratados Bilaterales de Inversión y los mecanismos de solución de controversias surgidos en ellos tales como el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC), Ministerio de Relaciones Exteriores (MINREX), Consejo Superior de la Empresa Privada (COSEP), y el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Nicaragua “Antonio Leiva Pérez” (CMA CACONIC).

MUESTRA

La muestra en este tipo de estudio en particular coincide con la población por ser esta reducida, tomando en cuenta el grado de especialización de la temática investigada, a saber: Especialistas expertos en mecanismos de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) del Ministerio de Fomento Industria y Comercio, Ministerios de Relaciones Exteriores, Consejo Superior de la Empresa Privada y Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Nicaragua. Se aplicaron veinte entrevistas a los sujetos que componen la población de estudio.

TIPO DE MUESTREO

Muestra probabilística.

El muestreo probabilístico permite conocer la probabilidad que cada unidad de análisis tiene de ser integrada a la muestra mediante la selección al azar.

Para ingresar al escenario se utilizó las instituciones siguientes el MIFIC, MINREX, COSEP, CMA de la CACONIC, que son las instituciones relacionadas con los Tratados de Libre Comercio, Tratados Bilaterales de Inversión y los mecanismos de solución de controversias surgidos en ellos.

Para la selección de los entrevistados se tuvo muy en cuenta su trayectoria dentro de los tratados internacionales en cuestión, su vinculación con las

entidades estatales y privadas como el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC), quien tiene a su cargo negociar y administrar los acuerdos internacionales y regionales sobre comercio e inversiones, así como a especialistas vinculados con el tema que nos incumbe, de instituciones ya mencionadas.

La forma de validación de la entrevista se realizó principalmente en el marco teórico de la categoría “Validez de Contenido” utilizando el procedimiento de criterio de expertos calificados o prueba de jueces que determinaron la adecuación muestral de los ítems de los instrumentos, en el caso de la revisión documental se utilizó la prueba de jueces.

Para asegurar la credibilidad de la información obtenida se utilizó la triangulación de fuentes, así como la triangulación de instrumentos con la entrevista, los datos de las Instituciones y su confrontación.

La institución que estableció la coordinación para ingresar al escenario y durante la recolección de Información fue el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio, MIFIC.

V. RESULTADOS.

Con el propósito de saber, cuáles son los mecanismos de solución de controversias establecidos en el TLC DR - CAFTA y en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y qué efectos de su aplicación ha conllevado para el Estado de Nicaragua en el periodo 2006-2010, se aplicaron entrevistas dirigidas a expertos conocedores del tema, como lo son Asesores legales del MIFIC y otras Instituciones como el MINREX, COSEP y CMA de la CACONIC, relacionadas con el comercio exterior. De manera general, de las mismas se desprende lo siguiente:

El Asesor de Comercio Exterior del COSEP (Comunicación personal, 20 de noviembre 2011) considera que, la incorporación de Nicaragua al CIADI, organismo de reconocimiento internacional, presta cierta seguridad a los Estados Inversores, dicha incorporación, sería una especie de carta de garantía como país receptor de Inversión extranjera, máxime que nuestra economía apenas empieza mostrar cierto grado de despegue.

No obstante, el hecho de pertenecer a este Organismo Multilateral para la protección de la inversiones, según expresaron asesores legales del área de Comercio Internacional del COSEP (Comunicaciones personales, noviembre 2011); representa para el Estado nicaragüense un elevado costo, por cuanto el país no se encuentra en igualdad de condiciones económicas, ante las empresas transnacionales, los costes arbitrales son muy elevados, lo que convierte el proceso de solución de controversias en algo muy oneroso para el Estado nacional, lo que nos coloca en un posición de desigualdad jurídica a la hora de una demanda Estado – Inversor o viceversa. Una clara desventaja debido a lo extenso de los procedimientos.

En relación con los procedimientos para la solución de diferencias establecidas en el TLC CAFTA – DR y TBIs para nuestro Estado, Árbitros del CMA de la CACONIC, en entrevistas realizadas en diferentes momentos durante el mes de enero del año 2012, señalan que lo contenido en los capítulos X y XX para dirimir

controversias entre el Estado de Nicaragua los inversionistas extranjeros, respectivamente señalan un procedimiento tedioso establecido por la Comisión de Libre Comercio, lo que tiene efectos negativos para la defensa del estado de Nicaragua por diferencias relativas a inversiones.

En este mismo orden, los expertos Mediadores y Árbitros del CMA de la CACONIC (Comunicaciones personales, enero del año 2012), al ser preguntados acerca de las dificultades del funcionamiento de dichos mecanismos para Nicaragua, de manera general afirmaron que, sería conveniente dirimir las diferencias relativas a la inversión, contenida en los tratados objeto de estudio, mediante procesos efectivos de consultas, buenos oficios, mediación o conciliación, en su defecto, se debería recurrir primero a la jurisdicción interna, no obstante lo anterior, si se activan los mecanismos de arbitraje, las desventajas mas notorias para Nicaragua, serian entre otras:

- a. Falta de experticia en relación con hechos relevantes al proceso.
- b. Carencia de suficientes profesionales del Derecho capacitados desde el punto de vista académico y con la experiencia necesaria para fungir como árbitros.
- c. Poco o escaso número de especialistas en el área de Comercio Exterior y otras afines, diestros en procedimiento comercial internacional.
- d. Falta de designación de un fondo específico del presupuesto general de la República para cubrir los costes legales en el foro extranjero.
- e. Otros países cuentan con especialistas en estas áreas del Derecho Internacional Comercial, Nicaragua busca o contrata generalmente especialistas extranjeros, que cobran honorarios exorbitantes.

Según opinión del Doctor Richard Oviedo Mayorga, Coordinador de Proyectos y responsable de inversiones extranjeras del MIFIC, en entrevista realizada el veintiséis de octubre del año dos mil once, Las características que presenta la

aplicabilidad de las normas de los organismos multilaterales para la protección de las inversiones extranjeras en nuestro país, tales como el CIADI y la CNUDMI, en cuestión de proporcionar garantías jurídicas procesales con respecto a las normas establecidas por la OMC para la solución de controversias comerciales, se centran en que, el CIADI, creado en 1965 en el marco del Grupo del Banco Mundial, es la única institución de arbitraje internacional expresamente establecida para dirimir demandas entre inversores extranjeros y Estados. Las demás instancias arbitrales surgieron para resolver disputas comerciales entre empresas, y luego aplicaron esas mismas reglas a las reclamaciones de empresas extranjeras contra Estados. En ellas la propia existencia de una demanda sólo es conocida si una de las partes implicadas la hace pública y sólo se conocen los datos que esa parte quiera hacer pública, lo que a veces no incluye ni las reglas de arbitraje utilizadas. Es decir, de acuerdo a Oviedo Mayorga, Richard (Comunicación personal, 26 de octubre del 2011); hay serias discrepancias en cuanto al tratamiento procesal en cada una de estas regulaciones, porque Las instancias de arbitraje internacional que solventan demandas inversor-Estado, además de su falta de transparencia, se señalan algunas peculiaridades que conviene destacar:

- a. Mientras las leyes de cualquier país democrático son aprobadas por su Asamblea Legislativa, las reglas de arbitraje no son el resultado de ningún procedimiento legislativo. Más bien provienen de una estrategia, impulsada desde hace décadas por asociaciones empresariales, para privatizar la justicia, al menos en lo relativo al derecho mercantil.
- b. Rompiendo con siglos de tradición jurídica, se establece una vía alternativa para resolver disputas comerciales en la que se sacrifican garantías en aras de la rapidez y eficacia.
- c. No hay posibilidad de apelación ante un órgano superior. En el caso del Estado de Nicaragua, supondría una evidente merma de su soberanía.

d. A diferencia de los tribunales de justicia, los tribunales de arbitraje, son designados para cada ocasión. En general, cada parte elige a uno de los árbitros y éstos dos seleccionan al tercero. Esto es similar en todas las instancias, si bien en algunas existe una lista de personas entre las que elegir, como en el CIADI y la CNUDMI. En la práctica la mayoría de los árbitros proceden de importantes despachos de abogados especializados en arbitraje internacional, mayoritariamente ubicados en economías del Norte. Por eso es habitual que la misma persona actúe unas veces como asesor de empresas multinacionales y otras como árbitro en litigios semejantes. Eso les facilita impulsar interpretaciones extensivas de los acuerdos sobre inversiones, favorables a los intereses de las multinacionales debido a esto, según refería uno de los expertos, es un sistema de justicia privada al servicio de los comerciantes.

Algunas consideraciones, en relación con los alcances jurídicos de los cuerpos normativos establecidos en el capítulo X y XX del TLC DR-CAFTA y los TBIs, respectivamente, que se desprenden de la entrevista realizada al Doctor Mario Rodríguez Castillo, Director de Soberanía del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Nicaragua; en entrevista realizada el trece de diciembre del año dos mil once, radican en que, los dos procedimientos que incorpora el CAFTA son los litigios entre Estados, descrito en el capítulo 20, y los que se suscitan entre un Estado y un inversionista, referido en el capítulo 10, con las variantes que se tipifican en materia laboral, ambiental, servicios financieros y telecomunicaciones. Es decir se establecen mecanismos diferentes para la solución de controversias, no tan lejos se aplican las normas para la solución de diferencia con los TBIs, pues estos, por regla general se acogen a la jurisdicción del CIADI, que es una instancia para dirimir contiendas entre Estados e inversores extranjeros, Estos tratados contienen normas destinada a los Estados, pero cuyos beneficiarios son los inversores de uno u otro Estado parte.

En ese mismo tenor, Rodríguez Castillo, Mario. (Comunicación personal, 13 de diciembre 2011), destaca, que Los principales efectos jurídicos de estos tratados sobre inversiones son:

- a. Establecen el trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar.
- b. Otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional.
- c. Los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor.

Por otro lado se establece, que el TLC DR- CAFTA, según sus intenciones, debería contribuir a la integración comercial regional, pero tratándose de controversias, persisten las desventajas, se recalca que, algunos de los aspectos contenidos en el TLC DR- CAFTA, pueden acercar a los países regionalmente, y una adecuada armonización de normas debería reducir las posibilidades de que los países compitan entre sí, por ejemplo, para atraer inversión extranjera directa. No así con los TBIs, pues generalmente son tratados Estado-Estado, con normativa particular para cada uno de ellos.

Dentro de las perspectivas existentes, para que en nuestro país pueda fortalecerse con garantías jurisdiccionales nacionales, para evitar el arbitraje en desigualdad de condiciones, expertos del área de Servicios e Inversiones del MIFIC (Comunicaciones personales, febrero del año 2012), son de la opinión de que, se evidencia que el TLC DR-CAFTA y los TBIs, tienen la pretensión de un marco supra-constitucional absoluto puesto que establecen principios, normas, derechos y mandatos que aspiran a tener primacía sobre la Constitución Política de la República, sobre los cuales, por el contrario, la Constitución Política DEBE

tener supremacía, si es que Nicaragua ha de continuar existiendo como país, y como República democrática independiente.

Bajo este esquema, los negociadores comerciales se erigen en los nuevos legisladores supra constitucionales. El Estado pierde virtualmente su potestad regulatoria, y una parte significativa de su potestad legislativa soberana y democrática. El país queda con las manos absolutamente atadas, por lo menos durante el próximo medio siglo, sin posibilidades de aplicar o establecer prácticamente ninguna regulación significativa, en ningún campo fundamental de la vida nacional, que no pueda ser desafiado como una violación a algún principio, norma, mandato o compromiso del tratado, o a su "espíritu". Incluso una resolución de la Corte Suprema de Justicia puede ser desafiada.

Según opinión del Director del Departamento de Solución de Controversias del MIFIC, (Comunicación personal, abril del año 2012), estas normas aspiran a tener validez absoluta y universal, por sobre cualquier marco constitucional, pasando por sobre cualquier consideración de interés público, derechos sociales, derechos humanos, y por sobre la existencia misma de un Estado Nacional, por lo que se hace necesario, establecer relaciones comerciales internacionales bajo mecanismos que integren el foro nacional para dirimir las disputas que puedan surgir en la interpretación o aplicación de las normas que contengan estos tratados, pero esto depende de la visión de nación de los gobiernos y de la prevalencia de la autodeterminación y soberanía estatal.

El control de constitucionalidad no corresponde sólo a la Sala Constitucional de la CSJ. Por el contrario, según opinión de este experto, en virtud de la supremacía y aplicabilidad directa de la Constitución, la Asamblea Nacional, además del control político, tiene la facultad y la obligación de hacer un control de constitucionalidad previo de las normas del TLC o de los tratados Bilaterales.

VI. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.

Ante la hipótesis planteada desde el inicio de la presente investigación, que “los mecanismos de solución de controversias establecidos en el Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA y los Tratados Bilaterales de Inversión no son favorables para el Estado de Nicaragua”, se realizaron entrevistas a consultores expertos en el área de comercio exterior y relaciones internacionales, con la finalidad de proporcionar una base real para la afirmación o negación de dicha hipótesis.

En tal sentido, la entrevista estuvo encaminada a enriquecer el logro de los objetivos propuestos.

Sobre el primer objetivo específico de la investigación, relacionado con identificar los procedimientos y la importancia que tienen los Organismos Multilaterales de Comercio Internacional para la protección de las inversiones extranjeras. Todos los entrevistados coincidieron en afirmar, que existen diversos tribunales internacionales en los cuales se tratan disputas entre Estados nacionales e inversores privados: la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional CCI, misma que también se ocupa de litigios entre privados, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial. Foros que tienen en común, el hecho de que su funcionamiento no es público y la información relativa a las partes y litigios en curso no se da a conocer al público en general, de éstas, La Cámara de Comercio Internacional, a través de su Corte de Arbitraje, es la institución más antigua que se ocupa de la resolución de disputas relacionadas con el comercio internacional, a pesar de que originariamente fue concebida para resolver disputas comerciales entre particulares, pero las grandes potencias de la economía, trasladaron un proceso para particulares, para resolver conflictos Estado – Inversor extranjero.

Es decir que, a juicio de los entrevistados, a pesar de la importancia de los Organismos Multilaterales de Comercio Internacional para la protección de las inversiones extranjeras, quienes además de contar con reglas internacionalmente aceptadas sobre la materia que proporcionan cierta garantía a los inversores, brindan una especie de aval o reconocimiento al país receptor de la inversión, estos Organismos, tienen el común denominador, que los procedimientos para resolver disputas comerciales establecen un trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar y cumplir. Confieren al inversor extranjero el derecho de someter todo litigio con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional y dirimen desavenencias derivadas de contratos realizados por el inversor extranjero con el Estado receptor.

Los tribunales internacionales a los cuales hacen referencia los TBIs son los establecidos por las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o el procedimiento arbitral diseñado en el marco del Convenio del CIADI. Al aceptar el sometimiento al tribunal de este último convenio, el país acepta la jurisdicción externa, y dado que sus laudos tienen fuerza ejecutoria y valor de cosa juzgada, los mismos podrían llegar a ser inapelables. La elección del tribunal, incluso, llega a estar explícitamente sometida a la decisión del inversor.

Como notas características en lo que hace al procedimiento y funcionamiento de los tribunales internacionales, resalta el hecho que no existe una instancia superior para pedir la revisión de los laudos, es decir que esta inapelabilidad trae como consecuencia la aplicación directa de las sentencias dictadas por este Tribunal, lo que sería perjudicioso para nuestro Estado. Otra particularidad es la amplia importancia que se asigna a la confidencialidad del proceso, en los pedidos de la mayoría de los demandantes para con los procesos en los que enfrentan a

Estados Nacionales, siendo el otorgamiento de este estatus potestad del Tribunal de Solución de Diferencias.

En relación con el segundo objetivo específico, acerca de establecer el grado de eficacia de los mecanismos de solución de controversias que se aplican en el TLC-DR-CAFTA y Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), las opiniones de los expertos fueron en un solo sentido al señalar, poca eficacia de los mecanismos para resolver controversias incluidos en estos acuerdos comerciales, puesto que se señala que lo contenido en los capítulos X y XX para dirimir controversias entre los inversionistas, respectivamente incluyen un procedimiento tedioso establecido por la Comisión de Libre Comercio, lo que tiene efectos negativos para la defensa del estado de Nicaragua por diferencias relativas a inversiones.

Debido a que el TLC-DR-CAFTA, regula relaciones entre un gigante y seis hormigas, para los países con economías débiles como la nuestra, en caso de controversias, los resultados serán diversos y no serán los Estados Unidos los que se lleven la peor parte, todo esto debido a la falta de mecanismos jurídicos protectores lo que evidencia asimetrías notables entre las partes contratantes.

En este sentido la mayoría de entrevistados señala que se debió desde un inicio, por parte de los negociadores que representaban al Estado de Nicaragua, hacer ingentes esfuerzos para establecer un régimen protector o compensatorio en beneficio de los Estados pequeños, incluyendo por supuesto al nuestro, frente al Estado grande y las grandes transnacionales, para compensar las desventajas de que padecen los países Centroamericanos. Porque las asimetrías, apreciables que resultan de la comparación entre los Estados Unidos y los países Centroamericanos en su conjunto, o cada uno de ellos por separado, tuvo que haber inspirado, en nuestros negociadores, la redacción de cláusulas compensatorias que, en su conjunto, significaran una equiparación de posiciones entre todos los sujetos contratantes.

Según juicio de los expertos, en los mecanismos de resolución de controversias en estos tratados en particular, se destacan dos características que son:

- a. Asuntos de legitimidad que afectan las prácticas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión.

Sobre este particular, se señala, que una de las principales consecuencias del uso de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidos en los acuerdos internacionales de inversión es que la facultad de determinar la legalidad de los actos soberanos ha sido delegada a árbitros privados. En suma, es muy cuestionada la legitimidad del sistema de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión. La naturaleza de estos procedimientos no permite un mínimo de rendición de cuentas, apertura o independencia. Asimismo, reducir a una entidad soberana con un gobierno representativo como el nuestro al nivel de un inversionista extranjero plantea graves dudas acerca de la capacidad del Estado de representar y defender, como en principio debería ser, los legítimos intereses de los ciudadanos.

- b. Una jurisprudencia cada vez mayor sobre el tema, que transfiere el riesgo a los países receptores como Nicaragua y reduce su espacio de política nacional.

Esto se explica, debido a que una de las principales críticas de los mecanismos solución de diferencias entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión, es que la vaguedad de los términos y otras ambigüedades en los acuerdos otorgan a los tribunales arbitrales una discrecionalidad excesiva en la toma de decisiones, lo que da lugar a interpretaciones amplias que facilitan un uso mayor de los procedimientos previstos en las cláusulas por parte de los inversionistas extranjeros y limitan el espacio de política de los gobiernos receptores.

Debido a todo esto es que se desprende que la eficacia de los mecanismos de solución de controversias incluidos en éstos instrumentos internacionales, presta poca o ninguna eficacia.

Sobre el tercer objetivo específico propuesto con esta investigación, acerca del análisis de los efectos que se derivan para el Estado de Nicaragua de la aplicación de los sistemas de solución de controversias vigentes en EL TLC-DR-CAFTA y en los Tratados Bilaterales de Inversión, los entrevistados expresaron, que dentro de las incidencias que influyen negativamente para el Estado de Nicaragua, se destacan la Imposición del país líder o dominante de sus propios intereses y el afán desmedido de los Estados Unidos por reducir su déficit comercial a costa de la estabilidad económica de los países latinoamericanos, ignorando las asimetrías propias de dichas relaciones en los tratados.

Se desprende de estas entrevistas que los efectos adversos al Estado de Nicaragua, se pueden agrupar en tres categorías:

- a. Costos financieros de la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado.

La información sobre los costos financieros (laudos, honorarios de abogados y costos administrativos) de los tribunales de arbitraje internacional del CIADI en procesos iniciados contra países de América Latina y el Caribe es relativamente escasa e incompleta. Existe un gran secretismo en el arbitraje internacional sobre inversiones y las iniciativas destinadas a aumentar la transparencia en este ámbito solo han tenido un éxito parcial. Los costos que se conocen para América Latina y el Caribe pueden considerarse en general altos; sin embargo, están muy concentrados en un solo país, Argentina. Señalan algunos expertos entrevistados, que si se toman en cuenta únicamente los principales daños evaluados sin incluir los intereses acumulados u otros costos no evidentes, los laudos otorgados por los tribunales del CIADI en el caso de países de América Latina y el Caribe superan los 1.000 millones de dólares, de los cuales

más de 900 millones corresponden a la Argentina. Lo que podría ser más dramático para el Estado de Nicaragua, tomando en cuenta que hay casos en la las indemnizaciones superan los 50 millones de dólares, En cualquier caso, es evidente que la dimensión financiera de las decisiones de los tribunales en el arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado puede alcanzar montos significativos, tomando en cuenta además de que, Puede resultar ser un procedimiento bastante extenso pues cada una de las etapas contiene una serie de pasos que van sumado tiempo y no siempre se encuentran claramente definidos los plazos o duración máxima de cada etapa o paso del procedimiento.

- b. Interpretaciones extensivas de la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado.

Las garantías del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, por regla general incluyen términos vagos y otras ambigüedades que dan a los tribunales arbitrales una amplia discrecionalidad a la hora de tomar decisiones. Esto puede provocar interpretaciones extensivas que facilitan el recurso a esos procedimientos por parte de inversionistas extranjeros, produciendo riesgos adicionales para el gobierno nicaragüense a la hora de dirimir una contienda de este tipo y limitando su espacio de política nacional. Los laudos arbitrales de los TLC y TBIs han creado inseguridad jurídica a los países receptores de la inversión. Esto se debe a que las actuaciones e interpretaciones que han realizado los tribunales arbitrales, son inconsistentes en el fondo del asunto, ya que no han marcado una pauta a seguir por los Tribunales constituidos posteriormente debido a que interpretan apartados del tratado de manera distinta.

- c. Cuestiones de Legalidad y legitimidad.

Las normas sustantivas o los mecanismos de revisión limitan demasiado la soberanía de un país receptor de inversión. La creación de una jurisdicción

internacional permanente y a doble grado (Anexo 10-F), radicada en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), por completo desvinculada del Poder Judicial de Nicaragua, para la solución de los conflictos surgidos entre los inversionistas y el Estado; jurisdicción a la cual el Estado nicaragüense se encontraría jurídicamente sometido, y a la que tendrá que sujetarse forzosamente una vez que sea llevado a ella en calidad de demandado por el inversionista. Por otro lado, El deber de esos tribunales de basar sus decisiones en la **interpretación** que, de la normativa del TLC DR CAFTA y de la normativa de las llamadas “medidas disconformes” formule el ente-órgano llamado Comisión de Libre Comercio, compuesto por los siete ministros de comercio exterior (o sus delegados); interpretación que se elaborará por consenso, o en la forma que la misma Comisión decida (10.22.3, 10.23.1 y 2, y 19.1.5 (Ver anexos)

En base a lo expuesto *supra*, se deduce, que dichos órganos, destruyen la unidad de la jurisdicción nacional, porque se crea un aparato de pretendida justicia, paralelo a nuestro Poder Judicial; y se somete al Estado de Nicaragua, es decir, a la comunidad soberana de los nicaragüenses, a decisiones que no provienen de sus propios tribunales, para solucionar litigios que, vista la experiencia de México, Argentina y otros países del área, no serán esporádicos ni de poca monta, sino que probablemente llegarán a ser muy frecuentes y a tener una repercusión de tal gravedad y magnitud en la economía y en el equilibrio social y político de nuestro País, que podrían llegar a provocar, en un futuro no lejano, una amenaza al Estado Nicaragüense como Unidad Política independiente.

Ésta normativa organiza una verdadera institución de carácter permanente y en lo que se refiere a Nicaragua, crea una competencia, unos órganos y un procedimiento específicos para el conocimiento y resolución de los conflictos que decidan plantear los inversionistas radicados en nuestro territorio contra el Estado nicaragüense.

Principalmente, después del análisis de los resultados, extraídos de los instrumentos aplicados a la muestra, estos son los efectos, de los que se pueden desprender otros, que se derivan para el Estado de Nicaragua de la aplicación de los sistemas de solución de controversias vigentes en el TLC-DR-CAFTA y en los Tratados Bilaterales de Inversión.

VII. CONCLUSIONES.

1. Las disposiciones de los acuerdos sobre inversión, ya sea dentro del TLC DR- CAFTA o un TBI, ponen en riesgo la capacidad jurídico procesal de defensa del Estado de Nicaragua para dirimir las controversias comerciales surgidas de la aplicación o alcances de estos cuerpos normativos internacionales, lo que atenta contra su soberanía nacional y políticas comerciales.
2. La falta de precisión de los artículos en que se describe el proceso de solución de controversias entre inversionistas y Estado en estos acuerdos, lleva a concluir, que prácticamente toda medida gubernamental nacional, puede llegar a ser interpretada como atentatoria contra los derechos de los inversionistas extranjeros y ser demandada.
3. La poca precisión de las normas que describen los derechos de los inversionistas, podría abrir la puerta para interpretaciones excesivamente generales y peligrosas. Se crea la posibilidad de que el inversionista presente reclamos contra políticas públicas estatales en cualquier área que tenga relación con sus inversiones.
4. Con los mecanismos de solución de controversia contenidos en el TLC DR- CAFTA y los TBIs, nos hallamos ante procedimientos que afectan gravemente “la organización política del país”, en los términos del Artículo 100 de la Constitución Política de la República de Nicaragua. Las normas sustantivas o los mecanismos de revisión limitan demasiado la soberanía de Nicaragua como país receptor de inversión.

5. En la prórroga de la jurisdicción nacional, en base a los tratados de inversiones, el Estado de Nicaragua reconoce tácitamente la preeminencia de las decisiones de tribunales internacionales (como el del CIADI) por sobre las decisiones judiciales nacionales. Como el CIADI además se reserva ciertas competencias para sí (aclaración, anulación o revisión de laudos arbitrales) y sus decisiones son obligatorias para las partes e irrevisables para los tribunales nacionales, el laudo del tribunal internacional resulta la instancia definitiva de resolución de controversias.
6. Los tribunales de solución de controversias en estos tratados, son tribunales ad hoc, para cada caso, lo cual puede dar lugar a laudos contradictorios y no hay un órgano permanente que unifique la jurisprudencia arbitral o ante quien puedan apelar.
7. Un efecto adverso al Estado de Nicaragua, consiste en los elevados Costos financieros de la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado.
8. Se estima como consecuencia desfavorable al Estado de Nicaragua, las Interpretaciones extensivas de la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, lo que provocaría riesgos adicionales para el gobierno nicaragüense a la hora de dirimir una posible contienda de este tipo y limitando su espacio de política nacional.
9. Las reglas contenidas en el procedimiento de solución de controversias comerciales del TLC DR-CAFTA y la TBIs establecen una institución de carácter permanente y en lo que se refiere a Nicaragua, crean una competencia, unos órganos y un procedimiento específicos para el conocimiento y resolución de los conflictos que decidan plantear los

inversionistas radicados en nuestro territorio contra el Estado nicaragüense, lo que plantea la posibilidad de acudir a esas instancias supranacionales en condiciones de desigualdad jurídica, lo que se traduce en resoluciones adversas a los intereses del Estado de Nicaragua y su política nacional.

De lo anterior, este estudio comprueba, de manera afirmativa, la hipótesis planteada, es decir, “Los Mecanismos de Solución de Controversias establecidos en el Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA y los Tratados Bilaterales de Inversión, no son favorables para el estado de Nicaragua.” Eso era lo que se quería demostrar.

VIII. RECOMENDACIONES

1. En el proceso de solución de controversias entre Inversionista - Estado, las medidas que afectan a los inversionistas extranjeros deben apoyarse en un análisis riguroso, la transparencia y la equidad del proceso, la apertura al público, y la posibilidad de participación de éste, el derecho de apelar y otras prácticas que pueden ser incipientes en muchas jurisdicciones.
2. Es de vital importancia para Nicaragua, fortalecer sus capacidades institucionales y las competencias del personal que tiene a su cargo negociar y administrar los acuerdos internacionales y regionales sobre comercio e inversiones para que puedan afrontar con mayor seguridad las cuestiones relacionadas con los acuerdos de inversión y logren proteger los intereses nacionales.
3. El Estado debe revisar y analizar las diferentes normas que tiene para regular la Inversión Extranjera Directa ya que en ellas se pueden encontrar contradicciones en su aplicabilidad, así como también los negociadores de futuros acuerdos comerciales internacionales deben conocer las disposiciones de los diferentes capítulos para que en el futuro no vayan a existir conflictos de intereses y formas diferentes de solucionar los problemas que se presenten.
4. Se debe definir claramente la naturaleza de todas las obligaciones contenidas en un convenio de inversiones, en lugar de dejarlas sin definir y, por consiguiente, expuestas a ser interpretadas de manera amplia, lo que puede entrañar consecuencias inesperadas.
5. El Estado de Nicaragua debe determinar hasta qué punto los acuerdos internacionales sobre comercio e inversiones, bilaterales y multilaterales,

limitan la capacidad del gobierno de revertir y modificar las opciones políticas, incluyendo aquellas de crucial importancia para lograr objetivos sociales, y otros de interés nacional.

6. Debe fortalecerse la educación sobre materia comercial internacional, la cual requiere el apoyo del sector académico, organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación como generadores de opinión.
7. Finalmente, no dejar de lado la experiencia de otros países, en lo que respecta a las inversiones productivas, que crecieron a lo largo de los últimos años y como consecuencia de esto lograron disminuir las fluctuaciones cíclicas propias de toda economía, sin dejar de lado los demás beneficios como por ejemplo el hecho de no depender de una buena cosecha o de la subida de precios del petróleo a nivel internacional, factores que en nuestro país son lamentablemente la base del crecimiento en la actualidad, más aún por el predominante rol estatal en materia de inversión.
8. Priorizar por todos los medios, por parte del Estado en ejercicio de su soberanía, la aplicación del procedimiento comprendido en la Ley de mediación y arbitraje, Ley 540, como el método por excelencia para solución de controversias, tanto de carácter nacional como internacional, sin perjuicio de cualquier pacto, convención, tratado o cualquier otro instrumento de derecho internacional del cual la República de Nicaragua sea parte.

Entonces, por todo lo dicho, podemos afirmar que se plantea una oportunidad histórica para replantearnos el rumbo que queremos que tome nuestra economía, nuestra historia y nuestra imagen como país, esperemos que se haga lo correcto.

IX. BIBLIOGRAFIA.

OBRAS CONSULTADAS

- Arias Odón, Fidas G. (1999). *El proyecto de investigación, Guía para su elaboración*, 3ª Ed., Caracas: Editorial Episteme.
- Antillón, Walter. (2006). *Libre Comercio: un caballo de Troya*. San José: Alma Mater.
- Amzel, Clara Sara. (2005). *Elección de foro en los sistemas de solución de controversias perspectiva latinoamericana en la negociación hemisférica Aportes para la Integración Latinoamericana*. Caracas: CRIES
- Biggs, Gonzalo. (2005). El procedimiento de solución de controversias de la OMC: la experiencia de América Latina y el Caribe. *Revista de la CEPAL* (86) agosto 2005: 63-85.
- Biggs, Gonzalo. (2003). Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales. *Revista de la CEPAL* (80) agosto 2003: 101-119.
- Calvo Caravaca, Alfonso, de la Gándara, Luis Fernández. (1989). *El Arbitraje Comercial Internacional*. Madrid: Editorial Tecno.
- Fernández de Gurmendi, Silvia. (2000). Los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras. *Revista de Relaciones Internacionales*. *Revista de Relaciones Internacionales* N° 3. Buenos Aires, Argentina: 85-89.

- García Rodríguez, Isabel. (2005). *La protección de las inversiones exteriores*, 1ª Edición, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Germain, Anne. (2006). *CAFTA/TLC: alcances del DR-CAFTA en el marco de la integración centroamericana* San José: CIDH.
- González, Anabel (2006). *La solución de controversias en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados*. Santiago de Chile: CEPAL, ONU.
- Greenwald, Joseph A. (2001). Solución de controversias en la OMC *Foro Internacional 41(164(2)) abril-junio 2001: 271-282*.
- Halperín, Marcelo. (1985). Hacia el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias en la ALADI *Integración Latinoamericana 10(106) octubre 1985: 21-31 Integración Latinoamericana 10(106) octubre 1985: 21-31*.
- Hayek, Friedrich (1973). *Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice*. (Vol. 2). Chicago: University of Chicago Press.
- Hernández Chávez, Alcides. (2006). Integración regional y CAFTA *Revista Centroamericana de Economía 11(67-68) enero-diciembre 2006: 48-66*.
- Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar (1997): *Metodología de la investigación*. México D.F.: Editorial Mc Graw Hill.

- Hinojosa-Ojeda, Raúl. (2004). Integración regional entre desiguales : un modelo de equilibrio general computable para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica (CAFTA/TLCAUSA), el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN/NAFTA) y el Mercado Común Centroamericano (MCCA) *En: La integración centroamericana: beneficios y costos: documento síntesis - LC/MEX/L.603 - 2004 - p. 189-200*
- Lepage, Henri (1985): *Pourquoi la Propriete*, Collection Pluriel, Edit. Hachette. Paris: Librairie Generale Francaise. - Naim, Moises (1994): *La Travesía de América Latina hacia el mercado: De los impactos macroeconómicos a la terapia institucional*. Caracas: Veneconomia Mensual (Diciembre).
- Monroy-Cabra, M.G. (1988). *Comentarios al texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de UNCITRAL*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Mortimore, Michael. (2009). *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe* Santiago de Chile: CEPAL.
- Naciones Unidas. (2003). *Solución de controversias Estado-Estado. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. Ginebra: Autor.
- North, Douglass (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad Central de Venezuela.58-60.

- Pacheco, Amparo. (2007). *DR-CAFTA: aspectos relevantes seleccionados del Tratado y reformas legales que deben realizar a su entrada en vigor los países de Centroamérica y la República Dominicana* México, DF: CEPAL.
- Pariasca Martínez, Jorge. (2006). *El Arbitraje en el CIADI y el fortalecimiento de las Instituciones Jurídicas de la Inversión Extranjera*. Boletín Jurídico /Marzo/ 2006. Disponible en <http://www.asociacionjuridica.com.pe/boletín/boletin.htm>.
- Revista Derecho de la Empresa. Legis No. 8 octubre-diciembre 2006. Santiago de Chile: Autor.
- Rosabal Labrada, Carlos Miguel. (2010). *La subjetividad jurídica internacional del Individuo en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*. La Habana: Arte Cubano.
- Sabino, Carlos. (1992). *El Proceso de Investigación*. Caracas: Panapo.
- Sandino, Adelmo. (2008). Dos años del CAFTA, sin puente al futuro, El Observador Económico. Managua: FIDEG.
- Sánchez Cantillo, Marco Vinicio. (2006). *DR-CAFTA: ¿panacea o fatalidad para el desarrollo económico y social en Nicaragua?* México, DF: CEPAL.
- Santi, Romano. (1947). *Principios de Derecho Constitucional General*. Milán: Giuffrè.
- Solís, E. (2006, octubre, 19). *OPIC oficializa apoyo financiero a Nicaragua*. *El Nuevo Diario*. Edición 9405, Managua, Nicaragua.

- Tamayo y Tamayo, M. (1999). *El Proceso de Investigación Científica*. Caracas: Noriega Editores.
- Tempone, Rubén Eduardo. (2003). *Protección de Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura.
- Vázquez, María Fernanda. (2006). Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad. *Derecho de la Empresa Legis*. Santiago de Chile. No. 8 octubre-diciembre 2006. 45-47.

TEXTOS NORMATIVOS.

- Convención Nueva York 1958 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras Hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958.
- Créase la Comisión Interinstitucional de Seguimiento y Atención a Procesos de Demandas Judiciales y Arbitrales por Ejecución de Contratos de Obras de Infraestructura. Decreto No. 48-2007, Aprobado El 04 De Mayo Del 2007. Publicado En La Gaceta No. 87 Del 10 De Mayo Del 2007.
- Decreto Creador de la Comisión Interinstitucional para la Defensa del Estado de Nicaragua por Diferencias Relativas a Inversiones. Decreto No. 28-2007, Aprobado El 29 De Marzo Del 2007. Publicado En La Gaceta No. 66 Del 10 De Abril Del 2007.
- La guía de la CNUDMI. (2007). United Nations publication. 535 p.

- Ley de Mediación y Arbitraje Ley No. 540, Aprobada el 25 de Mayo del 2005, publicada en la Gaceta No. 122 del 24 de Junio del 2005. Nicaragua.
- Ley Modelo de la CNUDMI.
- Tratado De Libre Comercio TLC DR. CAFTA (2005)

PÁGINAS WEB

- http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_Hawley-Smoot. consultada el 28 de octubre 2012.
- <http://www.asociacionjuridica.com.pe/boletín/boletin.htm>. Consultado el 12 de agosto del 2011.
- <http://www.elobservadoreconomico.com/articulo/574>. Consultada el 2 de octubre 2011.
- <http://elnuevodiario.com.ni/2006/10/19/economía/31678>. Consultada el 5 de octubre del 2011.
- <http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>. consultada el 1 de octubre 2012.
- www.wto.org/spanish/ consultada el 5 de julio del 2011.
- <http://plano-sur.org>. Consultado el 5 de julio 2011.
- <http://www.mific.gob.ni>. Consultada el 29 septiembre 2011 y octubre 2012.
- <http://www.asamblea.gob.ni>. Consultada el 30 octubre 2012.

X. ANEXOS.

ANEXO 1. GLOSARIO DE SIGLAS.

AG ONU: Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas.

ALBA: Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América.

ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas.

AMI: Acuerdo Multilateral sobre Inversiones.

AN: Asamblea Nacional.

APPRI: Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones.

BID: Banco Interamericano de Desarrollo.

CACONIC: Cámara de Comercio de Nicaragua.

CAN: Comunidad Andina de Naciones.

CCI: Cámara de Comercio Internacional.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

CMA: Centro de Mediación y Arbitraje.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

COSEP: Consejo Superior de la Empresa Privada.

CSJ: Corte Suprema de Justicia.

ETN: Empresas Transnacionales.

EUA: Estados Unidos de América.

FMI: Fondo Monetario Internacional.

GATT: General Agreement on Tariffs and Trade. (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio).

GATS: General Agreement on Trade in Services. (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios).

ICC: Iniciativa de la Cuenca del Caribe.

IED: Inversión Extranjera Directa.

MERCOSUR: Mercado Común del Sur.

MIFIC: Ministerio de Fomento, Industria y Comercio.

MIGA: Multilateral Investment Guarantee Agency.

MINREX: Ministerio de relaciones Exteriores.

NMF: Principio de Trato de Nación Más Favorecida.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

OEA: Organización de los Estados Americanos.

OIC: Organización Internacional del Comercio.

OMC: Organización Mundial del Comercio.

OMGI: Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones.

OPIC: Overseas Private Investment Corporation. (Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero).

OSD: Órgano de Solución de Diferencias.

TBIs: Tratados Bilaterales de Inversión.

TLC DR-CAFTA: Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana. (Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement), en inglés.

TLC: Tratado de Libre Comercio.

TLCAN (NAFTA): Tratado de Libre Comercio entre América del Norte.

TRIMs: Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio. (Por sus siglas en inglés)

UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo).

ANEXO 2. ENTREVISTA CUALITATIVA

ENTREVISTA CUALITATIVA

La presente entrevista, está dirigida a expertos conocedores de los mecanismos establecidos en el TLC DR-CAFTA y los Tratados Bilaterales de Inversión para la solución de controversias surgidas de la aplicación e interpretación de dichos tratados, del MIFIC, MINREX y Centro de Mediación y Arbitraje de la CACONIC.

I. DATOS GENERALES

- a.- Nombre.
- b.- Institución o Empresa.
- c.- Cargo que desempeña.
- d. fecha.

II. DESARROLLO

1. ¿Podría explicarnos de manera general, en que desfavorece a Nicaragua someterse al jurisdicción del CIADI, para la solución de controversia Estado inversionista?
2. ¿Cuáles son los efectos de la aplicación de los procedimientos para la solución de controversias en el TLC DR-CAFTA y TBIs para el estado de Nicaragua?

3. ¿Cuáles son, según su criterio las dificultades del funcionamiento de dichos mecanismos para Nicaragua?
4. ¿Qué características presenta la aplicabilidad de las normas del CIADI y del CNUDMI en cuestión de proporcionar garantías jurídicas procesales con respecto a las normas establecidas por la OMC para la solución de controversias comerciales?
5. ¿Cuáles son sus consideraciones, en relación con los alcances jurídicos de los cuerpos normativos establecidos en el capítulo X y XX del TLC DR-CAFTA y los TBIs, respectivamente?
6. ¿Es adecuada la legislación o normativa de estos cuerpos legales para la integración económica en el ámbito comercial internacional?
7. ¿Qué perspectivas existen como para que en nuestro país pueda fortalecerse con garantías jurisdiccionales nacionales, para evitar el arbitraje en desigualdad de condiciones?
8. ¿Qué sugerencias puede brindar para modernizar y poner a tono con el contexto empresarial internacional las normas que regulan el arbitraje en estos tratados comerciales?

ANEXO 3. CAPITULO XX TLC DR – CAFTA.

Capítulo Veinte **Solución de Controversias** **Sección A: Solución de Controversias**

Artículo 20.1: Cooperación

Las Partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación de este Tratado y, mediante la cooperación y las consultas, se esforzarán siempre por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.

Artículo 20.2: Ámbito de Aplicación

Salvo que en este Tratado se disponga otra cosa, las disposiciones para la solución de controversias de este Capítulo se aplicarán:

- (a) a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado;
- (b) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o que otra Parte ha incumplido de alguna manera con las obligaciones de este Tratado; y
- (c) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo, en el sentido del Anexo 20.2.

Artículo 20.3: Elección del Foro

1. Cualquier controversia que surja en relación con este Tratado y en relación con otro tratado de libre comercio del que las Partes contendientes sean parte, o en relación al Acuerdo sobre la OMC, podrá ser resuelta en el foro que escoja la Parte reclamante.
2. Una vez que la Parte reclamante ha solicitado el establecimiento de un grupo arbitral bajo uno de los acuerdos a que se hace referencia en el párrafo 1, el foro seleccionado será excluyente de los otros.

Artículo 20.4: Consultas

1. Cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a cualquier otra Parte la realización de consultas respecto de cualquier medida vigente o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado.
2. La Parte solicitante entregará la solicitud a las otras Partes, y explicará las razones de su solicitud, incluyendo la identificación de la medida vigente o en proyecto u otro asunto en cuestión, y una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación.
3. Una Parte que considere tener un interés comercial sustancial en el asunto podrá participar en las consultas si lo notifica por escrito a las otras Partes dentro de los siete

días siguientes a la fecha en que se entregó la solicitud de consultas. La Parte deberá incluir en su notificación una explicación sobre su interés comercial sustancial en el asunto.

4. En los asuntos relativos a mercancías perecederas,¹ las consultas se iniciarán dentro de un plazo de 15 días a partir de la fecha de entrega de la solicitud.

5. Mediante las consultas previstas en este Artículo o conforme a cualesquiera otras disposiciones consultivas del Tratado, las Partes consultantes harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto. Para tales efectos, las Partes consultantes:

(a) aportarán la información suficiente que permita un examen completo de la manera en que la medida vigente o en proyecto, o cualquier otro asunto, pueda afectar el funcionamiento y la aplicación de este Tratado; y

(b) darán a la información confidencial que se intercambie en las consultas el mismo trato que el otorgado por la Parte que la haya proporcionado.

6. En las consultas bajo este Artículo, una Parte consultante puede pedir a otra Parte consultante que ponga a su disposición personal de sus agencias gubernamentales o de otras entidades regulatorias que tengan competencia en el asunto sujeto a las consultas.

Artículo 20.5: Comisión – Buenos Oficios, Conciliación, y Mediación

1. Cualquiera de las Partes consultantes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión si no logran resolver un asunto conforme al Artículo 20.4 dentro de:

(a) 60 días después de la entrega de la solicitud para las consultas;

(b) 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a mercancías perecederas; o

(c) cualquier otro plazo que acuerden.

2. Una Parte consultante también podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión, cuando se hayan realizado consultas conforme al Artículo 16.6 (Consultas Laborales Cooperativas), Artículo 17.10 (Consultas Ambientales Colaborativas), o el Artículo 7.8 (Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio).

3. La Parte solicitante entregará la solicitud a las otras Partes, y explicará las razones para la solicitud, incluyendo la identificación de la medida vigente o en proyecto u otro asunto en cuestión, y una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación.

4. Salvo que decida otra cosa, la Comisión se reunirá en los diez días siguientes a la entrega de la solicitud, y se avocará sin demora a la solución de la controversia. La Comisión podrá:

(a) convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios;

(b) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación, o a otros procedimientos de solución de controversias; o

(c) formular recomendaciones; para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria de la controversia.

5. Salvo que decida otra cosa, la Comisión acumulará dos o más procedimientos de que conozca según este Artículo relativos a una misma medida o asunto. La Comisión podrá acumular dos o más procedimientos referentes a otros asuntos de los que conozca conforme a este Artículo, cuando considere conveniente examinarlos conjuntamente.

Artículo 20.6: Solicitud de un Grupo Arbitral

1. Si las Partes consultantes no hubieren resuelto un asunto dentro de:

(a) los 30 días siguientes de la reunión de la Comisión conforme al Artículo 20.5;

(b) los 30 días siguientes de la reunión de la Comisión para tratar el asunto más reciente que le haya sido sometido, cuando se hayan acumulado varios procedimientos conforme al Artículo 20.5.5;

(c) los 30 días siguientes a que una Parte haya entregado una solicitud de consultas conforme al Artículo 20.4 en un asunto relativo a mercancías percederas, si la Comisión no se hubiere reunido de acuerdo con el Artículo 20.5.4;

(d) los 75 días siguientes a que una Parte haya entregado una solicitud de consultas conforme al Artículo 20.4, si la Comisión no se ha reunido de acuerdo con el Artículo 20.5.4; o

(e) cualquier otro período semejante que las Partes consultantes acuerden, cualquier Parte consultante que haya solicitado la reunión de la Comisión con respecto a la medida u otro asunto de conformidad con el Artículo 20.5 podrá solicitar por escrito el establecimiento de un grupo arbitral para que considere el asunto. La Parte solicitante entregará la solicitud a las otras Partes, e indicará las razones para la solicitud, incluyendo la identificación de la medida u otro asunto de que se trate y una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación.

2. A la entrega de la solicitud se establecerá el grupo arbitral.

3. Una Parte que según el párrafo 1 esté legitimada para solicitar el establecimiento de un grupo arbitral y considere que tiene interés sustancial en el asunto, podrá participar en el procedimiento arbitral como Parte reclamante mediante entrega de su intención por escrito a las otras Partes. La notificación se entregará tan pronto sea posible, pero en ningún caso después de siete días a partir de la fecha en que la Parte haya entregado la solicitud de establecimiento del grupo arbitral.

4. Si una Parte decide no intervenir como Parte reclamante conforme al párrafo 3 generalmente se abstendrá de iniciar o continuar:

- (a) un procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado; o
 - (b) un procedimiento de solución de controversias conforme al Acuerdo OMC o a otro tratado de libre comercio al que ésta y la Parte demandada pertenezcan, invocando causales sustancialmente equivalentes a las que ésta pudiera invocar de conformidad con este Tratado, respecto del mismo asunto, en ausencia de un cambio significativo en las circunstancias económicas o comerciales.
5. A menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el grupo arbitral se integrará y desempeñará sus funciones en concordancia con las disposiciones de este Capítulo.
6. Un grupo arbitral no podrá ser establecido para revisar una medida en proyecto.

Artículo 20.7: Lista de Árbitros

1. A más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigor de este Tratado, las Partes establecerán y mantendrán una lista de hasta 70 individuos que cuenten con la aptitud y disposición necesarias para ser árbitros. A menos que las Partes acuerden otra cosa, hasta ocho miembros de la lista deberán ser nacionales de cada Parte, y hasta 14 miembros de la lista deberán ser seleccionados entre los individuos que no sean nacionales de ninguna Parte. Los miembros de la lista serán designados por consenso y podrán ser reelectos. Una vez establecida la lista de árbitros, ésta permanecerá vigente por un período mínimo de tres años, y seguirá en vigor hasta que las Partes constituyan una nueva lista. Las Partes podrán reemplazar un árbitro cuando consideren que no puede seguir funcionando como tal.
2. Los miembros de la lista deberán:
- (a) tener conocimientos especializados o experiencia en Derecho, comercio internacional, otros asuntos cubiertos por este Tratado, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales;
 - (b) ser electos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad, y buen juicio;
 - (c) ser independientes, no tener vinculación con las Partes, y no recibir instrucciones de las mismas; y
 - (d) cumplir con el código de conducta que establezca la Comisión.

Artículo 20.8: Requisitos de los Árbitros

Todos los árbitros deberán reunir los requisitos señalados en el Artículo 20.7.2. Los individuos que hubieren intervenido en una controversia, en los términos del Artículo 20.5.4, no podrán ser árbitros de ella.

Artículo 20.9: Selección del Grupo Arbitral

1. Las Partes aplicarán los siguientes procedimientos en la selección de un grupo arbitral:

- (a) el grupo arbitral se integrará por tres miembros;
- (b) las Partes contendientes procurarán acordar la designación del presidente del grupo arbitral en los 15 días siguientes a la entrega de la solicitud para la integración del mismo. En caso de que las Partes contendientes no logren llegar a un acuerdo dentro de este período, el presidente se seleccionará por sorteo dentro de tres días, de entre los miembros de la lista que no sean nacionales de las Partes contendientes;
- (c) dentro de los 15 días siguientes a la elección del presidente, la Parte o Partes reclamantes seleccionarán un árbitro, y la Parte demandada seleccionará un árbitro;
- (d) si la Parte o Partes reclamantes o la Parte demandada no seleccionan un árbitro dentro de ese plazo, el árbitro se seleccionará por sorteo de entre los miembros de la lista que sean nacionales de dicha Parte o Partes, según sea el caso, dentro de los tres días siguientes; y
- (e) cada Parte contendiente se esforzará en seleccionar árbitros con competencia o experiencia relevante al tema de la disputa, según sea apropiado.

2. Normalmente, los árbitros se escogerán de la lista de árbitros. Cualquier Parte contendiente podrá presentar una recusación sin expresión de causa contra cualquier individuo que no figure en la lista y que sea propuesto como árbitro por una Parte contendiente, en los 15 días siguientes a aquel en que se haga la propuesta.

3. Cuando una Parte contendiente considere que un árbitro ha incurrido en una violación del código de conducta, las Partes contendientes realizarán consultas y, de acordarlo, destituirán a ese árbitro y elegirán uno nuevo de conformidad con las disposiciones de este Artículo.

Artículo 20.10: Reglas de Procedimiento

1. A la fecha de entrada en vigor de este Tratado, la Comisión establecerá las Reglas Modelo de Procedimiento que garantizarán:

- (a) el derecho, al menos, a una audiencia ante el grupo arbitral, la cual será pública, sujeta al subpárrafo (e);
- (b) una oportunidad para cada Parte contendiente de presentar alegatos iniciales y de replica por escrito;
- (c) que los alegatos escritos de cada Parte participante, las versiones escritas de sus declaraciones orales, y las respuestas escritas a una solicitud o a las preguntas del grupo arbitral serán disponibles al público, de conformidad al subpárrafo (e);
- (d) que el grupo arbitral considerará solicitudes de entidades no- gubernamentales de los territorios de las Partes contendientes para entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan ayudar al grupo arbitral en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes; y
- (e) la protección de la información confidencial.

2. Salvo que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el procedimiento ante el grupo arbitral se seguirá conforme a las Reglas Modelo de Procedimiento.

3. La Comisión podrá modificar las Reglas Modelo de Procedimiento.

4. A menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa, dentro de los 20 días de la fecha de entrega de la solicitud de establecimiento del grupo arbitral, el mandato del grupo arbitral será:

“Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de este Tratado, el asunto a que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del grupo arbitral y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones según lo dispuesto en los Artículos 20.10.6 y 20.13.3 y presentar los informes escritos a que se hace referencia en los Artículos 20.13 y 20.14.”

5. Si una Parte reclamante en su solicitud de establecimiento del grupo arbitral ha identificado que una medida ha sido causa de anulación o menoscabo de beneficios, de conformidad con el Anexo 20.2, el mandato deberá indicarlo.

6. Cuando una Parte contendiente desee que el grupo arbitral formule conclusiones sobre el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado para alguna Parte el incumplimiento de una Parte de las obligaciones de este Tratado, o una medida de una Parte que se determine haya causado anulación o menoscabo de conformidad al Anexo 20.2, el mandato deberá indicarlo.

Artículo 20.11: Participación de Terceros

Una Parte que no sea contendiente, previa entrega de notificación escrita a las Partes contendientes, tendrá derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar alegatos escritos y orales al grupo arbitral, y a recibir alegatos por escrito de las Partes contendientes de conformidad con lo establecido en las Reglas Modelo de Procedimiento. Dichos alegatos se reflejarán en el informe final del grupo arbitral.

Artículo 20.12: Función de los Expertos

A instancia de una Parte contendiente, o por su propia iniciativa, el grupo arbitral podrá recabar la información y la asesoría técnica de cualquier persona o grupo que estime pertinente, siempre que las Partes contendientes así lo acuerden, y conforme a los términos y condiciones que esas Partes convengan.

Artículo 20.13: Informe Inicial

1. Salvo que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el grupo arbitral basará su informe en las disposiciones relevantes de este Tratado, los alegatos y argumentos de las Partes contendientes, y sobre cualquier información que se le haya presentado de acuerdo con el Artículo 20.12.

2. Si las Partes contendientes lo solicitan, el grupo arbitral puede hacer recomendaciones para la solución de la controversia.

3. Salvo que las Partes contendientes acuerden otra cosa, dentro de los 120 días siguientes a la selección del último árbitro, o cualquier otro plazo establecido en las Reglas Modelo de Procedimientos de conformidad con el Artículo 20.10, el grupo arbitral presentará a las Partes contendientes un informe inicial que contendrá:

(a) las conclusiones de hecho, incluyendo cualquiera derivada de una solicitud hecha conforme al Artículo 20.10.6;

(b) la determinación sobre si una Parte contendiente ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones derivadas de este Tratado o, que una medida de una Parte causa anulación o menoscabo de conformidad con el Anexo 20.2, o cualquier otra determinación solicitada en los términos de referencia; y (c) sus recomendaciones, si las Partes contendientes las han solicitado, para la solución de la controversia.

4. Cuando el grupo arbitral considere que no puede emitir su informe inicial dentro de un plazo de 120 días, informará a las Partes contendientes por escrito de las razones de la demora y facilitará al mismo tiempo una estimación del plazo en que emitirá su informe. En ningún caso el plazo para emitir el informe deberá exceder de 180 días. El grupo arbitral informará a las Partes contendientes de cualquier determinación en virtud de este párrafo a más tardar los siete días siguientes de la entrega del alegato escrito inicial de la Parte o Partes reclamantes y ajustará lo restante al cronograma acordado.

5. Los árbitros podrán emitir sus votos particulares sobre las cuestiones respecto de los cuales no exista decisión unánime.

6. Las Partes contendientes podrán hacer observaciones por escrito al grupo arbitral sobre el informe inicial dentro de los 14 días siguientes de la presentación del informe o dentro del plazo que las Partes contendientes acuerden.

7. Luego de considerar cualquier observación escrita sobre el informe inicial, el grupo arbitral podrá reconsiderar su informe y realizar cualquier examen adicional que considere apropiado.

Artículo 20.14: Informe Final

1. El grupo arbitral presentará a las Partes contendientes un informe final, que incluirá los votos particulares sobre las cuestiones en que no haya habido decisión unánime, dentro de los 30 días siguientes de la presentación del informe inicial, salvo que las Partes contendientes acuerden otra cosa. Las Partes contendientes pondrán a disposición del público el informe final dentro de los 15 días siguientes, sujeto a la protección de la información confidencial.

2. Ningún grupo arbitral podrá revelar en su informe inicial o en su informe final, la identidad de los árbitros que hayan votado con la mayoría o la minoría.

Artículo 20.15: Cumplimiento del Informe Final

1. Al recibir el informe final de un grupo arbitral, las Partes contendientes acordarán la solución de la controversia, la cual normalmente se ajustará a las determinaciones y recomendaciones que, en su caso, formule el grupo arbitral.

2. Si en su informe final el grupo arbitral determina que una Parte contendiente no ha cumplido con sus obligaciones de conformidad con este Tratado, o que la medida de una Parte contendiente causa anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 20.2, la solución será, siempre y cuando sea posible, eliminar el incumplimiento o la medida que causa anulación o menoscabo.

3. Cuando corresponda, las Partes contendientes podrán acordar un plan de acción mutuamente satisfactorio para solucionar la controversia, el cual, normalmente, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del grupo arbitral, si las hubiere. Si las Partes contendientes acuerdan tal plan de acción, una Parte reclamante podrá recurrir al artículo 20.16.2 o al Artículo 20.17.1, según sea el caso, solamente si considera que la Parte demandada no ha logrado llevar a cabo el plan de acción.

Artículo 20.16: Incumplimiento – Suspensión de Beneficios

1. Si el grupo arbitral ha hecho una determinación del tipo descrito en el Artículo 20.15.2, y las Partes contendientes no logran llegar a un acuerdo sobre una solución en virtud del Artículo 20.15 dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final, o dentro de otro plazo que las Partes contendientes convengan, la Parte demandada iniciará negociaciones con la Parte o Partes contendientes con miras a establecer una compensación mutuamente aceptable.

2. Si las Partes contendientes:

(a) no acuerdan una compensación dentro de los 30 días posteriores al inicio del plazo fijado para establecer tal compensación; o

(b) han acordado una compensación o una solución conforme al Artículo 20.15 y una Parte reclamante considera que la Parte demandada no ha cumplido con los términos del acuerdo, cualquier Parte reclamante podrá, a partir de ese momento, notificar por escrito a la Parte demandada su intención de suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente con respecto de la Parte demandada. La notificación especificará el nivel de beneficios que se pretende suspender. Sujeto al párrafo 6, la Parte reclamante podrá iniciar la suspensión de beneficios 30 días después de la fecha que sea más tarde entre la fecha de la notificación de conformidad con este párrafo o la fecha en que el grupo arbitral emita su determinación conforme al párrafo 3, según sea el caso.

3. Si la Parte demandada considera que:

(a) el nivel de beneficios que se propone suspender es manifiestamente excesivo; o

(b) ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo constatada por el grupo arbitral; podrá solicitar, dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la Parte reclamante de conformidad con el párrafo 2, que el grupo arbitral se vuelva a constituir para examinar el asunto. La Parte demandada entregará su solicitud por escrito a la Parte

reclamante. El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible después de entregada la solicitud y presentará su decisión a las Partes contendientes dentro de los 90 días siguientes a su nueva constitución para examinar la solicitud conforme a los subpárrafos (a) o (b), o dentro de los 120 días siguientes a la solicitud presentada conforme a los subpárrafos (a) y (b). Si el grupo arbitral establece que el nivel de beneficios que la Parte reclamante pretende suspender es manifiestamente excesivo, fijará el nivel de beneficios que considere de efecto equivalente.

4. La Parte reclamante podrá suspender beneficios hasta el nivel que el grupo arbitral haya determinado conforme al párrafo 3 o, si el grupo arbitral no ha determinado el nivel, el nivel que la Parte reclamante pretenda suspender conforme al párrafo 2, salvo que el grupo arbitral haya establecido que la Parte demandada ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo.

5. Al examinar los beneficios que habrán de suspenderse de conformidad con el párrafo 2:

(a) la Parte reclamante procurará primero suspender los beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida, o por otro asunto que el grupo arbitral haya considerado incompatible con las obligaciones derivadas de este Tratado, o que haya sido causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 20.2; y

(b) si la Parte reclamante considera que no es factible ni eficaz suspender beneficios en el mismo sector o sectores, ésta podrá suspender beneficios en otros sectores.

6. La Parte reclamante no podrá suspender beneficios si, dentro de los 30 días siguientes a la notificación por escrito de su intención de suspenderlos, o bien, si el grupo arbitral vuelve a constituirse conforme al párrafo 3, dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que el grupo arbitral entregue su resolución, la Parte demandada notifica por escrito a la Parte reclamante su decisión de pagar una contribución monetaria anual. Las Partes contendientes realizarán consultas, las cuales se iniciarán a más tardar diez días después que la Parte demandada notifique su decisión, con el fin de llegar a un acuerdo sobre el monto de la contribución monetaria.

En caso de que las Partes contendientes no logren llegar a un acuerdo dentro de un plazo de 30 días después de iniciadas las consultas, el monto de dicha contribución monetaria se fijará en dólares de Estados Unidos y en un nivel correspondiente a un 50 por ciento del nivel de los beneficios que el grupo arbitral, conforme al párrafo 3, haya determinado ser de efecto equivalente o bien, si el grupo arbitral no ha determinado el nivel, en un 50 por ciento del nivel que la Parte reclamante pretende suspender conforme al párrafo 2.

7. Salvo que la Comisión decida otra cosa, la contribución monetaria se pagará a la Parte reclamante en dólares de Estados Unidos, o un monto equivalente en moneda de la Parte demandada, en cuotas trimestrales iguales, a partir de los 60 días posteriores a la fecha en que la Parte demandada notifique su intención de pagar dicha contribución monetaria. Cuando lo ameriten las circunstancias, la Comisión podrá decidir que la contribución monetaria se pague a un fondo que ella misma establecerá y que se utilizará, bajo su dirección, en iniciativas apropiadas para facilitar el comercio entre las Partes contendientes, incluyendo iniciativas orientadas a una mayor reducción de obstáculos irrazonables al comercio o a ayudar a una Parte contendiente a cumplir sus obligaciones conforme a este Tratado.

8. Si la Parte demandada no paga la contribución monetaria, la Parte reclamante podrá suspender beneficios a la Parte demandada, de acuerdo con el párrafo 4.

9. Este Artículo no se aplicará a un asunto señalado en el Artículo 20.17.1.

Artículo 20.17: Incumplimiento en Ciertas Controversias

1. Si en su informe final el grupo arbitral determina que una Parte no ha cumplido con las obligaciones asumidas en virtud del Artículo 16.2.1(a) (Cumplimiento de la Legislación Laboral) o del Artículo 17.2.1(a) (Cumplimiento de la Legislación Ambiental), y las Partes contendientes:

(a) no logran llegar a un acuerdo sobre una solución conforme al Artículo 20.15 dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final; o

(b) han convenido una solución conforme al Artículo 20.15, y la Parte reclamante considera que la Parte demandada no ha cumplido con los términos del acuerdo; cualquier Parte reclamante podrá, en cualquier momento a partir de entonces, solicitar que el grupo arbitral se constituya nuevamente para que imponga una contribución monetaria anual a la Parte demandada. La Parte reclamante entregará su petición por escrito a la Parte demandada. El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible tras la entrega de la solicitud.

2. El grupo arbitral determinará el monto de la contribución monetaria en dólares de los Estados Unidos, dentro de los 90 días posteriores a su constitución conforme al párrafo 1. Para los efectos de determinar el monto de la contribución monetaria, el grupo arbitral tomará en cuenta:

(a) los efectos sobre el comercio bilateral generados por el incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente;

(b) la persistencia y duración del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente;

(c) las razones del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente incluyendo, cuando sea relevante, el incumplimiento en cuanto a la observancia de los términos de un plan de acción;

(d) el nivel de cumplimiento que razonablemente podría esperarse de la Parte, habida cuenta de la limitación de sus recursos;

(e) los esfuerzos realizados por la Parte para comenzar a corregir el incumplimiento después de la recepción del informe final del grupo arbitral, incluso mediante la implementación de cualquier plan de acción mutuamente acordado; y

(f) cualquier otro factor pertinente.

El monto de la contribución monetaria no superará los 15 millones de dólares de los Estados Unidos anuales, reajustados según la inflación, tal como se especifica en el Anexo 20.17.

3. En la fecha en que el grupo arbitral determine el monto de la contribución monetaria de conformidad con el párrafo 2, o en cualquier momento posterior, la Parte reclamante podrá, mediante notificación escrita a la Parte demandada, demandar el pago de la contribución monetaria. La contribución monetaria se pagará en dólares de los Estados Unidos o en un monto equivalente en moneda de la Parte demandada, en cuotas trimestrales iguales, comenzando 60 días después de que la Parte reclamante efectúe dicha notificación.

4. Las contribuciones se depositarán en un fondo establecido por la Comisión y se utilizarán, bajo su dirección, en iniciativas laborales o ambientales pertinentes, entre las que se incluirán los esfuerzos para el mejoramiento del cumplimiento de la legislación laboral o ambiental, según el caso, dentro del territorio de la Parte demandada, y de conformidad con su legislación. Al decidir el destino que se le dará a los dineros depositados en el fondo, la Comisión considerará las opiniones de personas interesadas del territorio de las Partes contendientes.

5. Si la Parte demandada no cumple la obligación de pagar una contribución monetaria, la Parte reclamante podrá adoptar otras acciones apropiadas para cobrar la contribución o para garantizar el cumplimiento de otro modo. Dichas acciones pueden incluir la suspensión de beneficios arancelarios de conformidad con este Tratado en la medida necesaria para cobrar la contribución, teniendo presente el objetivo del Tratado de eliminar los obstáculos al comercio e intentando evitar que se afecte indebidamente a partes o intereses que no se encuentren involucrados en la controversia.

Artículo 20.18: Revisión de Cumplimiento

1. Sin perjuicio de los procedimientos establecidos en el Artículo 20.16.3, si la Parte demandada considera que ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo constatada por el grupo arbitral, podrá someter el asunto a conocimiento de éste mediante notificación escrita a la Parte o Partes reclamantes. El grupo arbitral emitirá su informe sobre el asunto dentro de un plazo de 90 días a partir de dicha notificación.

2. Si el grupo arbitral decide que la Parte demandada ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo, la Parte o Partes reclamantes restablecerán, sin demora, los beneficios que esa Parte o esas Partes hubieren suspendido de conformidad con los Artículos 20.16 ó 20.17, y la Parte demandada dejará de ser requerida para el pago de cualquier contribución monetaria que haya acordado pagar conforme al Artículo 20.16.6 o que haya sido impuesta de acuerdo con el Artículo 20.17.1.

Artículo 20.19: Revisión Quinquenal

La Comisión revisará el funcionamiento y la efectividad de los Artículos 20.16 y 20.17 a más tardar cinco años después de la entrada en vigor de este Tratado, o dentro de los seis meses siguientes a la suspensión de beneficios o la imposición de contribuciones monetarias en cinco procedimientos iniciados con arreglo a este Capítulo, según lo que se verifique primero.

Sección B: Procedimientos Internos y Solución de Controversias Comerciales Privadas

Artículo 20.20: Procedimientos ante Instancias Judiciales y Administrativas Internas

1. Cuando una cuestión de interpretación o de aplicación de este Tratado surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte y cualquier otra Parte considere que amerita su intervención, o cuando un tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de alguna de las Partes, esa Parte lo notificará a las otras Partes. La Comisión procurará, a la brevedad posible, acordar una respuesta adecuada.
2. La Parte en cuyo territorio se encuentre ubicado el tribunal o el órgano administrativo, presentará a éstos cualquier interpretación acordada por la Comisión, de conformidad con los procedimientos de ese foro.
3. Cuando la Comisión no logre llegar a un acuerdo, cualquiera de las Partes podrá someter su propia opinión al tribunal o al órgano administrativo, de acuerdo con los procedimientos de dicho foro.

Artículo 20.21: Derechos de Particulares

Ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación contra cualquiera de las otras Partes con fundamento en que la otra Parte ha incumplido sus obligaciones de este Tratado.

Artículo 20.22: Medios Alternativos para la Solución de Controversias Comerciales

1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.
2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias
3. Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, de 1958, o de la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, de 1975.
4. La Comisión podrá establecer un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas.
5. Dicho Comité deberá:
 - (a) presentar informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ésta, relativas a la existencia, uso, y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio, y

(b) cuando el comité lo considere apropiado, promover la cooperación técnica entre las Partes con base en los objetivos identificados en el párrafo 1.

Anexo 20.2

Anulación o Menoscabo

1. Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este Capítulo, cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga al Tratado, consideren que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones:

(a) Capítulos Tres al Cinco (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado, Reglas de Origen y Procedimientos de Origen, y Administración Aduanera y Facilitación del Comercio),

(b) Capítulo Siete (Obstáculos Técnicos al Comercio);

(c) Capítulo Nueve (Contratación Pública);

(d) Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios); o

(e) Capítulo Quince (Derechos de Propiedad Intelectual).

2. Las Partes no podrán invocar el párrafo 1(d) o (e) en relación con las medidas sujetas a una excepción de conformidad con el Artículo 21.1 (Excepciones Generales).

ANEXO 4. DECRETO CREADOR DE LA COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA DEFENSA DEL ESTADO DE NICARAGUA POR DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES.

DECRETO CREADOR DE LA COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA DEFENSA DEL ESTADO DE NICARAGUA POR DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

DECRETO No. 28-2007, Aprobado el 29 de Marzo del 2007

Publicado en la Gaceta No. 66 del 10 de Abril del 2007

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA,

CONSIDERANDO

I

Que con la política de apertura comercial que ha adoptado Nicaragua en la última década, manifestada en los distintos Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRIs), Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y Tratados de Libre Comercio (TLCs) que ha suscrito, ha abierto las puertas a la inversión extranjera en nuestro país, y por consiguiente ha atraído capital, promovido la transferencia de tecnología, mejorado la infraestructura y generado nuevas fuentes de empleo, lo que ha inyectando dinamismo y movimiento a la economía nacional.

II

Que dentro de los Tratados de Inversión (APPRIs, TBIs, TLCs) negociados, suscritos y/o ratificados por Nicaragua, se establecen mecanismos alternos para la solución de controversias relativas a inversión que puedan surgir entre Estados, o entre un Estado Receptor de la Inversión y los Inversionistas de los otros Estados.

III

Que el día 19 de Abril de 1995, la República de Nicaragua se adhirió a la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, vigente desde el día 14 de Octubre de 1966, aceptando la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en Washington, D.C., como foro apropiado para dirimir las diferencias entre el Estado de Nicaragua y sus inversionistas extranjeros.

IV

Que la Ley 411, "Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República" y su

Reglamento, establece que la Procuraduría General de la República, es la representante legal del Estado en los negocios de cualquier naturaleza.

V

Que la Ley 344, “Ley de Inversiones Extranjeras” y su Reglamento, dispone que toda diferencia, controversia o reclamo que surja o se relacione con las inversiones extranjeras podrá someterse a arbitraje internacional.

VI

Que la labor de defender al Estado en procesos iniciados en su contra, ya sea en el CIADI o demás foros internacionales, por razones de supuestos incumplimientos de compromisos asumidos por Nicaragua en materia de protección de las inversiones extranjeras, supone la acción conjunta de varias instituciones públicas que deben de actuar en forma coordinada y armonizada, a fin de asegurar la consecución exitosa de la defensa efectiva del Estado.

VII

Que se debe fomentar y establecer la coordinación interinstitucional a través de la creación de un mecanismo que consolide las acciones conjuntas de las instituciones públicas que deben estar necesariamente presentes durante el proceso de solución de la controversia surgida en materia de inversión, que haya sido pactado en los distintos instrumentos comerciales o acuerdos multilaterales y bilaterales de inversión, suscritos por Nicaragua.

VIII

Que en virtud de lo anterior, se hace necesario una labor conjunta de la Procuraduría General de la República, como órgano para la defensa del Estado, el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio, como el ente rector del comercio exterior y de las inversiones, y otras entidades públicas competentes, a fin de maximizar las capacidades técnico-jurídicas existentes y garantizar la optimización de los conocimientos y experiencias de los funcionarios capacitados, a través de la creación de una comisión especializada en materia de defensa del Estado en procedimientos de solución de diferencias en foros internacionales relativas a las inversiones.

En uso de las facultades que le confiere la Constitución Política,

HA DICTADO

El siguiente:

DECRETO

“Decreto Creador de la Comisión Interinstitucional para la Defensa del Estado de Nicaragua por Diferencias Relativas a Inversiones”

Artículo 1.- Créase la Comisión Interinstitucional de Defensa del Estado en

Diferencias Relativas Inversiones, que en adelante se denominará simplemente como “La Comisión”, como un órgano permanente de carácter interinstitucional, con el objeto de servir de foro de coordinación de acciones conjuntas entre las diferentes entidades de la administración pública involucradas en la defensa del Estado en procesos de resolución alterna de controversias en foros internacionales, surgidas entre el Estado de Nicaragua con otros Estados, o entre el Estado de Nicaragua con inversionistas nacionales de otros Estados, relativas a las inversiones.

Artículo 2.- Las atribuciones de la Comisión serán las siguientes:

a) Coordinación de las distintas entidades estatales que dentro de su competencia administrativa estén involucradas en la representación y defensa del Estado, en la promoción y fomento de inversiones y en el establecimiento de políticas de fomento a las inversiones, para la implementación de una defensa efectiva del Estado en procedimientos internacionales de arbitraje, conciliación o mediación, tanto en el CIADI como en los demás foros internacionales competentes.

b) Establecimiento de directrices en materia de análisis y seguimiento de cada uno de los procesos de solución alterna de conflictos que surjan producto de los compromisos asumidos por Nicaragua en virtud de los distintos Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (TBIs), Tratados de Libre Comercio (TLCs) y demás instrumentos comerciales internacionales, bilaterales, regionales o multilaterales suscritos.

c) Coordinar acciones entre las diferentes instituciones involucradas en materia de fomento a la inversión, y en la representación nacional e internacional del Estado, para la recomendación de abogados especialistas para representar al Estado y, cuando sea del caso, coadyuvar con ellos en la conformación de una estrategia procesal a seguir en el caso específico. La selección de los abogados del Estado de Nicaragua corresponderá al Presidente de la República, y su contratación estará a cargo de la Procuraduría General de la República.

d) Coordinar acciones entre las diferentes instituciones involucradas en materia de promoción y fomento a las inversiones, para asesorar en la negociación de los futuros Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (TBIs), Tratados de Libre Comercio (TLCs) y demás instrumentos comerciales internacionales, bilaterales, regionales o multilaterales que vaya a suscribir Nicaragua.

e) Fortalecer capacidades dentro del personal calificado de las instituciones involucradas en materia de promoción y fomento de inversiones y representación del Estado, mediante la promoción de capacitaciones técnicas y profesionales en materia de mecanismos alternos de solución de controversias a nivel internacional.

Artículo 3.- La Comisión estará integrada de la siguiente manera:

- a) El Procurador General de la República; quien la presidirá;
- b) El Ministro de Fomento, Industria y Comercio;
- c) El Ministro de Relaciones Exteriores;
- d) El Ministro de Hacienda y Crédito Público;
- e) El Secretario Privado para el Poder Popular para Políticas Nacionales de la Presidencia de la República; y
- f) El titular o máxima autoridad ejecutiva de la institución pública involucrada directamente en la controversia surgida con el inversionista extranjero, que da lugar al proceso internacional.

Artículo 4.- Los Miembros de la Comisión podrán ser acompañados y asistidos en las sesiones por los asesores legales y/o los funcionarios técnicos de sus respectivas instituciones, que tengan conocimientos técnicos y jurídicos sobre las normas procesales aplicables a cada proceso, o sobre el fondo de la controversia en sí. Los asesores o funcionarios asistirán en calidad de observadores y tendrán derecho a voz, pero no a voto.

Artículo 5.- A solicitud del Procurador General de la República, la Comisión podrá invitar a sus sesiones a cualquier otra institución o entidad, pública o privada, que se encuentre involucrada directa o indirectamente en los temas de agenda a tratar en la respectiva sesión.

Artículo 6.- La Comisión se reunirá a solicitud de cualquiera de sus integrantes cuando las circunstancias así lo requieran, para el adecuado cumplimiento de sus objetivos.

Artículo 7.- De cada sesión se levantará un acta donde se señalarán los temas tratados y las declaraciones de cada uno de los integrantes para asegurar el cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos por cada uno de los integrantes en el seno de la Comisión.

Artículo 8.- Para los efectos de asegurar su misión, se podrán establecer Sub-Comisiones con el fin de deliberar y atender los asuntos que le sean encomendados por la Comisión, y deberán reportar a la Comisión las decisiones o acciones que resuelvan someter a consideración de sus miembros.

Artículo 9.- La Comisión Interinstitucional de Defensa del Estado en Diferencias Relativas a Inversión tendrá una Secretaría Ejecutiva encargada de convocar a las sesiones de ambos órganos y levantará las actas de cada sesión, con el fin de brindarle el seguimiento apropiado. La conformación, organización, dirección y administración de la misma le corresponde al Presidente de la Comisión.

El Procurador General de la República de Conformidad a la Ley No. 411 “Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República” y su Reglamento, podrá

nombrar Procuradores Especiales para Solución de Controversias en materia de Inversión; y podrá hacer las recomendaciones que correspondan en materia presupuestaria para asegurar la defensa de los intereses nacionales.

Artículo 10.- El presente Decreto entrará en vigencia a partir de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial.

Dado en la ciudad de Managua, Casa de Gobierno, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil siete. **DANIEL ORTEGA SAAVEDRA**, Presidente de la República de Nicaragua.

ANEXO 5. CRÉASE LA COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL DE SEGUIMIENTO Y ATENCIÓN A PROCESOS DE DEMANDAS JUDICIALES Y ARBITRALES POR EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA.

CRÉASE LA COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL DE SEGUIMIENTO Y ATENCIÓN A PROCESOS DE DEMANDAS JUDICIALES Y ARBITRALES POR EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA

DECRETO No. 48-2007, Aprobado el 04 de Mayo del 2007

Publicado en La Gaceta No. 87 del 10 de Mayo del 2007

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA,
CONSIDERANDO**

I

Que el Estado de la República de Nicaragua está siendo demandado tanto por la Vía Judicial como por la Vía de los Arbitrajes, por empresas contratistas que ejecutan diversos Proyectos de Ejecución de Obras de Infraestructura, financiados por distintas fuentes de cooperación externa, siendo algunos de estos procesos arbitrales radicados fuera del Territorio Nacional y bajo jurisdicción de autoridades y tribunales extranjeros.

II

Que es un deber del Gobierno de la República garantizar la defensa y preservación de los intereses y el patrimonio del Estado.

III

Que es necesario dar seguimiento y respuesta adecuada a las demandas judiciales y arbitrales incoadas en contra del Estado de la República de Nicaragua.
En uso de las facultades que le confiere la Constitución Política,

HA DICTADO

El siguiente:

DECRETO

Artículo 1.- Créase la “Comisión Interinstitucional de Seguimiento y Atención a Procesos de Demandas Judiciales y Arbitrales por Ejecución de Contratos de Obras de Infraestructura”.

Artículo 2.- La “Comisión Interinstitucional de Seguimiento y Atención a Procesos de Demandas Judiciales y Arbitrales por Ejecución de Contratos de Obras de Infraestructura”, estará integrada por los titulares de las carteras de las siguientes Instituciones:

1. Procuraduría General de la República, quien la presidirá.
2. Ministerio de Transporte e Infraestructura.
3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
4. Ministerio de Relaciones Exteriores.

Artículo 3.- La Comisión Interinstitucional de Seguimiento y Atención a Procesos de Demandas Judiciales y Arbitrales por Ejecución de Contratos de Obras de Infraestructura”, observando las normas jurídicas pertinentes, tendrá las siguientes facultades:

1. Nombrar Subcomisiones interinstitucionales para atender las mediaciones, arbitraje y demandas judiciales o los actos previos a cualquiera de los procedimientos anteriormente enunciados.
2. Negociar con el reclamante o los demandantes, previo, durante o después de los procesos judiciales y arbitrales, procurando alcanzar acuerdos que sean satisfactorios para las partes (inclusive económicos), que pongan fin a la controversia y que sean de carácter definitivo.
3. Contratar Servicios de asesoría legal o de otra índole nacional o internacionalmente, cuando sea necesario.
4. Hacer las recomendaciones que correspondan en materia presupuestaria para asegurar la defensa de los intereses nacionales.

Artículo 4.- En el ejercicio de las facultades antes señaladas, la “Comisión Interinstitucional de Seguimiento y Atención a Procesos de Demandas Judiciales y Arbitrales por Ejecución de Contratos de Obras de Infraestructura”, podrá hacerse asesorar, por personal de las Instituciones que la componen para mejor desempeño de su cometido.

Artículo 5.- El presente Decreto surte efecto a partir de esta fecha, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial.

Dado en la ciudad de Managua, Casa Presidencial, a los cuatro días del mes de mayo del año dos mil siete. **DANIEL ORTEGA SAAVEDRA**, Presidente de la República de Nicaragua.