

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN
DERECHO

**EL FORMATO DE DEFENSA UTILIZADO POR COSTA RICA EN CONFLICTOS
DIRIMIDOS ANTE EL CIADI**

Marcia Madrigal Quesada

A63296

2014



02 de julio del 2014
FD-AI-443-2014

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: **Marcia Madrigal Quesada**, carné A63296, denominado: "El formato de Defensa utilizado por Costa Rica en conflictos dirimidos ante el CIADI" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "**EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA**".

Tribunal Examinador

Informante	Licda. Fiorella Bulgarelli González
Presidente	Lic. Joseph Thompson Jiménez
Secretaria (o)	Licda. Gloriana López Fuscaldo
Miembro	Lic. Juan José Obando Peralta
Miembro	Lic. Gonzalo Monge Núñez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **17 de julio del 2014**, a las 10:00 a.m. en la Sala de réplicas, 5to. Piso, Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director

Ava
Cc: Expediente

San José, 27 de Junio de 2014.

Dr. Ricardo Salas
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Estimado Dr. Salas,

Para los efectos pertinentes, me permito informarle que en mi condición de Directora, he aprobado la Tesis de Grado denominada **"El formato de defensa utilizado por Costa Rica en conflictos dirimidos ante el CIADI"**, realizada por la estudiante egresada Marcia Madrigal Quesada, portadora del carne universitario A63296. Es de señalar que dicho trabajo final reúne los requisitos reglamentarios de forma y de fondo que exige el Área a su digno cargo.

El trabajo de investigación desarrolla en su temática un tema poco estudiado en el derecho internacional público nacional, con lo cual el aporte de la postulante Madrigal Quesada se reviste de interés pues le ha correspondido hacer un fuerte investigación de campo. Adicionalmente ofrece interesantes perspectivas acerca de su aplicación en la práctica de las instituciones de Gobierno, particularmente las relacionadas con el comercio exterior para tratar el tema de la contratación de servicios profesionales fuera de nuestras fronteras.

Con muestras de mi mayor consideración y estima.

Atentamente,


Fiorella Bulgarelli Gonzalez

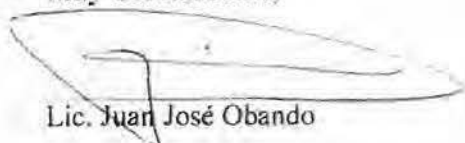
San José, 17 de Junio del 2014.

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Dr. Salas:

En mi condición de lector del trabajo final de graduación titulado **“El formato de defensa utilizado por Costa Rica en conflictos dirimidos ante el CIADI”**, realizada por la estudiante egresada Marcia Madrigal Quesada, portadora del carne universitario A63296 le informo que he aprobado por cumplir con todos los requisitos formales y de fondo exigidos al efecto por los Reglamentos de la Universidad de Costa Rica.

Muy Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Juan José Obando", written over a horizontal line.

Lic. Juan José Obando

San José, 17 de Junio del 2014.

Señor
Ricardo Salas
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Director:

En mi condición de lectora del trabajo final de graduación titulado "**El formato de defensa utilizado por Costa Rica en conflictos dirimidos ante el CIADI**", realizada por la estudiante egresada Marcia Madrigal Quesada, portadora del carne universitario A63296, le informo que he aprobado el mismo, por cumplir con todos los requisitos formales y de fondo exigidos al efecto por los Reglamentos de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,


Gloriana López Fuscado
Profesora Derecho Internacional Público

San José, 30 de junio 2014

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de la Tesis para optar por el Grado Académico de Licenciatura en Derecho, denominada, **"EL FORMATO DE DEFENSA UTILIZADO POR COSTA RICA EN CONFLICTOS DIRIMIDOS ANTE EL CIADI"**, elaborada, por la estudiante Marcia Madrigal Quesada, por lo tanto, puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor


Carlos Manuel Barrantes Ramírez

Filólogo

Cédula 1-0312-0358

Carné afiliado 16308 (Colegio De Licenciados y Profesores)

Cel. 8397-1348

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mis padres Flor Quesada Rivera y Rodolfo Madrigal Chavarría, ya que no fue, sino por ellos que culminé este reto académico tan importante.

Asimismo, dedico el presente trabajo a mis hermanos Hernán, Rodolfo, Karen y Cinthya; A mi mentora y profesora Andrea Fernández Cruz; y a mi novio Rodrigo Paniagua Páez, por su infinito cariño y el apoyo incondicional que me brindaron a lo largo de este proceso.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a toda mi familia, y a todos aquellos que hicieron posible este logro académico.

A mis amigos, Javier Luna, Natalia Solano y Gina Torres, por creer indiscutiblemente en mi persona.

A mis profesores, por su motivación, dedicación y seguimiento a lo largo de esta investigación y toda mi carrera profesional.

A la Directora Fiorella Bulgarelli, por su apoyo incondicional desde el inicio de la carrera hasta el término de este proyecto.

RESUMEN

La era actual se caracteriza por grandes avances en las tecnologías y la comunicación, un intercambio masivo de bienes y servicios a nivel mundial, y el desarrollo de industrias modernas e infraestructura. Todos estos cambios generados por la globalización han exigido el movimiento de grandes capitales entre países, regulado en su mayoría mediante la suscripción de acuerdos multilaterales o bien, bilaterales, como es el caso de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión.

El tipo de obligaciones que se pactan entre Estado y el inversionista y las respuestas a posibles violaciones por parte de alguno de los suscriptores, son aspectos que están inmersos en el mismo contenido de los tratados, y usualmente, conducen a procesos dirimidos ante el CIADI.

Es por esto que la presente investigación se enfoca en el estudio del procedimiento que aplica Costa Rica a la hora de generar una defensa en casos en los que el país se ha visto involucrado, las etapas que comprenden dicha defensa, y el rol de los agentes que intervienen en nombre del país.

Se parte de que en materia de Derecho Internacional de Inversiones, las disputas derivadas de Tratados Bilaterales de Inversión son dirimidas en arbitraje internacional, usualmente, conforme con las reglas del CIADI, cuya sede se localiza en Washington, Estados Unidos de América.

La materia, así como el desarrollo de un proceso de esta índole, exige un nivel de especialización, dominio y conocimiento del lenguaje técnico jurídico. Así, el órgano estatal encargado de la dirección de este tipo de procesos a nivel internacional, la Comisión Interinstitucional para la Solución de Controversias Internacionales en Materia de Comercio e Inversión de COMEX, acude a firmas internacionales que den soporte al país,

desde un aspecto formal de mera asesoría, hasta un plano mayormente presencial, representando a la República en sede internacional. Dicha participación es posible a través del mecanismo de contratación directa, concursada y autorizada al efecto, para que a partir de partidas presupuestarias ordinarias del Ministerio, dichas firmas contratistas actúen conforme con las instrucciones del órgano en sede arbitral internacional.

Se analizarán los distintos aspectos que valora Costa Rica, a la hora de generar una estrategia de defensa relativa a conflictos en materia de Derecho Internacional de las Inversiones, dirimidos ante el CIADI, con la aplicación de una metodología documental bibliográfica, con la cual se recolectarán datos relevantes de textos físicos como digitales que ya han desarrollado los temas claves del presente estudio.

Asimismo, se pretende enlazar conceptos ya conocidos por la doctrina del Derecho Internacional de las Inversiones, aplicándolos al caso concreto de Costa Rica, destacando aspectos relevantes que se observen, también, a partir de dicha experiencia del país.

También, se pretende analizar la jurisprudencia internacional derivada de paneles arbitrales internacionales para complementar lo que ya se ha dicho en la academia. Los laudos emitidos por tribunales arbitrales internacionales serán dilucidados, además, para verificar junto a la información contenida en fuentes bibliográficas los principales subtemas del presente trabajo.

Con todos los datos mencionados, se confirmará que el formato de defensa que aplica es multipartito y costoso por la especialidad que deben manejar necesariamente todos los actores frente a una instancia arbitral internacional. Todos ellos son selectos a través de las dependencias competentes del Ministerio de Comercio Exterior, encargado de velar, administrar y resolver conflictos asociados con Tratados Internacionales en materia de comercio e inversión.

FICHA BIBLIOGRAFICA

Madrigal Quesada, Marcia. El formato de defensa utilizado por Costa Rica en conflictos dirimidos ante el CIADI. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014. vii y 169.

Director (a): Fiorella Bulgarelli

Palabras claves: Tratados Bilaterales de Inversión, Defensa ante el CIADI, Costa Rica y el CIADI.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
RESUMEN.....	iii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES.....	5
<u>Sección Primera: Antecedentes y Particularidades del DII.....</u>	<u>6</u>
i. Antecedente histórico principal: Desarrollo del sistema de libre comercio internacional.....	6
A. Época de institucionalización.....	8
B. Época de tratadización.....	35
ii. Concepto y delimitación del objeto del DII.....	44
iii. Características.....	48
iv. Conflictos regulados en el marco del DII: la expropiación.....	64
v. Fuentes del DII.....	68
<u>Sección Segunda: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.....</u>	<u>75</u>
i. Naturaleza.....	76
ii. Integración.....	79
iii. Reglas Generales del Arbitraje del CIADI.....	82
iv. Contexto histórico en el que Costa Rica suscribió el Convenio.....	99
v. Reseña de casos en los que se ha denunciado a Costa Rica ante el CIADI.....	101
CAPÍTULO II: COSTA RICA Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES DIRIMIDO ANTE EL CIADI.....	109
<u>Sección primera: Agentes intervinientes en el proceso de solución de controversias.....</u>	<u>110</u>
a. COMEX.....	111
i. Comisión interinstitucional para la solución de controversias internacionales en materia de comercio e inversión.....	115
ii. Secretaría Técnica de la Comisión.....	117
b. Instituciones públicas y privadas nacionales.....	119
c. Asesores jurídicos nacionales e internacionales.....	121
<u>Sección Segunda: Delimitación y Coordinación de Roles.....</u>	<u>123</u>
Gestiones administrativas que realiza COMEX para presentar una defensa completa ante el CIADI.....	123
CAPÍTULO III: MECANISMO DE ADMISIBILIDAD PARA QUE PARTICULARES EXTRANJEROS PARTICIPEN EN LA DEFENSA DE LOS INTERESES DE COSTA RICA ANTE EL CIADI.....	125
<u>Sección primera: formalidades de admisión.....</u>	<u>126</u>
i. Breve referencia al modelo de contratación directa.....	126
ii. Esquema de contratación directa que administra COMEX.....	132
iii. Criterios de admisibilidad.....	136
iv. Facultades y límites establecidos a la representación.....	138
<u>Sección Segunda: formalidades materiales y presupuestarias.....</u>	<u>141</u>
i. Costos generales del proceso de contratación de sujetos privados.....	141
ii. Costo total incurrido en un arbitraje ante el CIADI.....	143
iii. Disponibilidad de recursos de COMEX para sufragar gastos derivados de un proceso ante CIADI.....	145
CAPÍTULO IV: ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA DEFENSA MULTIPARTITA ANTE EL CIADI.....	151

<u>Sección Primera: Aspectos Positivos</u>	151
i. Ventaja comparativa de costos asociados a representación legal extranjera, por sobre viáticos y gastos de traslado a la sede de arbitraje.....	152
ii. Confianza generada en el proceso a raíz del conocimiento de expertos en la materia.....	153
iii. Facilidades en la presentación y gestión directa del proceso por comensales cercanos a la sede.....	154
iv. Mejor desenvolvimiento del país en sede internacional, a través de sujetos que dominan el íter y el lenguaje apropiado.....	154
<u>Sección Segunda: Aspectos Negativos</u>	156
i. Desplazamiento de firmas nacionales interesadas en la participación.....	156
ii. Afectación de tiempos de respuesta que dependen del traslado y correcta recepción de la información.....	157
 CONCLUSIONES	 158
BIBLIOGRAFÍA	164
ANEXOS	169

TABLA ABREVIATURAS

AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AID	Asociación Internacional de Desarrollo del Banco Mundial
BIRD	Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo
BM	Banco Mundial
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CIF	Corporación Internacional Financiera del Banco Mundial
CISC	Comisión Interinstitucional para la Solución de Controversias Internacionales
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COMEX	Ministerio de Comercio Exterior
DII	Derecho Internacional de Inversión
DIP	Derecho Internacional Publico
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (siglas en ingles)
OIC	Organización Internacional de Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMGI	Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
TBI o BITs	Tratados Bilaterales de Inversión

INTRODUCCIÓN

La era actual se caracteriza por grandes avances en las tecnologías y la comunicación, un intercambio masivo de bienes y servicios a nivel mundial, y el desarrollo de industrias modernas e infraestructura. Todos estos cambios generados por la globalización han exigido el movimiento de grandes capitales entre países, regulado en su mayoría mediante la suscripción de acuerdos multilaterales, o bien, bilaterales.

Con el auge de los denominados acuerdos de promoción recíproca de inversiones, mejor conocidos como Tratados Bilaterales de Inversión, se ha generado un esquema completo para regular la materia de interés dentro de la investigación propuesta, delimitando las obligaciones y concesiones de las partes involucradas, a decir, el Estado y el inversionista.

El tipo de obligaciones que se pactan y las respuestas a posibles violaciones por parte de alguno de los suscriptores, son aspectos que están inmersos en el mismo contenido de los tratados, y usualmente, conducen a procesos dirimidos ante el CIADI.

Es por esto que se pretende analizar en el presente estudio, el procedimiento que aplica Costa Rica a la hora de generar una defensa en casos en los que el país se ha visto involucrado. Se busca analizar las etapas que comprenden dicha defensa, con énfasis en el rol de los agentes que intervienen en nombre del país.

Los aspectos citados son básicos para generar un conocimiento de utilidad práctica para Costa Rica. Siendo que el país ha suscrito una cartera pequeña de acuerdos, y se han registrado ya algunos casos en los que se demanda a esta República, los conceptos a desarrollar formarán parte del acervo jurídico que pueda servir de respaldo doctrinario, sin perjuicio del soporte que pueda generar en el plano práctico al país. De la misma manera, se

pretende generar herramientas teóricas que contribuyan a la comprensión y enriquecimiento de los dogmas del derecho internacional.

En virtud de lo anterior, se realizó un análisis legal partiendo de datos relevantes de textos físicos como digitales que ya han desarrollado los temas claves del presente estudio.

Asimismo, se pretende enlazar conceptos ya conocidos por la doctrina del Derecho Internacional de las Inversiones, aplicándolos al caso concreto de Costa Rica, destacando aspectos relevantes que se observen, también, a partir de dicha experiencia del país. A partir de premisas ya existentes, se pretende unir todos los conceptos y generar argumentos enriquecedores para la ampliación de conocimiento en la materia. Se aplicará a partir de lo observado en libros de texto, artículos, publicaciones digitales y referencias audio gráficas, un razonamiento deductivo.

También, se pretende analizar la jurisprudencia internacional derivada de paneles arbitrales internacionales para complementar lo que ya se ha dicho en la academia. Los laudos emitidos por tribunales arbitrales internacionales serán dilucidados, además, para verificar junto a la información contenida en fuentes bibliográficas los principales subtemas del presente trabajo.

El punto de partida fue considerar que en materia de Derecho Internacional de Inversiones, las disputas derivadas de Tratados Bilaterales de Inversión son dirimidas en arbitraje internacional, usualmente, conforme con las reglas del CIADI, cuya sede se localiza en Washington, Estados Unidos de América.

La materia, así como el desarrollo de un proceso de esta índole, exige un nivel de especialización, dominio y conocimiento del lenguaje técnico jurídico.

Así, el órgano estatal encargado de la dirección de este tipo de procesos a nivel internacional, la Comisión Interinstitucional para la Solución de Controversias Internacionales en Materia de Comercio e Inversión de COMEX, acude a firmas internacionales que den soporte al país, desde un aspecto formal de mera asesoría, hasta un plano mayormente presencial, representando a la República en sede internacional. Dicha participación es posible a través del mecanismo de contratación directa concursada autorizado al efecto, para que a partir de partidas presupuestarias ordinarias del Ministerio, dichas firmas contratistas actúen conforme con las instrucciones del órgano en sede arbitral internacional.

A partir de la hipótesis antes descrita, la metodología documental bibliográfica, con la cual se recolectaron datos relevantes de textos físicos como digitales que ya han desarrollado los temas claves del presente estudio.

Asimismo, se enlazaron conceptos ya conocidos por la doctrina del Derecho Internacional de las Inversiones, aplicándolos al caso concreto de Costa Rica, destacando aspectos relevantes que se observen, también, a partir de dicha experiencia del país.

También, se analizó la jurisprudencia internacional derivada de paneles arbitrales internacionales para complementar lo que ya se ha dicho en la academia.

Toda la información obtenida fue organizada en cuatro grandes capítulos. El primero de ellos se centra en las generalidades sobre el Derecho Internacional de las Inversiones, tomando en consideración sus antecedentes y rasgos característicos. De igual manera introduce la creación del CIADI, su estructura y la posición histórica de Costa Rica al suscribir el Convenio del CIADI y su implementación a nivel nacional.

El segundo capítulo está desarrollado en dos secciones, de las cuales la primera se orienta a profundizar sobre los principales actores públicos y privados que intervienen en la defensa del país frente al CIADI, y la segunda sección se destina a delimitar y analizar las formas de participación de cada órgano público o privado dentro de la defensa de la República de Costa Rica frente al CIADI.

El tercer capítulo reúne en dos secciones, el mecanismo de admisibilidad para que particulares extranjeros participen en la defensa de los intereses de Costa Rica ante el CIADI, describiendo la estructura legal que posibilita la intervención de estos sujetos, y el segundo sobre formalidades materiales y presupuestarias del proceso.

Finalmente, el cuarto capítulo se reduce a dos secciones, que comprenden el estudio de los aspectos positivos y negativos de dicha intervención múltiple dentro de la defensa de Costa Rica ante el CIADI.

EL FORMATO DE DEFENSA UTILIZADO POR COSTA RICA EN CONFLICTOS DIRIMIDOS ANTE EL CIADI

CAPÍTULO I: EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

El Derecho Internacional de Inversión es una rama de reciente surgimiento, novedosa en razón del fenómeno de suscripción de los llamados Tratados Bilaterales de Inversión que empezaron a proliferar en la década de los 90.

Es, en virtud del objeto de esta materia y sus posibles contravenciones, que se orienta la presente investigación. Si no fuera por la existencia de este campo del Derecho y la suscripción de TBIs, no habría camino al estudio de conflictos de inversión resueltos en sede internacional.

Es por eso que se debe partir del antecedente inmediato del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, es decir, cómo se forjó el Derecho Internacional de las Inversiones, en adelante DII, partiendo del desarrollo del sistema de libre comercio internacional.

Sección Primera: Antecedentes y Particularidades del DII

Según se dijo inicialmente, el DII constituye una de las ramas del Derecho de reciente estudio. Podría decirse que constituye el último peldaño de la consolidación del sistema de libre comercio que, actualmente, rige, que se encuentra en constante evolución debido a los constantes avances en la tecnología, la información, la dinamicidad del comercio y las relaciones económicas.

Siendo así, se tomará como punto de partida, el largo proceso que motivó el actual sistema de comercio, y ubicar en éste, las interrogantes de: ¿Cómo?, Cuándo? Y dónde? se originó esta disciplina.

vi. Antecedente histórico principal: Desarrollo del sistema de libre comercio internacional

El sistema de libre comercio en el que participan, actualmente, la mayoría de los países del mundo, inició como una iniciativa para rehabilitar económicamente a los países afectados en la época de la post guerra, y que fue tomando forma con el paso de los años hasta convertirse en lo que hoy se conoce como un mecanismo global para la generación de capital y recursos, en pro del beneficio y desarrollo de la comunidad internacional.

La época post guerra (1929 – 1945), marcada por la crisis económica desarrollada en 1929, y los estragos que continuaron hasta la Segunda Guerra Mundial, en 1945, se caracterizó por la desestabilización de la bolsa, cierre de muchas industrias estadounidenses, y con esto las transacciones internacionales colapsaron en vista de la desconfianza que se había generado con el alza en los precios y falta de mano de obra, y una alta tasa de desempleo.

Posteriormente, con los mercados a puerta cerrada, la tensión latente fue manifiesta en la Segunda Guerra Mundial, conflicto que se caracterizó por la participación de la mayor parte de naciones del mundo, así como grandes potencias económicas, tales como Estados Unidos, Alemania, China y algunas colonias Británicas. Los países participantes concentraron todos sus recursos económicos y científicos, en aras de utilizarlos únicamente en el conflicto bélico, agotando así la capacidad de la que cada nación disponía.

Al finalizar la guerra, el esquema global se convirtió en una era deshabilitada económicamente. Cada país debía hallar la manera de atraer nuevos ingresos para solventar las grandes pérdidas a las que se enfrentaban, luego de haber agotado lo poco que tenían. Cada economía era prácticamente nula, aunado el hecho de que el orden social y político se vio totalmente alterado, y las relaciones internacionales pendían absolutamente de un hilo, debido al resentimiento internacional.

“Tanto los vencedores como los vencidos se encontraron con que la situación económica que los rodeaba, era tan desastrosa que prácticamente era la misma, teniendo además como acreedor único un solo país: los Estados Unidos de América, por lo que de inmediato se inició un gran movimiento para reconstruir al mundo, tratando fundamentalmente de estabilizar los mercados (...)”¹.

La época de la postguerra obligó a la comunidad internacional a organizarse en un nuevo paradigma. No hubo otra alternativa más que crear un nuevo orden económico internacional, que suponía orientar todos sus esfuerzos en el dinamismo comercial y crear estrategias para superar las consecuencias devastadoras de la guerra. Para las diversas soberanías, este movimiento significó ceder ante la frustración y el descontento, para reabrir los mercados que antes habían restringido.

¹ Cruz Miramontes, Rodolfo citado en Álvarez Soberanis, Jaime. “El GATT: Antecedentes y propósitos”. Disponible en: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/11/pr/pr5.pdf>) Visitada el 10 de febrero de 2012, al ser las 17:50 horas. Página 110.

Basta decir que la reconstrucción de la economía durante el periodo de la post guerra, y la promoción de la cooperación económica internacional constituyó un camino progresivo, que exigió sentar propuestas y conferencias, para establecer los nuevos intereses, preocupaciones y objetivos generales. Con esta multiplicidad de encuentros, surgieron los pilares del nuevo orden internacional, que fueron dando paso al sistema de libre comercio que hoy por hoy sustenta la globalización y mayor relación comercial en el mundo. Puede ubicarse dicho camino en dos momentos históricos:

A. Época de institucionalización

Los entes que hoy por hoy supervisan y mantienen el control de los países para que el mercado global se sostenga diplomáticamente, fueron desarrollados a partir de 1944, hasta la actualidad, y pueden resumirse dichos esfuerzos de la siguiente manera:

Creación del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (1944): creados en la reunión de 43 países aproximadamente en la ciudad de Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos, que se realizó en julio del año 1944, cuyos objetivos confluían en evadir algún otro enfrentamiento que dejara a los Estados en condiciones paupérrimas. Ambas se fundaron con el objetivo de fortalecer la interacción económica y financiamiento necesario para que los países se encaminaran nuevamente al desarrollo, así como preservar la paz y la seguridad internacional, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

El Banco Mundial nació con el propósito de *“mejorar la capacidad comercial de naciones empobrecidas y azotadas por la guerra a través de préstamos para la reconstrucción y proyectos para el desarrollo”*².” Se le conoce, también, como el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (BIRD).

² Página Oficial del Banco Mundial. “Quiénes somos”. Disponible en: (<http://www.worldbank.org>). Visitada el 10 de febrero de 2012, al ser las 17:50 horas.

Se trata de una institución orientada a promover el desarrollo económico a largo plazo de los países en vías de desarrollo, por medio de asistencia técnica y financiera, para que las naciones fortalezcan ciertos sectores comerciales y productivos, así como la puesta en marcha de determinados proyectos sociales, entre estos, el desarrollo de centros educativos, protección ambiental o, también, programas preventivos de algunas enfermedades.

Con respecto de su naturaleza, no se puede encerrar como un banco o entidad financiera aislada, es un conglomerado conformado por miembros de la comunidad internacional y dos subgrupos, a saber:

“No se trata de un banco en el sentido corriente; esta organización internacional es propiedad de 187 países miembros y está formada por dos instituciones de desarrollo singulares: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF)³”

El Banco Mundial es, entonces, una organización compleja, y es en virtud de esto que algunos autores le denominan Grupo Banco Mundial, ya que funge al lado de la Asociación Internacional de Desarrollo (AID). De la misma manera interacciona con tres organizaciones más para el cumplimiento de sus cometidos, que son la Corporación Internacional Financiera (CIF), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

La Asociación Internacional de Desarrollo antes citada, fue creada en 1960 con el mismo objetivo del Banco Mundial, la generación de préstamos, pero orientado a aquellos países pobres cuyo ingreso per cápita es inferior a los mil veinticinco dólares (por ejemplo, Pakistán, Vietnam y Tanzania), con tasas de interés inferiores a las que se le otorgan a otros países cuya capacidad económica es mayor. Se trata de una asociación para países cuyo

³ Op. Cit.

ingreso no puede compararse con grandes potencias y países subdesarrollados, para lo cual brinda servicios especializados y los préstamos que otorga son para la provisión de servicios básicos en estos sectores. La AID se enfoca, entonces, en países con oportunidades económicas mucho más limitadas respecto de con otros países desarrollados.

La Corporación Internacional Financiera fue creada en 1956, independiente y autónoma del Banco Mundial. Esta es la encargada de brindar sus servicios financieros al sector privado, es decir, empresas transnacionales y así aumentar las inversiones de esta índole. Su principal función no le impide la posibilidad de brindar asesorías, tanto a instituciones estatales como privadas.

El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) fue establecido en el año de 1988, con el fin de proteger inversiones no comerciales y promover la inversión extranjera directa.

Por último, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, instaurado en 1966, es también un ente independiente de las demás organizaciones que conforman el Grupo, y se trata de un centro arbitral con competencia especializada para resolver controversias que surjan entre gobiernos e inversionistas extranjeros, es decir, un sujeto de derecho internacional contra un particular. Su estructura, procedimiento y regulación serán abordados con mayor profundidad en las siguientes secciones.

A grandes rasgos, el grupo provee recursos financieros para proyectos no solamente de índole comercial. Este pretende fortalecer iniciativas en otros ámbitos que pueden llevar a las naciones por alcanzar el progreso y el desarrollo, y proyectar nuevas opciones que le generen oportunidades de crecimiento económico a sus habitantes.

“Juntas, estas instituciones ofrecen préstamos con intereses bajos, créditos sin intereses y donaciones a los países en desarrollo para diversos fines, entre los que se incluyen inversiones en educación,

*salud, administración pública, infraestructura, desarrollo del sector financiero y el sector privado, agricultura, y gestión ambiental y de los recursos naturales.*⁴”

Si bien es cierto, el mundo de la post guerra se enfocó en fortalecer las relaciones comerciales, no se puede concebir a éste como un tráfico aislado, ya que coexisten diversos elementos que pueden generar una mayor ventaja comparativa a los países, y competir en el mercado internacional. La educación conduce a un nivel de especialización exitosa de la mano obrera y la erradicación del desempleo al mismo tiempo. La infraestructura constituye foco de atracción para inversionistas y recursos provenientes de otros países, sin olvidar la mejora en las condiciones salubres e higiénicas de los habitantes; y una capacitación general sobre el aprovechamiento de los recursos naturales y la incidencia de las prácticas humanas sobre el medio ambiente, puede acarrear nuevas estrategias de las pequeñas y medianas empresas que nazcan al lado de estos proyectos.

Del análisis anterior se desprende, que todas las instituciones mencionadas son órganos complementarios de su estructura: el Banco Mundial; cada una cumple con el mismo propósito, solo que dirigido a sectores específicos de la comunidad internacional.

Por otro lado, el Fondo Monetario Internacional se crea con el cometido de asistir a aquellos países con problemas en el ajuste de sus balanzas de pago.

El Fondo Monetario Internacional cumple con funciones de vigilancia y asistencia técnica, pues se encarga de velar y controlar el desarrollo de la economía mundial y de manera simultánea, provee asistencia técnica a los países que así lo deseen, sin costo alguno, con respecto de temas de políticas macroeconómicas, fiscales y monetarias.

“el FMI crearía estabilidad en el comercio internacional al armonizar las políticas monetarias de sus miembros y al mantener estabilidad

⁴ Op. Cit.

cambiaría. Al mismo tiempo, el FMI estaría en capacidad de proveer asistencia económica temporal a países con dificultades en la balanza de pagos⁵”.

Es importante aclarar que el Banco Mundial y el Fondo Monetario no realizan una labor indiferente la una a la otra, sino que se trata de esfuerzos en planos paralelos y coordinados, para lograr un mejor nivel de vida de los habitantes de los países involucrados:

“El FMI y el Banco Mundial son instituciones que forman parte del sistema de las Naciones Unidas y comparten un idéntico objetivo, a saber, mejorar el nivel de vida de los países miembros. Las formas en que encaran la consecución de este objetivo se complementan entre sí: el FMI se ocupa de cuestiones macroeconómicas, mientras que el Banco Mundial se concentra en el desarrollo económico a largo plazo y en la reducción de la pobreza⁶”

Se trata de una actuación complementaria, es decir, el FMI interviene en temas fiscales, política cambiaria, inflación o tasas de empleo y desempleo, brindando asesoría para que las estrategias de los países que incursionan en esas áreas no conduzcan a un desequilibrio económico de la región, sino que sean en pro del desarrollo. Por otro lado, el Banco Mundial está capacitado para dotar a dichos países de recursos y herramientas acorde con las políticas macroeconómicas de cada nación.

- GATT (1947): en la conferencia de la Habana, Cuba de 1947 se crea un acuerdo multilateral denominado “General Agreement on Tariffs and Trade”, (GATT por sus siglas en inglés), traducido al español como Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Este instrumento básicamente reunía una serie de concesiones arancelarias para evitar las trabas en el intercambio de bienes, que era lo que más preocupaba a los países, y entró en vigor el 1 de enero de 1948.

⁵ Página Oficial del Fondo Monetario Internacional. “El FMI y el Banco Mundial”. Disponible en: (<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/imfwbs.htm>). Visitada el 10 de febrero de 2012, al ser las 19:00 horas

⁶ ibidem

De cara a los aportes generados en la conferencia de Bretton Woods, que incluyen mecanismos de apoyo en los aspectos monetarios y financieros, el GATT respondía a la falta de normativa y de reglas que unificaran las transacciones a nivel mundial.

Fue en virtud de lo anterior, que dicho instrumento pasó a ser el texto madre que regía las relaciones comerciales, sin embargo, estaba dotado de reglas que ofrecía ventajas sobre todo a los países en condiciones superiores;

“constituye el foro internacional más completo que existe para llevar a cabo negociaciones comerciales. El crecido número de países que agrupa, el tipo de temas que aborda y el enfoque pragmático que ha adoptado, le han permitido determinar la política comercial internacional durante las últimas décadas, imponiéndole aquellas características que convenían a las potencias industriales⁷”.

La doctrina conoce una multiplicidad de acepciones sobre lo que realmente es el GATT. Entre las más completas se encuentran:

“es un tratado entre países que busca reducir las barreras que impiden el libre comercio mundial. (...) señala a sus miembros las pautas y los límites de sus acciones en las relaciones de comercio internacional., Un foro donde los países pueden discutir sus problemas de negocios en el exterior⁸”

“es un mecanismo o acuerdo internacional de comercio, que busca facilitar los intercambios de bienes y algunos servicios entre exportadores e importadores y viceversa⁹”

“Es un acuerdo internacional de índole multilateral e intergubernamental de comercio que busca la liberación del mismo, de barreras y de otros mecanismos para que así se desarrolle una base estable¹⁰”.

⁷ Araujo Cruz, María Teresa y Gamboa Nelson, Raquel Yesenia. “El Derecho Internacional Económico y la Organización Mundial de Comercio: la relación de Costa Rica con dicha Organización”. Tesis para optar para el grado de Licenciadas en Derecho. Sede Universitaria Rodrigo Facio-UCR, Facultad de Derecho, 1998. Página 118

⁸ Op. Cit.

⁹ Renzo Céspedes citado ibídem. Página 119

¹⁰ Organización Mundial de Comercio citada ibídem. Página 119.

“Es un marco legal que preveía la mutua reducción progresiva de los aranceles aduaneros (Agenda de Concesiones) y un código de conducta que limitaba la interferencia gubernamental en las operaciones comerciales internacionales¹¹”

La posición mayoritaria ha coincidido al expresar que el GATT es, esencialmente, un esquema normativo, una guía de la forma como las relaciones comerciales deben manejarse por los países. Desde dicho concepto, el GATT cumple una serie de funciones a decir:

- Sirve como un foro de negociaciones en aras de forjar acuerdos y eliminar barreras de carácter arancelario;
- Es una base de aplicación de principios que, actualmente, se han convertido en normas consuetudinarias de carácter internacional;
- Funge como código de conducta entre los países contratantes;
- Ofrece mecanismos para solucionar las diferencias surgidas en las relaciones comerciales internacionales;
- Contribuye al mejoramiento de los niveles de vida, lograr el pleno empleo y aprovechar los recursos mundiales, aunque, según se indicó antes, las disposiciones relativas a estos temas no fueron del interés de los países en su momento;
- Desarrollar la producción e intercambio de mercancías de manera razonable;
- Fomentar esencialmente el desarrollo económico:

Dicho texto es plena manifestación de los principios fundamentales del nuevo orden económico comercial internacional. Sus normas son concordantes con los intereses de los países integrantes, aunque parte de la doctrina señala que beneficie en mayor parte a las grandes potencias por los casos que adelante se tratan, y contiene los principios que inspiran las nuevas reglas de comercio;

¹¹ Osvaldo R. Agatiello, citado ibídem. Página 119.

“es un marco de disposiciones, un código de conducta, de como los países tienen que llevar el comercio internacional. Estas normas se reflejan a través de un articulado bastante complejo pero que en su esencia es eso: la no discriminación, la reciprocidad, la cláusula de la nación más favorecida y una liberalización regional del comercio a través de reducciones arancelarias¹²”.

Los principios antes citados han mantenido su vigencia hasta la actualidad, siendo estos el norte del desenvolvimiento de las relaciones entre los diferentes miembros de la comunidad internacional. Estos principios son los siguientes:

- i) Principio de no discriminación o trato igualitario: cada uno de los países contratantes es exactamente igual a los demás, en las materias y aspectos pactados. Por ejemplo, en el caso de la zona de libre comercio, que se estudiará más adelante.
- ii) Principio de transparencia: éste exige a cada una de las partes involucradas en la relación contractual, una conducta de buena fe y lealtad destinada a los demás miembros suscriptores, con el fin de llevar el negocio internacional en buenos términos.
- iii) Principio de reciprocidad: se trata de un principio de carácter ético, con el cual si un Estado brinda cooperación y condiciones favorables para otro en su relación comercial entablada, incluida la reducción arancelaria, el país beneficiado por estas condiciones está en la obligación de brindar un trato semejante al primer país.
- iv) Multilateralidad: pretende que los Estados ya no establezcan relaciones bilaterales, es decir, únicamente entre dos partes contratantes, sino que los negocios abarquen la mayor relación posible entre Estados. El mundo post guerra se trataba de un

¹² Pérez del Castillo, Carlos. Historia, actualidades e importancia del GATT. Versión taquigráfica de la Conferencia del Embajador Carlos Pérez del Castillo realizada el martes 9 de setiembre de 1986. Fundación Uruguaya para el Fomento de la Cultura, la Ciencia y la Tecnología Hanns Seidel. Página 8

ambiente bipolar, dividido, y el GATT buscaba crear un impacto a nivel comercial del tipo plurilateral, involucrando la mayor cantidad de partícipes.

- v) Libertad de comercio: el GATT comprende un mecanismo de equilibrio comercial, con el cual se pretendía erradicar las prácticas de prohibición de restricciones cuantitativas y reducir los derechos de aduana que podían entorpecer una negociación pacífica.

Además de los parámetros antes citados, el GATT está integrado, también, por normas de conducta, indicaciones especiales para la formación y funcionamiento de zonas aduaneras y libre comercio, y finalmente, una contribución a políticas de promoción comercial y desarrollo económico en países pobres.

Dicho compendio de normas atravesó un proceso de elaboración de previo a ser un texto definitivo. Este instrumento evolucionó en cuatro fases, se distinguen la provisional, de desarrollo, madurez y por último, la fase de reconstrucción. La primera etapa se ubica en el periodo de 1948 a 1955, durante la cual fue incrementando el número de países contratantes. Este periodo fue, básicamente, un lapso de discusión, de preparación a las medidas que se irían a implementar para agilizar el comercio, pues fue una especie de preámbulo para que las partes manifestaran su descontento con prácticas restrictivas y formalidades que entorpecían la relación con otros países. Dichos temas fueron tratados en tres rondas negociadoras de carácter arancelario, a conocer: la ronda de Ginebra en 1947, ronda de Anney en 1949 y ronda de Torquay en 1951.

La segunda etapa del desarrollo propiamente, se caracteriza, también, por el aumento de partes interesadas en contratar, que trae como consecuencia una mayor institucionalización, y se inicia con el orden en el área de los textiles, es decir, se elaboran los primeros acuerdos sobre textiles de algodón, y se derogan los principios generales que daban lugar a una comercialización restrictiva.

La tercera etapa de la madurez, inicia con el sometimiento de disciplinas más eficaces a favor de la reducción de aranceles y un especial énfasis para robustecer el sector agropecuario. En esta etapa comienzan los esfuerzos por concatenar un sistema monetario estable que soporte irregularidades eventuales con la marcha de la liberalización del comercio mundial.

La última etapa es aquella en la cual comienza a surgir una nueva polémica a raíz de las nuevas políticas comerciales, es decir, la competencia desleal, inversiones en el exterior y falsificación de mercancías que ponían en pugna el tema de la propiedad intelectual. Esta problemática representa una nueva preocupación para los países, que los hace retomar temas que antes no habían pensado, como el empleo, propiedad intelectual y ahora sí, la instauración de un órgano permanente que se convirtió en la nueva prioridad.

En todas sus etapas, el GATT siempre fue visualizado como una regla para bajar progresivamente las barreras arancelarias y agilizar el intercambio de mercancías. Desde las premisas descritas, el GATT generó una serie de fórmulas para motivar a los países por ceder ante sus barreras económicas.

El GATT buscaba primordialmente la reducción de aranceles aduaneros en pro de la liberalización del comercio. En un mundo post guerra, debilitado por conflictos bélicos poderosos, lo último que se pretendía generar eran restricciones o impedimentos que llevaran a las naciones a un nuevo descontento.

“A partir de la década de los 70, somos testigos de una evolución muy importante de la naturaleza y estructura del comercio internacional, donde la barrera arancelaria deja de ser el elemento de protección más importante y asistimos al fortalecimiento y proliferación de un arsenal muy sofisticado de medidas no arancelarias.”¹³

¹³ Op. Cit. Página 9

Como mecanismos de prevención de ese nuevo reto comercial, el GATT instauró varias formas de erradicar dichas barreras arancelarias: la zona o área de libre comercio, la unión aduanera, la comunidad económica y el mercado común.

La zona de libre comercio es probablemente la organización predominante, conformada a través de la suscripción de un tratado. La zona de libre comercio se define como

“una región donde los países de común acuerdo reducen sus aranceles para con los países de la zona, sin alterarlos para con el resto del mundo. (...) los países miembros eliminan los aranceles al comercio entre ellos mismos, es decir los miembros de la zona. No obstante cada uno de ellos mantiene su propio arancel hacia los países no integrados, o sea, terceros países¹⁴”

La Zona comprende, entonces, un conjunto de países, que acuerdan no aplicar sus aranceles mutuamente, mientras que un tercer Estado que no formó parte de este acuerdo, deberá cancelar los derechos de aduana, según el país que corresponda, al movilizar mercancías en estos.

El caso de la unión aduanera es similar, sin embargo, tiene una diferencia importante con la anterior; se crea un arancel externo común para todos los miembros ajenos a la unión:

“el área territorial que incluye a varios países en la que se ha eliminado los aranceles aduaneros y otras restricciones al comercio de bienes junto con el establecimiento de un arancel externo común frente a terceros países¹⁵”

Se constituye en ésta un equilibrio, evita comportamientos anticompetitivos al generarse un mismo arancel, hay una tarifa externa común, además de que se genera, también, una

¹⁴ Op. Cit. Página 53.

¹⁵ Op. Cit. Página 53.

legislación aduanera homogénea en todos los países integrantes, se trata de un régimen uniforme, impera la unicidad de criterios.

El tercer caso es el supuesto del mercado común, que

“consiste en poner en conjunto los elementos productivos que serán aplicables a la naturaleza, capital y trabajo, en aumentar la población consumidora, todo ello mediante facilidades en cuanto al movimiento de capital y a la migración de trabajadores, eliminación de barreras arancelarias, etc¹⁶”

En dicho esquema, también, hay un gravamen arancelario uniforme a los países fuera de la región, sin embargo, se caracteriza por una libre movilidad de los factores productivos.

Por último, y no menos importante, la comunidad económica es uno de los mayores niveles de integración, que trasciende al ordenamiento interno de cada país;

“representa el grado más avanzado de integración económica de los países miembros, donde las políticas fiscales y monetarias se orientan por los mismos criterios, existiendo una complementación total de ellas (...) La unión económica es un mercado común en el que adicionalmente los países miembros armonizan sus políticas económicas¹⁷”.

Se está ante una sistematización más compleja, pues en los casos anteriores, únicamente se veía afectado el aspecto arancelario y las políticas adoptadas a nivel de aduanas en el caso de la unión. Ya en la comunidad europea hay un régimen legislativo de aplicación común a toda la región contratante.

Las cuatro facetas de reducción de aranceles antes descritas, cualquiera de la que se trate, implican un conjunto de países que, -organizados, según el esquema que adopten-, se

¹⁶ Op.cit. Página 53.

¹⁷ Ibidem

convierten en una sola unidad económica que busca primordialmente beneficios mutuos y el desarrollo hacia afuera. Esta nomenclatura se denomina fenómeno de integración económica, que consiste en

“el proceso por medio del cual dos o más países deciden institucionalizar un nuevo espacio económico, representado por los mercados y los sistemas económicos nacionales. (...) la integración puede operarse por distintos caminos. Uno de ellos, la integración vía los mercados; es decir, la integración de varios espacios económicos para constituir un espacio mayor. En ese sentido es la economía la que integra y de ahí el termino integración económica. La integración propiamente dicha es el status jurídico en el cual los estados entregan algunas de sus prerrogativas soberanas, con el fin de constituir un área dentro de la cual circulen libremente y reciban el mismo trato, las personas, los bienes, los servicios y los capitales, mediante la armonización de las políticas correspondientes y bajo una égida supranacional.¹⁸”

“la integración económica surge como una alternativa para todos los países, especialmente para los países en vías de desarrollo, máxime si se considera la recomposición del orden político y económico a nivel mundial, la globalización de la economía, la aparición de nuevos núcleos industriales hegemónicos (...)”¹⁹

La integración económica es, entonces, una iniciativa del GATT, para coordinar mercados internacionales a través de la cooperación entre diversos países. Es, también, manifestación formal del principio de reciprocidad protegido por el GATT, siendo que si unos países ceden el beneficio de no cobrar derechos de aduana a los productos que determinado país está tratando de importar o bien exportar, si este último tiene esa concesión y suscribió el acuerdo, está en la obligación de proveer las mismas condiciones a sus partes contratantes.

El fenómeno de la integración económica importa ventajas entre sus partes asociadas, tales como:

¹⁸ Óp. cit. Página 41.

¹⁹ Op. cit. Página 42.

1. Atrae mayor inversión, con la que se realiza la producción del país al explotar ventajas comparativas.
2. Hay mayores niveles de competencia, para conseguir altos porcentajes de producción.
3. Al haber una integración de fuerzas entre países, se disminuyen los costos que genera un solo país al exportar.
4. Tiene mayor capacidad de negociación un conjunto de países, que la que puede demostrar uno solo.

Aun cuando la integración económica implica ventajas importantes, los anteriores niveles de reducción no siempre son plenos y efectivos, cuando median circunstancias, tales como inestabilidad en la balanza de pagos o deficiencias en el abastecimiento regional.

Cuando algún Estado se encuentra ante dichas eventualidades, el GATT admite las denominadas salvaguardias, que consisten en una especie de retiro o renuncia a alguna de las concesiones arancelarias pactadas cuando se constaten circunstancias especiales.

“Existió siempre, desde sus orígenes, en el marco del GATT un artículo XIX, que se conoce como el de las salvaguardias, por el cual cualquier parte contratante podía retirar concesiones que había otorgado en rondas anteriores, o cerrar su mercado o incrementar sus niveles de aranceles si constataba que su mercado interno se veía amenazado por la entrada excesiva o masiva de productos originarios de otras partes contratantes, que le causaban perjuicios a la industria local. (...) La cláusula de salvaguardia se aplica con toda impunidad, por la mera decisión de una parte contratante trabando o cerrando los mercados a las exportaciones de otras partes contratantes.”²⁰”

²⁰ Op. Cit. Página 15

De lo anterior se extrae que las posibilidades de salvaguardia únicamente operan en casos muy específicos, limitados y comprobables (supuestos en los que abrir el paso de mercancías libres de aranceles signifique un perjuicio a la producción nacional para el Estado renunciante). Con respecto del pronunciamiento de la salvaguardia, anteriormente se indicó que el Estado que se encuentra amenazado económicamente, es quien puede decidirlo de manera unilateral, previo acuerdo de las partes y sin repercusiones legales.

“Para preservar el principio de libre comercio, se entiende que dichas cláusulas o normas de salvaguardia se deben aplicar, por lo general, de común acuerdo, no en forma unilateral y por tiempo limitado hasta resolver los problemas que las han originado, mas por la vía de la coordinación de políticas entre los países miembros o signatarios, que por el lado de la restricción al intercambio intrarregional²¹”

En vista de que las distintas modalidades de libertad arancelaria son constituidas a través de un acuerdo o tratado internacional, lo oportuno es que el país que opte por la salvaguardia comunique y demuestre a las otras partes contratantes sobre su situación, quienes deben manifestarse sobre si admiten o no admiten ésta. Tratándose de un acuerdo multilateral, se reitera que el país cuya economía se está viendo afectada, actúe de manera unilateral, siendo que esa salvaguardia, también, afectará al resto de los países contratantes, aunque sea en una menor medida. Ahora bien, sí es importante recalcar, que la salvaguardia no es permanente y definitiva, sino temporal hasta que el país retome las condiciones aptas para volver a aplicar las concesiones suspendidas.

Una segunda excepción a las condiciones aduaneras pactadas, son los llamados *waivers* o exenciones. Las exenciones permiten a los países negociar únicamente los aspectos del tratado que les favorecen, es decir,

²¹ Op. Cit. Página 52

“deja fuera de las disciplinas del acuerdo general y por ende del marco de las negociaciones multilaterales ciertos sectores. Así por ejemplo una parte importante de la política agrícola americana sobre ciertos productos ha quedado fuera del marco de las negociaciones, puesto que Estados Unidos negoció en 1955 un waiver o una exención que lo inmunizaba de cualquier negociación internacional sobre las mismas”²²”

Las medidas supra citadas comenzaron como una solución adaptada en el GATT para hacerle frente a economías en épocas de recesión, pero por una carencia de control, cayeron en un uso desmedido, por lo que perdieron su fundamento, así como el cumplimiento del resto de las normas que integran el GATT.

Lo anterior aunado al bilateralismo que resurgió entre las grandes potencias generaron la necesidad de crear un órgano contralor del comercio, que partiera de la misma estructura del GATT, pero que trabajara en la constante vigilancia de las relaciones comerciales internacionales, y las normas ya proclamadas no terminaran obsoletas.

En 1947, se celebró en la Habana, Cuba, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo. En dicha negociación, los países elaboraron un proyecto mejor conocido como “Carta de la Habana” en el cual creaban la primera Organización Internacional de Comercio (OIC), mismo que fue aprobado en 1948. Sin embargo, la Carta no prosperó ya que muchos países consideraban el texto como “ambicioso” en el sentido de que incluía más normas de las necesarias, orientadas a la vigilancia del comercio internacional. En virtud de lo anterior, los países sobre todo Estados Unidos se opusieron a la iniciativa, quedando la OIC como un logro fallido.

OMPI (1974): Antes de que la OMC comenzara a regir el tráfico internacional, la competencia sobre asuntos de propiedad intelectual recaía sobre la denominada Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, conocida como OMPI por sus siglas.

²² Op. Cit. Página 15

Esta institución fue creada en 1974, como una institución adscrita a la Organización de las Naciones Unidas, de carácter intergubernamental con sede en Ginebra.

La OMPI nació como consecuencia de dos acuerdos importantes, el Convenio de París para la Protección de Propiedad Industrial y el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (1883 y 1884 respectivamente) creada con el objetivo de promover la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional. Asimismo, era la encargada de administrar diversos tratados multilaterales que regulaban los aspectos jurídicos y administrativos de esta materia en virtud de la ausencia de tratamiento en las normas contenido del GATT;

“A nivel internacional, la reglamentación y protección de los derechos de propiedad intelectual venía estando principalmente confiada a la OMPI. (...) El propio GATT no se ocupaba de la propiedad intelectual, (...)”²³

Sin embargo, con los grandes avances en la tecnología y la información despegados con el fenómeno de globalización, surgió la preocupación por una nueva problemática como la piratería, reproducción de material no autorizado por su autor, con fines de lucro.

La explotación no autorizada de propiedad intelectual y materia industrial exigió el fortalecimiento de la normativa a efectos de pulir los derechos relacionados con invenciones de carácter tecnológico industrial pertenecientes a los miembros de la comunidad internacional, para lo cual, esta materia paso a integrar los cometidos de la OMC, en el documento denominado “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual”, conocido también como el Acuerdo de Cooperación con la Organización Mundial del Comercio, firmado el 1996.

“El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio cubre un ámbito nuevo en el

²³ Capítulo II: Del GATT a la OMC. Disponible en: (<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/179/5.pdf>). Revisado el 15 de abril de 2012, al ser las 13:45 pm. Página 50

derecho sobre el comercio internacional multilateral. Se propuso incluir este tema en las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay con el fin de intentar remediar problemas de piratería y violación internacional de los derechos de propiedad intelectual. El Acuerdo establece unas normas mínimas de protección para cada categoría de derechos. Esas normas deben integrarse en la legislación nacional de todos los Miembros de la OMC, y ser aplicadas de conformidad con los principios de trato de la nación más favorecida y trato nacional. Recogen y extienden a todos los Miembros de la OMC las obligaciones sustantivas de los principales tratados administrados por la OMPI, esto es, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, con la adición de otras obligaciones siempre que sea necesario para completar el alcance de esos convenios²⁴”.*

Es menester aclarar, que actualmente, la OMPI y la OMC no son organismos ajenos el uno del otro. Así como han trabajado otras instituciones con la OMC, -la cúspide en el sistema de comercio multilateral internacional-, la OMPI trabaja al lado de ésta generando reglas y políticas aplicables a temas de patentes, invenciones, marcas, derechos de autor y derechos conexos, etc.

- OMC (1995): La iniciativa de la reunión en La Habana era crear un organismo que ejerciera estas facultades, es decir, una Organización Internacional de Comercio, a través de la Carta de La Habana. Como esta última incorporaba temas que no eran relevantes en su momento, como por ejemplo, los servicios y el empleo, no fue ratificado así su contenido, ni se fundó la organización propuesta. Los países concentraron su atención en algunas disposiciones que incluía la carta, por lo que ratificaron éstas a través del nombrado GATT.

En vista de la tergiversación de normas que ocurrió posteriormente a la promulgación del GATT, surgió la necesidad de asegurar un correcto cumplimiento de éstas, para continuar con el modelo de libre comercio sin conflictos económicos. Fue en 1995, -en el contexto de

²⁴ Op. Cit. Página 50

las Rondas de Uruguay negociadas desde el año 1986 hasta 1994 (8 años de negociación)-, que se creó el órgano supremo de vigilancia a nivel internacional conocido como la Organización Mundial de Comercio.

“En Enero de 1995, la Organización Mundial de Comercio (OMC) se convirtió en la sucesora del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT). Siete años de negociación intensiva en la Ronda Uruguay dio origen a una organización con amplias responsabilidades sobre asuntos económicos internacionales. La OMC es sin duda un gran jugador en el campo de la Gobernación Global, y sus reglas y procesos afectaran profundamente la orientación económica y política de sus 139 estados miembros así como los 30 países restantes que están en proceso de suscripción²⁵”.

La OMC, oficialmente creada en el Acuerdo de Marrakech en 1995 se define como:

“Una organización internacional que administra acuerdos multilaterales definiendo así las reglas de comercio internacional entre sus estados miembros. La OMC reemplazó el Acuerdo General de Aranceles, su misión primordial es reducir la barreras internacionales del comercio²⁶”.

Se trata, entonces, del máximo órgano internacional económico que vela por un fiel cumplimiento de las normas del GATT, por lo que se le conoce como contralor de las relaciones comerciales que se establecen entre las naciones. Este órgano es el encargado de promover los fines para los que fueron desarrolladas las alianzas internacionales en materia de comercio.

“La OMC existe como medio para un fin. Dicho fin es engrandecer el bienestar y las condiciones de vida de todos, ambos los países que están entre y a través- desarrollados y subdesarrollados por igual. Esto requiere de una política coherente entre el comercio y otros

²⁵ Sampson, Gary P. - United Nations University Press (2001). The Role of the World Trade Organization in Global Governance. Hong Kong. Página 1

²⁶ Charlton, Andrew and Stiglitz, Joseph E (2005). Fair trade for All: How trade can promote development. Oxford University Press, New York United States. Página xxiii

logros públicos. Significa poner la política comercial e un contexto con objetivos nacionales e internacionales, que incluya prioridades sociales, ambientales y otras de desarrollo.²⁷”

Para cumplir con sus cometidos, la OMC desarrolló una estructura compleja, según se discutirá más adelante, que le permite actuar cuando los países involucrados no están entendiendo los compromisos internacionales que con ellas devienen. Se trata de una gestión activa que no debe entorpecer las capacidades de negociación de los sujetos internacionales. La OMC tiene un rol dinámico cuando alguno de estos sujetos está en el entendido de infringir o desaplicar las normas adoptadas en acuerdos internacionales, pero esa actividad no significa reducir o distraer los intereses de sus miembros, sino que busca solucionar las diferencias junto con la participación de los contrincantes.

“La OMC es un sistema efectivo del derecho económico internacional. Como tal, el sistema de comercio es, sin duda, más que un simple logro en la institucionalización de la cooperación internacional²⁸”.

Con la institucionalización del órgano contralor del derecho económico internacional, se han abierto las puertas para desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, el cual no pretende apartarse de los esfuerzos que le anteceden, sino más bien, encaminar las decisiones internacionales desde el postulado del libre comercio. Es por esto que los principios base que fueron propulsados por el GATT, son los mismos en los que se ampara la actividad de la OMC.

En virtud de lo anterior, los países han mostrado interés y aceptación hacia este órgano, en virtud de la fortaleza investida en las relaciones comerciales no a causa de un régimen coercitivo, ni tampoco a base de reglas unilaterales, sino a base de decisiones multilaterales que benefician a toda la comunidad internacional;

²⁷ Ibidem. Página 244

²⁸ Op. Cit. Página 185

“Uno de los principales motivos de apoyo tanto de grandes y pequeños gobiernos hacia la OMC, es que visualizan adherencia a las reglas multilaterales en lugar de poder político o comercial a integrar sus intereses nacionales. Las reglas le dan predictibilidad y estabilidad al sistema de comercio internacional, aunque un comercio regulado y gobernado no garantice la paz, si puede erradicar una fuente importante del conflicto. Ofrece una alternativa que ha desenfrenado la fuerza en las relaciones de comercio entre estados. Y, aunque la soberanía es inevitable al ser miembro de la OMC (por cualquier acuerdo internacional insignificante), lo que se gana es la posibilidad de participar en la Economía Mundial a través de la cooperación²⁹”

Un segundo motivo por el cual la OMC ha logrado el éxito y la sostenibilidad entre sus miembros, es la estructura interna compuesta adecuadamente para atender necesidades de los Estados integrantes, así como la amplitud en las potestades de control que se le han atribuido. Sus funciones fueron integrada de manera que el comercio de servicios no quedara desprovisto de control internacional, por medio de la suscripción del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el cual fue firmado en 1995 como parte de las negociaciones de la Ronda Uruguay:

“El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) constituye una de los nuevos ámbitos de competencia atribuidos a la OMC. Es vinculante para todos los Estados Miembros, y su objetivo es la liberalización del comercio de servicios. Es probable que tenga consecuencias en el campo de la salud pública, en la medida en que suponga que los Estados Miembros abran sus mercados internos a los proveedores extranjeros de servicios hospitalarios y médicos³⁰”.

En virtud de sus amplias facultades, la OMC tiene potestades para conocer sobre asuntos y acuerdos cuyo objeto sean servicios de cualquier índole, sean de salud, seguridad, comunicaciones, construcciones, enseñanza, energía, y turismo, entre otros, que antes

²⁹ Op. Cit. Página 6.

³⁰ Op cit. Página 51

desconocía su predecesor, lo que le permite brindar un mayor nivel de seguridad a los países suscriptores de acuerdos multilaterales.

“como sucesora del GATT, la Organización Mundial de Comercio (la OMC) representa un nuevo orden en el comercio multilateral, intensifica disciplinas multilaterales de comercio y las extiende a nuevas áreas; y provee un mejor, y aun más seguro, acceso a mercados que es prerrequisito para estrategias de desarrollo-exportador exitosas. Por otro lado, también impone límites al rango de opciones políticas abiertas a países en desarrollo que persiguen estrategias de desarrollo”.

“La OMC se ha convertido en un foro de negociaciones multilaterales continuas. De hecho, muchos países se encuentran comprometidos en negociaciones comerciales a nivel regional y subregional simultáneamente.³¹”

Es claro, entonces, que la OMC juega un rol destacado, actualmente, a efectos de encaminar las relaciones comerciales internacionales hacia el desarrollo, bienestar y paz social, sin embargo, no es una labor que se ejerza de manera indiferente a la actuación de otros entes internacionales que también comprenden una fuerza poderosa para estos efectos. La OMC comparte el mismo punto de partida de los órganos creados en la conferencia de Bretton Woods,

“Las instituciones Bretton Woods son el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI). Estas dos instituciones fueron fundadas en una reunión de 43 países en Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos en Julio del año 1944. Los objetivos fueron: La reconstrucción de la economía durante el periodo de la post guerra, y la promoción de la cooperación económica internacional³²”.

³¹ Op. cit Página 21

³² Bretton Woods Project. ¿Que son las instituciones de Bretton Woods? Disponible en: <http://www.brettonwoodsproject.org/es/2008/02/art-560735/>. Revisado el 12 de marzo de 2014 al ser las 17:00 horas.

“el FMI, el Banco Mundial, y la OMC todos deben emplear los medios posibles para compartir en la tarea monumental de hacer que el comercio y las finanzas trabajen en pro del desarrollo.”³³”

Se podría decir, entonces, que la OMC es el órgano que le confiere estabilidad al eje de las relaciones comerciales. Es a través de esta organización que el mundo de las relaciones internacionales ha alcanzado una efectividad en el cumplimiento de las normas, eliminando disparidades entre países desarrollados y en vías de desarrollo. Al contrario, se ha dedicado a implementar mecanismos con los cuales enmendar las relaciones entre Estados, y se han logrado grandes avances en los últimos años.

“El sistema multilateral de comercio, con la Organización Mundial de Comercio (OMC) como su centro, es la herramienta más importante de administración económica internacional y desarrollo que poseemos. Su record-bajo el antiguo Acuerdo General de Aranceles (GATT) así como su sucesor, la OMC-ha sido implacable. Durante los últimos 50 años, ha generado riqueza entre sus miembros industrializados, ha rescatado a países pobres de su estado anterior, ha tornado las economías rurales en gigantes comerciales súper competitivos y le ha abierto las puertas a los países más pobres para que tengan perspectivas con las cuales avanzar.”³⁴”

El éxito en la actuación de la OMC a nivel mundial y el hecho de que ha mejorado considerablemente las circunstancias desde las cuales se encontraban las diversas economías, obedece a diversas características que le separan de su antecedente inmediato, el GATT, es decir, esta organización se encuentra investida internamente de una estructura que le permite controlar los distintos instrumentos internacionales suscritos entre sus miembros, así como mecanismos de solución de controversias sólidos y aptos para sentar a dialogar a los países parte. Esta y otras características serán analizadas con más detalle en la sección siguiente.

³³ Op. Cit. Página 35

³⁴ Op. cit Página 81

Así como se ha establecido anteriormente, la OMC es el resultado de la institucionalización y materialización del GATT. Sin embargo, sucesor y antecesor tienen diferencias notables que son de especial consideración en este acápite, pues es necesario entender por qué la OMC tuvo una aceptación generalizada, y efectos positivos a nivel internacional, contrario a lo que sucedió con el GATT, pues sus efectos normativos únicamente fueron aplicados correctamente durante un lapso muy breve.

La primera diferencia es, el carácter que ostenta la OMC. Se está ante un sujeto de derecho internacional, es decir, una organización con derechos y obligaciones conferidos en razón de su personalidad jurídica. Este reconocimiento jurídico no lo tenía el GATT, pues éste constituía ante la comunidad internacional un texto, un compendio de normas de comercio internacional, que nunca adquirió una estructura rígida y estable hasta que se realizó una conjunción de su esencia, y surgió la OMC. La doctrina mayoritaria considera que la OMC no es vasta línea de seguimiento del Acuerdo General de Aranceles, sino que por sí misma es una institución independiente, con esqueleto propio.

“Esta Organización tiene personalidad jurídica internacional, y desde su creación todas las cuestiones relacionadas con el comercio internacional son de su competencia. Los acuerdos de la OMC consisten en acuerdos multilaterales que pasan a ser vinculantes para los Estados Miembros desde el momento de su incorporación a la OMC, y acuerdos plurilaterales que son facultativos³⁵.”

“La OMC no es una simple continuación del GATT; posee un carácter totalmente distinto. (...) El GATT era una serie de normas, un acuerdo multilateral desprovisto de fundamento institucional, que no tenía más que una secretaría ad hoc y cuyo origen se encontraba en la tentativa de establecer una Organización Internacional del Comercio en los años cuarenta. La OMC es una institución permanente, dotada de secretaría propia³⁶”

Claro que hay una parte de la doctrina, minoritaria, que considera que, si bien, la personalidad jurídica del GATT nunca se consolidó ante los miembros de la comunidad

³⁵ Op. Cit. Página 52

³⁶ Ibidem

internacional, ni así en la esencia de su texto, dicho Acuerdo intrínsecamente se trataba de un órgano y un documento legal a la vez:

“La creación de la OMC produjo un desdoblamiento del GATT de 1947, el cual era a su vez un tratado internacional y una organización internacional de facto, (...)”³⁷

Siguiendo el pensamiento de la tesis mayoritaria, es tal vez este elemento de la personalidad jurídica clave para comprender el éxito que ha tenido la OMC en el desempeño de sus funciones. El haberle conferido personalidad jurídica a la OMC ha reforzado sus cometidos, pues significa una mayor capacidad a la hora de negociar con otros sujetos de derecho internacional.

“GATT no gozaba de dicha condición jurídica, esta ausencia dificultó su capacidad en la actuación en las relaciones comerciales internacionales, situación ésta que no se presenta con la OMC, consideramos que su personalidad jurídica le ha facilitado entablar relaciones formales tanto con organizaciones no gubernamentales, como gubernamentales Página.”³⁸

Los esfuerzos de la OMC no solo se reflejan en sus potestades de negociación, sino también en las estrategias aplicadas a nivel de resolución de conflictos y el correcto entendimiento de las normas de comercio internacional. La OMC ha realizado esfuerzos por vigilar las políticas comerciales de los países que la integran, con la ejecución de exámenes periódicos que tienen el objetivo de evaluar la transparencia, calidad y efectos de dichas políticas en el sistema de comercio mundial.

Su gestión ha sido generosa al erradicar prácticas anticompetitivas o desleales a nivel internacional, a través de la correcta interpretación de la norma y la consecución de compromisos correctamente estructurados en los tratados de comercio internacional.

³⁷ Op cit. Página 79

³⁸ Op. Cit. Página 178

“Como órgano de examen de las políticas comerciales: ha aumentado la transparencia y comprensión en las políticas y prácticas comerciales y alentando a los miembros a respetar mas las normas, disciplinas y compromisos definidos en los Acuerdos³⁹.”

Las normas del GATT nunca tuvieron una connotación estable, ya que fueron creadas provisionalmente. Esta es la segunda diferencia que tiene la OMC con el Acuerdo. Este último surgió como herramienta previa de aplicación de un organismo que fuera creado en un escenario posterior que se encargara de manera definitiva, a través de decisiones de carácter vinculante, de la vigilancia en el ámbito de comercio internacional.

“El GATT tuvo un carácter ad hoc y provisional. El acuerdo general nunca fue ratificado por los parlamentos de los miembros, y no contenía ninguna disposición sobre la creación de una organización. La OMC y sus acuerdos tienen un carácter permanente. Como organización internacional, la OMC tiene una solida base jurídica porque sus miembros han ratificado los acuerdos de la OMC, y estos estipulan el modo de funcionamiento de la OMC⁴⁰.”

Una tercera diferencia es el ámbito de aplicación de las normas del GATT y la OMC. Inicialmente el GATT se concentró en regular el tráfico de mercancías a nivel internacional. A la OMC le fueron conferidas facultades más amplias para desenvolverse en aspectos de intercambio de servicios y derechos de propiedad industrial.

“Las reglas de la OMC ahora son de aplicación no solo para una quinta parte de la producción mundial que se comercializa sino también aquellos bienes y servicios que no pueden haber sido nunca objeto de comercio internacional. Estas normas se extienden mas allá de medidas fronterizas y tienen un alcance profundo en estructuras legales domesticas. Las regulaciones domesticas relacionadas con patentes, servicios financieros, subsidios y medidas de apoyo para la agricultura son todas disciplinas objeto de la OMC.⁴¹”

³⁹ Op. Cit. Página 185

⁴⁰ Op. Cit. Página 69

⁴¹ Op. Cit.. Página 81

La cuarta y última diferencia de la OMC con su antecedente GATT, es el elaborado sistema de resolución de conflictos al cual se someten las discrepancias suscitadas entre Estados suscriptores de los tratados internacionales que son sujetos a las normas de la OMC. Si bien es cierto, el GATT si establecía un procedimiento para solucionar disputas, carecía de distintos elementos que lo hicieran efectivo, entre ellos, la celeridad en la adopción de soluciones a causa de incertidumbre en sus plazos, y la falta de órganos que generaran seguridad y continuación a los procedimientos entablados para solventar las necesidades de los Estados miembros.

“El acuerdo de la Ronda Uruguay estableció un procedimiento más estructurado, con etapas más claramente definidas. Implanto 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 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, quince 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) puede reducirse el plazo a tres meses⁴².”

“El procedimiento de solución de diferencias de la OMC es más rápido y más automático, y por lo tanto está menos expuesto a ser bloqueado, que el antiguo procedimiento del GATT. La aplicación de las decisiones resultantes de la solución de diferencias de la OMC estará mejor asegurada”⁴³.

La OMC fue habilitada con varios órganos para llevar el procedimiento de resolución de controversias a buen término. Este sistema constituye el logro más grande alcanzado en la Ronda de Uruguay.

Luego de analizar características fundamentales del cuerpo y desenvolvimiento de la OMC, es más fácil comprender el rol que juega en el comercio internacional. De la misma manera,

⁴² Op. Cit.. Página 85

⁴³ Op cit Página 17

el análisis de las principales diferencias entre el originario GATT y ésta, definen por sí solas las metas de dicha institución, y por ende, no deja espacio para dudas sobre los beneficios que ha podido proyectar en un mundo con ansias de superación de catástrofes bélicas. Con su inauguración culmina la época de la institucionalización.

B. Época de la tratadización

Posterior a la época de la institucionalización, el mundo de la post guerra estuvo dedicado a desarrollar estrategias e instrumentos colaboradores de la paz, al amparo del comercio mundial. Parte de las estrategias fue crear una comunidad internacional ligada a textos normativos, en adelante tratados, a los que se sometiera cada Estado voluntariamente, y generaran ventajas económicas a cada uno de los suscriptores.

“Los tratados internacionales constituyen en la era actual, sin lugar a dudas, la «base de la diplomacia mundial», puesto que ayudan a que una sociedad globalizada marcada por intereses contrapuestos en el ámbito económico, político, religioso, militar, cultural, entre otros, pueda convivir conforme a un orden internacional establecido⁴⁴.”

Los tratados constituyen clave importante para reducir la contienda en el ámbito internacional. Dichos acuerdos plasman, además de reglas generales, los intereses de las partes contratantes en aras de contribuir al desarrollo económico de éstas, así como fortalecer otros aspectos de interés, normalmente educación, seguridad, inversión, etc.

Ahora bien, existe una pluralidad de definiciones que pretenden delimitar este término, las cuales no son exclusivas, pues todas son complementarias. De seguido se citan algunas a partir de las cuales se pueden extraer elementos básicos del término.

⁴⁴ Hernández Villalobos, Larys Leiba. Los Tratados internacionales como base de la diplomacia mundial. Disponible en: (http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/22/2_LOS%20TRATADOS%20%20INTERNACIONALES%20COMO%20BASE%20DE%20LA%20DIPLOMACIA%20MUNDI.pdf). Revisado el 15 de abril de 2012. Página 65

*“es un instrumento donde se consignan disposiciones libremente pactadas entre dos o más sujetos de Derecho Internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos”*⁴⁵.

*“es un acuerdo entre sujetos de Derecho de Gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos» (sic)*⁴⁶.”

“La doctrina española define los tratados internacionales como la manifestación concordante de voluntades, imputable a dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos entre las partes, y regida por el ordenamiento jurídico internacional”.⁴⁷”

*“cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, y que está regido por el derecho internacional.”*⁴⁸

*“es un acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más sujetos de Derecho Internacional Público, plasmado en un documento escrito, que se transforma en una norma de derecho para las partes que lo suscriben, con la finalidad de producir efectos jurídicos determinados, o regular determinada situación, ya sea para crear, modificar o extinguir el derecho o las obligaciones existentes entre los mismos”*⁴⁹.

*“es el acuerdo entre dos o más Estados por el que se establece la expresión de su consentimiento común en relación con una conducta mutua. Por este acuerdo se crea una norma que impone obligaciones y confiere derechos a las partes contratantes relativas al comportamiento mutuo acerca del cual están de acuerdo”*⁵⁰.”

Todos los anteriores autores coinciden con los elementos contenidos en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala:

⁴⁵ Antonio Linares, citado ibidem. Página 67

⁴⁶ Rousseau citado ibidem.

⁴⁷ Op.cit.

⁴⁸ M Virally citado en Capítulo V: Tratados Internacionales en Materia Tributaria en México. Disponible en: (http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/garcia_b_ar/capitulo5.pdf). Revisado el 15 de abril de 2012, al ser las 08:52 am. Página 94.

⁴⁹ Op.Cit. Página 69

⁵⁰ Hans Kelsen citado en Varela Quirós, Luis A (1996). Las fuentes del Derecho Internacional. Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá Colombia. Página 18.

“(...) Se entiende por «Tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (...)”.

Aún existiendo definiciones cerradas de lo que implica este vocablo, hay autores que indican que tratado es un término distinto de otras acepciones con las que también se asimila, como bien son -pacto-, -convenio-, -protocolo-, -carta-, etc. Sin embargo, en razón de la esencialidad del elemento del acuerdo, dicha diferencia no es de especial relevancia para el estudio de éstas.

Es posible circunscribir el tratado, entonces, como un acuerdo de carácter escrito, en el cual se pactan reglas de interés para las partes firmantes que en esencia deben ser reconocidas por el Derecho Internacional, sean organismos o Estados, cuyo contenido debe ser cumplido con arreglo a principios de derecho y buena fe, en aras de conseguir prosperidad y cooperación internacional.

De las constantes definiciones que se han desarrollado sobre este concepto, se pueden enlistar las distintas características que explican con mayor profundidad la naturaleza de este concepto.

De conformidad con la terminología antes estudiada, se analizarán de seguido los elementos esenciales de dichas definiciones, y son, básicamente, aspectos de carácter formal como los que adelante se indican.

En primer lugar, se trata de instrumento plasmado en documento escrito, necesariamente a efectos de reforzar esa imagen de carácter vinculante u obligatorio que tiene, que deben ser respetados y aceptados por las partes de éste, de conformidad con la regla *Pacta sunt servanda*, que exige el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales asumidas por un sujeto de derecho internacional.

Se trata de un requisito que enviste al instrumento de un aire solemne por motivos de seguridad, eficacia, armonía y paz de las relaciones internacionales. El documento escrito da fe por sí mismo de su existencia, consecuentemente de la evasión de problemas que puedan derivarse de la interpretación o acceso a éste, le da cierta transparencia.

En dicho texto se contempla la esencia del instrumento, disposiciones libremente pactadas, normativa acordada relevante para la inversión, ya que éstas se vuelven obligación internacional de cada Estado contratante, lo que lleva inmediatamente a la siguiente característica y no es, sino la condición de las partes signatarias.

Un tratado internacional es suscrito entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, es decir, Estados u organizaciones internacionales, en aras de regular determinada situación, modificarla o extinguirla cuando se considere innecesaria o haya imposibilidad de cumplimiento por parte de los Estados miembros.

Ahora, la tercera característica está relacionada al formato en el que se plasma el contenido de los acuerdos. Los tratados internacionales están todos estructurados en un modelo común, compuesto por distintas secciones, las siguientes:

a) *Invocaciones preliminares*: en sus comicios, los tratados iniciaban con una sección en la que se invocaba la divinidad con la cual garantizar la observancia del documento supeditado a creencias religiosas. Sin embargo, en la actualidad dicha apertura ha caído en desuso.

b) *Preámbulo*: esta sección introduce temas y criterios aplicables a la hora de interpretar la integridad del texto. De la misma manera se enuncia quiénes son las partes contratantes y los motivos que movieron a dichas partes a firmar dicho acuerdo, se trata entonces de una

especie de cláusula de antecedente de manera genérica, y se establece el objeto o finalidad que se persigue obtener con el mismo.

c) *Parte sustantiva o dispositiva*: ésta es la parte que trae inmerso el contenido principal, la esencia del tratado mismo. Las disposiciones normativas organizadas desde diferentes capítulos son el verdadero cuerpo del tratado.

d) *Disposiciones finales*: se trata de aquellas normas finales que complementan el tratado, relacionadas por ejemplo con su entrada en vigor, formas de prestación del consentimiento, eventuales disposiciones transitorias o de relación con otros tratados. Normalmente, es en esta sección en donde se estipula el proceso de ratificación.

El desarrollo del tratado, a pesar de su estructura que es absolutamente similar en todos los casos, puede variar, según tipología utilizada. Históricamente, se han realizado múltiples intentos por categorizar los tratados, sin embargo, no hay un criterio uniforme, sino que se han elaborado diversas clasificaciones. Las más importantes son:

i) *De acuerdo al Orden Material*: distintos autores han coincidido en subdividir los tratados, según su estructura jurídica, las obligaciones y derechos que genera el tratado, su objeto y/o función jurídica del mismo. Con arreglo a esta clasificación, se encuentran:

- *Tratados leyes o normativos*: se trata de acuerdos en los que se desarrollan reglas de derecho lícitas para todos los Estados signatarios, quienes tienen un objetivo común, por ejemplo, la paz y armonía de la comunidad internacional. Entre estos se tiene la carta de la ONU, así como los tratados referidos a los derechos humanos, convenios internacionales del trabajo, etc.

También, se les conoce como aquellos acuerdos que generan normas jurídicas de derecho internacional, a raíz del acuerdo de voluntades de múltiples sujetos y algunos Estados

llegan a darles el rango de ley. Desde esta concepción se tiene los Convenios Panamericanos de La Habana, Montevideo y Caracas sobre el Derecho Internacional.

Para comprender estos tratados, es menester el motivo de la suscripción de estos. El texto no está orientado al bienestar individual de cada nación, o a otros beneficios particulares, sino el beneficio de la comunidad internacional en general.

- *Tratados contratos*: Son aquellos acuerdos cuyas disposiciones únicamente son vinculantes para los Estados firmantes, y por lo tanto las obligaciones y derechos contenidos en él atañen únicamente a los interesados.

En esta tipología de los tratados, sus partes sí buscan objetivos y reglas para beneficiarse individualmente, por lo que son considerados como acuerdos subjetivos y tienden a enfocarse en un área de importancia económica para los Estados parte. Algunos autores se refieren a estos como la materialización de un negocio jurídico, por lo que el número de partes contratantes es reducido; el claro ejemplo lo constituyen los tratados bilaterales de inversión o de promoción del comercio.

El contenido de estos acuerdos normalmente incluye una serie de prestaciones y contraprestaciones pactadas entre los sujetos, por ejemplo, el tratamiento arancelario en transacciones de mercancías y servicios internacionales.

ii) De acuerdo con el Orden Formal: esta clasificación obedece al número de partes contratantes que intervienen en el tratado, y en consecuencia se denominan:

- *Tratados bilaterales*: son aquellos acuerdos celebrados únicamente entre las voluntades de dos sujetos del derecho internacional público, se caracterizan generalmente porque las partes tienen un interés específico en la materia regulada por el tratado. A este tipo de tratados también se les conoce como “bipartitos”.

La costumbre internacional ha admitido una nueva modalidad tratándose de las partes que conforman este tipo de tratados, es decir, los tratados bilaterales de inversión, que si bien, serán estudiados con mayor profundidad en el capítulo siguiente, se trata de aquellos instrumentos en los que contrata un Estado receptor de capital con un inversionista o empresa privada, que en principio no es un sujeto de derecho internacional propiamente. Esta tipología tiene sus propias reglas y jurisdicción en caso de suscitarse un conflicto.

- *Tratados multilaterales, multipartitos, plurilaterales o colectivos:* son aquellos acuerdos de voluntades celebrados entre una pluralidad de Estados reconocidos por el Derecho Internacional. Este tipo de acuerdos dan lugar a algunos elementos desprovistos en los acuerdos bilaterales, como las reservas o ciertas formas concretas de manifestación del consentimiento. De igual manera, el proceso de suscripción e interpretación es mucho más complicado en virtud de los múltiples ordenamientos a influir.

iii) De acuerdo con el contenido o materia a la que se refieren: los tratados internacionales pueden concentrarse en diversos temas, según el aspecto por regular podrían dividirse en:

- Tratados de amistad, cooperación y asistencia mutua,
- Tratados fronterizos o de demarcación de límites, cuyo objetivo es definir y precisar los límites y fronteras de los Estados partes;
- Tratados sobre armas nucleares, que buscan regular el armamento y desarme nuclear de los sujetos de la comunidad internacional;
- Tratados destinados a reglamentar la exploración y explotación del espacio aéreo,
- Tratados sobre servicios aéreos (establecimiento de tarifas, funcionamiento, condiciones de las aeronaves, etc.),

- Tratados sobre producción y comercialización de productos agrícolas, los atinentes a regular la materia de seguridad social, los referidos al ramo de las comunicaciones y telecomunicaciones (de gran auge en estos tiempos), a los de cooperación en materia económica, monetaria y financiera, turística, etc.
- Tratados de cooperación técnica y de intercambio cultural, los acuerdos que previenen la evasión fiscal en materia de rentas, los referentes a los privilegios diplomáticos y consulares, a los de establecimiento de relaciones de navegación, los acuerdos sobre la cuarentena (en casos de epidemias)
- Tratados de paz: son aquellos que restablecen las relaciones de derecho una vez finalizado el conflicto bélico y determinan la sanción de las situaciones de hecho creadas por el Estado de beligerancia.
- Tratados de cesión: son aquellos que tienen como objeto la enajenación territorial, sin embargo, en la época actual han caído en desuso.
- Tratados de alianza: instrumento mediante el cual los Estados parte se obligan a obrar conjuntamente para un fin particular, empleando sus fuerzas y recursos; por ejemplo, los convenios que se firman para combatir el narcotráfico o defensa de una nación.
- Tratados de neutralidad: concluidos para declarar la neutralidad absoluta y perpetua de un Estado o para garantizarse, accidental o temporalmente, varias potencias entre sí la neutralidad, ya sea por causa de una guerra o por cualquier otro motivo.
- Por último, de gran importancia para el presente estudio, están los acuerdos referidos al libre comercio. Estos acuerdos son de especial relevancia ya que son aquellos que buscan la promoción e intercambio de bienes y servicios entre los países suscriptores, mediante la supresión o reducción de barreras arancelarias.

En esta última derivación, se encuentran los tratados bilaterales de inversión, que en efecto constituyen instrumento de cooperación a nivel comercial, ya que generan capital y recursos dentro de un país receptor, conteniendo, asimismo, las condiciones y protecciones

necesarias para el movimiento de ese capital, específicamente, para la parte inversora. Los Tratados Bilaterales de Inversión serán atinados posteriormente, con el análisis de lo que constituye este concepto.

iv) Otras clasificaciones. de acuerdo con su duración pueden ser:

- *Tratados transitorios:* son aquellos que tienen una duración determinada, fijada en el texto del propio tratado, y una vez cumplido su objeto, el contenido queda sin efecto.

- *Tratados permanentes:* pretenden regir indefinidamente, sin embargo, los acuerdos internacionales no tienen la obligación de ser perpetuos o indeterminados en cuanto a su duración, debido a que pueden ser extinguidos o modificados por diversas formas, como el acuerdo entre las partes, la denuncia, el cambio de contexto, etc.

Con respecto del procedimiento de suscripción se pueden encontrar:

- *Tratados formales:* acuerdos de voluntades que requieren para su perfeccionamiento de la aprobación de otros órganos del Estado (órganos legislativos) distintos del ejecutivo, y además de ratificación.

- *Acuerdos simplificados:* son aquellos que sólo requieren, para su perfeccionamiento, de la celebración, y por ello no exigen ni aprobación del órgano legislativo, ni de ratificación, es decir, son competencia del poder ejecutivo.

Por último, se señala una distinción que sólo procede en los tratados multilaterales, multipartitos, plurilaterales o colectivos:

- *Tratado abierto*: es aquel acuerdo con el cual pueden adherirse sujetos de derecho internacional distintos de los que han participado originariamente en su formación.
- *Tratado cerrado*: es un acuerdo restringido, en el cual únicamente se obligan las partes que intervienen en su formación, impidiendo la adhesión de terceros sujetos que no intervinieron originariamente en la conclusión del tratado.

Indistintamente del tipo de tratado del que se trate, todos generan deberes y derechos entre sus partes, por lo tanto, se convierte en ley para éstas, y funcionan como reglamentación dentro de la comunidad internacional. Si bien, existen reglas generales protegidas por organismos internacionales, algunos de ellos estudiados en el presente trabajo, su actuación, interpretación y existencia derivan de la creación de todos estos textos.

Con estas dos etapas, se resume claramente la evolución del sistema actual de libre comercio y todos los pasos que se debieron seguir para poner en regla al comercio mundial.

vii. Concepto y delimitación del objeto del DII

El presente estudio se realizará directamente en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones (DII), por lo que es imprescindible dejar claros desde un inicio los conceptos relacionados, a decir, la rama antes citada propiamente, los Tratados Bilaterales de Inversión, la inversión, la responsabilidad internacional y el arbitraje internacional.

Considerando que todos los términos dependen de uno solo, es menester definir desde un primer momento el contenido del Derecho Internacional de las Inversiones.

“El Derecho Internacional de las Inversiones se sitúa como una rama especializada del DIP. Adquiere especificidad por su objeto, que es el tratamiento de la inversión extranjera bajo condiciones similares a la

inversión nacional y la garantía de no sufrir menoscabo en la inversión por causas ajenas a las actividades económicas o comerciales que realiza el inversionista. El Derecho Internacional de las Inversiones participa de los presupuestos fundamentales del DIP⁵¹”.

“El Derecho Internacional de Inversiones consiste en un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión. El desiderátum de ese Derecho ha sido que mediante la protección internacional a la inversión, los inversionistas se sentirían más seguros y en consecuencia atraídos a realizar inversiones en los Estados que se obligaran por esas reglas.

Buena parte de ese Derecho se encuentra consagrado en los Tratados Bilaterales de Inversiones – TBIs o BITs por sus siglas en inglés– y los tratados multilaterales que abordan el tema inversión, ya sea como parte de un tratado de comercio, de manera regional o como uno de los aspectos críticos de inversiones extranjeras, tales como el de las garantías contra riesgo no comercial o el que crea un centro para solución de disputas de inversiones.⁵²”

Se trata, entonces, de una materia no precisamente autónoma, pues encuentra sus raíces en el Derecho Internacional Público. Esta rama se especializa en las relaciones entre Estados, - los sujetos de derecho internacional por excelencia-, con otros Estados y organismos con personalidad jurídica en el mismo ámbito, enfocándose en las reglas aplicables a las inversiones extranjeras, pactadas entre Estados denominados como receptores, y un particular considerado como la parte que aporta la inversión. La protección que recibe un inversionista en un país con normas y condiciones sociopolíticas distintas del país de su nacionalidad, constituye el eje central de esta nueva rama.

Siguiendo los pasos de su antecesor (el Derecho Internacional Público), tiene como principal fuente creadora del Derecho Internacional de las Inversiones, a los tratados

⁵¹ Corrochano Moyano, Luis García. La solución de controversias en el Derecho Internacional de las Inversiones. Disponible en: (<http://www.oas.org/dil/esp/8%20-%20garcia%20corrochano.201-232.pdf>) Revisado el 31 de enero de 2013, al ser las 19:45 horas. Página 208

⁵² García Bolívar, Omar E. Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones. Disponible en: (<http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>). Revisado el 10 de febrero de 2013, al ser las 18: 40 horas. Página 1.

internacionales. Dichos instrumentos conjugan la voluntad de las partes contratantes para resultar en un compendio de derechos y obligaciones que norman las relaciones suscritas, siendo que usualmente intervienen órdenes legislativos diversos. Conforme aumenta la suscripción de estos, proliferan las reglas que cultivan el derecho internacional, y la materia de inversión no es la excepción.

Si bien, hay una vasta nomenclatura de cómo se clasifican los tratados, desglosada en párrafos anteriores, para estos efectos únicamente interesa saber que la inversión extranjera se mueve al amparo de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión, también conocidos, en algunos casos, como Acuerdos de Promoción Recíproca de las Inversiones. Se trata de convenios internacionales celebrados usualmente entre dos partes, o bien, puede celebrarse también un convenio multipartito como lo es el caso del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN o CAFTA, por sus siglas en inglés). Si bien, este último se encuadra dentro de la gama de los acuerdos de libre comercio, dedica todo un capítulo al tratamiento de las inversiones extranjeras.

No fue, sino a finales de la década de los años cincuenta, que los tratados bilaterales de inversión entraron a regir en el plano internacional.

“La firma del Convenio de Washington en 1965 coincide con el comienzo del desarrollo de los TPPI, proporcionando así una cobertura internacional más completa a los derechos de los inversores frente a los Estados receptores de la inversión⁵³”.

En el año 1959, se formaliza el primer TBI entre Alemania y Pakistán. Posteriormente, cobran fuerza en 1990 con la corriente neoliberal, y que a la actualidad se han suscrito en mayor medida. Estadísticamente, en 1989 había 385 tratados de inversión firmados en el mundo; hacia el 2011, se habían incrementado hasta 2.833

⁵³ Gonzalo Quiroga, Marta. Capítulo 5: el sistema arbitral de solución de controversias del CIADI. Programa de cátedra de Banca, Universidad Rey Juan Carlos de España. Disponible en: www.urjc.es/bancaja/formacion/archivos/marta_gonzalo.doc. Revisado el 08 de diciembre de 2013, al ser las 15:30 horas. Página 5.

“En la actualidad, el Derecho Internacional de la Inversión se nutre principalmente de la extensa red de Acuerdos Internacionales de Inversión, sean éstos Tratados Bilaterales de Inversión (TBI o BIT, según sus siglas inglesas) o Capítulos de Inversión en Tratados de Libre Comercio (TLC). Se calcula que a finales de 2008 estaban vigentes 2.676 TBI,2 sin contar los cientos de TLC que tratan el tema de la inversión extranjera. La fuente principal de esta rama del derecho internacional está, pues, dada por los tratados internacionales sobre la materia⁵⁴”.

Costa Rica no es la excepción, el primer TBI suscrito fue en 1982 con Reino Unido, el cual entró en vigencia en nuestro país en noviembre de 1997, y actualmente, el régimen de inversiones lo constituyen 18 TBIs sin perjuicio de aquellos acuerdos de libre comercio que integran en su contenido clausular un capítulo destinado a inversiones.

Los tratados de esta índole tienen como objeto resguardar el capital que se traslada a favor de un Estado para promover el desarrollo económico de dicha nación, mediante la introducción de tecnologías, infraestructura, know how y otros componentes tangibles e intangibles conocidos como inversión. Esta se puede definir entonces como:

“toda clase de bienes” o “todo elemento del activo”, en especial, aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa, tales como la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales como cauciones, hipotecas y prenda; las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación en sociedades, aún las minoritarias o indirectas; los títulos públicos o privados; los derechos de propiedad industrial e intelectual así como también las concesiones otorgadas por ley o por contrato, incluidas aquellas que alcanzan a la prospección, extracción o explotación de recursos naturales⁵⁵.”

“Para el inversionista, la inversión es una forma de maximizar ganancias, expandir mercados, consolidar alianzas estratégicas, desarrollar etapas del proceso productivo o cualquier otra de índole empresarial. Para el

⁵⁴ Burgos, María Angélica- Lozada-Pimiento, Nicolás. La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 243-278 (2009). Disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/09-Laprotecciondiplomatica.pdf. Revisado el 17 de enero de 2013, al ser las 23:30 horas. Página 247.

⁵⁵ Granato, Leonardo. Protección del inversor extranjero e internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2005/lglg-pie.pdf>. Revisado el 06 de enero de 2013, al ser las 10:00 horas. Página 21.

Estado receptor la inversión es una especie dentro de un género, el de fondos útiles para financiar el desarrollo. En ese género estarían también la renta sea de recursos naturales o de tributos, los créditos y la ayuda internacional. En otras palabras, para el Estado receptor de la inversión, la inversión extranjera no es más que un mecanismo de financiamiento del desarrollo, i.e., crecimiento económico, obtener tecnología de avanzada, activar el aparato productivo, crear empleos, disminuir la pobreza, entre otros⁵⁶”.

Cabe recalcar que este ámbito del Derecho se enfoca en los sujetos no contemplados en el esquema del derecho internacional clásico, los individuos y las empresas transnacionales. Busca primordialmente regular las relaciones jurídicas que entablan los Estados con inversionistas, que constituyen ante todo, la definición de un particular, sea sujeto físico o jurídico, al cual se le permiten mecanismos para hacer valer sus derechos ante un posible incumplimiento contractual, como se confirmará luego.

viii. Características

La rama del Derecho Internacional de las Inversiones proviene de aquella categoría superior, cuyo estudio se circunscribe a los actos desarrollados por sujetos con personalidad jurídica internacional. De aquí es posible partir de la primera característica y tal vez la más notable del régimen de inversiones, ligada a las partes intervinientes, mejor dicho su capacidad procesal. La materia gira en torno a la relación jurídica que tienen el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión.

Como bien ya se ha descrito anteriormente, el DII constituye el régimen jurídico para orientar las conductas de un sujeto que tiene los recursos y el capital para invertir en el crecimiento de una nación distinta de su nacionalidad, con el fin de generar un rédito mediante el crecimiento económico del país que recibe los medios.

⁵⁶ Op. Cit. Página 1.

Es importante aclarar, que cuando se habla de parte inversora puede tratarse perfectamente de una persona física como jurídica, no es una posición excluyente, pero su tratamiento sí es complejo en la práctica como se verá más adelante.

El régimen rompe con el esquema de derecho público internacional clásico, al amparar un sujeto no protegido por el espectro internacional. Esto se debe a que el inversionista asume riesgos al someterse a concesiones reguladas en un país en el cual no tuvo injerencia alguna a la hora de decidir sobre normas de aplicación a las concesiones supracitadas, ni así conoció o participó en las circunstancias que hayan llevado al país receptor a tomar dichas medidas. La temporalidad, la expectativa de beneficio - rendimiento y el compromiso o aportación sustancial de capital importante constituyen los riesgos que motivan la protección del inversor en el DII.

“La estabilidad del entorno jurídico y comercial está vinculada directamente con las expectativas justificadas del inversor. El Tribunal reconoce que tales expectativas constituyen un elemento importante del trato justo y equitativo. A la vez, es consciente de sus limitaciones. Para ser protegidas, las expectativas del inversor deben ser legítimas y razonables al momento en que se realizó la inversión¹⁵⁴. La evaluación de la razonabilidad o legitimidad debe tener en cuenta todas las circunstancias, incluidos no sólo los hechos en torno a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor. Además, tales expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado ofreció al inversor y este último debe haberse fundado en ellas cuando decidió invertir¹⁵⁵. (Traducción del Tribunal)⁵⁷”

Lo anterior da paso a la segunda característica, el compendio de conductas que el DII pretende regular. Los tratados bilaterales y multilaterales de inversión contienen un marco regulatorio que impone obligaciones para ambas partes, compromisos que se dirigen en un sentido positivo y otro negativo. El primero, hacer valer los principios internacionales que han sostenido al orden económico internacional, y el segundo, la otra cara de la moneda, es

⁵⁷ Duke Energy c. Ecuador citado en Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Marion Unglaube contra la República de Costa Rica (ICSID Caso No. ARB/08/1). Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1055.pdf>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:49 horas. Página 88.

decir, no contravenir dichos pilares internacionales ni así generar situaciones que vayan a comprometer o a contrarrestar el valor de la inversión realizada, junto a las consecuencias o medidas jurídicas por tomar en caso de faltar a dichas responsabilidades. El caso más frecuente, lo constituye el tema de la expropiación, figura que será profundizada en el aparte siguiente.

Lo anterior, conduce a la última característica del DII, la promoción de discusión y negociación pacífica de conflictos derivados entre sujetos de DII, a través de mecanismos de resolución alterna de conflictos, apropiados para amortiguar la diferencia y mantener resultados positivos para las dos partes.

Cuando hay violaciones importantes que dan paso a un reclamo de esta índole, el particular está legitimado, como excepción a las reglas de la personalidad jurídica de los sujetos de derecho internacional, para actuar y gestionar sus intereses en una sede internacional, como más adelante se especificará.

“Los convenios que estamos estudiando en función de la protección eficaz que brindan al inversor extranjero poseen una particularidad que hemos señalado ya en alguna oportunidad: la de contener mecanismos de solución de controversias en virtud de los cuales el inversor privado puede recurrir al arbitraje internacional para dirimir sus diferendos con el Estado receptor de la inversión. Cuestión que por otra vía sería imposible para el inversor toda vez que ya tenemos dicho que la persona humana no tiene personalidad activa para demandar a un Estado en el plano internacional⁵⁸”.

“A diferencia del régimen jurídico organizado en el DI clásico, donde la escasa aplicación a las personas jurídicas de la protección diplomática y la invocación de la “cláusula Calvo” limitaban la protección de las inversiones extranjeras, en nuestros días se ha conseguido articular progresivamente un procedimiento para la solución de las controversias inversor-Estado en los APPRI.

⁵⁸ Op. Cit. Página 40

Se trata de un procedimiento arbitral de naturaleza internacional y mixta, esto es, que otorga legitimación activa al inversor para solicitar un arbitraje de inversiones contra el Estado receptor a resultas de la violación del APPRI.”⁵⁹

Se está, entonces, ante un proceso que lejos de restringir la participación del actor privado en materia de inversiones, constituye plena manifestación de esa protección garantizada en el plano internacional. Los TBIs catapultan al inversionista para que se acoja a la protección de sus intereses ante una institución supranacional, siendo imposible, si no mediara tal instrumento que lo faculte para acudir a dicha instancia.

Debido a lo anterior, a la hora de negociar el contenido del acuerdo, las partes suscriptoras tienen la oportunidad de seleccionar la vía más oportuna para promover el resguardo de sus intereses en la forma más ágil posible.

Cualquier relación comercial concertada en la comunidad internacional debe negociarse previendo la posibilidad de que se generen diferencias en el curso de los proyectos y obligaciones suscritas. Por ello, en el marco de todo acuerdo debe contemplarse explícitamente los mecanismos con los que se hará frente a las eventuales disputas, con mención de las reglas que sean de importancia sustancial a la hora de promover el procedimiento, si es del caso.

Usualmente, a nivel de divergencias nacionales, genera mayor satisfacción verlos superados a través de mecanismos de resolución alterna de conflictos, es decir, extraños al órgano jurisdiccional, generando así una continuidad en los negocios. Dentro de esas vías de resolución alterna se encuentra el arbitraje, que se define como

⁵⁹ Pascual Vives, Francisco José. El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles. Disponible en: http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&sqi=2&ved=0CFUQFjAH&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3149847.pdf&ei=wdakUoXJM4aPkAfeKYG4Bw&usg=AFQjCNFSw-BuFwvYlpFPNx2n0-R9zDW_uA&bvm=bv.57752919,d.eW0. Revisado el 08 de diciembre de 2013, al ser las 14:30 horas. Página 3.

“una jurisdicción especial, admitida como alternativa al ejercicio de la jurisdicción a través de los órganos del propio Estado, tanto en el orden interno como en el orden internacional;

un desplazamiento de la función jurisdiccional, en sus etapas introductorias y decisoria, desde el Estado hacia ciertos particulares;

mecanismo al cual se puede acudir para resolver en forma definitiva y exigible todas o alguna de las controversias que puedan surgir de una contratación distinto a los tribunales comunes⁶⁰”

Se trata, entonces, de una jurisdicción extraordinaria, de operación local e internacional, que pone término al conflicto mediante una solución vinculante y exigible para la parte vencida, emitida por una parte distinta de un juez de la República, al cual las partes tienden a acudir en sobremanera, por contribuir a la capacidad de diálogo de las distintas empresas y le otorga una mayor competitividad a éstas, diferente al espectro negativo que podría derivar de un mandamiento de índole judicial.

“El comercio mundial no solo demanda respuestas rápidas sino que su acelerada tecnificación ha hecho necesario cada vez más que los conflictos sean resueltos por expertos. Los niveles de exigencia de los mercados y la necesidad requieren que una empresa para ser competitiva no solo cuente con tecnología de punta, los mejores precios, sino que requiere administrar en forma competitiva la gama de conflictos que surgen de su actividad comercial⁶¹”.

De conformidad con la esencia de los principios desarrollados en el capítulo anterior y como estrategia de seguimiento al esquema de cooperación internacional que se ha incentivado en las últimas décadas, los TBIs, según fueron vistos detalladamente en el capítulo precedente constituyen instrumento por excelencia que protege los derechos y obligaciones del inversor extranjero, así como los compromisos asumidos por el Estado Receptor de la inversión.

⁶⁰ Op. Cit. Página 53

⁶¹ Op. Cit. Página 54.

“En este orden de ideas, el Derecho deja de ser una concepción jurídica exclusiva de cada Estado y se convierte en un derecho regulador común de actividades, que, tradicionalmente, estaban bajo la potestad soberana del Estado. La globalización económica ha restringido esa potestad al condicionar, a través de regímenes jurídicos internacionales, su función de legislador y regulador⁶²”.

Cuando los Estados deciden suscribir este tipo de acuerdos, no implica una cesión de la soberanía o una desprotección de la normativa interna, sino que deben garantizar aquellas circunstancias contratadas en el tratado, desde las cuales el inversionista se comprometió a aportar su capital. Como parte de las conductas pactadas dentro del texto del convenio, las partes, sobre todo el inversor tiene derecho a decidir sobre la jurisdicción que más se ajuste a sus intereses a la hora de dirimir un conflicto en razón del incumplimiento de las obligaciones contratadas.

“El derecho de los tratados constituye una necesaria consecuencia del principio de Derecho Internacional –de cuya efectiva vigencia depende en buena medida el óptimo desarrollo de las relaciones internacionales– representado por el aforismo latino “pacta sunt servanda”, que determina que los pactos se hacen para ser cumplidos⁶³”.

Los tratados bilaterales de inversión están estructurados para incluir en su contenido una cláusula alusiva a la jurisdicción acordada para resolver las contiendas. Es en esta cláusula donde se establece si las partes estarán dispuestas o no a someterse a la vía arbitral y los requisitos que deben de cumplir a priori.

La costumbre internacional ha resultado ser la escogencia de la vía arbitral, en virtud de características que se examinarán de inmediato, y que la convierten en el medio idóneo para conservar la confianza de las relaciones internacionales y la calma en un mundo globalizado.

⁶² Op. Cit. Página 7.

⁶³ Varela Quirós, Luis A. Las fuentes del Derecho Internacional. Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá Colombia. 1996.

Según se indicó anteriormente, los conflictos, únicamente, son competencia de un tribunal arbitral internacional cuando así se ha pactado entre las partes. Esta sujeción normalmente se manifiesta a través de una cláusula específica en el tratado. Dicho texto junto con las reglas modelo pactadas posteriormente y en el mismo sentido que el tratado, es aclarativo de los demás derechos y deberes que le corresponden a las partes en razón de los compromisos adquiridos, por lo que es, dicho instrumento, el principal fundamento jurídico del arbitraje por materia de inversiones.

“Dentro del texto de los tratados bilaterales de inversión, se encuentra la norma que remite a la sede arbitral internacional para dirimir contiendas relacionadas. Los derechos derivados de los convenios incluyen la disponibilidad de una jurisdicción neutral, la definición de los derechos del inversor en documentos internacionales y en el Derecho Internacional con preferencia a la ley nacional, y el carácter ejecutorio internacional del laudo⁶⁴”.

Como ya se ha profundizado, este tipo de acuerdos otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional. Podría decirse que este instrumento le otorga capacidad procesal, que de otra manera no tendría en el plano internacional. Dicho estatus le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional, superando de ese modo las limitaciones que le impone el orden jurídico internacional.

*“Por regla general, un particular no se encuentra habilitado para reclamar en la instancia internacional al Estado que haya lesionado algún derecho suyo. Debe recurrir necesariamente ante los órganos competentes de dicho Estado, de conformidad con las reglas establecidas al efecto en su derecho interno”.*⁶⁵

Los TBIs sientan las bases para brindarle legitimación activa al sujeto inversor ante un eventual conflicto, así como la jurisdicción para dirimir éste. Dichos acuerdos le confieren potestades al Estado que de otra manera podrían transgredir el ordenamiento interno. Es en

⁶⁴ Op. Cit. Página 38

⁶⁵ Op. Cit. Página 18

virtud de un interés público que la parte receptora debe realizar ciertas actuaciones para no perjudicar los derechos del inversor pactados mediante contrato, por ejemplo procedimientos administrativos sobre concesiones, nacionalización de ciertas empresas, expropiación de sus bienes, y/o cambios en el régimen aduanero.

En este orden de ideas, los contratos celebrados entre el Estado receptor del capital y el inversor extranjero otorgan la alternativa al inversor extranjero de reclamar en el plano internacional por medio del arbitraje, siendo que ambas partes están sujetas al contenido del instrumento, y el eventual incumplimiento genera responsabilidad internacional, por violación de una obligación internacional.

El arbitraje solo puede disponerse si así ha sido acordado en la cláusula típica de resolución de controversias. Este tipo de tratados tienen la particularidad de seguir una serie de pasos una vez que se ha identificado un problema y que son previos a la constitución de un tribunal arbitral. En este sentido, pueden mencionarse las siguientes fases:

- a) Un período de consulta y negociación;
- b) Un período de espera;
- c) Elección de jurisdicción;
- d) Elección de instituciones o reglas de arbitraje.

Los tratados bilaterales de inversión acostumbran instar a las partes para que se acuerde un arreglo amistoso, a través de la consulta y la negociación. Se promueve entre las partes la discusión pacífica para darle seguimiento al tratado mismo y continuar con el cumplimiento de las demás obligaciones sustanciales.

Puede considerarse, también, como etapa preliminar de un formal arbitraje. Por lo general, se concede un período de tres o seis meses para que las partes consideren si es necesario o no continuar con dicha instancia legal.

Si en la etapa anterior no se logró ningún acuerdo satisfactorio, eso sí, una vez agotado el periodo de espera, se procede a elegir el foro o jurisdicción. La cláusula de jurisdicción estipula comúnmente tres posibles formas de resolución de controversias:

- i) Los tribunales administrativos del Estado parte;
- ii) Arbitraje comercial internacional;
- iii) Cualquier tipo de procedimientos aplicables de solución de controversias previamente acordado

Por las características ya conocidas, la tendencia mayoritaria es escoger el arbitraje internacional, ya que los inversores, así como el Estado del que provienen, concluyen que sus derechos e intereses se protegen en mayor medida recurriendo a la práctica arbitral.

Ahora, la elección de la sede arbitral depende de dos formas alusivas al consentimiento necesario del Estado parte para someterse al proceso arbitral. En la esfera local e internacional, el arbitraje se ampara en el mutuo consentimiento de las partes.

El consentimiento puede otorgarse de manera anticipada, es decir, los Estados parte otorgan de forma expresa un consentimiento genérico por anticipado en el acuerdo de inversión. La otra vía es, otorgarlo hasta que surja la controversia. En la primera categoría, el inversor tiene un derecho al arbitraje; en la segunda se concede ese derecho hasta tanto no medie aceptación expresa del Estado receptor.

La doctrina considera que las formas supracitadas son manifestación expresa de la naturaleza pacífica del arbitraje como medio adecuado para resolver las controversias, ya que los Estados receptores se reservan la prerrogativa para hacer frente a las diferencias en cada caso concreto. Aunque pareciera más bien, bajo el segundo supuesto, que al depender el arbitraje de la aceptación expresa del Estado, el inversor caería en una posición

vulnerable en ocasiones en que el Estado deniegue la sede arbitral y opte por la jurisdicción nacional.

Posterior a las diligencias de aceptación, una vez electo el arbitraje, el paso siguiente es definir la modalidad de dicho foro, si será “no administrado” o “administrado”.

“Existe, en primer lugar, lo que se denomina arbitraje ad hoc, en el que las partes determinan por ellas mismas, sin ayuda de una institución arbitral, como se substanciara el arbitraje. En segundo lugar, está el arbitraje institucional (también denominado arbitraje administrativo), en el que el procedimiento de arbitraje se ejercita con ayuda de una institución arbitral⁶⁶”.

“el arbitraje institucional quiere decir que las partes optan por sustanciar su procedimiento de arbitraje de acuerdo con las normas de una institución arbitral y con la asistencia de esta⁶⁷”.

Con la participación de un determinado centro de arbitraje, se garantizan servicios de supervisión habituales, entre ellos, la puesta en marcha del procedimiento, el establecimiento y supervisión de plazos, decisión acerca de recusaciones y la sustitución de árbitros, supervisar el proceso en general, sobre todo en ausencia de alguna parte, preparar y notificar el laudo, y por último, administrar anticipos sobre costas y pago de árbitros.

El arbitraje **“administrado”** o **“institucional”** es aquel que opera bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que funciona en la sede del Banco Mundial, creado por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, identificado en inglés como International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID).

⁶⁶ Centro de Comercio Internacional. El arbitraje y solución alternativa de conflictos-como solucionar las controversias mercantiles internacionales: El caso de Costa Rica. Disponible en: http://books.google.co.cr/books?id=UfAqAAAAYAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Visitada el 01 de enero de 2013, al ser las 13:00 horas. Página 28

⁶⁷ Op. Cit. Página 43

La creación de este órgano obedece a la despolitización de los medios de resolución de conflictos en materia de inversiones, y surge, así mismo, como una herramienta para procurar la seguridad jurídica ante la necesidad de las partes por acudir a un ente especializado en la materia, en las necesidades de las partes relacionadas con el trasfondo del acuerdo, el beneficio mutuo. Esto ha generado que un número importante de casos se decidan en este foro.

La otra modalidad en estudio es el **arbitraje ad hoc**, mejor conocido como “no administrado” y se desempeña conforme con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), -The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL- en inglés. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional las elaboró mediante la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 11 de diciembre de 1985. El Arbitraje ad hoc, también, se conoce como arbitraje libre, por su informalidad y participación activa de las partes contendientes en la elaboración de normas procesales.

El arbitraje ad hoc es fácilmente modulable. No hay reglamentos determinados, sino que las partes deben detallar las normas de la manera más específica posible. Se cree que el arbitraje ad hoc es más rápido y menos costoso, pero no es así. La falta de supervisión, según se verá más a fondo en una sección posterior, puede generar por el contrario mayores importes.

“una de las ventajas del arbitraje institucional, respecto del arbitraje ad hoc esta precisamente en la experiencia que la continuidad en esa actividad genera en las entidades arbitrales. Además, el respaldo institucional que la soporta garantiza la existencia de reglas claras que han sido puestas a la práctica, listas de árbitros cuya honorabilidad ha sido puesta a prueba, una supervisión de proceso arbitral en todas sus fases. También respalda los laudos dictados no solo con la autoridad y prestigio de los árbitros sino de ella misma”⁶⁸.

⁶⁸ Op. Cit. Página 56

Si bien es cierto, existen innumerables centros que se han creado al amparo de las principales cámaras de comercio del mundo y que han venido desarrollando una enorme experiencia y credibilidad en la administración de arbitrajes y otros medios de solución alterna de conflictos, las reglas del CIADI y CNUDMI son hoy por hoy universalmente aceptadas. Ambas modalidades son perfectamente aplicables en conflictos basados en obligaciones contenidas en tratados bilaterales de inversión, de conformidad con la voluntad de las partes.

En este orden de ideas, se busca incentivar el poder de negociación y competitividad de los países, para que estos se comporten como un bloque, tratándose de una alianza estratégica de enorme importancia para garantizar las posibilidades de desarrollo de todos los miembros posibles.

De la misma manera, se debe promover un equilibrio proporcional entre la efectiva protección al inversor extranjero por parte del Estado receptor, -el cual debe asegurar que dichas actividades se desarrollen al amparo de un ambiente seguro y estable-, y que las concesiones otorgadas a dichos inversionistas no sobrepasen la buena fe y demás principios internacionales.

Los países deben procurar, entonces, un ambiente económico y jurídico atractivo para los inversores extranjeros, conocido en la doctrina como “clima de inversión”. Puede ocurrir que en el proceso de desenvolvimiento de la inversión, se quebrante alguna de las condiciones que entraron a regular ésta. En estos casos, lo mejor es dirimir el conflicto por una vía pacífica, en aras de fortalecer la capacidad de las partes para soportar diferencias a través del diálogo y consenso.

“Aquí es donde los Tratados Bilaterales de Inversión adquieren su verdadera relevancia. Tales acuerdos están destinados a asegurar la

estabilidad y predictibilidad de los marcos jurídicos nacionales respecto de la inversión extranjera directa. Sientan condiciones básicas para el tratamiento de las inversiones y sus inversores que los países receptores de capital no pueden ya modificar unilateralmente, sin incurrir por ello en responsabilidad internacional. (...) Tratan, así, de preservar lo que los países desarrollados consideran el 'equilibrio de los contratos'. Estas cláusulas de estabilidad no comportan enajenación de la soberanía estadual, por cuanto no generan un compromiso absoluto de no modificación –por ejemplo- de la política económica. Simplemente, si así lo decidiese el Estado, las nuevas disposiciones que adoptase en esa materia no serían oponibles al inversor en el ámbito del contrato y – por ende- del tratado marco.⁶⁹”

El arbitraje ha resultado de aplicación generalizada cuando se trata de diferencias relacionadas a lo pactado en un TBI, siendo que sus ventajas son mayores en contraposición a la presión y descontento que generaría el entablar un proceso desde las reglas de un determinado sistema judicial.

Los principales rasgos que hacen del arbitraje un camino más satisfactorio en materia de inversiones serán escudriñados en la sección que sigue, para comprender mejor este concepto y sus alcances en la comunidad interestatal.

Son muchas las ventajas que han motivado a los diferentes partícipes para avocarse al régimen de arbitraje por inversiones, beneficios que guardan relación con características esenciales de este proceso, entre ellas la particularidad de sus partes, el desarrollo no frustrado del proceso, el contenido que se discute en el proceso, y los efectos jurídicos que derivan del acto que pone fin a la diferencia, el laudo.

El arbitraje por inversiones exige, en razón de su objeto, una compensación o solución “*pronta, justa y efectiva*”. El movimiento de capital sustancial comprende un tema complejo, pues a pesar de constituir una oportunidad de financiamiento sobre proyectos

⁶⁹ Op. Cit. Página 14

sociales e industriales, puede tornarse en detonante poderoso de conflictos bélicos si no se lleva a buen término. El arbitraje para las inversiones comprende, entonces, una de las vías con las que se puede esperar una solución en la mayor celeridad e inmediatez. Si alguna de las partes decidiera someterse a la jurisdicción interna del país receptor, caería en desventaja y el tratado perdería su esencia, ya que el sistema judicial acostumbra estar saturado, y los plazos de resolución de un conflicto pueden extenderse hasta durar años.

“El actual balance sobre la situación de la Justicia arroja por resultado que su estado es crítico y que, durante los últimos años se ahondó en los justiciables el sentimiento de falta de seguridad jurídica. La falta de independencia judicial, la manipulación política de los magistrados y de la organización judicial, la escasez presupuestaria, la congestión y sobrecarga de trabajo en todos los fueros y la falta de infraestructura edilicia son algunos de los vicios que alteran el normal desenvolvimiento del Poder Judicial⁷⁰”.

Siendo que el sistema judicial de un Estado está sujeto a grandes polémicas en la actualidad, generando así desconfianza entre sus miembros nacionales inclusive, una importante cantidad de casos de conflicto son sustraídos de la órbita estatal para ser tratados en arbitraje privado, ya que está habilitado para atender a otro tipo de necesidades que la vía judicial conoce.

*“Es indudable que el arbitraje cumple un papel fundamental en la resolución de controversias suscitadas en el ámbito del comercio internacional. (...) es un método de resolución de disputas “menos formal y más comercial”, permitiendo resolverlas dentro de los confines del tipo de comercio de que se trate”.*⁷¹

Es necesario señalar que el arbitraje, por sus métodos y controles para la selección del árbitro, permite una mayor especialización e idoneidad en la persona y/o personas que habrán de resolver, así como la promoción de un proceso neutral. Asimismo, en la medida en que su origen sea un acuerdo privado entre las partes, permite una mayor confidencialidad en el proceso.

⁷⁰ Op. Cit. Página 40

⁷¹ Ibidem. Página 46

Los aspectos antes analizados estimulan la difusión del arbitraje en las relaciones propias del comercio internacional.

El creciente éxito que ha tenido el arbitraje no ha sido sencillo, sino que ha sido resultado de una trayectoria progresiva. El hecho es que el arbitraje es una instancia excepcional, surgida de la voluntad de las partes, está condicionada a que no todo diferendo entre las partes es arbitrable, sino sólo aquellos temas que permiten las leyes y los tratados, según fue analizado exhaustivamente en el presente trabajo.

Es por esto que las reglas de Derecho Internacional de Inversiones han incorporado el arbitraje, como medio de resolución alterna de conflictos, al resguardo y equilibrio de los intereses de ambas partes, ya que el arbitraje es pieza fundamental en el esquema de promoción de paz y comercio mundial.

Cuando se logra confirmar que el inversor es efectivamente privado de sus bienes o derechos, se determina conjuntamente si es posible indemnizar a la parte afectada. La indemnización obedecerá a ciertas características que derivan de la medida que lesionó al inversor, siempre y cuando la intención o la motivación que movió al Gobierno a generar dichas circunstancias no constituyan una causal permitida por el tratado:

1. si es irreversible y de carácter permanente, y
2. si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que su valor económico ha sido neutralizado o destruido.

“El período de aproximadamente veinte años desde la fecha del Decreto de 1978 de la Demandada hasta el inicio del presente arbitraje se vio signado por períodos intermitentes de inactividad e intensos procedimientos legales entre las partes ante los Tribunales de Costa Rica. . . Basta afirmar que cada una de las partes culpa a la otra por la muy extensa demora en la resolución de la cuestión de la

indemnización. Según el Tribunal, la cuestión de la culpa de una u otra de las partes en este aspecto no afecta el resultado del caso y no es necesario que sea abordada por el Tribunal. Lo que es pertinente es que, desde la fecha de la expropiación hasta el inicio del presente procedimiento, el monto de indemnización a pagar por la Propiedad continuaba pendiente de determinación¹¹² (Traducción del Tribunal).⁷²

“la reparación debe, tanto como sea posible, eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, seguramente, habría existido si ese hecho no hubiera sucedido⁷³”

Es importante tener claro, que los actos emanados de la potestad soberana de un Estado y lo pactado en un acuerdo internacional podría coincidir eventualmente, pero no siempre. Hay que recordar que el TBI comprende concesiones al inversor, cuya normativa relevante a nivel local llegue a ser modificada posteriormente en el tiempo. Pero estas nuevas regulaciones no pueden alcanzar al inversionista, si se pactó lo contrario en el acuerdo. El comportamiento de un Estado podría trascender a dos planos paralelos, su actuar en el país puede estar perfectamente conforme a derecho, mientras que a nivel internacional ha transgredido compromisos ya adquiridos.

“La privación o expropiación de la propiedad puede ocurrir en virtud del derecho internacional mediante la interferencia por parte de un estado en el uso de dicha propiedad o el goce de sus beneficios, aun cuando el dominio respecto de la propiedad no se vea afectado. Si bien la asunción de control respecto de la propiedad por parte de un gobierno no justifica una conclusión automática e inmediata de que la propiedad ha sido expropiada por el gobierno y, por lo tanto, requiere indemnización en virtud del derecho internacional, dicha conclusión se justifica toda vez que los sucesos demuestran que el titular fue privado de derechos fundamentales de propiedad y parezca que esta privación no es meramente efímera. La intención del gobierno reviste menor importancia que los efectos de las medidas sobre el titular y la forma de las medidas de control o interferencia reviste menor importancia que la realidad de su impacto⁷⁴.”

⁷² Op. Cit. Página 75

⁷³ The Factory at Chorzów citado ibidem. Página 113

⁷⁴ Op. Cit. Página 76

En síntesis, los casos que son sometidos a los árbitros internacionales buscan resguardar la obligación de no expropiar o nacionalizar en violación del Acuerdo; la obligación de asegurar tratamiento justo y equitativo conforme al derecho internacional; y la obligación de otorgar plena seguridad y protección a las inversiones conforme con el derecho internacional.

ix. Conflictos regulados en el marco del DII: La expropiación

Las conductas achacables usualmente a los Estados en sede internacional se refieren al tema central de la expropiación, que resulte o no a causa de una violación de los principios internacionales ya conocidos.

Sin embargo, no se trata de expropiación en el sentido estricto, -la apropiación de bienes por parte del Estado-, sino que se trata de un sentido más amplio. Dicha situación jurídica ha sido ampliamente dilucidada por la jurisprudencia, así:

“Si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación de facto, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado⁷⁵”.

La jurisprudencia internacional ha logrado definir, cuáles son los niveles de expropiación que se conocen en materia de inversión. De lo anterior se extrae la clasificación formal, que se conoce también como directa, es decir, la transmisión involuntaria del patrimonio de

⁷⁵ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Caso Tecmed contra México (ICSID Caso No. ARB (AF)/00/2). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:55 horas. Página 217.

particulares hacia el Estado; por otro lado, de facto, cuando se realiza la transferencia a favor de terceros, o bien, simplemente la paralización de los bienes sin que el sujeto propietario pueda explotar los mismos. Ahora bien, esta segunda comprende una de las tipologías de la expropiación indirecta:

“Generalmente, se entiende que la expresión «...equivalente a la expropiación... » o « tantamount to expropriation » que se encuentra en el Acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero alude a la llamada « expropiación indirecta » o « creeping », así como a la expropiación de facto aludida más arriba. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. No necesariamente una expropiación de esta naturaleza tiene que manifestarse de forma gradual o creciente – en ese sentido el término creeping alude a un sólo tipo de expropiación indirecta – y puede manifestarse a través de un sólo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, deben diferenciarse los conceptos de creeping expropriation y expropiación de facto, por más que corrientemente se los englobe bajo la noción más amplia de «expropiación indirecta», y que ambas formas de expropiación puedan configurarse a través de una amplia variedad de actos o medidas cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto sólo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente⁷⁶”.

El régimen de inversiones que consta en los tratados, establece aquellos requisitos en los que puede operar una medida de expropiación, que normalmente determinan como forma de proteger al inversionista, la regla de compensación en el caso de que esto suceda. La jurisprudencia defiende dicha conducta al indicar:

“En la actualidad, es generalmente aceptado que la legalidad de una medida de expropiación depende de tres (o cuatro) requisitos. Estos requisitos se encuentran incluidos en la mayoría de los tratados. También se consideran parte del derecho internacional consuetudinario. Estos requisitos deben cumplirse en forma acumulativa:

⁷⁶ Ibidem. Página 217

-La medida debe ser de utilidad pública. Dado el sentido amplio de, utilidad pública", no es sorprendente que este requisito rara vez haya sido cuestionado por el inversor extranjero. Sin embargo, los tribunales arbitrales abordaron efectivamente la relevancia del término y sus límites en algunos casos.

-La medida no debe ser ni arbitraria ni discriminatoria conforme al sentido generalmente aceptado de los términos.

-Algunos tratados requieren expresamente que el procedimiento de expropiación siga los principios del debido proceso.

105. El debido proceso es una expresión del estándar mínimo en virtud del derecho internacional consuetudinario y del requisito de trato justo y equitativo. Por lo tanto, no queda claro si tal cláusula, en el contexto de la norma de expropiación, agrega un requisito independiente a efectos de la legalidad de la expropiación.

-La medida expropiatoria debe estar acompañada de una indemnización inmediata, suficiente y eficaz. En la actualidad, se entiende que la indemnización suficiente equivale al valor de mercado de la inversión expropiada (Traducción del Tribunal).

204. Como se indicara precedentemente, estos requisitos deben cumplirse en forma acumulativa" o la expropiación se considerará violatoria del derecho internacional consuetudinario⁷⁷".

Se debe evaluar en cada conflicto si los actos por parte del Estado constituyen medida equivalente a una expropiación desde los términos del acuerdo respectivo, es decir, si en razón de dichas actuaciones el inversionista es privado de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta hubiesen cesado.

"Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos⁷⁸".

"Existe amplia autoridad sobre la proposición de que una propiedad ha sido expropiada cuando el efecto de las medidas tomadas por el

⁷⁷ Op. Cit. Página 71

⁷⁸ Op. Cit. Página 218

Estado ha sido privar al dueño de su título, posesión o acceso al beneficio y uso económico de su propiedad:

La privación de tomar propiedad puede ocurrir en el Derecho Internacional mediante la interferencia de un Estado en el uso de la propiedad o en el goce de sus beneficios, aun y cuando el título de la propiedad no se vea afectado.

Mientras que se asume del control sobre la propiedad por parte de un gobierno no justifica automática e inmediatamente la conclusión de que la propiedad ha sido tomada por el gobierno, sin embargo requiriendo compensación conforme al derecho internacional, una conclusión debe ser garantizada siempre que los eventos demuestren que el dueño ha sido privado de sus derechos fundamentales de propiedad y no parezca dicha privación como efímera. El intento del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas sobre el dueño, y las formas de las medidas de control o interferencia son menos importantes que la realidad de su impacto (la Traducción no es de su original). ”⁷⁹

Es claro, entonces, que la figura de expropiación que se debate en sede arbitral por inversión adquiere un sentido que trasciende de la simple propiedad mueble o inmueble al aspecto económico, que adquiere sentido al retomarse la definición de inversión.

Siendo que para el DII, la inversión comprende un conjunto de bienes de diversa índole provenientes del patrimonio del inversionista, aprovechados con el fin de obtener un beneficio económico, su correlativa expropiación va orientada en este mismo sentido.

⁷⁹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contra la República de Costa Rica (ICSID Caso No. ARB/96/1). Disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:36 horas. Página 194

x. *Fuentes del DII*

Las fuentes de Derecho, cualquier rama de la que se trate, consisten en aquellos procedimientos, medios, manifestaciones, hechos, y/ o valoraciones con los que esta disciplina se crea, modifica o extingue. En el caso del Derecho Internacional Público, las fuentes provenían usualmente de principios que regían las relaciones entre sujetos de derecho internacional.

Tal y como sucede en otras materias, dichas fuentes surgen a partir de los nuevos retos y situaciones que van generándose en la realidad, no son estáticas, obedecen a una dinamicidad de las relaciones sociales, aun internacionales. Es por esto que ya no se consideran solo los principios de derecho como fuente, sino que los tratados han llegado a alcanzar esta consideración.

“El derecho internacional público es una disciplina de origen consuetudinario, puesto que en sus inicios la fuente primordial de la cual emanaban la mayoría de las normas internacionales que conformaban su contenido era la costumbre internacional. Sin embargo, éste es un derecho provisto de un carácter dinámico y mutable, como resultado de la evolución social, política y económica que experimenta permanentemente la comunidad internacional.

Ha sido este carácter dinámico y progresista el que ha permitido que los tratados internacionales hoy día representen la fuente primordial de esta rama del derecho, puesto que de ellos emergen la gran mayoría de las normas jurídicas internacionales que integran su contenido; (...) ⁸⁰.”

Este carácter de fuente del derecho ha sido expresado así en La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual entró en vigor el 27 de enero de 1980, y actualmente, es uno de los instrumentos más importantes para regular esta materia, y actualmente lo han ratificado 93 Estados. De conformidad con dicho texto, los tratados figuran como una de las

⁸⁰ Trejo García, Elma del Carmen et al (2006). Los Tratados Internacionales como fuente de derecho nacional. Disponible en (<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-01-06.pdf>). Revisado el 15 de abril de 2012, al ser las 13:22 pm. Página 66

fuentes de derecho internacional en razón de su importancia histórica, siendo medios para alcanzar la paz y la cooperación internacional.

Así también, ha sido reconocida explícitamente en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual literalmente dice:

"La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que les sean sometidas, deberá aplicar:

- i. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
- ii. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
- iii. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*
- iv. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, (...)"*. (El resaltado no es del original)

Como consecuencia del carácter de fuente de derecho que revisten los tratados internacionales, de cualquier índole de que se traten, cada uno de los países signatarios debe incorporar dichas normas en su propio ordenamiento interno. Para esto, cada país debe contar con órganos competentes para celebrar, negociar, aprobar y ratificar los tratados internacionales, así como un procedimiento previsto para la conclusión e interpretación de éstos conforme con el derecho propio, definiendo así el orden o jerarquía de aplicación en caso de colisión normativa interna.

Los tratados internacionales, por su naturaleza, no son considerados como fuente del derecho público únicamente por generar efectos entre sus partes y en las leyes internas de cada quien. Dicho carácter va más allá, así como se mencionó antes, se debe más que todo a la función con la que estos nacieron. Constituyen la base de la diplomacia mundial, son la manifestación por excelencia de las voluntades de los Estados que colaboran entre sí dentro de una sociedad globalizada, en la que proliferan intereses contrapuestos, y ayudan y

fortalecen la lucha constante por el mantenimiento de la paz, el orden público y la resolución de conflictos internacionales.

Actualmente, debido a un gran avance en las comunicaciones, la tecnología, la información y la desfronterización de las relaciones comerciales, los tratados adquieren mayor relevancia, pues en ellos radica la conducta que los Estados han previsto para hacer frente a estas nuevas situaciones.

Ya se ha mencionado en capítulos anteriores, una de las fuentes primordiales del derecho internacional, objeto del presente análisis: los tratados internacionales. Sin embargo, hay otras fuentes que merecen ser incluidas en esta sección.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, establecida mediante la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, enlista en su numeral 38 las fuentes por excelencia del derecho internacional;

“Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59⁸¹”.

⁸¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

En contraposición a lo anterior, algunos autores se niegan a reconocer el carácter de fuente del derecho a las decisiones judiciales, bajo el argumento de que dichas sentencias son un elemento de la costumbre internacional y no constituyen por sí solas una fuente autónoma del derecho. Agregan que se trata de una manifestación de derecho, y no una fuente de creación, modificación o extinción de éste.

Sin embargo, la Corte Internacional sí las ha incluido dentro de la nomenclatura, y aunque no se trata de una lista taxativa, está contemplada dentro de las fuentes oficiales para aplicar el derecho internacional, aunque sea en menor rango comparado con las primeras fuentes indicadas.

“Además de las disposiciones del Acuerdo, el Tribunal Arbitral está llamado a resolver las controversias que le sean sometidas conforme a las reglas aplicables del derecho internacional (Título VI.1 del Apéndice del Acuerdo), que el Tribunal Arbitral estima que deben ser ubicadas, al entender en dichas controversias y para decidir las, recurriendo a las fuentes contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹³² y consideradas, aún cuando comprendidas por el derecho internacional consuetudinario, no como cristalizadas en el tiempo, sino en su evolución continuada.⁸²”

Para resolver esta divergencia de criterios, la doctrina ha resuelto una clasificación razonable, desde la cual se consideran dos tipos de fuentes del derecho internacional: las formales y las auxiliares. Dentro de la primera categoría se tienen los acuerdos internacionales, la costumbre y los principios generales, mientras que en la segunda categoría califican la doctrina y las resoluciones internacionales. Estas últimas se definen como:

“los fallos de los tribunales nacionales e internacionales que han señalado normas internacionales. (...) pueden ser invocadas para interpretar el derecho existente, no solo el consuetudinario, sino además el convencional, y que su papel más importante se encuentra en el proceso de formación de una norma consuetudinaria.⁸³”

⁸² I. Brownlie, citado Op. Cit. Página 219

⁸³ Op. Cit. Página 95

“la sentencia valida de un tribunal internacional cuya decisión sirve para dirimir una controversia internacional, es obligatoria para las partes en conflicto como norma individualizada, pero no tiene carácter obligatorio hacia terceros, o para ser aplicada análogamente, a conflictos con características similares.”⁸⁴”

Los laudos arbitrales comparten la misma naturaleza de las sentencias nacionales, poseen el efecto de cosa juzgada material y son de carácter obligatorio para las partes involucradas. En lo único en que estos dos conceptos difieren, es en su fase recursiva y fundamentalmente la autoridad que los emite.

“en el arbitraje, la decisión dictada es definitiva y vinculante para las partes. Está sujeta a reconocimiento judicial y se pueden hacer cumplir contra la parte perdedora que no cumpla los términos del laudo arbitral”⁸⁵”

Ya es conocido que el procedimiento arbitral fenece con el pronunciamiento del laudo, cuyo carácter obligatorio debe ser reconocido por todos los Estados de la comunidad internacional. Para esto, se han creado los mecanismos idóneos para ejecutar estos laudos dentro del territorio nacional respectivo, como si fuera una sentencia firme dictada por un tribunal regular.

“si una de las partes no cumple voluntariamente los términos del laudo arbitral, la parte ganadora tendrá que procurar la ejecución del laudo arbitral contra la parte recalcitrante con el fin de alcanzar el remedio jurídico que se le otorgo. Si bien la inmensa mayoría de los laudos se cumplen de forma voluntaria existe una minoría de casos en los que la parte ganadora ha de emprender un procedimiento de ejecución. Dicho procedimiento consiste en solicitar de un juzgado o tribunal estatal un título ejecutivo (exequátur) para que el laudo se pueda ejecutar de la misma manera que la decisión de un juzgado o tribunal de ese país”⁸⁶”.

⁸⁴Capítulo I: Fuentes de Derecho Internacional. Disponible en: [https://www.redcea.com/.../\(ESP-Manual\)%20Fuentes%20del%20Derecho](https://www.redcea.com/.../(ESP-Manual)%20Fuentes%20del%20Derecho). Revisado el 13 de diciembre de 2013, al ser las 17:10 horas. Página 20.

⁸⁵ Op. Cit. Página 36

⁸⁶ Ibidem. Página 95

El mecanismo para reconocer a nivel local y ejecutar un laudo es lo que se conoce como exequátur, o bien, reconocimiento de fallo extranjero, que se define como:

“El exequátur, es un proceso de carácter sumario de reconocimiento y autorización, cuyo propósito es introducir en determinado ordenamiento, para su respectiva tutela, eficacia, coercitividad y ejecución, uno o varios pronunciamientos dictados por una autoridad jurisdiccional extranjera o por un tribunal arbitral foráneo que entrañan la condición de ser ejecutorios. En otros términos, es el trámite que se prevé en los Tratados y Convenios Internacionales, en los Códigos Procesales Civiles, o en la legislación vigente de cada estado donde deban ejecutarse, para admitir judicialmente la fuerza ejecutoria de esos pronunciamientos⁸⁷”.

Con dicho proceso de reconocimiento, los tribunales nacionales pueden ejercer el control de sentencias extranjeras a efectos de evitar que los compromisos adquiridos internacionalmente no sean burlados o evadidos. Dicha supervisión importa necesariamente una ejecución, siempre y cuando medie una gestión por parte del interesado.

En el caso de Costa Rica, el exequátur está regulado específicamente en el Código Procesal Civil TÍTULO IV relativo a la Eficacia de sentencias y de laudos extranjeros, numerales 705 a 708 y concordantes.

Dicha gestión se resume en la presentación de la solicitud ante la Sala Primera de la Corte, expresando las calidades actuales de los promoventes y parte vencida, que pretende la homologación de la sentencia o pronunciamiento que adjunta, y hacerse acompañar de la respectiva documentación atinente a su solicitud. El documento clave es el laudo que se pretende ejecutar, debidamente legalizado para poder surtir efecto en el país correspondiente, legalizado en sus firmas por parte del cónsul costarricense en el país de su dictado, y por el o la oficial de autenticaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, de

⁸⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Exequátur. Disponible en: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaprimera/divulgacion/exequatur.pdf>. Revisado el 13 de diciembre de 2013, al ser las 17:17 horas. Página 1.

que la firma del citado diplomático es auténtica, acompañado de su traducción oficial en caso de que no se haya emitido en Idioma Español.

Presentada la solicitud, la Sala examinará que todos los requisitos de forma hayan sido cumplidos y analizará si el fallo a homologar es o no contrario al ordenamiento público, o bien, que la pretensión no sea de exclusiva competencia de los tribunales costarricenses.

Se reitera que la competencia de la Sala está supeditada a verificar los requisitos formales de ley para reconocer el laudo, y si éste al ejecutarse podría generar una violación al ordenamiento jurídico interno. Es en virtud de lo anterior, que la Sala no está en la potestad de reabrir la discusión y/o modificar lo ya decidido por parte del panel arbitral extranjero. Si la ejecución resulta admisible, el mismo órgano ejecuta el fallo, esto es que la Sala no lo envía a ningún otro tribunal con tal intención.

Cuando el laudo es contrario a algunas de las normas de orden público del país en donde se pretende ejecutar el laudo, el fallo se califica como “inejecutable”.

“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 laudo⁸⁸”.

⁸⁸ Vásquez, María Fernanda. Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad. Disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_ante_el_ciadi/arbitraje_ante_el_ciadi.asp. Visitada el 10 de agosto de 2012, al ser las 15:00 horas.

Sección Segunda: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Tal y como se indicó en ocasiones anteriores, el resultado de las estrategias internacionales por promover la paz internacional, así como el flujo de recursos que permitieran el auge en los distintos sectores comerciales de las naciones, fue no más y menos que la instauración de entes internacionales que velaran por la apertura económica y solución pasiva de conflictos asociados al comercio.

En atención al mantenimiento del orden internacional, se fortalecieron las reglas internacionales contenidas en instrumentos bilaterales o multilaterales, que conforme con el derecho clásico únicamente podían ser suscritos por sujetos con personalidad jurídica internacional (Estados por excelencia). Con el auge de los TBI, la concepción estricta cedió ante la posibilidad de que un sujeto particular contratara en el plano internacional vía tratado. Por la naturaleza de las partes, se presencia un desequilibrio total en cuanto a las posibilidades de defensa ante controversias relacionadas a la materia, por lo que consuetudinariamente ambos han optado por dirimir las a través de mecanismos alternos, sin dejar de lado que constituyen una jurisdicción adecuada cuando se trata de la participación de nacionalidades diversas.

Se trata de un refuerzo del esquema de neutralidad, por el que se avocó en el periodo de institucionalización y así crear un territorio autónomo en el que los países pudieran presentar sus diferencias y, asimismo, resolverlas con la ayuda de árbitros y conciliadores especializados al efecto.

De esta manera es que se estructuró el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en adelante –CIADI–, como foro imparcial internacional dedicado a resolver diferencias específicamente en materia de derecho internacional de inversión.

i. Naturaleza

El CIADI es una organización internacional creada mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, mejor conocido como el Convenio de Washington, también identificado como Convención del CIADI. Su instauración obedece a la necesidad de forjar una institución con personalidad jurídica, que administrara las diferencias surgidas paralelamente con el auge de los TBI, motivo por el cual fue hasta en 1990, que el Centro empezó a cobrar importancia.

“El Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones, constituido en virtud del Convenio (vid. artículo 1.1), tiene el carácter de organización internacional autónoma (vid. Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 15), gozando de personalidad jurídica internacional, y del status, privilegios e inmunidades propios de las organizaciones internacionales.”⁸⁹

“Así, el CIADI es un órgano permanente, lo que lo diferencia de Tribunales Arbitrales o Comisiones constituidas ad-hoc con un propósito especial o para solucionar una controversia específica.”⁹⁰

Como institución autónoma y permanente, cuenta con normativa propia que rige su operación. El Régimen del CIADI está compuesto por las siguientes disposiciones jurídicas:

- texto del convenio propiamente,

⁸⁹ Claros Alegría, Pedro. Capítulo 4: El sistema el sistema arbitral del centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI).

Disponibleen:http://www.google.co.cr/url?sa=t&trct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.castillofreyre.com%2Fbiblio_arbitraje%2Fvol4%2Fcapitulo24_el_sistema_arbitral_del_centro_internacional_de_arreglo_de_diferencias_relativas_a_inversiones.pdf&ei=X9ikUoatEcOAKQfmjoCYAw&usg=AFQjCNGHeWtUbXhuawApnZaFA0KrSOrNRA&bvm=bv.57752919,d.eW0. Revisado el 08 de diciembre de 2013, al ser las 14:40 horas.

⁹⁰ Ibidem

- Reglamento Administrativo y Financiero,
- Reglas Procesales aplicables a la iniciación de los procedimientos de Conciliación y Arbitraje,
- Reglas de Conciliación,
- Reglas de Arbitraje,
- Reglas del Mecanismo Complementario,
- Derechos, Honorarios y Cargos del Centro (Derechos y Aranceles) actualizados cada año,
- Lista de Estados Contratantes y Signatarios,
- Lista de Árbitros y Conciliadores.

Es necesario recordar que el CIADI fue creado para atender diferencias entre inversionista-Estado, y proporcionar un equilibrio entre el interés de los aportadores de capital extranjeros frente a los receptores de la inversión, constituyendo un foro neutral y ajeno a la regulación interna de ambos Estados que forman parte en el conflicto.

“El objetivo supremo del Centro es promover entre los inversionistas y los Estados un ambiente de mutua confianza que favorezca el flujo de recursos hacia los países en desarrollo en condiciones razonables. Los fundadores del Centro coinciden en que la real protección al inversor está materializada en el carácter voluntario, flexible, rápido y eficaz de este instrumento de solución de conflictos.

El objeto y fin del Convenio CIADI es fomentar los flujos de capital internacional de inversión. El medio para ello es poner a disposición de Estados e inversores un mecanismo de solución de controversias especialmente diseñado para que las disputas que se generen en el contexto de operaciones de inversión extranjera sean resueltas en un marco que combine neutralidad y eficacia.⁹¹”

A medida que los tratados suscritos son ejecutados, podrían presentarse conductas apelables en el marco de la normativa pactada. Para evitar que los conflictos desemboquen en

⁹¹ Suarez Anzorena, Ignacio. Introducción a los requisitos Rationae Materiae y Rationae Personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI. Revista Peruana de Arbitraje N2. Páginas 251-287. 2006. Página 254.

rupturas comerciales severas y el flujo de capital no se vea suspendido, el CIADI administra mecanismos de solución alterna de conflictos, como lo son la conciliación y el arbitraje, destinados a proteger a las dos partes, que en otro ámbito inclinarían la pesa en favor del Estado:

“El Convenio CIADI fue concebido para minimizar el riesgo o percepción de riesgo asociada con el hecho de que en los procesos de inversión extranjera: i) el Estado receptor es parte contractual y/o tiene el poder de interferir con el uso y goce de los activos invertidos mediante el uso de sus prerrogativas soberanas dada la localización territorial de estos y ii) son los tribunales judiciales locales los que, como regla, tienen jurisdicción para resolver las disputas resultantes o para ejecutar laudos extranjeros contra el Estado⁹².”

“El CIADI nació con la intención de estimular las inversiones en el ámbito internacional ante la necesidad de adoptar un foro neutral específicamente diseñado para resolver las controversias en materia de inversiones que diera respuesta adecuada a los intereses tanto de los Estados, receptores de la inversión, como de los particulares o inversores privados. Se trataba así de proporcionar a los inversores extranjeros medios de solución de controversias –principalmente conciliación y arbitraje- a los que pudieran recurrir para reclamar contra el Estado receptor por los daños causados a su inversión⁹³.”

Para atender los asuntos inversionista-Estado, el Centro coordina labores mediante la llamada Secretaría y un Consejo Administrativo, el cual está integrado por un representante de cada Estado contratante, presidido por el Presidente del Banco Mundial.

Este último constituye el órgano directivo, está integrado por un representante de cada uno de los Estados contratantes, ejerciendo cada uno de ellos un voto. Es el Consejo el que adopta los reglamentos y reglas que rigen las actuaciones de los tribunales arbitrales y elige al Secretario General del Centro.

⁹²Op. cit. Página 254

⁹³ Op. Cit. Página 4

Por otro lado, la Secretaría está constituida por un Secretario General, designado como representante legal del Centro y uno o más Secretarios Generales Adjuntos, así como el personal del Centro. Está sujeta a la actuación del Consejo, por lo que sus miembros son electos por éste. Su principal función es registrar las solicitudes de iniciación de los procedimientos y llevar un control de todas las actuaciones que se desarrollen dentro de éstos. Una vez finalizados, ejerce una potestad certificadora ya que puede autenticar los laudos arbitrales dictados y generar copias certificadas de dichas resoluciones.

A grandes rasgos, el CIADI fue facultado para asumir la dirección de mecanismos de solución alterna de conflictos, para lo cual debe de contar con una organización competente para dicha gestión. Actúa en su seno la comisión conciliadora y una lista de árbitros que serán los que integrarán los paneles arbitrales.

Si bien, son dos tipos de mecanismos los que coordina el Centro, para efectos del presente trabajo, se hará énfasis únicamente en los aspectos relacionados al arbitraje

ii. Integración

Cuando se dé camino a una solicitud de arbitraje, y la Secretaría del CIADI determine que ésta es procedente conforme con las reglas del Centro, deberá conformarse entonces, el tribunal arbitral. Dicho panel podrá ser unipersonal, o bien, constituido por un número impar de integrantes, quienes deberán cumplir con perfil específico.

Los árbitros, electos conforme con la lista, o bien, de forma externa, según se indicará más adelante, deberán cumplir con un reconocimiento moral y reconocida competencia en los ámbitos de Derecho, comercio, industria o finanzas, y muy importante contar con imparcialidad de juicio.

Las reglas del Centro se refieren a una serie de métodos con los cuales nombrar a los miembros del tribunal, elaborados en concordancia con los criterios o condiciones específicas que debe reunir un miembro de la lista, para ser nombrado en determinado caso:

- a) Nombramiento por voluntad de las partes: cuando medie consenso, las partes podrán nombrar uno o varios árbitros, con el cuidado de que no predomine una sola nacionalidad entre los mismos. Se admite inclusive el nombramiento de árbitros que no pertenezcan a las listas autorizadas del centro, siempre y cuando los mismos requisitos exigidos a los miembros calificados del CIADI, es decir, competencia reconocida e imparcialidad.
- b) Nombramiento paritario a falta de consenso: Si las partes no llegan a un acuerdo, deberá nombrar entonces, cada parte nombrar un árbitro cuya nacionalidad no coincida con la de su designatario, y habrá un tercer miembro electo de común acuerdo por las partes, que será quien presidirá las sesiones y/o audiencias. La coincidencia de nacionalidad de este último con las partes que lo nombraron no constituirá impedimento alguno, por tratarse de un nombramiento de común acuerdo.
- c) Nombramiento de oficio por parte del Centro: Cuando las partes no se pronuncian del todo sobre el nombramiento o subsiste el desacuerdo a pesar de las soluciones anteriores, el Presidente del Consejo Administrativo nombrará a los integrantes del panel, cuidando que sean de distinta nacionalidad a la de las partes involucradas. Podrá nombrar hasta diez árbitros si así lo considera necesario, todos de nacionalidades diferentes.

El nombramiento de oficio opera una vez transcurridos noventa días desde el envío de la notificación a las partes para que integren el tribunal, para lo cual se le remitirá al Presidente del Consejo Administrativo, a través del Secretario General, la solicitud para que nombre a los árbitros respectivos. Recibida esta solicitud, el Presidente del Consejo Administrativo contará con un plazo de 30 días para definir el panel. En el nombramiento de oficio no se admite la integración de los tribunales arbitrales con miembros externos del Centro.

Una vez constituido el Tribunal, sus árbitros podrán ser recusables cuando se logre demostrar la concurrencia de cualquiera de las siguientes causas:

1. Cuando no se cumpla con el perfil exigido por el Centro,
2. Cuando no se sigan los procedimientos indicados para nombrar a los miembros del Tribunal
3. Cuando se transgredan las reglas de la nacionalidad que procuran garantizar un ambiente equilibrado entre ambas partes del conflicto y los llamados a resolver.

La recusación deberá ampararse en alguna de las causales indicadas, notificando al secretario general. Recibida la comunicación, se suspenderá el proceso y se procederá a votar entre los miembros del tribunal respecto de su imposibilidad, o bien, el presidente resolverá, todo en el término de 30 días desde recibida la solicitud.

Una vez conocida la naturaleza y designación de los tribunales arbitrales del CIADI, se explicarán, a continuación, las restantes reglas desde las que se desarrolla el proceso arbitral propiamente.

iii. Reglas Generales del Arbitraje del CIADI

Son dos los requisitos básicos para poner en marcha el arbitraje ante el CIADI, uno objetivo y otro subjetivo. El primero se remonta a la materia propiamente, un conflicto que se derive directamente de una inversión protegida por un TBI. El segundo está vinculado necesariamente a las partes del conflicto, un Estado y un particular. Estos requisitos los reconoce la doctrina como *rationae materiae* y *rationae personae* respectivamente, regulados en el numeral 25 del convenio de origen:

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

Dentro del aspecto objetivo, la diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación legítima, o la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal. La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado este punto, aludiendo a la teoría de la unidad de la operación, expresando que cualquier asunto accesorio a la inversión forma parte de la competencia arbitral.

“Artículo 46: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro⁹⁴”.

“La Jurisdicción del CIADI viene determinada en el artículo 25 de su Convenio.26 Ante todo, tal y como es consustancial a la institución jurídica del arbitraje, las partes deben haber consentido por escrito a la Jurisdicción del Centro. Pero, a su vez, existe una delimitación

⁹⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Aprobado por Ley número 7332, Publicada en la Gaceta del 16 de abril de 1993.

*objetiva de la Jurisdicción del CIADI: razione materiae («diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión») y razione personae («entre un Estado Contratante [...] y el nacional de otro Estado Contratante»)*⁹⁵

Ahora bien, no es cualquier inversión, se reitera que debe ser una actividad claramente regulada conforme con un TBI, originario entre un Estado y un particular de diversa nacionalidad. Aquí entra en juego el aspecto subjetivo que tiene un tratamiento mayormente complejo al objetivo.

En el caso de las personas físicas, el límite es la doble nacionalidad. Cuando uno de los reclamantes es nacional de un país y a la vez nacional de su parte contrincante, la diferencia no puede resolverse en el centro arbitral CIADI.

“En cuanto a personas físicas, se requiere que la nacionalidad sea establecida en dos momentos importantes: la fecha en que se consintió el arbitraje y la fecha de nacimiento, y no protege a aquellos ciudadanos de doble nacionalidad cuando una de ellas sea la misma del otro estado contratante en el conflicto (...).

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 contratante⁹⁶”.

Ergo, no es admisible el dirimir un conflicto en sede arbitral internacional en el cual participen dos nacionales de un mismo país, en estos supuestos las partes deberán promover las acciones respectivas en un centro arbitral local, o bien, mediante la vía judicial.

Por otra parte, la determinación de la nacionalidad en el caso de personas jurídicas es más problemática en virtud de las nuevas alianzas empresariales, el desarrollo de sucursales y casas matrices alrededor del mundo y las distintas estrategias corporativas transfronterizas.

⁹⁵ Op. Cit. Página 412

⁹⁶ Op. Cit.

Hay muchas situaciones por considerar, como por ejemplo, la nacionalidad de una sociedad, si sus accionistas son en parte personas jurídicas y en parte personas físicas, o bien, en los supuestos en que una persona jurídica se haya incorporado en un país, opere desde un segundo país y sus accionistas sean residentes de un tercer país, la doctrina y la jurisprudencia han optado por utilizar la técnica de levantamiento del velo corporativo o societario, cual es la de determinar la nacionalidad, según lo que se encuentra verdaderamente detrás de la estructura jurídica de la empresa.

La técnica de levantamiento del velo societario consiste en indagar sobre el “control extranjero”, mediante la participación mayoritaria en el capital de la persona jurídica por parte de los socios extranjeros y las facultades de administración que en ella ejercen. El caso que sentó un importante precedente internacional para resolver estos supuestos fue el pronunciamiento final del caso *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* (Bélgica versus España), emitido el 5 de Febrero de 1970 por la Corte Internacional de Justicia; en el cual la empresa Barcelona Traction, debidamente constituida bajo las leyes de jurisdicción de Canadá, llevaba a cabo operaciones comerciales en España, las cuales se vieron afectadas por una interferencia del Gobierno español. El tribunal aplicó la técnica del levantamiento y admitió un reclamo de parte de los socios mayoritarios de Barcelona Traction, de nacionalidad Belga, por haber sufrido un perjuicio directo e irreparable.

“(…) Los actos y omisiones contrarios al derecho internacional atribuibles a los órganos del Estado Español tuvieron el efecto de despojar a la compañía Barcelona Traction de toda su propiedad privándole de todo objeto de su actividad, y por lo tanto considerada como prácticamente desaparecida. (...) Nacionales Belgas, tanto personas naturales como jurídicas, accionistas de Barcelona Traction, que ocupaban una posición mayoritaria y de control, (...) por su cuenta sufrieron de un daño directo e inmediato a sus intereses y derechos, cuyo valor y efectividad fueron anulados⁹⁷.”

⁹⁷ Corte Internacional de Justicia. Laudo para *Barcelona Traction Light and Power Company* contra España. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:55 horas.

Otro de los casos en los que el panel se manifiesta sobre el tema en cuestión, fue el laudo que resuelve el caso Tokios Tokeles versus Ucrania, emitido el 29 de abril del 2004. En este laudo, la demandante era una entidad comercial registrada, según las leyes de Lituania, y sus propietarios eran ciudadanos ucranianos. Una vez iniciado el arbitraje, Ucrania presentó objeciones a la jurisdicción del tribunal CIADI, basándose en que el reclamante no era un inversionista de Lituania, sino que en realidad se trataba de una entidad bajo propiedad y control de ciudadanos ucranianos, y que siendo un inversionista ucraniano en Ucrania, la divergencia escapaba de la competencia del panel. Así, en virtud del fundamento aportado por el Estado demandado, solicitó al tribunal que “penetrara el velo corporativo”, y determinara su nacionalidad, de conformidad con la de su accionista predominante o al criterio del control.

Al efecto, el panel se manifiesta sobre la aplicación de la teoría del velo societario, y en los supuestos en los cuales se admite, desde el criterio compartido en el mismo caso de Barcelona Traction:

“El caso de referencia, en este sentido, es Barcelona Traction. En ese caso, la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”), declaró: “el proceso de levantamiento del velo, al ser excepcional admitido por el derecho interno en relación con una institución de su propia creación, es igualmente admisible a jugar un papel similar en el derecho internacional. ” En particular, la Corte señaló que” el tema ya ha sido abordado por la practica sobre cuando en el derecho interno se indica que el velo sea levantado, por ejemplo, para prevenir el mal uso de los privilegios de la personalidad jurídica, al igual que en ciertos casos de fraude o malversación, para proteger a terceras personas, como un acreedor o adquirente, o para impedir la evasión de los requisitos legales o de las obligaciones⁹⁸. ”

⁹⁸ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Tokios Tokeles contra Ucrania (ICSID Caso No. ARB/02/18). Disponible en: http://italaw.com/documents/Tokios-Jurisdiction_000.pdf. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:55 horas.

En síntesis, a la hora de delimitar un conflicto entre un Estado y un nacional de otro que se encuentre desde un esquema corporativo, los paneles deberán estudiar si procede o no la técnica en el caso concreto, que dependerá de actos que demuestren que la actividad de la empresa ha incurrido en mala fe.

Agotados los supuestos objetivo y subjetivo, el arbitraje administrado por el CIADI inicia a solicitud de parte, sea el inversor, o bien, Estado receptor. Dicha solicitud deberá contener expresamente la situación específica que se pretende dirimir, plena identificación de las partes y el consentimiento de ambas para someter el caso vía arbitral y deberá ir acompañada del pago respectivo de aranceles, que, en la actualidad, asciende a la suma de \$25.000, moneda de curso legal de los Estados Unidos de América. Dicha petición es dirigida al Secretario General, quien analizará la procedencia o no del caso, según los requisitos preliminares de *rationae personae* y *rationae materiae* ya mencionados. Si en efecto es admitida, se registrará y se notificará dicho acto, de la misma manera se notificará en el evento de que el CIADI no tenga competencia sobre el asunto.

Definida la procedencia del conflicto en sede del Centro, lo siguiente es nombrar al panel que resolverá la diferencia, conforme con los mecanismos establecidos por las reglas del convenio. Una vez que las partes han sido notificadas sobre el curso del proceso, deberán indicar al Centro si el TBI regulaba de previo la integración de sus paneles arbitrales y entregar la propuesta de integración, caso contrario, la parte que puso en marcha el sistema CIADI deberá generar una propuesta de integración del panel especificando el método de elección y remitirla a su contraparte en el plazo de diez días, y ésta a su vez, deberá manifestarse en el plazo de veinte días, sobre el rechazo o aprobación de lo planteado, remitiendo, asimismo, su parecer a la Secretaría. Este periodo de nominación no puede exceder de sesenta días, contados a partir de recibida la notificación de registro del proceso.

Constituido el tribunal arbitral respectivo, es imprescindible tener claro el aspecto del derecho aplicable a la hora de dirimir el conflicto, el cual las partes pueden delimitar en la

misma cláusula del tratado en la cual se someten las diferencias al arbitraje del CIADI. Con esto se pretende fomentar el llamado principio de la autonomía de la voluntad de las partes, para que sean éstas las que elijan el derecho aplicable a su relación. Las reglas del Centro, también, proveen una solución para aquellos casos en los que las partes no logran ponerse de acuerdo sobre este punto:

“Artículo 42: 1° 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.

2.° El tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

3.° 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 bono⁹⁹”.

El CIADI dispone, entonces, de tres escenarios legales para resolver el conflicto, apelando una vez más a la autonomía de las partes; el panel deberá aplicar en el siguiente orden, las reglas de derecho o ex aequo et bono, según lo acuerden las partes, o bien, el régimen de derecho del país receptor, en cualquier caso estarán obligados a dictar la resolución respectiva con el debido fundamento legal.

El artículo cuando dispone que el tribunal podrá resolver *ex aequo et bono*, quiere decir que se decidirá conforme con las reglas de la lógica y la justicia, de acuerdo con equidad sin necesidad de determinarse el derecho aplicable, eso sí, sin violar el debido proceso. La doctrina se refiere en estos términos al árbitro como amigable componedor:

“la amigable composición posee la ventaja de permitir al árbitro ignorar las normas que parezcan demasiado rígidas o injustas en un caso concreto. En la amigable composición se concede al

⁹⁹ Op. Cit.

árbitro cierta flexibilidad para que pueda dictar una decisión más acorde con las voluntad de las partes, sin que disponga de la facultad de volver a redactar el contrato mediante la creación de nuevas obligaciones¹⁰⁰ (sic).”

Desde las reglas procedimentales de la institución y con aplicación de las normas de fondo acordadas, el paso siguiente es la escogencia del lugar donde se desenvolverá la comparecencia, la recepción de pruebas y final votación para efectos del laudo. El proceso arbitral podrá llevarse a cabo en:

- 1) La sede oficial del CIADI en Washington;
- 2) fuera de la sede del Centro, si las partes así lo acuerdan, en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje; o
- 3) en la de cualquier otra institución apropiada con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo para tal efecto.

Definidos los miembros, la ley aplicable y el lugar, el panel deberá sesionar por primera vez, en el plazo de 60 días. Esta y las demás sesiones serán convocadas por el Presidente, quien presidirá éstas. Es importante aclarar que los acuerdos del tribunal se toman por mayoría de votos y no necesariamente presenciales. Las reglas del CIADI admiten el voto por correspondencia, siempre y cuando lo decidido sea certificado por el tribunal.

En la primera sesión, las partes deberán manifestarle al Presidente su criterio respecto de las siguientes reglas procesales:

- (a) el número de miembros del Tribunal necesario para constituir quórum en sus reuniones;
- (b) el idioma o los idiomas que han de utilizarse en el procedimiento. El Centro se maneja conforme con tres idiomas oficiales: español, francés e inglés. Si las partes acuerdan que el proceso se desenvolverá en un idioma distinto, el panel lo someterá a su aprobación luego de haber sido consultado a la Secretaría. A falta de consenso, cada parte podrá escoger un

¹⁰⁰ Op. Cit. Página 123.

idioma, para lo cual se admitirán escritos en cualquiera de los dos idiomas, y las sesiones deberán ser interpretadas y traducidas cuando así sea requerido. Todo lo anotado en actas, y el laudo final deberá ser redactado en ambos idiomas, en versiones idénticas.

- (c) los plazos dentro de los cuales se deben presentar los escritos (así como la determinación de cuales serán dichos escritos);
- (d) exención del procedimiento escrito u oral;
- (e) la manera como han de prorratearse las costas del procedimiento; y
- (f) la forma como se levantará acta de todas las audiencias.

Es entendible que los miembros de panel deberán conducir el proceso con discreción y confidencialidad en lo documentado. Sin embargo, esta obligación solo se ha delimitado en cuanto a los decisores, sin vincular a las partes. Ahora, por preservar el objeto del proceso, los miembros del panel podrían avocar a las partes, para que reduzcan al máximo la publicidad que le den al proceso, en aras de proteger sus intereses y evitar perjuicios mayores.

“Queda no obstante una pregunta acerca de si existe algún principio general de confidencialidad que operaría para prohibir la discusión pública del procedimiento de arbitraje por cualquiera de las partes. Ni el TLCAN ni las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI contienen restricción expresa alguna sobre la libertad de las partes a este respecto. Aunque frecuentemente se dice que una de las razones de recurrir al arbitraje es la de evitar la publicidad, al menos que el acuerdo de las partes incorpore tal limitación, cada una de ellas está aún en libertad de hablar públicamente del arbitraje. (...). En efecto, como ha sido señalado por la parte demandante en sus comentarios, bajo las leyes sobre valores comerciados de los Estados Unidos de América, la parte demandante como una compañía abierta cuyos valores se comercian en un mercado de valores público en los Estados Unidos de América, se encuentra bajo un deber positivo de proporcionar cierta información acerca de sus actividades a sus accionistas, especialmente en lo que concierne al hecho de estar involucrada en un proceso cuyo resultado podrá quizás afectar el valor de sus acciones en forma significativa. (...) Dicho lo anterior, aún le parece al Tribunal que

sería ventajoso para el desenvolvimiento ordenado del proceso arbitral, y conducente a la mantención de relaciones de trabajo entre las Partes si durante el procedimiento ambas hubieran de limitar la discusión pública del caso a lo mínimo, sujeta a cualquier obligación de emisión de información externamente impuesta por la cual cualquiera de ellas pueda estar jurídicamente vinculada.¹⁰¹”

En el curso del proceso, podrán entablarse procedimientos especiales contemplados en el convenio del CIADI, para asegurar las inversiones objeto del procedimiento, o bien, evacuar la prueba relacionada.

Las medidas de salvaguarda denominadas medidas provisionales, son equivalentes a las gestiones que en procesos ordinarios se conocen como “medidas cautelares”. Las partes pueden solicitarlas durante cualquier etapa una vez establecido el proceso de arbitraje. Aun sin la instancia de parte, el Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de dichas medidas, o recomendar medidas distintas de las gestionadas por la parte.

Las medidas provisionales se suelen dictar antes de pronunciar el laudo, pudiendo tratarse de:

- órdenes que exijan a una de las partes que permita el acceso a las instalaciones para inspeccionar mercancías, bienes, o documentos concretos;
- medidas para evitar pérdidas o daños y
- medidas para facilitar el posterior cumplimiento del laudo como el embargo de bienes.

Asimismo, en cualquier etapa del proceso, el panel podrá prevenir a las partes para que aporten documentos, testigos y peritos. La particularidad a la hora de recabar la prueba en el proceso arbitral dirigido por el CIADI radica en que el panel podrá decidir si dentro de la recepción de prueba, admitirá visitas a aquellos lugares pertinentes relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él. Las partes podrán participar en dichas visitas,

¹⁰¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso Metalclad Corp. v. México, No. ARB (AF)/97/1, Laudo (30 de agosto del 2000). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/> Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:55 horas.

sin embargo, para proceder con éstas, deberá el panel emitir una resolución de previo, en la que indicarán sus miembros el objeto de las indagaciones, el plazo, y ulteriores detalles.

Otro de los procedimientos especiales lo constituye la inclusión de una tercera parte, sea una persona física o institución, pero que no se adherirá al proceso, no será parte propiamente en la diferencia. A esto se debe su denominación de “parte no contendiente”. Se tratará de un interviniente con calidad de prueba, con motivo de remitir al tribunal un reporte escrito referente a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia, como es visible la participación de Estados Unidos y Canadá en el caso Metalclad:

“(…) Canadá presentó, el 28 de julio de 1999, un escrito al Tribunal. Aunque Canadá no tiene ningún interés jurídico específico en la controversia objeto del presente caso, el escrito se refirió al artículo 1110 del TLCAN, relacionado con expropiación e indemnización. Específicamente, Canadá rechazó la sugerencia de Metalclad de que el citado artículo 1110 del TLCAN provenga de una codificación de la posición de los Estados Unidos de América acerca de las normas de derecho internacional en materia de expropiación e indemnización. (...)”

Según lo establece el artículo 1128 del TLCAN, los Estados Unidos presentaron, el 9 de noviembre de 1999, un escrito al Tribunal. Aunque los Estados Unidos no tienen ningún interés jurídico específico en la controversia objeto del presente caso, el escrito establece la posición de los Estados Unidos respecto a que las acciones de gobiernos locales, incluyendo municipalidades, están sujetas a los estándares del TLCAN.¹⁰²”

Podría decirse que se está ante una especie de testigo, que se admitirá solo en aquellos casos en que su actuación no genere ninguno de los siguientes perjuicios:

1. Perturbe el procedimiento,
2. Genere una carga indebida,
3. Perjudique injustamente a cualquiera de las partes,

¹⁰² Op. Cit.

4. Impida el acceso al derecho de defensa de ambas partes, para que presenten al panel sus observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.

Otro de los procedimientos subsecuentes al proceso principal, es la **demanda incidental** o adicional o una reconvencción que se relacione directamente con la diferencia. Esta podrá someterse únicamente a conocimiento del panel si las partes lo consintieron desde un inicio y sea competente el CIADI para conocer.

A diferencia de los anteriores, la demanda incidental debe presentarse a más tardar en la réplica, y toda reconvencción a más tardar en el escrito de contestación, a menos que el Panel autorice su presentación en una etapa distinta en virtud de la justificación que ofrezca la parte promovente. El panel deberá señalar, además un plazo para que la contraparte se pronuncie sobre dicha demanda, indicando las objeciones pertinentes que se remitirán al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para presentar la contestación. En cuanto se oponga formalmente una excepción de este tipo, el Panel decidirá si suspende el procedimiento sobre el fondo de la cuestión, pronunciándose sobre la excepción como un asunto preliminar, o bien, conjuntamente con el fondo de la diferencia. Si el Tribunal decidiere que la diferencia no alcanza su fuero de competencia, dictará un laudo y se declarará cerrado el procedimiento. En determinados casos el panel podrá reabrir el procedimiento, siendo que sea necesario aclarar ciertos puntos, o dicho procedimiento constituya un factor decisivo.

Debatidos todos los puntos de interés en el proceso, y agotadas las actuaciones procesales antes descritas, el proceso normalmente finaliza con el dictado del laudo. Sin embargo, el convenio de Washington contempla dentro de sus reglas aquellas formas anormales o anticipadas para cerrar el proceso de arbitraje. Tales son:

- a. Por consentimiento de las partes: si las partes acuerdan antes de dictado el laudo, en resolver el conflicto de amistosa manera, pueden poner término al procedimiento,

solicitándolo al Panel si ya se ha constituido, o bien, al Secretario General si no se ha constituido en cuyo caso se dejará constancia en una resolución de la terminación del procedimiento. Si las partes le presentan al Secretario General la propuesta de avenimiento debidamente firmada y solicitan por escrito al Tribunal que incorpore dicho avenimiento en un laudo, el Panel estará en la facultad de hacerlo.

- b. Terminación a solicitud de una de las partes: si una de las partes solicita que se ponga término al procedimiento, el Tribunal, o el Secretario General (en los casos en que no se ha nombrado el panel) fijará mediante resolución el plazo dentro del cual la otra parte podrá oponerse a la terminación. Si no hay oposiciones, se presumirá el consentimiento de la otra parte y el tribunal o la Secretaría dejarán constancia de la terminación del procedimiento. Si se formula alguna objeción se continuará con el curso normal del procedimiento.

Dentro de la terminación a solicitud de parte, se incluye la conducta de una parte que no comparece a las sesiones y audiencias requeridas por el Panel, y/o dejare de ejercer sus derechos en cualquier etapa del procedimiento. Cuando una de las partes entra en estado de rebeldía, la otra parte podrá, en cualquier momento antes de la terminación regular del procedimiento, pedirle al Tribunal que dicte el laudo respecto de las cuestiones ya debatidas. Antes de dictar dicho laudo, el panel deberá notificarle a la parte rebelde de la situación procesal en que se encuentra, y podrá considerar, si nota buena fe de la parte rebelde, el otorgarle un período de gracia, para que complete las actuaciones dejadas de presentar y/o comparecer, máximo de 60 días, salvo que la otra parte consienta un plazo mayor. Superado el plazo y en ausencia de cualquier manifestación de la parte notificada, el panel evaluará si procede la terminación conforme con los hechos y derecho ya evacuados, y no partiendo de que la ausencia de actuación de la parte faltante se presuma allanamiento o consentimiento de los hechos.

- c. Terminación por abandono de la instancia: si alguna de las partes deja de intervenir en el procedimiento durante seis meses consecutivos u otro plazo previamente acordado, con aprobación del Tribunal o del Secretario General, según se ha analizado, se dejará constancia en una resolución de dicha terminación.

Cuando no se cumple ninguno de los escenarios anteriores, éste culmina con el dictado de la resolución que pone fin al procedimiento, esto es el laudo:

“el laudo arbitral es la decisión pronunciada por el tribunal arbitral que determina definitivamente las cuestiones a él sometidas. El tribunal arbitral puede ora decidir todas las cuestiones en un solo laudo, ora dictar uno o más laudos parciales o provisionales antes de pronunciar el laudo final. (...) El laudo final es el laudo que soluciona definitivamente todas las cuestiones que se sometieron al tribunal arbitral. Tiene un efecto de cosa juzgada entre las partes. (...) Una vez pronunciado el laudo, el tribunal arbitral quedara functus officio (descargado de sus deberes) dado que ha concluido su misión¹⁰³”.

El laudo es una resolución formal, deberá seguir la regla alusiva al formato de resoluciones que se dicten en el íter del procedimiento:

- Elaborarse por escrito junto con las firmas de los miembros del panel que hayan votado en favor del laudo, dentro de ciento veinte días después del cierre del procedimiento, si no se pudiera formular en este término, el panel podrá ampliar el plazo por sesenta días más.
- Incluir la identificación de las partes promoventes; la declaración de que el Panel ha sido constituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, y una descripción del método de su constitución; los nombres de los integrantes del Panel, y descripción de la forma como fueron designados; los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes; las fechas y lugares donde sesionó el Panel, así

¹⁰³ Op. Cit. Página 93

como las audiencias desarrolladas; un resumen del procedimiento; un resumen de los hechos debatidos; un análisis exhaustivo sobre todas las pretensiones que hayan sido sometidas al panel junto con la motivación respectiva, así como el fundamento jurídico; y la decisión del Tribunal sobre las costas procesales.

- Al lado de las firmas de los integrantes del panel, deberá indicarse la fecha cuando cada miembro plasmo su rúbrica.
- Cualquier miembro del panel podrá adjuntar al laudo su criterio, mayoritario o minoritario, en este último caso podrá adjuntar, además una declaración relacionada a su disentimiento cuando lo haya.

El laudo emitido conforme con derecho deberá remitirse inmediatamente al Secretario General, quien lo autenticará y lo depositará en los archivos del Centro, junto con las opiniones individuales y declaraciones anexadas. Acto seguido, enviará una copia certificada del laudo junto con los documentos adjuntos a cada una de las partes, indicando la fecha del envío en el texto original y en todas las copias. El Convenio es claro en establecer que se considerará que el laudo ha sido dictado en la fecha cuando se hayan despachado las copias certificadas. El Secretario General podrá generar a solicitud de parte, las copias certificadas adicionales del laudo.

Una vez que las partes reciben el laudo oficial, podrán gestionar durante el término de cuarenta y cinco días, que el Panel rectifique el laudo con motivo de información errónea. Siendo éste un plazo perentorio, es decir, rechazará el registro de la solicitud que ingrese posterior al término establecido e informará de inmediato de lo anterior a la parte que haya presentado tal solicitud. Asimismo, no procederá la solicitud de rectificación si la solicitud pretende modificar consistentemente el fallo.

Dicha solicitud de rectificación deberá ser presentada por escrito al Secretario General, y deberá indicar en el texto lo siguiente:

- (a) plena identificación del laudo de que se trata;

- (b) fecha de la solicitud;
- (c) Detalle de aquellos asuntos que la parte considere en que el Panel fue omiso en el laudo, y/ o todo error en el laudo que la parte solicitante pida que se rectifique.
- (d) Adjuntar el pago de aranceles por la rectificación, equivalente en la actualidad a la suma de \$10.000, moneda de curso legal de los Estados Unidos de América.

Una vez completas las condiciones anteriores, el Secretario General registrará la solicitud, notificará a las partes el acto de registro, luego enviará a la otra parte una copia de la solicitud y de todos los documentos anexos y por último, enviará a cada uno de los miembros del panel arbitral una copia de la notificación del acto de registro, junto con una copia de la solicitud y de todos los documentos que la acompañan.

Recibida la comunicación por el panel, el Presidente consultará a los demás miembros acerca de la necesidad de que el Tribunal se reúna para considerar la solicitud. El Tribunal fijará un plazo para que las partes presenten sus observaciones sobre la solicitud y determinará qué procedimiento deberá seguirse para considerar lo pedido.

Además de la rectificación, las partes están facultadas para pedir la aclaración, revisión y anulación del laudo, conforme con las reglas del convenio de Washington. Básicamente, la solicitud deberá presentarse al Secretario General indicando el laudo de que se trata y la fecha de la solicitud, cancelando los mismos derechos citados para el caso de la rectificación. Dependiendo del tipo de solicitud, los requisitos específicos son los siguientes:

1. Solicitud de aclaración o interpretación: la parte interesada debe detallar los puntos precisos sobre los cuales hay duda, con el cuidado de que no se esté buscando un nuevo laudo que generará el rechazo de la misma.

2. Solicitud de revisión: la parte deberá hacer del conocimiento del panel, sobre hechos que no se conocían en el momento del dictado del laudo, y afectan el resultado del mismo. Deberá demostrar asimismo, que dichos hechos no se conocieron previamente por negligencia suya. El Panel deberá manifestar, si la procedencia de la solicitud suspenderá la ejecución del laudo o no. Para presentar esta gestión, la parte tendrá únicamente los noventa días posteriores al conocimiento del nuevo hecho y en cualquier caso dentro de los tres años siguientes a la fecha cuando se hubiera dictado el laudo.

3. Solicitud de anulación: la parte deberá alegar la causal en que se funda, en el plazo de ciento veinte días después de la fecha cuando se dictó el laudo, conforme con las enlistadas en el numeral 52 del convenio de origen, a decir:

- El panel no fue constituido conforme con los métodos legales,
- El panel excedió sus atribuciones,
- Que hubo corrupción de parte de un miembro del panel,
- Que hubo una violación al debido proceso,
- Que el laudo no fue debidamente motivado y/o fundamentado.

Una vez recibida la solicitud correspondiente, el Secretario General informará nuevamente a las partes del acto de registro; y enviará a la otra parte una copia de la solicitud y de cualquier documento que se haya adjuntado. Podrá denegar las solicitudes respectivamente si se presentan luego de expirado el periodo para gestionarlas.

El Secretario General, como de costumbre, deberá enviar a cada miembro del Tribunal original una copia de la notificación del acto de registro, junto con una copia de la solicitud y de cualquier documento que la acompañe. Adicionalmente, deberá coordinar con los miembros del panel, dentro de un plazo determinado para verificar si están dispuestos a participar en la consideración de la solicitud. Si todos los miembros están anuentes, se

reconstituirá el Tribunal. Si no mediara consenso, se nombrará un nuevo Tribunal, conforme con la cantidad de integrantes y método de elección del panel inicial.

Si es el procedimiento de anulación el que continúa, una vez registrada la solicitud, el Secretario General le solicitará al Presidente del Consejo Administrativo que nombre un Comité ad hoc, constituido formalmente a partir de la fecha cuando el Secretario General notifique a las partes que todos sus miembros han aceptado su nombramiento.

Trátase de aclaración, revisión o anulación de un laudo podrá, en la misma solicitud o antes de resuelta ésta podrá pedir la suspensión de la ejecución del laudo, de manera total o parcial. El Panel o Comité considerarán dicha solicitud y si es acogida, el Secretario General notificará a ambas partes. Constituidos el Tribunal o Comité, deberá pronunciarse en el plazo de treinta días si debe mantenerse el efecto suspensivo, o bien, se la levantará automáticamente. Todas las suspensiones terminarán automáticamente en la fecha cuando se dicte una decisión final sobre la solicitud, salvo que el Comité decrete la nulidad parcial de un laudo y conjuntamente ordene la suspensión temporal de la ejecución de la parte no anulada. En todo momento, el comité o el panel darán oportunidad a las partes para que éstas se pronuncien sobre lo gestionado.

Si el Comité anulare parcial o totalmente un laudo, cada parte podrá requerir que se someta la diferencia a un nuevo panel arbitral, incluyendo la misma cantidad de árbitros, y nombrados conforme con el mismo método en que fue nombrado el panel inicial. Claro está, si es solo una parte del laudo la que se anula, el segundo panel constituido no puede entrar a reconsiderar lo no anulado, aunque sí podrá suspender o mantener la suspensión de la ejecución de de dicha parte valida hasta la fecha cuando dicte su propio laudo.

De esta manera se sintetizan las diligencias preliminares y el desarrollo del proceso de arbitraje CIADI, en todas sus etapas.

iv. Contexto histórico en el que Costa Rica suscribió el Convenio

Costa Rica suscribió el Convenio del CIADI el 29 de septiembre de 1981, pero lo ratificó en fecha del 27 de abril de 1993, entrando en vigencia un mes después. Fue publicado como Decreto Legislativo número 7332 “Aprobación de la ratificación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”. Es importante recalcar que el convenio fue ratificado diez años luego de su firma.

En el momento de la solicitud de aprobación del Proyecto de Ley, el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto Fernando Volio Jimenez se refirió a la manifestación de conveniencia generada por el Banco Mundial a través de su Vicepresidente, al Gobierno de Costa Rica:

“El 8 de setiembre de este año, se realizará en Toronto, Canadá una reunión del Consejo Administrativo del Centro Internacional que establece en Convenio citado, así como la reunión anual del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. El Banco Mundial a través de su vicepresidente, ha recomendado la conveniencia de que Costa Rica ratifique el Convenio antes del 8 de setiembre con el propósito de aprovechar la reunión mencionada y el despliegue de publicidad que esta genera, para dar a conocer a los círculos financieros y políticos la ratificación costarricense. Costa Rica se convertirá así en el primer país latinoamericano que realice tal acto¹⁰⁴.”

“La ratificación de este Convenio es altamente conveniente a los intereses de la Nación. El documento es patrocinado por el Banco Mundial y ofrece un atractivo muy interesante para que inversionistas extranjeros decidan establecerse en el país¹⁰⁵.”

¹⁰⁴ Expediente Legislativo número 9173, para ratificar el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Iniciativa del Poder Ejecutivo iniciado el 03 de Noviembre de 1981.

¹⁰⁵ *Ibidem*

Con motivo de dicha solicitud, el Ministro presentó al tratado como ventajoso para el país, destacando los siguientes aspectos del mismo:

1. Al constituirse como país miembro del Centro, esto provocaría un incentivo a las inversiones extranjeras por contar con un mecanismo que las proteja.
2. Con la incorporación del país al Centro, se obtiene acceso a un mecanismo de solución de conflictos imparcial.
3. Los gastos y honorarios fijos establecidos por el Centro para sus conciliadores y arbitradores, así como los procesos que el mismo administra reduce costos importantes y genera seguridad para las partes.
4. En el caso de que Costa Rica desee ejecutar un fallo arbitral contra una compañía extranjera, podrá hacerlo efectivo en cualquiera de los países que hayan ratificado el convenio y en donde la compañía tenga bienes.
5. El Consejo Administrativo del Centro se integra de manera neutral, con un representante de cada uno de los países contratantes, generando una situación de igualdad entre los países miembros.

Dicha ratificación tardía coincidió con parte de la presión económica ejercida por el Banco Mundial, influenciado por los Estados Unidos sobre el país. En 1990, se solicitó el retiro de todas las preferencias comerciales que significaban un perjuicio económico al país a gran escala, y de igual manera se realizaron intentos por privar un potencial financiamiento de alrededor de 175 millones de dólares, debido a la invocación de una disposición norteamericana denominada “Helms Ammendment” que establece que no podrá otorgarse ayuda financiera a través de instituciones norteamericanas, o instituciones internacionales que requieran de la aprobación de dicho país para otorgar préstamos a aquellos países que perjudiquen los intereses de una persona física o jurídica norteamericana, de manera que se le haya expropiado propiedad, o bien, medie un incumplimiento contractual y no se haya procedido con:

- la devolución de la propiedad,
- la compensación del afectado conforme con las normas del derecho internacional
- la solución del conflicto mediante un proceso interno pronto y cumplido,
- la administración del conflicto en sede del CIADI o una sede con reglas similares

Sin embargo, la regla antes citada no procedió y nunca se aplicó, contrario a lo que se ha afirmado en los medios. Se logró verificar que la participación accionaria mayoritaria de la compañía demandante le pertenecía en ese momento a un socio de nacionalidad griega, por lo que no aplicaban disposiciones norteamericanas en el caso.

Las formas de presión antes citadas coinciden con el largo tiempo que transcurrió antes de que Costa Rica accediera a firmar el convenio de arras, sometiendo su primer caso Santa Elena en la sede del CIADI tal y como se verá en el próximo apartado.

v. Reseña de casos en los que se ha denunciado a Costa Rica ante el CIADI

Históricamente, Costa Rica se ha visto como demandada en siete casos, que datan a partir de 1996:

1. Caso de arbitraje número 96/1 registrado ante el CIADI el 22 de marzo de 1996, iniciado por Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A.
2. Caso de arbitraje número AF 07/3 registrado ante el CIADI el 27 de marzo de 2007, iniciado por Alasdair Ross Anderson y otros en virtud del Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Costa Rica para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones.
3. Caso de arbitraje número 08/1 registrado ante el CIADI el 25 de enero de 2008, iniciado por Marion Unglaube en virtud del Acuerdo entre el Gobierno de Alemania y el

Gobierno de la República de Costa Rica sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones.

4. Caso de arbitraje número AF 08/1 registrado ante el CIADI el 21 de marzo de 2008, iniciado por Quadrant Pacific Growth Fund L.P. and Canasco Holdings Inc. en virtud del Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Costa Rica para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones.
5. Caso de arbitraje número 09/20 registrado ante el CIADI el 11 de noviembre de 2009, iniciado por Reinhard Hans Unglaube en virtud del Acuerdo entre el Gobierno de Alemania y el Gobierno de la República de Costa Rica sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones.
6. Caso de arbitraje número 12/4 registrado ante el CIADI el 20 de diciembre de 2011, iniciado por Supervisión y Control S.A. en virtud del Acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República de Costa Rica Promoción y Protección Reciproca de Inversiones.
7. Caso de arbitraje número 13/2 registrado ante el CIADI el 11 de marzo de 2013, iniciado por Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. en virtud del Acuerdo entre la Confederación Suiza y el Gobierno de la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Los expedientes que se han registrado en contra de Costa Rica pueden resumirse de la siguiente forma:

1. Caso Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A.

En 1970 se constituyó la Compañía del Desarrollo Santa Elena S.A., con participación accionaria estadounidense, con el fin de adquirir una propiedad en Santa Elena, Guanacaste, y desarrollar en ella un proyecto turístico y residencial. La propiedad se adquirió por la suma de \$395,000.4, y se invirtió gran cantidad de recursos en programas de desarrollo del terreno, así como análisis técnicos y financieros de la propiedad.

El 05 de mayo de 1978, el Gobierno de Costa Rica expide un Decreto en el que se expropia el terreno de Santa Elena, actualmente conocido como Parque Nacional Santa Rosa. En vista de dicha medida, la empresa inició los reclamos necesarios en jurisdicción ordinaria.

En el año 1987, interpuso un juicio ordinario contra el Estado, tramitado ante el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo bajo el expediente N0 2333-87, y posteriormente en 1995, la compañía interpuso una acción de inconstitucionalidad, ambas para desvirtuar el Decreto que perjudicó a la empresa.

En virtud de resultados desfavorables en sede ordinaria, la compañía y el Estado deciden dirimir el conflicto en sede internacional, con la particularidad de que inició por iniciativa de Costa Rica y constituyó el primer proceso arbitral ante el Centro. Nótese que para esa fecha se había ratificado recientemente el Convenio CIADI. El tribunal resolvió a favor de la Compañía, a la cual debió indemnizar el país por la suma de \$16,000,000, en virtud de la expropiación que tomó lugar.

Este caso forma un hito histórico en la experiencia de Costa Rica en materia de resolución de controversias de inversión, ya que fue el primer caso sometido ante la jurisdicción del CIADI en virtud de la presión recibida por Costa Rica para ceder y suscribir este convenio.

Asimismo, luego de este caso se tomaron las iniciativas necesarias para crear un sistema de defensa y coordinación. En el momento en que se recibe noticia del retiro de preferencias comerciales que le conciernen directamente al Ministerio de Comercio Exterior, fue parte de los motivos por los que se acordó asignarle a éste herramientas con las cuales hacerle frente a conflictos internacionales de inversión de una manera más ordenada y funcional, consolidado a la fecha y que se ahondará más adelante.

2. Caso Alasdair Ross Anderson y otros

En este caso, 137 canadienses demandaron al país por un incumplimiento al tratado de inversión suscrito entre ambos países. Alegaron los demandantes en su momento, que Costa

Rica había incumplido en su obligación de supervisar el sistema financiero nacional y proveer las garantías de seguridad y transparencia en las transacciones.

Este se conoce como el caso de los hermanos Villalobos, ya que los sujetos Luis Enrique Villalobos Camacho y Osvaldo Villalobos Camacho, dueños de la Casa de Cambio Hermanos Villalobos, operaban una empresa de intermediación financiera en la que, además de cambiar divisas, se captaban inversiones de extranjeros primordialmente, supervisada y autorizada por la SUGEF.

Alrededor de 1996, los Hermanos Villalobos se dedicaron a recibir fondos de terceros, a fin de retribuir dichas sumas con altas tasas de intereses, fondos que se administraron de manera confidencial sin dar explicaciones a los clientes. Se depositaron aproximadamente \$405.000.000,00 en medio de dichas operaciones. Luego de levantar sospecha ante autoridades canadienses y nacionales, se determinó que el negocio de los hermanos Villalobos estaba realizando actividades de intermediación financiera de manera ilegal, bajo el esquema de Ponzi con el cual se utilizaban los fondos depositados para pagarle intereses a otros que invirtieron, en lugar de invertir el dinero y generar réditos para los inversionistas.

Aunque se determinó la responsabilidad penal de los hermanos Villalobos, por la vía ordinaria, el Tribunal Arbitral decidió que dicho caso no constituía una inversión en el marco del tratado CR y Canadá, y por lo tanto, se desestimó éste.

3. Quadrant Pacific

Las sociedades Quadrant Pacific Growth Fund L.P. y Canasco Holdings, Inc. fueron constituidas conforme con las leyes de Canadá. Canasco es el socio colectivo de Quadrant Pacific, que controlaba las inversiones en cinco plantaciones de naranjos en el cantón de “Los Chiles”, plantaciones que, a su vez, pertenecían a “Aprel S.A.”

Dichas empresas reclamaron que Costa Rica no tomó las medidas pertinentes para resolver la constante invasión a la propiedad privada en los campos de naranjo en los que invertían.

Este caso culminó de manera anticipada siendo que las empresas demandantes no pudieron continuar a falta de representación legal, ya que la firma asesora había renunciado al cargo y no lograron conseguir representación en tiempo.

Se ordenó la responsabilidad de las empresas canadienses de sufragar las costas incurridas por Costa Rica en dicho arbitraje, que ascendieron a la suma de \$ 730.000.00.

4. Casos Marion Unglaube y Reinhard Hans Unglaube

Dichos casos fueron planteados por separado, hasta que en diciembre de 2009, las partes confirmaron su deseo de acumular ambos casos y ser resueltos por el mismo tribunal.

Los demandantes eran titulares de varias propiedades ubicadas en las inmediaciones de Playa Grande en Santa Cruz, Guanacaste, que se identificaban de la siguiente manera:

- Propiedad Fase I: superficie de 29,5 hectáreas que en 1987, los Demandantes adquirieron a través de una compañía panameña denominada Unicaribbean, S.A. (60% de su titularidad pertenecía a Marion Unglaube y 40% pertenecía a Reinhard Unglaube).

- Propiedad Fase II: superficie de 3,5 hectáreas contigua al perímetro más al norte de la Propiedad Fase I, que comprende una línea divisoria, que mide aproximadamente 100 metros, inmediatamente colindante con la playa de Playa Grande. En 1994, esta propiedad fue adquirida también en nombre de Unicaribbean S.A. En 1998, la Demandante, Marion Unglaube, personalmente, se convirtió en la única titular de la Propiedad Fase II.

Se trataba de parcelas con un valor importante, pues en ellas desovaban las Tortugas Baula, una especie en peligro de extinción en el país. Con motivo de la protección de la especie, en 1991, Costa Rica manifestó su intención de crear un parque nacional actualmente conocido como Parque Nacional Marino Las Baulas.

Para contribuir con la creación de éste, el Sr. Unglaube negoció con el Gobierno y se acordó donar terrenos a fin de colaborar con la creación del Parque. Se donaron más de 10 hectáreas de terreno de la fase II, con la condición de que, a cambio de ello, Costa Rica confirmara su aprobación del Proyecto de urbanización, y se impidiera el surgimiento de dificultades en el proceso de obtención de permisos. Para este entonces la Fase I ya había concluido y estaba en plena comercialización.

Sin embargo, en noviembre de 2003 el MINAE publicó una Resolución (“Resolución N° 375”) declarando que era de interés público expropiar el terreno en el cual se debía construir la Fase II.

El tribunal condenó al país a cancelarle a Marion Unglaube la suma total de \$ 4.065.900,33 con motivo de dicha expropiación de terrenos.

5. Caso Supervisión y Control S.A.

La compañía fue constituida en España en 1987, para operar desde dicho momento en la prestación de servicios de inspección o revisión técnica vehicular. Sus actividades las ha realizado en España y en otros países, entre los cuales Costa Rica no es la excepción. En 1998, la empresa participó en una licitación pública internacional para contratar los servicios para la creación y funcionamiento de estaciones de revisión técnica integrada vehicular, que a partir del conocimiento de expertos en seguridad de los vehículos y el

control de emisión de gases contaminantes. Se le adjudicó el contrato a la empresa española y empezó a formar parte del Consorcio Riteve SyC.

En el momento de la contratación, Supervisión y Control S.A. presentó un esquema tarifario, según el tipo de vehículo y una fórmula para reajustar tarifas por el servicio prestado, mismo que fue aprobado y publicado el 6 de marzo del 2002, como Decreto Ejecutivo Numero 30185. Sin embargo, el 12 de julio de ese mismo año, el gobierno publicó el Decreto Número 30573 que derogó el procedimiento antes aprobado y publicado. La empresa en su demanda alegó que dicha medida unilateral había afectado la rentabilidad y equilibrio financiero de la inversión realizada por la empresa.

A pesar de varias peticiones de la empresa contratista al gobierno de Costa Rica para que éste procediera con el reajuste de tarifas, no se obtuvo respuesta. En el 2011, la empresa registra una solicitud de arbitraje en la que se reclama una pérdida económica de al menos trescientos cincuenta millones de dólares, solicitud que actualmente se encuentra en trámite ante el Centro.

6. Caso Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A.

Las empresas son accionistas de la sociedad costarricense Gas Nacional Zeta S.A., la titular de varias concesiones otorgadas por el país para prestar los servicios de almacenamiento envasado, distribución y comercialización de gas licuado de petróleo.

En marzo del año 2013, la empresa registro una solicitud de arbitraje ante el centro, con motivo del incumplimiento por parte del gobierno de Costa Rica respecto de dichas concesiones sobre el servicio público, bajo las siguientes premisas:

- se rechazaron solicitudes de fijación ordinaria del margen y precio por litro para el envasado,
- se estableció un sistema de llenado universal de cilindros contrario a lo que se había pactado inicialmente (no rellenar cilindros de otras plantas) y,
- autorizar a la empresa RECOPE a vender gas a un precio menor al que se le autorizó a la empresa concesionaria

Esta solicitud también se encuentra en curso ante el Centro.

De los siete casos descritos, únicamente se han resuelto 4 de ellos, en los que se condenó al país a indemnizar a inversionistas extranjeros por un total de \$20.065.900,33, moneda de curso legal de los Estados Unidos de América, equivalentes a ¢10.032.950.165 en moneda local.

CAPÍTULO II: COSTA RICA Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES DIRIMIDO ANTE EL CIADI

Se examinó en líneas anteriores, el antecedente con el cual Costa Rica se introdujo en materia de arbitraje por inversiones extranjeras y el historial de casos en los que se ha confrontado al país; una breve recopilación de lo que ha significado el CIADI en Costa Rica.

Abordado el aspecto histórico, debe complementarse éste con el plano operativo, es decir, qué significa un proceso de esta índole para el país. Es fácil distinguir el contexto en el que se suscribió el Convenio de interés, y los casos en los que inversionistas extranjeros han cuestionado actuaciones de órganos nacionales, más es imprescindible observar en el plano práctico, en que se traduce una demanda de arbitraje.

Se explicará ahora qué implica dicha actividad del CIADI a nivel nacional, es decir, cuántas actividades se despliegan una vez que Costa Rica resulta demandada en un proceso de estos, las repercusiones económicas, los llamados a colaborar, la magnitud de dichos aportes, ya que todos estos elementos son la esencia del formato de defensa que utiliza el país a la hora de hacerle frente a un proceso de arbitraje internacional por inversión.

Sección primera: Agentes intervinientes en el proceso de solución de controversias

Luego de resolver la demanda de Compañía Santa Elena S.A., el gobierno se vio obligado a establecer un mecanismo ordenado y sistematizado de defensa, en el que se determinará de manera transparente los órganos y agentes a intervenir en la estrategia, así como las pautas internas por seguir para un mejor desenvolvimiento del país en un arbitraje internacional.

Fue posterior al caso Santa Elena, que surgió una discusión sobre el ente competente para consolidar y dirigir dicho sistema de defensa. Participaron en el foro algunos funcionarios del Ministerio de Comercio Exterior, la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República.

La Procuraduría se proclamó incompetente, por estar radicada su función en representaciones nacionales, que le impedía extender su fuero a la sede internacional. En virtud de lo anterior y en razón del antecedente del perjuicio sobre las preferencias comerciales, se acordó, declarar esa competencia exclusiva del Ministerio de Comercio Exterior, ya que su cartera es la encargada de negociar y administrar todos los tratados de comercio e inversión que comprometan al país, con lo cual se instauró dentro del Ministerio, una sección especializada para atender los conflictos de esta naturaleza.

La posición anterior ha sido objeto de discrepancias, ya que algunos consideran que el enfoque que tiene el Ministerio sobre las políticas comerciales y de inversión del país no son justificante para haberle asignado dicha competencia, sino que se debió haber instaurado un órgano aparte especializado únicamente en la atención y seguimiento de estos procesos. Esta crítica considera además, que la materia de inversión guarda relación con el tema ambiental, por ende parecería más adecuado asignarle al Ministerio de Ambiente este rol de dirección.

a. Ministerio de Comercio Exterior (COMEX)

Conforme con la discusión sostenida entre las autoridades nacionales, se definió al Ministerio de Comercio Exterior, en adelante COMEX, como el órgano encargado de coordinar y estructurar cualquier mecanismo de defensa en materia de inversión extranjera. De esta manera se estableció en el Reglamento Orgánico de la Institución:

“Artículo 2º—El Ministerio de Comercio Exterior tiene por función definir y dirigir la política comercial externa y de inversión extranjera de la República, incluso la relacionada con Centroamérica, y ejercer las demás funciones previstas en su Ley de Creación N° 7638 del 30 de octubre de 1996, también denominada en adelante "Ley de COMEX". Ejerce la administración internacional no contenciosa y la representación del Estado costarricense en el exterior en asuntos comerciales y de inversión y es el órgano por el cual éste realiza todas sus gestiones relacionadas con estas materias ante gobiernos e instituciones extranjeras”.

Lo anterior cobra sentido, ya que es el Ministerio el competente de negociar, formalizar y administrar los tratados que rigen la materia de inversiones extranjeras, conforme con las atribuciones que se le confirieron al momento de su creación:

*“ARTÍCULO 2.- Atribuciones
Las atribuciones del Ministerio de Comercio Exterior serán:
a) Definir y dirigir, la política comercial externa y de inversión extranjera incluso la relacionada con Centroamérica. (...)

b) Dirigir las negociaciones comerciales y de inversión, bilaterales y multilaterales, incluido lo relacionado con Centroamérica, y suscribir tratados y convenios sobre esas materias. (...)

i) Dirigir y coordinar planes, estrategias y programas oficiales vinculados con exportaciones e inversiones¹⁰⁶”.*

¹⁰⁶ Ley de Creación del Ministerio de Comercio Exterior y de la Promotora del Comercio Exterior, Ley N° 7638 del 30 de octubre de 1996. Publicada en la Gaceta N° 218 del 13 de noviembre de 1996.

Paralelo a la suscripción de instrumentos internacionales, el Ministerio cuenta con una sección especializada para dar seguimiento a las acciones que se desarrollen en el marco de dichos tratados, así como velar por el cumplimiento de los compromisos que el país adquiere con motivo de dichas suscripciones:

“ARTÍCULO 2 bis.- El Ministerio de Comercio Exterior tendrá la organización interna que requiera, según lo defina por reglamento el Poder Ejecutivo. Contará al menos con una Dirección General de Comercio Exterior y una Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales.

ARTÍCULO 2 ter.- La Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales tendrá a su cargo la verificación del cumplimiento, tanto por parte del Gobierno de Costa Rica, como por parte de los gobiernos de sus socios comerciales, de todas las obligaciones derivadas de los tratados, acuerdos y demás instrumentos comerciales o de inversión bilaterales, regionales o multilaterales, suscritos por el país, actuando de oficio o por denuncia. (...)”¹⁰⁷.

Siendo, entonces COMEX el órgano encargado de formalizar y ejecutar dichos instrumentos internacionales, cuenta con toda una organización interna capacitada para asumir sus cometidos. Internamente está estructurada de la siguiente manera:

- a) Despacho del Ministro.
- b) Despacho del Viceministro.
- c) Dirección General de Comercio Exterior.
- d) Dirección de Negociaciones Comerciales Internacionales.
- e) Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales.
- f) Unidad de Monitoreo del Comercio y la Inversión.
- g) Delegación Permanente ante la Organización Mundial del Comercio.
- h) Dirección de Asesoría Legal.
- i) Oficialía Mayor.

¹⁰⁷ Ibidem

j) Oficina de Prensa.

Si bien, todas las secciones anteriores cumplen con tareas fundamentales en la cartera, se hará especial referencia solo a aquellas que en conjunto atienden directamente el aspecto de inversión, clave en el presente estudio. En este orden de ideas, las áreas involucradas en el tratamiento de inversiones internacionales son:

- Dirección de Negociaciones Comerciales Internacionales.
- Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales.
- Unidad de Monitoreo del Comercio y la Inversión.
- Dirección de Asesoría Legal.

La Dirección de Negociaciones Comerciales Internacionales, la Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales y la Unidad de Monitoreo del Comercio y la Inversión comprenden subdivisiones del área administrativa denominada Dirección de Comercio Exterior, que es la responsable a nivel macro, de la política comercial externa del país. Esto quiere decir, que la Dirección tiene como funciones las siguientes:

1. Coordinar todas las negociaciones comerciales en las que participe el país, de naturaleza bilateral, regional y multilateral, y darle seguimiento en su etapa de ejecución, asegurando el cumplimiento de todos los compromisos asumidos por las partes.
2. Coordinar la representación del país en distintos foros internacionales sobre comercio e inversión.

3. Implementar mecanismos de exportación, importación y políticas arancelarias en concordancia con las normas pactadas en los convenios internacionales
4. Mantener informado al país sobre el estado en que se encuentren negociaciones internacionales que le competen al país.

Siendo que se trata de funciones amplias, la Dirección fue organizada de forma inteligente, para que un sector se encargue en lo respectivo de todo el íter de la negociación y suscripción de tratados, y otro que se encargue de la puesta en práctica de los compromisos adoptados, se trata de actividades complementarias.

La Dirección de Negociaciones Comerciales Internacionales tiene a su cargo todo lo relacionado a la negociación, formalización, ejecución y seguimiento de los acuerdos internacionales que suscribe Costa Rica, relacionados al comercio y la inversión extranjera. Es la oficina encargada de conocer los tratados de inversión en todas sus facetas, desde un borrador, hasta su consecuente formalización y acatamiento.

La Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales es la encargada de verificar que los acuerdos suscritos estén en correcto cumplimiento, para lo que podrá coordinar evaluaciones con instituciones públicas relacionadas para asegurarse del camino que éstas le estén dando a las regulaciones internacionales. Adicionalmente, le hace frente a los conflictos que se susciten en materia de inversión, como más adelante se analizará.

La Unidad de Monitoreo del Comercio y la Inversión es la encargada de actualizar los registros del Ministerio relativos al comercio y la inversión, para que cualquier otra de las dependencias del Órgano pueda consultar datos veraces en el ejercicio de sus funciones. Para esto podrá aprovechar cualquier tipo de medio, elaborar estadísticas, reportes e informes que le sean encomendados por las Direcciones respectivas.

Por último, la Dirección Jurídica es aquella encargada de brindar asistencia legal a todas las dependencias que integran el Ministerio, cuando se amerite. Dicha Dirección también juega un papel importante a la hora de hacerle frente a controversias en materia de inversión, siendo que le es posible rendir criterios legales y atiende junto con los cuerpos que se dirán, la selección del equipo que vaya a representar al país en sede extranjera.

Sin distinción alguna se abogó por mantener en esa línea la competencia de COMEX de controlar en su seno, los conflictos que pudieran derivar de la materia que al efecto administra. Para reforzar las ramas de trabajo que integran el área de inversión del órgano, se creó adicionalmente una comisión que liderara directamente la defensa sobre dichas controversias, a decir la Comisión Interinstitucional para la solución de controversias internacionales en materia de comercio e inversión, de la cual se enfatizará en el acápite inmediato.

i. Comisión Interinstitucional para la Solución de Controversias Internacionales en Materia de Comercio e Inversión

En el 2009, se creó la Comisión mediante Reglamento para la Prevención y Atención de las Controversias Internacionales en Materia de Comercio e Inversión N° 35452-MP-COMEX, emitido el día once de agosto, a la que COMEX depositó todos los poderes necesarios para dirimir un conflicto internacional:

“Artículo 3°—Creación de la Comisión Interinstitucional para la Solución de Controversias Internacionales en materia de Comercio e Inversión. Créase la Comisión Interinstitucional para la Solución de Controversias Internacionales en materia de Comercio e Inversión (CISC) como encargada de coordinar, prevenir y atender los procesos de solución de controversias promovidos por o contra el Estado, en el marco de los acuerdos, convenios y tratados internacionales de comercio e inversión suscritos por el país”.

Conforme con el reglamento de marras, la Comisión la integran cinco miembros, representantes de las siguientes carteras:

- a. El Ministerio de la Presidencia
- b. El Ministerio de Comercio Exterior,
- c. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto,
- d. El Ministerio de Hacienda,
- e. El Ministerio de Justicia y Gracia.

Entre sus cinco integrantes, el Ministerio de la Presidencia ejerce el cargo de un coordinador general, con las facultades de integrar la comisión con representantes de otros órganos y entes públicos, con el fin de que colaboren en algún caso específico, así éste lo estime conveniente.

En aras de ejercitar la potestad que se le otorgó a la Comisión para liderar en general los procesos de solución de conflictos asociados a instrumentos de inversión, se le confirieron, además las siguientes tareas específicas:

- Conocer, coordinar y dar seguimiento a los procesos de solución de controversias internacionales en materia de comercio e inversión, en los que se vea implicado el país.
- Dirigir el proceso de solución de controversias, sin perjuicio de acogerse a las recomendaciones que sugiera la Secretaría Técnica.
- Instruir a la Secretaría Técnica para la tramitación o el seguimiento de los procesos específicos que se presenten, así como para la prevención de casos susceptibles de generar futuras controversias.

- Girar las órdenes respectivas a órganos y entes públicos que deban colaborar en casos específicos.
- Coordinar la designación de funcionarios que colaboren con la Secretaría Técnica en la tramitación de un caso concreto, y colaborar con el área de proveeduría rindiendo criterio cuando sea necesario contratar asesores externos.

Es claro entonces, que como órgano superior jerárquico en materia de procesos de arbitraje internacional de inversión, la Comisión está investida con amplias facultades de decisión, cuyas resoluciones deben ejecutarse a través de la dependencia auxiliar de dicho órgano, es decir, la Secretaría, tal y como en adelante se verá.

ii. Secretaría Técnica de la Comisión

Así se le conoce a la Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales ya citada, ya que se comporta como Secretaría Técnica al poner en práctica todos los acuerdos tomados por la Comisión. Cumple con una doble función, ya que, según se mencionó anteriormente, es la encargada de evaluar el desempeño del país en el cumplimiento de sus obligaciones comerciales internacionales. Siendo que administra dichos instrumentos y tiene a su alcance todos los compromisos asumidos por el país en el ámbito de inversión, tiene criterio suficiente para cooperar con la Comisión de las siguientes formas:

- Puede orientar a la Comisión directamente sobre los compromisos que el país incumplió o no.
- Debe ejecutar las decisiones adoptadas por la Comisión en relación con la tramitación de un asunto en curso ante el CIADI.

- Deberá darle seguimiento a los casos y reportar constantemente a la Comisión, del estado de los mismos.
- Es la encargada de coordinar con los demás órganos y entes públicos, funcionarios o asesores que determine la Comisión, las acciones que se consideren necesarias para el seguimiento de un caso concreto.
- Podría sugerir a la Comisión, la posibilidad de contratar asesores externos para dar seguimiento a un caso concreto, así como los medios y condiciones para su contratación.
- Proceder con las contrataciones que defina la Comisión, conforme con los términos y condiciones de contratación que haya recomendado ésta, en apego a las normas de contratación administrativa.
- Proceder con medidas de carácter urgente para mantener el correcto desarrollo de los procesos, evitando un perjuicio a los intereses del país. En este sentido, la Secretaría Técnica puede actuar en virtud de una omisión por parte de la Comisión, en aras de mantener en curso los procesos en los que figure el país.

Metafóricamente, puede verse a la Secretaría como el engranaje del sistema de defensa, pues ella obedece y distribuye la información girada por la Comisión a todos los actores relacionados para diligenciar la atención de los procedimientos de arbitraje por inversión.

b. Instituciones públicas y privadas nacionales

Las instituciones públicas cumplen un papel fundamental en el proceso de arbitraje, ya que son sus actuaciones las que reclama el inversionista en sede internacional, argumentando variaciones indebidas en cuanto a las concesiones que se le otorgaban inicialmente en el tratado marco de la inversión.

Las conductas que generan el descontento de la parte demandante comprenden manifestaciones diversas de la función pública, trátese de una acción u omisión, un hacer o un no hacer. Esto significa que cualquier actividad que las dependencias públicas desplieguen en el ejercicio de su potestad imperio, debe justificarse y seguir los parámetros del debido proceso, conforme con los métodos dictados por ley: tal cual lo establece la Ley que regula la materia:

“Artículo 4- La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.

Artículo 11-

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.

Artículo 12-

1. Se considerará autorizado un servicio público cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo. En este caso el ente encargado podrá prestarlo de acuerdo con sus propios reglamentos sobre los demás aspectos de la actividad, bajo el imperio del Derecho.

2. No podrán crearse por reglamento potestades de imperio que afecten derecho del particular extraños a la relación de servicio¹⁰⁸”.

De esta manera, se procura conservar un registro que refleje toda gestión administrativa que resulte necesaria para hacer frente a todo tipo de reclamos.

En virtud de lo anterior, todas estas instituciones están en la obligación de facilitar al órgano encargado, en este caso a COMEX, acceso a los medios físicos, digitales y magnéticos en los que se haya documentado el desempeño de la administración, a efectos de recabar prueba y lograr una defensa óptima para el país:

“Artículo 2º—Colaboración de los órganos y entes públicos. Los órganos y los entes públicos prestarán su colaboración en la prevención y atención de las controversias internacionales en materia de comercio e inversión a los órganos designados en este Reglamento para esos efectos. Esta colaboración incluye el suministro de la información y documentación que según la Ley corresponda, así como la facilitación de personal técnico que sea necesario para preparar la defensa de los intereses del Estado, según lo determinen los órganos designados en este Reglamento para la atención de esas controversias¹⁰⁹”.

Por otro lado, la participación de la esfera privada nacional, -califican en este rubro personas físicas como jurídicas-, se circunscribe totalmente a la confección de prueba documental, así como la rendición de informes, criterios técnicos, peritajes y por otro lado calificar como prueba testimonial, a la hora de declarar ante el tribunal sobre algún tema particular.

¹⁰⁸ Ley General de Contratación Administrativa del dos de mayo de 1995, publicada en la Gaceta del 1º de mayo de 1996.

¹⁰⁹ Reglamento para la prevención y atención de las controversias internacionales en materia de Comercio e Inversión. Decreto Número 35452-MP-COMEX

El compendio de actores privados incluye, pero sin limitarse a: economistas, ingenieros, biólogos, peritos valuadores, topógrafos, intérpretes, traductores y demás profesionales especializados, según el tipo de inversión que se trate. Debe incluirse en el grupo, el caso de los profesionales en derecho que tienen un rol predominante, según se mencionará de inmediato.

c. Asesores jurídicos nacionales e internacionales

Tal y como se indicó anteriormente, en los conflictos de inversión se toca un tema de fondo que merece interés, cual es el de la actuación de la Administración Pública en el marco de los tratados bilaterales de inversión. Por tratarse de un régimen de derecho público con normas específicas, se requiere de la asesoría y opinión de profesionales nacionales que se especialicen en distintas ramas transversales que guíen e ilustren la normativa costarricense en el exterior.

En el caso de Supervisión y Control, que constituye el proceso de arbitraje más reciente al que se enfrenta el país, se contrató un experto en las áreas de Derecho Administrativo y Constitucional para rendir una opinión jurídica respecto de jurisprudencia nacional que se relacione con el caso, así como su posible participación en deposiciones a las que sea citado:

“SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO

Contar con los servicios de un profesional experto en Derecho Administrativo y Constitucional costarricense, con el fin de que luego del estudio correspondiente, emita un criterio jurídico por escrito sobre el fundamento jurídico de la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia del 21 de octubre de 2004 (Resolución 906 A-04), en conexión con la situación que se ventila en el arbitraje internacional Supervisión y Control, S.A. vs. República de Costa Rica (Caso CIADI No. ARB/12/4). En el caso que se viene de indicar, la demandante, la empresa española Supervisión y Control, S.A., presentó demanda en contra de la República de Costa Rica, de conformidad con el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la

República de Costa Rica y el Reino de España (“el APPRI”) (aprobado por Ley No. 7869 del 05 de mayo de 1999). El inversionista alega que luego de más de ocho años de operación, no se han reajustado las tarifas al contrato, causando daños calculados en millones de dólares para la empresa; todo de conformidad con los términos, especificaciones y condiciones establecidas en el cartel y en la oferta adjudicada¹¹⁰”.

En los casos en los que no media un tema de inversión en una empresa proveedora de servicio público como sucedió en el caso citado supra, sino que guardan relación con inversiones en propiedad inmueble, en ciertos casos se trasciende a aspectos de naturaleza ambiental. Es por esto que se requiere de la experiencia de asesores en materia ambiental que logren contextualizar el caso en el esquema de Derecho Ambiental costarricense, tal y como ocurrió en los casos de Compañía Santa Elena y los señores Unglaube.

En coordinación con el equipo de *locales*, la labor de firmas legales internacionales es necesaria debido al nivel de especialidad que implica atender este tipo de casos. A efectos de seleccionar la asesoría legal adecuada, COMEX cuenta con un Registro de Firmas Internacionales Elegibles. Se trata de una lista de consorcios legales que el Departamento de Proveeduría de COMEX administra, calificados como idóneos para representar al país en sede internacional ante un eventual arbitraje de inversión.

El mecanismo para calificar como firma elegible, la figura bajo la cual se contratan y las condiciones generales de dicha contratación serán discutidas en el capítulo que precede.

¹¹⁰ Ministerio de Comercio Exterior. Proveeduría Institucional. Expediente de Contratación Directa Numero 2012CD-000006-79600 para la Contratación de Servicios de Asesoría Jurídica para el Procedimiento de Arbitraje CIADI ARB/12/4.

Sección Segunda: Delimitación y Coordinación de Roles

Si bien, en la sección anterior se enlistó cuáles son los principales actores que se reúnen para afrontar una demanda de arbitraje por inversión y sus diversos roles, debe rescatarse que no se trata de roles discrecionales.

Cualquier actuación que se lleve a cabo por instituciones, abogados nacionales, firmas extranjeras, peritos, etcétera, debe filtrarse a través de la instancia superior habilitada, COMEX.

Dicho esto, los múltiples agentes deben actuar únicamente por autorización expresa de COMEX, esto es su Secretaría. La colaboración de todos ellos está delimitada por la solicitud que el Ministerio haga a cada uno de esos partícipes, sin poder abusar y/o exceder lo requerido.

Es el Ministerio el único competente para dirigir el proceso de arbitraje, con motivo de reserva de ley y la responsabilidad del país que esta puesta en juego en una jurisdicción supranacional.

Gestiones administrativas que realiza COMEX para presentar una defensa completa ante el CIADI

Como bien se determinó anteriormente, la Secretaría Técnica, en atención a los mandatos girados por la Comisión autorizante es la encargada de enlazar las piezas del rompecabezas. Si bien, la Comisión tiene por imperativo general supervisar el proceso, delega en la Secretaría las diligencias internas y externas necesarias para proceder con el arbitraje.

Desde el momento cuando el Ministerio tiene conocimiento de la controversia, identifica los instrumentos base de la relación jurídica, investiga sobre las actuaciones públicas relacionadas, con la autoridad suficiente para solicitar todo tipo de información pertinente y orienta a todo el equipo defensor respecto de la conducta del país frente a obligaciones internacionales adquiridas.

COMEX, por medio de la Secretaría, tiene una participación activa y dirigente en todo el proceso, trátase de cualquiera de sus etapas. El Ministerio tiene competencia exclusiva para gestionar a nivel interestatal todo tipo de documentación que respalde las actuaciones que le hicieron mérito al reclamo. De esta misma manera se encarga de contactar a todo el grupo de colaboradores en los tiempos oportunos, remite y recibe correspondencia del exterior y está encargada de recopilar todos los medios de prueba por aportar.

Ninguna gestión que tenga relación con un proceso de arbitraje internacional, específicamente, ante el CIADI será válida si no es canalizada a través de las dependencias competentes del Ministerio, ni así los asesores que tengan a su cargo la dirección legal del proceso, pues disponen de facultades restringidas, según se verá más adelante.

Respecto de las firmas extranjeras, se resalta, también que su elección es sometida a control posterior antes de que el procedimiento sea debidamente adjudicado. Esta es, tal vez, la manifestación máxima de las facultades de vigilancia y eficiencia encomendadas al Ministerio. El procedimiento será valorado en el capítulo que sigue.

CAPÍTULO III: MECANISMO DE ADMISIBILIDAD PARA QUE PARTICULARES EXTRANJEROS PARTICIPEN EN LA DEFENSA DE LOS INTERESES DE COSTA RICA ANTE EL CIADI

Ya se ha distinguido quiénes participan en los procedimientos de arbitraje y en qué sentido. Sin embargo, media el tema de la participación de firmas legales externas al país y la interrogante de por qué la dirección legal de los casos la asumen éstas y no se le confiere dicha tarea a las firmas nacionales, ya que se trata de un problema nacional.

Dicha contratación guarda estrecha relación con un estándar de idoneidad y calidad que fiscaliza el Ministerio, para resguardar el interés público y procurar un laudo más favorable para la República.

La normativa nacional abre las puertas al Ministerio para que proceda a contratar en ciertas circunstancias, servicios proveídos en el exterior, tal y como sucede en los arbitrajes internacionales.

El presente capítulo se enfocará en el esquema de contratación que la ley posibilita para casos como estos: la contratación directa. Se hará una referencia general al concepto para pasar a conocer en detalle, los pasos que aplica COMEX para seleccionar y adjudicar el servicio, y qué tipo de representación ejercen los consejeros legales foráneos.

Sección primera: formalidades de admisión

Esta primera parte del capítulo está destinada a ubicar en un primer plano, en qué consiste el modelo de contratación directa, contextualizando la figura con el procedimiento que atiende COMEX para seleccionar a su asesor en el caso concreto.

Luego de estudiar la estructura jurídica que permite a empresas privadas colaborar en la defensa, se ahondará en los criterios de admisión que utiliza COMEX como filtro para alcanzar una excelente representación extranjera.

Estos criterios de admisión no son ni más ni menos que aquellos estándares de calidad que la ley exige, para proteger el interés público y los recursos del fisco destinados al efecto.

v. Referencia al modelo de contratación directa

Si bien, podría verse con recelo el hecho de que la representación legal recaiga en profesionales ajenos al país, dicha participación obedece a un alto estándar a cumplir para asegurar un resultado favorable al país.

La actividad de empresas de este tipo en el esquema de defensa nacional es posible conforme con uno de los procedimientos que al efecto faculta el Artículo 2 de la Ley de la Administración Pública y el artículo 125 de su respectivo Reglamento, creado para satisfacer el interés público en casos excepcionales como éste.

Se trata de la denominada contratación de servicios o negociación directa, que constituye un procedimiento especial para que la Administración Pública contrate determinados servicios que de manera ordinaria no serían posibles, ya que se prescinde del aspecto del

concurso que se encuentra latente en los otros procedimientos de contratación que aplican regularmente:

“consiste en contratar una firma sin seguir un procedimiento competitivo. Puede ser el método apropiado para responder a ciertas circunstancias, tales como ampliación de contratos de obra o suministros de bienes, estandarización de equipos y repuestos, emergencias y otros¹¹¹”

“La contratación directa se constituye como un procedimiento de contratación administrativa excepcional ya que con él la Administración tiene la posibilidad de elegir directamente al contratante¹¹²”

La Sala Constitucional coincide con la tesis anterior, literalmente señala:

“la Sala Constitucional en la resolución N° 6754-98 de las 15:36 horas de 22 de setiembre de 1998 indicó en lo que interesa lo siguiente: “(...) la contratación directa es apenas un medio de negociación de la Administración Pública de uso limitado, en tanto procede únicamente cuando el ente administrativo no pueda realizar una licitación pública o procedimiento concursal, lo que debe quedar debidamente justificado, en los términos en que se exige en el artículo 75.3 del citado reglamento: “La determinación...¹¹³”

De su conceptualización se obtiene una característica clave, su excepcionalidad. Es común referirse a la contratación directa como un procedimiento de excepción, admitido en supuestos en que la Administración no puede utilizar procesos ordinarios que la doctrina denomina imposibilidad jurídica, material y fáctica.

¹¹¹ Padilla Cubero, Mónica. “Contratación Directa, Procedimiento de Excepción en la Contratación Administrativa”. Tesis para optar para el grado de Licenciada en Derecho. Sede Universitaria Rodrigo Facio-UCR, facultad de Derecho; 2002. Página 65

¹¹² Op. Cit.

¹¹³ Contraloría General de la República. División de Asesoría y Gestión Jurídica. Oficio DAGJ-3693-2005 del 15 de diciembre de 2005.

La imposibilidad jurídica toma lugar cuando se fijan ciertas condiciones que limitan la actividad contractual, por ejemplo, montos máximos para contratar, o bien, como sucede en este caso, el lugar donde el servicio será ejecutado, en el extranjero.

Imposibilidad material es aquella que depende del objeto del contrato, que bien puede asociarse en este caso con la especialidad de la materia, los conflictos de inversión en arbitraje internacional.

Por último, la imposibilidad fáctica corresponde a aquellas circunstancias que ameriten por urgencia la excepción. Así lo previó el legislador cuando reguló sobre la figura:

“Artículo 2. Excepciones

1.- Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades: (...)

d) La actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público o no convenga someterla, sea porque solo existe un único proveedor, por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el Reglamento de esta Ley. Así reformado por Ley 8511 de 16 de mayo de 2006.

f) Las contrataciones que se realicen para la construcción, la instalación o la provisión de oficinas o servicios en el exterior. (...)¹¹⁴”

Como bien ya se analizó anteriormente, están presentes los tres niveles de imposibilidad cuando se trata de elegir al equipo que contribuye en la estrategia de defensa del país ante casos de inversión dirimidos en la sede internacional del CIADI. Tal y como lo estipuló la ley, se trata de una de las excepciones por las que amerita que COMEX proceda con una contratación de este tipo. Así lo ha defendido la Contraloría General de la República:

“la actividad contractual de mérito, se estaría desarrollando en el extranjero, sede del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, a nuestro juicio estamos frente a una contratación que se encontraría excluida de la

¹¹⁴ Op. Cit

aplicación de los procedimientos concursales ordinarios regulados en la Ley de Contratación Administrativa¹¹⁵”

Siendo que no se trata de un proceso donde medie la concurrencia de postores, y se otorga a la Administración cierto margen de discrecionalidad, lo cierto es que cada institución que utilice esta modalidad de contratación no está exenta de responsabilidad al elegir a los proveedores de servicios;

“Se trata de la responsabilidad civil indirecta o por hecho ajeno, en sus dos formas: "in eligendo" e "in vigilando". La ley obliga a quien encarga a otro la realización de determinado trabajo, a elegir a alguien apto y a vigilar la ejecución del encargo.- (...) En la responsabilidad indirecta se presume la culpa en elegir o en vigilar del comitente. En la Ley General de la Administración Pública, se establece la responsabilidad objetiva del Estado y sus instituciones.116”

Si bien, se autoriza un mecanismo individualizado para que cada institución regule en lo conveniente la selección de sus proveedores, dicho mecanismo permanecerá bajo el control y supervisión del ente fiscalizador, la Contraloría, a efectos de garantizar que los fondos públicos requeridos obedezcan a una elección debidamente fundamentada:

“Artículo 75.2 La actividad contractual administrativa excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, deberá adaptarse en todos sus extremos a los principios generales, los requisitos previos, los derechos y obligaciones de las partes, los controles y el régimen de prohibiciones y sanciones previstos en la Ley de Contratación Administrativa, y se encontrará sometida, en general, a la fiscalización superior por parte de la Contraloría General.

Este control es imprescindible en los casos en los que se utilice la negociación directa. Como bien se indicó líneas atrás, no existe un formato específico, con actos identificados y plazos legales, sino que cada administración es responsable de gestionar los pasos que

¹¹⁵ Op. Cit.

¹¹⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 16 horas del 11 de octubre de 1995

considere pertinentes para contratar de esta manera. No existe una línea general, sino que depende de cada órgano responsable:

“Tampoco existen formalidades procedimentales que deba seguir la Administración en el procedimiento de la contratación directa; se trata de un acto jurídico sin etapas preparatorias impuestas por la ley, lo que su desarrollo y conclusión quedan librados a la responsabilidad de la autoridad administrativa, siempre dentro de los límites de la mínima justicia, oportunidad y lógica, en relación con el fin público perseguido con la contratación a realizar. Queda claro que en este tipo de contratación no rigen los principios de libre concurrencia ni el de igualdad de oportunidades o el de publicidad, ni la adjudicación a la mejor oferta, ni los demás principios aplicables al concurso público¹¹⁷”

A falta de formalidades, dicho modelo de contratación se caracteriza por constituir un mecanismo de selección expedito, práctico y se rige por las normas que cada Administración a lo interno fije. Por imperativo legal, estos los conduce el área de Proveeduría de cada dependencia. Para el caso de COMEX, más adelante se dilucidará el procedimiento exacto por seguir.

Si bien, al inicio se mencionó que no aplica en la contratación directa el principio de la libre competencia, a la modalidad de contratación directa le aplican el resto de los principios que atañen a la función pública. Dichos pilares son palpables en el sistema que al efecto conduzca la oficina encargada sobre todo cuando media un tema de cuantía importante y el interés público a preservar:

“V.-Selección del contratista, en contrataciones directas, en razón de la cuantía del negocio: En cuanto al mecanismo de selección del contratista, en contrataciones directas, a que alude el artículo 79.4.8. del Reglamento General y de la obligación de consultar el registro, como expresamos antes, la Administración está en la obligación de instaurar un mecanismo que asegure de manera transparente el principio de igualdad, de frente a todos aquellos que hayan manifestado su interés en contratar. En la contratación

¹¹⁷ Op. Cit.

directa, si bien en razón de la menor cuantía del negocio se justifica la observancia de menos formalidades, es menester que en el expediente abierto al efecto, la Administración deje debidamente acreditado que negoció en la forma que le resulte más beneficiosa y, en tal caso, entendemos que la práctica administrativa de solicitar al menos tres cotizaciones en este tipo de negocios, no sólo se justifica sino se impone como un deber nacido de la obligación de procurar una correcta administración de los fondos públicos. De las ofertas hechas llegar, debe la Administración seleccionar aquella que resulte más conveniente, de acuerdo con los parámetros que se hayan definido al efecto y, en ausencia de éstos, el acuerdo será fundamentado en el factor preponderante y primordial, que está constituido por el precio del bien o servicio de que se trate¹¹⁸.”

“Y ello es así, porque para que pueda prosperar una excepción al principio del artículo 182 constitucional y sus demás principios derivados (sentencia 00998), debe existir un alto contenido de razonabilidad y de proporcionalidad entre el caso concreto y los fines que se persiguen, lo que sólo es susceptible de valorar por la vía del control constitucional, en este caso, por medio de la Contraloría General de la República, requisito sin el cual, no puede legítimamente realizarse esa contratación directa¹¹⁹”.

De conformidad con lo anterior, se extrae que, si bien, el proceso de contratación directa no se encuentra minuciosamente estructurado por ley, éste debe adecuarse a los fines que persiga la institución, y garantizar ante el fiscalizador, la Contraloría General de la República, que a través del sistema se elegirá al proveedor más adecuado.

¹¹⁸ Oficio N°14803 (DCGA-1555-96) de 21 de noviembre de 1996. Citado en: Ministerio de Hacienda. Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa. Oficio DGCA-21-98 del 7 de enero de 1998.

¹¹⁹ Op. Cit. Pagina 5

vi. Esquema de contratación directa que administra COMEX

Si bien, el concepto de contratación directa prescinde del concurso de postores, reglas de adjudicación precisas y plazos de ley, COMEX ideó todo un esquema que reúne los pasos de una contratación regular, a fin de mantener la transparencia y la eficacia del servicio contratado, con la particularidad de que éste cuenta con una fase de pre-selección, antes de la apertura del procedimiento.

La pre-selección consiste en un filtro de admisión de firmas, para integrar lo que se denomina Registro de Elegibles. Se trata de una lista de potenciales proveedores de servicios legales que administra el departamento de Proveeduría de COMEX, que denotan tener capacidad y experiencia suficiente para manejar un proceso de arbitraje de inversión. Al formar parte de la lista, se restringen los candidatos a participar en el proceso de contratación directa, de manera que solo concursen aquellos que han demostrado su idoneidad para ejercer dicha representación y entre estos se adjudique a aquel que reúna los requisitos específicos del cartel.

El proceso de pre-selección está estructurado de la siguiente manera:

Proveeduría envía una invitación, que se cursa a la lista que se mantenga de posibles invitados, es decir, las firmas contactan indicando que quieren pertenecer al registro de elegibles y se mantienen en un registro, cuando se hace una actualización se cursa a las que ya forman parte para que actualicen así como aquellas que han manifestado interés por integrarse a dicho registro.

Dicho Registro es actualizado periódicamente, y actualmente lo integran 17 firmas:

- Clearly G. S. & Hamilton LLP
- Covington & Burling LLP

- BG Consulting, INC
- Weil, Gotshal & Manges LLP
- Shearman & Sterling LLP
- Dechert (Paris) LLP
- King & Spalding LLP
- Winston & Strawn LLP
- Hebert Smith Freehills, LLP
- Sidley Austin LLP
- Chadbourne and Park LLP
- Curtis, Mallet – Prevost LLP
- Baker Botts LLP
- Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
- Arnold & Porter LLP
- Allen & Overy LLP
- White & Case LLP

Cuando ya se ha definido quiénes son elegibles, COMEX dispone de candidatos oficiales a llamar en el evento de que surja una controversia. Para contratar los servicios de dichos proveedores, debe atenderse al otro requisito formal, la adjudicación. Para llegar a dicho acto, el esquema es el siguiente:

Se parte de las firmas existentes en el Registro, para analizar sus atestados y la experiencia que han tenido en casos CIADI. Se determina, según la trayectoria de las firmas y sus resultados en litigio, cuáles serán óptimas para ser llamadas como posibles oferentes. Por ejemplo, en el último conflicto CIADI del país, Cervin & Rhone Investissements, se estableció que únicamente podrían ofertar firmas que hubiesen llevado un mínimo de cuatro casos en los que representarían a diversos Estados, y que hayan concluido sin resultados negativos. De los 17 elegibles fueron invitados a concursar únicamente 8:

- Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP que ha representado al Estado en 13 casos, y al inversionista en 9,
- Arnold & Porter LLP que ha representado al Estado en 11 casos, y al inversionista en 2,
- Sidley Austin LLP que ha representado al Estado en 5 casos, y al inversionista en 5,
- Winston & Strawn LLP que ha representado al Estado en 7 casos, y al inversionista en 1,
- Allen & Overy LLP que ha representado al Estado en 5 casos, y al inversionista en 3,
- White & Case LLP que ha representado al Estado en 5 casos, y al inversionista en 3,
- Baker Botts LLP que ha representado al Estado en 4 casos, y al inversionista en 3,
- Curtis Mallet-Prevost LLP que ha representado al Estado en 4 casos, y al inversionista en 0.

A los integrantes preseleccionados se les remite la invitación para participar en la contratación directa concursada del procedimiento de arbitraje suscitado, junto al cartel con las condiciones específicas de la contratación. Los oferentes tendrán 10 días hábiles para enviar sus ofertas o más, según determine la Proveduría en cada cartel específico, salvo en casos de excepción por mayor urgencia que se reduce el plazo a 5 días.

En la fecha límite fijada para la recepción de ofertas, se emite el Acta de Apertura en el Libro de Actas del Departamento de la Proveduría, autorizado por la Auditoría Interna de COMEX, en ella se hacen constar las ofertas recibidas en forma y tiempo.

Recibidas las ofertas, prosigue un análisis técnico efectuado por la Unidad Jurídica de la Dirección General de Comercio Exterior, en coordinación con la Dirección de Asesoría Legal y Proveduría Institucional, en el que se determina cuáles firmas cumplieron a cabalidad el pliego de condiciones. Puede ser que durante el proceso, requiera subsanarse elementos de la oferta, para lo cual se cursa un oficio a las firmas solicitando que se subsane y se otorga un período determinado para que se proceda con este.

Con base en el informe técnico anterior, entre las firmas elegibles, el Jerarca del Ministerio emite el acto de adjudicación a la oferta de menor precio, el Proveedor Institucional dicta la resolución final, según el acto de adjudicación emitido por el Jerarca, donde se adjudica la contratación de servicios de asesoría jurídica a la firma que se haya ajustado a los términos del cartel, a las disposiciones de ley y que de acuerdo con el criterio rendido por las instancias antes descritas, se trate de aquella que mejor satisfaga el interés general, en cumplimiento de los fines del Ministerio.

“Eventualmente, se podría realizar una consulta de precios sujeta únicamente al control interno de la institución, la que –se aclara– no es obligatoria, puesto que para esta modalidad no resultan exigibles los procedimientos licitatorios ordinarios, lo que constituiría, más bien, una garantía adicional para la transparencia de la propia contratación, puesto que su fin es únicamente promover las condiciones más ventajosas para la Administración y el interés público

Se deberá establecer en los requisitos de admisibilidad un perfil idóneo y cuando no se encuentren reguladas las tarifas, el precio no constituirá el único factor determinante en la comparación de las ofertas, sino que deberán incluirse también parámetros que permitan valorar las condiciones personales, profesionales o empresariales de los participantes¹²⁰”.

Para finiquitar la fase de adjudicación, se suscribe el contrato entre el Ministerio y la adjudicataria, para poner en marcha la ejecución del contrato y el desarrollo del proceso arbitral.

¹²⁰ Op. Cit.

vii. Criterios de admisibilidad

Para que consorcios legales extranjeros puedan participar en el proceso de arbitraje incoado en contra de Costa Rica, se deben de cumplir ciertas exigencias en virtud del interés público primordial, la defensa de los intereses económicos del país. Dichos requisitos pueden ser clasificados en dos categorías, que se denominarán formales y materiales.

La primera categoría formal está integrada por los pasos que deben seguir las firmas para ser electas por COMEX dentro del equipo de defensores y asistencia legal en el caso particular. Dentro de esta primera clase se encuentra la fase de pre-selección de firmas y la fase de adjudicación de los profesionales idóneos para asumir el arbitraje.

En cada etapa citada, se encuentra, inevitablemente, presente el otro aspecto de admisibilidad en estudio, cual es el material. Los procesos de pre-selección y adjudicación llevan en su seno la experiencia que los postulantes tengan respecto de la materia, la aptitud para dirigir un proceso legal de esta índole. Cita la ley de marras:

“ARTICULO 66.-

Criterios.

Las condiciones personales, profesionales o empresariales de los participantes determinarán la adjudicación. El precio no constituirá el único factor determinante para comparar las ofertas”.

En concordancia con la Ley, su Reglamento estipula:

“Artículo 16.—Aptitud para contratar. Sólo podrán contratar con la Administración las personas físicas o jurídicas que cuenten con plena capacidad de actuar, que no tengan impedimento por alguna de las causales de incapacidad para contratar con la Administración, y que demuestren su idoneidad legal, técnica y financiera, según el objeto a contratar.

Artículo 125.—Forma de contratar. Las materias excluidas legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, podrán ser objeto de negociación directa entre la Administración y el contratante, en el tanto la Administración actúe en ejercicio de su competencia y el contratante reúna los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera para celebrar el respectivo contrato”.

Como segundo criterio material, se tiene el precio del servicio, que debe ser un precio razonable a ofrecer por las firmas interesadas partícipes en el régimen de elegibles, y nuevamente la aptitud para dirigir un proceso de esta naturaleza.

“Cabe mencionar que de cara a esta selección, debe tenerse por acreditada no solo la aptitud de la firma por contratar —esto es seleccionar a una firma idónea y de capacidad profesional reconocida y comprobada—, sino también la razonabilidad del precio por pagar, no olvidando aquí que pese a la exclusión de los procedimientos ordinarios de contratación, se mantiene incólume la debida observancia de los principios de contratación administrativa, lo anterior claro está, con los matices propios que asisten a su aplicación tratándose de una contratación directa como sería la que aquí nos ocupa

En atención a la búsqueda de información que ha demandado la atención de la gestión de mérito, destaca lo señalado en el oficio de esta Contraloría General N° 3638 del 28 de marzo de 1996, emitido en respuesta a una solicitud de autorización presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad al Órgano Contralor (artículo 212 del Reglamento de la Contratación Administrativa), tendente a la contratación del bufete White & Case de Estados Unidos como parte de la demanda planteada por la empresa Millicom. En dicho memorial se indicó en lo conducente lo siguiente: “(...) Sobre el particular, nos permitimos manifestarle que dado lo inusual pero necesario de una contratación como la solicitada y su naturaleza, esta Contraloría General no tiene objeción alguna que formular a que se tramite la negociación directa de los servicios profesionales de la mencionada Oficina de Abogados estadounidenses para la defensa del Gobierno costarricense en la demanda planteada por MILLICOM. (...) Por otra parte, en lo que se refiere al Bufete de abogados escogido, particularmente libramos a la exclusiva responsabilidad de esa entidad su escogencia, en estricta coordinación con la Embajada

*de Costa Rica en Washington, dada la experiencia al respecto”.
(el destacado es nuestro)*

Sobre el punto, en el oficio de esta Contraloría General N° 3638 del 28 de marzo de 1996 antes mencionado, señalamos en lo que interesa lo siguiente: “(...) En primer término, libramos igualmente a la exclusiva responsabilidad de las entidades involucradas, verificar la razonabilidad de estos costos, entre otras cosas de la estimación de la hora profesional cotizada por la firma de abogados White & Case, en la suma de \$250,00, según consta en la documentación aportada, tarifa que fue la misma cotizada por esa firma en el caso de las bananeras¹²¹”.

El proceso se basa, entonces, en los pilares de admisibilidad analizados supra. El proceso de contratación de COMEX fue diseñado conforme con la ley, para escoger la mejor firma con base en su experiencia y en un precio razonable contra los servicios por prestar.

viii. Facultades y límites establecidos a la representación

Si bien es cierto, cada institución debe proveer los mecanismos idóneos para seleccionar a los asesores correctos, asimismo, deben ser las salvaguardas por establecer, cuando se trata del nombre y representación del Estado en una sede internacional.

COMEX ha elaborado contratos con cláusulas que protegen la participación de Costa Rica junto a proveedores jurídicos extranjeros, y evitar cualquier detrimento en razón del rol para el que se contratan. Dichas condiciones establecidas a nivel contractual son más que conocidas por los asesores, siendo que fueron éstas reunidas en el cartel para el caso respectivo, de conocimiento general desde el momento cuando participaron para conformar el nombrado Registro de Elegibles inclusive.

En términos generales, las firmas no tienen facultades plenas en esta contratación, sino que su actuación está supeditada al poder de decisión de la contratante en todo momento. Tendrán la facultad de asesorar, proponer, recomendar, informar y representar

¹²¹ Op. Cit.

diligentemente a Costa Rica ante autoridades internacionales conforme las instrucciones de la contratante, mas no podrá tomarse atribuciones sin que lo haya autorizado la Institución.

En las cláusulas del contrato, comúnmente es explícita la delimitación de facultades:

“QUINTA: Coordinación y Supervisión de la Ejecución

LA CONTRATISTA prestará sus servicios bajo la coordinación y supervisión del Despacho de la señora Ministra de Comercio Exterior, de la Directora General de Comercio Exterior y del Coordinador de la Unidad Jurídica, a quienes deberá mantener informados del desarrollo de sus servicios, según el avance del proceso de arbitraje o en el momento en que lo considere conveniente y oportuno según lo aconsejen las circunstancias.

TERCERA: Obligaciones de la Contratista

De conformidad con las especificaciones del pliego de condiciones, la oferta y el presente contrato, LA CONTRATISTA se compromete a prestar los servicios jurídicos requeridos cumpliendo con las obligaciones que se enuncian a continuación: Analizar la notificación de arbitraje en el procedimiento objeto de este contrato y deberá someter a consideración de COMEX las posibles estrategias de defensa. Lo anterior incluye lo relativo a la prueba documental, testimonial y técnica que requiera presentarse, así como la contratación de peritos especializados en la materia objeto de la solicitud de arbitraje.

Identificar cualquier defensa que pudiere presentarse respecto de las solicitudes de arbitraje para las cuales ha sido contratado. COMEX definirá la conveniencia de presentar las defensas que procedan. Cualquier audiencia relacionada con las defensas previas será coordinada y atendida conjuntamente con COMEX.

17. Solicitar la aprobación previa de COMEX respecto de cualquier comunicación y/o gestión ante la entidad que administre la controversia o ante la secretaria del tribunal arbitral sobre asuntos que no sean de mero trámite. Es obligación de la CONTRATISTA que todo escrito sustancial (como por ejemplo, memoriales) que se haya de presentar ante la entidad que administre la controversia o la secretaria del tribunal arbitral en nombre del Gobierno de Costa Rica sea suscrito por el Ministro de Comercio Exterior o quien éste designe¹²²”.

¹²² Ministerio de Comercio Exterior. Proveduría Institucional. Expediente de Contratación Directa Numero 2013CD-000018-79600 para la Contratación de Servicios de Asesoría Jurídica para el Procedimiento de Arbitraje CIADI ARB/13/2.

La actuación de los consejeros legales no está restringida únicamente por la subordinación que caracteriza la relación jurídica con COMEX. El ejercicio de la práctica profesional de dichos asesores también está rodeada por otros límites, entre ellos:

- Representación exclusiva: esto significa que si se llega a dar una controversia entre Costa Rica y otros clientes de la firma, en el tanto el contrato esté vigente, deberá abstenerse de rendir criterio legal al otro cliente de la firma.
- Confidencialidad: Los asesores legales de COMEX no podrán divulgar por ningún motivo, la información a la que tenga acceso con motivo del proceso, incluida, pero sin limitarse a: declaraciones, medios de prueba, registros nacionales, presentaciones orales y escritas del Gobierno de Costa Rica, así como cualquier incidencia o trámite relacionado directamente con el proceso arbitral. Este deber de secreto profesional se exige durante, y posterior a la terminación del proceso.
- Ejecución personal del contrato: esta prohibición se refiere a la imposibilidad que tienen las firmas de subcontratar o de alguna manera ceder los derechos del contrato generado.

Luego de verificar los límites que soporta la actividad de las firmas extranjeras, resulta importante destacar la labor de dirección exclusiva a cargo de la Administración nacional en manos del Ministerio competente, sea COMEX, esto con base en lo que la normativa señala respecto de su rol como órgano superior en materia de atención de conflictos de inversión contra Costa Rica.

Sección Segunda: formalidades materiales y presupuestarias

Esta sección tratará de los aspectos económicos del proceso propiamente; los presupuestos materiales y presupuestarios por los que debe velar COMEX a la hora de recibir formal notificación sobre un proceso de arbitraje.

Se trata, básicamente, de aquel requisito de disposición de fondos públicos para sufragar los gastos asociados a contrataciones y demás representaciones que se ameriten, así como la existencia de una partida legal que habilite a la Contraloría General de la República para habilitar en el presupuesto de la institución, con recursos suficientes para llevar a cabo las gestiones necesarias.

iv. Costos generales del proceso de contratación de sujetos privados

Tal y como se mencionó en ocasiones anteriores, la contratación de asesores extranjeros se realiza mediante la figura de la contratación directa. Conforme con los acuerdos suscritos con dichas firmas, los precios por los servicios han sido los siguientes:

- En el caso de Alasdair Ross Anderson y otros, expediente número 2007CD-004498-79600, se contrató a la firma Sidley Austin LLP por la suma de \$850.000,00 equivalente a ¢425.000.000.
- En los casos de Marion y Reinhard Hans Unglaube, expedientes 2008CD-001500-79600 y 000204-79600, se contrató también a Sidley Austin LLP por la suma de \$850.000,00 y \$260.000,00, que podrían tomarse como precio unitario equivalente a la suma de ¢555.000.000 ya que la contratación del caso de Reinhard se realizó a través de un addendum en el cual se modificó el contrato original con Marion Unglaube.

- En el caso Quadrant Pacific Growth Fund L.P. and Canasco Holdings Inc., expediente 2008CD-001500-79600, se contrató por tercera vez a Sidley Austin LLP por la suma de \$750.000 equivalente a la suma de ¢375.000.000.
- En el caso de Supervisión y Control S.A., expediente 2012CD-000006-79600, se contrató a la firma Arnold & Porter LLP, por la suma de \$1.399.000,00, equivalente a la suma de ¢699.500.000.
- Por último, en el caso de Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A., expediente 2013CD-000018-79600, se contrató a la firma Baker Botts (UK)LLP por la suma de \$1.250.000,00 equivalente a la suma de ¢625.000.000

Por el nivel de especialidad en la materia, aunado a la representación y dirección legal del país en el extranjero, este gasto es el más representativo dentro de los costos en los que incurre el país cuando se trata de un proceso arbitral sobre inversión.

Siendo que en la categoría de actores privados del proceso arbitral, también, se encuentran especialistas locales, los costos por servicios prestados a estos efectos dependen de la inversión reclamada y del aporte técnico del que se trate, por lo que se basan en tarifas y honorarios nacionales que son considerablemente menores de los que se incurre en las contrataciones por servicios jurídicos citadas supra.

v. *Costo total incurrido en un arbitraje ante el CIADI*

Conforme se ha examinado en este trabajo, un proceso de arbitraje involucra múltiples diligencias de importante contenido económico, que se resumen a continuación:

1. Contratación de servicios jurídicos nacionales y extranjeros
2. Contratación de servicios profesionales en ciencias económicas, que de conformidad con el Artículo 17 de la Ley Orgánica del Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas pueden incluir, pero sin limitarse a:

“(...) los graduados en:

a) ADMINISTRACION: Incluye a aquellos graduados universitarios en Administración de Negocios, Administración Pública, Finanzas, Gerencia, Mercadeo, Banca, Recursos Humanos, Contabilidad y otras carreras y especialidades afines.

b) ECONOMIA: Incluye a aquellos graduados universitarios en Economía, Economía Agrícola, Economía Política, Planificación Económica y otras carreras y especialidades afines.

c) ESTADISTICA: Incluye a aquellos graduados universitarios en Estadística, Demografía y otras carreras y especialidades afines.

ch) SEGUROS Y ACTUARIADO: Incluye a aquellos graduados universitarios en Seguros, Actuariado y otras carreras y especialidades afines.”

El aporte de este grupo de profesionales está muy ligado al objeto del DII, ya que consiste en la valoración de recursos, activos y comportamiento humano referido a la inversión objeto del litigio:

“Las ciencias económicas son los medios y técnicas de estudio de los factores pasados, presentes y futuros, que permiten determinar leyes y modelos de comportamiento de las personas y empresas en la utilización de los recursos escasos, para obtener utilidades, rendimientos y beneficios, tanto económicos como sociales. (...)

Las ciencias económicas están diseñadas para ponerse al servicio de las personas, los grupos, los negocios y las sociedades, a través del estudio de las relaciones que se generan entre lo social y lo

monetario, las necesidades y sus satisfacciones, el bienestar y el capital como recurso capaz de brindar herramientas para lograr crecimiento. Las ciencias de la economía cuantifican el desarrollo y la disponibilidad de uso de los recursos, para que se pueda utilizar el conocimiento obtenido en mejorar la distribución y generación de riqueza y de oportunidades. Por ejemplo una persona podría valerse de las ciencias económicas para encontrar en donde es mejor ahorrar e invertir el dinero, una empresa utilizaría las ciencias económicas para maximizar sus utilidades y beneficios del negocio¹²³

Tratándose de un tema patrimonial el que se discute en la vía arbitral, es importante contar con el criterio de especialistas en el área económica que puedan interpretar y rendir informes respecto de factores, tales como el comportamiento, magnitud, utilidades y/ o perdidas de la inversión que se discute.

3. Contratación de servicios profesionales en ciencias sociales, que incluye, pero no se limita a: Geógrafos, Abogados, Historiadores, Psicólogos, Antropólogos, Sociólogos, Demógrafos y Profesionales en Ciencias Políticas. Dichos profesionales integran el equipo clave en la defensa del país, ya que cuentan con herramientas específicas para analizar conductas humanas en asocio al tema de la inversión.
4. Contratación de especialistas ambientalistas
5. Contratación de peritos valuadores de inmuebles
6. Viáticos y traslado de testigos y/o visitas programadas
7. Elaboración y movilización de información
8. Cobro administrativo del CIADI por concepto de honorarios de árbitros, por atender el conflicto

¹²³ Ciencias Económicas. Disponible en: <http://www.inversion-es.com/economia/ciencias-economicas.html>. Revisado el 11 de marzo de 2014 al ser las 22:00 horas.

Todos los rubros anteriores implican un egreso de \$2.000.000 (¢1.000.000.000) por cada caso de arbitraje para el país, sin perjuicio de las indemnizaciones a las que los paneles arbitrales condenen al país por dar lugar al agravio que el inversionista reclama.

vi. Disponibilidad de recursos de COMEX para sufragar gastos derivados de un proceso ante CIADI

Al igual que muchas otras de las instituciones que desarrollan una función pública, el Ministerio de Comercio Exterior ha contado con los recursos económicos para llevar a cabo sus cometidos. Respecto del costo que se genera a partir de un proceso de arbitraje internacional en materia de inversiones, la institución ha sido dotada de fondos para hacer frente a los gastos derivados de estos procesos mediante la asignación de partidas específicas dentro del presupuesto ordinario.

Se realizó un estudio sobre los últimos cinco años, con vista en la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico que va de los años 2007 a 2013 (números 8562, 8627, 8691, 8790, 8908, 9019 y 9103 respectivamente). Basado en lo anterior se extrae que en el periodo de estudio, se asignó el siguiente presupuesto al Ministerio:

Para el año 2007, se asignaron ¢3.133.050.000, de los cuales se ejecutaron ¢2.282.017.567,63, equivalente a un porcentaje de ejecución de 72,8 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2008, se asignaron ¢4.315.258.603,97, de los cuales se ejecutaron ¢2.728.819.227,11, equivalente a un porcentaje de ejecución de 63,2 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2009, se asignaron ¢4.492.506.142, de los cuales se ejecutaron ¢3.092.686.953,41, equivalente a un porcentaje de ejecución de 68,8 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2010, se asignaron ¢4.763.714.231, de los cuales se ejecutaron ¢3.356.586.057,23, equivalente a un porcentaje de ejecución de 70,5 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2011, se asignaron ¢5.743.000.000, de los cuales se ejecutaron ¢3.241.585.393,12, equivalente a un porcentaje de ejecución de 56,4 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2012, se asignaron ¢5.025.900.000, de los cuales se ejecutaron ¢3.696.016.516,12, equivalente a un porcentaje de ejecución de 73,5 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2013, se asignaron ¢5.034.000.000, de los cuales se ejecutaron ¢2.432.911.120,89, equivalente a un porcentaje de ejecución de 48,3 sobre el monto presupuestado.

Específicamente, el Título 216 referido al Ministerio de Comercio Exterior, que incluye en su Programa Presupuestario el número 796 denominado Política Comercial Externa - Unidad Ejecutora del Despacho del Ministro, se contempla una partida presupuestaria ordinaria denominada 607 Transferencias corrientes al sector externo, que incluye una subpartida destinada al pago de costos por procesos de arbitrajes comerciales - CIADI, según ley 7332 del 30 de marzo de 1993:

Para el año 2007, se asignaron ¢81.750.000 (equivalente a un 2,6% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢0, equivalente a un porcentaje de ejecución de 0 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2008, se asignaron ¢149.500.000 (equivalente a un 3,5% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢140.115.000, equivalente a un porcentaje de ejecución de 93,7 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2009, se asignaron ¢370.575.000 (equivalente a un 8,2% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢159.206.200, equivalente a un porcentaje de ejecución de 43 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2010, se asignaron ¢169.999.900 (equivalente a un 3,6% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢142.640.600, equivalente a un porcentaje de ejecución de 83,9 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2011, se asignaron ¢125.000.500 (equivalente a un 2,2% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢100.072.000, equivalente a un porcentaje de ejecución de 80,1 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2012, se asignaron ¢78.944.702 (equivalente a un 1,6% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢78.944.701,25, equivalente a un porcentaje de ejecución de 100 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2013, se asignaron ¢200.000.000 (equivalente a un 4% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢0, equivalente a un porcentaje de ejecución de 0 sobre el monto presupuestado.

De la misma manera, se distingue una partida presupuestaria ordinaria denominada 104 Servicios de Gestión de Apoyo, que incluye dos subpartidas relevantes, la 10402 llamada Servicios Jurídicos (para contratar asesores jurídicos expertos para atender casos de solución de controversias Inversionista – Estado con fundamento en la Ley 7332 del 30 de Marzo de 1993) y la 10404 Servicios en Ciencias Económicas y Sociales (para contratar asesores jurídicos expertos para atender casos de solución de controversias Inversionista – Estado con fundamento en la Ley 7332 del 30 de Marzo de 1993) que fue incluida hasta el año 2009.

Respecto de los servicios jurídicos, el historial demuestra el siguiente comportamiento presupuestario:

Para el año 2007, se asignaron ¢272.500.000 (equivalente a un 8,7% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢0, equivalente a un porcentaje de ejecución de 0 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2008, se asignaron ¢1.350.000.000 (equivalente a un 31,3% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢161.952.060, equivalente a un porcentaje de ejecución de 12 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2009, se asignaron ¢1.268.020.000 (equivalente a un 28,2% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢546.963.806, equivalente a un porcentaje de ejecución de 43,1 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2010, se asignaron ¢980.000.000 (equivalente a un 20,6% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢277.783.762,50, equivalente a un porcentaje de ejecución de 28,3 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2011, se asignaron ¢973.901.975 (equivalente a un 17% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢246.846.580, equivalente a un porcentaje de ejecución de 25,3 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2012, se asignaron ¢267.500.000 (equivalente a un 5,3% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢60.430.116,34, equivalente a un porcentaje de ejecución de 22,6 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2013, se asignaron ¢781.000.000 (equivalente a un 15,5% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢183.709.315, equivalente a un porcentaje de ejecución de 23,5 sobre el monto presupuestado.

Sobre los Servicios en Ciencias Económicas y Sociales, se revelan los siguientes gastos:

Para el año 2009, se asignaron ¢104.000.000 (equivalente a un 2,3% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢30.104.735, equivalente a un porcentaje de ejecución de 28,9 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2010, se asignaron ¢100.000.000 (equivalente a un 2,1% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢57.309.000, equivalente a un porcentaje de ejecución de 57,3 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2011, se asignaron ¢237.500.000 (equivalente a un 4,1% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢21.525.287, equivalente a un porcentaje de ejecución de 9,1 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2012, se asignaron ¢222.312.074 (equivalente a un 4,4% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢140.850.674, equivalente a un porcentaje de ejecución de 63,4 sobre el monto presupuestado.

Para el año 2013, se asignaron ¢140.500.000 (equivalente a un 2,8% del presupuesto total), de los cuales se ejecutaron ¢62.559.827, equivalente a un porcentaje de ejecución de 44,5 sobre el monto presupuestado.

Rendida la estadística anterior, es evidente entonces que se ha dotado al Ministerio con los recursos necesarios para hacer frente al proceso en todos sus aspectos. Es notable, además el impacto económico que significa un proceso arbitral ante el CIADI, pues se trata de partidas muy altas que se deben cubrir a efectos de garantizar una defensa apropiada en el extranjero.

CAPÍTULO IV: ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA DEFENSA MULTIPARTITA ANTE EL CIADI

Luego de partir del punto de vista de la justificación de una defensa multipartita y su repercusión económica, corresponde finalmente destacar los aspectos que realzan el sistema y le dan un valor agregado a la defensa que organiza COMEX.

No está de más, identificar, también, aquellos defectos que podrían mejorarse dentro del sistema de defensa, ya que ponen en peligro el interés público y podrían llegar a afectar, eventualmente, el desempeño de la República en un proceso de esta magnitud.

Sección Primera: Aspectos Positivos

Esta primera sección destacará las características que le otorgan una plusvalía al sistema de defensa, por reducir de alguna manera el alto impacto económico que dichos procesos significan.

Asimismo, se pretende aclarar que la multidefensa está orientada a un fin último, reunir un conjunto de elementos de peso que logren generar en el panel una convicción favorable para Costa Rica, y a la vez, se mantenga cierto nivel de prestigio alcanzado a nivel mundial, sin entorpecer futuras relaciones comerciales y de inversión.

Dichos beneficios de la defensa multipartita se reflejan no solo en el plano internacional, sino que alivianan ciertas cargas nacionales.

i. Ventaja comparativa de costos asociados a representación legal extranjera, por sobre viáticos y gastos de traslado a la sede de arbitraje

Es claro que la sede del CIADI se ubica en Washington, Estados Unidos de América, por lo que muchos de los casos que se dirimen en dichas instalaciones son asumidos por firmas Norteamericanas.

Si bien, la selección de la dirección legal de cada caso no está supeditada a la cercanía que sus despachos tengan con el Centro, lo cierto es que su ubicación geográfica resulta favorable para Costa Rica a la hora de ahorrar recursos en tiempos de traslado, hospedaje y viáticos para que el Jearca y Delegados del país se apersonen al centro en las distintas etapas del proceso.

Aunque bien se deben invertir estos fondos cuando sea necesaria la presentación de testigos y visitas asignadas a territorio nacional, el tema de la distancia puede complicar el normal desenvolvimiento del proceso.

La falta de apoyo externo demandaría mayor presencia de la autoridad comercial nacional en el extranjero, con el riesgo de descuidar o inclusive retrasar temas asociados al desenvolvimiento de la política comercial del país que son parte del trabajo ordinario de la institución.

ii. Confianza generada en el proceso a raíz del conocimiento de expertos en la materia

Se hizo énfasis en el tema de la contratación directa que maneja COMEX a la hora de seleccionar una firma legal idónea para conducir el proceso de arbitraje en el que Costa Rica figure como demandada.

Se trata de un proceso adaptado para que de manera ágil se seleccione al personal suficientemente capacitado para llevar un proceso de esta naturaleza, utilizando, además de manera adecuada los fondos públicos con los que fue investido en salvaguarda de los intereses del país.

En cumplimiento a dicho sistema de selección, el requisito primordial es acreditar la experiencia de los asesores interesados en la conducción del proceso. Toda vez que se adjudique la contratación de servicios jurídicos a una empresa de éstas, se realiza de previo un estudio minucioso que determine que dicha firma tiene las herramientas y conocimiento necesario para actuar en nombre del país, y procurar un laudo favorable, o bien, que le perjudique lo menos posible.

Según lo desarrollado en el aparte anterior, los atestados y referencias de experiencia que se le exigen a la firma para involucrarse en materia de inversión, ofrecen un mejor panorama al Ministerio sobre el desempeño de la firma en el rol, asegurándose, asimismo que la adjudicataria no se presentara a experimentar en sede internacional, respecto de un proceso en el que se exige una gran responsabilidad económica para el infractor.

iii. Facilidades en la presentación y gestión directa del proceso por comensales cercanos a la sede

Siendo que COMEX tiene un papel rector en todo el proceso, esto no le impide delegar ciertas diligencias que no le requieran esfuerzo, a través de sus asesores extranjeros.

En razón de la cercanía que estos tienen a la sede del centro, para ellas es más práctico realizar diligencias de mero trámite, consultar expedientes, entregar en plazo debido requerimientos y prueba que así lo exija el panel arbitral.

Asimismo, el Ministerio puede asegurarse un mejor control del procedimiento de arbitraje, al tener colaboradores foráneos que estén atentos al estado del proceso, y puedan verificar en cualquier momento, -cosa que resultaría imposible desde territorio nacional-, el ingreso de nuevos documentos o aportes sustanciales al expediente que deban ser evacuados a la brevedad.

iv. Mejor desenvolvimiento del país en sede internacional, a través de sujetos que dominan el iter y el lenguaje apropiado

El conocimiento que se le exige al profesional en derecho no es únicamente de fondo, sobre la materia de inversión. El conjunto de asesores que sea electo para representar al país, se encuentra en esa posición toda vez que haya demostrado su participación en procesos similares.

A pesar del nivel técnico que maneja COMEX, hay requerimientos de especialidad, tales que han demostrado la necesidad e importancia del apoyo de actores externos dentro del procedimiento.

El desenvolvimiento de las firmas en procesos de este tipo es crucial, también, dentro de los requisitos de admisibilidad que se exigen a la hora de contratar. El perfil completo comprende la materia de fondo y la trayectoria de la firma por haber ejercido directamente en procesos de esta complejidad.

Sección segunda: Aspectos negativos

No todos los sistemas son infalibles. El método de defensa que lleva a cabo COMEX tiene aspectos por mejorar y que no son achacables en toda circunstancia a la Institución.

Esta sección culmina con los aspectos que se pueden reforzar, para que el sistema funcione mejor, sin presiones de último momento que puedan alterar la estrategia de defensa.

Se trata de detalles por depurar, con una cultura de cooperación pronta y cumplida, con la participación de múltiples actores, el tiempo se vuelve un factor de doble filo.

i. Desplazamiento de firmas nacionales interesadas en la participación

Se examinaron ampliamente los motivos del porqué el formato de defensa de este país es dirigido por abogados del extranjero. No se trata de discriminación contra firmas locales, ni tampoco desacreditación de la labor que desempeñen a nivel nacional o bien internacional.

La actividad de las firmas nacionales esta circunscrita al territorio nacional. Si bien, se han generado consorcios y otras figuras de cooperación empresarial en aras expandir sus oficinas en el extranjero y trascender sus servicios a nivel internacional, no existe firma alguna que haya incursionado en materia de arbitraje internacional de inversión, y haya ganado mérito para conformar la lista de elegibles que administra COMEX.

Es en virtud de ese vacío de especialidad y experiencia en arbitraje internacional de inversión, el registro de elegibles actual excluye completamente a profesionales nacionales. Lo anterior, no es obstáculo, para que, eventualmente, una firma logre la trayectoria y el conocimiento suficiente para integrar esa lista, ya que COMEX no tiene limitación al

respecto, las consideraciones son aquellas relacionadas al perfil profesional únicamente, no a la nacionalidad.

ii. Afectación de tiempos de respuesta que dependen del traslado y correcta recepción de la información

Al trabajar COMEX en coordinación con instituciones públicas nacionales y apoyo externo internacional, en muchas ocasiones, debe asegurarse de requerir datos en tiempo prudencial para transmitirla al exterior.

Si bien, a la fecha no se han presentado perjuicios a falta de información o traslado extemporáneo de ésta, a nivel nacional no existe una cultura de respuesta pronta y expedita.

Por experiencia del Ministerio, cada institución maneja sus propios plazos y en muchos casos no coinciden con aquellos que esté controlando el Ministerio para entregar reportes y documentos finales al extranjero, por lo que implica un sobreesfuerzo por entregar el material necesario en tiempo y forma.

CONCLUSIONES

El DII como ya se analizó en el presente trabajo, es una disciplina contemporánea derivada del Derecho Internacional Público originada directamente de la evolución del sistema de comercio internacional. Como bien se explicó al inicio, el orden económico internacional se ha venido forjando a raíz de dos fenómenos, la institucionalización de entidades supranacionales encargadas de velar por la paz y las reglas de comercio en general, y el fenómeno de la tratadización, con el que se pretendía sentar un conjunto básico de normas en un documento que resultara de acatamiento obligatorio para las partes signatarias, un régimen de derecho internacional.

Con dicha faceta de tratadización, surgen a partir del año de 1959, los primeros tratados estructurados para proteger el tema de la inversión extranjera en el plano internacional. Siendo los TBI aquellos acuerdos suscritos entre un particular y un Estado de distinta nacionalidad del inversor, en aras de regular los compromisos adquiridos por ambas partes, surgieron reglas de derecho específicas que regularan el campo, englobadas en el seno del DII.

Tratándose de una rama cuyo tema central es de carácter meramente patrimonial, la línea que se ha mantenido por evitar el rompimiento de relaciones económicas internacionales y no generar tensiones que representen una amenaza para el sistema que hoy se conoce, el DII se ha nutrido de mecanismos de resolución alterna para dirimir conflictos relacionados, de los cuales el arbitraje ha resultado ser de mayor preferencia.

La inclinación de una gran cantidad de países por resolver diferencias en sede arbitral obedece a la naturaleza pacífica que representa el proceso, así como la especialización con la que cuentan determinadas instituciones, en el caso concreto el CIADI. El Centro fue creado para atender exclusivamente conflictos de inversión, en una jurisdicción calificada como neutra a nivel mundial. Costa Rica forma parte del listado de países que suscribió el Convenio de marras, suscripción que coincidió con la presión económica recibida en torno

al caso de Compañía Santa Elena, que podría generar dudas, eventualmente, respecto de los requisitos de legalidad a los que debe apegarse el país para firmas de esta índole, sin embargo, no son de mérito en el presente trabajo.

Desde entonces, todos los conflictos relacionados a TBIs suscritos por Costa Rica se han dilucidado ante la jurisdicción del CIADI. La administración de este tipo de procesos en el Centro ha exigido a nivel interno, una serie de esfuerzos nacionales e internacionales necesarios para afrontar un procedimiento de este nivel, en el que el país figure como parte demandada.

Los esfuerzos que el país debe ejecutar una vez que se recibe noticia de este tipo de casos implican desde la recopilación de registros de actos administrativos, hasta la selección del tipo de personal necesario para elaborar, enlazar y presentar la estrategia legal apropiada ante las autoridades del CIADI. Es aquí donde se comprueba, que por la especialidad técnica y jurídica con que el Centro se desempeña, Costa Rica requiere de los servicios de actores nacionales y extranjeros que hayan tenido experiencia de esta índole, y puedan generar un resultado favorable ante los intereses nacionales que están en juego, y que no represente una pérdida económica de alto impacto para el país.

La multiplicidad de actores nacionales como extranjeros actúan en un mismo sentido, reunir elementos de prueba suficientes para desacreditar pretensiones perjudiciales de la parte inversora contra el país, a través del aporte de profesionales calificados en el objeto de la inversión, revelación y análisis interno de actuaciones administrativas, combinado al aporte de consejo legal internacional.

Todo el esquema antes citado no es posible si no es con la convergencia de actores de carácter nacional y extranjero. El primer caso resulta necesario para aportar criterios jurídicos respecto de la normativa aplicable conforme con el derecho local, mientras que el segundo comprende de aquellos asesores legales que trasladan la información del territorio costarricense hasta la sede que resolverá.

El grupo de nacionales es extenso, aunque dependerá sobre todo del tipo de inversión que se dispute. Participan profesionales en leyes y economía, funcionarios de instituciones públicas relacionadas, además expertos en terreno, ambiente, especies animales tal y como sucede en los casos en que los terrenos albergan especies importantes para el país, tal y como sucedió con las propiedades de Marion Unglaube en los que se protegían las tortugas Baula.

En el plano internacional, los actores se reducen al grupo de asesores legales encargados de representar al país en sede internacional, conforme lo instruye el Ministerio responsable. Sin perjuicio del papel que juegan el resto de los actores, los asesores legales extranjeros tienen una función clave, ya que deben presentar toda la defensa del país en sede internacional y además, interpretar todo lo recopilado ante el panel arbitral. Su interpretación es clave para asegurar un resultado favorable para el país, a cambio de un precio multimillonario que el país paga por este servicio.

Para que todas las piezas encajen, se creó por imperativo de ley, un órgano encargado de engranar la participación multipartita y presentarla de manera unificada ante el CIADI, la Comisión Interinstitucional para la Solución de Controversias Internacionales en materia de Comercio e Inversión (CISC). La Comisión fue creada con este cometido primordial, conformar una sección especializada dentro del Ministerio de Comercio Exterior dedicada a atender este tipo de conflictos.

Dentro de las facultades de atención, participa activamente en el proceso de selección de actores varios para aportar información clave. Como dependencia del Ministerio, está investida para trabajar en conjunto con otras secciones del mismo Ministerio para identificar y contratar a los particulares idóneos en la materia.

Dicha contratación es posible a través de la figura de la contratación directa que representa en el Derecho Administrativo, un mecanismo de excepción para que instituciones públicas contraten bienes y/o servicios apartándose de los mecanismos ordinarios regulados por la Ley General de Administración Pública. Conforme fue expuesto, la negociación directa

cabe en aquellos supuestos en los que los bienes y servicios por contratar se desarrollaran fuera del territorio nacional.

Se confirma, entonces, que el procedimiento de excepción constituye la vía legal para que defensores particulares representen a Costa Rica en sede extranjera, siempre y cuando se disponga de presupuesto asignado al efecto dentro de las partidas ordinarias anuales.

Luego de presentar una estadística respecto de los presupuestos del año 2007 hasta el 2013, se revela un desgaste económico para la economía nacional, ya que son cifras multimillonarias en las que se traduce la participación de múltiples actores, sin contemplar las sumas que ha debido indemnizar el país a inversionistas cuyo laudo se ha manifestado en su favor.

Dicha participación respondía a una falta de conocimiento a nivel nacional respecto de procesos de esta naturaleza, que evidenciaba una inexperiencia total en este campo que imposibilitaba la elección de profesionales en derecho nacional para asumir la dirección legal. Sin embargo, ahora hay profesionales a nivel local que se han interesado por capacitarse en la materia, pero no han logrado formar parte del equipo legal en virtud del esquema de defensa que se ha consolidado hacia el exterior. Luego de evidenciar el costo elevado que estos procesos significan para el país, podría considerarse como un proyecto nacional el invertir en capacitaciones profesionales alusivas, para especializarlos en la materia y procurar reducir las cifras que se gastan en este aspecto, al incorporar asesores nacionales cuyos honorarios podrían resultar más cómodos frente a profesionales cuyos precios representan un gasto superior al país, sobre todo en este momento cuando el país se está viendo afectado por el alza del dólar.

Otra sugerencia para ser implementada dentro del formato de defensa que podría reducir el factor tiempo y agilizar el de respuesta, consiste en integrar la Comisión con un equipo de trabajo definido con los profesionales que estadísticamente son necesarios para afrontar los conflictos de inversión, a decir profesionales en ciencias económicas, profesionales en áreas destacadas del Derecho, biólogos, ambientalistas y peritos especializados en bienes

muebles e inmuebles. Si bien, no pueden contratarse como funcionarios regulares del Ministerio, ya que su función está supeditada a los casos que sean interpuestos contra el país, podrían incluirse dentro de un listado tal y como fue implementado el sistema de elegibles creado para invitar a las firmas extranjeras a participar en el caso concreto. Con un grupo de profesionales predeterminados para trabajar en los casos tan pronto los recibe el Ministerio, podría aprovecharse más el recurso del tiempo para unificar e interpretar la información, sin estar sometidos a la presión respecto de los tiempos de entrega de datos frente al tiempo de selección del equipo. Inclusive, al contar con una lista de cuyos profesionales se conocen sus atestados y experiencia, el Ministerio podría elaborar argumentos de defensa de mayor peso, según el tipo de inversión de que se trate.

Por otro lado, la labor que realiza la Comisión al entablar contacto con actores múltiples puede tornarse engorrosa, por lo que se propone otra sugerencia a implementarse en el sistema, que colabore con la agilización de información que debe transmitirse al Ministerio en el caso de demandas por inversión extranjera regulada mediante TBIs. La estructura de COMEX admite la vigilancia de los compromisos que se adquieren con la suscripción de tratados comerciales internacionales, así como los TBIs a través de la Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales.

Podría considerarse un mecanismo de control similar al que manejan las Superintendencias en Costa Rica, en el que las instituciones públicas reporten a dicha Dirección, sobre las solicitudes, trámites y resoluciones expedidas en relación con los sujetos que conforman parte inversora de un TBI. De esta manera, el Ministerio se aseguraría de contar en sus registros, inclusive antes de que se suscite cualquier proceso, con la información de la actuación administrativa de las instituciones, y evitarse en gran medida los contratiempos relacionados al pedimento de estos datos una vez que los procesos se encuentran en curso, y con tiempos de respuesta de por medio. Y por qué no, investir a la Dirección con una facultad adicional, que le permita supervisar dichas actuaciones administrativas, y sea capaz de requerirle a las Instituciones cuentas sobre lo actuado, limitándose claro está a las normas internacionales que establece el Tratado, adoptando una actitud preventiva, de

manera que el disgusto del inversor sea conocido con anticipación y pueda evitarse que los conflictos lleguen hasta la sede internacional.

Finalmente, el país podría hacer un mejor uso de sus instancias administrativas internas, para evitar que estos casos lleguen a dirimirse al Centro. Esto es, flexibilizar el sistema nacional de manera que las denuncias de expropiación logren ser resueltas y se realice la indemnización correspondiente cuando proceda, a través de mecanismos internos que le permitan al país evitar los costos superfluos que en este trabajo de han identificado.

El formato de defensa del país está estructurado de una manera compleja, razonable al tipo de procedimiento en cuestión, evidentemente, para proteger al país de pretensiones cuya resolución cause un perjuicio irreparable a la economía nacional, y además, contener diferencias que ahuyenten la inversión extranjera del país. Más dicha complejidad se traduce en cifras económicas altas que podrían reducirse, eventualmente, con las recomendaciones antes indicadas.

El sistema de defensa multimillonario será posible siempre y cuando el Gobierno Central pueda asignar tal cantidad de recursos para este propósito, por lo que se recomienda aplicar las alternativas citadas y empezar a visualizar un formato de defensa menos costoso que el actual.

BIBLIOGRAFÍA

▪ **Artículos Digitales:**

Álvarez Soberanis, Jaime. "El GATT: Antecedentes y propósitos". Disponible en: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/11/pr/pr5.pdf>) Visitada el 10 de febrero de 2012, al ser las 17:50 horas.

Boeglin, Nicolás. Opinión: El oro, el CIADI, Venezuela y Costa Rica. Disponible en: <http://www.crhoy.com/opinion-el-oro-el-ciadi-venezuela-y-costa-rica/> Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:00 horas.

Bretton Woods Project. ¿Que son las instituciones de Bretton Woods? Disponible en: <http://www.brettonwoodsproject.org/es/2008/02/art-560735/>. Revisado el 12 de marzo de 2014 al ser las 17:00 horas.

Capítulo II: Del GATT a la OMC. Disponible en: (<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/179/5.pdf>). Revisado el 15 de abril de 2012, al ser las 13:45 pm.

Capítulo V: Tratados Internacionales en Materia Tributaria en México. Disponible en: (http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/garcia_b_ar/capitulo5.pdf). Revisado el 15 de abril de 2012, al ser las 08:52 am

CIADI. Información general sobre el Centro Internacional De Arreglo De Diferencias Relativas A Inversiones (CIADI). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&icsidOverview=true&language=Spanish>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:20 horas.

Ciencias Económicas. Disponible en: <http://www.inversion-es.com/economia/ciencias-economicas.html>. Revisado el 11 de marzo de 2014 al ser las 22:00 horas.

Claros Alegría, Pedro. Capítulo 4: El sistema el sistema arbitral del centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI). Disponible en: http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCKQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.castillofreyre.com%2Fbiblio_arbitraje%2Fvol4%2Fcapitulo24_el_sistema_arbitral_del_centro_internacional_de_arreglo_de_diferencias_relativas_a_inversiones.pdf&ei=X9ikUoatECoAKQfmjCYAw&usq=AFQjCNGHeWtUbXhuawApnZaFA0KrSOrNRA&bvm=bv.57752919.d.eW0. Revisado el 08 de diciembre de 2013, al ser las 14:40 horas.

Corrochano Moyano, Luis García. La solución de controversias en el Derecho Internacional de las Inversiones. Disponible en: (<http://www.oas.org/dil/esp/8%20-%20garcia%20corrochano.201-232.pdf>) Revisado el 31 de enero de 2013, al ser las 19:45 horas.

Fach Gómez, Katia. Construyendo un nuevo derecho internacional de las inversiones: las propuestas del instituto internacional para el desarrollo sostenible. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num18/articulos/construyendo-nuevo-derecho-internacional-inversiones-propuestas-instituto-internacional-para-desarrollo-sostenible>. Revisado el 28 de enero de 2013, al ser las 22:30 horas.

Fach Gómez, Katia. Latin America and ICSID: David versus Goliath. Disponible en: http://www.academia.edu/830229/Latin_America_and_ICSID_David_versus_Goliath. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 19:10 horas.

Fach Gómez, Katia. Proponiendo un Decálogo Conciliador Para Latinoamérica y CIADI. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708707. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 19:13 horas.

García Bolívar, Omar E. Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones. Disponible en: (<http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>). Revisado el 10 de febrero de 2013, al ser las 18: 40 horas.

Generalidades del derecho internacional en Venezuela. Disponible en <http://derechoprocesaljuridico.blogspot.com/2012/11/generalidades-del-derecho-internacional.html>. Revisado el 17 de enero de 2013, al ser las 17:30 horas.

Gonzalo Quiroga, Marta. Capítulo 5: el sistema arbitral de solución de controversias del CIADI. Programa de cátedra de Banca, Universidad Rey Juan Carlos de España. Disponible en: www.urjc.es/bancaja/formacion/archivos/marta_gonzalo.doc. Revisado el 08 de diciembre de 2013, al ser las 15:30 horas.

Hernández Villalobos, Larys Lejba. Los Tratados internacionales como base de la diplomacia mundial. Disponible en: (http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/22_2_LOS%20TRATADOS%20%20INTERNACIONALES%20COMO%20BASE%20DE%20LA%20DIPLOMACIA%20MUNDI.pdf). Revisado el 15 de abril de 2012. Página 65

Kundmüller Caminiti, Franz y Rubio Guerrero, Roger. El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte. Disponible en: http://www.limaarbitration.net/LARI/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero.pdf. Revisado el 25 de enero de 2013, al ser las 18:30 horas.

López Ayllon, Sergio y Posadas Urtusustuegui, Alejandro. Inversión y Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. Reflexión sobre algunas disciplinas adoptadas por México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art7.pdf>. Revisado el 28 de enero de 2013, al ser las 20:30 horas.

Organización De Cooperación y Desarrollo Económicos. Marco de acción para la inversión. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/38316751.pdf>. Revisado el 03 de febrero de 2013, al ser las 18:30 horas.

Organización de las Naciones Unidas. Acuerdos internacionales vigentes en la esfera de la inversión extranjera directa. Informe de la secretaria de la UNCTAD. Disponible en: <http://unctad.org/es/docs/tb43d5.sp.pdf>. Revisado el 01 de febrero de 2013, al ser las 21:00 horas.

Organización de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo: Informe sobre las inversiones en el mundo 2012. Disponible en: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Overview-es.pdf>. Revisado el 06 de febrero de 2013, al ser las 17:45 horas.

Página Oficial de la Organización Mundial de Comercio. Disponible en: (<https://www.wto.org>). Revisado el 25 de octubre de 2012, al ser las 18:56 p.m.

Página Oficial del Banco Mundial. "Quiénes somos". Disponible en: (<http://www.worldbank.org>). Visitada el 10 de febrero de 2012, al ser las 17:50 horas.

Página Oficial del Fondo Monetario Internacional. "El FMI y el Banco Mundial". Disponible en: (<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/imfwbs.htm>). Visitada el 10 de febrero de 2012, al ser las 19:00 horas

Pérez Escalona, Susana. Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi International vs. República Argentina. Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/reduir/numero8/perezescalona.pdf>. Revisado el 25 de enero de 2013, al ser las 16:30 horas.

Trejo García, Elma del Carmen et al (2006). Los Tratados Internacionales como fuente de derecho nacional. Disponible en (<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-01-06.pdf>). Revisado el 15 de abril de 2012, al ser las 13:22 pm

Vásquez, María Fernanda. Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad. Disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_ante_el_ciadi/arbitraje_ante_el_ciadi.asp. Visitada el 10 de agosto de 2012, al ser las 15:00 horas.

Villalobos González, Vladimir. "Estado, Arbitraje y Tratado de Libre Comercio". Curso de Derecho Comercial. Sede Universitaria Rodrigo Facio-UCR, facultad de Derecho; 2006.

Capítulo I: Fuentes de Derecho Internacional. Disponible en: [https://www.redcea.com/.../\(ESP-Manual\)%20Fuentes%20del%20Derecho](https://www.redcea.com/.../(ESP-Manual)%20Fuentes%20del%20Derecho). Revisado el 13 de diciembre de 2013, al ser las 17:10 horas.

▪ **Expedientes Administrativos:**

Expediente Legislativo número 9173, para ratificar el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Iniciativa del Poder Ejecutivo iniciado el 03 de Noviembre de 1981.

Ministerio de Comercio Exterior. Proveeduría Institucional. Expediente de Contratación Directa Número 2007CD-004498-79600 para la Contratación de Servicios de Asesoría Jurídica para el Procedimiento de Arbitraje CIADI ARB (AF)/07/3.

Ministerio de Comercio Exterior. Proveeduría Institucional. Expediente de Contratación Directa Número 2008CD-001500-79600 para la Contratación de Servicios de Asesoría Jurídica para los Procedimientos de Arbitraje CIADI ARB/08/1 y ARB (AF)/08/1.

Ministerio de Comercio Exterior. Proveeduría Institucional. Expediente de Contratación Directa Número 000204-79600 para la Contratación de Servicios de Asesoría Jurídica para el Procedimiento de Arbitraje CIADI ARB/09/20.

Ministerio de Comercio Exterior. Proveeduría Institucional. Expediente de Contratación Directa Número 2012CD-000006-79600 para la Contratación de Servicios de Asesoría Jurídica para el Procedimiento de Arbitraje CIADI ARB/12/4.

Ministerio de Comercio Exterior. Proveeduría Institucional. Expediente de Contratación Directa Número 2013CD-000018-79600 para la Contratación de Servicios de Asesoría Jurídica para el Procedimiento de Arbitraje CIADI ARB/13/2.

▪ **Jurisprudencia Internacional**

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Alasdair Ross Anderson y otros contra la República de Costa Rica (ICSID Caso No. ARB (AF)/07/3). Disponible en: <http://italaw.com/documents/AndersonvCostaRicaAward19May2010.pdf>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:49 horas.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contra la República de Costa Rica (ICSID Caso No. ARB/96/1). Disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:36 horas.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Reinhard Hans Unglaube contra la República de Costa Rica (ICSID Caso No. ARB/09/20). Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1052.pdf>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:55 horas.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Marion Unglaube contra la República de Costa Rica (ICSID Caso No. ARB/08/1). Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1055.pdf>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:49 horas.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Tokios Tokeles contra Ucrania (ICSID Caso No. ARB/02/18). Disponible en: http://italaw.com/documents/Tokios-Jurisdiction_000.pdf. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:55 horas.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo para Caso Tecmed contra México (ICSID Caso No. ARB (AF)/00/2). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:55 horas.

Corte Internacional de Justicia. Laudo para Barcelona Traction Light and Power Company contra España. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:55 horas.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso Metalclad Corp. v. México, No. ARB (AF)/97/1, Laudo (30 de agosto del 2000). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/> Visitada el 28 de mayo de 2013, al ser las 18:55 horas.

▪ **Jurisprudencia Nacional**

Contraloría General de la Republica. División de Asesoría y Gestión Jurídica. Oficio DAGJ-3693-2005 del 15 de diciembre de 2005

Ministerio de Hacienda. Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa. Oficio DGCA-21-98 del 7 de enero de 1998.

▪ **Leyes**

Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, del 23 de Mayo de 1969. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>, visitado el 15 de agosto a las 22:50 horas.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Aprobado por Ley número 7332, Publicada en la Gaceta del 16 de abril de 1993.

Decreto Legislativo numero 7332: Aprobación de la ratificación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Ley de Contratación Administrativa del dos de mayo de 1995, publicada en la Gaceta del 1º de mayo de 1996.

Ley de Creación del Ministerio de Comercio Exterior y de la Promotora del Comercio Exterior, Ley N° 7638 del 30 de octubre de 1996. Publicada en la Gaceta N° 218 del 13 de noviembre de 1996.

Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la Republica para el Ejercicio Económico del año 2007 numero 8562

Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la Republica para el Ejercicio Económico del año 2008 numero 8627

Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la Republica para el Ejercicio Económico del año 2009 numero 8691

Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la Republica para el Ejercicio Económico del año 2010 numero 8790

Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la Republica para el Ejercicio Económico del año 2011 numero 8908

Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la Republica para el Ejercicio Económico del año 2012 numero 9019

Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la Republica para el Ejercicio Económico del año 2013 numero 9103

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, número 33411 del 27 de setiembre del 2006, publicado en la Gaceta 210 del dos de noviembre de 2006.

Reglamento Orgánico del Ministerio de Comercio Exterior, Decreto No. 28471-COMEX del 14 de febrero del 2000. Publicado en la Gaceta No. 43 del 1 de marzo del 2000.

Reglamento para la prevención y atención de las controversias internacionales en materia de Comercio e Inversión. Decreto Número 35452-MP-COMEX

▪ **Libros Digitales:**

Buerghental, Thomas et al. Manual de derecho internacional público. Disponible en http://books.google.co.cr/books?id=0nhNrN6goleC&pg=PA121&lpq=PA121&dq=validez+internacional+de+la+renuncia+a+la+protecci%C3%B3n+diplo%C3%A1tica&source=bl&ots=5F_Yu7J4Q9&sig=HLovbYO6Aq4wPGbbaAu8WvZQJk&hl=es&sa=X&ei=XP5UK_fFarS2AXYjoHoDg&ved=0CFEQ6AEwBTgK#v=onepage&q=validez%20internacional%20de%20la%20renuncia%20a%20la%20protecci%C3%B3n%20diplo%C3%A1tica&f=false. Revisado el 17 de enero de 2013, al ser las 21:50 horas.

Centro de Comercio Internacional. El arbitraje y solución alternativa de conflictos-como solucionar las controversias mercantiles internacionales: El caso de Costa Rica. Disponible en: http://books.google.co.cr/books?id=UfAqAAAAYAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Visitada el 01 de enero de 2013, al ser las 13:00 horas.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Glosario de Términos y Conceptos Fundamentales de los AII. Colección de Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión. Suiza, 2004. Disponible en: <http://books.google.co.cr/books?id=cCzxsUfqukC&pg=PA44&lpq=PA44&dq=primer+TBI+en+Costa+Rica&source=bl&ots=Tjn-M-XCPs&sig=UJJsIXSEPGCjvOoHD7NF8dJDQ64&hl=es&sa=X&ei=XYx4UffpG8Xl4APkzIHQDA&ved=0CGAQ6AEwCA#v=onepage&q=primer%20TB%20en%20Costa%20Rica&f=false>. Revisado el 08 de diciembre de 2013, al ser las 14:00 horas.

Granato, Leonardo. Protección del inversor extranjero e internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2005/lg/lg-pie.pdf>. Revisado el 06 de enero de 2013, al ser las 10:00 horas.

Pascual Vives, Francisco José. El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles. Disponible en: http://www.google.co.cr/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&sqj=2&ved=0CFUQFjAH&url=http%3A%2F%2Fdia.net.unirioja.es%2Fdescarg/a%2Farticulo%2F3149847.pdf&ei=wdakUoXJM4aPkafekYG4Bw&usq=AFQjCNFSw-BuFwvYlpFPNx2n0-R9zDW_uA&bvm=bv.57752919.d.eW0. Revisado el 08 de diciembre de 2013, al ser las 14:30 horas.

▪ **Libros Físicos:**

American Bar Association. The International Lawyer. Symposium: The United States, the Doha Round and the WTO- Where do we go from here?, Verano del 2003, Volumen N°37, Serie Número 3. Publicado en Chicago, Illinois.

Burgos, Maria Angélica- Lozada-Pimiento, Nicolás. La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 243-278 (2009). Disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/09-Laprotecciondiplomatica.pdf. Revisado el 17 de enero de 2013, al ser las 23:30 horas.

Charlton, Andrew and Stiglitz, Joseph E. Fair trade for All: How trade can promote development. Oxford University Press, New York United States. 2005
Gerhard Wegen, Dispute Settlement and Arbitration, International Investment Disputes, Avoidance and Settlement, Saint Paul, West Publishing Company, 1985.

Moshe Hirsh, The Arbitration Mecanism of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, Londres, Martinus Nijhoff, primera edición, 1992.

Pérez del Castillo, Carlos. Historia, actualidades e importancia del GATT. Versión taquigráfica de la Conferencia del Embajador Carlos Pérez del Castillo realizada el martes 9 de setiembre de 1986. Fundación Uruguaya para el Fomento de la Cultura, la Ciencia y la Tecnología Hams Seidel.

Recio Constain, Marino. Comercio Internacional Contemporáneo. Editorial Voluntad, Colombia. 1949

Rubén Hernández Valle, Las Libertades Públicas en Costa Rica, San José, Editorial Juricentro, segunda edición, 1990.

Sampson, Gary P. - United Nations University Press (2001). The Role of the World Trade Organization in Global Governance. Hong Kong.

Shafaeddin, Mehdi. Free Trade or Fair Trade?. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Discussion Paper number 130. December 2000.

Somarajah M., The pursuit of Nationalized Property, Dordrech, Martinus Nijhoff Publications, Primera edición, 1986.

Todd Weiler, International and Investment Law and Arbitration, Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, 2005.

United Nations University Press. The Role of the World Trade Organization in Global Governance edited by Gary P. Sampson. Printed in Hong Kong. 2001.

Varela Quirós, Luis A. Las fuentes del Derecho Internacional. Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá Colombia. 1996.

▪ **Otras Referencias:**

Diccionario de Economía. Definición de Inversión. Disponible en: <http://www.zonaeconomica.com/inversion/definicion>. Revisado el 15 de setiembre, a las 17:30 horas.

Ministerio de Comercio Exterior. Nota PI-106-2013 del 05 de setiembre de 2013 (lista de firmas extranjeras que actualmente integran el registro de elegibles para representar a Costa Rica en arbitrajes internacionales).

Sistema de Información sobre Comercio Exterior. Información sobre Costa Rica, consultada en: http://www.sice.oas.org/ctyindex/CRI/CRIBITS_s.asp. Revisado el 08 de diciembre de 2013, al ser las 14:15 horas.

Sistema Integrado de Gestión de la Administración Financiera (SIGAF). Datos a agosto 2013. Ministerio de Hacienda

▪ **Revistas Judiciales**

Suarez Anzorena, Ignacio. Introducción a los requisitos Rationae Materiae y Rationae Personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI. Revista Peruana de Arbitraje N2. Páginas 251-287. 2006.

▪ **Tesis de Graduación:**

Araujo Cruz, María Teresa y Gamboa Nelson, Raquel Yesenia. "El Derecho Internacional Económico y la Organización Mundial de Comercio: la relación de Costa Rica con dicha Organización". Tesis para optar para el grado de Licenciadas en Derecho. Sede Universitaria Rodrigo Facio-UCR, Facultad de Derecho; 1998.

Padilla Cubero, Mónica. "Contratación Directa, Procedimiento de Excepción en la Contratación Administrativa". Tesis para optar para el grado de Licenciada en Derecho. Sede Universitaria Rodrigo Facio-UCR, facultad de Derecho; 2002.

ANEXO 1

FIGURA 1

PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE CIADI



Solicitud admitida por la Secretaría del CIADI:



ANEXO 2

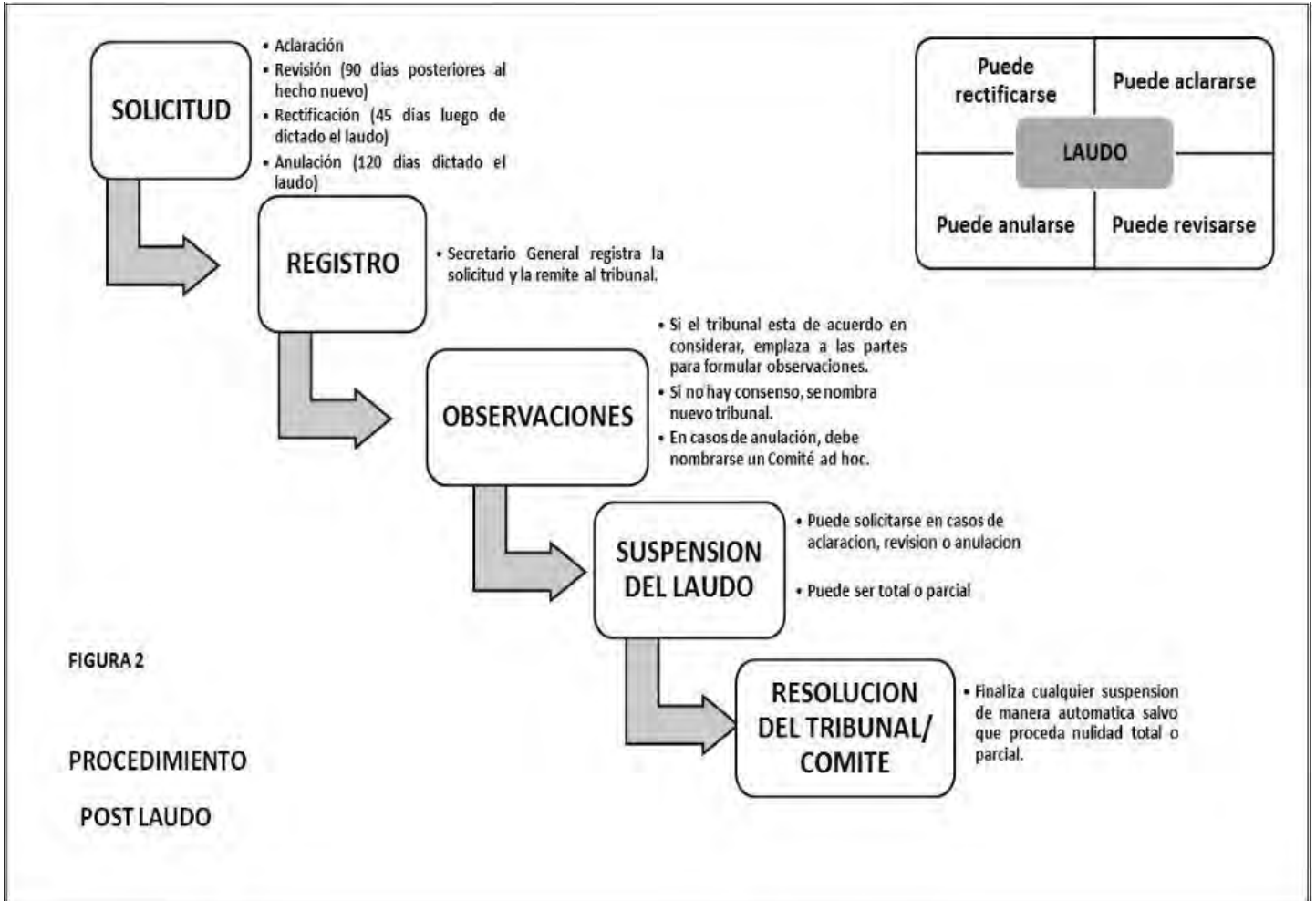


FIGURA 2

PROCEDIMIENTO

POST LAUDO